Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 27 • vol. 154 • abr. / 2019

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 27 • vol. 154 • abr. / 2019

Presidência
Eleonora Rangel Nacif

Coordenação
Aury Lopes Jr.

EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA – IBCCRIM

Editor-chefe – Aury Lopes Jr.

Editores-assistentes – Beatriz Corrêa Camargo, Daniel Leonhardt, Fernanda Ravazzano, Gustavo Noronha de Ávila, Italo Rabello, Marina Cerqueira, Salah H. Khaled Jr., Thayara Castelo Branco e Vinicius Gomes de Vasconcellos

Editores-executivos – Rafael Vieira, Taynara Lira e Willians Meneses

CONSELHO EDITORIAL
Adolfo Ceretti (Università degli Studi di Milano-Bicocca – Itália) – Afranio da Silva Jardim (UERJ – Rio de Janeiro/RJ) – Alberto Silva Franco (IBCCRIM – São Paulo/SP) – Alejandro Aponte (Pontificia Universidad Javeriana – Colômbia) – Anabela Miranda Rodrigues (Universidade de Coimbra – Portugal) – Ana Isabel Pérez Cepeda (Universidade de Salamanca – Espanha) – Ana Messuti (Instituto Vasco de Criminologia – Espanha) – Antonio Garcia-Pablos de Molina (Universidade Complutense de Madrid – Espanha) – Antonio Magalhães Gomes Filho (USP – São Paulo/SP) – Antonio Scarance Fernandes (USP – São Paulo/SP) – Antonio Vercher Noguera (Universidade de Salamanca – Espanha) – Bernardo del Rosal Blasco (Universidade de Alicante – Espanha) – Carlos Gonzales Zorrilla (Universitat Autònoma de Barcelona – Espanha) – Carlos María Romeo-Casabona (Universidad del País Vasco – Espanha) – Cláudia Maria Cruz Santos (Universidade de Coimbra – Portugal) – Cornelius Prittwitz (Universidade Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt – Alemanha) – David Baigún (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Edmundo Hendler (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Emilio Garcia Mendez (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Ernesto Calvanese (Università degli Studi di Milano – Itália) – Esther Gímenez-Salinas I Colomer (Universidad Ramon Llull - ESADE – Espanha) – Eugenio Raúl Zaffaroni (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Fernando Acosta (University of Ottawa – Canadá) – Fernando Santa Cecília Garcia (Universidade Complutense de Madrid – Espanha) – Francisco Muñoz Conde (Universidad Pablo de Olavide – Espanha) – Geraldo Prado (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ) – Iasevoli Clelia (Universita' Degli Studi di Napoli – Itália) – Ignacio Berdugo Gómez de La Torre (Universidad de Salamanca – Espanha) – Iñaki Rivera Beiras (Universidad de Barcelona – Espanha) – Iván Navas Mondaca (Universidad San Sebastián – Chile) – Jésus-María Silva Sánchez (Universidad Pompeu Fabra – Espanha) – João Pedroso (Universidade de Coimbra – Portugal) – Jorge de Figueiredo Dias (Universidade de Coimbra – Portugal) – José Cerezo Mir (Universidad de Zaragoza – Espanha) – José Francisco de Faria Costa (Universidade de Coimbra – Portugal) – Juan Felix Marteau (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Juan Pablo Montiel (Universidad de San Andrés – Argentina) – Juarez Cirino dos Santos (UFPR – Curitiba/PR) – Juarez Tavares (UERJ – Rio de Janeiro/RJ) – Kai Ambos (Georg-August-Universität Göttingen – Alemanha) – Luis Alberto Arroyo Zapatero (Universidad de Castilla-La Mancha – Espanha) – Luis Fernando Niño (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Luiz Regis Prado (UEM – Maringá/PR) – Maria Paz Arenas Rodrigañez (Universidade Complutense de Madrid – Espanha) – Manuel da Costa Andrade (Universidade de Coimbra – Portugal) – Maria João Antunes (Universidade de Coimbra – Portugal) – Mauricio Martínez Sánchez (Universidad Libre – Colômbia) – Máximo Sozzo (Universidad Nacional del Litoral – Argentina) – Miguel Reale Júnior (USP – São Paulo/SP) – Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca – Espanha) – Nila Batista (UERJ – Rio de Janeiro/RS) – Pedro Caeiro (Universidade de Coimbra – Portugal) – Olga Spinoza (Universidade do Chile – Chile) – Pilar Gomes Pavón (Universidade Complutense de Madrid – Espanha) – Raúl Cervini (Universidade da República do Uruguai – Uruguai) – Rene Ariel Dotti (UFPR – Curitiba/PR) – Roberto Bergalli (Universidad de Barcelona – Espanha) – Sergio Moccia (Università di Napoli Federico II – Itália) – Stella Maris Martinez (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Urs Kindhäuser (Universidad de Bonn – Alemanha) – Vicente Greco Filho (USP – São Paulo/SP)

CORPO DE PARECERISTAS (DESTE VOLUME – CHAMADA GERAL)
Anamaria Prates Barroso (UFPE – Recife/PE) – André Filipe Pereira Reid dos Santos (FDV - Vitória/ES) – Brenno Gimenes Cesca (EPM - São Paulo/SP) – Bruno Tadeu Buonicore (Universidade de Frankfurt - Alemanha) – Carlo Velho Mais (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Clara Moura Masiero (UNISINOS – São Leopoldo/RS) – Cleunice Valentim Bastos Pitombo (USP – São Paulo/SP) – Criziany Machado Felix (URCAMP - Alegrete/RS) – Diego Alan Schöfer Albrecht (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Diogo

Mariano Carvalho de Oliveira (OAB – Curitiba/PR) – Diogo Rudge Malan (UFRJ e UERJ – Rio de Janeiro/RJ) – Gabriel Huberman Tyles (FADISP – São Paulo/SP) – Guilherme Siqueira Vieira (FATEC – Curitiba/PR) – Humberto Soares de Souza Santos (UERJ – Rio de Janeiro/RJ) – Indaiá Lima Mota (UFBA – Salvador/BA) – Jardel Luís da Silva (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Mário Lúcio Garcez Calil (UEMS – Paranaíba/MS) – Paulo Gustavo Lima e Silva Rodrigues (Faculdades da Seune – Maceió/AL) – Pedro Henrique Pavanatto de Freitas (PUCRS - Porto Alegre/RS) – Ruiz Ritter (PUCRS - Porto Alegre/RS) – Vanessa Aparecida de Souza Fontana (ABEMPTRAN – Curitiba/PR)

AUTORES(AS) (DESTE VOLUME)

André Nicolitt (UFF – Rio de Janeiro/RJ) – Caio César Dias Santos (Universidade de Coimbra – Portugal) – Carolina de Novaes Uchôa (Universidade de Coimbra – Portugal) – Claudia Cruz Santos (Universidade de Coimbra – Portugal) – Débora Letícia Torres da Silva (Universidade de Coimbra – Portugal) – Dennys Marcelo Antonialli (USP – São Paulo/SP) – Ellen Rodrigues (Universidade Federal de Juiz de Fora – Juiz de Fora/MG) – Fernando de Oliveira Zonta (FGV – São Paulo/SP) – Fernando Henrique Cardoso Neves (UFF – Rio de Janeiro/RJ) – Frieder Dünkel (Universidade de Greifswald - Alemanha). – Grasielle Borges Vieira de Carvalho (Universidade Tiradentes - Aracaju/SE) – Heloisa Maria Machado Massaro (USP – São Paulo/SP) – Ivana Nobre Bertolazo (FACNOPAR – Apucarana /PR) – Jacqueline de Souza Abreu (USP – São Paulo/SP) – João Luciano Marques dos Santos Mota (Universidade Tiradentes - Aracaju/SE) – José Flávio Ferrari Roehrig (TJPR – Curitiba/PR) – Juliana Vital Rosendo (Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo/SP) – Laís Vidigal Maia (Universidade de Coimbra – Portugal) – Luiz Antonio Borri (PUCPR – Curitiba/PR) – Maria Luciano (USP – São Paulo/SP) – Mariani Bortolotti Fiumari (Universidade de Coimbra – Portugal) – Marina Oliveira Teixeira dos Santos (Universidade de Coimbra – Portugal) – Thais de Oliveira Santigo (Faculdade Única – Ipatinga/MG) – Thiago Baldani Gomes De Filippo (USP – São Paulo/SP)

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

Revista Brasileira de Ciências Criminais

revista@ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 27 • vol. 154 • abr. / 2019

Coordenação (editor-chefe)
Aury Lopes Jr.

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

ISSN1415-5400

Revista Brasileira de **Ciências Criminais**

Ano 27 • vol. 154 • abr. / 2019

Presidência
Eleonora Rangel Nacif

Coordenação (editor-chefe)
Aury Lopes Jr.

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.

© edição e distribuição da
THOMSON REUTERS BRASIL CONTEÚDO E TECNOLOGIA LTDA.

Juliana Mayumi Ono
Diretora Editorial

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo
São Paulo – Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

Central de Relacionamento Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais
(atendimento, em dias úteis, das 09h às 18h)
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor: sacrt@thomsonreuters.com
e-mail para submissão dos originais: aval.artigo@thomsonreuters.com
Conheça mais sobre Thomson Reuters: www.thomsonreuters.com.br

Acesse o nosso e*Comm*
www.livrariart.com.br

Impresso no Brasil: [04-2019]
Profissional
Fechamento desta edição: [22.02.2019]

IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2019/2020

Diretoria Executiva

Presidenta
Eleonora Rangel Nacif
1º Vice-Presidente
Bruno Shimizu
2º Vice-Presidente
Helios Alejandro Nogués Moyano
1º Secretária
Andrea D'Angelo
2º Secretário
Luís Carlos Valois
1º Tesoureiro
Gabriel Queiroz
2º Tesoureiro
Yuri Felix
Diretor Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais
Carla Silene Gomes
Assessora da Presidência
Jacqueline Sinhoretto

Conselho Consultivo

Membros
Cristiano Maronna
Sérgio Salomão Shecaira
Alvino Augusto de Sá
Ela Wiecko
Geraldo Prado
Ouvidora
Fabiana Zanatta Viana

Coordenadores-Chefes dos Departamentos

Ações Antidiscriminatórias
Thayná Yaredy
Amicus Curiae
Maurício Stegmann Dieter
Atualização do Vocabulário Básico Controlado
Roberto Portugal de Biazi
Biblioteca
Mariângela Gama de Magalhães Gomes
Boletim
Luigi Barbieri Ferrarini
Comunicação
Roberto Tardelli
Concessão de Bolsas de Estudos e Desenvolvimento Acadêmico
Juliana Souza Pereira
Convênios
Gustavo Brito
Cooperação Jurídica Internacional
Ilana Müller
Cursos
Clara Masiero
Cursos IBCCRIM – Coimbra
Claudia Barrilari (SP)
Direito Penal Econômico e Compliance
Priscila Beltrame
Estudos e Projetos Legislativos
Thiago Bottino
Estudos sobre Habeas Corpus
Alberto Zacharias Toron
Infância e Juventude
Mariana Chies Santiago Santos
Iniciação Científica
André Lozano
Jornal de Ciências Criminais
Maria Carolina Amorim
Justiça e Segurança Pública
Dina Alves
Mesas de Estudos e Debates
Renato Watanabe

Monografias
Eduardo Saad Diniz
Núcleo de Pesquisas
Riccardo Cappi
Política Nacional de Drogas
Luciana Boiteux
Relações Internacionais
Silvio Luiz de Almeida
Revista Brasileira de Ciências Criminais
Aury Lopes Jr.
Revista Liberdades
Paula Mamede
Sistema Prisional
Patrick Lemos Cacicedo
22º Concurso de Monografias de Ciências Criminais – IBCCRIM
Eduardo Saad Diniz
25º Seminário Internacional
Yuri Felix

Grupo de Estudos

Grupo de Estudos sobre Ciências Criminais e Direitos Humanos
Milene Cristina Santos
Grupo de Estudos sobre Escolas Penais
Alice Quintela

Equipe do IBCCRIM

Supervisão Geral
Luciana Zaffalon
Equipe
Fernanda Costa Barreto

Núcleo Administrativo Financeiro

Supervisão
Roberto Seracinskis
Equipe
Andrea Pereira dos Santos
Alexandre Soledade de Oliveira
Bruna Vargas
Eliane Yanikian
Nadir Fernandes Almeida Silva
Vanessa dos Santos Lima
Victor de Souza Nogueira

Núcleo de Atuação Política

Supervisão
Paulo Cesar Malvezzi Filho
Equipe
Lorraine Carvalho Silva

Núcleo de Biblioteca

Supervisão
Helena Curvello
Equipe
Anderson Fernandes Campos
Natalí de Lima Santos
Simone Camargo Nogueira

Núcleo de Comunicação

Supervisão
Douglas Calixto
Equipe
Harumi Visconti
Rodrigo Pastore
Vitor Munis da Silva

Núcleo de Educação

Supervisão
Amarilis Regina Costa da Silva
Equipe
Andreza Martiniano da Silva
Ana Paula da Silva
Hegle Borges da Silva
Tânia Andrade

Núcleo de Publicações

Supervisão
Willians Meneses
Equipe
Rafael Vieira
Taynara Lira

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) | www.ibccrim.org.br
Rua Onze de Agosto, 52, 2º andar, São Paulo, SP. CEP 01018-000

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 27 • vol. 154 • abr. / 2019

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais
Juliana Mayumi Ono

Gerente de Conteúdo
Milisa Cristine Romera

Editorial: Diego Garcia Mendonça, Karolina de Albuquerque Araújo, Marcella Pâmela da Costa Silva e Thiago César Gonçalves de Souza

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Assistente Editorial: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Estagiárias: Camilla Sampaio Silva e Camilla Dantara Ventura

Gerente de Conteúdo Tax: Vanessa Miranda de M. Pereira

Produção Editorial
Coordenação
Andréia Regina Schneider Nunes

Especialistas Editoriais: Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Larissa Gonçalves de Moura

Analistas de Operações Editoriais: Damares Regina Felício, Danielle Castro de Morais, Felipe Augusto da Costa Souza, Marília Gabriela Gradin, Mayara Macioni Pinto e Patrícia Melhado Navarra

Analistas de Qualidade Editorial: Carina Xavier, Daniela Medeiros Gonçalves Melo, Leonardo Rocha e Rafael Ribeiro

Estagiárias: Beatriz Fialho e Diene Ellen

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Controle de qualidade da diagramação: Carla Lemos

Adaptação capa: Linotec

Equipe de Conteúdo Digital
Coordenação
Marcello Antonio Mastrorosa Pedro

Analistas: Ana Paula Cavalcanti, Jonatan Souza, Luciano Guimarães e Rafael Ribeiro

Administrativo e Produção Gráfica
Coordenação
Mauricio Alves Monte

Analista de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis

Sumário

Direito Penal

Responsabilidade penal por decisões colegiadas

Criminal responsibility for collective decision-making

Fernando de Oliveira Zonta 19

O trânsito em julgado de sentença condenatória na execução penal como marco interruptivo para novos benefícios: uma questão ainda a ser discutida

The final and binding criminal decision as an interruption mark for new benefits: an issue still to be discussed

José Flávio Ferrari Roehrig 55

Reabilitação e padrões internacionais de direitos humanos a partir do direito comunitário europeu, com destaque para o sistema penal vigente na Alemanha

Rehabilitation and international standards of human rights from European community law, with emphasis on the criminal system in force in Germany

Frieder Dünkel e Ellen Rodrigues 77

Educação à distância intramuros como política pública de reintegração social: uma necessária releitura à luz da teoria agnóstica da pena

Distance education intramurals as a public policy for social reintegration: a necessary release in the light of the agnostic theory of penalty

Grasielle Borges Vieira de Carvalho, João Luciano Marques dos Santos Mota e Juliana Vital Rosendo 105

Racionalidade legislativa e tráfico de drogas

Legislative rationality and drug trafficking

Thiago Baldani Gomes de Filippo 131

Processo Penal

Acesso de autoridades policiais a celulares em abordagens e flagrantes: retrato e análise da jurisprudência de tribunais estaduais

"Stop and frisks", searches incident to arrest, and law enforcement access to cellphones: overview and analysis of state courts case law

Dennys Marcelo Antonialli, Jacqueline de Souza Abreu, Heloisa Maria Machado Massaro e Maria Luciano 177

Limites dos prêmios na colaboração premiada: a (im)possibilidade de negociação da improbidade administrativa

Limits of prizes in plea agreement: the (im)possibility of trading administrative improbity

Ivana Nobre Bertolazo, Luiz Antonio Borri e Thais de Oliveira Santiago ... 215

Crime e Sociedade

Execução penal, unidade prisional Plácido de Sá Carvalho e o mito do progresso: olhares a partir de Ferrajoli, Agamben e Walter Benjamim

Penal execution, Plácido de Sá Carvalho prison and the myth of progress: looking from Ferrajoli, Agamben and Walter Benjamin

André Nicolitt e Fernando Henrique Cardoso Neves 247

Sobre as milícias, por Marielle (a desordem das categorias criminológicas ditas "tradicionais" e os perigos para o Estado de Direito)

About militias, for Marielle (the tradicional yet disorganized criminologycal cathegories and the danger to the rule of law)

Claudia Cruz Santos, Caio César Dias Santos, Carolina de Novaes Uchôa, Débora Letícia Torres da Silva, Laís Vidigal Maia, Mariani Bortolotti Fiumari e Marina Oliveira Teixeira dos Santos 291

Resenha

Historical origins of international criminal law, de Morten Bergsmo, Klaus Rackwitz e Tianying Song (ed.).

Sven Peterke 355

Índice Alfabético-remissivo 369

Política Editorial – Revista Brasileira de Ciências Criminais 375

Diretrizes ao Corpo de Avaliadores – Revista Brasileira de Ciências Criminais 385

Edital 3 – Chamada de Artigos Dossiês – 2019 389

Condições para Submissão (*Checklist*) 391

Responsabilidade penal por decisões colegiadas

Criminal responsibility for collective decision-making

Fernando de Oliveira Zonta

Pós-Graduado (*lato sensu*) em Direito Penal Econômico pela Fundação Getulio Vargas. Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogado.
zonta.fernando@gmail.com

Recebido em: 19.06.2018
Aprovado em: 28.11.2018
Última versão do autor: 12.12.2018

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente trabalho trata da atribuição de responsabilidade penal por decisões colegiadas. O principal objetivo deste trabalho é introduzir, definitivamente, em solo brasileiro questões acerca da atribuição de responsabilidade e individualização de condutas de crimes praticados por meio de decisões colegiadas, haja vista a quase inexistente produção doutrinária nacional acerca do tema. Para tanto, busca-se, por meio de premissas teóricas calcadas em firme doutrina, colocar à prova a tese de que a teoria do domínio do fato, se comparada à interpretação literal dos artigos 13 e 29, ambos do Código Penal brasileiro, é capaz de ampliar a responsabilidade criminal de delitos perpetrados por meio de decisões plurais. Da mesma forma, também são desenvolvidas premissas teóricas atinentes à atribuição de responsabilidade penal por crimes praticados por decisões colegiadas, seja sob a base teórica do sistema unitário, seja sob a base teórica do sistema diferenciador (teoria do domínio do fato). E, ao final, para dar ênfase prática às premissas teóricas, opta-se pela resolução de casos hipotéticos de estudo.

Abstract: The present article deals with criminal responsibility for collective decision-making. The main objective is to introduce, definitively, in Brazilian soil the analysis of the assignment of responsibility and the individualization of conducts in crimes practiced through collective decision-making, once this discussion is almost inexistent in national doctrinal production. Therefore, it is sought, through the review of theoretical premises based on reputable doctrine, to test the thesis whereby the control theory of perpetration, if compared to the literal interpretation of articles 13 and 29 of the Brazilian Penal Code, is able to extend the responsibility for crimes perpetrated through collective decision-making. Likewise, the article presents the theoretical premises of the assignment of criminal responsibility for crimes committed by collective decision-making, either under the theoretical basis of the unitary system or under the theoretical basis of the differentiating system (the control theory of perpetration). And in conclusion, to give practical emphasis to the theoretical premises, we opt for the resolution of hypothetical study cases.

Palavras-chave: Responsabilidade penal – Decisão colegiada – Crimes praticados por órgãos colegiados – Concurso de agentes – Teoria do domínio do fato.

Keywords: Criminal responsibility – Collective decision-making – Crimes perpetrated through collective decision-making – Authorship and participation on a crime – The control theory of perpetration.

Sumário: 1. Introdução. 2. Concurso de agentes no direito brasileiro. 3. Critérios mínimos para atribuição de responsabilidade penal por decisões colegiadas à luz dos sistemas unitário e diferenciador. 3.1. *Standards* do sistema unitário. 3.2. *Standards* do sistema diferenciador (teoria do domínio do fato). 4. Modalidades de (co)autoria relevantes em crimes perpetrados por decisões colegiadas. 5. Tipo objetivo: nexo causal e imputação objetiva. 6. Conclusões: *standards* do sistema diferenciador (teoria do domínio do fato). 7. Atribuição de responsabilidade penal por decisões colegiadas: casos hipotéticos de estudo. 7.1. Diferentes "placares" nas votações e suas consequências. 7.2. Responsabilidade penal daqueles que votaram pelo "não crime". 7.3. Votação secreta *versus* votação nominal. 7.4. Ausência e abstenção de membro votante. 8. Conclusão. 9. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O presente estudo tem como tema a "responsabilidade penal por decisões colegiadas", o que significa dizer que seu enfoque se desenvolve à luz da atribuição de responsabilidade penal aos membros votantes por meio de decisões colegiadas. Dessa forma, o que se pretende responder é: *De que forma* é possível atribuir responsabilidade penal a determinados membros de órgão colegiado (ou reunião esporádica de pessoas) por decisão colegiada que implique em prática delituosa?

Dito isso, consigne-se que a escolha do tema se dá num cenário de ascendente debate acerca do concurso de agentes e da (im)possibilidade de aplicação da teoria do domínio do fato no sistema brasileiro, especialmente em razão dos recentes julgamentos da Ação Penal 470 ("Mensalão"), pelo STF. Da mesma forma, o tema ganha relevo com a deflagração das diversas e midiáticas Operações Policiais – destacando-se a "Operação Lava Jato" –, nas quais são vistas cotidianamente discussões acerca de crimes cometidos por intermédio de órgãos colegiados, e consequentemente, decisões plurais.

Soma-se o fato de que o tema "responsabilidade penal por decisões colegiadas" tem um viés teórico como poucos, especialmente porque é pouquíssimo abordado no Direito brasileiro, mas ecoa em solos estrangeiros há muito tempo[1], o que por si só justifica a discussão, especialmente à luz do sistema legal pátrio.

1. Aparentemente, as primeiras discussões sobre o tema "responsabilidade penal por decisões colegiadas" se deram no Direito Italiano, sob a égide do Código de Comércio

Mas não é só. O ponto que mais chamou atenção deste autor diz respeito à assertiva de Luís Greco e Augusto Assis (2014, p. 84) no sentido de que a única hipótese em que se haveria "alargamento" da responsabilização criminal por meio da teoria do domínio do fato, se comparada à literalidade dos arts. 13 e 29, ambos do CP, seria na hipótese de crimes praticados por meio de decisões colegiadas, tomadas em estruturas horizontais[2]. Dessa forma, trata-se de um tema relevante de estudo, com questionamentos bastante específicos que devem ser, de imediato, enfrentados pela comunidade jurídica.

Pois bem. Não há dúvidas de que a teoria do domínio do fato é "uma elaboração superior às teorias até então conhecidas" (BITENCOURT, 2008, p. 421). Mas, indaga-se: Por qual motivo assim o é? O que é, de fato, a dita teoria? Quais suas consequências? É aplicável no ordenamento pátrio? É uma teoria para ampliar ou restringir a atribuição de responsabilidade penal? Essas são questões que ainda pairam no ar e não se encontram sedimentadas, seja no âmbito doutrinário, seja, também – e especialmente –, no âmbito jurisprudencial.

Esclarece-se, desde já: não pretende este trabalho esgotar por completo o debate e as questões supra-apontadas. Longe disso. Mas, por outro lado, pretende-se, em verdade, discutir uma parcela quase imperceptível deste debate, qual seja a distribuição de responsabilidade penal em estruturas horizontais, mais especificamente por decisões colegiadas.

Desse modo, pretende-se demonstrar que as diferentes premissas teóricas acerca da temática do concurso de agentes influem diretamente na forma de atribuição de responsabilidade de crimes perpetrados por meio de decisões

Italiano, de 1882 (MÉNDEZ, [20--?], p. 2-4), de modo que foi Rende (*apud* CEPEDA, 2002. p. 108) o primeiro estudioso a elevar o "delito colegial" a uma categoria autônoma.

2. "Nesse aspecto – e isso é raramente observado – a teoria do domínio do fato realmente pode ir além daquilo que seria possível fazer com base na leitura tradicional do CP. A leitura tradicional, como vimos, entende que o 'concorrer para o crime' de que fala o art. 29, *caput*, CP, como sinônimo de 'ser uma *conditio sine qua non* do resultado', no sentido do art. 13, *caput,* do CP. Isso significa que os casos de chamada coautoria alternativa – paradigmático, aqui, é o exemplo de um pelotão de fuzilamento composto de 20 atiradores, em que a vítima é letalmente atingida por vários disparos em um mesmo momento – em que é possível subtrair mentalmente cada uma das contribuições separado, mas não todas elas em conjunto, a rigor a concepção tradicional teria de punir apenas pelo crime tentado. Isso não é uma questão meramente acadêmica, mas de enorme relevância prática, se se pensar que também as *decisões dentro de órgãos colegiados*, como são geralmente estruturados os conselhos diretores de empresas mais complexas do que a imaginada em nosso exemplo inicial, apresentam essa estrutura [...]"

colegiadas. Concomitantemente, pretende-se colocar à prova – a fim de confirmá-la ou não – a afirmação de Luis Greco e Augusto Assis (2014, p. 84) no sentido de que a teoria do domínio do fato, se comparada à literalidade dos arts. 13 e 29, ambos do CP, promove um "alargamento" da responsabilização de crimes praticados por meio de decisões colegiadas, tomadas em estruturas horizontais.

A importância do supracitado tema revela-se especialmente no cognominado "Direito Penal Econômico", haja vista que cada vez mais há decisões estruturais e estratégicas sendo tomadas de maneira colegiada, as quais podem, por vezes, implicar em práticas delitivas. Cite-se, como exemplos, os mais diversos conselhos plurais, tanto na iniciativa privada, quanto na iniciativa pública, especialmente os conselhos de administração, os conselhos fiscais, diretorias executivas, entre outros.

Mais a mais, a forma de estruturação deste trabalho compreende-se da seguinte forma: nos *capítulos 1* e *2* desenvolveu-se o fundo teórico, por meio de revisão bibliográfica, acerca dos pontos nevrálgicos que circunscrevem o tema "responsabilidade penal por decisões colegiadas". Já no *capítulo 3*, propôs-se o estudo de casos hipotéticos[3] (*case studies*), ou seja, formulou-se exemplos que contemplem todos os dados objetivos[4] necessários para se estabelecer a discussão que se pretende travar e, ao final, respondê-la academicamente para resolução à luz do arcabouço teórico lançado nos capítulos anteriores.

2. Concurso de agentes no direito brasileiro

Inicialmente, compete grifar que a matéria de concurso de agentes é de difícil compreensão teórica, legislativa (GRECO e LEITE, 2014, p. 15-16) e doutrinária, sendo tais empecilhos agravados pela confusão terminológica naturalmente realizada quando da abordagem do tema em tela por diversos autores[5].

3. Optou-se pela não utilização do estudo de um caso em concreto por se entender que a criação de um exemplo hipotético, com a inserção de elementos que viabilizassem a discussão mais ampla de temas polêmicos, adequar-se-ia melhor às pretensões deste estudo.

4. Por evidente, as resoluções dos *study cases* não se preocupam em cuidar de questões diversas ao tema "responsabilidade penal por decisões colegiadas". Dessa forma, serão postas de lado questões sobre a (in)constitucionalidade dos tipos penais, o acervo fático-probatório que muito provavelmente poderá dar ensejo à teses defensivas e acusatórias diversas, a responsabilidade penal em supostas estruturas verticais etc.

5. Como exemplos de dissonância terminológica, citamos as seguintes obras: a. ORTIZ, Mariana Tranchesi. *Concurso de agentes nos delitos especiais*. São Paulo: IBCCrim, 2011;

A fim de facilitar a leitura e a compreensão deste trabalho – especialmente em seu *capítulo 3* –, fazem-se aqui preliminares esclarecimentos[6] acerca das teorias do concurso de agentes, especialmente sobre os seguintes conceitos: sistema unitário, sistema diferenciador, conceito extensivo de autor, conceito restritivo de autor, assim como as principais teorias circunscritas aos sistemas unitário e diferenciador.

Comecemos esclarecendo os conceitos de sistemas unitário e diferenciador. O primeiro, sistema unitário, é aquele que não prevê a possibilidade de diferenciação entre autores e partícipes (cúmplices ou indutores), na ótica do tipo penal[7]; o segundo, sistema diferenciador, de outra sorte, é aquele que prevê a diferenciação, na ótica do tipo penal, entre autores e partícipes.

É preciso, também, distinguir o conceito extensivo e o conceito restritivo de autor. Para o primeiro deles (conceito extensivo), autor é todo aquele que, de alguma forma, acaba por realizar o tipo. Ou seja, "todos os intervenientes realizam a ação prevista no tipo penal" (GRECO et al., 2014, p. 13); enquanto que, para o segundo deles (conceito restritivo), autor é somente aquele que realiza o tipo penal tal como descrito. A diferença entre ambos os conceitos (extensivo *versus*

b. GRECO, Luis et al. *Autoria como domínio do fato*: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no Direito Penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014; c. MARQUES, Fernando Tadeu. *Concurso de agentes no direito penal contemporâneo*. 2012. 125 f. Dissertação de (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2012; d. BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; e. PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008; f. BUSATO, Paulo César. *Direito Penal*: parte geral – 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. I.

6. O objeto deste artigo não é (nem poderia ser por ausência de espaço físico) a abordagem pormenorizada de cada teoria e seus respectivos conceitos. Por assim ser, sugere-se, para uma análise mais aprofundada, as seguintes obras: a. ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho em Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2000; b. ORTIZ, Mariana Tranchesi. *Concurso de agentes nos delitos especiais*. São Paulo: IBCCrim, 2011; e c. ROYO, Elena Maria Górriz. *El concepto de autor en derecho penal*. Vallencia: Tirant lo Blanch, 2008.

7. A consequência indissociável de toda e qualquer teoria de viés unitário é de que a pena, em abstrato, será igual a todos os intervenientes. Por outro lado, a análise da qualidade da contribuição, para os sistemas unitários, deve ser sopesada quando da dosimetria em concreto da pena, sob o aspecto da culpabilidade individual (OLIVÉ et al., 2011. p. 540; SANTOS, 2014. p. 344; ORTIZ, 2011. p. 40; GRECO et al., 2014. p. 13; RASSI, 2014. p. 47).

restritivo) gera uma consequência prática importante: para o conceito extensivo de autor, a *regra* é o alargamento da responsabilidade penal a todos os intervenientes no delito a título de autoria, de sorte que a própria lei deveria restringir os casos nos quais a responsabilidade penal dos intervenientes restar-se-ia excluída por meio de uma norma restritiva de punibilidade; por outro lado, para o conceito restritivo de autor, a *regra* seria a da responsabilidade penal apenas e tão somente daquele que praticasse a conduta descrita no tipo penal, de modo que a ampliação da responsabilidade apenas e tão somente seria possível a partir de uma norma penal extensiva de punibilidade.

Por assim ser, há quem advogue a tese (cite, por exemplo, ROYO, 2008, p. 103-104) de emprego de um sentido equivalente entre sistema unitário e conceito extensivo de autor. A bem da verdade, o sistema unitário está umbilicalmente ligado ao conceito extensivo de autor, isso porque ao se afirmar que todos os intervenientes realizam a conduta descrita no tipo penal, está-se a classificá-los como autores, impossibilitando a classificação como partícipes. Dessa forma, todos que intervirem de qualquer forma no curso delitivo (conceito extensivo), respondem como autores (sistema unitário).

Pois bem. O sistema unitário vê-se cingido em duas vertentes, a saber: formal e funcional. A teoria unitária formal é aquela que não faz qualquer diferenciação entre os intervenientes para a causação do tipo penal, de modo a estabelecer um mesmo marco penal em abstrato para todos os agentes intervenientes. Já a teoria unitária funcional é aquela que faz uma diferenciação entre modalidades de autoria[8], e, ainda assim, mantém o mesmo marco penal em abstrato para todos os agentes intervenientes.

Por outro lado, o sistema diferenciador vê-se dividido em, basicamente, três vertentes teóricas que se ocupam de diferenciar autor e partícipe, quais sejam: subjetiva, objetiva e domínio do fato, as quais, em linhas gerais, a seguir se explica.

A teoria subjetiva[9] diferencia apenas e tão somente autor e partícipe a partir do plano subjetivo (daí a nomenclatura da vertente teórica). Significa dizer que o

8. Podemos citar como exemplo o caso da legislação austríaca, a qual prevê três modalidades de autoria, a saber: autoria imediata, autoria por determinação e autoria por contribuição (ORTIZ, 2011. p. 42). Note-se que possibilidade de divisão em modalidade de autoria não significa em diferenciação entre autoria e participação, razão pela qual é salutar não inserir a teoria unitária funcional como sendo mais uma espécie de teoria que componha o sistema diferenciador.
9. Muito embora a teoria subjetiva tenha viés nitidamente diferenciador, referida teoria possui um ponto de proximidade com as teorias do sistema unitário (e, consequentemente, em nossa ótica, com o conceito extensivo de autor), haja vista que partem do

que torna um agente autor ou partícipe é o seu elemento psíquico-volitivo. Dessa sorte, autor é aquele que age com ânimo de autor (*animus auctoris*) e partícipe é aquele que age com ânimo de partícipe (*animus socii*).

Como se pode observar, a teoria subjetiva é, por assim dizer, uma redundância em si própria[10], de sorte que autor é aquele que age de modo a querer o crime como seu, com vontade independente a de qualquer outra pessoa (teoria do dolo) ou que age de modo a lhe interessar o resultado criminoso (teoria do interesse); e partícipe, por outro lado, é aquele que age em colaboração ao crime de outro, com vontade dependente a do autor (teoria do dolo)[11] ou que age no interesse delitivo de outrem (teoria do interesse)[12].

Já sob o manto da teoria objetiva abriga-se a conceituação de que autor e partícipe são distinguíveis por meio de aspectos objetivos, sem necessidade de se perquirir o elemento volitivo-psíquico dos agentes. Divide-se, ainda, basicamente em duas ramificações, quais sejam: objetivo-formal e objetivo-material.

A teoria objetivo-formal possui como principal característica a subsunção fidedigna ao princípio da legalidade, definindo autor como aquele que pratica o exato comportamento descrito no tipo penal, seja total ou parcialmente, enquanto o partícipe seria aquele que não pratica a conduta descrita no tipo penal, embora aja de modo colaborativo com fito ao sucesso da empreitada delitiva. Visto por esse ângulo, "a teoria objetivo-formal é, entre as teorias diferenciadoras ou

---

pressuposto teórico da equivalência de condições (*conditio sine qua non*). Portanto, o que se observa na prática é que a teoria diferenciadora subjetiva nada mais é do que uma primeva tentativa de se diferenciar situações materialmente distintas, consoante com os primados de justiça isonômica. Em outras palavras, é uma rudimentar evolução das teorias unitárias.

10. A volatilidade e a imprecisão teórica da conceituação de *animus auctoris* e *animus socii* fez com que a jurisprudência alemã considerasse que "poderiam ser partícipes a mulher que afogou o bebê da irmã, se a sua atuação estava motivada por fazer um favor a esta ("caso da banheira", RGSt 74, 84 [1940]), e o agente do serviço secreto soviético que, a mando de um superior, assassinou uma pessoa em território alemão (caso Staschinsky, BGHSt 18, 87 [1962])" (GRECO e LEITE, 2011. p. 102)
11. De acordo com Buri (*apud* ROXIN, 2014. p. 71), sobre a teoria subjetiva do dolo, "la diferencia entre el autor y el cómplice sólo puede encontrarse em la independencia de la voluntad de autor y la dependencia de la de cómplice. El cómplice quiere el resultado sólo para el caso de que el autor lo quiera y, para el caso de que el autor no lo quiera, él tampoco lo quiere. Por tanto, debe dejar a criterio del autor la decisión de si el resultado debe producirse o no".
12. Para Roxin (2014. p. 72), a teoria do interesse "parte de la base de que la voluntad de autor se caracterizán por el interés proprio en el hecho y la de partícipe por la falta de tal interés".

positivas, aquela que provavelmente oferece o mais preciso critério distintivo entre autoria e participação" (ORTIZ, 2011, p. 63).

A teoria objetivo-material, por seu turno, lança mão de critérios que transcendem à remissão descritiva do tipo penal (ORTIZ, 2011, p. 68). Trata-se de critérios que buscam valorar a contribuição dada por cada agente para a consecução do crime, ou seja, para essa teoria, autor é aquele que dá maior e decisiva contribuição objetiva, enquanto partícipe seria aquele cuja contribuição objetiva tenha caráter menos relevante que o primeiro. Em suma, tem-se como ponto de partida o sistema de contribuições mais relevantes (causas) e contribuições menos relevantes (condições).

Por fim, a teoria do domínio do fato de Roxin é a vertente mais moderna e usual das teorias que utilizam o critério do domínio[13] para diferenciar autores e partícipes, razão pela qual se situam dentro de um panorama diferenciador. A teoria desenvolvida por Roxin é uma inovação dogmática (GRECO et al., 2014, p. 24), razão pela qual não se encaixa em classificações outras (subjetiva, objetivo-material e objetivo-formal).

O conceito de autor formulado por Roxin é aberto (2000, p. 147)[14], residindo aqui um de seus grandes méritos. Em outras palavras: foi a substituição de conceitos estáticos, fechados por conceitos descritivos, que possibilitou a flexibilidade da teoria aos fatos futuros não previstos inicialmente quando de sua formulação[15].

Dessa forma, autor[16] é a figura central do tipo penal, ou seja, é quem determina o *se*, *como* e *quando* o delito irá acontecer. Por outro lado, partícipe é aquele que contribui para a realização do tipo penal, mas de maneira acessória, secundária (GRECO et al., 2014, p. 24-25).

---

13. Historicamente, foi Lobe, em 1933, quem utilizou pela primeira vez a terminologia "domínio do fato" nos moldes da teoria de Roxin. Contudo, a repercussão da referida teoria apenas ganhou força com Welzel, em 1939 (GRECO et al., 2014. p. 21). Curioso que há verdadeira controvérsia acerca de em qual classificação se enquadraria a teoria do domínio do fato de Welzel, de sorte que há quem diga que essa é de viés objetivo-subjetiva, final-objetiva, objetivo-material e, por fim, objetiva material-final (ORTIZ, 2011. p. 87-88).

14. Dessa forma, a conceituação descritiva amplia por absoluto a fruição da teoria do domínio do fato. Por outro lado, a inclusão de princípios orientadores acaba por restringi-la (ROXIN, 2000. p. 148).

15. Disso se justifica o cabimento da teoria do domínio do fato ao direito penal empresarial, sem a necessidade de alterações estruturais.

16. Em linhas gerais, há três manifestações do domínio do fato (autoria), a saber: a. domínio da ação (autoria direta); b. domínio da vontade (autoria mediata); e c. domínio funcional do fato (coautoria).

Por derradeiro, é imprescindível firmar que a teoria do domínio do fato proposta por Roxin não tem a pretensão de tratar todos os casos penais. Em verdade, a teoria do domínio do fato serve apenas e tão somente para tratar de crimes comissivos, comuns e dolosos.

Em outras palavras: Roxin (2000, p. 385-432; 434-470; 497-565), expressamente, crê que a teoria do domínio do fato não se presta a esgotar toda a temática de concurso de agentes em todos os tipos delitivos, razão pela qual houve por tratar o tema concurso de agente em outras classificações delitivas. Em verdade, nos delitos de infração de um dever (delitos próprios e delitos omissivos impróprios), delitos de mão-própria, delitos culposos e delitos omissivos, há de se utilizar critérios outros (GRECO et al., 2014, p. 31-35).

Dito isso, a partir daqui, analisar-se-á, à luz da leitura dos dispositivos do atual Código Penal que tratam o tema concurso de agentes, a opção que melhor se enquadra no sistema brasileiro.

Pois bem. A primeira interpretação que se pode fazer da leitura do *caput* do art. 29 c/c o art. 13 do CP revela-nos a opção do legislador pelo conceito unitário de autor, solidificado em bases causais, mais especificamente na teoria da *conditio sine qua non* (BIERRENBACH, 1996, p. 59-61). A expressão "na medida de sua culpabilidade", por sua vez, não é capaz de afastar a assertiva de adoção pelo sistema unitário. É que, como já dito, é característico de sistemas unitários a diferenciação entre os graus de intervenção delitiva na dosimetria da pena, e não no tipo penal, que é o exato caso aqui em tela (OLIVÉ et al., 2011, p. 540; SANTOS, 2014, p. 344; ORTIZ, 2011, p. 40; GRECO et al., 2014, p. 13; RASSI, 2014, p. 47).

Contudo, é possível uma interpretação diversa de tal dispositivo, o que conduziria à hipótese de adoção por um sistema diferenciador: ora, o *caput* do art. 29 não diz "quem, de qualquer modo, concorre para o crime é autor", mas diz "quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade" (RASSI, 2014, p. 54). Significa dizer que o art. 29, CP, pode ser interpretado como apenas e tão somente uma norma de equiparação de punibilidade de todos os intervenientes no delito, sejam autores ou partícipes.

Indo mais além nessa mesma linha de raciocínio, o *caput* do art. 29, CP, consistiria em uma espécie de norma extensiva de punibilidade, de modo que autor seria aquele que efetivamente pratica o crime, enquanto o partícipe aquele que colabora com a prática delitiva, *de qualquer modo* (GRECO et al., 2014, p. 70)[17].

17. Por essa linha de raciocínio, a interpretação do art. 29 em conjunto com a interpretação do art. 13, ambos do CP, mais adequada é a esboçada por ORTIZ (2011. p. 80): "Nessa

Já o § 1º do mesmo art. 29, CP, é expresso ao referenciar a "participação de menor importância", o que nos remete automaticamente à possibilidade de distinção entre autoria e participação (sistema diferenciador), até porque a referida disposição legal trataria de "um problema de grau de conteúdo do injusto do fato" (PIERANGELI e ZAFARONI, 2004, p. 645-646). Essa seria a forma mais natural de se interpretar o referido dispositivo e conduziria a um sistema diferenciador de concurso de agentes.

Ocorre que há quem defenda o inverso, ou seja, que a "participação de menor importância" aqui retratada não se confunde com a participação em sentido estrito, haja vista seria possível que coautores de um mesmo crime dessem contribuições mais ou menos relevantes, o que ensejaria penas maiores ou menores (GRECO et al., 2014, p. 70). Além disso, por essa visão, estar-se-ia diante de mais um problema concernente à aplicação da pena à luz das diferenças entre formas de intervir no delito (ORTIZ, 2011, p. 81), assim como exatamente ocorre com a expressão "na medida de sua culpabilidade" no *caput* do art. 29, CP. Essa interpretação conduziria à possibilidade de defesa da adoção do sistema unitário.

Em relação ao art. 29, § 2º, do CP, temos a figura da "participação dolosamente distinta", sendo que o que se observa é, em verdade, uma forma diversa de tratar o concurso de crimes, o que nada interfere acerca de questões atinentes ao concurso de agentes (GRECO et al., 2014, p. 72-3).

Já em relação à "comunicabilidade de circunstâncias e condições pessoais quando forem elementares do crime" (art. 30, CP) é de se dizer que essa disposição legal se reveste de uma opção legislativa por um sistema unitário, uma vez que a comunicabilidade de circunstâncias e condições pessoais nos delitos especiais apenas reforça a opção de igualar todos os intervenientes como autores, no plano do tipo penal.

Entrementes, há respeitável posição – informe-se, quase que isolada (ORTIZ, 2011, p. 202-207; GRECO et al., 2014, p. 72-73; BATISTA, 2008, p. 170-171) – que se arvora na premissa de inconstitucionalidade do referido dispositivo no tocante específico da comunicabilidade das elementares de caráter pessoal, em razão de que seria inócuo a legislação penal prever delitos especiais se todos, em última análise, pudessem ser punidos como *extraneus* (violação ao princípio da legalidade e da culpabilidade).

---

linha, parece absolutamente admissível a leitura segundo a qual nossa legislação disciplinou o nexo causal como limite mínimo à imputação do crime, o que não significa seja o critério exclusivo e determinante da responsabilização jurídico-penal, a qual deve ser perquirida por meio do recurso a outros parâmetros".

Portanto, para essa linha de raciocínio, a única interpretação possível, sem violar os princípios ditos, seria entender a referida disposição como uma norma extensiva de responsabilidade dos delitos especiais, na modalidade de participação (e não autoria). Tal posicionamento, em última análise, põe em xeque a legitimidade das teorias unitárias, de forma geral, visto que demonstra ser impossível compatibilizar uma punibilidade a um mesmo título (autor) àqueles que não detêm qualidades próprias, notadamente nos delitos especiais.

E, por fim, para encerrar esta breve análise da legislação brasileira no tema concurso de agentes, deve-se indicar que o art. 31 do CP ("participação em delitos ao menos tentados") adota a chamada teoria da acessoriedade limitada[18] (RASSI, 2014, p. 65), fato esse que, à primeira vista, o adequaria às pretensões do sistema diferenciador[19]. Aliás, os defensores da adoção do sistema diferenciador pelo nosso Código Penal em muito se valem da redação do art. 31 do CP (RASSI, 2014, p. 59).

Mas é possível interpretar que a redação do art. 31 do CP é, na verdade, uma forma de restrição ao alcance do art. 29 do CP, de modo a traduzir uma espécie de correção às situações materialmente injustas que se teria com a ausência de uma norma que tal (GRECO et al., 2014, p. 76-77). Essa posição é a utilizada para fundamentar a adoção do nosso sistema como unitário.

Diante de todo o exposto – e da variedade de posições possíveis –, ecoam na doutrina as mais diversas vozes: há quem diga que nosso sistema é unitário (BATISTA, 2008, p. 37; QUEIROZ, 2014, p. 321; SANTOS, 2014, p. 344-345; JESCHECK e WEIGEND, 2002, p. 713); há quem diga que nosso sistema

18. De acordo com a teoria da acessoriedade limitada da participação, somente haverá relevância jurídica à conduta praticada pelo partícipe se houver, por parte do autor, início das atividades executórias do crime (se não constituírem autonomamente os atos preparatórios ilícitos penais), caso contrário, estar-se-ia diante de conduta atípica do autor, o que, por si só, enseja o reconhecimento da atipicidade da conduta do partícipe.

19. "Desde el punto de vista dogmático, la distinción entre autoría y participación es fundamental y necesaria. La participación em si misma no es nada, sino un concepto de referencia que supone siempre la existencia de un autor principal em función del cual se tipifica el hecho cometido. Es decir, aunque, por ejemplo, el inductor y el inducido puedan merecer la misma pena, es evidente que la responsabilidad de aquél viene condicionada por los actos realizados por éste y que no hay inducción em sí, sino la inducción a un hecho ajeno, que es el que sirve de base para determinar la responsabilidad del inductor. En una palabra, la participación es accesoria, la autoría principal, y ello independientemente de la pena que merezca el partícipe o el autor en el caso concreto" (MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, 1996 *apud* ORTIZ, 2011. p. 83).

é diferenciador (BITENCOURT, 2014, p. 553; GRECO et al., 2014, p. 78, PIERANGELI e ZAFARONI, 2004, p. 633-634; DELMANTO et al., 2016, p. 171; FELICIANO, 2010; JESUS, 2002, p. 16-17; BUSATO, 2017, p. 671); e, ainda, há quem diga que o sistema é unitário temperado (MESTIERI, 1999, p. 200; PRADO, 2008, p. 485).

Portanto, é correta a interpretação favorável à adoção do sistema brasileiro como sendo diferenciador e restritivo, utilizando-se, para tanto, a teoria do domínio do fato (para os delitos de domínio). Contudo – forçoso reconhecer – a existência de duas interpretações legítimas e possíveis de serem sustentadas: a primeira delas é compreender o sistema brasileiro como adotante do sistema unitário ou, por óbvio, como adotante do sistema diferenciador. As razões que justificam as posições mencionadas são as retro expostas.

Por fim, destaca-se que a adoção de um ou outro sistema impactará diretamente na análise do capítulo 3 deste trabalho, qual seja a abordagem sobre a responsabilização penal por decisões colegiadas.

3. Critérios mínimos para atribuição de responsabilidade penal por decisões colegiadas à luz dos sistemas unitário e diferenciador

Em razão da conclusão preliminar obtida no capítulo anterior – qual seja: há duas formas possíveis de compreender o sistema brasileiro de concurso de agentes, sendo a primeira delas adotante do sistema unitário, conjugado com a teoria da *conditio sine qua non,* e a segunda delas do sistema diferenciador (teoria do domínio do fato), conjugado com uma releitura dos parâmetros de causalidade inerentes à teoria do domínio do fato e com a imputação objetiva – necessário é fixar os critérios mínimos (*standards*) a serem utilizados para atribuição da responsabilidade penal por decisões colegiadas.

Contudo, por evidente, os critérios mínimos a serem utilizados pelas teorias unitária e diferenciadora são diversos, haja vista a própria essência dos sistemas referidos no *capítulo* anterior. A seguir, serão sumarizados os critérios para cada qual dos sistemas.

3.1. Standards *do sistema unitário*

Antes de tudo, é de se frisar que o sistema unitário, por essência, não diferencia autores e partícipes. Além disso, para aqueles que defendem que o sistema penal brasileiro de concurso de agentes é unitário, também inexistirá a diferenciação das diversas formas de intervenção delitiva no delito, de sorte que seja

qual for a contribuição do agente, esse responderá como "autor". Significa dizer: considerando-se a possibilidade de se defender o sistema brasileiro de concurso de agentes como unitário, é descabido falar em modalidades de autoria, tal como naturalmente se faz nos sistemas diferenciadores

Note-se, pois, que, muito embora o sistema unitário funcional faça diferenciações entre as modalidades de autoria, fato é que tais diferenciações advêm de normas legais expressas, a exemplo do sistema penal austríaco, o qual prevê as seguintes modalidades de autoria: autoria imediata, autoria por determinação e autoria por contribuição (ORTIZ, 2011, p. 42). Dessa forma, para os filiados ao posicionamento de que o sistema brasileiro é unitário, resta a única alternativa de considerá-lo unitário formal.

Pois bem. Sob a ótica do sistema unitário, a linha mestra para responsabilização é a de que *aquele que contribui para o resultado é autor do crime*. Some-se, ainda, que a leitura do art. 13 do CP (teoria da *conditio sine qua non*) indica que a contribuição deve ser relevante e essencial para o resultado, de sorte que o nexo causal entre a conduta e o resultado se dá de maneira individualizada para cada agente.

Ocorre que, em casos em que diversos agentes atuam simultaneamente com dolo para determinado crime, sem que seja possível determinar quem teria contribuído decisivamente para o resultado criminoso, a doutrina pátria, alicerçada na teoria da equivalência das condições (art. 13, CP), convencionou imputar a prática de crime tentado[20] a referidos agentes.

20. Citem-se os seguintes exemplos clássicos: a. pelotão de fuzilamento (GRECO et al., 2014. p. 89). Imagine-se dez soldados que atirem por três vezes cada em um prisioneiro sentenciado à pena de morte. De todos esses trinta disparos, vinte atingem o prisioneiro, os quais são suficientes para a sua morte. Pois bem, não se saberá ao certo qual(is) dos tiros foi(ram) determinante(s) para a morte do prisioneiro, razão pela qual todos os atiradores respondem pelo crime de homicídio na modalidade tentada. Trata-se de caso de autoria incerta, ou seja, muito embora se conheça quem praticou a ação, não se sabe quem atingiu o resultado (BITENCOURT, 2014. p. 540). Discussão mais ou menos semelhante é encontrada nas apelações 0338975-60.1996.8.26.0001 e 0007473--49.2014.8.26.0001, julgadas pela 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, caso vulgarmente conhecido como "Massacre do Carandiru"; e b. caso das quantias sucessivas de veneno: imagine-se que para matar uma pessoa sejam necessários duzentos mililitros de uma determinada substância venenosa. Os agentes "A", "B" e "C", unidos entre si e com *animus necandi*, adicionam simultaneamente à bebida de "D" cem mililitros cada um, somando-se trezentos mililitros de veneno, quantia mais do que suficiente para levar a óbito "D". Pois bem, igualmente ao caso do pelotão de fuzilamento, cada um dos agentes poderá dizer que se não tivesse adicionado o veneno na

Abre-se aqui um essencial parênteses: crimes perpetrados por decisões colegiadas não se enquadram na classificação de *crimes plurissubjetivos*. Explica-se: delitos plurissubjetivos são aqueles que, em razão da redação típica, apenas podem ser praticados em conjunto com duas ou mais pessoas (BITENCOURT, 2014, p. 283). Crimes perpetrados por decisões colegiadas exigem pluralidade de agentes não em razão de sua redação típica, mas sim em razão de elementos circunstanciais de ordem fática e individualizada casuisticamente[21].

Feitas as considerações anteriores, é de se dizer que o *standard* para atribuição da responsabilidade por decisões colegiadas, à luz da teoria unitária (e, consequentemente, do conceito extensivo de autor), é: contribuir decisivamente para o resultado delitivo, sendo que certa a existência do resultado delitivo ainda que subtraída a conduta do agente, haverá a imputação do crime na modalidade tentada. A forma de apuração da conduta relevante para o resultado (*conditio sine qua non*) se dá de maneira individualizada para cada agente por meio do método de eliminação hipotética (BIERRENBACH, 1996, p. 60), sendo que todo aquele cuja conduta for fundamental para o resultado responderá como autor do crime.

3.2. Standards *do sistema diferenciador (teoria do domínio do fato)*

Sob a ótica do sistema diferenciador (teoria do domínio do fato), importante destacar que a linha mestra para a responsabilização é a de que o autor é a figura central do tipo penal, ou seja, é quem determina o *se*, *como* e *quando* o delito irá acontecer. Ademais, para que haja responsabilização penal do autor, é necessária a existência de nexo causal entre a conduta e o resultado, bem como seja analisada a conduta à luz da imputação objetiva, a fim de se verificar se houve a criação de risco juridicamente desaprovado ao bem jurídico tutelado.

A seguir, serão analisadas as espécies de (co)autoria que podem se encaixar no caso de crimes cometidos por meio de decisões colegiadas (estruturas

bebida de "D", este, ainda assim, morreria, posto que remanesceria quantia suficiente, de sorte que responderiam apenas pelo homicídio na modalidade tentada.

21. Dessa forma, se três, cinco ou cem pessoas associarem-se criminosamente, todos responderão como autores do crime do art. 288, CP. Mas, a mesma lógica não pode ser aplicada em relação aos crimes praticados por decisões colegiadas, uma vez que o autor de delitos praticados no seio de órgãos colegiados deve dar contribuição decisiva, analisada sob o mantra da teoria da *conditio sine qua non*. Assim, se por um lado todos que aderem à "associação criminosa" respondem pelo crime do art. 288, CP; por outro lado, à luz do sistema unitário, é preciso, para que seja imputada a conduta criminosa correlata, que se perquira se a conduta do agente votante pelo "crime" fora decisiva, o que se dá por meio do método de eliminação hipotética.

horizontais); a causalidade e a imputação objetiva em casos de coautoria em decisões colegiadas; e, por fim, serão estabelecidos os parâmetros mínimos para a responsabilização na referida casuística.

4. Modalidades de (co)autoria relevantes em crimes perpetrados por decisões colegiadas

Inicialmente, grifa-se que o desenvolvimento das modalidades de (co)autoria apenas se devem em razão do sistema diferenciador (BITENCOURT, 2012), com especial destaque para a teoria do domínio do fato, a qual consegue distinguir com maior precisão teórica as formas de intervenção delitiva nos delitos de domínio. Significa dizer que é o sistema diferenciador que se preocupa, efetivamente, em se imiscuir nas diferentes formas de intervenção delitiva, ao passo que o sistema unitário, de base causal, ocupa-se apenas e tão somente em considerar qualquer interveniente como autor, razão pela qual é inócua a discussão acerca das modalidades de (co)autoria em sistemas unitários[22].

Indo mais além, cabe mencionar, desde já, que apenas e tão somente há que se falar em coautoria (*domínio funcional do fato*) se estiverem presentes dois[23] requisitos: *plano em comum*, ainda que tácito[24] (unidade de desígnios) e *contribuição relevante dos agentes na fase executiva do delito*.

22. Como já dito, para aqueles que defendem ser o sistema de concurso de agentes unitário, a única solução encontrada é considerá-lo unitário em razão da ausência de previsão legal expressa de diferenciações de autoria, tal como o sistema austríaco (ORTIZ, 2011. p. 42).

23. Muito embora Roxin (2014. p. 146-147) entenda pela existência de três requisitos para configuração da coautoria (a saber: *a*. plano em comum; *b*. contribuição conjunta na fase executiva; e c. contribuição relevante na fase executiva), parece-nos que o terceiro requisito acaba por absorver o segundo, razão pela qual aqui se adota uma classificação com apenas dois requisitos.

24. "É desnecessário um acordo prévio, como exigia a antiga doutrina, bastando a consciência de cooperar na ação comum. É, portanto, a atuação consciente de estar contribuindo na realização comum de uma infração penal. Essa *consciência* constitui o *liame psicológico* que une a ação de todos, dando o caráter de crime único. A resolução comum de executar o fato é o vínculo que converte as diferentes partes em um todo único. Todos participam da realização do comportamento típico, sendo desnecessário que todos pratiquem o mesmo ato executivo. Basta que cada um contribua efetivamente na realização da figura típica e que essa contribuição possa ser considerada importante no aperfeiçoamento do crime" (BITENCOURT, 2014. p. 560-561).

O reconhecimento de situações de coautoria é relevante, uma vez que essa modalidade de intervenção delitiva permite a chamada *imputação recíproca*, ou seja, de que agentes respondam por atos dos terceiros coautores (JESCHECK e WEIGEND, 2002, p. 727).

Para esse estudo importa distinguir e compreender a extensão de significado de apenas quatro formas de (co)autoria, quais sejam: a. autoria colateral; b. (co)autoria alternativa; c. coautoria sucessiva; e d. coautoria aditiva.

Entende-se por autoria colateral aquela em que dois ou mais agentes, desconhecendo a(s) atuação(ões) de outro(s), atua(m) com a finalidade de obter o mesmo resultado delitivo. Nessa hipótese, em razão da ausência de vínculo subjetivo (*plano em comum*) entre os agentes (BITENCOURT, 2014, p. 569), não há que se falar em coautoria e, consequentemente, inviável a imputação recíproca das condutas entre os agentes, de modo que cada um responderá apenas e tão somente pela sua conduta.

Importante destacar que as práticas delitivas por meio de decisões colegiadas não são encaixadas nessa espécie de autoria, em razão de que os agentes votantes, no mais das vezes, possuem vínculo subjetivo entre si, ainda que tácito.

A segunda modalidade de (co)autoria que nos interessa é a alternativa. Nessa hipótese, muito embora os agentes estejam unidos pelo vínculo subjetivo (*plano em comum*), apenas um deles dará uma efetiva e real contribuição para o alcance delitivo na fase executiva. Cite-se o seguinte exemplo: os sujeitos "A", "B" e "C" decidem matar "D", que está situado em um galpão com três saídas. Para assegurar o resultado delitivo, cada um dos agentes "A", "B" e "C" se colocam em uma das saídas a fim de dar cabo à vida de "D". Ao sair pela saída em que "A" estava postado, esse lhe disfere o tiro fatal.

A primeira questão polêmica que reveste nosso exemplo é se "A", "B" e "C" são coautores ou apenas "A" é autor. Defende Rudolphi (*apud* ROXIN, 2014, p. 164) que apenas "A" deu uma efetiva contribuição na fase executiva do delito, isso porque os demais são meros figurantes na cena delitiva. Por outro lado – acertadamente –, Roxin (2014, p. 165) defende que, nesse caso, há coautoria, haja vista a contribuição relevante na fase executiva consiste, exatamente, em bloquear os demais caminhos, assegurando o sucesso delitivo[25].

25. Roxin (2014. p. 165), contudo, crê existir caos em que contribuições alternativas não caracterizariam coautoria, posto que não seriam dadas contribuições efetivas na fase executiva (por exemplo, caso "A" falhe em sua missão de matar "C", "B" será designado *a posteriori* para tal função). Dessa forma, em suma, apenas haveria coautoria no sentido técnico da palavra, quando os agentes estivessem unidos pelo laço psíquico, assim

Ocorre que, mais uma vez, parece que essa modalidade de coautoria (ou autoria) não é aplicável em casos de crimes perpetrados por meio de decisões colegiadas, posto que a contribuição de cada agente é relevante em razão de seu voto. Não há como imaginar uma hipótese em que vários agentes votantes, alternativamente, votarão ou não a depender de uma determinada situação, sendo que todos assegurariam o resultado delitivo por estarem ligados psiquicamente. Portanto, descartada também, a princípio[26], essa possibilidade de (co)autoria em decisões colegiadas.

A terceira modalidade de coautoria que nos interessa é a sucessiva, de sorte que essa é a forma pela qual, uma vez já iniciada a fase executiva do delito, outro agente acaba por aderir ao comportamento criminoso já em curso. Portanto, trata-se de uma "incorporação posterior ao plano comum criminoso" (ROXIN, 2014, p. 160), de sorte que somente há que se falar em coautoria sucessiva até o momento de consumação formal do delito (ROXIN, 2014, p. 161).

Nesse caso, todos os agentes respondem a título de coautores, pois deram contribuições relevantes na fase executiva do delito, bem como possuíam um plano em comum, ainda que a adesão a esse plano fosse *a posteriori* dos demais atos executórios.

Essa modalidade de coautoria ganha especial relevo em decisões colegiadas[27] – especialmente as nominais e sequenciais –, isso porque os agentes que aderem ao primeiro voto favorável à prática delitiva acabam por se incorporarem ao plano delitivo do primeiro agente.

E, por fim, a quarta modalidade de coautoria que nos interessa no seio de crimes perpetrados por decisões colegiadas diz respeito à cognominada coautoria aditiva, que nada mais é do que a modalidade de intervenção delitiva na qual diversos agentes, ao mesmo tempo, praticam atos executórios para o fim de tornar

como todos contribuíssem efetivamente para o sucesso delitivo (detenção de alguma função) em um mesmo cenário criminoso.

26. Não é demais lembrar que os exemplos práticos por vezes superaram nossa capacidade imaginativa. Não se descarta, contudo, alguma hipótese remotíssima de que haja um sorteio para votação entre vários agentes, sendo que todos votariam de modo a assegurar a produção do resultado delitivo. Nessa *sui generis* hipótese haveria que se cogitar em (co)autoria alternativa.

27. A discussão mais sensível nessa modalidade de coautoria – qual seja a possibilidade de se imputar ao coautor sucessivo causas especiais de aumento ocorridas anteriormente à sua entrada no curso delitivo – não possui nenhuma relevância quanto ao tema acerca das decisões colegiadas, razão pela qual deixou de ser aqui abordada.

mais seguro o resultado delitivo (HERZBERG *apud* ROXIN, 2000, p. 737). Estão, pois, presentes os requisitos da coautoria. Com efeito, há um plano comum entre os agentes e a contribuição relevante de cada um deles se dá na fase executiva, à medida que todos tomam partido de modo a tornar certa a consumação delitiva, não importando quem, de fato, seja o efetivo causador do resultado.

Essa modalidade de coautoria é de especial destaque em nosso estudo da perpetração de crimes por decisões colegiadas, isso porque se aplica em casos de votações simultâneas (nominais ou secretas), em que cada agente que vota pelo "crime" acaba por dar uma contribuição na esperança de tornar o sucesso delitivo mais factível e possível.

5. Tipo objetivo: nexo causal e imputação objetiva

Umbilicalmente ligado ao tema do concurso de agentes está o tema do nexo causal e da imputação objetiva, os quais devem ser analisados à luz do concurso de agentes nos casos de decisões colegiadas (estruturas horizontais).

Pois bem. Caso se entenda que nosso sistema comporta a interpretação favorável à adoção do sistema diferenciador (teoria do domínio do fato), é caso de se perquirir de que forma se deve estabelecer o nexo de causalidade em situações como a de decisões colegiadas, especialmente à luz do teor redacional do art. 13 do CP, o qual consagra inequivocamente a teoria da *conditio sine qua non*.

Em nossa ótica, a única forma capaz de adequar a teoria da *conditio sine qua non* com a leitura do sistema diferenciador e as modalidades de coautoria (sucessiva e aditiva) é compreender que o nexo causal nesses casos se dá entre a decisão colegiada considerada *per se* e o resultado típico por ela perpetrado. Isso se deve ao fato de que se extrai, nos crimes praticados por meio de decisões colegiadas, situações em que se evidenciam as hipóteses de coautoria – e, consequentemente, possibilidade de imputação recíproca entre os agentes intervenientes no delito –, de modo que os votos dos membros devem ser considerados conjuntamente[28].

Portanto, o simples reconhecimento da existência de coautoria (em qualquer de suas modalidades) em crimes perpetrados por meio de decisões colegiadas

28. Percy García Cavero (2012. p. 70-71) faz uma análise interessante acerca da criação de riscos em crimes perpetrados por meio de decisões colegiadas, chegando a conclusão de que, em casos tais, a criação do risco é conjunta (e não isolada), o que de certa forma corrobora a afirmação de que o nexo causal em decisões colegiadas é a composição de votação considerado *per se* e o resultado típico.

importa dizer que o nexo de causalidade, com fulcro na teoria da *conditio sine qua non,* passa a ser entre a votação considerada como um todo e o resultado típico.

Aliás, essa forma de interpretação da teoria da *conditio sine qua non* e a teoria do domínio do fato (domínio funcional do fato – coautoria) foi exatamente a adotada pelo Tribunal Superior Federal alemão (*Der Bundesgerichtshof – BGH*), equivalente ao nosso Superior Tribunal de Justiça, no famoso caso do *spray para couro* (ROCHA, 2016, p. 140-143; CAVERO, 2012, p. 72; SCHÜNEMANN, 2002, p. 20-21)[29].

Aqui reside uma das maiores pedras de toque da interpretação de crimes cometidos por intermédio de decisões colegiadas à luz do sistema diferenciador (teoria do domínio do fato) em relação ao sistema unitário: se, por um lado, a interpretação dos adotantes do sistema unitário há de considerar autor apenas aquele cuja contribuição foi essencial para o delito e, ainda, a contribuição sem a qual o resultado não teria acontecido (análise individualizada das condutas de cada agente votante), por outro lado, a interpretação dos adotantes do sistema diferenciador, com fulcro na teoria do domínio do fato, há de considerar coautores todos aqueles que efetivamente tenham contribuído para a composição de votação a favor do cometimento do ilícito penal (análise conjunta das condutas de cada agente votante).

Há, pois, um giro na ótica da relação de causalidade se optarmos pela interpretação com vistas ao sistema diferenciador (causalidade da votação conjunta em relação ao resultado típico) em comparação ao sistema unitário (causalidade de cada voto em relação ao resultado típico).

E, por fim, também se faz imperioso observar que a casuística da perpetração de crimes praticados por meio de decisões colegiadas passa pelo crivo da imputação objetiva. E não poderia deixar de ser diferente, até mesmo porque a teoria do domínio do fato e a imputação objetiva "reclamam-se reciprocamente, dadas

29. Não se desconhece que a forma interpretativa aqui destacada já foi alvo de críticas doutrinárias, especialmente no caso alemão do *spray para couro* (PUPPE *apud* ROCHA, 2016. p. 143; ROXIN, 2002. p. 286). A crítica reside no fato de que a causalidade é requisito antecessor da coautoria, e não o inverso. Contudo, parece-nos que essa é a única alternativa capaz de adequar a teoria da *conditio sine qua non* ao sistema diferenciador (e, consequentemente, às modalidades de coautoria em decisões colegiadas). Ademais, existindo coautoria (fato perceptível antes de perquirida a causalidade), é mais do que natural seja alterada a forma de percepção e análise do nexo de causalidade. É, pois, a imputação recíproca (GRECO et al., 2014. p. 90) que permite essa tomada de postura e reinterpretação da causalidade, característica essa inexistente no sistema unitário de autoria, de base causal.

as similitudes" no tocante ao "fundamento sociológico, elisão da forma com vistas ao justo material, metodologia, natureza conceitual" (FELICIANO, 2010).

Sob esse particular, é salutar mencionar que a imputação objetiva não possui como finalidade substituir o nexo de causalidade (ROCHA, 2016, p. 70-76), mas sim criar uma série de critérios a mais quando da análise do tipo objetivo. Por assim dizer, o tipo penal objetivo passa a ser analisado com a conjugação dos seguintes elementos: ação, nexo causal, resultado e critérios da imputação objetiva[30].

Pois bem. A imputação objetiva contempla, basicamente, dois elementos, a saber: a. aumento ou criação de um *risco juridicamente desaprovado*; e b. *realização do risco no resultado* (ROXIN, 2002, p. 21-22; FRISCH, 2000, p. 25-6).

Por aumento ou criação de um *risco juridicamente desaprovado* entende-se que apenas são aptas a colocar o bem jurídico em perigo as condutas que são realizadas fora dos parâmetros de aceitabilidade jurídica e social. É, pois, uma análise do desvalor objetivo da ação do agente (FRISCH, 2000, p. 45). Imperioso destacar, desde já, que esse primeiro elemento deve ser analisado sob uma perspectiva *ex ante,* ou seja, com os elementos disponíveis ao conhecimento do agente à época dos fatos (GRECO, 2014, p. 26). Além disso, a inexistência de aumento ou criação de um *risco juridicamente desaprovado* implica na "isenção de pena" (sic)[31] do agente (ROXIN, 2002, p. 309).

Já por *realização do risco no resultado* entende-se que apenas o resultado que efetivamente causar lesão ao bem jurídico tutelado é apto para preencher esse

30. Frise-se que este trabalho não possui a pretensão de sequer introduzir o estudo da imputação objetiva. Aqui apenas e tão somente se apresentará os critérios de imputação objetiva úteis à casuística dos delitos perpetrados por decisões colegiadas. Para uma leitura mais aprofundada acerca do estudo da imputação objetiva, sugere-se as seguintes obras: a. ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; b. GRECO, Luis. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Ed. RT, 2014; e c. JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013; d. ROCHA, Ronan. *A relação de causalidade no direito penal*: coleção ciência criminal contemporânea. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. v. 8; TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002; e e. BRITO, Alexis Augusto Couto de. *Imputação objetiva*: crimes de perigo e direito penal brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015.

31. Entende-se que o mais adequado, dogmaticamente, seria compreender que a inexistência de aumento ou criação de um risco juridicamente desaprovado implica na atipicidade de conduta, e não na isenção de pena. Assim o é porque a análise dos critérios da imputação objetiva se dá no plano de tipicidade.

requisito, sendo que tal resultado deve estar intimamente ligado à ação praticada pelo agente[32], bem como ao objetivo da tutela penal[33]. Em outras palavras: a conduta do agente deve ser reprovada apenas em situações que se destinam à proteção da norma penal. Importante destacar também que esse segundo elemento deve ser analisado sob uma perspectiva *ex post,* ou seja, com os elementos existentes concretamente, ainda que não sejam de conhecimento do agente à época do fato (GRECO, 2014, p. 26). Outrossim, a inexistência da *realização do risco no resultado* implica a exclusão da consumação delitiva, o que ainda torna viável a imputação na modalidade tentada, se cabível (ROXIN, 2002, p. 309)

Para o estudo que nos interessa, parece que importa mencionar (sem adiantar as conclusões do capítulo seguinte) que a temática correlata aos deveres e responsabilidades daqueles que votaram pelo "não crime", assim como as abstenções e as ausências às sessões de deliberações são matérias afetas ao tema da imputação objetiva. As análises detalhadas de cada tema aqui citado serão delineadas minuciosamente no capítulo seguinte.

6. Conclusões: *standards* do sistema diferenciador (teoria do domínio do fato)

O *standard* para atribuição de responsabilidade penal por decisões colegiadas, à luz do sistema diferenciador (e, consequentemente, conceito restritivo de autor) e da teoria do domínio do fato, é: os agentes que contribuírem para a formação da composição de votação apta a dar ensejo ao resultado típico serão passíveis de terem suas condutas amoldadas aos tipos penais correspondentes.

32. Sobre esse particular, confira-se Greco (2014. p. 102): "Daí deriva a necessidade de uma *realização do risco*: se o resultado se produzir por razões que não guardem qualquer relação com as razões que levaram à proibição da conduta, não há desvalor do resultado, porque está quebrada a íntima conexão que deve existir entre ele e o desvalor da ação. Em tais casos haverá apenas uma 'tentativa culposa' em concurso (formal) com uma causação permitida do resultado" (g.n.).

33. Nesse sentido, Luís Greco (2014. p. 100-101) entende que *realização do risco no resultado* repousa na ideia da prevenção geral negativa. Confira-se: "A tarefa que temos diante de nós é, portanto, fundamentar o desvalor do resultado. Por que é necessário um desvalor do resultado como componente do injusto? Não bastaria o desvalor da ação? [...] Creio que a solução está, mais uma vez, no recurso aos fins do Direito Penal, especificamente: *à ideia de proteção de bens jurídicos e a prevenção geral negativa.* [...] O desvalor do resultado desempenha, assim, a função de confirmar que a proibição tinha sua razão de ser, o que poderíamos chamar de *função de confirmação*" (g.n.).

O nexo causal em situações de coautoria no âmbito de decisões colegiadas se dá entre a votação considerada *per se* e o resultado típico, à luz de uma reinterpretação da teoria da equivalência dos antecedentes (art. 13, CP). Mais a mais, ter-se-á que analisar, casuisticamente, os critérios de imputação objetiva para subsunção da tipicidade objetiva.

7. Atribuição de responsabilidade penal por decisões colegiadas: casos hipotéticos de estudo

Neste capítulo, traz-se à baila casos práticos à luz de todo o fundo teórico esboçado nos *capítulos* anteriores. A ideia central deste capítulo é comparar as formas de resolução de casos sob o prisma dos critérios dos sistemas unitários e diferenciadores.

Nos casos práticos em sequência estudados, o enfoque será a atribuição de responsabilidade penal em desfavor dos agentes votantes dentro de órgãos colegiados. Não se entrará no mérito de discussões acerca da (in)constitucionalidade dos tipos penais, elementos do tipo subjetivo e demais elementos fático-probatórios.

É importante também sublinhar que as análises a seguir realizadas dizem respeito apenas e tão somente ao seio dos órgãos colegiados. Não se perquirirá a responsabilidade penal em situações de coautoria vertical, autoria mediata e/ou instigação em relação dos membros votantes de um órgão colegiado em relação aos eventuais executores dos delitos. Explica-se: no mais das vezes um órgão colegiado decide pelo "crime", mas esse apenas será efetivamente praticado por executores que não são membros do órgão colegiado. Essa discussão não será aqui tratada[34].

34. Essa é, aliás, a problemática sempre discutida em delitos perpetrados dentro de estruturas empresariais. Sugere-se, sobre este tema, as seguintes leituras: a. WEIGEND, Thomas. Perpetration through an organization: the unexpected carrer of a german legal concept. *Journal of internacional criminal justice*, Oxford, v. 9, n. 1, p. 91-111, 2011; b. GRECO, Luis et al. *Autoria como domínio do fato*: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no Direito Penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014; c. SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Montevideo: B. de F., 2013; d. SCHÜNEMANN, Bernd. Responsabilidad penal emn el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, v. LV, p. 9-38, 2002.; e ZEGERS, Juan Pablo Novoa. Responsabilidad penal de los órganos directivos de la empresa. *Revista Actualidad Juridica*, Santiago, Universidad del Desarrollo, n. 18, p. 431-472, jul. 2008.

Feitas essas considerações introdutórias, passa-se às análises dos casos hipotéticos de estudos.

7.1. Diferentes "placares" nas votações e suas consequências

Study case 1: A empresa "Sonegadores S.A.", por meio de seu órgão colegiado composto pelos agentes "A", "B", "C", "D" e "E", por maioria (três votos favoráveis – agentes "A", "B" e "C" – e dois contrários – agentes "D" e "E"), coloca em prática um novo planejamento tributário em que seus produtos passem a ser classificados indevidamente, a fim de diminuir a alíquota do imposto incidente, de modo que houve redução de impostos na ordem de cinquenta milhões de reais. Pergunta-se: quais agentes são imputáveis pela prática delituosa de sonegação de tributos (art. 1º, inc. I, da Lei 8.137/90)?

Inicialmente, é de se analisar a responsabilidade penal dos agentes votantes pelo novo planejamento tributário à luz do sistema unitário. Como proposto no *standard* para imputação no referido sistema, é necessário que a contribuição seja decisiva para o resultado delitivo, de modo que subtraída mentalmente a conduta, o crime não mais exista.

No caso, se subtrairmos a conduta, isoladamente, de qualquer dos agentes ("A", "B" ou "C"), a composição mínima para aprovação do "crime" não será suficiente para o resultado delitivo, de modo que se pode afirmar com firmeza que a conduta de cada um dos agentes é relevante e decisiva para o curso causal delitivo e, consequentemente, para seu resultado, de modo que há que se atribuir responsabilidade penal para tais agentes votantes "A", "B" e "C" pelo delito de sonegação de tributos.

Da mesma forma, a análise das condutas à luz do sistema diferenciador (especificamente da teoria do domínio do fato) conduz à assertiva de que as condutas dos agentes votantes "A", "B" e "C" amoldam-se à figura típica do crime de sonegação de tributos, haja vista tratar-se de uma hipótese de coautoria (seja sucessiva, seja aditiva), em razão da existência de plano comum (vontades direcionadas para a adoção do novo planejamento tributário) entre os agentes e a contribuição relevante na fase executiva do delito (voto).

A partir da constatação da coautoria, o nexo causal passa a ser aferível sob a ótica da votação conjunta em relação ao resultado típico, de modo que é possível se afirmar com total segurança que a votação favorável ao novo planejamento tributário é determinante para o resultado típico do delito de sonegação de tributos.

Diga-se, ainda, que as condutas dos votantes "A", "B" e "C" elevaram ou criaram um *risco juridicamente desaprovado,* posto que a classificação indevida de

produtos para fins de redução de alíquotas viola as regras de tributação, bem como o *risco se realizou no resultado,* já que a ofensa produzida pelas condutas dos agentes lesionou sensivelmente o bem jurídico tutelado pelo tipo penal, qual seja a arrecadação adequada de tributos[35].

Por fim, remete-se a questão da apuração de responsabilidade dos votantes pelo "não crime" (ou seja, agentes "D" e "E") ao *study case 3*.

Study case 2: A empresa "Sonegadores S.A.", por meio de seu órgão colegiado composto pelos agentes "A", "B", "C", "D" e "E", por maioria (quatro votos favoráveis – agentes "A", "B", "C" e "D" – e um contrário – agente "E"), coloca em prática um novo planejamento tributário em que seus produtos passem a ser classificados indevidamente a fim de diminuir a alíquota do imposto incidente, de modo que houve redução de impostos na ordem de cinquenta milhões de reais. Pergunta-se: quais agentes são imputáveis pela prática delituosa de sonegação de tributos (art. 1º, inc. I, da Lei 8.137/90)?

Este *study case 2* difere do *study case 1* apenas e tão somente quanto ao "placar" da votação. Mas essa pequena mudança é mais do que suficiente para demonstrar as diferenças práticas e teóricas entre os sistemas unitário e diferenciador, como a seguir se verá.

Pois bem. A resolução do sistema unitário com fulcro na teoria da *conditio sine qua non* para o caso proposto conduziria à impossibilidade de imputação pelo crime consumado de sonegação de tributos aos votantes pela adoção do novo planejamento tributário, isso porque qualquer dos agentes "A", "B", "C" ou "D" poderia argumentar que sua conduta não foi *relevante* para o cometimento do ilícito, haja vista que se subtraída mentalmente, o crime ainda persistiria em razão dos outros três votos favoráveis (TAVARES, 2002, p. 263; GRECO et al., 2014, p. 89-90; CAVERO, 2012, p. 72; MONTAÑÉS, 1998-1999, p. 191).

Dessa forma, partindo-se da premissa de que seria possível identificar os agentes votantes "A", "B", "C" e "D" [36], responsáveis pela adoção do novo

35. Frise-se que a simplicidade do caso de estudo em tela não é verificável, mais das vezes, em casos práticos reais, de modo que apenas aqui se presta para uma análise do tema de forma teórica, comparando-se as formas de aplicação dos sistemas unitário e diferenciador. Os casos reais, multicomplexos, necessitam de uma análise mais acurada, à luz de todos elementos circunstanciais, especialmente no tocante à análise da imputação objetiva.

36. Poder-se-ia arguir aqui que há casos em que sequer se é possível identificar os agentes votantes pelo "crime". Contudo, adianta-se que essa discussão acerca da (in)viabilidadese na identificação dos agentes votantes e suas consequências para a resolução de um

planejamento tributário, a imputação a ser feita em seus desfavores seria a prática do delito na modalidade tentada (GRECO et al., 2014, p. 90).

Hipoteticamente, se a votação fosse unânime a favor da adoção, a solução a ser adotada por esse sistema seria a imputação criminal na modalidade tentada do crime de sonegação de tributos.

Portanto, à luz do sistema unitário e da teoria da *conditio sine qua non*, temos que sempre que houver um ou mais votos para além da composição mínima exigida, haverá a solução jurídica pela impunidade ou imputação pelo crime na modalidade tentada (GRECO et al., 2014, p. 90), a depender das peculiaridades do caso a ser analisado.

Por outro lado, sob as balizas do sistema diferenciador com base na teoria do domínio do fato, os agentes votantes "A", "B", "C" e "D" são imputáveis em relação ao crime de sonegação de tributos. A justificativa teórica é a mesma aplicável ao *study case 1*.

Por fim, importante remeter à questão da apuração de responsabilidade do votante pelo "não crime" (ou seja, agente "E") ao *study case 3*.

7.2. Responsabilidade penal daqueles que votaram pelo "não crime"

Study case 3: A empresa "Irregulares S.A.", por meio de seu órgão colegiado composto pelos agentes "A", "B", "C", "D" e "E", por maioria (três votos favoráveis – agentes "A", "B" e "C" – e dois contrários – agentes "D" e "E"), deu seguimento à construção de uma nova fábrica para confecção de seus produtos em área classificada como não edificável em razão do valor arqueológico da região, sem requerimento à autoridade competente, para fins de imprimir maior agilidade à construção. Pergunta-se: (i) os agentes que votaram pelo "não crime" da nova fábrica respondem pelo delito do art. 64 da Lei 9.605/98?; e (ii) se os agentes que votaram pelo "não crime" agirem de modo a aderirem à decisão (por exemplo: comprarem materiais de construção, interferirem nas plantas do imóvel etc.), responderão pelo crime do art. 64 da Lei 9.605/98?

Comecemos a análise do caso hipotético de estudo respondendo o primeiro questionamento, atinente à responsabilidade dos agentes que votaram pelo "não crime", quais sejam "D" e "E".

Pois bem. Pelas balizas norteadoras da responsabilidade penal por decisões colegiadas à luz do sistema unitário, é de se dizer que para a responsabilização

caso prático será abordada em *item* próprio, destinado ao estudo da problemática de votações nominais e secretas.

dos agentes é necessária uma "contribuição relevante para o resultado". Contudo, fato é que a contribuição daquele que vota pelo "não crime" nem de longe caracteriza-se como contribuição decisiva para o resultado criminoso. Em outras palavras, inexiste nexo causal entre a conduta dos agentes "D" e "E" em relação ao resultado criminoso.

Por essa simples e singela constatação, chega-se à inarredável conclusão de que, à luz do sistema unitário, é impossível atribuir responsabilidade penal àqueles que votam pelo "não crime".

Por outro lado, e como já dito anteriormente, pela ótica do sistema diferenciador (teoria do domínio do fato), em casos de coautoria – qualquer que seja a sua modalidade – em crimes concretizados por decisões colegiadas, a análise do nexo causal entre a conduta e o resultado se dá pelo conjunto de votos. Mas há uma sutileza de relevo a se atentar nesse momento: para que haja esse giro no paradigma da causalidade em decisões colegiadas (ou seja, análise do conjunto de votos em relação ao resultado, e não a análise do voto individualizado em relação ao resultado), é necessário reconhecer previamente a existência de coautoria. E para que se reconheça a coautoria, é necessário que se identifique que os agentes estão agindo com um *plano em comum* e que a *contribuição dada pelos agentes na fase executiva seja relevante*.

Sem que seja necessária uma análise aprofundada, é evidente que os agentes que votaram pelo "não crime" não possuem *plano em comum* com os demais agentes votantes pelo "crime". Ora, carece de lógica entender que estaria preenchido o dito requisito *(plano em comum)* quando os agentes se manifestam inequivocamente por não aderirem à prática do delito.

Dessa forma, o nexo de causalidade entre o conjunto de votos e o resultado delitivo se dá apenas em relação aos votos favoráveis ao crime, e não aos contrários, sob pena de se afirmar que há coautoria entre agentes que, expressamente, não aderiram ao plano delitivo dos demais.

Contudo, não se desconhece que parcela da doutrina entende pela existência de nexo causal entre a conduta dos agentes que votaram pelo "não crime" e o resultado criminoso, em razão de que o *plano em comum* em casos tais seria a mera e simples participação no órgão colegiado, e não a votação criminosa (MÉNDEZ, [20--?], p. 7; MONTAÑÉS, 1998-1999, p. 196).

Mas ainda que assim se entenda, fato é que nem mesmo dessa forma poder-se-ia chegar à conclusão de que os votantes pelo "não crime" são imputáveis pelo resultado do delito. Explica-se: a conduta dos agentes votantes pelo "não crime" não aumenta ou cria *risco juridicamente desaprovado* ao bem jurídico tutelado,

especialmente porque os agentes optaram por manifestar dissidência e repúdio ao plano delitivo (MÉNDEZ, [20--?], p. 7; CAVERO, 2012, p. 73).

Portanto, nesses termos, não se poderia imputar qualquer resultado delitivo aos agentes que votaram pelo "não crime" na ótica do sistema diferenciador, mais especificamente sob o manto da teoria do domínio do fato, seja porque, objetivamente, os agentes que votam pelo "não crime" sequer são coautores e, portanto, o nexo causal em relação a eles não está constatado, ou, ainda, seja porque a decisão negativa ao "crime" não eleva ou cria *risco juridicamente desaprovado*.

Uma vez tomada a decisão pelo "não crime", não há que se falar em deveres adicionais de tais agentes para corroborar a desconformidade com a decisão delitiva tomada[37], até mesmo porque, em linhas gerais, (i) a própria votação contrária é símbolo máximo da ausência de consentimento com a postura tomada favorável ao "crime"; (ii) não possui o membro votante um dever de *cuidado, proteção e vigilância universais* em relação às decisões tomadas pelo órgão colegiado, de modo que lhe atribuir responsabilidade seria alargar para além do texto penal as hipóteses previstas no art. 13, § 2º, do CP, ferindo de morte o princípio da legalidade; e (iii) não possuem os membros votantes deveres de fiscalização e cuidado em relação aos seus pares, os quais são membros de mesma hierarquia empresarial e presumidamente capacitados profissionalmente para o exercício das funções que lhes incubem, aplicando-se aqui o princípio da confiança e da autorresponsabilidade dos demais agentes (CAVERO, 2012, p. 73; MÉNDEZ, [20--?], p. 7-8; SÁNCHEZ, 2011).[38]

Dando seguimento a resolução desse caso hipotético de estudo, a seguir teceremos alguns comentários sobre o segundo questionamento, atinente à adesão posterior ao crime pelos agentes que votaram pelo "não crime".

Como se pode observar, tal resolução foge do tema aqui em debate, qual seja a responsabilidade *por decisões colegiadas*, posto que a ação humana delitiva dos agentes votantes pelo "não crime" se dá em fase *a posteriori* da votação.

Ainda assim, é relevante observar que as condutas de *adesão* à empreitada criminosa também após a formação da votação são relevantes penalmente, ao passo que para o sistema unitário os agentes serão considerados autores, dadas as suas

37. Importante destacar que a pretensa responsabilidade penal em casos tais seria a título de omissão, posto que poderia, em tese, existir um dever de cuidado do membro votante em relação ao órgão colegiado que compõe.

38. Em sentido diverso, Cuadrado Ruiz e Pérez Cepeda (*apud* CAVERO, 2012. p. 73), os quais entendem que o membro votante deveria se retirar do órgão colegiado a fim de demonstrar desconformidade com a decisão tomada.

contribuições relevantes para o resultado criminoso, enquanto que para o sistema diferenciador, calcado na teoria do domínio do fato, os agentes serão considerados coautores, dadas as suas *adesões* ao plano criminoso (coautoria sucessiva), consideradas em razão dos atos de execução em relação à decisão anterior (CAVERO, 2012. p. 74).

Portanto, percebe-se que, tanto para o sistema unitário, quanto para o sistema diferenciador (teoria do domínio do fato), mesmo tendo votado pelo "não crime", esse agente poderá ser responsabilizado penalmente caso dê prosseguimento à empreitada criminosa.

7.3. *Votação secreta* versus *votação nominal*

Study case 4: A empresa "Sonegadores S.A.", por meio de seu órgão colegiado composto pelos agentes "A", "B", "C", "D" e "E", por maioria (três votos favoráveis e dois contrários), coloca em prática um novo planejamento tributário em que seus produtos passem a ser classificados indevidamente a fim de diminuir a alíquota do imposto incidente, de modo que houve redução de impostos na ordem de cinquenta milhões de reais. A apuração de responsabilidade penal desse caso já foi analisada no *study case 1*. Contudo, indaga-se: (i) quais seriam as consequências jurídicas na atribuição de responsabilidade se a votação fosse nominal?; e (ii) e se fosse secreta?

Há, basicamente, duas formas de votação no seio de decisões colegiadas: a primeira delas – aqui denominada de nominal (ou aberta) – é aquela na qual os votos são computados de forma a evidenciar a forma pela qual cada membro votou, anotando-se em ata; e a segunda delas – aqui denominada de secreta (ou fechada) – é aquela na qual os votos permanecem sigilosos, de modo que é dificílimo (senão impossível) identificar a forma pela qual cada membro votou.

Dito isso, haver-se-ia que admitir que, diante dos casos em que sequer fosse possível identificar os agentes que efetivamente votaram pela adoção do novo planejamento tributário (votação secreta), aplica-se o princípio do *in dubio pro reo* (MÉNDEZ, [20--?], p. 6), de modo que todos os agentes permaneceriam impunes; ao passo que, diante dos casos em que fosse possível identificar os agentes que efetivamente votaram pela adoção do novo planejamento tributário (votação nominal), aplicam-se as conclusões obtidas no *study case 1*.

Inegavelmente, a questão aqui posta (votação nominal *versus* secreta) suplanta a discussão acerca de qual sistema de autoria é mais adequado para a atribuição de responsabilidade no âmbito de decisões colegiadas. A problemática tem viés prático: a votação secreta, por essência, dificultará (ou, na maioria das vezes,

impossibilitará por completo) a aferição de responsabilidade criminal adequadamente.

Contudo, há apenas uma única hipótese em que a adoção de um ou outro sistema aqui sugerido trará conclusões diversas, seja a votação nominal ou secreta: trata-se do caso em que houver votação unânime pelo "crime" (MÉNDEZ, [20--?], p. 6). Explica-se: se adotarmos o fundo teórico do sistema unitário e da teoria da *conditio sine qua non,* tal como mencionado no *study case 2,* caberá a imputação pela prática do delito na modalidade tentada (GRECO et al., 2014, p. 90) aos agentes votantes, ao passo que se adotarmos as premissas conceituais do sistema diferenciador, calcado na teoria do domínio do fato, será possível atribuir responsabilidade a todos os membros votantes, posto que dúvida não existirá acerca da participação de todos para a formação da composição votante, como já explicitado no *study case 1*.

Portanto, a forma de votação (nominal *versus* secreta) influi diretamente sobre o estudo da atribuição de responsabilidade por decisões colegiadas, representando um entrave prático (e não teórico) para a resolução dos casos.

Não há soluções "milagrosas" para esse impasse acerca da atribuição de responsabilidade. Contudo, parece-nos que pode ser uma saída plausível a implementação de um sistema que mantenha a natureza de sigilo das votações, mas que, de alguma forma, registre individualmente a forma de votação, de modo que esse sistema de "registro" apenas seria acessível por determinação judicial, nos moldes do que hoje acontece com a quebra de sigilo bancário.

7.4. Ausência e abstenção de membro votante

Study case 5: A empresa "Radioativos S.A.", por meio de seu órgão colegiado composto pelos agentes "A", "B", "C", "D" e "E", por maioria (três votos favoráveis, um contrário e uma ausência), retira do rótulo de um determinado produto a inscrição de que esse é nocivo à saúde humana em razão de sua composição química. Essa conduta, em tese, é tipificada no art. 63 da Lei 8.078/90. Pergunta-se: (i) pode ser atribuída responsabilidade penal ao agente que sequer compareceu à reunião em que se deu a votação?; e (ii) e se o membro ausente tivesse manifestado anteriormente sua posição favorável à votação pelo "crime", induzindo ou instigando os demais membros a acompanharem seu entendimento?

A questão central nesse problema é sobre a responsabilidade do membro votante que não compareceu à votação.

A resolução desse caso é, de certo modo, repetitiva ao que já foi desenvolvido no *study case 3:* sob o manto do sistema unitário, aqueles que não dão *contribuição*

relevante para o resultado delitivo não são imputáveis criminalmente; já sob o manto do sistema diferenciador (teoria do domínio do fato) é de se mencionar que não se poderia imputar qualquer resultado delitivo aos agentes que se ausentaram da votação em razão de que, objetivamente, os membros ausentes sequer são coautores (ausência de *plano em comum* e *contribuição relevante na fase executiva*) e, portanto, o nexo causal em relação a eles não está constatado, ou, ainda, em razão de que a ausência do membro não eleva ou cria *risco juridicamente desaprovado*.

Situação um pouco diversa se dá nos casos em que o membro ausente já havia se manifestado publicamente acerca de seu posicionamento para votação pelo "crime", convencendo os demais membros votantes a assim agirem.

Note-se que, mais uma vez, a problemática nesse caso se dá para além dos limites do tema em espeque, qual seja da atribuição de responsabilidade penal por decisão colegiada, posto que a conduta humana em tese punível (*instigação* ou *induzimento*) é anterior à votação.

Ainda assim, é relevante observar que as condutas de *instigação* ou *induzimento* são penalmente relevantes, ao passo que para o sistema unitário, os partícipes serão considerados autores, dadas as suas *contribuições relevantes* para o resultado criminoso, enquanto que, para o sistema diferenciador, calcado na teoria do domínio do fato, os agentes serão considerados *instigadores ou indutores*, sendo, pois, imputáveis e puníveis. Vale ressaltar, contudo, que atos de participação *lato sensu* apenas são puníveis "se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado" (art. 31 do CP).

Portanto, conclui-se que tanto para o sistema unitário, quanto para o sistema diferenciador (teoria do domínio do fato), o partícipe, ou seja, o agente instigador ou indutor pode ter contra si imputado o crime praticado pelo órgão colegiado por decisões plurais.

Study case 6: A empresa de economia mista "Licitadores", por meio de seu órgão colegiado composto pelos agentes "A", "B", "C", "D" e "E", por maioria (três votos favoráveis, um contrário e uma abstenção), altera cláusula de um edital para fins de direcionar determina licitação de materiais de limpeza para a empresa "Sujeirinha Ltda.", de modo que, efetivamente, com a inserção desta nova cláusula, apenas a dita empresa passou a concorrer na licitação, sagrando-se vencedora. Em contrapartida, os agentes votantes pela inserção da cláusula receberiam a quantia de cem mil reais, cada um. Essa conduta, em tese, é tipificada no art. 90 da Lei 8.666/93. Pergunta-se: pode ser atribuída responsabilidade penal ao agente que se absteve de votar?

A questão central nesse problema é sobre a responsabilidade do membro votante que se absteve. A abstenção, por definição, é a "recusa voluntária de membro de assembleia de intervir, como participante, em discussão, deliberação, decisão etc." (HOUAISS et al., 2009, p. 18).

A resolução do caso hipotético de estudo supra proposto possui idêntica fundamentação utilizada para isentar de responsabilidade os agentes que votaram pelo "não crime" (*study case 3*), assim como para aqueles que se ausentaram da votação (*study case 5*), remetendo-se às citadas resoluções.

Dessa forma, conclui-se que o agente que se abstém de votar, pela ótica do sistema unitário, não *contribui decisivamente* para o resultado delitivo; enquanto que, pela ótica do sistema diferenciador (teoria do domínio do fato), a conclusão é pela ausência de coautoria do abstinente em detrimento dos demais membros votantes favoravelmente ao "crime", ou, ainda, pela ausência de incremento ou criação de *risco juridicamente desaprovado*.

Em eventual caso de instigação ou indução pelo agente abstinente em relação aos demais agentes, obedece-se aqui a mesma resolução trazida no *study case 5*.

8. Conclusão

Este trabalho, em seu nascedouro, nunca teve a pretensão de esgotar o tema que se propôs a tratar, qual seja o da análise de responsabilização no âmbito de decisões colegiadas. Em verdade, o que se pretendeu, desde o início, foi introduzir a discussão em solo brasileiro, haja vista o tímido acervo doutrinário e bibliográfico até aqui produzido.[39]

Vislumbra-se, ainda, que muitos outros temas e pontos tangentes ao concurso de agentes e responsabilidade penal por decisões colegiadas não só podem como devem ser colocados à mesa para debate. Cite-se, como exemplos, as seguintes questões: *iter criminis* nos delitos colegiados e a possibilidade de se imputar a modalidade tentada para os membros vencidos que votaram pelo "crime" ou, ainda, em casos que muito embora a votação tenha sido pela aprovação de um

39. De toda a bibliografia nacional pesquisada, apenas se encontrou referências do tema aqui abordado, ainda que *en passant*, nas seguintes obras: a. ROCHA, Ronan. *A relação de causalidade no direito penal* – coleção ciência criminal contemporânea. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. v. 8; b. GRECO, Luis et al. *Autoria como domínio do fato*: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no Direito Penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014; e c. TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

"crime", mas este não chega a ser concretizado; atribuição de responsabilidade, a título de participação, aos agentes estranhos ao órgão colegiado votante; decisões colegiadas que, *per se*, não constituem crime, mas, eventualmente, em sua execução, podem culminar em práticas delitivas pelos executores das ordens; atividade probatória no seio de decisões colegiadas secretas; diferenças teóricas de votações sequenciais e simultâneas; responsabilidade do membro votante por procuração; entre outros. Enfim, muitos outros temas e debates ainda serão travados. O tema, evidentemente, aqui não se esgota e deve ser revisitado e profundamente debatido pela doutrina nacional.

A preocupação de se fundamentar, inicialmente, a aplicabilidade do sistema diferenciador com fulcro na teoria do domínio do fato ou do sistema unitário firmado pela teoria da *conditio sine qua non* se dá especialmente porque não se quis aqui criar soluções *ad hoc* para os problemas existentes e enfrentados. Quer-se, sempre, que as soluções partam de bases teóricas sólidas e adequadas ao sistema legal em vigência.

Dessa forma, se firmado o entendimento pela adoção do sistema diferenciador de autoria, com base na teoria do domínio do fato, para casuísticas que englobam decisões colegiadas, fato é que há de se adotar a teoria do domínio do fato para todas as hipóteses de estudo de concurso de agentes. E a lógica inversa é a mesma: se firmado entendimento pela adoção do sistema unitário de autoria, aliado à teoria da *conditio sine qua non*, fato é que há de se adotar tal interpretação para todas as hipóteses de autoria.

Note-se que o quer se aqui dizer é muito simples: para se adotar a teoria do domínio do fato para decisões colegiadas, antes há de se entender pela sua adoção em todo o sistema, e a lógica inversa também é válida. Se vale para uma gama de casos (decisões colegiadas), vale para todos os casos de resolução sob a égide da autoria.

Como se pôde analisar no decorrer deste trabalho, a teoria do domínio do fato (ao revés do sistema unitário e da teoria da *conditio sine qua non*) é capaz de dar soluções mais equânimes e escorreitas no âmbito da atribuição de responsabilidade por decisões colegiadas.

Sob essa linha de raciocínio, é por demais salutar sublinhar que, de fato, a teoria do domínio do fato, se comparada à literalidade dos arts. 13 e 29, ambos do CP, promove um "alargamento" da responsabilização de crimes praticados por meio de decisões colegiadas tomadas em estruturas horizontais. (GRECO et al., 2014, p. 84).

Além disso, foram estudadas situações práticas em que, independentemente das teorias e sistema que se adote, existirão consequências quando da análise

jurídica. Tratam-se, pois, de conclusões e análises para além do sistema de autoria vigente. Dessa forma, extraem-se, sucintamente, as seguintes conclusões:

a) O sistema unitário de base causalista não é capaz de resolver adequadamente questões atinentes aos crimes perpetrados por meio de decisões colegiadas; ao passo que o sistema diferenciador, com fulcro na teoria do domínio do fato, tem maior potencial de resolução de casos tais;

b) As diversas formas de intervenção delitiva apenas têm razão de ser em sistemas diferenciadores, ao passo que o sistema unitário considerará todos os agentes como autores, sem distinção;

c) O eixo do nexo de causalidade do sistema unitário é diferente do sistema diferenciador em relação aos crimes perpetrados por meio de decisões colegiadas: enquanto para o sistema unitário o nexo de causalidade se dá entre a conduta de cada agente com vistas ao resultado delitivo, no sistema diferenciador a análise do nexo causal se dá entre a composição da votação e o resultado delitivo;

d) A composição das votações (diferentes placares) costuma influir de imediato na apuração de responsabilidade penal quando se opta por utilizar o sistema unitário de autoria. Tal fato, contudo, não influencia quando a análise de responsabilidade penal se dá sob o viés do sistema diferenciador (teoria do domínio do fato);

e) Em regra, os agentes que se abstiveram, se ausentaram ou votaram pelo "não crime" não são alvos de atribuição de responsabilidade penal, seja no sistema unitário ou no diferenciador (teoria do domínio do fato), ainda que as fundamentações da ausência de responsabilidade sejam diversas. Exceções a essa regra podem ser feitas a depender da casuística; e

f) Decisões colegiadas realizadas a partir de votações secretas tendem a possuir, por questões práticas, maior dificuldade na atribuição de responsabilidade dos membros votantes.

9. Referências bibliográficas

BITENCOURT. Cezar Roberto. A teoria do domínio do fato e a autoria colateral. *Consultor Jurídico*, 2012. Disponível em: [www.conjur.com.br/2012-nov-18/cezar-bitencourt-teoria-dominio-fato-autoria-colateral]. Acesso em: 30.11.2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal* – Parte Geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. I.

BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BRITO, Alexis Augusto Couto de. *Imputação objetiva*: crimes de perigo e direito penal brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015.

BIERRENBACH, Sheila de Albuquerque. *Crimes omissivos impróprios*: uma análise. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal* – Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. I.

CAVERO, Percy García. La responsabilidad penal por decisiones colegiadas en el ámbito de la empresa. *Derecho y Sociedad* – Associación Civil, n. 39, p. 70-76, jul.-dez. 2012.

CEPEDA, Ana Isabel Pérez. Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación. *Revista Penal*, n. 9, p. 106-121, 2002.

DELMANTO, Celso et al. *Código penal comentado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Autoria e participação delitiva: da teoria do domínio do fato à teoria da imputação objetiva. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal*, v. II, p. 1305-1329, 2010.

FRISCH, Wolfgang. La imputación objetiva: estado de la cuestión. In: *Sobre el estado de la teoria del delito*: Seminario en la Universidad Pompeu Fabra. Madrid: Civitas, 2000. p. 20-67.

GRECO, Luis. *Um panorama da teoria da imputação objetiva.* São Paulo: Ed. RT, 2014.

GRECO, Luis; LEITE, Alaor. A distinção entre autor e partícipe como problema do legislador. Autoria e participação no Projeto de Código Penal (PLS 236/2012). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 107, p. 13-46, mar.-abr. 2014.

GRECO, Luis. Claus Roxin, 80 anos. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 7, p. 97--123, maio.-ago. 2011.

GRECO, Luis et al. *Autoria como domínio do fato* – estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no Direito Penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

HOUAISS, Antônia et al. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa.* Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal* – parte general. 5. ed. Granada: Comares, 2002.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARQUES, Fernando Tadeu. *Concurso de agentes no direito penal contemporâneo*. 2012. 125 f. Dissertação (mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2012.

MÉNDEZ, Iván Fabio Meini. *Perfil penal de la participación en la adopción de acuerdos em el seno de un órgano colegiado*, [20--?]. Disponível em: [www.unifr.ch/ddp1/et al,/articulos/a_20080526_27.pdf]. Acesso em: 30.11.2018.

MESTIERI, João. *Manual de direito penal* – parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. I.

MONTAÑÉS, Teresa Rodríguez. Algunas reflexiones acerca del problema causal y la autoría en los supuestos de adopción de acuerdos antijurídicos en el seno de órganos colegiados. *Anuario de la Facultad de Derecho*, n. 8, p. 187-212, 1998-1999.

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré et al. *Direito penal brasileiro*: parte geral. São Paulo: Ed. RT, 2011.

ORTIZ, Mariana Tranchesi. *Concurso de agentes nos delitos especiais*. São Paulo: IBCCrim, 2011.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro* – parte geral. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.

QUEIROZ, Paulo. *Curso de direito penal*: parte geral. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

RASSI, João Daniel. *Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal*. São Paulo: LiberArs, 2014.

ROCHA, Ronan. *A relação de causalidade no direito penal:* coleção ciência criminal contemporânea. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. v. 8.

ROYO, Elena Maria Górriz. *El concepto de autor en derecho penal*. Vallencia: Tirant lo Blanch, 2008.

ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho em Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

ROXIN, Claus. *Derecho penal:* parte general: especiales formas de aparición del delito. Navarra: Thomson Reuters, 2014. t. II.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. Deberes de los miembros de un Consejo de Administración. *InDret* – Revista para el Análisis del Derecho, n. 2, 2011. Disponível em: [www.indret.com/pdf/editorial_2.11cat.pdf]. Acesso em: 30.11.2018.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Montevideo: B. de F., 2013.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

SCHÜNEMANN, Bernd. Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, v. LV, p. 9-38, 2002.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

WEIGEND, Thomas. Perpetration through an organization: the unexpected carrer of a german legal concept. *Journal of internacional criminal justice*, Oxford, v. 9, n. 1, p. 91-111, 2011.

ZAFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro* – parte geral. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004.

ZEGERS, Juan Pablo Novoa. Responsabilidad penal de los órganos directivos de la empresa. *Revista Actualidad Juridica*. Universidad del Desarrollo, Santiago, n. 18, p. 431-472, jul. 2008.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A teoria do domínio do fato no concurso de pessoas, de Damásio E. de Jesus – *RBCCrim* 27/103-116 (DTR\1999\286);
- Autoria pelo domínio do fato em organizações criminosas, de Marcelo Batlouni Mendroni – *RT* 937/437 (DTR\2013\9843); e
- O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal, de Luís Greco e Alaor Leite – *RT* 933/61 (DTR\2013\3797).

O trânsito em julgado de sentença condenatória na execução penal como marco interruptivo para novos benefícios: uma questão ainda a ser discutida

The final and binding criminal decision as an interruption mark for new benefits: an issue still to be discussed

José Flávio Ferrari Roehrig

Bacharel em Direito pela PUC/PR, campus Londrina. Assessor de Juiz de Direito de 1º Grau, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.
joseflavioferrari@gmail.com

Recebido em: 13.08.2018
Aprovado em: 16.11.2018
Última versão do(a) autor(a): 30.11.2018

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: O trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória põe fim ao processo de conhecimento, mas marca o início da fase de execução penal. Diante dessa afirmativa, sedimentou-se entendimento de que, quando realizada a unificação de penas em caso de mais de uma condenação, a data do trânsito em julgado marcaria a recontagem do prazo para a obtenção de futuros benefícios na Execução Penal. Recentemente tal entendimento jurisprudencial foi superado, ocorrendo o *overruling*. Todavia, alguns Tribunais e a Suprema Corte mostraram-se irredutíveis, tornando necessária a fixação de critérios objetivos para a adoção ou não do precedente. Com base na jurisprudência, na legislação aplicada e na doutrina, elenca-se quatro critérios para que o trânsito em julgado seja considerado marco interruptivo na Execução Penal, são eles: se tratar de crime anterior à Execução Penal; a pena não ter sido cumprida de nenhuma forma;

Abstract: The final and binding criminal decision ends the ordinary demand and marks the beginning the execution of prison punishment. Considering this statement, the unification of sentences in case of more than one conviction, the date of the final and binding decision would mark the recount of the period for obtaining future benefits in Criminal Execution. Recently, this jurisprudence was overcome by a new understand. However, some Courts and the Supreme Court keep irreducible, being necessary establish objective criteria for the adoption or not the new jurisprudence. Based on the jurisprudence, applied legislation and doctrine, four criteria are set out so that the final and binding decision is considered a new mark in the execution of prison punishment, they are: the crime need be prior to execution of prison punishment; not be executed in any way; the crime need be less serious crime/punishment than the one in execution;

Roehrig, José Flávio Ferrari. O trânsito em julgado de sentença condenatória na execução penal como marco interruptivo para novos benefícios: uma questão ainda a ser discutida. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 154. ano 27. p. 55-75. São Paulo: Ed. RT, abril 2019.

se tratar de crime/pena menos grave do que a em execução; e quando da somatória das penas resultar a regressão de regime prisional.

Palavras-chave: Execução penal – Trânsito em julgado – Data-base – *Overruling*.

and when the sum of the penalties results in a regression of the prison regime.

Keywords: Execution of prison punishment – Final and binding decision – Database – Overruling.

Sumário: Introdução. 1. Livramento condicional, indulto e comutação de penas. 2. Requisitos. 2.1. Crime anterior. 2.2. Pena nunca cumprida. 2.3. Crime/pena menos grave. 2.4. Regressão de regime prisional. 3. Hipótese de cabimento. Considerações finais. Referências.

Introdução

Superada a fase instrutória de uma Ação Penal e proferida uma sentença condenatória – sem adentrar na constitucionalidade ou não[1] da execução antecipada da pena, após esgotados os recursos do 2º grau de jurisdição –, instaura-se, com a Guia de Recolhimento emitida pelo Juízo de Conhecimento (arts. 105 e seguintes da Lei 7.210/84), os autos de Execução Penal, que têm como precípuo condão servir de instrumento para que o Estado execute a pena imposta, garantindo ao tutelado um retorno harmônico à sociedade[2].

Longe de estarem superadas as questões que envolvem o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, que nada mais é do que o momento processual no qual a sentença faz coisa julgada formal e material, ou seja, quando a sentença se torna imutável no próprio processo ante o transcurso *in albis* do prazo recursal ou pelo esgotamento dos recursos cabíveis, e quando há a imutabilidade dos efeitos da sentença[3][4], esse ato processual ainda causa transtornos e discussões na Execução Penal.

1. CF/88, art. 5º, LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.
2. PRADO, Luiz Regis; et. al. *Execução Penal*. 4. ed. São Paulo: Ed. R T, 2017. p. 70.
3. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p 551.
4. Cf. explica Gustavo Badaró (Ibid. p. 555), "quanto aos incidentes da execução, muitas vezes a decisão judicial altera os efeitos da sentença penal condenatória transitada em julgado. Não se trata, porém, de violação ou afronta à coisa julgada material. A execução da pena imposta na condenação penal caracteriza-se como uma relação jurídica continuada entre o Estado e o condenado. A concretização da sanção imposta na condenação, que dará efetividade ao título executivo penal, se desenvolve de forma progressiva.

Pode ocorrer de o condenado ser sentenciado penalmente mais de uma vez a penas privativas de liberdades, o que levará à emissão de mais de uma Guia de Recolhimento, que será apresentada ao juiz da Execução Penal, que por sua vez realizará a unificação e somatória das penas, em conformidade com o artigo 111 da Lei de Execução Penal e seu parágrafo[5]. Na decisão proferida pelo juiz, será determinado o *quantum* total de pena executada, o seu remanescente, já considerando a detração penal[6], que será parâmetro para a fixação do regime de cumprimento da pena, observado o regime prisional imposto na sentença condenatória superveniente[7], e a determinação ou não de regressão de regime, consoante estabelece o artigo 118, II, da Lei 7.210/84[8].

A questão a ser debatida diz respeito ao trânsito em julgado desta sentença penal condenatória posteriormente unificada aos autos de Execução Penal, pois, para muitos, a data desse ato processual no qual se atesta a coisa julgada deve não só marcar a imutabilidade da sentença, tornando-a apta à unificação, mas também deve marcar o reinício do cumprimento da pena do condenado. Para os que adotam tal posicionamento, reputam que ele conforma os artigos 111 e 118, II, da Lei de Execução Penal, essencialmente por dois motivos. Primeiro porque: "[...] é uma consequência necessária dos dispositivos legais sob exame, visto que afigurar-se-ia incoerente a possibilidade de regressão de regime de um condenado em razão de nova reprimenda sem a alteração da data-base[9]."

Durante o período de cumprimento da pena, o provimento jurisdicional está sujeito à cláusula *rebus sic stantibus*, pelo que fatos posteriores podem modificar [...] ou extinguir [...] a relação punitiva consubstanciada na sentença penal condenatória.

5. LEP – art. 111. Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição. Parágrafo único. Sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime.
6. COELHO, Luis Carlos Honório de Valois. Conflito entre ressocialização e o princípio da legalidade penal. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Acesso em: 07.08.2018. p. 179-180.
7. PRATO, Luiz Regis. op. cit. p. 208; e KUEHNE, Maurício. Lei de execução penal anotada. 13. ed. Curitiba: Juruá, 2015. p. 379.
8. LEP – Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado: [...] II – sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (artigo 111).
9. STF – HC 101023, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, 1ª T., j. 09.03.2010, Dje-055 Divulg 25-03-2010 Public 26-03-2010 Ement Vol-02395-03 PP-00834.

O segundo argumento utilizado volta-se ao princípio da individualização das penas, cuja incidência impõe a existência de um marco inicial para o cumprimento da pena supervenientemente imposta, ou seja, o marco interruptivo é imposto a fim de demarcar o início do cumprimento daquela pena que não foi executada em nenhum momento[10]. Em outras palavras:

> [...] realizada a unificação, pelo somatório de outras penas, além de fixar o regime adequado, o magistrado deve determinar o cômputo dos eventuais benefícios a partir da data do trânsito em julgado definitivo da última condenação, quando se torna nítida a prática de outra infração penal[11].

Esse foi o posicionamento adotado por significativa parte da doutrina e jurisprudência, cujos primeiros precedentes remontam a pouco antes da virada do século[12], mas sobretudo após a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski no HC 101.023/RS[13], que serviu de referência para os julgados posteriores[14], especialmente para o HC 102.492/RS, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, veiculado no Informativo Jurisprudencial 603 do STF.

Tamanho foi o acolhimento do paradigma, que o entendimento foi tido como majoritário pela doutrina[15], e não se via, no Superior Tribunal de Justiça,

10. MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução Penal*. 11. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004. p. 382; e NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*, 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 1038.
11. NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 10. ed. rev. atual. e ampl. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 324.
12. STF – Habeas Corpus. Execução Penal. Progressão de Regime. Quando ocorre nova condenação no curso da execução da pena, aplica-se o art. 111, parágrafo único Lei Execução Penal. A data de nova condenação é o termo inicial ao fim de contagem do prazo. Ordem denegada. HC 77765, rel. Min. Nelson Jobim, 2ª T., j. 06.10.1998, *DJe* 27.04.2001.
13. STF – Execução Penal. Progressão de Regime. Condenação Superveniente. Alteração da Data-Base Para Concessão de Benefícios. Precedentes. Ordem Denegada. I – A superveniência de nova condenação definitiva no curso da execução criminal sempre altera a data-base para concessão de benefícios, ainda que o crime tenha sido cometido antes do início de cumprimento da pena. II – A data do trânsito em julgado da nova condenação é o termo inicial de contagem para concessão de benefícios, que passa a ser calculado a partir do somatório das penas que restam a ser cumpridas. III – Habeas corpus denegado". (HC 101023, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, 1ª T., j. 09.03.2010, *DJe* 25.03.2010.
14. STF – RHC 121.849, rel. Min. Dias Toffoli, 1ª T., j. 22.04.2014, Processo Eletrônico *DJe*-116 Divulg 16.06.2014 Public 17.06.2014.
15. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal*: teoria crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 335; FARIA, Marcelo Uzeda de. *Execução penal*. 2. ed. Salvador: Editora

posicionamento divergente a respeito[16]. No entanto, uma pequena parcela dos tribunais e da doutrina continuavam contrários ao entendimento e os debates permaneceram acessos.

O marco interruptivo criado pela jurisprudência e doutrina, então, ganhou tamanhas proporções e equivocadas interpretações que passou não só a servir de obstáculo para a progressão de regime, em conformidade com o artigo 118, II, da Lei 7.210/84, mas muitos juízes e tribunais também determinavam a recontagem para outros benefícios, como o livramento condicional, o indulto e comutação de pena. Todavia, a interpretação extensiva resvalava na jurisprudência do STJ[17].

Do mencionado posicionamento, qual seja, que o trânsito em julgado de condenação penal superveniente passa a ser o termo inicial para a concessão de futuros benefícios, subdividiu-se em outras três possibilidades, tendo em conta que ora se adotava a data do trânsito em julgado definitivo da ação penal, ora se adotava a data do trânsito em julgado para o Ministério Público, e finalmente, ora entendia-se que o marco inicial deveria retroagir à data do fato criminoso quando cometido durante o cumprimento da pena e à data da última prisão do reeducando quando se tratar de crime anterior à execução da pena, visões estas que podem ser constatadas do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) instaurado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná sob 1.677.689-3[18] e de um estudo realizado pelo Centro de Apoio Operacional do Ministério Público do Estado do Paraná[19].

Deparado novamente com o tema, recentemente, a Terceira Seção do STJ, a fim de dirimir quaisquer dúvidas a respeito da matéria e com o condão de pacificar o conflito jurisprudencial criado, proferiu acórdão no REsp. 1.557.461/SC,

---

JusPodivm, 2012. p. 113; e em sentido similar, NUNES, Adeildo. *Comentários à lei de execução penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 255.

16. STJ – REsp 1133977/RS, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., j. 04.02.2010, *DJe* 15.03.2010; HC 210.637-MA, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 06.03.2012; HC 136.695/RS, rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., j. 05.08.2010, *DJe* 13.09.2010; AgRg no REsp 1437410/PR, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª T., j. 19.11.2015, *DJe* 03.12.2015.
17. STJ – HC 353.781/PR, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., j. 14.06.2016, *DJe* 23.06.2016; HC 330.371/SP, rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª T., j. 28.03.2017, *DJe* 07.04.2017.
18. Disponível em [www.tjpr.jus.br/documents/2640044/11090622/IRDR+008+1677689-3/c1108b62-92b7-ed31-2c63-fbaf728d2ae9]. Acesso em 12.07.2018.
19. Disponível em [www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Estudo_Data_Base.pdf]. Acesso em 12.07.2018.

em fevereiro do ano de 2018, no qual, supreendentemente, definiu-se que, sobrevindo o trânsito em julgado de sentença penal condenatória que apurou crime cometido tanto antes quanto depois da Execução Penal, este ato processual não influi no cálculo para a obtenção de novos benefícios ao custodiado e, caso de forma contrária seja estabelecido pelo juiz competente, caracterizar-se-á excesso de execução[20].

Ocorreu, portanto, *overruling*, isto é, a jurisprudência antes majoritária foi superada para dar lugar a outro entendimento. Nesse caso, há de anotar que o acórdão foi prolatado pela Terceira Seção da Corte Cidadã, cuja incumbência é, dentre outros, julgar recursos especiais repetitivos[21], uniformizando a jurisprudência criminal do Tribunal. Logo, trata-se de uma decisão com determinada força de observância.

Nessa linha, o paradigma/*overruling* foi aderido por grande parte dos Tribunais de Justiça do país, sobretudo diante da segurança jurídica proporcionada

20. "Recurso Especial. Execução Penal. Unificação de Penas. Superveniência do Trânsito em Julgado de Sentença Condenatória. Termo *a quo* Para Concessão de novos Benefícios. Ausência de Previsão Legal para Alteração da Data-Base. Acórdão Mantido. Recurso Não Provido. 1. A superveniência de nova condenação no curso da execução penal enseja a unificação das reprimendas impostas ao reeducando. Caso o quantum obtido após o somatório torne incabível o regime atual, está o condenado sujeito a regressão a regime de cumprimento de pena mais gravoso, consoante inteligência dos arts. 111, parágrafo único, e 118, II, da Lei de Execução Penal. 2. A alteração da data-base para concessão de novos benefícios executórios, em razão da unificação das penas, não encontra respaldo legal. Portanto, a desconsideração do período de cumprimento de pena desde a última prisão ou desde a última infração disciplinar, seja por delito ocorrido antes do início da execução da pena, seja por crime praticado depois e já apontado como falta disciplinar grave, configura excesso de execução. 3. Caso o crime cometido no curso da execução tenha sido registrado como infração disciplinar, seus efeitos já repercutiram no bojo do cumprimento da pena, pois, segundo a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, a prática de falta grave interrompe a data-base para concessão de novos benefícios executórios, à exceção do livramento condicional, da comutação de penas e do indulto. Portanto, a superveniência do trânsito em julgado da sentença condenatória não poderia servir de parâmetro para análise do mérito do apenado, sob pena de flagrante bis in idem. 4. O delito praticado antes do início da execução da pena não constitui parâmetro idôneo de avaliação do mérito do apenado, porquanto evento anterior ao início do resgate das reprimendas impostas não desmerece hodiernamente o comportamento do sentenciado. As condenações por fatos pretéritos não se prestam a macular a avaliação do comportamento do sentenciado, visto que estranhas ao processo de resgate da pena. 5. Recurso não provido". (REsp 1557461/SC, rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, 3ª Seção, j. 22.02.2018, *DJe* 15.03.2018).

21. Art. 12, X, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

pelo precedente. A título de exemplo os tribunais que até então aderiram foram o TJDF[22], o TJRS[23], o TJMS[24], o TJGO[25], o TJSC[26], o TJES[27] e o TJPR[28].

Contudo, a mesma adesão não se verificou nas decisões posteriores prolatadas pelo Pretório Excelso, pois continuam aplicando o mesmo precedente histórico da Corte[29], sem fazer referência à mudança de posicionamento da Corte Cidadã e, mais recentemente, mencionando a alteração de posicionamento, mas ainda sem debatê-la ou refutá-la[30]. Além dela, no âmbito dos Tribunais Inferiores surgiu um aparente *distinguishing*, sob o pretexto de que o artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, ao determinar que o magistrado considere o tempo de prisão provisória já cumprida para a fixação de regime, o legislador demonstrou claramente a intenção de remarcar a contagem para a obtenção de novos benefícios na execução[31].

Com isso, observa-se que a questão está muito longe de ser solucionada, de modo que ainda importa para o Direito o debate científico sobre a matéria.

22. TJDF; RAG 2018.00.2.004887-7; Ac. 110.8024; 1ª T. Criminal, rel. Des. George Lopes; Julg. 05.07.2018; DJeDF 12.07.2018.
23. TJRS; AG 0153391-38.2018.8.21.7000; Santa Maria; 5ª Câmara Criminal; rel. Des. João Batista Marques Tovo; J. 04.07.2018; DJERS 10.07.2018.
24. TJMS; AG-ExPen 0018247-89.2018.8.12.0001; Primeira Câmara Criminal; rel. Des. Paschoal Carmello Leandro; DJMS 06.07.2018.
25. TJGO; AG-ExPen-EDcl 223034-61.2017.8.09.0175; Goiânia; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Carmecy Rosa Maria Alves de Oliveira; j. 14.06.2018; DJeGO 05.07.2018.
26. TJSC; AG-ExPen 0003920-49.2018.8.24.0020; Criciúma; 4ª Câmara Criminal; rel. Des. Zanini Fornerolli; DJSC 04.07.2018.
27. TJES; Ag-ExPen 0026434-29.2017.8.08.0035; Primeira Câmara Criminal; rel. Des. Pedro Valls Feu Rosa; J. 13.06.2018; DJES 21.06.2018.
28. TJPR – Ag. ExPen. 5ª C. Criminal – 0009332-83.2018.8.16.0019 – Ponta Grossa – rel. Maria José de Toledo Marcondes Teixeira – j. 17.05.2018
29. STF – HC 144459 AgR, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T., j. 27.04.2018, Processo Eletrônico *DJe*-090 Divulg 09.05.2018 Public 10.05.2018; Rhc 132689, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 10.05.2018, *DJe*-092 Divulg 11.05.2018 Public 14.05.2018; e ARE 1136391, Rel. Min. Luiz Fux, j. 30.05.2018, *DJe*-109 Divulg 01.06.2018 Public 04.06.2018.
30. RE 1.173.623, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 03.12.2018, *DJe* 05.12.2018, e RE 1172290, rel. Min. Celso de Mello, j. 12.11.2018, *DJe* 27.11.2018. N.A. Nesses últimos dois casos julgados pelo STF, ainda não houve debate sobre o tema trazido no artigo. As decisões replicam a jurisprudência do tribunal e a mantém.
31. TJMG; Ag-ExcPen 1.0702.17.024259-9/001; rel. Des. Nelson Missias de Morais; j. 17.05.2018; DJEMG 28.05.2018.

Ademais, observa-se que o debate vai muito além interrupção ou não da contagem do prazo para futuros benefícios diante do trânsito em julgado de uma condenação superveniente, ou seja, ascende à questão da genérica aplicação ou não do entendimento, porque, muito embora acertada a decisão mais recente do STJ, ela não está livre de críticas, mormente diante da necessária individualização das penas executadas e da vedação do crédito de pena. Diante desse necessário afastamento da obediência genérica do precedente, torna-se imprescindível a fixação de requisitos objetivos para a incidência ou não da interrupção em caso de nova condenação.

Assim, com vistas à legislação penal (Lei de Execução Penal e Código Penal), à jurisprudência e à doutrina, o objetivo deste artigo é fixar requisitos objetivos, que uma vez preenchidos, impõem a interrupção do prazo para exclusivamente a progressão de regime, diante do trânsito em julgado superveniente de uma nova sentença penal condenatória. Vislumbro serem 04 (quatro) requisitos: 1) se tratar de crime anterior à Execução Penal; 2) não ter sido cumprida de nenhuma forma (execução provisória ou prisão cautelar processual); 3) se tratar de crime/pena menos grave do que a em execução; e 4) quando da somatória das penas resultar na regressão de regime prisional.

1. Livramento condicional, indulto e comutação de penas

Antes de avaliar os critérios objetivos acima rotulados, há de se destacar ser ilegal a alteração da data-base para fins de benefícios como o livramento condicional, a comutação e o indulto, diante do trânsito em julgado superveniente de uma sentença penal condenatória.

A respeito do livramento condicional, o artigo 84 do Código Penal impõe que *as penas que correspondem a infrações diversas devem somar-se para efeito do livramento*, transparecendo que a *mens legis* é considerar todas as penas unificadas. Além disso, pacificou-se na jurisprudência que a prática de fato definido como crime doloso no curso do cumprimento da pena não interrompe a contagem do prazo para o livramento condicional[32].

Outrossim, inexiste previsão legal na LEP e no Código Penal que permita a alteração da data-base para fins de livramento condicional, tanto é que os tribunais inferiores, orientados pelo STJ, refutam a interrupção da contagem para obtenção do benefício por qualquer motivo (falta grave e trânsito em julgado

32. STJ – Súmula 441 – A falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional.

superveniente) e fixam a data da primeira prisão do apenado[33] como sendo a data-base[34]. Nesse mesmo sentido a doutrina especializada aponta que "é contado o prazo do livramento condicional a partir do início do cumprimento da pena, anda que durante ela o apenado tenha cometidos inúmeras faltas ou novos crimes"[35].

No mesmo sentido a respeito dos benefícios de comutação e indulto, cuja data-base não é influenciada pelo trânsito em julgado de sentença condenatória superveniente. Sim, pois a falta grave não serve para interromper a contagem para obtenção do benefício[36], quiçá eventual cometimento de novo delito ou o trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória.

Vale ressaltar a impossibilidade de serem exigidos requisitos não previstos no decreto presidencial concessivo de indulto e comutação de pena, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade e até mesmo à tripartição de poderes, pois trata-se de competência exclusiva do Presidente da República[37].

Portanto, superada essa questão, as análises dos requisitos objetivos já mencionados servirão somente para o benefício da progressão de regime, até porque somente poderá ocorrer a alteração da data-base quando ocorrer a regressão de regime, evento da execução penal restrito aos regimes prisionais (aberto, semiaberto e fechado).

---

33. TJSP; AG-ExPen 0004283-38.2016.8.26.0509; Ac. 11491312; Mirassol; Décima 2ª Câmara de Direito Criminal, rel. Des. Paulo Rossi; j.. 28.03.2018; DJESP 06.06.2018; TJPR; RecAgrav 1738193-6; Ponta Grossa; 3ª Câmara Criminal, rel. Des. Paulo Roberto Vasconcelos; j.. 15.03.2018; DJPR 11.04.2018; TJSC; AG-ExPen 0035869-66.2012.8.24.0064; São José; 3ª Câmara Criminal, rel. Des. Rui Francisco Barreiros Fortes; DJSC 30.04.2018.

34. Nesse mesmo sentido PRADO, op. cit., p. 244: "O percentual mencionado no artigo 83 deve incidir sobre o total da pena imposta ao condenado, ainda que as reprimendas tenham sido unificadas".

35. FERREIRA, Alessandra Trevisan; MARRA, Andressa Sechi. Livramento condicional e as contradições atuais em face de sua finalidade. In: RUDNICKI, Dani; BESTER, Gisela Maria; VELOSO, Roberto Carvalho (Coords.). Florianópolis: CONPEDI, 2017. p. 97-113. FERREIRA, Alessandra Trevisan; MARRA, Andressa Sechi. Livramento condicional e as contradições atuais em face de sua finalidade. In: Congresso nacional de pesquisa e pós-graduação em direito (CONPEDI), 27, 2017, São Luís, Maranhão, p. 97-113

36. STJ – Súmula 535 – A prática de falta grave não interrompe o prazo para fim de comutação de pena ou indulto.

37. ROIG, op. cit., p. 557.

2. Requisitos

2.1. Crime anterior

O primeiro dos requisitos a ser preenchido para que haja alteração da data-base diante do trânsito em julgado de uma nova condenação é que seja, o crime, anterior à instauração do processo de Execução Penal que fiscaliza e impõe o cumprimento da pena a qual essa nova sanção será unificada.

O crime posterior à execução penal, quando resultar em uma pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, certamente influenciará na execução penal do sentenciado, pois tanto caracteriza falta grave, quanto majorará o *quantum* de pena em execução. Há de serem feitas duas ponderações, a primeira a respeito dos crimes culposos, e a segunda quanto aos crimes dolosos.

A prática de crime culposo no curso do cumprimento da pena não pode caracterizar falta grave, porque, conforme artigo 52, primeira parte, da Lei 7.210/84[38], somente o incurso em crime doloso é hipótese de falta grave.

Destarte, assim como no Direito Penal, o princípio da tipicidade rege em toda a sua intensidade na aplicação de sanções e caracterização de infrações também no Direito Administrativo[39]. Portanto, qualquer estipulação em contrário caracterizará flagrante ilegalidade[40].

No entanto, esse crime culposo que resultar em uma pena privativa de liberdade, ou pena restritiva de direitos substitutiva (art. 44, inc. I, *in fine*, do CP) será unificada àquela pena que é executada. Se resultar em uma pena restritiva de direitos substitutiva, o juiz da execução penal irá avaliar a possibilidade da execução simultânea[41-42] ou sucessiva[43] das penas. Mas se resultar em uma pena privativa de liberdade ou em uma pena restritiva de direitos incompatível com a

38. LEP – Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características [...].

39. BRITO, Alexis Couto de. Execução Penal. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 162.

40. PRADO, op. cit., p. 156.

41. ROIG, op. cit., p. 337/338.

42. No mesmo sentido o STJ – HC 304.328/DF, rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., j. 10.05.2016, DJe 18.05.2016.

43. STJ – RHC 96.829/RS, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., j. 24.04.2018, *DJe* 07.05.2018.

execução simultânea ou sucessiva, o juiz da execução penal as unificará e as somará, ou seja, a pena remanescente do crime em execução será somada a pena supervenientemente imposta.

Essa pena oriunda de crime culposo influenciará a pena em execução no tocante ao *quantum* fixado após a unificação de penas, que importará em maior tempo de prisão até que haja a progressão de regime ou livramento condicional, bem como poderá resultar em regime diverso daquele que cumpre pena (art. 111, parágrafo único, da LEP), caso fixado regime inicialmente mais grave do que em execução.

Portanto, tratando-se de crime culposo cometido no curso da execução penal, somente o caso concreto indicará a medida adequada, se o regime prisional *primevo* será mantido ou se após a unificação das penas deverá ser modificado para adequar-se ao regime imposto na sentença penal condenatória ou ao remanescente de pena.

No que diz respeito ao delito doloso cometido no curso da execução penal, conforme acima mencionado, já caracteriza uma interrupção no cumprimento da pena, conforme dispõe a primeira parte do artigo 52, *caput*, da LEP e Súmula 534, do STJ[44]. Ressaltando-se que a interrupção pela falta grave pode ser imposta antes mesmo da sentença penal condenatória, cf. observa-se do entendimento contido na Súmula 526, do STJ[45].

Ou seja, impor uma nova interrupção em razão do advento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória acarretaria flagrante ofensa à máxima *non bis in idem*[46]. Nesse mesmo sentido ficou consignado no acórdão paradigma (REsp. 1.557.461/SC) ao explicar que:

> [...] caso o crime cometido no curso da execução tenha sido registrado como infração disciplinar, seus efeitos já repercutiram no bojo do cumprimento da pena, pois, segundo a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, a prática de falta grave interrompe a data-base para concessão de novos benefícios executórios, à exceção do livramento condicional, da comutação

44. Súmula 534 – A prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração. (Súmula 534, 3ª Seção, j. 10.06.2015, *DJe* 15.06.2015).

45. Súmula 526 – O reconhecimento de falta grave decorrente do cometimento de fato definido como crime doloso no cumprimento da pena prescinde do trânsito em julgado de sentença penal condenatória no processo penal instaurado para apuração do fato. (Súmula 526, 3ª Seção, j. 13.05.2015, *DJe* 18.05.2015).

46. ROIG, op. cit., p. 336.

> de penas e do indulto. Portanto, a superveniência do trânsito em julgado da sentença condenatória não poderia servir de parâmetro para análise do mérito do apenado, sob pena de flagrante bis in idem[47].

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, mantém-se firme ao posicionamento histórico da Corte, sem, contudo, confrontá-lo ao fato de que existem outros procedimentos adequados para o mesmo fim, como é o caso de caracterização da falta grave, o que leva a ofensa ao *non bis in idem*. Ainda sobre essa perspectiva, destaca-se ser ilógico o lançamento de uma falta grave em razão da prática de um crime doloso, interrompendo-se o cumprimento da pena, e uma nova interrupção posterior decorrente do trânsito em julgado superveniente da sentença penal condenatória que apurou tal delito, pois haveria, notavelmente, duas interrupções advindas de um mesmo evento, o último, vale dizer, com natureza jurídica de ato meramente processual, conforme já apontado anteriormente.

Quanto ao crime anterior, o fato em si não pode influir no cumprimento da pena posterior, pois não caracteriza falta grave. No entanto, para conformar a individualização das penas, em conformidade com o artigo 118, II, da LEP, essa pena oriunda de crime anterior (quando preenchidos os demais requisitos abaixo sustentados) deve ser iniciada em algum momento, isto é o início do cumprimento da pena deve ser demarcada por algum ato processual, que, via de regra é o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Seguindo esses argumentos, o primeiro requisito objetivo que se verifica indispensável para que ocorra a interrupção do cumprimento de pena em razão de condenação superveniente é de ordem temporal. Isto é, o delito que resultou na pena superveniente deve ser anterior à instauração da Execução Penal na qual será unificada, pois se contrário for, ocorrerá *bis in idem*.

2.2. Pena nunca cumprida

Outro requisito cumulativo que se verifica imprescindível atine a ausência de prisão cautelar processual ou execução provisória da pena imposta no crime anterior, isso porque, nesse caso, o ora sentenciado sequer iniciou o cumprimento de parcela da pena a ele imposta. Esse é o motivo, aliás, pelo qual surgiu o entendimento no qual se impõe a alteração da data-base para obtenção da progressão de regime diante de uma nova condenação, conforme orientação do STF.

Em outras palavras, somente se admite a alteração da data-base para a progressão de regime a fim de demarcar o início do cumprimento da pena superveniente,

47. STJ – REsp 1557461/SC, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 3ª Seção, j. 22.02.2018, *DJe* 15.03.2018.

porque caso o sentenciado já o tenha feito, ainda que em sede de prisão cautelar, interrompê-lo pelo simples trânsito em julgado da pena mostra-se ilógico, além da notável ofensa ao *non bis in idem*.

Surgem, nesse critério, os efeitos da individualização das penas e da isonomia. Tratando-se de execução de uma única pena, o cumprimento desta somente se inicia, quando respondeu o processo em liberdade, após o trânsito em julgado definitivo, isto é, quando a pena passa a ser exigível e certa. Quando o apenado respondeu o processo preso ou parcela do processo detido, o período de pena cumprida não é ignorado (art. 42, do CP), e o mesmo raciocínio deve ser aplicado quando se tratar de sujeito condenado por mais de um crime. Realizando-se a individualização das penas, aquela pena superveniente decorrente de crime anterior que não foi cumprida de nenhuma forma, somente será executada com o trânsito em julgado. Enquanto para aquele sujeito que permaneceu preso durante determinado período de instrução criminal, não se pode novamente demarcar o início do cumprimento da pena, porque ele já iniciou a execução penal, pouco importando se houve suspensão do cumprimento dessa pena (art. 42, CP).

No entanto, conforme mencionado, para aquele sujeito que não teve a pena cumprida em nenhum momento, surge a necessidade de fixar o momento em que se inicia o cumprimento da pena, sobretudo para fins de progressão de regime. O mesmo vale para aquele sujeito que detém mais de uma condenação, cujo crime anterior à execução penal é menos grave do que o em execução. Se for mais grave ocorreria o chamado *crédito de pena*, ou seja, o tempo de prisão anterior por crime mais grave (conforme será explicado no próximo tópico) seria considerado como pena cumprida da pena supervenientemente imposta, ofendendo o que dispõe o artigo 76, do Código Penal.

Quando o réu permanece preso durante o processo, esse tempo de prisão deve ser considerado como pena cumprida para todos os fins (art. 42, CP). O mesmo vale quando há a execução provisória da pena, não havendo justo motivo para novamente marcar o início do cumprimento da pena quando esta torna-se definitiva pelo trânsito em julgado.

Para essa temática, não há relevância se a execução provisória foi instaurada a partir de prisão preventiva mantida em sentença condenatória (Súmula 716, do STF[48]) ou se foi iniciada após a prolação de acórdão e esgotados os recursos admissíveis no 2º grau de jurisdição (STF – HC 152.752 – 22.03.2018).

48. Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Além do mais, para o caso do sujeito que permaneceu preso processualmente, eventual interrupção do prazo para a obtenção da progressão de regime ante o advento do trânsito em julgado para esse mesmo crime, certamente ofenderia o princípio do contraditório e da ampla defesa, pois seria mais vantajoso não recorrer e antecipar o trânsito em julgado da sentença penal, do que recorrer e permanecer à mercê da morosidade do Poder Judiciário[49].

2.3. Crime/pena menos grave

O terceiro requisito objetivo se situa na ordem da gravidade do crime e está intimamente ligado ao requisito anteriormente avaliado. A explicação é tida especialmente com base na jurisprudência já consolidada pelo STJ e no Código Penal.

O artigo 76 do Código Penal preleciona que "*no concurso de infrações, executar-se-á primeiramente a pena mais grave*". A ordem de cumprimento das penas é, portanto, tida com base na gravidade da pena imposta.

Embora divergente na doutrina e jurisprudência, *data vênia* a quem entende de forma diversa[50], a gravidade da pena não está tão somente vinculada à espécie da pena privativa de liberdade, se prisão simples, se detenção ou se reclusão. Deve-se ter em mente também se o crime possui natureza hedionda ou equiparada[51-52] e também a quantidade da pena aplicada[53].

Nesta linha, se o primeiro crime cometido for mais grave, ainda que por este o réu responda em liberdade, ele será cumprido antes do crime posterior pelo qual responde preso[54]. É prescindível o nexo processual entre a prisão e a pena

49. ROIG, op. cit., p. 335; e RODRIGUES, Rafael Silva; RODRIGUES, Thiago Ferreira. Análise do Marco para a Obtenção de Novos Benefícios na Execução Penal: Existência de Nova Condenação e Lapsos Temporais Vinculados ao Cumprimento da Pena. In: *Revistas Magister de Direito Penal e Processual Penal*. Ed. 72. jun.-jul. 2016.

50. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 13. Ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 518.

51. PRADO, op. cit., p. 204.

52. No mesmo sentido o STJ – HC 388.795/SC, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., j. 16.05.2017, *DJe* 24.05.2017.

53. PRADO, Luiz Regis. Comentários ao código penal [livro eletrônico] 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. apud. FRANCO, A. S.; et al. Código Penal e sua interpretação jurisprudencial, I, p. 1.388-1.389.

54. ROIG, op. cit., p. 336.

pela qual se pretende auferir a detração penal[55], e nesse mesmo sentido já se posicionou o STJ[56].

O STJ já possui entendimento permitindo que o tempo de prisão posterior seja considerado como pena cumprida para o crime anterior em sede de detração penal, portanto, se o crime anterior for mais grave, ele já terá sido cumprido (art. 42 do Código Penal), de modo que já estaria incorporado na Execução Penal, embora a unificação das penas tenha se dado em data posterior.

Ou ainda, conforme mencionado no tópico anterior, ao passo que já possui determinado período de pena cumprida, demarcar novamente o início do cumprimento da pena seria ilógico e ofenderia o princípio *non bis in idem*, pois seria o mesmo que interromper o cumprimento da pena em razão do trânsito em julgado daquele sujeito que ostenta uma única condenação, quando ele já cumpre a pena regularmente desde o fato ou desde a prisão preventiva.

2.4. Regressão de regime prisional

Finalmente, superados todos os requisitos acima tratados e uma vez preenchidos, passa-se à análise do último requisito, qual seja, a regressão de regime, que possui amparo no princípio da legalidade.

A regressão de regime decorrente da unificação das penas pode ocorrer por dois motivos: quando o regime imposto na sentença penal condenatória superveniente seja mais gravoso do que o executado na ocasião da unificação das penas; ou quando o remanescente de pena, avaliado em conformidade com o artigo 33, do Código Penal, resulte em regime mais severo do que o executado na ocasião do cálculo.

Em qualquer um dos casos (uma vez preenchidos os requisitos anteriores) estará autorizado o juiz competente interromper a contagem do prazo para a progressão de regime, pois a medida é uma consequência lógica da combinação dos artigos 111 e 118 da LEP, tendo em conta ser sobremaneira ilógico regredir o regime do apenado em razão de uma nova condenação pela qual nunca cumpriu e ainda assim não demarcar o início do cumprimento da pena, pois o tempo de pena cumprida no regime regredido será considerado como pena cumprida no regime para o qual foi regredido, ferindo o próprio sistema progressivo adotado pelo Brasil.

55. Ibid., p. 336.

56. STJ – HC 160.866 – 5ª T., rel. Napoleão Nunes Maia Filho – j. 10.05.2011.

Ora, exige-se o cumprimento no regime mais severo da fração correspondente à progressão de regime para que seja agraciado com o benefício[57], e, se não houver a demarcação da data-base para nova progressão, evidenciar-se-á o crédito de pena, pois a pena cumprida por outro crime mais grave será considerada como pena cumprida para o crime menos grave.

Nesse sentido, a alteração da data-base diante do trânsito em julgado de uma sentença condenatória não possui natureza de sanção, mas sim momento processual que demarca o início do cumprimento de uma pena que em nenhum momento foi cumprida. Essa é a única interpretação possível para conformar os artigos 111 e 118, da LEP, os artigos 42 e 76, do Código Penal e os princípios da individualização da pena e *non bis in idem*.

Há de anotar que não poderá ser considerada a data da efetiva regressão de regime ou até mesmo da decisão de unificação de penas, pois se assim for, o sentenciado permanecerá à mercê da morosidade do Judiciário. Nesse ponto, a *práxis* jurídica revela que podem decorrer meses desde o trânsito em julgado até que ocorra a unificação das penas, devendo-se considerar o trânsito em julgado, então, como último marco interruptivo, sobretudo diante da natureza declaratória da decisão[58].

Se eventualmente, ainda que preenchidos os três requisitos anteriores, a regressão de regime não for operada, isto é, o regime prisional em execução se mantenha inalterado, o juiz não poderá determinar a alteração da data-base para a progressão de regime, pois não há, na LEP ou no CP, outro dispositivo que permita fazê-lo, senão o artigo 118.

De forma semelhante se posiciona a doutrina especializada, ao argumentar a inconstitucionalidade da Súmula 534, do STJ, sob o pretexto de que somente pode ocorrer a interrupção da data-base para a progressão de regime diante de uma falta grave, quando esse ato de indisciplina resultar na regressão de regime prisional, isto é, uma vez que o sentenciado submetido ao regime fechado pratica uma falta grave, esta falta não poderá levá-lo à regime mais severo, porque inexiste, levando à manutenção do regime prisional, que por sua vez afasta a autorização legal (art. 118, I, da LEP) que permitiria o surgimento do *efeito secundário*[59] da

57. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-84*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 279.

58. Em sentido semelhante já decidiu o STF no HC 115.254, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T., j. 15.12.2015, *DJe* 26.02.2016.

59. N.A.: Ana Cláudia Ribeiro Tavares denomina a interrupção da contagem do prazo para a obtenção de benefícios, ora data-base, como sendo um efeito secundário da regressão de regime.

regressão de regime, ora a interrupção para obtenção de novo benefício de progressão regime[60].

Na mesma linha de raciocínio o Ministro Relator Rogério Schietti Cruz, do REsp 1.557.461/SC, frisou que

> (...) da leitura conjugada do parágrafo único do art. 111 e do inciso II do art. 118, ambos da Lei de Execução Penal, não se infere que, efetuada a soma das reprimendas impostas ao sentenciado, é mister a alteração da data-base para concessão de novos benefícios, especialmente, ante a ausência de disposição legal expressa. Aliás, mesmo diante das razões suscitadas pelo Supremo Tribunal Federal, percebe-se, por meio dos excertos acima colacionados, que a regressão não é consequência imediata da unificação das penas, de maneira que o somatório não implicaria necessariamente alteração da data-base.

Concluiu, portanto, que ainda que realizadas as somatórias das penas, a regressão de regime não é cogente, portanto, a alteração da data-base igualmente não o é.

Esse é o mesmo sentido da jurisprudência originária oriunda do STF (final do século XX), que relacionava os artigos 111 e 118 da LEP para a alteração da data-base, ou seja, a unificação das penas por si só não resulta na alteração da data-base, é necessário que haja a regressão de regime, cujo dispositivo legal autoriza a medida quando o sentenciado *sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime*. Em outras palavras, operada a regressão de regime (e preenchidos os demais requisitos acima elencados), a alteração da data-base faz-se necessária diante da necessidade de se marcar o início do cumprimento de uma pena que jamais o fora.

Por outro lado, se cabível a manutenção do regime, não poderá haver regressão de regime, e consequentemente, não ocorrerá a alteração da data-base para fins de obtenção de novo benefício de progressão de regime. E não poderia ser outro o entendimento, porque não há qualquer ou dispositivo legal além do artigo 118, II, da LEP que autorize, ainda que implicitamente, a alteração da data-base para a progressão de regime, livramento condicional, comutação ou indulto.

60. TAVARES, Ana Claudia Ribeiro. Inconstitucionalidade da Súmula 534 do Superior Tribunal de Justiça: Análise da Falta Grave no Cumprimento da Pena Privativa de Liberdade. Mestrado em Direito Instituição de Ensino: Centro Universitário Eurípedes de Marília, Marília Biblioteca Depositária: Biblioteca "Dr. Christiano Altenfelder Silva" – UNIVEM, 2017.

3. Hipótese de cabimento

Avaliados os critérios acima mencionados, conclui-se que, uma vez preenchidos, o juiz da execução penal estará autorizado a alterar a data-base para a progressão de regime quando sobrevier nova condenação por crime praticado antes do início da execução penal, conformando-se os artigos 111 e 118 da LEP, bem como os artigos 42 e 76 do Código Penal, além dos princípios da individualização das penas e do *non bis in idem*.

A alteração, então, poderá ocorrer, a título de exemplo, quando sobrevém o trânsito em julgado de uma condenação à pena de 4 anos de reclusão pela prática do crime de roubo simples (art. 157, *caput*, do CP) em data anterior à instauração da Execução Penal, na qual o sentenciado cumpre, em regime semiaberto, uma pena de 5 anos de reclusão pelo crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei 11.343/06).

Nesse caso, o crime é anterior, a pena é menos grave qualitativamente, o sentenciado respondeu à Ação Penal em liberdade e ocorreu a regressão de regime porque o remanescente de pena superou 8 anos de reclusão.

Aplicando-se os requisitos fixados neste artigo ao caso apreciado no REsp 1.557.461/SC, verifica-se escorreita a decisão da Corte. Naquele caso o sentenciado cumpria uma pena de 09 anos de reclusão em regime fechado pelos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico (Execução Penal iniciada em 25.03.2011), quando adveio nova condenação em regime inicialmente aberto à pena de 03 anos de reclusão pelo crime de adulteração de sinal identificador do veículo, que foi cometido antes da instauração da primeira execução (em 02.01.2006). Depois disso, sobreveio uma terceira condenação à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão pela prática de crime de receptação ocorrido em 07.07.2008. Portanto, as penas posteriormente unificadas aos primeiros autos de Execução Penal são oriundas de crimes anteriores à instauração do processo de Execução Penal (25.03.2011), resultaram em penas menos graves que a em execução e não foram cumpridas em sede de prisão processual, satisfazendo os 3 (três) primeiros requisitos, porém, não houve regressão de regime prisional, em nenhuma das duas unificações de penas posteriores, deixando de preencher o último requisito, da regressão de regime, que está ligado ao princípio da legalidade.

Considerações finais

O Superior Tribunal de Justiça intentou colocar um ponto final na discussão sobre a possibilidade de alteração da data-base para fins de progressão de regime

diante da superveniência do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. No entanto, alguns tribunais e até mesmo o Supremo Tribunal Federal continuam adotando o posicionamento clássico sobre o assunto: de que é possível interromper o cálculo da progressão de regime em razão do advento de nova condenação transitada em julgado.

Destarte, para além da observância genérica de um posicionamento ou de outro, com respaldo na jurisprudência, na legislação e na doutrina, o objetivo deste trabalho foi de fixar critérios objetivos para que haja a interrupção da data-base para fins de progressão de regime ante o advento de nova condenação, pois somente preenchidos todos esses requisitos haverá conformação à Lei de Execução Penal (arts. 111 e 118), ao Código Penal (arts. 42 e 76), e aos princípios da individualização da pena e do *non bis in idem*.

São 4 (quatro) os requisitos fixados:

1) se tratar de crime anterior ao início do cumprimento de pena;

2) resultar em pena nunca cumprida (execução ou prisão processual);

3) se tratar de crime/pena menos grave do que o(a) executado(a); e

4) resultar na regressão de regime prisional.

Somente o trânsito em julgado de crime anterior pode influir na data-base para a progressão de regime, pois se se tratar de crime posterior, a Lei de Execução Penal já confere incidente adequado para a interrupção do prazo para a progressão de regime, essencialmente a falta grave, levando à ocorrência de *bis in idem* se alterada a data-base diante do trânsito em julgado superveniente pelo mesmo evento, sobretudo se considerada a natureza jurídica meramente processual do trânsito em julgado.

A alteração somente seria viável quando se tratar de superveniência de condenação oriunda da prática de delito anterior, pelo qual o sentenciado não poderia ter cumprido prisão provisória ou execução antecipada, senão o início do cumprimento da pena (art. 42 do Código Penal) já teria sido demarcado, o que leva à conclusão de que nova interrupção para o mesmo fim seria ilógica. Dessa afirmação extrai-se que o crime deve ser tanto quantitativamente quanto qualitativamente menos grave, pois se contrário for, o tempo de prisão posterior levaria à detração do crime anterior e mais grave (art. 76 do Código Penal).

Finalmente, necessário que após a unificação e somatória das penas ocorra a regressão de regime, porque se outro for o desate, não haveria incidência do artigo 118 da Lei 7.210/84, único dispositivo legal cuja interpretação permitiria a alteração da data-base.

Referências

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT,2016.

BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

COELHO, Luis Carlos Honório de Valois. Conflito entre ressocialização e o princípio da legalidade penal. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. doi:10.11606/D.2.2012.tde-02042013-105037

FARIA, Marcelo Uzeda de. *Execução penal*. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

FERREIRA, Alessandra Trevisan; MARRA, Andressa Sechi. Livramento condicional e as contradições atuais em face de sua finalidade. In: Congresso nacional de pesquisa e pós-graduação em direito (CONPEDI), 27, 2017, São Luís, Maranhão, p. 97-113.

KUEHNE, Maurício. *Lei de execução penal anotada*. 13. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-84*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*, 11. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*, 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, 13. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 10. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 2.

NUNES, Adeildo. *Comentários à lei de execução penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PRADO, Luiz Regis; et. al. *Execução Penal*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT,2017.

PRADO, Luiz Regis. Comentários ao código penal [livro eletrônico] 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017.

RODRIGUES, Rafael Silva; RODRIGUES, Thiago Ferreira. Análise do Marco para a Obtenção de Novos Benefícios na Execução Penal: Existência de Nova Condenação e Lapsos Temporais Vinculados ao Cumprimento da Pena. In: *Revistas Magister de Direito Penal e Processual Penal*. ed. 72. jun.-jul, 2016.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal:* teoria crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TAVARES, Ana Claudia Ribeiro. Inconstitucionalidade da Súmula 534 do Superior Tribunal de Justiça: Análise da Falta Grave no Cumprimento da Pena Privativa de Liberdade. Mestrado em Direito. Instituição de Ensino: Centro Universitário Eurípedes de Marília, Marília Biblioteca Depositária: Biblioteca "Dr. Christiano Altenfelder Silva" – UNIVEM, 2017.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A jurisdicionalização perversa na execução penal: reflexão crítica sobre a transformação de uma garantia fundamental em um entrave a mais ao exercício de direitos, de Bruno Shimizu – *RBCCrim* 152/19-64 (DTR\2019\79); e
- Culpabilidade, sistema progressivo e unificação de penas: uma análise da unificação de penas segundo as bases do direito penal de Günther Jakobs, de Alexandre Gonçalves Kassama – *RBCCrim* 120/17-39 (DTR\2016\20113).

Reabilitação e padrões internacionais de direitos humanos a partir do direito comunitário europeu, com destaque para o sistema penal vigente na Alemanha

Rehabilitation and international standards of human rights from European community law, with emphasis on the criminal system in force in Germany

Frieder Dünkel

Professor emérito de Direito Penal e Criminologia da Universidade de Greifswald, Alemanha.
duenkel@uni-greifswald.de

Ellen Rodrigues

Doutora em Direito Penal pela UERJ. Mestre em Ciências Sociais pela UFJF.
Professora adjunta de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora.
ellen.rodriguesjf@gmail.com

Recebido em: 02.08.2018
Aprovado em: 28.11.2018
Última versão dos autores: 10.12.2018

Áreas do Direito: Penal; Direitos Humanos; Internacional

Resumo: O presente trabalho propõe demonstrar que a ideia de reabilitação (*Resozialisierung*) de pessoas acusadas e/ou condenadas pela prática de infrações penais não representa um aspecto original do sistema penal alemão. Pois, o princípio da reintegração de prisioneiros ou, em geral, as propostas acerca da (re)integração de criminosos, são temas discutidos praticamente em todo o globo, embora recebam, a depender do país, um reconhecimento com características diferentes. Ao longo do texto, procurar-se-á demonstrar que, no âmbito europeu, com destaque para a Alemanha, merecem destaque os esforços e trabalhos realizados, por parte de organizações internacionais, como a Organização das Nações Unidas (ONU) e o Conselho da Europa

Abstract: This paper proposes to demonstrate that the idea of rehabilitation (*Resozialisierung*) of people accused and/or convicted of criminal offenses does not represent an original aspect of the German criminal justice system. That is due to the fact that the principle of reintegration of prisoners or, in general, the proposals for the (re)integration of criminals are subjects discussed practically all over the globe, although they receive, depending on the country, recognition with different characteristics. Throughout the text, an attempt will be made to demonstrate that, at the European level, with particular emphasis on Germany, the efforts and work carried out by international organizations such as the United Nations (UN) and the Council of

Dünkel, Frieder; Rodrigues, Ellen. Reabilitação e padrões internacionais de direitos humanos a partir do direito comunitário europeu, com destaque para o sistema penal vigente na Alemanha. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 154. ano 27. p. 77-104. São Paulo: Ed. RT, abril 2019.

(*Europarat*), para o reconhecimento de tal princípio. Em decorrência do empenho dessas organizações é possível falar, atualmente, em certo consenso acerca do tema entre os países que fazem parte da União Europeia, o que implica não apenas o reconhecimento fundamental do mencionado princípio, mas também o concreto desenvolvimento de projetos de reabilitação (*Resozialisierung*).

Palavras-chave: Normas internacionais sobre prisões – Reabilitação – Direitos humanos – Conselho da Europa (*Europarat*) – Alemanha.

Europe (*Europarat*), for the recognition of such a principle. As a result of the commitment of these organizations, it is possible to speak at present of a certain consensus on the subject between the countries that are part of the European Union, which implies not only the fundamental recognition of this principle, but also the concrete development of rehabilitation projects (*Resozialisierung*).

Keywords: International standards on prisons-rehabilitation – Human rights – Council of Europe (Europarat) – Germany.

Sumário: 1. Introdução: visão geral das normas internacionais de direitos humanos (*Internationale Menschenrechtsstandards*). 2. *Soft law* e *hard law*: o caráter obrigatório das normas internacionais de direitos humanos. 3. A Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) e as perspectivas acerca da reabilitação (*Resozialisierung*) de presos. 4. As regras estabelecidas para as sanções e medidas em meio livre e de caráter comunitário (*community sanctions and measures*). 4.1. Conselho da Europa *(Europarat):* Recomendação (92) 16 – sanções e medidas comunitárias *(community sanctions and measures); Probation Rules* – 2010; Regras para a utilização de monitoramento eletrônico – 2014; Regras europeias para adolescentes e jovens infratores (ERJOSSM) – 2008. 4.2. Organização das Nações Unidas (ONU): *Regras de Tóquio*, 1990. 5. As diferentes modalidades e características das penas privativas de liberdade na Europa. 5.1. Conselho da Europa *(Europarat):* regras penitenciárias europeias *(European Prison Rules* – EPR), 2006. 5.2. O conceito de reabilitação *(Resozialisierung)* em outras recomendações do Conselho da Europa *(Europarat).* 5.3. Regras mínimas do Comitê Antitortura (CPT) da Europa. 5.4. Organização das Nações Unidas (ONU): *Regras de Mandela*, 2015. 6. Considerações finais: o consenso internacional acerca da supremacia do ideal de reabilitação (*Resozialisierung*) e o desenvolvimento de padrões mínimos de direitos humanos. Referências bibliográficas.

1. Introdução: visão geral das normas internacionais de direitos humanos (*Internationale Menschenrechtsstandards*)

O presente estudo propõe que, embora a ideia de reabilitação seja um dos principais norteadores do modelo político-criminal alemão na atualidade, tal noção não representa um aspecto propriamente original do sistema penal germânico, já que, antes, faz parte de esforços mais amplos, no âmbito do direito comunitário europeu, para o reconhecimento da importância dos direitos humanos e da reintegração social das pessoas acusadas e/ou condenadas pela prática de infrações penais.

Tais afirmações se fazem sentir mais plenamente através das análises ora propostas sobre diferentes normas internacionais acerca de prisão e reabilitação de presos, com destaque para a normativa pertinente, no âmbito das Nações Unidas (ONU) e do Conselho da Europa (*Europarat*). Nesse sentido, metodologicamente, o trabalho se vale de análises documentais e revisão bibliográfica sobre o tema, privilegiando pesquisadores alemães[1] que se destacam tanto por seus trabalhos teóricos como por estudos empíricos sobre o assunto.

Acredita-se que oportunizar novas reflexões e aprofundamentos sobre a ideia de reabilitação em terras brasileiras pode contribuir para os debates sobre o tema, na medida em que, ao mirarem a normativa e as experiências internacionais, os atores jurídicos brasileiros poderão empreender novos estudos e iniciativas a respeito. Considerando a preocupante realidade político-criminal brasileira na atualidade, marcada pelo superencarceramento e pelas péssimas condições do sistema prisional, pesquisas como esta se fazem relevantes e podem se somar a outros esforços tendentes a dar corpo às alternativas penais[2] propostas pelo Ministério da Justiça pátrio, na ocasião do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro em 2015, no âmbito da ADPF 347[3].

Antes de passar a análises mais detidas sobre a ideia de reabilitação aqui destacada, convém esclarecer que o conceito de reabilitação utilizado ao longo do presente trabalho remonta à normativa alemã sobre o tema, que não compreende a reabilitação como correlata à chamada *ressocialização*, comumente destacada na manualística penal pátria[4] como elemento correcional inerente às funções da pena. De acordo com a legislação germânica, a reabilitação de presos consiste em um conjunto de ações e programas tendentes a auxiliar as pessoas sujeitas a restrições e/ou privações de liberdade a se reintegrarem dignamente na sociedade. Tal conceito tem sua ancoragem no § 2º da lei alemã de execuções

1. Barbu (2016); Dünkel (2014; 2016); Dünkel; Geng; von der Wense (2015); Lösel (2012).
2. Mais informações em: [www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/c291046c303e359f32873a74b836efcd.pdf]. Acesso em: 05.12.2018.
3. Mais informações disponíveis em: [www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600]. Acesso em: 05.12.2018.
4. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro:* parte geral: arts. 1º a 120. 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. v. 1; BRUNO, Aníbal. *Direito penal I*. Parte geral. Fato punível. Rio de janeiro: Forense, 1959. t. 2.

penais (StVollzG[5]), segundo a qual, uma das tarefas do sistema penal é incentivar e fomentar a capacidade de o prisioneiro levar uma vida sem crime e com responsabilidade social quando do seu retorno à sociedade. Assim, diferentemente da ideia de ressocialização e demais *ilusões (re)*[6]difundidas no Brasil, que atribuem à punição a (irrealizável) função de modificar a pessoa do criminoso, o princípio da reabilitação, nos termos alemães aqui defendidos, propõe que, durante a execução penal, sejam oferecidas estruturas direcionadas a auxiliarem o prisioneiro a viver dignamente quando de sua colocação em liberdade.

Revela notar que o princípio da reintegração de prisioneiros ou, em geral, a (re)integração de criminosos, são temas discutidos praticamente em todo o globo, embora recebam, a depender do país, um reconhecimento com características diferentes. No âmbito europeu, merecem destaque os esforços e trabalhos realizados por parte de organizações internacionais, como a Organização das Nações Unidas (ONU) e o Conselho da Europa (*Europarat*), para o reconhecimento de tal princípio. Em decorrência do empenho dessas organizações é possível falar, atualmente, em certo consenso acerca do tema entre os países que fazem parte da União Europeia, o que implica não apenas o reconhecimento fundamental do mencionado princípio, mas também o concreto desenvolvimento de projetos de reabilitação (*Resozialisierung*).

O principal objetivo das normas internacionais é a garantia dos direitos humanos, sobretudo, os padrões básicos que afetam os direitos fundamentais (*Grundrechte*). Em consonância com tal objetivo, são fixadas e divulgadas orientações político-criminais, tais como: i) a implementação de um sistema de sanções orientado a partir do princípio da *ultima ratio* – que compreende as penas de prisão como último recurso –, o que implica a edificação de um sistema que dê primazia às sanções e medidas em meio livre e de caráter comunitário (*community sanctions and measures)*, que são conhecidas na Alemanha como *ambulanten Sanktionen*; ii) a exigência de criação de mecanismos informais de resolução de conflitos criminais, também conhecidos como programas de *diversión,* que, em

5. *In verbis*: "Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung (Strafvollzugsgesetz – StVollzG). § 2 Aufgaben des Vollzuges. Im Vollzug der Freiheitsstrafe soll der Gefangene fähig werden, künftig in sozialer Verantwortung ein Leben ohne Straftaten zu führen (Vollzugsziel). Der Vollzug der Freiheitsstrafe dient auch dem Schutz der Allgemeinheit vor weiteren Straftaten" (Disponível em: [www.gesetze-im-internet.de/stvollzg/__2.html]. Acesso em: 05.12.2018).

6. Batista (2016, p. 6).

vez de oferecerem respostas formais e tradicionais, próprias do modelo retributivo, se concentram em metodologias preocupadas com propostas mais humanizadas, construídas a partir dos princípios de Justiça Restaurativa (*Restorative Justice*[7]); iii) a criação de instituições que contem com a atuação de agentes públicos e voluntários, destinadas à progressiva reintegração social dos infratores, apoio aos egressos, auxílio e acompanhamento das pessoas submetidas aos mecanismos de *probation* e *parole*.

O sistema de *probation* – que, guardadas as diferenças, é análogo aos mecanismos de suspensão condicional da pena e suspensão condicional do processo, previstos no Brasil, respectivamente, pelos arts. 77 do Código Penal e 89 da Lei 9.099/1995 – embora se aproxime da metodologia brasileira, diferencia-se desta pelo fato de que naquele há a suspensão da sentença, que é substituída por um período probatório em que o indivíduo deverá cumprir sanções e medidas, em meio livre, em favor da comunidade, sob a supervisão periódica de agentes comunitários. Já os mecanismos de *parole* – análogos, *mutatis mutandis*, ao livramento condicional previsto no ordenamento jurídico brasileiro, na forma do art. 83 e ss. do Código Penal pátrio – são utilizados para auxiliar na transição para a liberdade do indivíduo considerado apto a retornar à sociedade depois de cumprir determinado período de pena de prisão, estando a sua liberdade condicionada ao cumprimento de um período de prova devidamente supervisionado.

Padrões internacionais de direitos humanos (i*nternationale Menschenrechtsstandards*), tais como as regras penitenciárias europeias (fixadas em 2006 pelo Conselho da Europa (*Europarat*), através da Rec (2006) 2 – ver item 5.1) refletem, por um lado, uma crescente sensibilização para as questões de direitos humanos no âmbito prisional e político-criminal como um todo e, ao mesmo tempo, reafirmam o esforço por parte dos mecanismos internacionais de direitos humanos em formular um conceito consistente e constitucionalmente fundamentado de reabilitação. Nos últimos vinte anos, progressos nessa matéria têm sido observados, particularmente, em algumas áreas, com destaque para a adoção do chamado Conselho Antitortura, instituído a partir da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH, em alemão, *Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)*[8]), culminando no fortalecimento do trabalho do Comitê

7. Ver mais em: Dünkel/Grzywa-Holten/Horsfield (2015).

8. *European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Punishment or Treatment*. Disponível em: [www.cpt.coe.int/en/documents/ecpt.htm]. Acesso em: 22.08.2017.

Antitortura (CPT[9]) do Conselho da Europa (*Europarat*), que estabeleceu novos padrões de atuação a partir das inspeções empreendidas em todos os países membros, os quais representam, atualmente, os *CPT Standards*[10] (ver item 5.2). O reconhecimento da inadmissibilidade das práticas de tortura no sistema prisional e demais instituições de privação e/ou restrição de liberdade foi decisivo para o desenvolvimento da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH, em alemão, *Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR)*), que ressalta, em uma série de decisões importantes, a absoluta necessidade de observância do disposto no art. 3 da CEDH acerca da proibição da tortura e de penas e/ou tratamentos desumanos ou degradantes[11].

Outro fator determinante para a ampliação do debate acerca dos direitos humanos e reabilitação de criminosos se relaciona com as convulsões sociais ocorridas na Europa, sobretudo nos países da parte Central e Oriental do continente, nos últimos decênios. O alargamento da União Europeia (que atualmente conta com 28 Estados-membros) determinou expansão da atuação do Conselho da Europa (*Europarat)* e, consequentemente, os impactos relativos às normas de direitos humanos também aumentaram, com destaque para o interesse especial e a necessidade de orientação dos novos membros acerca do tema e os debates acerca da necessidade de realização de reformas legislativas (como, por exemplo, o caso da Lituânia).

Outros fatores importantes para o aumento das discussões acerca dos direitos humanos no continente europeu, especialmente em relação às regras penitenciárias europeias (*European Prison Rules* (EPR)), de 2006, foram as atuações do Parlamento Europeu e da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa (*Europarat*) no sentido de reforçar o trabalho do Comité Antitortura (CPT). Através de várias resoluções, esses órgãos reprovaram as condições das prisões em muitos países e também impuseram a vários Estados a obrigação de garantir os direitos humanos de forma eficaz[12].

Assim, é possível depreender que, atualmente, existe consenso na Europa sobre o reconhecimento dos *standards* internacionais de direitos humanos no

9. *Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT)*; sobre o trabalho do CPT, ver mais em: Morgan/Evans (2001).
10. Os CPT-Standards estão disponíveis em: [www.cpt.coe.int]. Acesso em: 22.08.2017.
11. Exemplo excepcional e repetidamente citado é a decisão Kalashnikov contra a Rússia. Ver jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu. Disponível em: [www.ECHR.coe.int]. Acesso em 10.07.2017.
12. van Zyl Smit (2006).

âmbito prisional e na área das sanções e medidas comunitárias, bem como sobre outros encaminhamentos importantes baseados no ideal de reabilitação.

2. *Soft law* e *hard law*: o caráter obrigatório das normas internacionais de direitos humanos

Padrões internacionais de direitos humanos são frequentemente concebidos como recomendações que, em alguns casos, não são vinculativas, ou seja, não estão efetivamente inseridas na legislação nacional. Quando isso ocorre, essas recomendações são chamadas de *soft law*, ou seja, são normas mais leves, que, se ignoradas, não implicam consequências tão gravosas para os países que as descumprem. Diferentemente, quando as recomendações acerca dos direitos humanos passam a representar o conteúdo de uma norma ou conjunto de normas, como verificado na Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH)[13], o cumprimento dessas é exigido em face de todos os países signatários. Tal exigência é ainda maior quando essas normas, conhecidas como *hard law*, são ratificadas por ato formal (*Ratifizierungsakt*) e passam a incorporar, efetivamente, com força de lei federal, o ordenamento jurídico do país, devendo ser observadas, portanto, no âmbito legislativo e nas práticas de modo geral[14].

Assim, pode-se dizer que as normas definidas como *hard law* são instrumentos normativos com força cogente, que vinculam os Estados-parte, e aquelas definidas como *soft law*, embora exaradas pelas entidades internacionais, são desprovidas dessa eficácia, tendo, portanto, força normativa limitada, mas que, ainda assim, podem produzir certos efeitos concretos aos destinatários.

Não obstante, essa distinção entre *soft law* e *hard law* não é tão clara como parece. Tal afirmação se faz sentir, por um lado, no âmbito do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), que incorpora cada vez mais regras de *soft law* em sua jurisprudência, como os princípios constantes das EPR, como diretrizes interpretativas para questões de violação à Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH)[15]. Por outro lado, o Tribunal Constitucional Federal alemão (BVerfG) discutiu, no ano de 2006, a própria constitucionalidade das imposições

13. Ver o texto completo do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (ZYL SMIT; SNACKEN, 2009).

14. Mais aspectos nas decisões do BVerfGE, 2004 (BVerfGE 109, S. 133 ff; 128, S. 326 ff.). Ver mais em: *Ullenbruch/Drenkhahn/Morgenstern* in *Joecks/Miebach* (2016, § 66 Rn. 1 ff).

15. Morgenstern (2014).

de penas privativas de liberdade, no âmbito do sistema de Justiça Juvenil daquele país, levando em conta disposições de *soft law*[16]. Depois dessa decisão, passou a vigorar o entendimento das disposições legais para a organização das prisões e a execução das penas devem ser guiadas levando em conta os *standards* internacionais de direitos humanos, precipuamente aqueles contidos nas diretrizes e recomendações relevantes adotadas no âmbito da ONU e do Conselho da Europa. De tal sorte, se tal normativa não é considerada e/ou os sistemas são fixados abaixo do esperado em relação às mesmas, compreende-se que há violação aos direitos humanos e às necessidades dos prisioneiros[17]. Tais orientações foram consideradas após a reforma do sistema federal alemão, levada a efeito em 2006[18]. O mesmo se aplica às Regras europeias para adolescentes e jovens infratores (ERJOSSM), adotadas em 2008, que, além das sanções comunitárias, passaram a abranger amplamente a privação de liberdade imposta contra adolescentes e jovens[19]. O TEDH e os tribunais superiores nacionais, como o Tribunal Constitucional Alemão (BVerfG), também fixam em sua jurisprudência padrões desenvolvidos, por exemplo, pelo Comitê Antitortura do Conselho da Europa, com relação a visitas às prisões, instalações psiquiátricas e policiais (ver item 5.3).

3. A Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) e as perspectivas acerca da reabilitação (*Resozialisierung*) de presos

A Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) não contém disposições explícitas sobre reabilitação de infratores. A preocupação fundamental da Convenção é voltada, principalmente, para a proibição da tortura e do tratamento desfavorável de acusados e condenados, tendo em vista os princípios reitores do Estado democrático de Direito e a estrita observância dos direitos humanos. Não obstante, a jurisprudência do TEDH vem destacando, à luz da CEDH, que muitos problemas verificados nos regimes prisionais são contrários ao princípio da reabilitação. Entre esses problemas, pode ser destacada a constatação de alojamentos em condições desumanas, a superlotação extrema e condições espaciais inadequadas, além de condições inaceitáveis de higiene, o que pode ser

16. BVerfG v. 31.5.2006 – 2 BvR 1673/04 – 2 BvR 2402/04. Disponível em: [www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20060531_2bvr167304.html]. Acesso em: 10.06.2017.
17. BVerfG v. 31.5.2006, Rn. 62, 63; BGE 118 Ia, S. 64 ff., 70.
18. Dünkel & Schüler-Springorum (2006).
19. Dünkel (2011; 2014); Dünkel/Geng (2011); Dünkel/Geng/von der Wense (2015).

compreendido como forma de tortura ou tratamento desumano ou degradante, vedados pelo art. 3 da CEDH. Em seus *standards*, o Comitê Antitortura (CPT) (ver item 5.3) estabelece regras a respeito do tamanho mínimo dos alojamentos e das celas individuais em que prisioneiros devem ser recolhidos. De acordo com o CPT, o padrão mínimo para o espaço de vida pessoal nos estabelecimentos prisionais é de 6 m² para uma cela individual, com instalação sanitária, e de 4 m² de espaço por prisioneiro em uma cela de ocupação múltipla, com instalação sanitária equitativamente dividida. Nas decisões a respeito, o TEDH fixa uma política de acordo com esses tamanhos mínimos[20]. Além desses aspectos, na jurisprudência do TEDH também são considerados vários outros aspectos desumanos de vida na prisão como prejudiciais para a reabilitação e a reintegração social dos condenados à luz da CEDH[21].

4. As regras estabelecidas para as sanções e medidas em meio livre e de caráter comunitário (*community sanctions and measures*)

4.1. Conselho da Europa (Europarat): *Recomendação (92) 16 – sanções e medidas comunitárias* (community sanctions and measures); Probation Rules – *2010; Regras para a utilização de monitoramento eletrônico – 2014; Regras europeias para adolescentes e jovens infratores (ERJOSSM) – 2008*

Em 1992, o Conselho da Europa (*Europarat)* estabeleceu as recomendações R(92) 16, que fixam um conjunto de normas que permitam aos legisladores nacionais e aos profissionais interessados uma aplicação justa e eficaz de sanções e medidas em meio livre e de caráter comunitário (*communitary sanctions and measures*) capazes de manter um equilíbrio necessário e desejável entre, por um lado, a proteção da sociedade, a manutenção da ordem jurídica e a aplicação de normas que garantam a reparação dos danos causados às vítimas e, por outro lado, o reconhecimento essencial das necessidades dos infratores tendo em conta a sua bem sucedida reintegração social. Nesse sentido, as R(92) 16 reconhecem a necessidade de impedir que ocorram violações de direitos humanos no âmbito das sanções e medidas comunitárias alternativas à prisão, por exemplo, nos programas de prestação de serviço à comunidade ou em certas formas de monitoramento eletrônico. Além disso, as recomendações em questão visam incentivar

20. Zyl Smit/Snacken (2009, p. 134 e ss).

21. Ibidem, p. 126 e ss.

os Estados-Membros à compreensão de que a pena de prisão representa a *ultima ratio* e a concretizarem esse entendimento[22].

As R(92) 16 dispõem que as sanções e medidas (também conhecidas na Alemanha como *ambulanten Sanktionen)* cuja execução tem lugar na comunidade, contando com diferentes tipos de apoio nos Tribunais, na fase final da pena de prisão e transição para a liberdade e durante o período de prova do livramento condicional, constituem vias importantes para combater a reincidência e evitar os efeitos negativos da prisão, devendo ser cumpridas na própria comunidade, ou seja, em meio livre, mediante certas condições e/ou obrigações. No ano 2000, o Conselho da Europa, corroborando as orientações publicadas em 1992 e propondo seu aprimoramento, publicou as recomendações Rec (2000) 22, que vedam a aplicação de sanções e medidas comunitárias indeterminadas. Conforme o Anexo I da Rec (2000) 22, as sanções ou medidas comunitárias não devem ser de duração indeterminada, salvo em casos muito graves e excepcionais, cujas condutas praticadas e as circunstâncias pessoais demonstrem a existência de um risco permanente e significativo para a vida, a saúde ou a segurança dos membros da comunidade. Não obstante, a imposição uma sanção ou medida comunitária de duração indefinida estará sujeita a uma revisão periódica por parte de órgão independente. Ademais, a Rec (2000) 22 dispõe que a duração das sanções e medidas comunitárias deve ser determinada dentro dos limites legais, evitando-se, assim, a ampla discricionariedade excessiva por parte das autoridades responsáveis. O presente estatuto reafirma, ainda, a importância de se expandir as possibilidades de aplicação de sanções comunitárias e a criação de uma boa infraestrutura para garantir sua implementação bem-sucedida.

Em consonância com esses entendimentos, parece lógico que o Conselho da Europa tenha abordado, recentemente, duas questões político-criminais relevantes. Por um lado, foram considerados aspectos acerca da liberdade condicional e dos programas de liberação condicionada à supervisão (*probation*), o que foi levado a efeito através das chamadas *probation rules*[23] e, por outro lado, foram debatidas questões sobre a implantação e execução adequadas de programas de monitoramento eletrônico[24].

As chamadas *probation rules*, fixadas nos termos da Rec (2010) 1, orientam o estabelecimento e o bom funcionamento das agências de responsáveis pela

22. Morgenstern (2002, p. 348).

23. Rec (2010) 1; Jesse & Winkler (2012).

24. Rec (2014) 4.

execução e supervisão de liberdade condicionada a períodos de prova, mediante supervisão. Conforme disposto no texto normativo, essas regras devem ser lidas em conjunto com a Rec (92) 16 e Rec (2000) 22, que, como já dito, fixam normas sobre sanções e medidas comunitárias. Além disso, as *probation rules* complementam as disposições relevantes das seguintes recomendações: Rec (97); Rec (99) 19 – que dispõe sobre a mediação em matéria penal; Rec (2003) 22 – que dispõe sobre programas de liberação condicional (*parole*); Rec (2003) 23 – que confere orientações para administrações penitenciárias quanto à aplicação de penas de morte e de longa duração; Rec (2006) 2 – que fixa as regras penitenciárias europeias; Rec (2006) 8 – que versa sobre assistência às vítimas e, finalmente, a Rec (2006) 13 – que dispõe sobre prisões preventivas.

No que diz respeito ao monitoramento eletrônico, as recomendações recentes, fixadas pela Rec (2014) 4, estabelecem que o monitoramento pode ser usado como uma medida autônoma para garantir a supervisão e reduzir a reincidência durante o período específico de sua execução, devendo sua intensidade e a duração serem orientadas por critérios de proporcionalidade, de modo que o nível de vigilância tecnológica não seja maior do que é exigido, levando-se em consideração a gravidade da infração cometida e os riscos colocados à segurança comunitária. Ademais, o resultado bem-sucedido da monitoração eletrônica depende da oferta combinada de outras intervenções profissionais e medidas terapêuticas destinadas à reintegração social dos infratores, o que vem sendo comprovado pelas experiências ao nível internacional[25].

De acordo com a Rec (2014) 4, a implantação de programas de monitoramento eletrônico deve levar em conta o princípio da *ultima ratio* e o fato de que o crescimento contínuo das populações carcerárias pode levar a condições desumanas de encarceramento, que contrariam a proibição da tortura prevista no Artigo 3 da CEDH, conforme destacado pela jurisprudência do TEDH. Nesse sentido, a monitoração eletrônica aparece como uma alternativa positiva em face dos desafios atuais impostos às administrações penitenciárias e ao sistema de justiça criminal como um todo quanto à necessidade de superação da lógica do encarceramento. Nos termos da Rec (2014) 4, dependendo das jurisdições nacionais, o monitoramento eletrônico pode ser usado em uma ou mais das seguintes maneiras: durante a fase pré-julgamento do processo penal; como condição para suspender ou executar uma pena de prisão; como um meio autônomo de supervisionar a execução de uma sanção ou medida comunitária; no âmbito da libertação condicional da prisão; como uma medida intensiva de orientação e supervisão para

25. Nellis, Beyens & Kaminsky (2013).

certos tipos de infratores após a libertação da prisão; como meio de monitorar os movimentos internos dos infratores na prisão e/ou dentro dos perímetros das prisões abertas; como meio de proteger vítimas de crimes específicos de suspeitos ou infratores individuais.

Finalmente, quanto aos jovens infratores, o Conselho da Europa (*Europarat*) fixou, através da Rec (2008) 11, que define as regras europeias para infratores juvenis sujeitos a sanções ou medidas (ERJOSSM), critérios para aplicação das sanções e medidas comunitárias e também as possibilidades de aplicação de sanções e medidas privativas de liberdade, sendo estas últimas compreendidas como *ultima ratio*. Essas regras representam, provavelmente, o instrumento mais detalhado e abrangente de proteção aos direitos humanos no âmbito das sanções juvenis[26]. De acordo com as orientações atuais, as regras europeias sobre sanções ou medidas para delinquentes juvenis são aplicáveis também aos jovens adultos, conforme o disposto nas regras 17 a 21.1 da Rec (2008) 11. No que tange às sanções e medidas comunitárias, merecem destaque as regras 23 a 48, que reafirmando os marcos de proteção aos direitos humanos (*Menschenrechtsstandards*) no âmbito da Justiça Juvenil[27], fixam a necessidade de que uma ampla gama de sanções e medidas comunitárias, isto é, não privativas e/ou restritivas de liberdade, ajustadas às diferentes etapas de desenvolvimento dos adolescentes e jovens adultos a elas submetidos, seja providenciada em todas as etapas do processo. As orientações acerca das sanções e medidas comunitárias fixam como prioridade que elas sejam educacionalmente construtivas e proporcionais[28].

4.2. Organização das Nações Unidas (ONU): Regras de Tóquio, *1990*

As Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade, também chamadas *Regras de Tóquio*, foram adotadas pela

26. Dünkel (2011).

27. Ver instrumentos de direitos humanos na área da infância e juventude, tais como: Convenção dos Direitos das Crianças (1989), Regras de Beijing (1985), Diretrizes de Rihad (1990), Regras de Havana (1990), Model-Law on Juvenile justice (2013) da ONU e as diversas recomendações do Conselho da Europa sobre o tema (p.ex. Rec (2003) 20; (2008) 11), entre outros. Ver também: Höynck/Neubacher/Schüler-Springorum (2001); Doek (2009); Dünkel (2009). Cabe destacar que uma análise mais detida sobre o tratamento das iniciativas da Comissão Europeia para ancorar os princípios, desenvolvidos principalmente pelo Conselho da Europa, no âmbito da União Europeia, ultrapassaria os limites desta contribuição.

28. Dünkel (2011, p. 146 e ss).

Assembleia Geral das Nações Unidas na sua Resolução 45/110, de 14 de dezembro de 1990, e propagaram um sistema abrangente de sanções alternativas à privação de liberdade, com destaque para as sanções comunitárias, enfatizando seu importante papel quanto à reabilitação de infratores.

Ao estabelecerem os requisitos para a aplicação das medidas não privativas de liberdade, as *Regras de Tóquio* estipulam proteções legais para garantir sua aplicação de forma justa, assegurando a proteção dos direitos humanos, as exigências de justiça social e as necessidades individuais de reabilitação. Nesse sentido, presentes regras assinalam que, no trato com infratores, devem ser evitadas todas as formas de discriminação, como de estrangeiros, e/ou favorecimento de um grupo em detrimento de outro. Além disso, reafirmam o princípio da proporcionalidade, na medida em que dispõem que a duração das medidas deve ser fixada de forma proporcional, o que também se aplica à intensidade das medidas de intervenção e vigilância impostas[29].

Merecem destaque as orientações (*standards*) desenvolvidas no âmbito das *Regras de Tóquio* quanto à execução das sanções comunitárias. A partir desses *standards*, a ONU procurou divulgar o incremento do uso de tipo de sanção através da distribuição de um manual com instruções práticas para implementação destas, tanto no âmbito legal como no âmbito prático[30].

5. As diferentes modalidades e características das penas privativas de liberdade na Europa

5.1. *Conselho da Europa* (Europarat): *regras penitenciárias europeias* (European Prison Rules – *EPR), 2006*

O Conselho da Europa (*Europarat*) tem dedicado muitas recomendações às questões relativas à privação de liberdade como um todo[31], com destaque para a Rec (2006) 2, que dispõe sobre as regras penitenciárias europeias (*European Prison Rules* (EPR)). As 108 Regras constantes da Rec (2006) 2 são divididas em vários parágrafos e temáticas. Senão, vejamos. Na Parte I (1-13), estão insculpidos alguns princípios gerais, os *princípios fundamentais*, bem como regulamentos sobre o âmbito de aplicação. Na Parte II (14-38), são definidas as condições de reclusão, com algumas regras especiais para determinados grupos de prisioneiros,

29. Morgenstern (2002, p. 347 e ss).

30. United Nations Office on Drugs and Crime (2007).

31. Barbu (2016, p. 128 e ss).

como mulheres, estrangeiros e membros de minorias étnicas, entre outras. Já a Parte III é dedicada aos cuidados de saúde (39-48). As questões de ordem e segurança estão definidas na Parte IV (49-70). A Parte V (71-91) diz respeito à gestão de pessoal das instituições. Na Parte VI (92-93) estão as disposições acerca de inspeções e fiscalizações. A Parte VII (94-101) diz respeito a regras especiais para presos provisórios e, finalmente, a Parte VIII (102-107) disciplina os regimes para presos condenados.

Os princípios fundamentais contidos na primeira parte são de particular importância para a afirmação dos direitos humanos no âmbito dos sistemas prisionais europeus, tidos como essenciais para a reabilitação (*Resozialisierung*) de presos. A Regra 1 preconiza o respeito por todos os direitos humanos e não apenas a dignidade humana, que é reconhecida como um direito fundamental por excelência. Já a Regra 2 fixa, nos termos da reserva legal, a manutenção de todos os direitos que não foram retirados em razão da condenação. A Regra 3, em homenagem ao princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*), estabelece que as restrições impostas às pessoas privadas de liberdade devem ser limitadas ao que for estritamente necessário e proporcional ao objetivo que as ditaram. Merece destaque, também, a Regra 6, que assinala que a reclusão deve ser orientada no sentido de facilitar a reintegração social do preso, nos termos do que dispõe o princípio da reinserção (*Wiedereingliederungsgrundsatz*)[32]. A Regra 5 dispõe sobre o alinhamento da vida na prisão à vida em liberdade, afirmando que a vida na prisão deve proporcionar, ao máximo possível, os aspectos positivos da vida fora do cárcere, especialmente quanto à oferta de serviços de saúde e assistência social. Além desses importantes encaminhamentos, as novas regras penitenciárias europeias enfatizam, particularmente, a importância da integração dos órgãos gestores com outros setores sociedade, encorajando a cooperação e a participação da sociedade civil no processo de reintegração dos presos.

No que tange ao pessoal, as regras constantes da Parte V destacam que as penitenciárias devem estar sob a responsabilidade de autoridades públicas e separadas das forças armadas, das polícias e dos serviços de investigação penal, devendo ser geridas em um contexto ético que traduza o cumprimento do dever de tratar todos os reclusos com humanidade. Nesse contexto, a inspeção e o controle da operação, previstos na Parte VI, se revelam particularmente importantes no sentido de garantir a devida publicidade e adequação da gestão prisional às

32. A Regra 6, que se aplica a todas as formas de privação de liberdade, dispõe que "Qualquer privação de liberdade deve ser conduzida de forma a facilitar a reintegração na sociedade livre de pessoas privadas de liberdade".

presentes regras, bem como às normas jurídicas nacionais e internacionais sobre o tema.

Outro direcionamento importante para a *qualidade* da vida nas prisões, com a devida observância dos direitos humanos, foi insculpido na Regra 4, segundo a qual as condições de reclusão que violem os direitos humanos não podem ser justificadas com a invocação da falta de recursos. Nesse sentido, tornou-se explícita a proibição de argumentos fundamentados na redução de custos dos padrões de vida em um nível humano ilegal. Tal entendimento está presente na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão (*BVerfG*), que sublinhou, repetidamente, a necessidade de se desenvolver para o *poderoso conceito de reabilitação* (*Resozialisierung*) para os gestores das prisões, de modo que – embora as administrações prisionais sejam dotadas de ampla margem de apreciação e discricionariedade – considerações de custo não sirvam de argumento para a negação de medidas de reabilitação necessárias[33].

Está além do escopo deste artigo avaliar, de forma abrangente, todas as *European Prison Rules* (EPR) e o extenso comentário[34] que se lhes acompanha. Portanto, além dos pontos já apresentados, objetiva-se apenas destacar, brevemente, alguns aspectos individuais relacionados à proteção dos direitos humanos e à reabilitação efetiva. Sobre a reabilitação (*Resozialisierung*), merece destaque a Regra 17.1, que dispõe sobre a exigência de que os presos sejam mantidos, na medida do possível, em unidades prisionais próximas à sua residência ou de seu meio social (*Prinzip der möglichst heimatnahen*). Já a regra 18.5 dispõe que o recluso, sempre que possível, deve ser alojado em cela individual durante o período de descanso, salvo se lhe for considerado favorável o alojamento em comunidade com outros prisioneiros. A Regra 18.1, exige que todos os centros de detenção, particularmente aqueles destinados ao período noturno, destinem fundos e esforços necessários para atender às exigências pela dignidade e privacidade, além de saúde e higiene, no quadro das condições climáticas concretas, com a devida atenção ao volume de ar, iluminação, aquecimento, entre outras. O alojamento individual durante o tempo de descanso deve vir acompanhado de um abrangente sistema de possibilidades de contatos durante o dia. No que concerne aos princípios de separação, a Regra 18.8 fixa a separação dos reclusos preventivos (provisórios) dos condenados; os reclusos do sexo masculino das

33. Ver mais em: BVerfG NJW, 2006, S. 2093 ff.; BVerfG, Beschluss v. 26.10.2011 – 2 BvR 1539/09; BVerfG, 23.05.2013 – 2 BvR 2129/11 (Personalknappheit darf nicht zur Verweigerung von Lockerungen führen).

34. Dünkel (2012).

reclusas do sexo feminino; reclusos jovens-adultos dos reclusos adultos, referindo-se este último critério à aplicação da lei de jovens-infratores, como é habitual na Alemanha. Esses critérios de separação encontram exceções na Regra 18.9, que os excepciona para permitir a realização de atividades em conjunto, e na Regra 101, que considera o caso de um preso preventivo (provisório) requerer autorização para seguir o regime dos reclusos condenados devido a necessidades de trabalho, terapia, treinamentos, entre outras, o que deve ser atendido pelas autoridades penitenciárias, na medida do possível.

Ainda sobre os aspectos individuais, ênfase positiva é conferida, particularmente, à regulamentação vinculativa e diversificada sobre contatos com o mundo exterior e as atividades de lazer da instituição. No que tange ao vestuário, os reclusos usam basicamente suas roupas próprias (20/01), mas, se não as tiverem, devem receber vestuário conforme as condições climáticas. Destaca-se, ainda, que os reclusos têm direito a assistência jurídica (23); o trabalho não deve ser utilizado para fins de punição (26.1) e um dia de folga por semana é fornecido como prestação obrigatória (26.16). De acordo com a Regra 31.5, os prisioneiros devem ter o direito de adquirir alimentos adicionais e outros bens a preços que não sejam anormalmente superiores àqueles praticados em meio livre.

No que concerne à segurança, as *European Prison Rules* (EPR) dispõem que medidas dessa natureza, aplicadas individualmente aos reclusos, devem corresponder ao mínimo necessário para garantir sua finalidade. A Regra 51.2 assinala que a segurança garantida por barreiras físicas e outros meios técnicos deve ser completada por uma "segurança dinâmica", mantida por membros do pessoal de vigilância que, além de serem treinados para tal, devem conhecer bem os reclusos que têm sob sua responsabilidade. Esse conceito de "segurança dinâmica" leva a melhorias no clima instituição e tende a contribuir para o desenvolvimento de um regime de prisão mais humanizado. Novos também são os regulamentos detalhados sobre as medidas especiais de alta segurança, que só podem ser aplicadas em casos extremamente excepcionais e contam com uma série de restrições (53.1-7).

Tendo em vista os debates supérfluos sobre o reforço dos mecanismos de segurança, o objetivo exposto pelas *European Prison Rules* (EPR) apresenta que a reabilitação deve ser a finalidade primordial da prisão (conforme disposto na regra 102.1, que reafirma os princípios fundamentais constantes da Regra 6). Ademais, nos termos da Regra 102.2, a prisão não deve estar associada ao sofrimento, não devendo os regimes agravarem os sofrimentos inerentes a própria reclusão, atentando, assim, à punição que a privação de liberdade por si só representa.

Por todo o exposto, considera-se que, no geral, as novas *European Prison Rules* (EPR) devem ser consideradas como uma modernização bem-sucedida que irá

contribuir à implementação e à garantia de qualidade das normas de direitos humanos e dos mecanismos de reabilitação qualitativamente melhores.

5.2. *O conceito de reabilitação* (Resozialisierung) *em outras recomendações do Conselho da Europa* (Europarat)

O Conselho da Europa (*Europarat*) tem uma série de regulamentos para grupos específicos de prisioneiros, como presos estrangeiros, delinquentes tidos como perigosos, presos submetidos a penas de longa duração ou à prisão perpétua, entre outros. Nesses regulamentos, o Conselho chama a atenção para os problemas específicos que afetam esses grupos e também cria demandas construtivas quanto à sua reabilitação[35]. Não obstante outras recomendações quanto à questão da reintegração social desses segmentos, cumpre destacar a relevância das seguintes: Rec (99) 22 – que dispõe sobre a superlotação e inflação das populações carcerárias (*prision overcrowding and prision population inflation*); Rec (2003) 22 – que fixa regras sobre liberdade condicional (*conditional release, parole*); Rec (2003) 23 – que disciplina as regras sobre prisão perpétua e penas de longa duração (*management by prision administrations of life sentence and other long-term prisioners*); Rec (2012) 12 – que dispõe sobre as prisões de estrangeiros (*foreign prisioners*); Rec (2014) 3 – que fixa regras para o tratamento de delinquentes perigosos (*dangerous offenders*).

No que tange à superlotação, é considerada óbvia a compreensão de que ela aumenta as consequências prejudiciais de privação de liberdade e, consequentemente, contribui para que as medidas de reabilitação permaneçam, em grande parte, sem efeito. Nesse sentido, a recomendação R (99) 22 propõe, precipuamente, que sejam impostas cada vez menos penas de longa duração e, mediatamente, estabelece a necessidade de estratégias que garantam que o planejamento das sentenças e o movimento progressivo de transição para a liberdade tenha início o mais cedo possível após a entrada na prisão, devendo ser avaliadas as condições de fixação de libertação condicional e sentenças e medidas comunitárias.

Já com relação à importância do retorno progressivo à vida em sociedade, a Recomendação Rec (2003) 22 estabelece possibilidades de libertação condicional antecipada, a fim de evitar os conhecidos efeitos deletérios da prisão, e assegurar uma melhor transição de liberdade, devidamente acompanhada de supervisão e mecanismos de vigilância. Essas possibilidades devem ser definidas em lei para todos os reclusos, incluindo os condenados à prisão perpétua,

35. Barbu (2016).

conforme dispõem as regras 3, 4a, 4b e 9 das recomendações em questão. Também a Rec (2003) 23 sublinha a necessidade de serem consideradas as características pessoais dos prisioneiros submetidos à prisão perpétua e de longa duração para a elaboração de planos individuais de execução da sentença e sua progressiva transição para a liberdade. Além disso, as autoridades devem atuar com maior responsabilidade quanto aos efeitos deletérios dessas prisões e suas implicações para a devida reabilitação, o que é observado através da atuação do Comité Antitortura[36]

A Rec (2012) 12 reconhece os prisioneiros estrangeiros como um grupo particularmente vulnerável aos sofrimentos inerentes à vida na prisão. Nesse sentido, dispõe sobre a possibilidade de deportações, se necessárias, para facilitar a reabilitação e a sua reintegração social no país de origem. De modo a facilitar o processo de reintegração social dos presos estrangeiros, as recomendações em questão comportam medidas específicas quanto a sua integração com familiares, amigos e agências de apoio, além do fornecimento de informações sobre atividades, atendimentos médicos e documentação (Regras 35 a37).

A Rec (2014) 3, por seu turno, fixa orientações para o tratamento de presos tidos como perigosos e deixa claro que, mesmo em face desse grupo considerado particularmente problemático, emana do primado da reabilitação e, portanto, são recomendáveis medidas que assegurem seu retorno progressivo à vida em sociedade, o que comporta sua inclusão em programas de transição progressiva para a liberdade, devidamente submetidos a mecanismos de supervisão e vigilância, conforme disposto na regra 23 e seguintes. Tal entendimento também está presente na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão (BVerfGE, 109, p. 133 e ss.), em consonância com o disposto no parágrafo 66c do Código Penal alemão.

No que concerne aos adolescentes e jovens submetidos a sanções privativas e restritivas de liberdade, a Rec (2008) 11 apresenta, provavelmente, as regras mais rigorosamente orientadas para a sua reabilitação[37]. Tal proposta é levada a efeito através de um plano detalhado, que contempla uma ampla gama de medidas destinadas a promover competências sociais e a garantir uma preparação antecipada de transição para a liberdade com o apoio de agências externas, evitando, assim, ao máximo possível os efeitos negativos e estigmatizantes da privação de liberdade, conforme disposto nas Regras 49 e ss.; 76 e ss.; 100 e ss. Os princípios

36. CPT, 2015, p. 28.

37. Dünkel (2011).

estabelecidos no ERJOSSM quanto à implementação de planejamentos individuais para a definição de medidas de reabilitação, especialmente aquelas voltadas à formação escolar e profissional, são confirmados pelo CPT, que reconhece que a falta de atividades educativas é particularmente prejudicial para essa faixa etária (CPT, 2015, p. 87). No mesmo sentido, tem-se que os contatos feitos com o mundo exterior devem ser particularmente extensos, o que implica a concessão de, pelo menos, uma hora de visita por semana (cf. BVerfG) e a promoção do afrouxamento regular da execução das penas[38].

5.3. Regras mínimas do Comitê Antitortura (CPT) da Europa

O Comitê Antitortura da Europa (CPT) tem se afirmado, desde a sua criação, em 1989, como um importante instrumento de supervisão e controle das normas mínimas europeias sobre direitos humanos nas prisões, contribuindo, assim, para a prevenção de tratamento desumano e degradante. Os relatórios do CPT influenciaram reformas prisionais em muitos países, na medida em que condições de vida inaceitáveis e ofensa a direitos foram verificadas não só nos países do Leste europeu, mas também em países da Europa Ocidental.

O trabalho do CPT tem contribuído para o desenvolvimento de sistemas nacionais de controle dos sistemas prisionais na Europa, por exemplo, a atuação da comissão de apelação independente na Holanda; a atuação de *ombudsman's* na Polônia e na Inglaterra (na Alemanha, apenas em NRW há a presença de funcionários comparáveis a tal função); o aumento do controle judicial na França e na Alemanha; a atuação de parlamentares oficiais de direitos humanos na Hungria e, ainda, a atuação de um escritório de direitos humanos na Letónia. Os resultados de tais ações assinalam a necessidade de implementação de sistemas que garantam a observância dos direitos humanos no sistema prisional como um todo[39]. A figura do *ombudsman* pode ser compreendida como a de pessoa encarregada pelo Estado de defender os direitos dos cidadãos, recebendo e investigando queixas e denúncias de abuso de poder ou de mau serviço por parte de funcionários ou instituições públicas, o que é bastante eficaz no âmbito de verificações de torturas e maus tratos no sistema prisional.

Anualmente, o CPT publica um relatório geral em que os principais princípios são resumidos como normas do próprio Comité. Ainda que o conteúdo desses relatórios verse, principalmente, sobre a prevenção da tortura e do

38. CPT (2015, p. 90).

39. Koeppel (1999).

tratamento desumano nas prisões, muitos dos princípios são diretamente aplicáveis para promoção de reintegração dos prisioneiros. No relatório referente ao ano de 1992, o CPT afirmou que o clima da prisão deve ser desenvolvido de forma construtiva, através da qual todos os atores envolvidos possam colaborar para a redução das tensões, o que deve ser intentado de maneira coletiva. Mais recentemente, o CPT expressou o desejo de que um espírito cuidadoso e comunicativo acompanhe as medidas de controle necessárias (CPT 2015, p. 17). Não obstante, nos últimos relatórios, novamente foram identificadas condições sub-humanas e pouco higiênicas em determinadas prisões, que registraram índices de superlotação, acompanhados de registros de falta de cuidados para com os presos e oferta deficiente de medidas de tratamento[40].

5.4. *Organização das Nações Unidas (ONU):* Regras de Mandela, *2015*

No ano de 2015, a Assembleia Geral da ONU adotou as chamadas *Regras de Mandela*, modernizando, fundamentalmente, o primeiro conjunto de regras das Nações Unidas sobre o tratamento de presos, que entrou em vigor em 1955[41]. As *Regras de Mandela* são, por um lado, mais detalhadas do que as regras que se lhe precedem, mas, por outro lado, são menos extensas do que as regras penitenciárias europeias (*European Prison Rules* (EPR)), de 2006.

Reafirmando a importância da normativa internacional precedente sobre o tema, o novo Estatuto levou em consideração outros instrumentos internacionais, como também observou a situação específica e a necessidade de tratamento diferenciado de crianças, adolescentes e mulheres submetidos à administração da justiça, reafirmando, assim, orientações constantes das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça, da Infância e da Juventude (*Regras de Beijing*), das Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (*Diretrizes de Riad*), e das Regras das Nações Unidas para a Proteção de Jovens Privados de Liberdade e as Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para as Mulheres Infratoras (*Regras de Bangkok*).

De acordo com o disposto na Regra 4, o principal objetivo de uma sentença de encarceramento ou de medida similar restritiva de liberdade é proteger a sociedade contra a criminalidade e reduzir a reincidência. Conforme o texto normativo, "tais propósitos só podem ser alcançados se o período de encarceramento for

40. CPT, 2015, p. 17; 21-24.

41. United Nations Office for Drugs and Crime (2016).

utilizado para assegurar, na medida do possível, a reintegração de tais indivíduos à sociedade após sua soltura, para que possam levar uma vida autossuficiente, com respeito às leis". Isso deve ser alcançado através da oferta de educação (escolar e profissional) e trabalho, bem como de outras formas de assistência apropriadas e disponíveis, como assistência social, cuidados de saúde, atividades de lazer, esportes, eventos religiosos e outras atividades que levem em conta as necessidades individuais do prisioneiro[42].

Na seção II, que trata das Regras aplicáveis a presos sentenciados (Regra 86 e seguintes), o conceito de reabilitação fica ainda mais claro. Conforme disposto na Regra 87, antes do término do cumprimento de uma pena ou medida privativa e/ou restritiva de liberdade, é desejável que sejam tomadas providências necessárias para assegurar ao indivíduo um retorno progressivo à vida em sociedade. Isso exige a elaboração de planos de execução individuais que adotem mecanismos de transição para a liberdade a partir de um regime de pré-soltura, "organizado dentro da mesma unidade prisional ou em outra instituição apropriada, ou mediante liberdade condicional sob algum tipo de vigilância, que não deve ser confiada à polícia, mas deve ser combinada com uma assistência social eficaz".

A Regra 89.2, por sua vez, identifica explicitamente as execuções realizadas em unidades abertas como as mais adequadas e mais promissoras em termos de reintegração efetiva. Em sua parte final, o mesmo dispositivo assinala que "as unidades abertas, exatamente pelo fato de não proporcionarem segurança física contra fuga, mas confiarem na autodisciplina dos detentos, proporcionam as condições mais favoráveis para a reabilitação de presos cuidadosamente selecionados". As Regras 106 a 108 enfatizam a necessidade de os presos manterem e aperfeiçoarem os laços sociais com pessoas fora da instituição e também a obrigação de as agências governamentais e não governamentais ajudarem os presos libertos a se reestabelecerem na sociedade, garantindo-lhes condições de possuírem documentos e papéis de identificação apropriados, casa e trabalho adequados, vestimentas que levem em consideração o clima e auxílio para conquista de sua autonomia e autossuficiência, o que significa terem meios suficientes para alcançar seu destino e para se sustentarem no período imediatamente posterior a sua liberação. Para garantir a fidelidade ao objetivo e aos princípios de reabilitação, a Regra 103 estabelece que o preso, para ter condições de se manter

42. Os demais Princípios Básicos (Regras 1-5) incluem o respeito pela dignidade humana; a proibição da tortura e da discriminação; a atenção à vulnerabilidade especial de certos grupos; a proibição de encargos e restrições além daquelas já inerentes à própria privação de liberdade, bem como o princípio da igualdade.

imediatamente após a sua liberação, deve receber um subsídio de compensação pelo seu trabalho, o que deve ser implementado a partir de um sistema de remuneração igualitária. Conforme o disposto no item 103.3, dessa remuneração conferida aos presos, parte deve ser reservada pela administração prisional para constituir um fundo de poupança a ser destinado aos mesmos quando da sua liberação, o que lhes garantirá autonomia quando de sua saída.

De modo geral, é possível observar nas *Regras de Mandela*, assim como nas Regras europeias para adolescentes e jovens infratores (ERJOSSM), uma compreensão moderna acerca da reabilitação e orientações mais claras sobre a transição para a liberdade através de um trabalho em rede.

6. Considerações finais: o consenso internacional acerca da supremacia do ideal de reabilitação (*Resozialisierung*) e o desenvolvimento de padrões mínimos de direitos humanos

A ideia de reabilitação (*Resozialisierung*) de presos está ganhando um novo significado internacional depois da fase de ênfase nas propostas de intimidação e encarceramento em massa. Novas pesquisas empíricas realizados nos Estados Unidos e Europa [43] mostram que a "doutrina do nada funciona", que ganhou ampla projeção nos anos 1970, não pode mais ser tida como válida e os estudos alemães no campo da terapia social confirmam essa tendência internacional[44]. Ademais, na Alemanha, Espanha e França, o princípio de reabilitação (*Resozialisierungsprinzip*) foi reconhecido como um princípio constitucional.

Os componentes materiais de um sistema prisional orientado para um eficiente programa de reabilitação, que tem por objetivo principal a reintegração bem sucedida na sociedade, devem ser firmados a partir da ideia de redução de sofrimento (*Minderung von Leid*) – tendo em vista que a privação de liberdade já implica, por si só, a imposição de sofrimentos –, de alinhamento das condições de vida na prisão, ao máximo possível, às condições de vida em liberdade e de oferecimento de um sistema humanizado de custódia. Não obstante, tendo em vista os efeitos deletérios e estigmatizantes da prisão, esta deve ser sempre compreendida como a *ultima ratio*.

O princípio do máximo alinhamento possível (*Angleichungsgrundsatz*) traduz a ideia de que, para contribuir, efetivamente, para a reabilitação dos reclusos,

43. Sherman et al (1998; 2002); Lösel (1994; 2012).

44. Lösel (1994; 2012).

as instituições prisionais devem garantir, ao máximo possível, que a vida na prisão conserve importantes aspectos positivos da vida em liberdade, o que eleva as possibilidades de os prisioneiros assumirem responsabilidades sociais e, assim, reduzirem os efeitos nocivos do encarceramento. Nesse contexto, é de extrema importância a participação do governo e da comunidade, que, através de agentes públicos e voluntários, podem colaborar positivamente para a transição antecipada dos reclusos para a vida em liberdade e sua bem-sucedida reinserção social depois da libertação. Esse retorno progressivo dos presos à vida em sociedade, com o apoio de instituições governamentais que se dedicam a reclusos que estão em fase de transição para a liberdade e/ou em liberdade condicional sob algum sistema de apoio (*Bewährungshilfe*), está sendo realizado exemplarmente em alguns países, como a Dinamarca. Na Alemanha, país que, tendo recuperado o atraso de décadas anteriores, também está sendo considerado exemplar nesse campo, vêm sendo desenvolvidos vários projetos isolados e até reformas mais amplas através dos órgãos e entidades de acompanhamento que organizam, de forma coerente, o trabalho das instituições governamentais e comunitárias responsáveis pelo apoio a egressos e pelo auxílio na transição progressiva dos reclusos para a liberdade[45].

Em suma, é possível resumir o consenso a respeito do ideal de reabilitação (*Resozialisierung*) deduzido a partir das normas internacionais de direitos humanos (*Menschenrechtsstandards*) que vigoram na Europa atualmente – que também decorre de um esforço definido no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), – da seguinte forma:

> 1. Sanções e medidas em meio livre e de caráter comunitário (*community sanctions and measures*) têm prioridade absoluta sobre penas privativas de liberdade, que devem ser consideradas sempre como o último recurso (*ultima ratio*);
>
> 2. Sanções e medidas em meio livre e de caráter comunitário (*community sanctions and measures*) requerem limites legais quanto à sua intervenção e somente prometem ser bem-sucedidas se forem percebidas por seus destinatários como justas e proporcionais;
>
> 3. Existe, em todos os lugares, um potencial ainda inexplorado quanto à aplicação de sanções e medidas comunitárias (*community sanctions and measures*) diferenciadas, que devem ser estimuladas e desenvolvidas através de mecanismos de aplicação de multas (Geldstrafe), prestação de serviços à comunidade

45. Jesse/Kramp in Dünkel/Drenkhahn/Morgenstern (2008); Allgemein Matt (2012); Cornel et. ali (2015).

(*gemeinnützigen Arbeit*), liberação antecipada e condicionada à supervisão (*probation*) e liberdade condicional (parole).

4. O único objetivo da prisão deve ser a reabilitação (*Resozialisierung*), o que é reconhecido em alguns países como um princípio constitucional (*Verfassungprinzip*).

5. A realização consistente desse princípio pressupõe a elaboração e atualização regular de programas individuais de execução penal que contenham oportunidades bem estruturadas de educação e formação profissional, oferta de medidas terapêuticas e sociopedagógicas e, também, uma preparação antecipada e progressiva da fase de transição para a liberdade e, ainda, envolvam agências e instituições externas (como centros de apoio aos condenados sujeitos a períodos de prova e livramento condicional e também aos egressos; Centros de Emprego; oferecimento de instalações em alojamentos de transição ou casas de passagem), a fim de viabilizar mecanismos adequados e oportunidades efetivas de reinserção social.

Cumpre destacar que os cinco aspectos supra decorrem de interpretação dos presentes autores, que é respaldada em estudos recentes[46] sobre o tema no âmbito europeu. Nesse sentido, pode-se reconhecer que, na Alemanha, onde esses cinco aspectos são observados, há concordância entre a legislação, as práticas e o ideal de reabilitação, o que permite afirmar que os sistemas penal e penitenciário alemães observam o princípio da reabilitação (*Resozialisierungsprinzip*) e os padrões internacionais de direitos humanos (*internationalen Menschenrechts standards*), embora sempre haja possibilidades de melhorias e aprimoramentos.

Referências bibliográficas

BARBU, A. (2016): Management von Hochrisikotätern – vom Erfahrungsaustausch zum Entwurf besserer nationaler Gesetze und europäischer Menschenrechtsstandards. In: DÜNKEL, F., JESSE, J., PRUIN. I., VON DER WENSE, M. (Hrsg.): Die Wiedereingliederung von Hochrisikotätern in Europa – Behandlungskonzepte, Entlassungsvorbereitung und Übergangsmanagement. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg, S. 115-141.

BATISTA, Vera Malaguti. *A juventude e a questão criminal no Brasil. 2016*. Disponível em: [www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/1053773b21eb7cc6e5600f16cc0663e4.pdf]. Acesso em: 05.12.2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.1.

46. Dünkel, F., Jesse, J., Pruin. I., von der Wense, M. (Hrsg.) (2016).

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal I*. Parte geral. Rio de janeiro: Forense, 1959. t. 2. Fato punível.

Committee on the Rights of the Child (2007): General Comment Nr. 10: Children's rights in juvenile justice. CRC/CGC/10, 25 April 2007. Internet-Publication. Disponível em: [http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f10&Lang=en].

European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT). 2015. Disponível em: [www.coe.int/en/web/cpt/home]. Acesso em: 05.12.2018.

CORNEL, H., DÜNKEL, F., PRUIN, I., SONNEN, B.-R., WEBER, J. (2015): Diskussionsentwurf für ein Landesresozialisierungsgesetz. Nichtfreiheitsentziehende Maßnahmen und Hilfeleistungen für Straffällige. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg.

Council of Europe (2006) (Hrsg.): European Prison Rules (Recommendation R (2006) 2). Strasbourg: Council of Europe Publishing.

Council of Europe (2009) (Hrsg.): European Rules for juvenile offenders subject to sanctions or measures. Strasbourg: Council of Europe Publishing.

DOEK, J. (2009). The UN Convention of the Rights of the Child. In: JUNGER-TAS, J., DÜNKEL, F. (Hrsg.), Reforming Juvenile Justice. Dordrecht, Netherlands: Springer, S. 19-31.

DÜNKEL, F. (2009). Young People's Rights: The Role of the Council of Europe. In: JUNGER-TAS, J., DÜNKEL, F. (Hrsg.): Reforming Juvenile Justice. Dordrecht et al.: Springer, S. 33-44.

DÜNKEL, F. (2011): Die Europäischen Grundsätze für die von Sanktionen oder Maßnahmen betroffenen jugendlichen Straftäter und Straftäterinnen ("European Rules for Juvenile Offenders Subject to Sanctions or Measures", ERJOSSM). Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe 22, S. 140-154.

DÜNKEL, F. (2012): Die Europäischen Strafvollzugsgrundsätze von 2006 und die deutsche Strafvollzugsgesetzgebung. Forum Strafvollzug 61, S. 141-149.

DÜNKEL, F. (2014): "Making standards work" – Die "European Rules for Juvenile Offenders Subject to Sanctions or Measures" (ERJOSSM) und ihr Einfluss auf das Jugendkriminalrecht in Europa. In: NEUBACHER, F., KUBINK, M. (Hrsg.): Kriminologie – Jugendkriminalrecht – Strafvollzug. Gedächtnisschrift für Michael Walter. Berlin: Duncker & Humblot, S. 275-299.

DÜNKEL, F. (2016): Kommentierungen §§ 38, 57, 57a StGB. In: KINDHÄUSER, U., NEUMANN, U., PAEFFGEN, H.-U. (Hrsg.): Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, 5. Aufl., Baden-Baden: Nomos Verlag.

DÜNKEL, F., JESSE, J., PRUIN. I., VON DER WENSE, M. (Hrsg.), 2016. Die Wiedereingliederung von Hochrisikotätern in Europa – Behandlungskonzepte, Entlassungsvorbereitung und Übergangsmanagement. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg,

DÜNKEL, F., DRENKHAHN, K., MORGENSTERN, C. (2008) (Hrsg.): Humanisierung des Strafvollzugs – Konzepte und Praxismodelle. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg.

DÜNKEL, F., GENG, B. (2011): Neues aus der (Jugend-)Anstalt. Folgen des Urteils des BVerfG zur Verfassungsmäßigkeit des Jugendstrafvollzugs – 5 Jahre danach. Neue Kriminalpolitik 22, S. 137-143.

DÜNKEL, F., GENG, B., VON DER WENSE, M. (2015): Entwicklungsdaten zur Belegung, Öffnung und Lockerungen im Jugendstrafvollzug. Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe 26, S. 232-241.

DÜNKEL, F., GRZYWA-HOLTEN, J., HORSFIELD, P. (2015) (Hrsg.): Restorative Justice and Mediation in Penal Matters – A stocktaking of legal issues, implementation strategies and outcomes in 36 European countries. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg.

DÜNKEL, F., MORGENSTERN, C., ZOLONDEK, J. (2006): Europäische Strafvollzugsgrundsätze verabschiedet! Neue Kriminalpolitik 18, S. 86-89.

DÜNKEL, F., SCHÜLER-SPRINGORUM, H. (2006): Strafvollzug als Ländersache? Der „Wettbewerb der Schäbigkeit" ist schon im Gange! ZfStrVo 55, S. 145-149.

European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Punishment or Treatment. Disponível em: [www.cpt.coe.int/en/documents/ecpt.htm]. Acesso em: 22.08.2017.

GRABENWARTER, C. (2011): Grundrechtsvielfalt und Grundrechtskonflikte im europäischen Mehrebenensystem – Wirkungen von EGMR-Urteilen und der Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten. EuGRZ 38, S. 229-232.

HÖYNCK, T., NEUBACHER, F., SCHÜLER-SPRINGORUM, H. (2001) (Hrsg.): Internationale Menschenrechts-standards und das Jugendkriminalrecht. Dokumente der Vereinten Nationen und des Europarats. Berlin: Forum Verlag Godesberg.

JESSE, J., WINKLER, J. (2012): "Probation Rules" unter Bewährung – BewHi 59, S. 240-250.

JESSE, J., KRAMP, S. (2008): Das Konzept der Integralen Straffälligenarbeit – InStar – in Mecklenburg-Vorpommern. In: DÜNKEL, F., DRENKHAHN, K., MORGENSTERN, C. (Hrsg.): Humanisierung des Strafvollzugs – Konzepte und Praxismodelle. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg, 135-144.

JOECKS, W., MIEBACH, K. (2016): Münchner Kommentar zum Srafgesetzbuch. Band 2, 3. Aufl., München: C. H. Beck.

KOEPPEL, K. (1999): Kontrolle des Strafvollzugs – individueller Rechtsschutz und generelle Aufsicht – Ein Rechtsvergleich. Mönchengladbach: Forum-Verlag.

LÖSEL, F. (1994): Meta-analytische Beiträge zur wiederbelebten Diskussion des Behandlungsgedankens. In: STELLER, D., u. a. (Hrsg.): Straftäterbehandlung.

Argumente für eine Revitalisierung in Forschung und Praxis. Pfaffenweiler: Centaurus, S. 13-34.

LÖSEL, F. (2012): Offender treatment and rehabilitation: What works? In: MAGUIRE, M., MORGAN, R., REINER, R. (Hrsg.): The Oxford Handbook of Criminology. 5. Aufl., Oxford: Oxford University Press, S. 986-1016.

MATT, E. (2012) (Hrsg.): Bedingte Entlassung, Übergangsmanagement und die Wiedereingliederung von Ex-Strafgefangenen. Münster: LIT.

MORGAN, R., EVANS, M. (2001): Combating torture in Europe: the work and standards of the European Committee for the Prevention of Torture (CPT). Strasbourg: Council of Europe.

MORGENSTERN, C. (2002): Internationale Mindeststandards für ambulante Strafen und Maßnahmen. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg.

MORGENSTERN, C. (2014): Ein Recht auf Hoffnung aus Art. 3 EMRK – Lebenslange Freiheitsstrafen in Europa. Rechtswissenschaft – Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung 5, S. 153-188.

NELLIS, M., BEYENS, K., KAMINSKI, D. (2013) (Hrsg.): Electronically Monitored Punishment: International and Critical Perspectives. London, New York: Routledge.

PADFIELD, N., VAN ZYL SMIT, D., DÜNKEL, F.: (2010) (Hrsg.): Release from Prison. European policy and practice. Cullompton: Willan Publishing.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro:* parte geral: arts. 1º a 120. 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. v. 1.

SHERMAN, L. W., *u. a.* (1998): Preventing Crime. What Works, What Doesn't, What's Promising. U. S. Department of Justice. Office of Justice Programs, National Institute of Justice.

SHERMAN, L. W., FARRINGTON, D. P., WELSH, B. C., MACKENZIE, D. L. (2002) (Hrsg.): Evidence-Based Crime Prevention. London: Routledge.

ULLENBRUCH, T., DRENKHAHN, K. (2016): § 66b StGB. In W. Joecks, K. Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, 3. Aufl., Band 2. München: C. H. Beck.

ULLENBRUCH, T., DRENKHAHN, K., MORGENSTERN, C. (2016). § 66 StGB. In W. Joecks, K. Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Band 2, 3. Aufl. München: C.H. Beck. *United Nations Office on Drugs and Crime* (2007): Handbook of basic principles and promising practices on Alternatives to Imprisonment. New York: United Nations.

United Nations Office on Drugs and Crime (2016): The United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (the Nelson Mandela Rules). Wien: Vienna International Centre (im Internet unter: [www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/GA-RESOLUTION/E_ebook.pdf]).

VAN ZYL SMIT, D. (2006): Humanising Imprisonment: A European Project. European Journal on Criminal Policy and Research 12, S. 107-120.

VAN ZYL SMIT, D., SNACKEN, S. (2009): Principles of European Prison Law and Policy. Oxford: Oxford University Press.

VAN ZYL SMIT, D., SPENCER, J.R. (2010): The European dimension to the release of sentenced prisoners. In: PADFIELD, N., VAN ZYL SMIT, D., DÜNKEL, F. (Hrsg.): Release from Prison: European Policy and Practice. Collumpton: Willan, S. 9-46.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A atuação da sociedade civil no apoio a egressos do sistema penitenciário, de Ligia Mori Madeira – *RBCCrim* 53/277-318 (DTR\2005\177);
- A dessocialização do condenado no sistema carcerário convencional: o sofisma da ressocialização, de Mônica Rafaela Oliveira Martins – *RBCCrim* 150/539-553 (DTR\2018\22456);
- A prática jurídica no domínio da proteção internacional dos direitos do homem (a convenção europeia dos direitos do homem), de José Alfredo de Oliveira Baracho – *RT* 749/11-45 e *Doutrinas Essenciais de Direito Internacional* 3/269-316 (DTR\1998\145);
- A redução da maioridade penal e a relação da ressocialização prisional com os direitos humanos fundamentais, de Antonio Baptista Gonçalves – *RT* 912/305-324 e *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 6/207-225 (DTR\2011\4320);
- O ser humano e os modos de proteção de seus direitos – A proteção no direito internacional e no direito interno da República Federativa do Brasil, de André Luis Del Negri – *RT* 767/462-469 e *Doutrinas Essenciais de Direito Internacional* 3/71-82 (DTR\1999\429); e
- Reintegração social e as funções da pena na contemporaneidade, de Ana Gabriela Mendes Braga – *RBCCrim* 107/339-356 (DTR\2014\1557).

Veja também Jurisprudência

- *RT* 908/896 (JRP\2010\10341).

Educação à distância intramuros como política pública de reintegração social: uma necessária releitura à luz da teoria agnóstica da pena

Distance education intramurals as a public policy for social reintegration: a necessary release in the light of the agnostic theory of penalty

Grasielle Borges Vieira de Carvalho

Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo (2018). Mestrado em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2009). Especialista em Direito Penal (2007) e em Interesses Difusos e Coletivos (2005) pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Docente e pesquisadora do mestrado em Direitos Humanos e do curso de Direito da Universidade Tiradentes/SE. Pesquisadora voluntária do Instituto de Tecnologia e Pesquisa (ITP). Editora executiva da Revista Interfaces Científicas Humanas e Sociais da Editora Tiradentes. Líder dos grupos de pesquisa de Execução Penal e do grupo sobre Gênero, Família e Violência do diretório de pesquisa do CNPq. Associada ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Advogada.
grasiellevieirac@gmail.com

João Luciano Marques dos Santos Mota

Graduado em Direito pela Universidade Tiradentes/SE (2018). Bolsista de Iniciação Científica PROBIC 2017.1. Integrante do grupo de pesquisa de Execução Penal do Diretório de Pesquisa do CNPq.
joaolucianomota@gmail.com

Juliana Vital Rosendo

Doutoranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo. Mestre em Direitos Humanos (2018) e graduada em Direito pela Universidade Tiradentes/SE (2015). Advogada.
julianavrosendo@hotmail.com

Recebido em: 21.06.2018
Aprovado em: 28.11.2018
Última versão do(a) autor(a): 12.12.2018

Áreas do Direito: Educação; Penal

Resumo: O presente trabalho pretende analisar a possibilidade de implantação da educação à distância no sistema carcerário brasileiro, com

Abstract: The present work aims to analyze the possibility of implementing distance education in the brazilian prison system, with a view to the

Carvalho, Grasielle Borges Vieira de; Mota, João Luciano Marques dos Santos; Rosendo, Juliana Vital. Educação à distância intramuros como política pública de reintegração social: uma necessária releitura à luz da teoria agnóstica da pena. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 154. ano 27. p. 105-129. São Paulo: Ed. RT, abril 2019.

vistas à reintegração social do indivíduo recluso. Para tanto, concentra-se inicialmente na discussão do conceito de reintegração, em detrimento do ideal ressocializador imanente à teoria especial positiva, costumeiramente atribuído à pena privativa de liberdade nos discursos oficiais. Nesse quesito, o estudo bibliográfico e o aporte da criminologia crítica ganha relevo, de modo a erguer como referencial teórico, pelo qual se desenvolve o estudo, a Teoria Agnóstica da Pena. Objetiva-se ainda, através de uma pesquisa exploratória, descritiva e quantitativa, discutir a adoção da educação à distância intramuros enquanto política pública, pontuando, em segundo plano, principais perspectivas e desafios em sua escolha. Por fim, este trabalho visa identificar e mapear as experiências alcançadas com a inserção desse mecanismo em âmbito nacional.

Palavras-chave: Educação à distância – Políticas públicas – Reintegração social.

social reintegration of the individual inmate. In order to do so, focuses initially on the discussion of the concept of reintegration at the expense of the resocializing ideal immanent at the special positive theory, usually attributed to deprivation of liberty in official speeches. In this regard, the bibliographical study and the contribution of critical criminology is gained importance, in order to establish as theoretical framework, by which develops the study, the Agnostic Theory of Penalty. It is also intended to conduct an exploratory, descriptive and quantitative study to discuss the adoption of intramural distance education as a public policy. Finally, it aims to identify and map the experiences achieved with the insertion of this mechanism at national level.

Keywords: Distance education – Public policies – Social reintegration.

Sumário: 1. Introdução. 2. O encarceramento por lentes agnósticas: uma necessária releitura da pena privativa de liberdade. 3. Educação à distância no cárcere: a expansão do ensino enquanto política pública. 4. Proposta de mapeamento das experiências nacionais. 4.1. O Estado do Paraná. 4.2. O Estado do Rio Grande do Norte. 5. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

É possível observar nos últimos dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias,[1] que a população prisional brasileira teve um acréscimo de aproximadamente 104 mil pessoas entre dezembro de 2014 e junho de 2016. Hoje com 726.712 pessoas reclusas, o país, em menos de dois anos, ultrapassou a Rússia, passando a ocupar a terceira maior população carcerária mundial.

Por outro lado, não bastasse o ínfimo alcance das ofertas relacionadas a atividades educacionais intramuros em meados de 2014, o que compreende atividades

1. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen* – Junho de 2016. Brasília: Ministério da *Justiça* e Segurança Pública; Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf]. Acesso em: 22.05.2018.

de alfabetização, formação desde o ensino fundamental até o ensino superior, cursos técnicos (acima de 800 horas de aula) e cursos de formação inicial e continuada (capacitação profissional, acima de 160 horas de aula), e atividades complementares; o ano de 2016 esteve marcado por uma contração nas garantias do direito educacional referentes às pessoas matriculadas em programas de remição pelo estudo por meio da leitura, pessoas matriculadas em programas de remição pelo estudo por meio do esporte, videoteca e atividades de lazer e cultura. Se antes 13% estavam sob o alcance de algum mecanismo de ensino no país, agora o percentual limita-se a 12%. Em Sergipe, o retrocesso ganha proporções ainda mais alarmantes, já que dos 19% envolvidos em atividades educacionais formais ou informais, restaram apenas 5% em 2016.[2]

Não há dúvida de que se traz à discussão o fornecimento de um direito fundamental e que por sua própria localização em plano superior no ordenamento jurídico vigente, bem como tratados internacionais e legislação infra, cogente é pensar em mecanismos que ultrapassem a mera formalidade e venham a produzir efeitos concretos.

Ademais, o fortalecimento das políticas públicas de promoção de acesso à educação dentro do sistema insurge como necessidade, já que traduz como um dos poucos instrumentos com capacidade para reduzir as opressões imanentes ao cárcere, em contrapartida maximizando as expectativas sociais para além dele.

Diante desse cenário, a pesquisa tem como problema o seguinte questionamento: como pensar os mecanismos de reintegração social a tornar possível a expansão do acesso à educação intramuros?

Para tanto, o método de abordagem fora o exploratório, descritivo e qualitativo, adotando a técnica de pesquisa documental de fontes secundárias oficiais e científicas. Nesse sentido, o presente trabalho procurou analisar a implantação da educação à distância (EAD) no sistema carcerário brasileiro, com vistas à reintegração social[3] do indivíduo recluso. Sendo objeto do primeiro tópico a proposta de transição em que deve-se pautar esse processo, da função especial positiva

2. Ibidem.

3. As terminologias "reintegração social" e "reinserção social" são utilizadas no trabalho como sinônimos, em detrimento à semântica de ressocialização e suas consequências lógicas. Não expressam, como adiante posto, uma função da pena, senão uma obrigação imanente ao Estado Democrático e de Direito que, no exercício do poder de punir, estará responsável por buscar alternativas às reduções dos danos na privação da liberdade e ainda por expandir as expectativas sociais de quem está sob sua custódia.

da pena, própria dos discursos oficiais, para a Teoria Agnóstica levantada principalmente por Zaffaroni.

Por essas lentes, extrai-se da pena uma suposta naturalização quando dita jurídica, passando a entendê-la como pertencente ao plano político, desvelando a seletividade a ela imanente, e de igual modo à neutralidade em que estaria fundamentado o fenômeno punitivo. Em seguimento, aponta para o reconhecimento da sanção penal como função de controle social. Como terceiro pressuposto, emerge a ideia de pena enquanto fenômeno incancelável, e se extrai o principal motivo pelo qual é impossível abandonar propostas conscientes relacionadas à reintegração para quem executa uma sanção, quando seu último pressuposto remete à necessidade de urgente contenção do poder punitivo, diante da tendenciosa violência empregada.[4]

As reflexões do segundo tópico estiveram na discussão dos principais desafios e perspectivas para implantação da educação à distância, tendo por orientação a tratativa de um problema público, sendo como natural consequência disso, uma resposta através de uma política pública efetiva, a ultrapassar governos e fronteiras geográficas.

Almejou-se, ao final, identificar e mapear as experiências já existentes no Brasil, cabendo, durante esse processo, refletir sobre as propostas disponíveis entre os estados do Paraná, cujos dados foram obtidos a partir de documentos e trabalhos científicos, e do Rio Grande do Norte, em que as informações foram prestadas por e-mail pelo professor e pesquisador que atualmente coordena o primeiro projeto de educação à distância para pessoas privadas de liberdade, pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte (IFRN).

2. O encarceramento por lentes agnósticas: uma necessária releitura da pena privativa de liberdade

Por tratar o presente estudo sobre reflexões acerca dos mecanismos de reintegração social presentes no cárcere brasileiro, especialmente no que tange a implantação da educação à distância, é imperativo estabelecer quais as diretrizes assumidas frente ao plano penológico. Estudar a pena em seu nascedouro é também acompanhar as constantes e não findadas discussões sobre suas funções.

De um lado estão as teorias com propostas justificacionistas, que vestem, como pano de fundo, a legitimação do sistema penal. Dentro dessa perspectiva, as

4. CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013.

primeiras correntes, retributivas ou absolutas, não reconheciam qualquer fim extrínseco da pena, pelo contrário, sua base era pautada no contrato social, que entedia o cometimento de delitos enquanto sua ruptura e, por conseguinte, imprescindível seria a aplicação da pena enquanto vingança ou retribuição.[5]

Rompendo com os ideais retributivos, as novas teorias da pena ditas relativas entendem sua aplicação de forma utilitária, passando a enxergar a reação ao delito por meio da função preventiva agora atribuída. A imposição de uma sanção penal traria intimidação à sociedade, e de outro lado atingiria o próprio autor do fato, impedindo com isso o cometimento de delitos futuros.

Sobre a existência desses dois segmentos, produzidos a partir das funções preventivas da pena, destaca-se:

> [...] o que pretende que o valor positivo da criminalização atue sobre os que não delinquiram, das chamadas teorias da prevenção geral, as quais se subdividem em negativas (dissuasórias) e positivas (reforçadoras); e b) o que afirma que o referido valor atua sobre os que delinquiram, das chamadas teorias da prevenção especial, as quais se subdividem em negativas (neutralizantes) e positivas (ideologias: reproduzem um valor positivo na pessoa).[6]

Frente à ideia de extremo alcançada pela adoção de uma só das teorias referentes à pena retributiva ou preventiva, o ordenamento jurídico brasileiro deliberou a recepcionar uma terceira corrente, a denominada teoria mista ou eclética, que, como sugere a própria semântica, atribui à pena funções de retribuir e prevenir, esta principalmente por meio da ressocialização.

Por todas as atrocidades que ao longo da história foram capazes de legitimar, as propostas retributivas ou absolutas já não mais se sustentavam, pelo menos quando postas isoladamente. Assumir como orientação para o poder sancionador uma resposta ao mal consequente do delito, a imposição de outro mal em equivalência ou, talvez, ainda pior, abre caminho para o incomensurável recrudescimento na legislação penal, desaguando em um processo de resgate a sanções cruéis. Consequência direta disso seria a formação de uma sociedade vocacionalmente punitivista. Ademais, os anos mostraram a incoerência em esperar valores positivos para tal aporte teórico.

---

5. CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013.
6. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 115.

Em resposta inicial às anunciadas funções preventivas, porém, é preciso questionar até que ponto se faz aceitável ao Estado Democrático e de Direito esse ideal ressocializador, que implica na internalização de valores sem a anuência do outro. Isso porque, uma vez perseguido através da função da pena, não se apresenta como opção a quem está condenado, restando-lhe tão somente seu cumprimento e consequente submissão a normas e culturas estranhas à sua realidade, em um claro intento de modificação do ser personalíssimo.

Diante das reais condições materiais e humanas ofertadas ao sistema penitenciário brasileiro, a exemplo da superlotação, que acaba por desencadear em constantes picos de violência, e a prestação deficitária dos serviços relacionados à saúde, ao trabalho, à educação e ao lazer, que conduzem os internos ao completo ócio; vislumbra-se então, a ressocialização como efeito automático à imposição da privação de liberdade nos cárceres nacionais, como um ato de absoluta inocência ou mesmo má-fé.

O desembargador Lourival Almeida Trindade, vinculado ao Tribunal de Justiça da Bahia, em sua obra *A Ressocialização ... uma disfunção da pena de prisão*, assim tem percebido o cárcere:

> Na atualidade, não se ignora que a prisão, ao invés de regenerar e ressocializar o delinquente, degenera-o e dessocializa-o, além de pervertê-lo, corrompê-lo, e embrutecê-lo. A prisão é, por si mesma, criminógena, além de fábrica da reincidência. Já foi cognominada, por isto mesma, de escola primária, secundária e universitária do crime. Enfim, a prisão é a verdadeira sementeira da criminalização.[7]

Desse modo, embora esteja encostada nas funções declaradas uma visão positiva e racional da pena, empiricamente falando não é o que se observa, principalmente quando se discute a pena privativa de liberdade. Os presídios brasileiros, como regra, são destituídos do mínimo de humanidade, fomentando uma violação massiva a direitos mínimos.

Trazendo importantes lições a respeito do antagonismo entre os discursos oficiais e a real intervenção do controle penal à luz da criminologia crítica, pondera Vera Regina Pereira de Andrade:[8]

7. TRINDADE, Lourival Almeida. *A Ressocialização*... uma (dis)função da pena de prisão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 30.

8. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica*: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 293-294.

> Promessas vitais descumpridas, excessivas desigualdades, injustiças e mortes não prometidas. Mais do que uma trajetória de ineficácia, o que acaba por se desenhar é uma trajetória de eficácia invertida, na qual se inscreve não apenas o fracasso do projeto penal declarado, mas, por dentro dele, o êxito do não-projetado; do projeto penal latente da modernidade. Reencontramos novamente aqui outra indicação fundamental da crítica historiográfica que se intersecciona com as grandes linhas da Criminologia crítica: a explicação do fenômeno reside na distinção entre funções declaradas (ideológicas) e exigências e funções latentes e na unidade do Direito, isto é, entre programação normativa e sua aplicação.

Por todo trajeto histórico, é possível notar diversas manobras nos discursos pela busca da legitimação do sistema punitivo, sem, contudo, observar no plano social mudanças de grande impacto. Costumeiramente se importa teorias advindas de países centrais que passam a vigorar como absolutas, mas, que em seu todo, seja no processo de elaboração, seja em sua implantação, desconsideram a realidade dos países periféricos, no qual se insere o Brasil enquanto América Latina. Assumir essa condição marginal é pressuposta imprescindível para se buscar superação.[9]

Diante dessa conjuntura, uma proposição mais sóbria está em conferir um novo olhar à pena, expurgando-lhe os utilitarismos fundados nas teorias justificacionistas e passando então a conferir-lhe concepção negativa. Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar[10] são precursores da ideia, adotando como marco central a Teoria Agnóstica da Pena.

Como premissa, admite-se o caráter político e não mais jurídico da sanção, retira-lhe, portanto, a neutralidade sustentada pelos discursos oficiais, revelando a seletividade a esta imanente. Seus outros *três* pressupostos estão para o reconhecimento da sanção como mecanismos de controle social, e sua admissão enquanto fenômeno incancelável, além da urgência na máxima contenção do poder punitivo.[11] Vale aqui ainda estabelecer:

> A teoria agnóstica demonstra racionalidade e completude ao passo que, não se satisfaz com a crítica teórica, mas preocupando-se com a realidade, propõe

9. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução Vânia Romano Pedrosa. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
10. Idem; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
11. CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013.

> alterações a partir desta. É certo dizer que a premissa está em trazer um alerta e alternativas aprioristicamente à aplicação da pena, especialmente aquela restritiva de liberdade. Todavia, não há que se olvidar no campo prático, em que pese o reconhecimento da pena como fenômeno incancelável, de seu alcance a quem executa uma pena e a cumpre em estabelecimento prisional.[12]

É pensando por esse terceiro viés que verifica-se como sendo impossível abrir mão dos mecanismos de reintegração social, que, porém, devem ser discutidos apesar da pena e não através dela, vindo a tornar menos dolorosa e danosa a vida intramuros.[13]

Nogueira Junior[14] bem sustenta que a reinserção social deve ser trabalhada na fase de execução através de dois prismas e, portanto, com duplo foco, quais sejam, o do apenado, de modo a garantir-lhe dentro do factível um cumprimento de pena menos drástico, estigmatizante, violador e opressor; e o do Estado, cujo dever está na busca pela projeção dos meios necessários ao cumprimento de uma sanção não além de seus parâmetros.

Trabalhando o conceito de ressocialização como sinônimo de reintegração, Lesch arremata:

> A fim de evitar mal entendido, devemos finalmente afirmar que, como dito, não se é contra a execução da pena que se cria a possibilidade de ressocialização, pelo contrário. Mas a ressocialização não é um fim em si mesma, nem mesmo um fundamento da pena. A ressocialização deve limitar-se a ser uma oferta do Estado no momento da execução da pena, uma oferta que atenda em todo caso a livre vontade dos interessados. (Tradução nossa).[15]

Em face de todo o exposto, apresentar novas perspectivas dos mecanismos de reinserção social não significa reafirmar a prevenção especial positiva ou

12. MOTA, João Luciano Marques dos Santos; CARVALHO, Lucas de Jesus; ROSENDO, Juliana Vital; VIEIRA DE CARVALHO, Grasielle Borges. Educação à Distância no Sistema Carcerário: uma releitura da pena privativa de liberdade e mecanismos de reinserção social. In: III SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE PESQUISA EM PRISÃO, 3º, 2017. Recife. *Anais*... UFPE: ANDHEP, 2017. 246-261. p. 252.
13. BARATTA, Alessandro. Ressocialização ou controle social – uma abordagem crítica da "reintegração social" do sentenciado. *Amicus Curiae*, v. 8, n. 8, 2011.
14. NOGUEIRA JUNIOR, Gabriel Ribeiro. *As políticas públicas de reinserção social no sistema penitenciário sergipano (2013 – 2014)*. 2015. 129 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) – Universidade Tiradentes, Aracaju, 2015.
15. LESCH, Heiko H. *La funcion de la pena*. Tradução de Javier Sánchez e Vera Gómez-Trelles. Madrid: Dykinson, 1999. p. 39.

qualquer vertente utilitária derivada da teoria relativa. Também não implica em retirar a necessidade de investimento em políticas públicas pensadas apesar do cárcere, a tornar menos precárias as condições de quem a ela é submetido.

O ideal esteado pelo trabalho terá como bússola a pena sempre por um viés agnóstico. Por outro lado, sustenta-se a obrigação do Estado garantidor[16] em minimizar danos imanentes ao encarceramento e maximizar as expectativas sociais de quem está recluso, crendo sempre que, superior à melhor das políticas criminais, está qualquer razoável política social.

3. Educação à distância no cárcere: a expansão do ensino enquanto política pública

Pensar em mecanismos que tornem viável a expansão do ensino no sistema carcerário, nada mais é do que ratificar o previsto na Carta Magna, quando a educação é referendada como direito universal, consequentemente dever do Estado, família e sociedade. Tal mandamento é ainda corroborado no plano internacional pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo 26), Declaração Mundial sobre Educação para Todos (artigo 1º), Convenção contra a Discriminação no Ensino (artigos 3º, 4º e 5º), dentre outros.

Assim, por onde acostado o direito à educação, inequívoco é seu caráter fundamental, não havendo espaço para dúvida da obrigatoriedade que acomete o Estado em tornar acessível também aos indivíduos reclusos. Vigora ainda o fato de que embora presente a restrição da liberdade, conservam-se todos os outros direitos que não objetos do dispositivo de sentença penal condenatória e seus efeitos, cabendo aqui reconhecer que o ensino nunca estará passível de subjugação.

Nesse sentido, se fez constar na Lei de Execução Penal (LEP) desde sua origem (1984) e, portanto, mesmo anterior a atual Constituição Federal, artigos

16. No que pertine à teoria adotada pelo trabalho quando em referência ao Estado garantidor ou Estado Democrático e de Direito, importante são as reflexões de Oliveira (2017, p. 22): "O Brasil, na qualidade de Estado Democrático e de Direito, representa uma espécie de intersecção entre as contribuições do Estado Liberal (Estado Mínimo) e do Estado Social (Estado Máximo), pois prevê na Constituição Federal de 1988 (artigo 1º) a garantia dos direitos fundamentais individuais (contribuição do Estado Liberal) e sociais (contribuição do Estado Social). Então, com base nos preceitos constitucionais, faz-se necessário compreender o papel das políticas públicas na efetivação dos direitos sociais". (OLIVEIRA, Samyle Regina Matos. *A Política Criminal do Brasil e sua efetividade por meio das Políticas Públicas*. 2017. 140 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2017).

específicos disciplinando a educação no interior dos presídios. As mudanças nesse âmbito são constantes, remetendo à ideia de aprimoramento e maior intervenção. Em 2011, a Lei 12.433 inovou, acrescendo ao artigo 126 da LEP a possibilidade de remição através do estudo, o que já vinha sendo decidido pelos tribunais.

O presente trabalho ganha força com os acréscimos introduzidos pela Lei 13.163/2015, especialmente no que tange ao § 3º, do novo artigo:

> Art. 18-A. O ensino médio, regular ou supletivo, com formação geral ou educação profissional de nível médio, será implantado nos presídios, em obediência ao preceito constitucional de sua universalização.
>
> § 3º A União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal incluirão em seus programas de educação à distância e de utilização de novas tecnologias de ensino, o atendimento aos presos e às presas.[17]

Refletir sobre quais implicações advindas com a inserção do artigo 18-A à Lei de Execução Penal desagua em uma forçosa busca pela expansão da educação intramuros. Isso porque o ensino à distância proporciona custo reduzido, sem deixar de representar um mecanismo eficiente, com capacidade para driblar dificuldades estruturais na prestação dos serviços de educação nos presídios, a exemplo da falta de bibliotecas, salas suficientes, profissionais disponíveis, bem como a suposta garantia das normas de segurança.

É imprescindível reconhecer a importância de investimentos destinados a qualquer atividade nas penitenciárias, pois as condições caóticas apresentadas pelo sistema, das quais é pertinente citar a superlotação, abre margem a uma aglomeração de pessoas imersas em completa e constante ociosidade. Por outro lado, é forçoso distinguir atividades complementares de mecanismos de reintegração social.

Não há dúvida de que o corte e costura ou os serviços gerais prestados pelos internos tanto em unidades masculinas, quanto em unidades femininas carregam grande valor. Primeiro, possibilita a remição da pena, sendo ainda acompanhado de auxílio financeiro em algumas situações. Segundo, torna possível a

17. BRASIL. *Lei 13.163, de 9 de setembro de 2015*. Modifica a Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para instituir o ensino médio nas penitenciárias. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 9 set. 2015. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13163.htm?TSPD_101_R0=3455d5b64ef21375bff562bc5a891438b560000000000000000a2c4dfb5fff-f000000000000000000000000000005b2bca4500bbca6d57]. Acesso em: 13.04.2018.

manutenção do ambiente, por regra já tão debilitado. Em contrapartida, há de se questionar sua real potencialidade para amenizar os danos inerentes ao cárcere, vindo a contribuir diretamente para um retorno social menos doloroso.

A educação, por sua vez, representa ao encarcerado:

> [...] melhor qualidade, enraíza, recompõe identidades, valoriza culturas marginalizadas, promove redes afetivas e permite a (re)conquista da cidadania. Inserida em um espaço repressivo, ela potencializa processos educativos para além da educação escolar, evidenciando-se a figura dos educadores como atores importantes na construção de espaços onde o aprisionado pode (re) significar o mundo como algo dinâmico e inacabado.[18]

Ter acesso à educação vai muito além do exercício de um direito, isso porque é somente através desse contato que se faz possível enxergar a apropriação de tantos outros. Vale assim afirmar que a educação corresponde a um direito, mas também, é um meio indispensável ao alcance de outras garantias, cuja importância se acentua quando dirigido ao desenvolvimento humano e as potencialidades de grupos socialmente excluídos.[19]

Nessa lógica, o ensino, mesmo que à distância, possibilita por meio dos métodos de tutoria um incentivo para que o aluno avance a partir de suas individualidades. Aqui, uma orientação qualificada e inteirada sobre o ambiente para o qual se desenvolve o trabalho representa a chave para um programa com capacidade de promover a reintegração social.

Discutindo as vantagens no uso do ensino à distância, são as considerações de Costa:

> Com a utilização do EAD, uma mesma aula pode ser reproduzida diversas vezes, em diversos horários e locais sem que o professor precise deslocar-se até cada um dos estabelecimentos prisionais. Esta flexibilidade de horários e locais para estudo é uma característica do ensino à distância que se amolda

18. ONOFRE, Elenice Maria Cammarosano; JULIÃO, Elionaldo Fernandes. A Educação na Prisão como Política Pública: entre desafios e tarefas. *Educação & Realidade*, Porto Alegre, v. 38, n. 1, p. 51-69, jan.-mar. 2013. Disponível em: [www.ufrgs.br/edu_realidade]. Acesso em: 17.03.2018. p. 54.
19. CAMBI, Eduardo; ZANINELLI, Giovana. Direito Fundamental à educação, exclusão social e cidadania. *Revista de Direito Privado*, v. 59, p. 29-54, jul./set. 2014. Disponível em: [http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=53a321a3dd5fec15]. Acesso em: 3.12.2018.

> perfeitamente às necessidades de uma unidade prisional, visto que o EAD atinge um número indeterminado de alunos e independe do local onde cada um esteja.[20]

Frise-se mais uma vez que é indispensável tanto o reconhecimento do tutor, como de quem ministra a aula e o ambiente ao qual se destinam as lições. Além disso, podem ser de grande importância parcerias com instituições de ensino público ou privado, já experientes com o ensino à distância, e que disponham de um polo na cidade ou proximidades do estabelecimento prisional. Devem ser cobradas dessas o compromisso de conduzir o projeto em estrita observância às peculiaridades do novo ambiente.

É preciso, neste momento, também estabelecer que o ensino à distância ofertado na unidade prisional não pode, em qualquer hipótese, ser considerado como obstáculo a fundamentar decisões que rejeitem o direito do interno para realizar uma faculdade ou curso técnico além dos muros. Somente é compatível com a lógica de implemento da EAD ideias que fomentem a ampliação de direitos, nunca o retrocesso destes.

Mas o artigo 18-A, em seu parágrafo terceiro, vai além, pois, ao estabelecer a inclusão dos programas de educação à distância para quem está recluso, dirige-se a responsáveis e não a um exclusivo responsável. Sobre o tema, é preciso entender que:

> A reintegração social dos encarcerados não pode ser vista apenas como um problema a ser resolvido pelos legisladores, pelos diretores de presídio ou pessoas que lidam com o sistema penitenciário, mas como uma questão de interesse geral, dos setores público e privado, como uma questão de responsabilidade social. Primeiro porque se relaciona diretamente aos direitos fundamentais da pessoa humana (encarcerado), depois porque atinge a todos que anseiam viver com dignidade e segurança e, necessariamente, são de alguma forma afetados pelos efeitos da delinquência. Possui a reintegração social, na verdade, uma dimensão transindividual.[21]

---

20. COSTA, Michelle de Santana. *Educação à Distância no Sistema Carcerário como mecanismo de ressocialização*. 2015. 20f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Tiradentes, Aracaju, 2015. Disponível em: [ttp://openrit.grupotiradentes.com/xmlui/bitstream/handle/set/1320/TCC%20Corrigido%20-%2008-12.pdf?sequence=1]. Acesso em: 01.04.2018. p. 13.

21. FELBERG, Rodrigo; VITAL E SILVA, Denise. Reintegração Social dos Cidadãos-Egressos e Trabalho. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patricia Tuma Martins (Org.). *O direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 504-524. p. 509.

Nesse sentido, não há dúvida de que buscar mecanismos para expansão do ensino no cárcere corresponde ao enfrentamento de um problema público, ou seja, "[...] o tratamento ou a resolução de um problema entendido coletivamente como relevante" e, por consequência, a melhor forma de resposta se dá pela política pública, aqui percebida como "uma diretriz elaborada para enfrentar um problema público".[22]

Aprofundando o conceito de política pública enquanto programa de ação governamental, Maria Paula Dallari Bucci acrescenta que "[...] resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados [...] visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados".[23]

É certo que a propositura de intervenção nesse formato resultará em um procedimento de maior rigidez, sendo necessário o dispêndio de elevado esforço conjunto. Duarte compreende o processo de construção das políticas públicas pelas seguintes etapas:

> [...] (a) identificação dos problemas e demandas a serem atacados para a definição das prioridades a serem decididas junto aos formuladores de políticas públicas; (b) formulação de propostas concretas entre diferentes opções de programas a serem adotados; (c) implementação propriamente dita da política, com a criação da estrutura necessária e observância da burocracia existente, gasto de recursos e aprovação de leis; (d) avaliação dos resultados da política por meio da verificação dos resultados e impacto da política, para que se possa aferir se ela realmente funciona ou não; (e) fiscalização e controle da execução da política por meio da atuação da sociedade civil, dos Tribunais de Contas e do Ministério Público.[24]

Por outro lado, ao assim proceder, é possível extrair três resultados de suma importância: a derivação de um conjunto de leis, conferindo uma obrigação juridicamente vinculante; um alcance a todos que fazem parte do grupo selecionado "a justificar um atendimento prioritário"; além de sanções em caso de violação.

22. SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas* – Conceitos, esquemas de análise, casos práticos. São Paulo: Cengage Learning, 2010. p. 2.

23. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39.

24. DUARTE, Clarice Seixas. O ciclo das políticas públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patricia Tuma Martins (Org.). *O direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 16-43. p. 25-26.

"Isso porque ela deriva como acima afirmado, de normas jurídicas dotadas de caráter vinculante".[25]

Oliveira também destaca que o planejamento a longo prazo, característico das políticas públicas, garante que elas transcendam "[...] a duração do governo, uma vez que os interesses em questão não são meramente partidários e sim objetivos socialmente relevantes, como é o da própria definição".[26]

Partindo das lições gerais esteadas por Bucci[27], quando ele condiciona o sucesso da política pública à inserção anterior do processo administrativo quanto a "[...] informações sobre a realidade a transformar, a capacitação técnica e a vinculação profissional dos servidores públicos, a disciplina dos serviços públicos". Em análise ao concretamente discutido, aponta Souza:[28]

> [...] sob o ponto de vista do resultado custo/benefício requer, em primeira instância um investimento considerável com a criação e instrumentalização do ambiente de ensino e a capacitação de professores. Contudo, posteriormente a isso, a manutenção é bem menos dispendiosa quando relacionada ao ensino formal. Há de se ressaltar, contudo, que a Educação à Distância depende, para o seu êxito – além de sistemas e programas bem definidos – de recursos humanos capacitados, material didático adequado e, fundamentalmente, de meios apropriados de se levar o ensino desde o centro de produção até o aprendiz, devendo existir instrumentos de apoio para orientação aos estudantes através de um polo local.

Todavia, não se trata de um diálogo fácil, embora exista um Fundo Nacional Penitenciário (FUNPEN), criado para o repasse de verbas federais e com o

25. Ibidem, p. 18-20.

26. OLIVEIRA, Samyle Regina Matos. *A Política Criminal do Brasil e sua efetividade por meio das Políticas Públicas*. 2017. 140 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2017. p. 20.

27. BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, v. 34, n. 133, p. 89-98, jan.-mar. 1997. Disponível em: [www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/198]. Acesso em: 07.04.2018. p. 97.

28. SOUZA, Janderson Paixão de. *A educação a distância no sistema penitenciário sob o suporte da Lei nº 12.433/11*. 2013. 16f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Gestão Penitenciária) – Faculdade Estácio, Belém, 2013. Disponível em: [www.susipe.pa.gov.br/sites/default/files/A%20EDUCAÇÃO%20A%20DISTANCIA%20NO%20SISTEMA%20PENITENCIÁRIO%20SOB%20O%20SUPORTE%20DA%20LEI%2012.43311.pdf]. Acesso em: 9.03.2018. p. 7.

objetivo (Lei Complementar 79/74, artigo 1º) de "[...] proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e os programas de modernização e aprimoramento do sistema penitenciário nacional", patente é a distorção de suas reais finalidades quando se observa na prática o tratamento homogêneo, mesmo com os contrastes de cada região brasileira, na aplicação das verbas, que quase sempre acabam destinadas à construção de novos estabelecimentos prisionais.

O ano de 2015 foi marcado pelo ajuizamento da ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) de número 347, pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Como objetivo, estava a manifestação da Suprema Corte Brasileira diante das condições degradantes apresentadas pelo sistema carcerário brasileiro, ainda consideradas pelo partido como permanentes e generalizadas, cuja decorrência está ligada a atos do poder público.

Em 9 de setembro do mesmo ano, o Supremo Tribunal Federal, respondendo exclusivamente ao pedido de medida cautelar, manifestou-se pelo deferimento, exarando como uma das medidas de urgência, o descontingenciamento das verbas do FUNPEN, por assim reconhecer "[...] presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária".[29]

Para supostamente cumprir a decisão advinda do Supremo, o Poder Executivo Federal editou em dezembro de 2016 a Medida Provisória 755, não só compelindo o descontingenciamento, mas também desburocratizando os repasses, que assumiram caráter obrigatório independente de convênio, assim como ampliando as finalidades do FUNPEN, a tornar possível o investimento em segurança pública mesmo que na modalidade repressiva. A lógica foi seguida em maio de 2017 com a Medida Provisória 781, se consolidando pela Lei 13.500, de 26 de outubro de 2017.

Com essas medidas, ao final de 2016 todos os estados e o Distrito Federal receberam a igual quantia de R$ 44.784.444,44. Entretanto, diversamente do que se esperava com a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 347, mais de 70% dos recursos serão destinados à construção de unidades prisionais. Já as propostas inseridas nas diretrizes nacionais e internacionais que fomentam a excepcionalidade da prisão através de "[...] políticas de alternativas penais,

29. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF* n. 347 – DF. rel. Min, Marco Aurélio. 2015. p. 3. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665]. Acesso em: 22.05.2018.

monitoramento eletrônico, programas de educação e trabalho ou de apoio para volta à liberdade", terão por investimento, quantitativo não superior a 0,17%.[30]

Por outra via, se na discussão gerada pela ADPF 347 estava a impossibilidade de minimizar as condições desumanas do sistema carcerário em função do contingenciamento e demasiada burocracia para acesso ao FUNPEN, até 2013 houve a devolução de verbas pelos estados de Alagoas, Ceará, Paraíba, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Sergipe, Tocantins, Mato Grosso do Sul, Goiás, Rio de Janeiro e Minas.[31]

Em vista da situação encontrada, faz-se percebível que, se de um lado existem diretrizes nacionais com importantes propostas sobre alternativas penais e política de reintegração social, na prática, faltam os projetos concretos a considerar as particularidades de cada unidade da federação.

Nesse sentido, para que as ideações voltadas ao EAD apresentem efeitos reais e, portanto, façam parte de uma conjuntura diversa das proposituras ventiladas pelos planos nacionais, abandonando a condição de política pública simbólica, imperativo é estabelecer lógica inversa quanto à sua construção e implementação.

As propostas devem partir dos municípios e estados, para então alcançar a União, buscando respostas por meio da comunicação entre setores. É ainda necessária a "adequada alocação dos recursos públicos, associada à gestão eficiente, de forma cooperativa entre os entes federados e os poderes".[32]

Ao que foi dito, sempre é válido lembrar que o processo de reintegração social começa no cárcere, mas continua com o retorno do indivíduo à sociedade,

30. BRASIL. Ministério de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Cidadania. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT). *Relatório Temático*: FUNPEN e Prevenção à Tortura – As ameaças e potenciais de um fundo bilionário para a prevenção à tortura no Brasil. 2017. Disponível em: [www.mdh.gov.br/sobre/participacao-social/sistema-nacional-de-prevencao-e-combate-a-tortura-snpct/mecanismo/funpen-e-prevencao-a-tortura-as-ameacas-e-potenciais-de-um-fundo-bilionario-para-a-prevencao-a-tortura-no-brasil/view]. Acesso em: 10.03.2018.

31. Id. Ministério Público Federal. *Grupo de trabalho sobre o fundo penitenciário* – Relatório final. 2015. Disponível em: [www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr7/dados-da-atuacao/sistema-prisional/grupos-de-trabalho/fundo-penitenciario-nacional-funpen/RelatorioFinalGTFUNPEN.pdf/@@download/file/Relatorio%20Final%20-%20GT%20FUNPEN.pdf]. Acesso em: 10.03.2018.

32. SANTOS, Cristiane Farias Rodrigues dos. Poder Judiciário: segurança pública e administração penitenciária. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 131, p. 403-445, maio 2017. p. 423.

portanto, todos os projetos e investimentos devem alcançar os internos e egressos. Estabelecer termos de cooperação entre os diversos setores municipais e estaduais para incentivar o contrato de pessoas envolvidas com o projeto, é uma das alternativas para lhe atribuir maior firmeza e interferência na realidade social.

Com base nessas considerações, nota-se que mesmo diante dos desafios e entraves, é imprescindível deixar o plano retórico, abarcando ações conjuntas que partam de realidades mais específicas para só então aprimorar e transformar abstratamente em modelo. No sistema carcerário, somente a elaboração de projetos bem definidos e estruturados terão a capacidade de implementação desses indivíduos, reduzindo os efeitos negativos imanentes à restrição de liberdade e oferecendo, ao recluso, poder emancipatório.

Nesse sentido, faz-se pertinente discutir algumas experiências já implementadas no Brasil, a fim de visualizar como esse projeto de inserção do EAD vem sendo adaptado à realidade do sistema carcerário local. Assim, o tópico a seguir visa justamente discutir dois projetos que estão em desenvolvimento no país, nos estados do Rio Grande do Norte e do Paraná. É importante frisar que essas não são as únicas experiências existentes, mas diante da dificuldade na obtenção de informações, o artigo limitou-se a discutir apenas essas.

4. Proposta de mapeamento das experiências nacionais

Talvez por tratar-se de recente propositura legal, empiricamente falando, nota-se que o uso da educação à distância no sistema carcerário brasileiro enquanto mecanismo de reinserção social é de pouca aplicabilidade. Identificar e relatar experiências constitui-se de difícil incumbência, posto que prevalece sobre o tema a escassez tanto no âmbito acadêmico, quanto na existência de documentos oficiais.

Ao que foi dito, somente fora possível discorrem sobre atividades que ocorrem no Paraná, tendo como base de análise os trabalhos científicos, bem como informações disponibilizadas no site oficial do governo; e, no caso do projeto no Rio Grande do Norte, foram usados dados obtidos através de contato via e-mail[33] com o Professor Mestre Francisco Augusto Cruz de Araújo, atualmente coordenador da educação à distância para pessoas privadas de liberdade, do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia.

33. Contamos com cópia do e-mail enviado, mas optamos por não incluir como apêndice ao trabalho para preservar o sigilo da autoria.

4.1. O Estado do Paraná

No Estado do Paraná, as ofertas tiveram início no ano de 2011, através de uma parceria realizada entre o Centro Universitário de Maringá (CESUMAR) e a Penitenciária Estadual de Maringá (PEM), resultando na oferta de cursos superiores de tecnologia, bacharelado e licenciatura. A penitenciária disponibilizou suas instalações físicas, e o Centro Universitário, que embora seja particular, participou gratuitamente, e forneceu, por meio da coordenação local dos polos, o aparato administrativo e pedagógico, de modo que as aulas transmitidas ao vivo possibilitaram a interação necessária entre aluno e professor.[34]

Nesse mesmo ano, o governo divulgou em sua página oficial o lançamento do Projeto Educação Sem Distância. Em seu objetivo esteve a ministração de aulas para internos e egressos com conteúdos voltados à realização do Exame Nacional do Ensino Médio (Enem), bem como à reciclagem dos profissionais ligados ao sistema carcerário, abarcando as penitenciárias de Cascavel, Curitiba, Foz do Iguaçu, Francisco Beltrão, Guarapuava, Londrina, Maringá, Piraquara e Ponta Grossa.[35]

Nos anos seguintes, é ainda possível observar um terceiro projeto, agora fomentado pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Ao que completam Agnes Arruda e Beatriz Molin[36], preserva-se a dupla preocupação em alcançar tanto a quem está cumprindo pena, como aos profissionais envolvidos no cárcere, tudo isso admitindo por premissa a capacitação dos tutores e professores, sempre considerando as peculiaridades do ambiente. É o que assim estabelecem:

O corpo docente também será capacitado bem como os professores-autores que elaborarão material didático especialmente voltado a este público alvo [...] Tem-se a declarar que tanto o projeto financiado pelo CNPq, 'A Liberdade tem Asas', associado ao 'Projeto estadual da remição de pena pela leitura' quanto o

34. PARDO, Paulo et al. EAD como ferramenta transformadora de vidas: o caso da penitenciária estadual de Maringá. In: Congresso Internacional de Educação a Distância, 2011, Manaus. *Anais*... Maringá: ABED, 2011. p. 1-10. Disponível em: [www.abed.org.br/congresso2011/]. Acesso em: 17.03.2018.

35. GOVERNO lança programa de educação a distância para presos e servidores de presídios. *Agência de Notícias do Paraná*, Paraná, 11.09.2011. Disponível em: [www.aen.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=65528]. Acesso em: 10.06.2018.

36. ARRUDA, Agnes Marion Mazer; MOLIN, Beatriz Helena Dal. Educação a Distância: em novos horizontes para o sistema prisional. *Revista Travessias*, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 232-240, 2013. Disponível em: [www.unoeste.br/travessias:e-revista.unioeste.br/index.php/travessias/article/download/8535/6271]. Acesso em: 20.04.2018.

Projeto 'E-Sipris', em fase de capacitação dos atores, são oportunidades de viabilizar uma nova formação a fim de diminuir os efeitos negativos decorrentes da prisão, quando os sentenciados retornarem à sociedade de fato remidos e capacitados para enfrentar o cotidiano sócio econômico com um profissão que lhes garanta uma vida mais digna e que portanto, não necessitem reincidir.[37]

O último Plano Estadual de Educação no Sistema Prisional do Paraná, datado do ano de 2015, traz expressamente a importância da EAD não só na ampliação da modalidade formal de educação, como também da possibilitadade de profissionalização dos indivíduos matriculados.

Porém, é preciso mais uma vez dizer que as informações relativas ao ensino à distância são extremamente precárias. Não há mais trabalhos sobre os projetos educacionais até então apresentados, tampouco documentos governamentais. Essa questão é preocupante, já que impossibilita a reflexão sobre os reais impactos advindos com o mecanismo, fundamental para dar base ao processo de aprimoramento e expansão para outras unidades federativas.

4.2. O Estado do Rio Grande do Norte

Sobre o Estado do Rio Grande do Norte, mais especificamente as experiências de educação à distância vividas pelos Presídio Federal e Presídio Estadual Mário Negócio, ambos localizados em Mossoró, é preciso dizer que se trata de uma recente propositura. Sua implantação ocorreu no segundo semestre de 2017, diante de demandas concretas. Isso porque, embora não estivesse dentro das ofertas do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia, a realização do Exame Nacional do Ensino Médio (Enem) pelos internos e suas consequentes aprovações através do Sistema de Seleção Unificada, no curso de Gestão Ambiental presencial, levaram a direção de um dos presídios a solicitar para o Campus IFRN/Mossoró e sua respectiva pró-reitoria de ensino que, em observância aos impedimentos legais dos alunos, os transferisse para a modalidade à distância.

Ao que foi solicitado, a construção do projeto pedagógico que vem ocorrendo através do diálogo entre IFRN e o setor de Pedagogia do Presídio Federal de Mossoró, parte das necessidades locais, representando um projeto autônomo e original. Ademais, embora não seja possível afirmar que se refere a uma política pública instituída, mas a uma ação por Termo de Cooperação, o objetivo é tornar-se uma atividade institucional para, em sequência, expandir com o apoio

37. Ibidem.

conjunto entre o Departamento Penitenciário Nacional, o Ministério da Educação e o Ministério da Justiça.

Atualmente oferta-se o segundo semestre do curso superior de Tecnologia em Gestão Ambiental, estando dois dos alunos matriculados no Presídio Estadual Mário Negócio e seis alunos matriculados no Presídio Federal de Mossoró. Nesse último, por sua condição de presídio de segurança máxima, com maiores restrições, o material didático é disponibilizado de forma impressa para que sejam possíveis os estudos dentro das celas.

Destaca-se que, mesmo em um curso à distância, uma parcela das aulas são presenciais e práticas. No primeiro semestre, por exemplo, para cumprir com as atividades de química experimental, levaram um professor ao presídio para concretização de atividades demonstrativas. Segundo o coordenador do projeto, Francisco Araújo, a calma e antecedência foram elementos cruciais para a autorização da aula e a realização dos experimentos conforme o planejado.

É apontado como principal desafio, considerando o Sistema Federal, as transferências que acontecem no intervalo de um a dois anos. Por isso espera-se que, com o apoio das esquipes pedagógicas dos outros estabelecimentos prisionais, seja possível a finalização do curso, cujo a duração é de três anos.

Ante os fatos apontados, embora não constitua plenamente uma política pública, nada impede que mais tarde ocorra tal conversão, advindo também seus respectivos efeitos:

> [...] pode acontecer que uma iniciativa bem-sucedida oriunda da sociedade civil acabe incorporada pela Administração Pública e sendo por ela implementada na forma de uma política pública voltada à concretização de um determinado direito. Nesse caso, quando houver senão a iniciativa, pelo menos a chancela do Estado, a política se transforma em pública e, como tal, adquire algumas notas distintivas.[38]

No mais, a experiência no Rio Grande do Norte reforça a ideia de que tais programas, principalmente quando direcionados à educação no sistema carcerário, exigem um planejamento a partir da realidade concreta, de responsabilidade inicial dos Municípios e Estados, para então chamar ao seu dever a União. Outro aspecto evidenciado é a importância e o encargo da academia. Os diálogos e pesquisas precisam ultrapassar os muros das instituições, vindo a alcançar

38. DUARTE, Clarice Seixas. O ciclo das políticas públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patricia Tuma Martins (Org.). *O direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 16-43. p. 18.

principalmente os gestores públicos. As universidades carregam grande responsabilidade social, principalmente quando se trata de uma instituição pública.

5. Considerações finais

Ao estudar a pena privativa de liberdade e mecanismos de reintegração social, é preciso antes de tudo reconhecer a postura marginal de que faz parte o Brasil enquanto América Latina. A consequência mais que sóbria é a adoção de uma postura agnóstica, vindo a refutar importações absolutas de teorias da pena advindas dos países centrais, que em nada consideraram a realidade das regiões periféricas no momento de elaboração.

Por mais simples ou insignificante que pareça, a propositura de tal mudança dogmática implica diretamente nas orientações que farão movimentar e perseguir os instrumentos do sistema de justiça criminal. Portanto, se mesmo diante das condições inumanas apresentadas pelo sistema carcerário brasileiro é possível obter, ou mesmo esperar, a regeneração de indivíduos, nada mais lógico que aumentar o fluxo de encarceramento.

Em sentido oposto, percebendo a pena privativa de liberdade através de lentes negativas, a partir de funções reais ou latentes, e não das alimentadas pelos discursos oficiais, que já foram desveladas pela criminologia crítica, buscar-se-á, como premissa, alternativas penais. Por outro lado, admitindo sua condição de fenômeno incancelável, aplica-se o investimento em mecanismos de reintegração social que não surgem como função da pena, mas, como obrigações de um Estado Democrático e de Direito com capacidade para redução dos danos imanentes ao cárcere, atendendo à autodeterminação do indivíduo ao que se destinará tal política.

Vale distinguir exercícios complementares realizados no interior das penitenciárias, fazendo um alerta para a insistência e expansão de atividades que reforçam uma lógica sexista de papéis sociais, para projetos reais de reinserção social. Por isso, é imperiosa a busca por mecanismos que tornem possível a expansão do ensino no sistema carcerário.

A própria condição fundamental imanente ao direito de acesso à educação seria, por si, suficiente para trabalhar na reversão do atual quadro brasileiro. Mas, além disso, a inclusão de um artigo específico na Lei de Execução Penal ratificaria uma preocupação que deveria ser percebida como social e encalçada imediatamente pelos Municípios, Estados e União.

Assim, entendendo a possibilidade de que internos do sistema penitenciário concluam o ensino em qualquer dos níveis, principalmente quando um curso

técnico, ou mesmo superior, signifique verdadeiramente atuar para tornar seu retorno menos drástico, e já admitido como problemática socialmente relevante, o meio adequado para fazê-lo está na construção de uma política pública.

A partir dessa perspectiva, busca-se um projeto de ensino à distância que ultrapasse um plano de governo cuja duração não esteja vinculada a um processo de eleição ou reeleição, e que a experiência aliada ao aperfeiçoamento torne possível que se expanda para outros estados brasileiros. Para tanto, é imprescindível considerar a prática relacionada aos planos nacionais em que pese a administração de recursos em resposta às diretrizes, que, como regra, acabam esbarrando na fase de implementação.

A proposta é funcionar em sentido inverso. O projeto precisa ser pensado inicialmente pelos municípios, em conjunto com os estados, através de diálogos entre setores, a exemplo daqueles responsáveis pela educação e segurança cuja base será a realidade concreta da região, para só depois pensar na formulação de uma regra abstrata. Há de se considerar também termos de cooperação que tragam benefícios aos internos, mas também aos egressos que anteriormente estiveram envolvidos com o projeto. É ainda necessária a formulação de relatórios e documentos para que os resultados do programa sejam consultados e aperfeiçoados.

Por fim, torna-se evidente a necessária construção de políticas públicas educacionais que se assentem no plano concreto às reais demandas apresentadas. Quem cumpre uma pena no regime fechado está mais do que nunca sob a tutela do Estado, a quem, por sua vez, resta a obrigação de dar assistência desde o ingresso no sistema, até sua saída, facilitando a recepção do indivíduo pelo seio social.

Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica*: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ARRUDA, Agnes Marion Mazer; MOLIN, Beatriz Helena Dal. Educação a Distância: em novos horizontes para o sistema prisional. *Revista Travessias*, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 232-240, 2013. Disponível em: [www.unoeste.br/travessias:e-revista.unioeste.br/index.php/travessias/article/download/8535/6271]. Acesso em: 20.04.2018.

BARATTA, Alessandro. Ressocialização ou controle social – uma abordagem crítica da "reintegração social" do sentenciado. *Amicus Curiae*, v. 8, n. 8, 2011.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI. Políticas públicas e direito administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, v. 34, n. 133, p. 89-98, jan.-mar. 1997. Disponível em: [www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/198]. Acesso em: 07.04.2018.

CAMBI, Eduardo; ZANINELLI, Giovana. Direito Fundamental à educação, exclusão social e cidadania. *Revista de Direito Privado*, v. 59, p. 29-54, jul.-set. 2014. Disponível em: [http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=53a321a3dd5fec15]. Acesso em: 03.12.2018.

CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013.

COSTA, Michelle de Santana. *Educação à Distância no Sistema Carcerário como mecanismo de ressocialização*. 2015. 20f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Tiradentes, Aracaju, 2015. Disponível em: [http://openrit.grupotiradentes.com/xmlui/bitstream/handle/set/1320/TCC%20Corrigido%20-%2008-12.pdf?sequence=1]. Acesso em: 01.04.2018.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen – Junho de 2016*. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública; Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf]. Acesso em: 22.05.2018.

DUARTE, Clarice Seixas. O ciclo das políticas públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patricia Tuma Martins (Org.). *O direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 16-43.

FELBERG, Rodrigo; VITAL E SILVA, Denise. Reintegração Social dos Cidadãos-Egressos e Trabalho. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patricia Tuma Martins (Org.). *O direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 504-524.

GOVERNO lança programa de educação a distância para presos e servidores de presídios. *Agência de Notícias do Paraná*, Paraná, 11 set. 2011. Disponível em: [http://www.aen.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=65528]. Acesso em: 10.06.2018.

LESCH, Heiko H. *La funcion de la pena*. Tradução de Javier Sánchez e Vera Gómez-Trelles. Madrid: Dykinson, 1999.

MOTA, João Luciano Marques dos Santos; CARVALHO, Lucas de Jesus; ROSENDO, Juliana Vital; VIEIRA DE CARVALHO, Grasielle Borges. Educação à Distância no Sistema Carcerário: uma releitura da pena privativa de liberdade e mecanismos de reinserção social. In: *III Seminário Internacional de Pesquisa em Prisão*, 3º, 2017. Recife. *Anais*... UFPE: ANDHEP, 2017. 246-261.

NOGUEIRA JUNIOR, Gabriel Ribeiro. *As políticas públicas de reinserção social no sistema penitenciário sergipano (2013 – 2014)*. 2015. 129 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) – Universidade Tiradentes, Aracaju, 2015.

OLIVEIRA, Samyle Regina Matos. *A Política Criminal do Brasil e sua efetividade por meio das Políticas Públicas*. 2017. 140 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2017.

ONOFRE, Elenice Maria Cammarosano; JULIÃO, Elionaldo Fernandes. A Educação na Prisão como Política Pública: entre desafios e tarefas. *Educação & Realidade*, Porto Alegre, v. 38, n. 1, p. 51-69, jan.-mar. 2013. Disponível em: [http://www.ufrgs.br/edu_realidade]. Acesso em: 17.03.2018.

PARDO, Paulo et al. EAD como ferramenta transformadora de vidas: o caso da penitenciária estadual de Maringá. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE EDUCAÇÃO A DISTÂNCIA, 2011, Manaus. *Anais*... Maringá: ABED, 2011. p. 1-10. Disponível em: [www.abed.org.br/congresso2011/]. Acesso em: 17.03.2018.

SANTOS, Cristiane Farias Rodrigues dos. Poder Judiciário: segurança pública e administração penitenciária. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 131, p. 403-445, mai. 2017.

SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas* – Conceitos, esquemas de análise, casos práticos. São Paulo: Cengage Learning, 2010.

SOUZA, Janderson Paixão de. *A educação a distância no sistema penitenciário sob o suporte da Lei 12.433/11*. 2013. 16f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Gestão Penitenciária) – Faculdade Estácio, Belém, 2013. Disponível em: [http://www.susipe.pa.gov.br/sites/default/files/A%20EDUCAÇÃO%20A%20DISTANCIA%20NO%20SISTEMA%20PENITENCIÁRIO%20SOB%20O%20SUPORTE%20DA%20LEI%2012.43311.pdf]. Acesso em: 09.03.2018.

TRINDADE, Lourival Almeida. *A Ressocialização ... uma (dis)função da pena de prisão*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução Vânia Romano Pedrosa. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A dessocialização do condenado no sistema carcerário convencional: o sofisma da ressocialização, de Mônica Rafaela Oliveira Martins – *RBCCrim* 150/539-553 (DTR\2018\22456);
- A persistência do discurso da ressocialização na execução penal de exceção, de Klelia Canabrava Aleixo e Flávia Ávila Penido – *RBCCrim* 151/115-131 (DTR\2018\22754);
- Protagonismo carcerário: os presos monitores e a educação no sistema prisional paulista, de Alex Victor da Silva – *RTSP* 1/11-40 (DTR\2013\7268); e
- Reintegração social e as funções da pena na contemporaneidade, de Ana Gabriela Mendes Braga – *RBCCrim* 107/339-356 (DTR\2014\1557).

Carvalho, Grasielle Borges Vieira de; Mota, João Luciano Marques dos Santos; Rosendo, Juliana Vital. Educação à distância intramuros como política pública de reintegração social: uma necessária releitura à luz da teoria agnóstica da pena. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 154. ano 27. p. 105-129. São Paulo: Ed. RT, abril 2019.

Racionalidade legislativa e tráfico de drogas

Legislative rationality and drug trafficking

Thiago Baldani Gomes de Filippo

Doutorando em Direito Penal pela USP. Mestre em Direito Comparado pela Samford University, Cumberland School of Law. Mestre em Ciência Jurídica pela UENP. Docente da Escola Paulista da Magistratura. Juiz da 2ª Vara Criminal da Comarca de Assis (SP).
tfilippo@tjsp.jus.br

Recebido em: 20.06.2018
Aprovado em: 16.11.2018
Última versão do autor: 28.11.2018

Áreas do Direito: Penal; Processual

Resumo: Este trabalho discorre sobre as disfuncionalidades presentes no artigo 33 da Lei 11.343/2006. Argumentos iniciais são estabelecidos sobre a política mundial de guerra às drogas e acerca de suas repercussões no Direito brasileiro. Em seguida, a partir teoria da racionalidade legislativa de Diéz Ripollés, são examinadas as irracionalidades do tráfico de drogas no Brasil, diante dos cinco níveis apresentados por citada teoria. Por fim, apresentamos algumas sugestões para o aperfeiçoamento do tipo do artigo 33, tendo em vista o incremento de sua racionalidade.

Palavras-chave: Disfuncionalidades – Tráfico – Drogas – Racionalidade.

Abstract: This paperwork discourses about the dysfunctionalities presented by article 33, of the Statute-law 11,343/2006. There are some initial arguments concerning the war on drugs´ world politics and its repercussions on the Brazilian law. As it follows, according to the Diéz Ripollés, theory of legislative rationality, there will be examined the drug trafficking´s irrationalities, considering the five levels presented by cited theory. At the end, we will introduce some suggestions for the article 33´s improvement, aiming the increase of its rationality.

Keywords: Dysfunctionalities – Trafficking – Drugs – Rationality.

Sumário: 1. Introdução. 2. Estado da questão: algumas causas da irracionalidade legislativa penal. 3. A política mundial de guerra às drogas e seu impacto no Direito Penal brasileiro. 4. A racionalidade das leis penais, segundo Diéz Ripollés. 5. Níveis de racionalidade e o crime de tráfico de drogas. 5.1. Racionalidade ética e tráfico de drogas. 5.2. Racionalidade teleológica e tráfico de drogas. 5.3. Racionalidade pragmática e tráfico de drogas. 5.4. Racionalidade jurídico-formal e tráfico de drogas. 5.5. Racionalidade linguística e tráfico de drogas. 6. Algumas propostas para o incremento da racionalidade legislativa no crime de tráfico de drogas. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição da República, equipara o "tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins" aos crimes hediondos, com a finalidade de recrudescer o tratamento penal a eles dispensado. Todavia, a Lei Fundamental, como tinha mesmo de ser, não define o campo normativo do tráfico, função relegada à legislação infraconstitucional.

Ocorre que, ao tipificar as condutas do tráfico e afins, o legislador deveria observar a *ratio* constitucional, calcada na modelo democrático de Estado de Direito, que tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, nos termos do art. 1º, III, da Constituição. Desse postulado constitucional, decorre uma série de repercussões à intervenção penal, que deve se conformar a diversos princípios constitucionais, como a legalidade, a proporcionalidade, a culpabilidade, o *ne bis in idem*, a humanidade das penas, entre outros.

No entanto, se a atenção a esses princípios já fica aquém do desejável para os tipos tradicionais, que compõem o denominado "Direito Penal nuclear", a inobservância a esses limites salta aos olhos quando examinamos os tipos estabelecidos pela Lei Antidrogas (Lei 11.343/2006), em especial, o tráfico de drogas, tal como previsto por seu art. 33. As diversas disfuncionalidades éticas, estruturais e práticas são causadas por um sem-número de fatores, quase todos vinculados ao estabelecimento de uma política mundial de guerra às drogas, que acaba por instrumentalizar o Direito Penal, ao colocá-lo a serviço de muitos objetivos nem sempre coincidentes com o espírito democrático constitucional.

A partir dessa constatação, será testada a racionalidade do tipo de tráfico de drogas, à luz de uma peculiar teoria elaborada pelo espanhol José Luís Diéz Ripollés, para se concluir que, sob nenhum dos cinco níveis por ele previstos, o tráfico de drogas atende a parâmetros legislativos racionais.

2. Estado da questão: algumas causas da irracionalidade legislativa penal

No início dos anos 1980, o professor da Universidade de São Paulo Manoel Pedro Pimentel, em tom profético, provavelmente em razão de sua sensibilidade ímpar para o diagnóstico de fenômenos sociais, assinalava que as velozes transformações sociais, paralelamente ao aumento dos índices de criminalidade, encetariam um generalizado clamor por redução de garantias, considerando-se a agudização da efetividade das normas penais. Dizia ele que os espaços de vanguarda da tutela penal seriam cada vez mais colmatados por um *Direito Penal*

da periculosidade, possibilitado, por meio da antecipação da tutela penal, que se harmonizaria ao estabelecimento de diretrizes tecnocráticas, ao menoscabo pelo exercício do direito de defesa e pela adoção de medidas de reabilitação, conjunto que se contraporia ao feixe de garantias penais conquistadas a duras penas, ao longo da história da humanidade[1].

O Direito Penal brasileiro, de braços dados a diversos outros sistemas jurídico-penais, tem caminhado a passos largos pelos trágicos caminhos anunciados por Pimentel. Esse movimento remete a uma série de causas, cuja complexidade não permite o seu esmiuçamento, mas que, grosso modo, guardam sintonia com alguns aspectos da pós-modernidade[2] e sua relação com o Direito, em geral, e com o Direito Penal, em particular, tais como: 1. a crise da própria ciência jurídica[3], que reverbera em crescente desapego pela dogmática em busca de suposta eficiência punitiva, franqueada pela existência de um *sistema penal aberto,* ou seja, desprendido de um fechamento metodológico e sistemático puro, como condição à necessária mutabilidade de suas regras ao melhor atendimento das vicissitudes que permeiam a riqueza[4]; 2. a globalização, que provoca verdadeiro

1. PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Ed. RT, 1983. p. 23-24.
2. A pós-modernidade permite um universo de abordagens. Todavia, singelamente, pode ser entendida como o fenômeno corporificado a partir da segunda metade do século XX, que passou a contestar ideias clássicas como razão, verdade, progresso e os paradigmas científicos dominantes (EAGLETON, Terry. *As ilusões do pós-modernismo*. Trad. Elizabeth Barbosa. Rio de Janeiro: Zahar, 1998). Dela decorre sensível repúdio a ontologias, hierarquias, verticalidades e limites inflexíveis, de modo que seus autovalores passam a ser meramente contingenciais (DE GIORGI, Raffaele. *Direito, tempo e memória*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 229).
3. A crise da ciência jurídica deve-se muito à *deslegalização* da sociedade. Confere-se importância apenas periférica à validez e sistematicidade das normas, porque o que verdadeiramente importa é sua eficácia social. Este raciocínio acarreta a perda da *pureza* das normas, que se abrem para receberem aportes valorativos de outros sistemas culturais, políticos, econômicos etc., incrementando-se a complexidade e a instabilidade do ordenamento jurídico (BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 207).
4. Não é correto pensar que a abertura do sistema penal sempre atenderá a anseios punitivistas. Sua principal característica é a ênfase que deposita nas questões de *imputação*, relativas às normas penais secundárias, diferentemente de um sistema penal fechado, no bojo do qual importam tão somente as *infrações* às normas primárias (CAMARGO, Antônio Luís Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002. p. 25). Porém, enquanto o sistema fechado apresenta-se favorável à segurança jurídica, por sua impermeabilidade às questões da vida, o sistema

esvaziamento da soberania estatal, pela interdependência entre os Estados, acarretando o enfraquecimento de seu poder decisório e o confisco da política e da democracia pela economia liberalizada[5]. Seus reflexos são a internacionalização do Direito Penal, por meio da tutela penal dos direitos humanos, especialmente os vulneráveis[6]; o discurso hegemônico da insegurança social[7]; e a tutela penal de interesses econômicos globalizados[8]; e 3. a constatação da existência de uma sociedade marcada pela assunção de riscos globais, decorrentes do avanço científico, tecnológico e das novas perspectivas econômicas[9]. Tais riscos acarretam a criação de diversas figuras típicas, estruturadas sob a forma de tipos de perigo abstrato[10], que normalmente visam à proteção de bens jurídicos difusos ou coletivos, como o meio ambiente e a ordem econômica, além de outros que refletem

aberto revela-se suscetível a tais influências e, por isso, pode ser guiado pela lógica da eficiência punitivista.

5. MALISKA, Marcos Augusto. *Estado e século XXI*: a integração supranacional sob a ótica do direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 59.
6. Basta ver o conteúdo de diversos tratados e convenções internacionais de proteção de direitos humanos, que estabelece a necessidade de sanções penais como símbolo da eficácia e do respeito a esses direitos, aguçando-se, no interior das ordens jurídicas nacionais, o respeito à modalidade de direitos humanos tutelada internacionalmente (TEITEL, Ruti. *Humanity's law*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 72).
7. Em face do discurso global da necessidade de tomada de posição da sociedade pelos conclamados índices alarmantes da criminalidade, efusivamente lembrados pelos meios de comunicação de massa, que conduz a opinião pública a tomar como absolutamente necessário o recrudescimento geral da intervenção punitiva (CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. La expansión del derecho penal, sociedade del riesgo y crimen organizado. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n. 24, p. 96, 2012).
8. A proteção penal de interesses econômicos compraz-se às diretrizes das grandes potências mundiais, com destaque aos Estados Unidos, capilarizados por organismos internacionais como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), Organização Mundial do Comércio (OMC), Banco Mundial, Câmara de Comércio Internacional, entre outros, que, por meio de acordos, convenções ou recomendações (*soft laws*), universalizam os modelos penais norte-americanos, propícios ao desenvolvimento de um mercado global organizado sob uma ética uniforme (NIETO MARTÍN, Adán. Americanización o europeización del derecho penal económico. *Revista Penal Tirant lo Blanch*, Valencia, n. 19, p. 124, 2007).
9. BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 32-33.
10. A clarificação dessa realidade e as severas críticas a ela lançadas remontam ao início dos anos 1990, a partir dos estudos de Cornelius Prittwitz (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e crime*: aspectos do binômio crise econômica e direito penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 53).

nada mais do que o somatório de bens jurídicos individuais, tais como a saúde pública, a paz pública e a incolumidade pública, que apenas aparentemente podem ser reconhecidos como bens jurídicos autônomos, mas assumem esse invólucro somente para o atendimento da necessidade de antecipação da tutela penal[11].

Esse amálgama tem aberto as portas para uma hipertrofia do Direito Penal, caracterizado pela explosão de novos tipos, pelo alargamento ou flexibilização das fronteiras típicas e incremento de penas aos tipos já existentes, normalmente fundamentadas no discurso de utilização de uma *normatividade de emergência*, com todos os problemas dela decorrentes, ligados ao caos, rigor punitivista, redução de garantias e simbolismo, fatores que, por seu improviso e imediatismo, contrapõem-se a qualquer técnica legislativa inspirada em uma política criminal racional e realmente eficiente[12]. Em outras palavras, a tutela penal da emergência permite que razões puramente políticas e episódicas ditem os rumos da intervenção penal, sem que esta se paute em fundamentos jurídicos[13], vinculados ao modelo de Estado Democrático de Direito.

Decerto, por meio de tipos reputados emergenciais, obtém-se tão somente uma ilusória eficácia punitiva, por meio de uma aparente tomada de providências pelo Estado, sem muita repercussão prática para a contenção de suposta ameaça social. Além do mais, as disfunções penais projetam seus efeitos para além dos tipos reputados emergenciais, acabando por afetar toda a legislação e abalar as próprias estruturas do sistema penal, ocasionando perplexidade à dogmática erigida sob as firmes bases liberais[14]. Desse modo, as leis penais violam necessária fundamentação antropológica[15] e revelam-se instrumentos poderosos

11. Decerto, "essa espiritualização sofrida pelo bem jurídico acaba desembocando em um único valor tutelado: a vontade do Estado" (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 80).
12. MOCCIA, Sergio. *La perenne emergenza*: tendenze autoritarie nel sistema penale. 2. ed. Napoli: Scientifiche Italiane, 1997. p. 53 e 254.
13. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Trad. Luís Flávio Gomes et al. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 649-650.
14. No mesmo sentido, Ana Elisa Bechara constata que a experiência histórica tem demonstrado que a criação de uma legislação excepcional para certa situação supostamente extraordinária acaba por se converter em modelo de legislação ordinária, atingindo de modo definitivo os princípios basilares de convivência social em um Estado Democrático de Direito (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Op. cit., p. 220).
15. A antropologia jurídica jus-humanista impõe a consideração do homem como pessoa; pessoa é *ator* – em referência à máscara do teatro grego – o protagonista central da

para o aprofundamento da seletividade e ensejam a utopia da legitimidade do sistema penal[16].

Essa realidade é constatada a partir da análise detida a diversos tipos penais incriminadores. O escrutínio a respeito do objeto que se propõem a proteger e o exame do modo que assim o fazem acabam por ensejar grandes problemas teóricos, quer seja por sua incompatibilidade com o sistema jurídico, quer seja pelas dificuldades de compreensão da própria norma proibitiva, ou mesmo pela seletividade que acabam por incrementar no plano prático.

3. A política mundial de guerra às drogas e seu impacto no Direito Penal brasileiro

Em primeiro lugar, é bom que se diga que a expressão comumente aceita de *guerra* às drogas significa, em verdade, guerra a alguns tipos de drogas, compreendidas estas como "quaisquer substâncias suscetíveis de alterar o estado de consciência ou comportamentos"[17]. Portanto, enquanto certas drogas como o álcool e o tabaco não são atingidas pelo discurso punitivo global, este se volta agressivamente a outros tipos de substâncias, mais ou menos nefastas do que aquelas, sem que existam parâmetros cientificamente seguros das potencialidades lesivas das drogas proscritas, a justificar a intervenção penal[18].

Deveras, a globalidade do discurso de guerra a certas espécies de drogas, a partir da estruturação de um sistema internacional de controle desde a longínqua década de 1920, evidencia a sua grande força, à medida que se dá conta de que ele

tragédia que decide sobre o bem e o mal (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Trad. Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 17).

16. Zaffaroni, por isso, afirma que essa almejada legitimidade é utópica e atemporal, porque não será realizada em lugar algum e em tempo algum (Idem, ibidem, p. 19).

17. BALSA, Casimiro; VITAL, Clara; URBANO, Cláudia. *III inquérito nacional ao consumo de substâncias psicoativas na população geral* – Portugal 2012. Lisboa: SICAD, 2014. p. 52.

18. Como sustenta Carneiro, os dados oficiais da Organização Mundial de Saúde (OMS) demonstram que o maior dano à saúde pública mundial no século XX foi causado pelo tabaco, seguido do álcool. O tabaco é apontado como o maior vilão da história da humanidade, porque matou mais do que todas as guerras, numa cifra de cinco milhões de mortes ao ano, totalizando meio bilhão de pessoas em todo o século (CARNEIRO, Henrique. *Pequena enciclopédia da histórica das drogas e bebidas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 3).

se sobrepõe a quaisquer ideologias e tipos de governo. Os nazistas alemães, por exemplo, adotaram-no da mesma forma que os regimes democráticos o fizeram, indicando, assim, o seu potencial conformador a quaisquer situações possíveis[19].

Muito embora seja impossível de se identificar um marco inicial da criminalização das drogas[20], pode-se constatar que ela compõe um dos assuntos principais na pauta internacional político-criminal da atualidade, de modo que atualmente existem três convenções proibicionistas da ONU relativas a drogas: a Convenção Única de Entorpecentes (1961), que revogou as anteriores; o Convênio sobre Substâncias Psicotrópicas (1971); e a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas ("Convenção de Viena", de 1988)[21].

No plano internacional, o combate às drogas vincula-se ao discurso hegemônico da insegurança social, que costuma remetê-la ao desencadeamento de um sem-número de delitos violentos. O cometimento destes, alertado repetidas vezes em tom sensacionalista por diversos meios de comunicação de massa, enceta um clamor popular pelo recrudescimento da intervenção punitiva[22], potencializando o sentimento social de insegurança e o medo do *outro*[23] que, por ser economicamente inútil e por vezes culturalmente diferente, passa a ser socialmente indesejado.

O quadro social propicia o surgimento de movimentos político-criminais como o conhecido modelo *law and order*, iniciado nos Estados Unidos nos anos 1960, que apregoava uma reação legal, policial e judicial mais contundente contra a criminalidade de rua[24]. Esses movimentos, embasados no discurso da segurança cidadã, acabam por desvirtuar a realização de uma adequada política

19. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Reflexões sobre a política de drogas. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). *Drogas*: uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 235-250, esp. p. 236.
20. CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 46.
21. KARAM, Maria Lúcia. Dez anos da Lei 11.343/2006 – dez anos da falida e danosa política de "guerra às drogas". *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 22, p. 18, 2016.
22. CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Op. cit., p. 96.
23. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del derecho penal*: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 3. ed. Madri: Edisofer, 2011. p. 32.
24. O *law and order* foi um dos lemas da campanha presidencial de Barry Goldwater em 1964, mas ganhou embasamento teórico com as obras *Thinking about crime*, de James Wilson, e *Fixing Broken Windows*, de George Kelling e Catherine Coles, ambas em meados de 1970.

criminal de base democrática, ocasionando uma série de disfuncionalidades sistêmicas, deturpando-se o que se espera de uma intervenção penal justa e razoável, que se volte, pelo menos, ao cometimento do fato e não, preponderantemente, à periculosidade de seu autor[25].

No caso das drogas, o discurso punitivista é especialmente influenciado pelos Estados Unidos, que iniciaram sua tendência proibicionista em 1914, quando o *Harrison Narcotics Act* passou a controlar, pela primeira vez, a posse de cocaína e ópio em nível federal[26]; e, em 1937, o *Marihuana Tax Act* voltou-se à proibição da maconha, iluminado pela ideia da violência que tomaria conta das gangues de adolescentes que se dispusessem a usá-la. No entanto, o reconhecimento das drogas como *inimigo público número um* e o discurso de que o seu combate era uma *emergência nacional* ocorreu apenas durante a gestão de Richard Nixon, mas a *war on drugs* foi de fato deflagrada, com toda a intensidade, a partir dos esforços envidados por Ronald Reagan em 1982, com o pacto entre os três poderes pela adoção de uma política belicosa contra as drogas. No plano legislativo, passou a haver um arrocho punitivo sob todos os ângulos, desde o incremento das sanções até a remoção de supostos obstáculos à punição que, no fundo, nada mais significaram do que a supressão de garantias fundamentais. Passa-se à promoção de um discurso contra a suposta *brandura* do sistema processual no que tange à persecução do tráfico de drogas e as pessoas etiquetadas como traficantes são reputadas como inimigos públicos e, por isso, vistas como mero instrumento para o alcance de finalidades preventivas gerais da pena[27]. Não é por outro motivo

25. O Direito Penal do autor passa a eleger os inimigos do Estado, acusando-lhes de ostentar uma inerente *perigosidade*. Como anota Díez Ripollés, a reconstrução dessa noção de perigosidade, ao lado do Direito Penal do inimigo e do Direito Penal de terceira velocidade compõem as principais propostas doutrinárias do Direito Penal da segurança cidadã (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. Da sociedade do risco à segurança cidadã: um debate desfocado. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. 4, v. 17, p. 590, 2007). E, decerto, esses recursos foram a tônica de sistemas políticos autoritários, como o nazismo e o comunismo, que, respectivamente, criminalizavam predisposições de ofensas ao *são sentimento do povo alemão* e aos *interesses da coletividade socialista* (REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*: parte geral. 4. ed. São Paulo: Forense, 2012. p. 33).

26. Deixando-se de lado o fracasso da 18ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos, que proscreveu a fabricação, transporte e venda de bebidas alcoólicas, no período de 1920 a 1933, conhecido como "Lei Seca".

27. WISOTSKY, Steven. Zero tolerance, zero freedom: a report on the current situation in the United States war on drugs. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís; COPELLO, Patricia Laurenzo (Coord.). *La actual política criminal sobre drogas*: una perspectiva comparada. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993. p. 381-459, esp. p. 386.

que, em 2004, aproximadamente uma em cada cinco prisões nos Estados Unidos relacionava-se a crimes não violentos, que envolviam apreensões de drogas[28]; e, ainda assim, tem-se constatado o fracasso do modelo proibicionista atual daquele país[29].

Ilustra-se o desprezo por garantias materiais na *guerra* ao tráfico de drogas nos Estados Unidos, a partir do exame de uma lei que entrou em vigor no Estado de Nova Jersey, no ano de 1986. Trata-se do *Comprehensive Drug Reform Act*, que inova ao estabelecer uma espécie de responsabilidade penal objetiva (*strict liability*) do autor de tráfico de drogas, por quaisquer mortes que se vinculem objetivamente ao fato[30]. Segundo citada norma, qualquer pessoa que preparar, distribuir ou dispensar drogas ilícitas é objetivamente responsável pela morte resultante da injeção, inalação ou ingestão da substância[31].

Pois bem. Fred Bennett, acompanhado de Susan Hendricks, dirigiu-se ao apartamento de Carlos Rodriguez para comprar cocaína, com a intenção de revendê-la. No local, Bennett e Hendricks dispuseram-se a embalar e a pesar a droga, mas foram flagrados pela chegada da polícia ao local. Com o desejo de se livrarem da prisão, eles passaram a engolir alguns sacos plásticos de cocaína, mas os recipientes estouraram. Bennet faleceu no apartamento de Rodriguez e Hendricks foi levada ao hospital, mas acabou não resistindo e também foi a óbito.

---

28. HUSAK, Douglas. *Overcriminalization*: the limits of the criminal law. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008. p. 16.

29. SWEET, Robert W. Politica antidroga en USA: un punto de vista. *Jueces para la Democracia. información y debate*, n. 9, p. 64, 1990.

30. Nos Estados Unidos, de maneira geral, o tipo penal é estruturado a partir de dois elementos: *actus reus,* que é o elemento material do crime, a conduta, em si; e *mens rea*, seu elemento psicológico, que pode variar entre *intent* e *knowledge* (figuras equiparáveis ao dolo), *reckelesness* (elemento subjetivo intermediário) e *negligence* (semelhante à culpa) (SINGER, Richard; LA FOND, John. *Criminal law*. 3. ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2004. p. 3). Interessante se observar, contudo, que, para vários Estados, a responsabilidade penal subjetiva comporta temperamentos, de modo que é possível se afastar a exigência do elemento subjetivo para certos tipos penais, conhecidos como *strict liability crimes,* por questões utilitaristas, desde que sejam aferidas a importância do interesse tutelado pela norma e a dificuldade de prova do elemento subjetivo (Idem, ibidem, p. 102-103). Como observa Husak, a *strict liability* tem tido um papel fundamental na guerra às drogas nos Estados Unidos (HUSAK, Douglas. Op. cit., p. 49).

31. "A. Any person who manufactures, distributes or dispenses... any... controlled dangerous substance classified in Schedules I or II ... is strictly liable for a death which... results from the injection, inhalation or ingestion of that substance...". Disponível em: [https://legiscan.com/NJ/text/S2584/id/1798365]. Acesso em: 09.06.2018.

Rodriguez foi processado e condenado pela morte de Bennett. A decisão não indica porque ele não foi responsabilizado igualmente pela morte de Hendricks, mas talvez seja porque o óbito não ocorreu no apartamento de Rodriguez[32].

Outros exemplos bem ilustram a sede punitivista em relação a drogas nos Estados Unidos. Há leis estaduais que, semelhantemente ao artigo 40, III, da Lei 11.343/2006, estabelecem um aumento de pena para aqueles que praticarem o tráfico de drogas nas proximidades de estabelecimento de ensino. Com base nisso, um sujeito teve sua pena agravada por promover o tráfico de drogas dentro de um presídio, porque a unidade prisional se situava nas proximidades de uma escola[33], mediante análise puramente objetiva da *distância em unidades de medida* entre o presídio e a escola, ignorando-se por completo a falta do tipo subjetivo, por dispensar a prova de que o agente *sabia* que havia uma escola nas proximidades e, igualmente indesejável, desprezando-se a absoluta impossibilidade de os alunos da escola adquirirem drogas no interior da prisão, desatendendo-se claramente ao âmbito de proteção da norma.

Além do mais, a Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos estabelece o princípio conhecido entre nós como *ne bis in idem*, mas por eles denominado *double jeopardy doctrine*, que proíbe que uma pessoa seja processada e condenada mais de uma vez pela mesma conduta[34]. Ocorre que, sintomaticamente, em nível federal, estabeleceu-se uma exceção à vedação da dupla incriminação em se tratando de tráfico de drogas, admitindo-se que, a depender de sua gravidade e extensão, o mesmo fato possa ser objeto de persecução penal tanto na esfera estadual quanto na federal[35].

Esses exemplos são manifestações do perigo extremo que correm os direitos e as garantias fundamentais, a partir de um clamor por eficácia punitiva, consoante a ideologia da Defesa Social, no contexto de movimentos de *law and order*, o que pode ser identificado quando a lei penal se vale de expressões de guerra, como *combate, repressão* e *eliminação*[36].

---

32. State v. Rodriguez, 225 N.J. Super. 466 (1988). O caso é citado por HUSAK, Douglas. Op. cit., p. 45-48.
33. New Jersey v. Ogar, 551 A.2d 1037 (1989). O caso é também citado por HUSAK, Douglas. Op. cit., p. 47.
34. No que nos interessa, a Quinta Emenda estabelece que: "[N]or shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb..."
35. THOMAS, George. *Double jeopardy*: the history, the law. Nova Iorque: New York University Press, 1998. p. 189-194.
36. CARVALHO, Salo de. A atual política brasileira de drogas: os efeitos do processo eleitoral de 1988. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 34, p. 131, 2001.

O Direito Penal brasileiro, ao menos textualmente, não contempla casos de responsabilidade penal objetiva, somente se imputa o resultado agravador a quem o causou ao menos culposamente[37] e não há exceções à vedação à dupla incriminação no contexto doméstico[38]. Entretanto, apenas *aparentemente* há distância da realidade que se vislumbra no horizonte jurídico dos Estados Unidos.[39] E o melhor exemplo dessa constatação é encontrado na análise dos dispositivos da Lei 11.343/2006.

De fato, o enfrentamento das drogas no Brasil era assunto adstrito ao plano doméstico até o advento do Decreto 11.481/1915, que determinava o cumprimento dos termos da convenção firmada por ocasião da Conferência Internacional do Ópio, realizada em Haia em 1912, da qual o Brasil era signatário[40]. Mas a influência das convenções internacionais, embora inicialmente tímida, foi decisiva para a edição do Decreto-lei 891/1938, elaborado de acordo com a Convenção de Genebra de 1936, que passou a regulamentar as matérias atinentes à produção, ao tráfico e ao consumo de drogas[41].

Sem embargo da tentativa do Código Penal de 1940 de conferir sistematicidade às hipóteses de criminalização, diversos decretos e, em seguida, a Lei 5.726/1971, provocaram amplo processo de descodificação relativamente às

37. Art. 19 do Código Penal: "Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente."

38. Ressalvadas, no plano internacional, as hipóteses taxativas do art. 7º, I, do Código Penal, nos termos do § 1º, do mesmo dispositivo.

39. E, obviamente, a questão não é exclusividade do Direito dos Estados Unidos ou do Brasil. Ao comentar a homogeneidade da política de drogas no Mercosul, Cuñarro destaca que reproches especiais em matéria de drogas têm sido estabelecidos por todos os Estados, com violações claras a princípios informativos do Direito Penal (CUÑARRO, Mónica L. ¿Es posibile la armonización de la legislación penal en matéria de drogas en el mercosur? In: CUÑARRO, Mónica L. (Org.). *La política criminal de la droga*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010. p. 229-241, esp. p. 237).

40. RIBEIRO, Maurides de Melo. A evolução histórica da política criminal e da legislação brasileira sobre drogas. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 286, p. 5, 2016. Curioso observamos que, sob a égide do Código Criminal do Império (1830), a questão era objeto de posturas municipais. No mesmo ano da entrada em vigor desse diploma, a Câmara do Rio de Janeiro expediu norma que proibia a *venda e o uso do pito de pango, bem como a conservação dele em casas públicas,* considerada o primeiro ato oficial de proibição de venda e uso de maconha no mundo ocidental (MACRAE, Edward; SIMÕES, José Assis. *Rodas de fumo*: o uso da maconha entre camadas médias urbanas. Salvador: EDUFBA, 2000. p. 19).

41. CARVALHO, Salo. *A política...*, cit., p. 50.

disposições legais sobre drogas, com drásticas consequências para a perda da harmonia da dogmática penal[42]. Atualmente, a questão criminal das drogas é regida pela Lei 11.343/2006, que reforçou o cenário punitivista já contemplado pela revogada Lei 6.368/1976, marcado pela utilização de tipos penais em branco; por expressões isentas de precisões semânticas, como "de qualquer forma"; e pela proliferação abusiva de verbos nucleares que não possuem a mesma carga de injusto[43].

No entanto, as perplexidades não se resumem a tais disfuncionalidades. Em verdade, a Lei 11.343/2006 estabelece uma série de figuras que não resistem a uma análise embasada na concretização de princípios penais constitucionais e com uma visão funcional do Direito Penal, comprometida com a proteção de bens jurídicos. E todas elas assentam-se sob a mesma lógica: facilitar a punição, por meio de construções que desprezam o núcleo básico de garantias e, por vezes, não atendem aos reclames mínimos do princípio da ofensividade[44].

Basta se lembrar do problemático tipo do art. 34, que visa à punição, em síntese, o fato da posse de instrumentos destinados à produção de drogas[45]. É um autêntico *crime auxiliar* (*ancillary crime*), muito comum no Direito dos Estados Unidos. Trata-se de delitos que apresentam um vínculo indireto, às vezes, por pura ficção legal, com o crime principal que, supostamente, cometera o agente, cuja prova, entretanto, é difícil de se obter[46]. Diante dessa dificuldade, a lei alarga as fronteiras típicas, permitindo-se a punição de situações que, sequer, dariam

42. Podem ser destacados o Decreto 54.216/64, reflexo da aprovação da Convenção Única sobre Entorpecentes (1961) e o Decreto-lei 385/68, que alterou o art. 281 do Código Penal de 1940, para atribuir ao usuário a mesma pena cominada ao traficante. Para uma abordagem analítica sobre as sucessivas alterações legislativas sobre drogas, CARVALHO, Salo. *A política...*, cit., p. 49-62.

43. Idem, ibidem, p. 225.

44. Não é por outro motivo que a política criminal de drogas no Brasil foi identificada como a "política criminal com derramamento de sangue" (BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 20, v. 5, p. 129, 1997).

45. "Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa."

46. HUSAK, Douglas. Crimes outside the core. *Tulsa Law Review*, v. 39, p. 772, 2004.

margem para a prisão em flagrante presumido pelo crime original[47]. Nesse sentido, o crime de receptação é *ancillary* do furto e do roubo. Encontrada a *res* na posse de um sujeito, já que não se pode puni-lo por um desses crimes, removem-se as barreiras que poderia haver na produção dessa prova para que se possibilite a punição, muito mais facilmente, pelo crime auxiliar de receptação[48]. É o que ocorre no tipo do art. 34. Se não se pode punir por tráfico, porque não foi encontrada droga, porém, foram apreendidos papéis, tesouras, substâncias químicas utilizadas na confecção de drogas etc., garante-se a punição, por referência normativa indireta ao tráfico, ainda que a conduta relativa ao crime auxiliar seja, por si só, aparentemente neutra e indiferente ao Direito Penal.

Nessa linha, também é digno de nota o art. 35 da Lei 11.343/2006, que estabelece o crime de associação ao tráfico[49], mas se aparta do crime de associação criminosa, previsto para quaisquer outras modalidades típicas, vaticinado no art. 288 do Código Penal[50], porque: estabelece a pena mínima três vezes mais alta do que a prevista para o art. 288; contenta-se com a associação entre duas pessoas, ao passo que o art. 288 exige três agentes, pelo menos; e faz expressa referência à possibilidade de associação para o cometimento não reiterado de crimes, permitindo-se a equivocada postura jurisprudencial de que a lei visa à punição do mero concurso de agentes[51],prescindindo-se da demonstração de estabilidade

47. Ocorre o flagrante presumido, segundo o art. 302, IV, do Código de Processo Penal, quando o sujeito "é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração".

48. Inclusive, há entendimento que chega ao cúmulo de, no plano da aplicação do Direito, inverter o ônus da prova acerca da aquisição lícita da *res*. Conferir: "Se o objeto furtado é encontrado em poder do apelante, inverte-se o ônus da prova, cabendo a ele provar de forma convincente a origem do bem." (TJMG, Ap. 1.00016.10.009500-5, rel. Des. Doorgal Andrada, 4ª Câm. de Dir. Crim., *DJe* 15.05.2013.)

49. "Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º e 34 desta Lei: Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa. Parágrafo único. Nas mesmas penas do *caput* deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei."

50. "Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente."

51. São trazidas à colação, e. g., as seguintes ementas do Tribunal de Justiça de São Paulo: "Associação. Estabilidade e permanência. Circunstâncias prescindíveis, pois a conduta dos agentes pode ser 'reiterada ou não' para o cometimento de delitos, exigindo-se

e permanência, elementos indissociáveis do conceito de associação. A punição do agente pelo crime de associação ao tráfico também provocará o efeito reflexo de afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da mesma lei, de modo que o concurso de crimes fará aumentar exponencialmente a pena, que poderá passar do mínimo de um ano e oito meses[52] para, pelo menos, oito anos de reclusão. Portanto, os amplos termos legais, aliados à jurisprudência que parece pretender ampliá-los ainda mais, movida pela ideologia de combate às drogas, faz do art. 35 uma das chaves para a compreensão do encarceramento em massa relativo a delitos não violentos de drogas[53].

Outro expressivo exemplo de como ausências de expressões que seriam elementares e facilmente observadas se a política criminal de drogas não fosse de caráter beligerante é encontrado no art. 40 da Lei 11.343/2006, que trata de estabelecer diversas causas de aumento das penas previstas nos artigos 33 a 37 da mesma lei. São circunstâncias que refletem o incremento do desvalor da conduta, como: se a conduta tiver sido praticada nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares; tiver envolvido o emprego de violência ou grave ameaça; ou tiver envolvido ou visado a atingir criança, adolescente ou quem tiver diminuída sua capacidade de entendimento ou de determinação, entre outros exemplos.

Pois bem. Em atenção ao princípio da responsabilidade penal subjetiva, é inaceitável que exista um único agravamento na pena, por menor que seja, sem que o agente tenha incorrido em dolo ou culpa. No entanto, por mais elementar que essa conclusão possa parecer, tem-se formado sólida posição jurisprudencial que dispensa qualquer elemento subjetivo, bastando a configuração da circunstância objetivamente posta pela lei penal. Por exemplo, não são raras as decisões que, em se tratando da causa de aumento do inciso III, contentam-se com a mera *posição geográfica* do agente, dispensando-se o *conhecimento* dessa majorante[54].

somente alguma permanência em sociedade, ou seja, ir além da simples coautoria." (Ap. 00915529520138260000, rel. Des. Penteado Navarro, 5º Gr. de Dir. Crim., *DJe* 03.04.2014.) E: "Desnecessidade dos requisitos da permanência e estabilidade quanto ao delito de associação, consoante o entendimento desta Colenda Câmara Criminal." (Ap. 00049286220148260047, rel. Des. Sérgio Ribas, 5ª Câm. de Dir. Crim., *DJe* 08.05.2017.)

52. Se for considerada a maior diminuição possível prevista no § 4º do art. 33, a saber, 2/3.

53. CARVALHO, Salo de. *A política...*, cit., p. 261.

54. Por esse ângulo, parece se posicionar o Superior Tribunal de Justiça: "A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido de que a simples prática do delito na

Há diversas outras regras que indicam o excepcional e intransigente pacto estatal de fúria punitivista relativamente a delitos que envolvam drogas, não apenas na investigação, na persecução penal e na condenação, em si, mas também de seus efeitos, tais como a ideia de *confisco ampliado*, previsto no art. 62 da Lei 11.343/2006, que encontra eco no próprio art. 243, parágrafo único, da Constituição, ao estabelecer o perdimento, em síntese, de meios de transporte e objetos utilizados para as práticas dos crimes definidos nessa lei especial[55]. As regras especiais do dispositivo abalam as regras de perdimento estabelecidas no art. 91, II, *a*, do Código Penal, que determina o perdimento dos instrumentos do crime, *desde que* o seu fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito. Assim, ilustrativamente, se o indivíduo usa seu veículo, que adquiriu licitamente, para transportar um objeto furtado ou roubado, ele não perderá o automóvel, mas, se o objeto transportado for drogas, haverá fatalmente o seu perdimento, como se houvesse uma *presunção absoluta* de que o bem foi adquirido com a venda de drogas. Uma vez mais, perde-se em sistematicidade e harmonia, deturpando-se a essência da Parte Geral, que apresenta justamente essa finalidade.

Como discorrem Francisco Muñoz Conde e Bella Aunión Acosta, se, em geral, a história do Direito Penal é uma história de fracassos, nada melhor do que mostrar esse malogro a partir do exame da política criminal internacional relativa ao tráfico de drogas[56]. E, no âmbito doméstico, diante de um universo de disfuncionalidades, algumas das quais apontadas anteriormente, pretende-se escrutinar detidamente apenas aquelas contempladas no crime central da lei, a saber, o próprio tipo do art. 33. Para tanto, em seguida, haverá considerações gerais acerca da teoria da racionalidade das leis penais de José Luís Díez Ripollés. Posteriormente, serão contrastados os problemas mais sensíveis apresentados por esse tipo penal com os níveis de racionalidade propostos pelo autor espanhol para, ao final, serem sugeridas algumas alterações legislativas, que possam

proximidade de estabelecimentos listados no inciso III do art. 40 da Lei n. 11.343/2006 já é motivo suficiente para a aplicação da majorante, sendo desnecessário que o tráfico de drogas vise os frequentadores desses locais." (HC 219.589/SP, rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T., j. 21.02.2013, *DJe* 28.02.2013.)

55. "Art. 62. Os veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte, os maquinários, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza, utilizados para a prática dos crimes definidos nesta Lei, após a regular apreensão, ficarão sob custódia da autoridade de polícia judiciária, excetuadas as armas, que serão recolhidas na forma da legislação específica."

56. MUÑOZ CONDE, Francisco; ACOSTA, Bella Aunión. *Drogas y derecho penal. Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n. 5, p. 147, 1991.

aproximar o crime de tráfico de drogas às conformações de um Estado Democrático de Direito.

4. A racionalidade das leis penais, segundo Díez Ripollés

Em linhas gerais, a teoria da racionalidade[57] legislativa de Díez Ripollés, inspirada no pensamento de Manuel Atienza, apresenta um modelo de análise legislativa penal baseado em dois planos: um plano dinâmico, referente às etapas pelas quais a demanda é percebida e, em seguida, absorvida pelas instâncias estatais para se tornar uma lei penal, com o exame de seus consequentes desdobramentos; e um plano estático, de cunho deontológico, a respeito da necessidade de conformação da leis penais a alguns critérios de racionalidade[58].

Sob o primeiro prisma, o autor identifica três fases do processo legislativo, quais sejam: 1. a fase pré-legislativa, etapa em que, segundo ele, dão-se as questões em torno da ausência de correspondência entre apontada realidade social e uma pretendida resposta jurídica; 2. a fase legislativa, que inicia com a recepção do projeto de lei pelo Parlamento e finaliza com a aprovação e publicação de certa lei; e 3. a fase pós-legislativa, referente ao questionamento pela sociedade, em geral, ou por meio de seus grupos relevantes, se a lei guarda, de fato, relação com a realidade social e econômica que pretende regular[59].

A partir dessa análise, Díez Ripollés constata que a lei parece ter perdido a centralidade que ocupava desde a instauração do Estado de Direito liberal. No apogeu de sua importância, no auge do positivismo, a crença de que a lei bastava por si só e era infensa a quaisquer espécies de controles reverberou na paulatina despreocupação com a razão, com o emprego de racionalidade e coerência entre

57. Será utilizada a expressão "racionalidade", empregada por Díez Ripollés no sentido de exprimir uma ideia de coerência na inteiração entre lei e realidade social (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. *A racionalidade das leis penais*. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 86). No entanto, deve haver cautela, porque, se essa busca revela-se positiva, não se pode deixar de constatar que a racionalidade pode ser interpretada negativamente, porque certas leis, apesar de injustas e desproporcionais, podem esconder uma perversa lógica de desatendimento a princípios constitucionais e apresentam-se, infelizmente, muito racionais e coerentes ao atendimento de propósitos escusos, normalmente de viés econômico, que se colocam por detrás dos tipos penais.

58. PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. A política legislativa e a racionalidade das leis penais no Brasil. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coord.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: G/Z, 2014. p. 362.

59. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. *A racionalidade...*, cit., p. 26.

os próprios comandos normativos. O progressivo descuido com a atualização do processo codificador reflete essa ideia, agudizada no contexto da sociedade do risco. Com isso, aos poucos, o estabelecimento de técnicas de racionalidade vai se deslocando da *criação* para a *aplicação* do Direito[60].

Nessa direção, Díez Ripollés observa que, na atualidade, a grande maioria das teorias da argumentação é pensada para a aplicação do Direito, deslocando-se a exigência de racionalidade jurídica apenas para a jurisdição. No âmbito penal, ressalvados alguns casos pontuais em que Cortes Constitucionais dispõem-se a examinar algumas leis à luz do princípio da proporcionalidade, como regra, as construções da doutrina penal são normalmente pensadas para a aplicação do Direito, como ocorre com o próprio desenvolvimento da teoria do delito e a habitual fundamentação do Direito Penal a partir dos fins da pena[61]. Deveras, consoante o autor espanhol, a sofisticação da dogmática atual, a partir da teoria do bem jurídico, teoria do crime, imputação objetiva, teoria dos fins da pena, entre outras, não dispensa a necessidade de desenvolvimento de uma teoria da legislação[62].

Desse modo, apesar da descrença expressada por Luhmann, para quem a legislação, por se mover na periferia do sistema jurídico, em contato com outros sistemas, especialmente o político, nunca alcançará níveis de racionalidade equiparáveis às exigências à jurisdição, porque esta ocupa a centralidade do sistema

60. Idem, ibidem, p. 60-70.

61. Idem, ibidem, p. 71-75. Parece, todavia, que a teoria da proteção de bens jurídicos ter alguma possibilidade de rendimento à racionalidade legislativa penal. Aliás, vale observar que ela foi inicialmente pensada por Birbaum a esse propósito, o de conferir racionalidade a alguns tipos de penais que visavam à proteção de interesses intangíveis, como os delitos religiosos e os contrários à moral, a partir da ideia de um bem coletivo do povo (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Op. cit., p. 95-96). Ainda que o conceito de bem jurídico tenha sido originalmente forjado para justificar uma lógica penal expansionista, como critério de *legitimação* das normas penais, ele deve ser adequadamente visto apenas em seu sentido negativo, ou seja, como critério limitador da intervenção penal. Porém, nesse aspecto, recai-lhe a crítica de Díez Ripollés, também endereçada ao garantismo de Ferrajoli, que o reputa incompleto, porque meramente limitador das iniciativas tomadas pelo legislador. Para ele, seria coerente que primeiro houvesse a seleção dos objetos de tutela especialmente importantes e, passo seguinte, tais objetos serem escrutinados por meio de critérios éticos, teleológicos e pragmáticos, para se aferir em que medida pode ocorrer essa proteção, diante do arsenal sancionador disponível no Estado de Direito Constitucional (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. *A racionalidade...*, cit., p. 101).

62. Idem, ibidem, p. 99-100.

jurídico[63], Díez Ripollés vale-se dos ensinamentos de Habermas, que fundamenta a legitimidade das normas a partir dos conteúdos morais, ético-sociais, compromissos entre interesses e aspectos pragmáticos no bojo discurso jurídico-político[64], e de Atienza, que sustenta ser inalcançável qualquer racionalidade judicial sem que exista uma prévia racionalidade legislativa, tampouco tem sentido se falar em argumentação jurídica se ela não contiver dentro de si a argumentação que se desenvolve na elaboração do Direito[65],

Díez Ripollés entende que a obtenção de certos graus de racionalidade legislativa, além de possível, é exigência que deflui da própria estrutura principiológica constitucional, de modo que a existência de um sistema jurídico livre de contradições deve ser a meta de todo processo legislativo[66]. A partir desses pressupostos, o autor espanhol passa a desenvolver cinco níveis de racionalidade legislativa: ética, teleológica, pragmática, jurídico-formal e linguística[67].

No bojo da *racionalidade ética*, inserem-se as questões de legitimação da intervenção penal, a partir da análise de sua harmonia às profundas convicções sociais da sociedade. Procura-se o estabelecimento dos contornos básicos da legitimidade da tutela penal, por meio de *princípios estruturais de primeiro nível*, quais sejam: *princípios de proteção*, que atendem a pautas limitadoras do conteúdo de tutela do Direito Penal: princípio da lesividade, princípio da essencialidade ou fragmentariedade, princípio do interesse público e princípio da correspondência com a realidade[68]; *princípios de responsabilidade*, que cuidam dos requisitos que devem concorrer para que se possa exigir responsabilidade criminal de certo comportamento: princípio da certeza ou segurança jurídica, princípio da responsabilidade pelo fato, princípio da imputação, princípio da responsabilidade ou culpabilidade e princípio da jurisdição[69]; e *princípios de sanção*, que destacam os fundamentos da sanção penal à conduta criminalmente responsável: princípio da humanidade das penas, princípio teleológico ou dos fins da pena, princípio da proporcionalidade das penas e princípio do monopólio punitivo estatal[70].

63. Idem, ibidem, p. 76-77.
64. Idem, ibidem, p. 78.
65. Idem, ibidem, p. 79.
66. Idem, ibidem, p. 80.
67. Idem, ibidem, p. 91.
68. Idem, ibidem, p. 133-140.
69. Idem, ibidem, p. 141-152.
70. Idem, ibidem, p. 152-156.

No nível de racionalidade ética, afere-se o condicionamento de legitimidade do processo legislativo a partir da observância de um sistema de crenças, cultural e historicamente condicionado, que é o alicerce de determinada coletividade[71]. O sistema de crenças deve ser extraído do âmbito dos grandes consensos, sem a intromissão de interesses particulares[72]. Por esse motivo, a racionalidade ética não se baseia na defesa da existência de direitos naturais da pessoa[73], tampouco é plasmada em questões científicas[74] ou mesmo ela deve ser extraída puramente da Constituição, que limitaria materialmente o *jus puniendi* por meio de *deveres de não penalização*[75]. Antes, a racionalidade ética deve pertencer ao *critério democrático*[76], pois ele remete à importância de serem atendidas as convicções sociais amplamente majoritárias em torno da criminalização, à medida que corresponde aos reclames das sociedades pluralistas e democráticas[77]. Assim, devem ser levadas em consideração as "opiniões compartilhadas de maneira generalizada pela população, de forma que só ficariam de fora dessa visão minorias muito

71. Díez Ripollés diferencia a ética da moral, no sentido habermasiano, de modo que os valores morais apresentam matizes universais, ao passo que os éticos são apenas válidos dentro de determinada coletividade, a partir da autocompreensão compartida por seus integrantes (idem, ibidem, p. 91).
72. Idem, ibidem, p. 91.
73. Díez Ripollés denomina *critérios ideais* os pensamentos que defendem a existência de direitos naturais da pessoa, prévios ao Estado de Direito, que se plasmam aos direitos fundamentais (Ferrajoli) e aqueles que se apoiam no consenso da comunidade científica (Silva Sánchez). Para ele, os critérios ideais não são corretos, porque desconsideram a pluralidade das coletividades (idem, ibidem, p. 159-161).
74. Díez Ripollés também critica o que chama *critérios especializados*, como o *critério científico-tecnocrático*, segundo o qual seriam as ciências sociais que, por meio de investigações empírico-sociais, evidenciariam as necessidades objetivas da sociedade a serem satisfeitas pela Política Criminal; e o *critério elitista*, que apresenta a sugestão de que as questões em torno da criação e da aplicação do Direito deveriam se colocar fora do âmbito do controle democrático e ficar a cargo de especialistas (idem, ibidem, p. 163-167).
75. Para o autor espanhol, não se pode pressupor que todas as perguntas encontrem resposta na Constituição, que sequer contém uma teoria jurídica do delito, nada mais oferecendo que previsões fragmentárias, incapazes de sustentar qualquer programa político-criminal (idem, ibidem, p. 171).
76. Não apenas a racionalidade ética, mas, para Díez Ripollés, o critério democrático também tem grande importância na racionalidade teleológica. Essa importância diminui para os outros três níveis, contudo, readquire sua proeminência quando se tratar de acomodar o conjunto dos cinco níveis (idem, ibidem, p. 92).
77. Idem, ibidem, p. 171.

reduzidas". E a obtenção dessa opinião pública deve ocorrer por meios confiáveis, como *métodos demoscópicos*, especialmente as pesquisas de opinião[78].

Deve ser feito coro às diversas objeções ao critério democrático, que constatam a probabilidade de aparição de respostas inverídicas diante da irritação quanto a certo problema social; o efeito retroalimentador das opiniões majoritárias e sua vocação autoritária, com a contínua tendência à supressão de garantias, a partir da existência de uma *sociedade de vítimas*; e a provocação de indesejado populismo, à medida que forças políticas abster-se-iam do debate e esperariam o resultado das consultas populares, conformando-se a elas[79].

Todavia, as ideias que grassam em torno do critério democrático terão melhor possibilidade de rendimento se elas se assentarem em alguns pressupostos formais, que devem funcionar como filtros para o saneamento de algumas impurezas que possam contaminar a opinião pública, tais como o estabelecimento de um prazo de espera entre a constatação de certa realidade social e o início de pesquisas de opinião acerca da adequação e da necessidade de alguma resposta jurídica ao fenômeno social, para que exista certo apaziguamento de ânimos e o resultado das pesquisas de opinião reflita posturas mais racionais, menos emotivas. Além disso, ao contrário do que sustenta Díez Ripollés, o ideal não é o critério democrático, mas sim o *democrático-constitucionalista*, à medida que, observada a importância da opinião popular, o que se conforma aos anseios democráticos[80], é igualmente relevante que seja observado o feixe irrenunciável e intangível de garantias constitucionais, ancorado em uma dimensão axiológica de *cultura universal dos direitos humanos*[81], que deve servir como barreira de contenção a clamores punitivistas desmedidos, independentemente da envergadura do consenso social a respeito de certa questão.

No segundo nível, Díez Ripollés situa a *racionalidade teleológica*, no âmbito da qual deve surgir uma formulação dos objetivos perseguidos pela concreta decisão legislativa penal, que deve compreender, ao menos, a importância do

78. Idem, ibidem, p. 180.

79. Idem, ibidem, p. 181.

80. HERNÁNDEZ, Moisés Moreno. Política criminal, sistema procesal penal y dogmática penal. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antônio (Org.). *Direito penal como crítica da pena*: estudos em homenagem a Juarez Tavares por ocasião de seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. Madri: Marcial Pons, 2012. p. 417-436, esp. p. 431.

81. AMBOS, Kai. Sobre o futuro da ciência jurídico-penal alemã: abertura e método discursivo no lugar de provincianismo presunçoso. Trad. Chiavelli Facenda Falavigno. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 121, p. 144, 2016.

objeto protegido, a intensidade da obediência exigida, as repercussões negativas dela derivadas e suas inter-relações. Em outras palavras, nesse nível de racionalidade, deve ser aferido se os fins visados pela norma são suficientemente atendidos por ela.

No terceiro nível, encontra-se a *racionalidade pragmática*, que tem por missão ajustar os objetivos traçados pela racionalidade teleológica, verificados *in abstracto* na norma, às reais possibilidades de intervenção social que estão ao alcance da decisão legislativa; vale dizer, trata-se de examinar se o mandado ou a proibição que deflui do preceito penal é suscetível de cumprimento, satisfazendo-se a função da norma como diretiva de conduta[82]. Portanto, nesse âmbito, a questão é saber se, na prática, a lei possui factibilidade, revelando-se o seu sentido e alcance social.

Inserida no quarto nível está a *racionalidade jurídico-formal*, que se destina à aferição da coerência da lei com o ordenamento jurídico no bojo do qual ela está inserida[83], ou seja, se dada lei revela-se consentânea aos princípios informadores do sistema jurídico e daquele ramo do Direito ao qual ela está inserida, no caso, o Direito Penal, observando-se a necessidade de coesão e harmonia como características de um sistema, que se pretende racional.

Por fim, no quinto nível, posiciona-se a *racionalidade linguística*, que visa a garantir as habilidades comunicativas da norma[84], pretendendo-se que a decisão legislativa racional seja tomada com simplicidade, clareza e precisão suficientes para que a mensagem normativa possa ser adequadamente transmitida, repudiando-se defeitos sintáticos, obscuridades semânticas e tecnicismos desnecessários[85].

5. Níveis de racionalidade e o crime de tráfico de drogas

Os níveis de racionalidade elaborados por Díez Ripollés possuem vocação genérica, porque podem ser utilizados para o escrutínio da legitimidade de qualquer tipo penal. Algumas vezes, o tipo satisfará o filtro da racionalidade ética, mas esbarrará no modo como concretamente se dá essa proteção, como é o caso de alguns tipos que visam à proteção do meio ambiente, o que se apresenta, em

82. Idem, ibidem, p. 94.

83. Idem, ibidem, p. 95.

84. Idem, ibidem, p. 96.

85. Idem, ibidem, p. 189.

tese, eticamente viável, no entanto, o fazem pela proscrição de condutas neutras, que não representam carga desvalorativa alguma. Em outros casos, o tipo penal parece satisfazer os primeiros dois filtros, entretanto, esbarra na mais absoluta inocuidade social, ou mesmo em problemas de harmonia com o sistema penal ou questões de signos linguísticos, que tornam a norma praticamente ininteligível.

Todavia, raros parecem ser os tipos que desatendem os cinco níveis de racionalidade. É o que ocorre com o artigo 33 da Lei 11.343/2006. A ilusória eficácia punitiva[86], muito bem refletida no principal crime da Lei Antidrogas, acabou por desaguar numa série de disfuncionalidades, capazes de ser examinadas.

5.1. Racionalidade ética e tráfico de drogas

A legitimidade do tipo de tráfico de drogas já é muito problemática se aferida em torno da teoria da proteção de bens jurídicos. Nesse contexto, se se partir da referência a bens jurídicos individuais, ou seja, tendo em vista a proteção da integridade física daquele que recebe ou vai receber a droga, podem ser apresentadas críticas severas à proibição de lesão a um bem jurídico individual mesmo contra a vontade de seu titular[87], compreendendo o real significado da constatação de Schünemann, quando diz que "a mais intensa e aguda forma de paternalismo se manifesta nos tipos penais da Lei de Entorpecentes"[88].

---

86. Muitos tipos penais na atualidade, ao tentarem expressar o pragmatismo da pós-modernidade, em verdade, o fazem para remover as garantias da modernidade e, com isso, remetem a parâmetros repressivos pré-modernos, fomentadores de um realismo jurídico estruturalmente autoritário e funcionalmente ineficaz (MOCCIA, Sergio. Emergência e defesa dos direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 7, p. 88, 1999).

87. CARVALHO, Erika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Falsos bens jurídicos e política criminal de drogas: uma aproximação crítica. In: CARVALHO, Erika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. *10 anos da lei de drogas*: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 631-659, esp. p. 647.

88. SCHÜNEMANN, Bernd. A crítica ao paternalismo jurídico-penal – um trabalho de Sísifo? In: GRECO, Luís (Coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 100. Por paternalismo penal, em termos simples, e sem nos atermos às suas tradicionais divisões como *hard* e *soft*, direto e indireto, podemos dizer se tratar da "interferência sobre a liberdade de ação de alguém justificada por razões referentes exclusivamente ao bem-estar, ao benefício, à felicidade, às necessidades, aos interesses ou aos valores da pessoa coagida" (DWORKIN, Gerald. Paternalismo. Trad. João Paulo Martinelli. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 9, 2009.

Claus Roxin pontua que somente o paternalismo *soft* admitiria a tutela penal, que pode existir para o suprimento de déficits de autonomia da pessoa afetada[89]. Segundo esse entendimento, somente faria sentido a criminalização do comércio de drogas diante da potencialidade de seu consumo por inimputáveis ou semi-imputáveis.

Ainda, de acordo com a teoria da proteção de bens jurídicos, outra direção seria se idealizar a proibição em torno da *saúde pública*, o que, aliás, é comumente aceito no cenário dos tratados internacionais e acaba sendo compartilhado pela maior parte das legislações nacionais[90]. A compreensão de que, em verdade, a proteção volta-se a um bem jurídico aparente de forma alguma resolve os problemas de legitimidade do tipo. Ao contrário, "essa espiritualização sofrida pelo bem jurídico acaba desembocando em um único valor tutelado: a vontade do Estado"[91], neutralizando a capacidade de o bem jurídico funcionar como verdadeiro limite à intervenção penal.

De todo o modo, ainda que Díez Ripollés situe o princípio da lesividade como um dos princípios estruturais de proteção, sua teoria não confere proeminência alguma ao bem jurídico, de maneira que seria legítima, em tese, a criminalização do tráfico de drogas, independentemente da identificação de um verdadeiro bem jurídico-penal. Como se viu, é no âmbito da racionalidade ética que se movem as questões em torno da legitimação da intervenção penal, mediante a análise de sua conformidade às profundas convicções sociais da sociedade.

Portanto, a pedra de toque da racionalidade ética, a partir da idealização do critério democrático, é sua conformação ao consenso social. Essa constatação também não dissipa os problemas em torno do tráfico de drogas, ainda que, adotado o critério democrático-constitucionalista defendido linhas atrás, em sua vertente positiva, pudesse se cogitar de um mandado constitucional de sua criminalização[92].

89. ROXIN, Claus. *Problemas actuales de dogmática penal*. Trad. Manuel A. Abanto Vasquez. Lima: Ara Editores, 2004. p. 33.

90. À exceção da Venezuela, que inclui os crimes relacionados a drogas dentro de uma visão de segurança nacional (VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da Guerra às drogas*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 433).

91. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Op. cit., p. 80.

92. O art. 5º, XLIII, da Constituição, estabelece que: "a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem." Ainda que se

Deveras, na fase pré-legislativa, identificada por Díez Ripollés como aquele em que é percebida certa realidade social, a ausência de correspondente resposta jurídica e a necessidade desta, é impossível se identificar que o problema em torno de certas drogas antecede qualquer tomada de posição legislativa, porque o crime de tráfico de drogas não é um delito natural, mas sim fabricado. É que ele não se mostra como uma realidade ontológica, como o homicídio, o furto e o roubo, porém, o seu conteúdo e sua extensão devem ser necessariamente construídos pela legislação. Homicídio sempre será homicídio, em qualquer lugar. Mas o tráfico de drogas condiciona-se às variantes de tempo e espaço: ora inclui em seu conceito certa substância, ora exclui outra; ora exige certa quantidade, ora dispensa-a; ora demanda intuito lucrativo, ora se contenta com a mera posse da substância.

Por isso, o tráfico de drogas encerra sempre uma noção transitiva, que necessita ser completada pelo atento trabalho do legislador, que não pode abrir mão do exame atento à lesividade social da conduta que se pretende proibir. Com isso, ainda que se admita a legitimidade do crime de tráfico de drogas, um aspecto de sua irracionalidade ética reside no aparente descompromisso estatal para com a aferição da efetiva danosidade de algumas substâncias, cuja proibição parece ser mais amparada por aspectos políticos, econômicos e morais do que por avaliações científicas acerca de seu potencial lesivo e seus níveis de adição[93].

Outra questão em torno da racionalidade ética, que tangencia o próprio objeto de proteção, diz respeito à desproporção entre as penas do *caput* e a causa especial de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, que prevê a diminuição de 1/6 a 2/3 da pena, "desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa". Como se percebe, todas as circunstâncias remetem a questões de índole pessoal, que, sequer indiretamente, relacionam-se à suposta proteção da *saúde pública*, apondo a essa regra a odiosa marca de um Direito Penal do autor.

Deveras, o Direito Penal brasileiro estabelece outras causas especiais de diminuição de pena, que também apontam a reincidência e os maus antecedentes

admitam esses deveres expressos de criminalização, não há dispensa alguma para que o legislador ordinário continue a se pautar por princípios penais, aferindo sempre a dignidade penal, o merecimento e a necessidade de pena (GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 112-113).

93. RUGGIERO, Vincenzo. *Crimes e mercados* – ensaios e anticriminologia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 81.

como pressupostos requisitos impeditivos do benefício, como se dá com o *furto privilegiado*[94] e o *estelionato privilegiado*[95]. Mas, em ambos os casos, às circunstâncias pessoais do agente agregam-se dados objetivos do desvalor do resultado, como o *pequeno valor da coisa furtada* e o *pequeno valor do prejuízo*, respectivamente, aproximando-se tais minorantes de um necessário Direito Penal do fato.

Com isso, a irracionalidade ética do tráfico de drogas, sob o prisma da redução prevista no § 4º do art. 33 reside nesse ponto: se o que se quer proteger é a *saúde pública*, como se tem proclamado, é sua lesão em maior ou menor grau que deveria ser o elemento basilar de referida causa de diminuição, porém, *de lege lata*, a quantidade de drogas ou circunstâncias que agregariam o desvalor do injusto sequer são consideradas. Antes, preferiu o legislador voltar-se, exclusivamente, a questões pessoais do agente, deixando transparecer sua lógica *inocuizadora*, por meio do realce ao efeito preventivo especial negativo da pena (*selective incapacitation*), direcionado a um grupo de indivíduos entendidos como *fontes de perigo ambulantes* e que, por isso, devem ser neutralizados antes de causarem algum tipo de dano[96]. De se lembrar que, como anota Vera Malaguti Batista, a partir do final dos anos 1970, a figura do inimigo interno é deslocada do guerrilheiro/terrorista para o bandido/traficante, harmonizando-se justamente a referido escopo neutralizador[97].

Por fim, ainda no âmbito desse primeiro nível de racionalidade, observou-se que Díez Ripollés elenca como princípios estruturais de primeiro nível, dentro da subespécie dos princípios de sanção, a humanidade das penas. Ora, o art. 33 da Lei 11.343/2006, ao lado das penas de prisão, prevê cumulativamente penas de multa de 500 a 1.500 dias-multa, cujo exagero salta aos olhos, não apenas sob o aspecto da desproporcionalidade formal, tomando-se em conta a regra geral do art. 49 do

94. Art. 155, § 2º: "Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de 1 (um) a 2/3 (dois terços), ou aplicar somente a pena de multa."

95. Art. 171, § 1º: "Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor o prejuízo, o juiz pode aplicar a pena conforme o disposto no art. 155, § 2º."

96. No mesmo sentido: EL HIRECHE, Gamil Föppel; FIGUEIREDO, Rudá Santos. Crítica às tipificações relativas ao tratamento do "crime organizado" no projeto de Código Penal e na Lei 12.850/2003. In: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Doutrinas essenciais*: direito penal e processo penal. Vol. VI. São Paulo: Ed. RT, 2015. v. VI, p. 427-474, esp. p. 439.

97. BATISTA, Vera Malaguti de Souza Weglinski. Drogas e criminalização da juventude pobre no Rio de Janeiro. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, v. 2, p. 233, 1996.

Código Penal, que a estabelece entre dez e 360 dias-multa[98], mas também sob o aspecto material, considerando-se que a vasta maioria dos condenados por tráfico de drogas no Brasil são indivíduos economicamente hipossuficientes, reconduzindo-se essa sanção pecuniária, na prática, a uma verdadeira *pena perpétua*, diante da impossibilidade material de seu adimplemento.

5.2. Racionalidade teleológica e tráfico de drogas

Díez Ripollés observa que se verificará a irracionalidade teleológica quando os objetivos almejados pela lei não tiverem sido estabelecidos no âmbito de um emprego discursivo do critério democrático, deixando-se de prestar a devida atenção a todos os componentes ético-políticos relevantes que reflitam, ou não, esse acordo[99].

Assim, admitindo-se como premissa, hipoteticamente, que exista um verdadeiro consenso social em torno da utilização da intervenção penal para a tutela da saúde pública por meio da criminalização do tráfico de drogas, há algumas questões em torno da maneira pela qual essa punição ocorrerá. Nossa Constituição indica e, para alguns, *impõe*, inclusive, que se criminalize o tráfico de drogas, mas sequer fornece as balizas de como essa criminalização primária ocorrerá. A obtusa vagueza típica do art. 33 e a equiparação de condutas que sequer abstratamente possuem o mesmo desvalor acabam tornando no mínimo questionável se o legislador ordinário atendeu aos contornos do espírito constitucional ao equiparar o tráfico de drogas a crime hediondo.

Com efeito, o crime se perfaz independentemente do dolo de comércio, apesar de esse elemento subjetivo ser indispensável à colmatação de seu campo semântico, já que tráfico liga-se às ideias de *mercancia*, *trato mercantil* e *negócio fraudulento indecoroso*, como pontua Alberto Silva Franco[100]. E, ainda que houvesse aludida necessidade mercantil, o tipo penal teria a perniciosa vocação de punir pensamentos. Observe-se a seguinte situação: "A" encontra-se parado em uma esquina com cinco porções de maconha para o seu próprio uso, mas "B" está na outra esquina, com outras cinco porções de maconha, com a intenção de vendê-las, muito embora ainda não tenha feito quaisquer contatos com supostos

98. Considerando-se que, em todos os casos, a regra será a de que o valor de cada dia-multa variará entre 1/30 do maior salário mínimo vigente, nem superior a cinco vezes esse valor, nos termos do art. 49, § 1º, do Código Penal.

99. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. *A racionalidade...*, cit., p. 95.

100. FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 145.

consumidores. Objetivamente, inexiste qualquer diferença entre as condutas. Se for tirada uma fotografia de cada qual, a conclusão natural é de que ambas merecem a mesma resposta jurídica, porque se colocam objetivamente idênticas. Como, então, punir "A" com a brandura sugerida pelo art. 28 da Lei 11.343/2006, sem qualquer ameaça ao cerceamento de sua liberdade e, por outro lado, dedicar a "B" todo o espírito repressor ao tráfico?

Essa questão seria minimizada pela previsão típica de certa quantidade mínima de droga para a caracterização do tráfico de drogas. Compartilha-se da preocupação de Bruno Shimizu e Patrick Cacicedo de que o estabelecimento de um marco quantitativo, tendenciosamente baixo, permitiria uma aplicação perversa do critério, criando-se verdadeira *presunção de traficância* sempre que apreendida a quantia de droga estabelecida legalmente[101]. No entanto, o risco de que ocorra essa presunção é mais suportável do que a presunção de traficância que já se opera na prática policial e judiciária, desapegada de qualquer *discrímen* objetivo.

5.3. Racionalidade pragmática e tráfico de drogas

Viu-se que, consoante Díez Ripollés, a análise do nível de racionalidade pragmática da lei penal implica no exame da factibilidade da norma, isto é, se o preceito que deflui do texto é, na prática, passível de cumprimento ou se, pelo contrário, trata-se de simples promessas inconsequentes[102].

Ora, se o tipo se propõe à proteção da saúde pública, observa-se que, na prática, esse objetivo está cada vez mais distante de ser atendido. Constata-se uma indesejada proliferação dos problemas sociais relacionados ao consumo de drogas, não obstante o incremento dos índices de encarceramento[103]. Essas detenções, em sua vasta maioria, envolveram apreensões de pequenas quantidades de drogas que são, quase que invariavelmente, encontradas na posse de pessoas

101. SHIMIZU, Bruno; CACICEDO, Patrick. Crítica à estipulação de critérios quantitativos objetivos para a diferenciação entre traficantes e usuários de drogas: reflexões a partir da perversidade do sistema penal em uma realidade marginal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 286, p. 8, 2016.

102. Cf. item 3, supra.

103. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, em 2017, constatou-se que, dentro de um universo de 221 mil detentos provisórios no Brasil, o tráfico de drogas é responsável pelo maior número de presos preventivamente (29%), seguido pelo roubo (26%) e homicídio (13%). Disponível em: [www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais]. Acesso em: 18.06.2018.

economicamente vulneráveis, que também ostentam a condição de usuários ou viciados em drogas[104]. A esses indivíduos, são negligenciadas as suas básicas garantias materiais e, sob o pretexto de proteção da saúde pública por meio do combate ao tráfico de drogas, são subjugados à constante vigilância estatal, apta a propiciar, na prática, o devassamento de sua intimidade, quer seja pelas buscas pessoais, quer seja pelas buscas domiciliares, independentemente de ordem judicial, inclusive, sob o pretexto de o tráfico de drogas ser delito de natureza permanente[105].

O quadro, ao deixar transparecer a marca da seletividade, também intensifica os efeitos simbólicos dessa intervenção, colocada a serviço do atendimento das funções latentes do Direito Penal, que se sobrepõem às funções manifestas[106],

104. Cf. VITOR, Enrique García. Aspectos políticos criminales en materia de drogas. *Revista de Ciencias Penales*, Argentina, n. 2, p. 81, 1999.

105. O problema não está na possibilidade de invasão domiciliar diante de flagrante delito, circunstância que, aliás, é prevista pela própria Constituição, a teor de seu art. 5º, XI. A grande questão está nas condições mínimas para que se admitam validamente as buscas domiciliares, independentes de mandado judicial. Em 2016, o Supremo Tribunal Federal, no bojo do julgamento do Recurso Extraordinário 603.616, com repercussão geral reconhecida, debruçou-se sobre a questão e houve por bem admitir a invasão domiciliar sem mandado, desde que existam *fundadas razões*. No entanto, esta expressão é polissêmica e, justamente por sua abrangência, não apresenta aptidão para efetivamente limitar a intervenção policial. O STF perdeu uma boa hora para dizer no que consistem essas *razões fundadas*. Podia ter tomado emprestado, por exemplo, a sólida construção jurisprudencial da Suprema Corte dos Estados Unidos que, não obstante a propalada *guerra ao tráfico*, tem fixado parâmetros mais precisos para a entrada forçada em residências, tais como a *open view doctrine*, segundo a qual apenas se dispensa o mandado judicial se os agentes policiais visualizarem algo aparentemente ilícito, desde que estejam em um lugar que lhes seja permitido estar (calçada, rua, sobrevoo de céu aberto etc.). Não basta para a legalidade da invasão à residência, no caso do tráfico de drogas, abordar um usuário de narcóticos e ele dizer aos policiais o local em que comprou a substância. Para a validade das buscas domiciliares sem mandado, é preciso que o comércio ilícito seja *visto* pelos agentes estatais. Somente se o STF tivesse utilizado essa teoria para a normatização do conceito de fundadas razões é que a decisão teria algum impacto prático (DE FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. Buscas domiciliares sem mandado e provas ilícitas: reflexões acerca do julgamento do Recurso Extraordinário 603.616, à luz do Direito dos Estados Unidos. *Revista Fórum de Ciências Criminais*, Belo Horizonte, v. 5, p. 150-153, 2016).

106. HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Trad. Elena Larrauri. *Revista Hispano-latinoamericana Pena y Estado*, Barcelona, n. 1, p. 28-30, 1991. Observa-se, contudo, que nem sempre os efeitos simbólicos serão indesejados. Muitas vezes, eles se fazem necessários para a efetiva proteção de bens jurídicos,

abrindo-se caminho para a sua conversão em instrumento meramente político, o que culmina com o seu desvirtuamento da proteção de bens jurídico-penais e o distanciamento do modelo democrático de Estado. Em verdade, na prática, o pretenso *combate* ao tráfico de drogas, possibilitado pelo alargamento das fronteiras típicas, encontra campo fértil à exclusão social de pessoas reputadas economicamente inúteis e socialmente desajustadas[107].

Em suma, a criação de um sistema proibicionista e a intensificação do reproche penal, na prática, tem estado longe de alcançar os objetivos declarados por esse mesmo sistema: a proteção da saúde pública, por meio do combate à produção e ao comércio de drogas ilícitas[108]. Pelo contrário, o arsenal punitivo existente volta-se frequentemente contra o próprio bem jurídico que diz proteger, mediante a criminalização de toxicodependentes, impedindo-se, com isso, que sua saúde possa ser adequadamente protegida[109].

5.4. Racionalidade jurídico-formal e tráfico de drogas

O tipo de tráfico de drogas apresenta-se disfuncional também sob o plano de sua incoerência com o sistema jurídico-penal como um todo, circunstância reveladora de seu caráter absolutamente emergencial. Uma dessas maiores evidências encontra-se, por um lado, em seu preceito penal secundário e, por outro, no protagonismo que o tipo confere aos maus antecedentes e à reincidência.

---

por meio da prevenção de comportamentos. Nesses casos, inclusive, eles devem ser denominados *efeitos expressivo-integradores*. Portanto, a questão não residiria tanto no estabelecimento de efeitos simbólicos, mas na aferição de sua instrumentalidade à proteção de bens jurídicos, de maneira que eles seriam indesejáveis apenas quanto essa função instrumental não fosse atendida (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. O direito penal simbólico e os efeitos da pena. Trad. Luciana Caetano da Silva. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, v. 1, p. 29, 2004).

107. Bauman esclareceu que as novas classes perigosas "são aquelas conhecidas como inadequadas à reintegração e programadas inassimiláveis, já que não se pode conceber uma função útil que sejam capazes de exercer após a 'reabilitação'. Não são apenas excessivas, mas *excedentes*. Estão excluídas *permanentemente* – um dos poucos casos de 'permanência' que a modernidade líquida não apenas permite, mas promove ativamente". (BAUMAN, Zygmunt, *Tempos líquidos*. Trad. Carlos Alberto de Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. p. 74-75.)

108. BOITEUX, Luciana. Brasil: reflexões críticas sobre uma política de drogas repressiva. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 21, p. 16, 2015.

109. VITOR, Enrique García. Op. cit., 76.

No primeiro caso, observa-se que as penas previstas para o tráfico de drogas variam entre cinco e 15 anos de reclusão. Tratando-se de um tipo de perigo abstrato, as sanções penais deveriam ser mais brandas do que aquelas previstas para o tipo de dano mediato[110], Assim, como esclarece Luís Greco, "se o tráfico de drogas nada mais é do que uma conduta que gera um perigo abstrato de lesão à integridade física, essa conduta não pode sofrer pena mais grave do que a do respectivo crime de lesão, no caso de lesões corporais"[111].

Esse entendimento pode causar alguma perplexidade, porque poderia se argumentar que, em verdade, o que se protege é a *saúde pública*, que representaria o somatório de todos os bens jurídico-penais da saúde individual. No entanto, considerado o caráter meramente *instrumental* desses bens jurídicos aparentes, dentro do qual se insere a saúde pública, não é adequado que a punição do *perigo* ao conjunto desses bens possa ser apenada mais severamente do que a efetiva concretização do *dano* a algum bem individual. Hipoteticamente, há que se cogitar da mesma espécie de irracionalidade jurídico-formal quando se percebe que as penas cominadas ao crime de embriaguez ao volante (seis meses a três anos de detenção, multa e suspensão do direito de dirigir – art. 306 da Lei 9.505/1997) são superiores àquelas previstas para o crime de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor (seis meses a dois anos de detenção e suspensão do direito de dirigir – art. 303 da Lei 9.505/1997).

É verdade, todavia, que as penas previstas para o crime de lesão corporal simples (três meses a um ano de detenção – art. 129 do Código Penal) são surpreendentemente baixas, caso sejam comparadas às penas do furto (um a quatro anos de reclusão e multa) e do roubo simples (quatro a dez anos e multa). Pense-se na situação de "A" encontrar-se com "B" e, sem motivo aparente, desferir um soco contra rosto, causando-lhe lesões de natureza leve. Agora suponha-se o caso de "A" encontrar-se com "B" e lhe exigir um bem qualquer, de um valor muito baixo, quase insignificante, sob a ameaça de lhe desferir um soco na face. Aponta-se flagrantemente desproporcional que "A" responda, no primeiro caso, a uma pena mínima de três meses de detenção, ao passo que, na segunda hipótese, possam lhe ser impostos, no mínimo, quatro anos de reclusão. Essa solução apresenta-se

110. Conforme Valois, a pena máxima possível para o tráfico de drogas é de 25 anos, se considerada o máximo do preceito penal secundário do art. 33, acrescido da fração máxima do art. 40. Esta pena é superior à do homicídio (20 anos), roubo (15 anos) e estupro de vulnerável (art. 217-A), quadro que evidencia a sua mais que absoluta desproporcionalidade (VALOIS, Luís Carlos. Op. cit., p. 427).

111. GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 95).

evidentemente irrazoável, a não ser para o atendimento de uma indesejada lógica patrimonialista.

Seria aceitável, com isso, que as penas cominadas ao crime de lesão corporal fossem, em princípio, mais elevadas do que as previstas para os delitos patrimoniais. No entanto, a inexpressividade de suas reprimendas não impede que seja também criticada a desarmonia entre elas e aquelas previstas ao tráfico de drogas, depositada a centralidade de proteção na saúde dos indivíduos, ainda que indeterminados, e representada sob o rótulo de *saúde pública*.

Outra questão que revela a irracionalidade jurídico-formal do tipo de tráfico de drogas está no destacado papel que ocupam os maus antecedentes e a reincidência. Deveras, de acordo com as regras gerais do Direito Penal, ambos servem para a elevação da pena, na primeira e na segunda etapas de dosimetria, respectivamente[112]. Embora inexistam frações legais para esse aumento, como regra, a jurisprudência inclina-se pela aplicação do montante de 1/6 para ambos os casos, assim como para as demais circunstâncias judiciais, agravantes e atenuantes, porque ele representa o menor valor de que se vale o Código Penal para o estabelecimento das causas de aumento e de diminuição[113], Mas, além de influenciarem na pena, os maus antecedentes e a reincidência podem servir para a fixação de regime inicial de cumprimento de pena mais severo[114], além da aptidão para impedirem a conversão da pena privativa de liberdade em penas restritivas de direitos[115] e a concessão de *sursis*[116].

Ainda que se admita a possibilidade desses efeitos deletérios causados pelos maus antecedentes e pela reincidência, para o cumprimento de questões preventivas[117], o que deve ser decisivo para a cominação da pena é a *gravidade do fato*,

112. Artigos 59 e 61, I, ambos do Código Penal.

113. BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 190.

114. A reincidência, automaticamente, por conta do § 2º, do art. 33, do CP; e os maus antecedentes, apenas por força do § 3º, do mesmo dispositivo.

115. Art. 44, II e III, do CP.

116. Art. 77, I e II, do CP.

117. O atendimento a questões preventivas coaduna-se ao próprio art. 59 do CP, que estabelece que a pena seja fixada "conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime". Ocorre que nem todas as correntes vinculam o acréscimo decorrente da reincidência a questões preventivas. Há posição que procura justificá-lo com base na maior gravidade do fato, quer seja pelo *incremento da culpabilidade* (teoria do alerta de Hillenkamp), quer seja pela elevação do nível de injusto (Kaufmann).

assumindo esses registros criminais apenas um papel modesto e periférico na indicação do *quantum* da pena.

Se essa conclusão parece ser a lógica que se extrai das regras da Parte Geral do Código Penal, ela não se verifica ao crime de tráfico de drogas, porque, para ele, os registros criminais assumem protagonismo absoluto, de modo que, quase que invariavelmente, preponderam sobre o fato e suas circunstâncias. Em verdade, como em nenhum outro exemplo do Direito Penal brasileiro, uma única condenação criminal definitiva poderá representar um acréscimo penal de três anos e quatro meses[118]. Além disso, será esse registro criminal que conferirá ao fato a natureza de crime hediondo por equiparação, trazendo sérias repercussões quanto à possibilidade de progressão de regime, por força do art. 2º, § 2º, da Lei 8.072/90[119], à medida que se firmou jurisprudência nos Tribunais Superiores no sentido de que o tráfico privilegiado não pode ser equiparado a crime hediondo[120], o que não deixa de revelar uma grande incongruência. Quando se diz que um *crime* é hediondo, quer-se referir ao *fato* praticado e sua definição como tal por lei especial. O rol do art. 1º da Lei 8.072/90 atribui a natureza hedionda a uma série de *tipos*, não se mostrando viável se condicionar essa natureza a questões pessoais do autor, como o seu passado criminal. No fundo, esse *discrímen* faz revelar que o crime de tráfico de drogas traz consigo a odiosa marca de um Direito Penal do autor, evidenciando-se, pela preponderância que confere ao *passado criminoso* do agente, o exemplo brasileiro mais expressivo da teoria norte-americana do *three strikes you're out*[121], só que, em nosso caso, o escopo *inocuizador* já se evidencia na prática da segunda infração.

Extensamente, TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena*: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 153-176.

118. Que é a diferença entre o mínimo de pena do *caput* do art. 33, cinco anos, e o redutor máximo contemplado por seu § 4º, a saber, 2/3.

119. Que estabelece regras especiais para a progressão de regime em se tratando de crimes hediondos e assemelhados, ao exigir 2/5 do cumprimento da pena para sentenciados primários e 3/5 para reincidentes. Observamos que, segundo a regra geral, prevista no art. 112 da Lei 7.210/84, o requisito objetivo é satisfeito pelo cumprimento de apenas 1/6 da pena.

120. STF, HC 118.533/MS, TP, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 23.06.2016. Acompanhando esse entendimento, o STJ houve por bem fixar essa tese de repercussão geral (Tema 600) e revogar sua Súmula 512, que dispunha em sentido contrário.

121. A ideologia é extraída de regra originária do beisebol, que estabelece que se um rebatedor perdesse três tentativas de rebater a bola (*three strikes*), ele seria eliminado do jogo

5.5. Racionalidade linguística e tráfico de drogas

O último nível de racionalidade exige que a mensagem normativa seja passada com clareza, precisão e simplicidade. Sabe-se que a linguagem deve representar o limite infranqueável da interpretação, de maneira que os signos linguísticos do tipo revestem-se de importância ímpar. Como já dizia Chaves Camargo, ao se basear nos estudos da teoria da linguagem do norte-americano Noam Chomsky, o intérprete, diante de uma ação humana, para aferir se ela é típica, ilícita e culpável, deverá, em primeiro lugar, examinar a norma para dela extrair o bem jurídico tutelado e, em seguida, buscar na estrutura profunda da lei penal o exato valor semântico de seus termos, delineando, com precisão, a ação punível e a sanção correspondente[122].

No caso do tipo do art. 33, sua irracionalidade linguística é desvelada pela utilização abusiva de 18 verbos que fazem alargar as fronteiras típicas para punir, grosso modo, o sujeito que tiver qualquer tipo de contato com substância que esteja "em desacordo com determinação legal ou regulamentar", o que acarreta a violação ao princípio da legalidade estrita, ao se estabelecer um crime de fácil apuração e de fácil condenação, o que se agudiza pela relativização do elemento subjetivo[123]. Essa facilidade também decorre do fato de o legislador ter deixado de indicar o elemento subjetivo *específico* do tipo penal. Curiosamente, essa finalidade especial está prevista no tipo do art. 28 ("para consumo pessoal"), porém, não há o seu correspondente no art. 33, o que seria satisfeito mediante a inserção da expressão "para entrega ao consumo de terceiros". Em outras palavras, o dolo do art. 28 consiste no *conhecimento* da existência da droga e a *vontade* de consumi-la, ao passo que o dolo do art. 33 revela-se mais frágil, sendo satisfeito, ao menos sob o nível linguístico, com o mero *conhecimento* da droga[124].

Na prática, essa situação faz inverter o ônus de prova, violando-se, no campo processual, o princípio do *in dubio pro reo*, porque, em princípio, a mera posse de substância ilícita ensejará a condenação por tráfico de drogas, dispensando-se a

(*you're out*). Para o Direito Penal, significa recrudescer o tratamento para os reincidentes, de modo que aquele que cometeu o terceiro delito deve ser colocado à margem do convívio social (VOGEL, Joachim. La internacionalización del derecho penal y el proceso penal. Trad. Alfonso Galán Muñoz. *Revista Penal Tirant lo Blanch*, Valencia, n. 22, p. 161, 2008).

122. CAMARGO, Antônio Luís Chaves. *Tipo penal e linguagem*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 88.

123. VALOIS, Luís Carlos. Op. cit., p. 420.

124. CARVALHO, Salo de. *A política...*, cit., p. 264-265.

demonstração, pelo órgão acusatório, de qualquer finalidade específica, cabendo à defesa, se pretender a desclassificação para o crime de porte para uso de drogas, provar que a substância se destinava ao seu próprio uso. A perversidade dessa regra e a seletividade que lhe são inerentes são reforçadas pelos próprios parâmetros legais, que auxiliam o juiz a distinguir uma situação de outra, previstos no art. 28, § 2º, da Lei 11.343/2006: além da natureza e da quantidade da substância apreendida, o exame deverá recair sobre o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, a conduta e os antecedentes do agente. Desse modo, a falta de critérios técnicos e objetivos, aliada à dispensa da finalidade específica quanto ao destino da droga, torna muito mais fácil a condenação por tráfico de drogas de sujeitos pobres, que tenham registros criminais, ainda que não necessariamente relacionados a drogas, e que se encontrem em "pontos de droga", sempre localizados na periferia das cidades[125].

Por fim, outro aspecto da irracionalidade linguística reside na utilização de normas penais em branco para a indicação de quais substâncias devem ser proscritas. No Brasil, a etiqueta da proibição sequer é permeada de debates, naturais no bojo de um processo legislativo. Antes, releva seu déficit democrático, ao relegar o controle penal a ato normativo, editado pelo Poder Executivo[126], mais suscetível às influências de *soft laws*[127].

125. Como aponta Carvalho, a diferença entre tráfico e o porte para uso é definida a partir de "circunstâncias nebulosas, de baixa perceptividade e de difícil comprovabilidade, motivo pelo qual é fundamental estabelecer rígidos critérios de definição" (idem, ibidem, p. 254-255).

126. O art. 66 da Lei 11.343/2006 faz referência a drogas como "substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial", que são aquelas previstas na Portaria 344/1998, editada pela Secretaria de Vigilância em Saúde, órgão vinculado ao Ministério da Saúde. Ainda que seja muito questionável que a proibição venha ditada por atos normativos, prática, aliás, também encampada pelo art. 36 da revogada Lei 6.368/1976, que relegava a matéria à listagem do Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia, também vinculado ao Ministério da Saúde, ambas representam avanço em relação ao sistema do Decreto-lei 385, que conferia competência definidora da capacidade lesiva tão somente ao laudo toxicológico, de sorte que era nada além da prova pericial que determina a incidência da lei, o que gerava enorme insegurança jurídica (CARVALHO, Salo de. *A política...*, cit., p. 256-257).

127. *Soft laws* podem ser compreendidas como instrumentos elaborados pelo Estado ou por entidades não estatais que, malgrado não sejam formalmente vinculantes, acabam por influenciar a política dos Estados, as atividades de organizações internacionais e as condutas dos próprios indivíduos (MACHADO, Maíra Rocha. *Internacionalização do direito penal*. A gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena. São Paulo: Direito GV, 2004, p. 45).

Como lembra Klaus Tiedemann, o emprego da técnica das normas penais em branco, por vilipendiar a legalidade, deve ocorrer apenas quando realmente imprescindível para o atendimento de necessidades de que exista uma regulação mais ágil, a depender das circunstâncias cambiantes de tempo e espaço[128], motivo pelo qual o complemento da proibição deve ser realizado por outra instância mais ágil, que prescinda dos debates parlamentares[129]. De todo o modo, a lei penal em branco deve ser evitada na medida do possível e, ainda quando seja necessária, as leis penais não devem se furtar de descrever todos os demais elementos típicos que delimitam o sentido das condutas proibidas, além de ser recomendável que, sob o plano formal, submetam-se à mesma publicidade da lei penal[130].

Em verdade, não se vislumbra a necessidade, ditada pela emergência de circunstâncias cambiantes, de que as drogas sejam proscritas por meio de atos normativos que não as leis[131]. Como arremata Valois, sua utilização discricionária no tráfico de drogas somente vem a reforçar a conclusão de que o aparato legislativo é todo voltado ao atendimento de uma indesejável diretriz de guerra às drogas[132].

6. Algumas propostas para o incremento da racionalidade legislativa no crime de tráfico de drogas

Naturalmente, se anteriormente foram expostas as razões pelas quais o tipo de tráfico de drogas deixa de atender aos parâmetros de racionalidade pensados

128. TIEDEMANN, Klaus. La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas. Trad. Antoni Llabrés Fuster. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 37, v. 10, p. 75-76, 2002.

129. ALPÍZAR CHAVES, Alberto. Función de taxatividad del tipo penal: mandato de certeza "lex certa". *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, n. 24, v. 17, p. 38, 2007.

130. Idem, ibidem, p. 39.

131. Esclarece Lopes que "as exorbitações de um Direito Penal preventivo, as ideias totalitárias, a chamada defesa social, os elementos valorativos do tipo, as cláusulas gerais, os tipos penais abertos ou flexíveis, as leis penais indeterminadas ou em branco, a incriminação de puros desígnios subjetivos, o uso e abuso de elementos subjetivos do tipo são inimigos naturais do princípio da legalidade, mediante utilização de refinada técnica jurídica pelo Estado moderno em seu desiderato de exigir cada vez mais poder em detrimento das garantias formais e substanciais dos direitos individuais da pessoa humana" (LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípio da legalidade penal*. São Paulo: Ed. RT, 1994. p. 130).

132. VALOIS, Luís Carlos. Op. cit., p. 437.

por Díez Ripollés, as propostas para a correção das disfuncionalidades do tipo, pelo menos as mais evidentes, representam a outra face das críticas, descortinadas a partir de algumas alterações no âmbito da tipicidade.

No plano da racionalidade ética, admitindo-se que exista consenso social quanto à criminalização do comércio de certas drogas, no mínimo, deve haver discussões em torno da natureza das substâncias a serem submetidas a controle penal, orientando-se este apenas pela potencialidade lesiva dessas substâncias, envidando-se esforços para que aspectos de outras ordens, como políticos e econômicos, não interfiram nessa decisão. São forçosas as discussões, a partir de critérios científicos, em torno do efeito de adição de certas drogas, não apenas daquelas que hoje consideramos ilegais, mas também os remédios, o álcool e o tabaco. Somente as decisões majoritárias tomadas a partir de estudos confiáveis garantirão respostas satisfatórias a essa questão[133].

Ainda no contexto da racionalidade ética, cabem outras duas sugestões. A primeira refere-se à minorante do § 4º do art. 33. Em vez de a causa especial de diminuição de pena ser orientada, com exclusividade, por circunstâncias pessoais do agente, o que apenas faz alimentar um nefasto Direito Penal do autor, condições de caráter objetivo, relacionadas ao fato, poderiam fazê-lo. Por exemplo, poderiam ser estabelecidas duas formas para o crime de tráfico de drogas, a simples e a qualificada, configurada esta última forma mais grave a partir binômio natureza/quantidade de drogas, aliado à presença de circunstâncias que elevam o desvalor da conduta (como regra, as situações previstas no art. 40: transnacionalidade ou interestadualidade do delito; cometimento do tráfico mediante violência ou grave ameaça; conduta perpetrada nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares; entre outras)[134].

133. A respeito dos diversos equívocos do proibicionismo, supostamente ligados ao discurso da adição a drogas, v. HART, Carl. *Um preço muito alto*. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Zahar, 2014. p. 23 e ss.

134. É a mesma ideia que norteia, por exemplo, o Código Penal espanhol, cujos artigos 368, 369 e 370 estabelecem quatro níveis de conduta, que variam entre a atipicidade do fato até a forma qualificada do tráfico de drogas (CARVALHO, Salo de. *A política...*, cit., p. 283). Curioso notar que, nos Estados Unidos, o *Controlled Substances Act* (1970) classifica as substâncias que deseja proibir em seis categorias (*schedules*), de acordo com uma série de critérios, previstos em sua Seção 201(c), tais como: o risco potencial de adição; os efeitos farmacológicos da droga; os conhecimentos científicos sobre ela; o modo pelo qual se disseminou o seu abuso; os riscos à saúde pública; e se a substância faz parte do processo para a confecção de outra droga proscrita. Cabe a duas agências federais, a *Drug Enforcement Administration* (DEA) e a *Food and Drug Administration* (FDA) a inclusão ou exclusão de substâncias desse rol. A presença da substância em

A outra sugestão fica por conta do estabelecimento da pena de multa, segundo os próprios patamares estabelecidos pelo Código Penal, ou seja, entre dez e 360 dias-multa, a teor de seu art. 49. Parece que o legislador da Lei Antidrogas, ao prever números tão elevados para a pena de multa, direcionava a essa maior severidade para fazer frente àquelas situações de enriquecimento com o tráfico, amealhando-se vultoso patrimônio a partir da habitualidade dessa prática comercial ilícita. No entanto, com os olhos atentos à realidade, percebe-se que esse exagero na multa não faz sentido algum, porque aqueles que são acusados e condenados por tráfico de drogas pertencem, quase sempre, às camadas mais pobres da população, em nada diferindo, em termos de capacidade econômica, daqueles que são punidos por delitos patrimoniais[135].

Já no campo da racionalidade teleológica, a proposta é que o tráfico fosse diferenciado do mero porte para uso a partir do estabelecimento de quantidades mínimas, de acordo com a natureza de cada droga, como já ocorre em diversos países[136]. Conjugado a tais parâmetros objetivos, deveria ser expressamente previsto *desígnio mercantil* no tipo do art. 33, circunstância que se harmonizaria aos princípios da lesividade e a da proporcionalidade[137].

Na seara da racionalidade pragmática, é impossível serem propostos quaisquer aperfeiçoamentos estruturais ao tipo de tráfico de drogas, porém, com a melhoria dos outros níveis de racionalidade, naturalmente, serão atenuadas as injustiças ocorridas no âmbito da criminalização secundária.

Em seguida, em se tratando da racionalidade jurídico-formal, é necessário que existam correções nos montantes das penas privativas de liberdade, para que elas, de certo modo, guardem certa sintonia com as sanções estabelecidas para os

---

uma das categorias permitirá que o controle da droga ocorra no âmbito federal. No âmbito estadual, cada unidade federativa também possui suas próprias classificações dos níveis das substâncias proscritas. Essas divisões, ainda que não sejam perfeitas, pelo menos comprazem aos reclames da proporcionalidade, diferentemente de nós, à medida que as penas para o crime de tráfico dependerão da natureza e da quantidade das drogas. A listagem completa dos *schedules* de cada Estado é disponível em: [www.namsdl.org/library/7FD99F95-F6F2-5D27-5B6BBFA598F35DF4/]. Acesso em: 19.06.2018.

135. Se for observado o menor valor possível para o *caput* do art. 33, 500 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo o valor de cada dia, conclui-se que o valor mínimo da pena de multa para o tráfico é de R$ 15.900,00, superior ao rendimento anual de um trabalhador que recebe um salário mínimo mensal, considerado o valor do salário mínimo nacional, a saber, R$ 954,00. Disponível em: [www.guiatrabalhista.com.br/guia/salario_minimo.htm]. Acesso em: 20.06.2018.

136. CARVALHO, Salo de. *A política...*, cit., p. 283.

137. Idem, ibidem, p. 270.

crimes de lesão corporal gravíssima, porque, se, em última análise, pretende-se evitar que exista o consumo de drogas e esse consumo acarrete uma adição a essas substâncias, seria razoável que as penas para o tráfico de drogas não ultrapassassem aquelas previstas para os casos de *enfermidade incurável*, nos termos do art. 129, § 2º, II, do Código Penal.

Além disso, ainda dentro do mesmo nível de racionalidade, os antecedentes criminais e da reincidência devem reocupar o papel que lhes destinaram as regras gerais do Código Penal, porque as penas devem ser dosadas, com absoluta primazia, a partir da análise do fato e de suas circunstâncias, de modo que o passado criminal das pessoas deve ocupar uma função periférica. Mas, de todo o modo, com o acertamento das questões em torno do estabelecimento de níveis de gravidade para o tráfico, com suas formas simples e qualificadas, já tratada na seara da racionalidade ética, os registros criminais naturalmente voltariam à margem da dosimetria da pena, deixando de ocupar o protagonismo que hoje lhes conferiu a Lei 11.343/2006.

Por último, no nível de racionalidade linguística, a utilização de 18 verbos compromete a interpretação do tipo, promovendo uma indesejada abertura, o que desatende aos reclames da taxatividade, corolário da legalidade. Como sustenta Valois, todos os núcleos do tipo poderiam ser resumidos a dois: *possuir* e *trazer consigo*, já que ambas as condutas estão implícitas em todas as outras[138].

Além disso, deveria constar do tipo a finalidade específica de *entrega ao consumo de terceiros, tendo em vista o lucro*, porque o próprio campo semântico da expressão "tráfico", como vimos, vincula-se à ideia de mercancia[139], o que, aliás, já se harmoniza à racionalidade teleológica.

Como último ponto da racionalidade linguística, é necessária a supressão da expressão "ou regulamentar", constante da parte final do *caput* do art. 33, impedindo-se, com isso, que a proscrição de substâncias ocorra por meio de atos normativos outros, que não a própria lei, à medida que o Parlamento deve ser a sede própria para as discussões em torno dos efeitos danosos à saúde dessa ou daquela substância, revelando-se o Legislativo, em razão de sua heterodoxia, com uma capacidade um pouco maior de opor resistência a pressões internacionais, movidas por outros interesses, normalmente de matiz econômica[140], que não a verdadeira preocupação com a proteção da saúde dos cidadãos.

138. VALOIS, Luís Carlos. Op. cit., p. 423.

139. Cf. item 4.2, supra.

140. Muñoz Conde observa que a atual política criminal de drogas repousa no fundamento ideológico econômico da luta pelo controle da circulação de capitais, impedindo-se esse

7. Conclusão

A partir da análise dos cinco níveis de racionalidade pensados por Díez Ripollés, resulta evidente que o tipo de tráfico de drogas, confeccionado para o atendimento do clamor por uma normatividade de emergência, apresenta sérias disfuncionalidades, incompatíveis com o modelo democrático estabelecido pela Constituição.

A proclamação mundial de guerra ao tráfico de drogas, movida por interesses econômicos e reafirmações moralistas, que se escudam sob a pretensa proteção da saúde pública, acaba por engendrar uma série de perplexidades éticas, formais e práticas, que situam o crime de tráfico de drogas muito distante das balizas democráticas, que devem direcionar um necessário Direito Penal do fato.

Referida política de combate às drogas é agudizada, no plano doméstico, pela assunção de um pacto entre as três esferas de poder, que cedem às ideologias externas e passam a adotar uma postura belicista contra as drogas sobre as quais se deseja apor a etiqueta da ilicitude e contra os indivíduos que podem ser encaixados no arquétipo pretendido, sempre sob o controle informal da seletividade penal. De acordo com essa postura de guerra, garantias materiais e processuais são vistas como meros entraves a serem violentamente removidos, para o atendimento de uma suposta eficácia punitiva que, sob o pretexto da proteção da saúde, acaba por incrementar a desigualdade e a exclusão social.

Por isso, impõe-se uma tomada de consciência, cujo passo inicial redunda justamente no reconhecimento das irracionalidades promovidas pela citada política mundial para, em seguida, socorrermo-nos da dogmática para a correção de diversas disfuncionalidades materiais e formais, tendo em vista a humanização da intervenção penal em matéria de drogas.

8. Referências bibliográficas

ALPÍZAR CHAVES, Alberto. Función de taxatividad del tipo penal: mandato de certeza "lex certa". *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, n. 24, v. 17, p. 34-43, 2007.

trânsito fora dos circuitos legais (MUÑOZ CONDE, Franciso. Sínteses e las ponencias y debates. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís; COPELLO, Patrícia Laurenzo (Coord.). *La actual política criminal sobre drogas*: una perspectiva comparada. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993, p. 525-530, esp. p. 527.

AMBOS, Kai. Sobre o futuro da ciência jurídico-penal alemã: abertura e método discursivo no lugar de provincianismo presunçoso. Trad. Chiavelli Facenda Falavigno. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 121, p. 127-160, 2016.

BALSA, Casimiro; VITAL, Clara; URBANO, Cláudia. *III inquérito nacional ao consumo de substâncias psicoativas na população geral* – Portugal 2012. Lisboa: SICAD, 2014.

BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 20, v. 5, p. 126-146, 1997.

BATISTA, Vera Malaguti de Souza Weglinski. Drogas e criminalização da juventude pobre no Rio de Janeiro. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, v. 2, p. 233-240, 1996.

BAUMAN, Zygmunt, *Tempos líquidos*. Trad. Carlos Alberto de Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BOITEUX, Luciana. Brasil: reflexões críticas sobre uma política de drogas repressiva. Revista Internacional de Direitos Humanos, n. 21, p. 16-21, 2015.

BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. La expansión del derecho penal, sociedade del riesgo y crimen organizado. *Revista Peruana de Ciencias Penales* n. 24, p. 93-120, 2012.

CAMARGO, Antônio Luís Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CAMARGO, Antônio Luís Chaves. *Tipo penal e linguagem*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

CARNEIRO, Henrique. *Pequena enciclopédia da histórica das drogas e bebidas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

CARVALHO, Erika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Falsos bens jurídicos e política criminal de drogas: uma aproximação crítica. In: CARVALHO, Erika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. *10 anos da lei de drogas*: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARVALHO, Salo de. A atual política brasileira de drogas: os efeitos do processo eleitoral de 1988. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 34, p. 129-146, 2001.

CUÑARRO, Mónica L. ¿Es posibile la armonización de la legislación penal en matéria de drogas en el mercosur? In: CUÑARRO, Mónica L. (Org.). *La política criminal de la droga*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010.

DE FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. Buscas domiciliares sem mandado e provas ilícitas: reflexões acerca do julgamento do Recurso Extraordinário 603.616, à luz do Direito dos Estados Unidos. *Revista Fórum de Ciências Criminais*, Belo Horizonte, v. 5, p. 137-155, 2016.

DE GIORGI, Raffaele. *Direito, tempo e memória*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. *A racionalidade das leis penais*. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Ed. RT, 2016.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. Da sociedade do risco à segurança cidadã: um debate desfocado. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. 4, v. 17, p. 547-599, 2007.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. O direito penal simbólico e os efeitos da pena. Trad. Luciana Caetano da Silva. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, v. 1, p. 24-49, 2004.

DWORKIN, Gerald. Paternalismo. Trad. João Paulo Martinelli. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 7-27, 2009.

EAGLETON, Terry. *As ilusões do pós-modernismo*. Trad. Elizabeth Barbosa. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

EL HIRECHE, Gamil Föppel; FIGUEIREDO, Rudá Santos. Crítica às tipificações relativas ao tratamento do "crime organizado" no projeto de Código Penal e na Lei 12.850/2003. In: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Doutrinas essenciais*: direito penal e processo penal. São Paulo: Ed. RT, 2015. v. VI, p. 427-474.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Trad. Luís Flávio Gomes et al. São Paulo: Ed. RT, 2002.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Trad. Elena Larrauri. *Revista Hispano-latinoamericana Pena y Estado*, Barcelona, n. 1, p. 23-36, 1991.

HART, Carl. *Um preço muito alto*. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

HERNÁNDEZ, Moisés Moreno. Política criminal, sistema procesal penal y dogmática penal. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antônio (Org.). *Direito penal como crítica da pena*: estudos em homenagem a Juarez Tavares por ocasião de seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. Madri: Marcial Pons, 2012.

HUSAK, Douglas. *Overcriminalization*: the limits of the criminal law. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008.

HUSAK, Douglas. Crimes outside the core. *Tulsa Law Review*, v. 39, p. 755-779, 2004.

KARAM, Maria Lúcia. Dez anos da Lei 11.343/2006 – dez anos da falida e danosa política de "guerra às drogas". *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 22, p. 18-27, 2016.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípio da legalidade penal*. São Paulo: Ed. RT, 1994.

MACHADO, Maíra Rocha. *Internacionalização do direito penal*. A gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena. São Paulo: Direito GV, 2004.

MACRAE, Edward; SIMÕES, José Assis. *Rodas de fumo*: o uso da maconha entre camadas médias urbanas. Salvador: EDUFBA, 2000.

MALISKA, Marcos Augusto. *Estado e século XXI*: a integração supranacional sob a ótica do direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MOCCIA, Sergio. *La perenne emergenza*: tendenze autoritarie nel sistema penale. 2. ed. Napoli: Scientifiche Italiane, 1997.

MOCCIA, Sergio. Emergência e defesa dos direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 7, p. 58-91, 1999.

MUÑOZ CONDE, Francisco; ACOSTA, Bella Aunión. Drogas y derecho penal. *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología,* n. 5, p. 147-157, 1991.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Síntese e las ponencias y debates. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís; COPELLO, Patrícia Laurenzo (Coord.). *La actual política criminal sobre drogas*: una perspectiva comparada. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993.

NIETO MARTÍN, Adán. Americanización o europeización del derecho penal económico. Revista Penal Tirant lo Blanch, Valencia, n. 19, p. 120-136, 2007.

PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. A política legislativa e a racionalidade das leis penais no Brasil. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coord.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior.* Rio de Janeiro: G/Z, 2014.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Ed. RT, 1983.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*: parte geral. 4. ed. São Paulo: Forense, 2012.

RIBEIRO, Maurides de Melo. A evolução histórica da política criminal e da legislação brasileira sobre drogas. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 286, p. 5-8, 2016.

ROXIN, Claus. *Problemas actuales de dogmática penal.* Trad. Manuel A. Abanto Vasquez. Lima: Ara Editores, 2004.

RUGGIERO, Vincenzo. *Crimes e mercados* – ensaios e anticriminologia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Reflexões sobre a política de drogas. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). *Drogas*: uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

SHIMIZU, Bruno; CACICEDO, Patrick. Crítica à estipulação de critérios quantitativos objetivos para a diferenciação entre traficantes e usuários de drogas: reflexões a partir da perversidade do sistema penal em uma realidade marginal. *Boletim IBCCRIM*, n. 286, p. 8-9, 2016.

SCHÜNEMANN, Bernd. A crítica ao paternalismo jurídico-penal – um trabalho de Sísifo? In: GRECO, Luís (Coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del derecho penal*: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 3. ed. Madri: Edisofer, 2011.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e crime*: aspectos do binômio crise econômica e direito penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

SINGER, Richard; LA FOND, John. *Criminal law*. 3. ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2004.

SWEET, Robert W. Política antidroga en USA: un punto de vista. *Jueces para la Democracia: información y debate,* n. 9, p. 61-67, 1990.

TEITEL, Ruti. *Humanity's law*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena*: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

THOMAS, George. *Double jeopardy*: the history, the law. Nova Iorque: New York University Press, 1998.

TIEDEMANN, Klaus. La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas. Trad. Antoni Llabrés Fuster. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 37, v. 10, p. 73-97, 2002.

VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

VITOR, Enrique García. Aspectos políticos criminales en materia de drogas. *Revista de Ciencias Penales*: Argentina, n. 2, p. 71-92, 1999.

VOGEL, Joachim. La internacionalización del derecho penal y el proceso penal. Trad. Alfonso Galán Muñoz. *Revista Penal Tirant lo Blanch*, Valencia, n. 22, p. 160-167, 2008.

WISOTSKY, Steven. Zero tolerance, zero freedom: a report on the current situation in the United States war on drugs. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; COPELLO, Patricia Laurenzo (Coord.). *La actual política criminal sobre drogas*: una perspectiva comparada. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Trad. Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Aproximações criminológicas e processuais entre a "caça às bruxas" e a "guerra às drogas": a persistência da lógica inquisitorial no processo moderno, de Lucas Lopes Oliveira – *RBBCrim* 128/197-232 (DTR\2017\220);
- Problemas do processo de criminalização da associação para o tráfico de drogas: dissonâncias sistêmicas do ordenamento jurídico reveladas por acórdãos do Distrito Federal, de Thiago Rais de Castro e Cristina Zackseski – *RBBCrim* 136/103-125 (DTR\2017\6318); e
- Um modelo dinâmico de legislação penal, de José Luis Díez Ripollés – *RCP* 4/5-52 (DTR\2006\12).

Acesso de autoridades policiais a celulares em abordagens e flagrantes: retrato e análise da jurisprudência de tribunais estaduais

"Stop and frisks", searches incident to arrest, and law enforcement access to cellphones: overview and analysis of state courts case law

Dennys Marcelo Antonialli

Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo (2017). Mestre em Direito pela Stanford Law School, EUA (2011). Mestre pela Bucerius Law School e WHU Otto Beisheim School of Management, Alemanha (2010). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2008). Diretor Presidente do InternetLab, centro independente de pesquisa em Direito e Tecnologia. Fundador do Núcleo de Direito, Internet e Sociedade da Faculdade de Direito da USP (NDIS-USP). Professor Doutor do Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2017-2018).
dennys@internetlab.org.br

Jacqueline de Souza Abreu

Doutoranda em Direito pela Universidade de São Paulo. Mestra em Direito pela University of California, Berkeley (2016), com foco em Direito e Tecnologia, e pela Ludwig-Maximilians-Universität München, Alemanha (2015), com foco em Direitos Fundamentais. Coordenadora da área "Privacidade e Vigilância" no InternetLab, centro independente de pesquisa em Direito e Tecnologia (2016-2018). Advogada.
jacqueline.abreu@usp.br

Heloisa Maria Machado Massaro

Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2018). Pesquisadora no InternetLab, centro independente de pesquisa em Direito e Tecnologia.
heloisa.massaro@internetlab.org.br

Maria Luciano

Mestranda em Direito pela Universidade de São Paulo. Bacharela em Direito pela Universidade de São Paulo (2016). Pesquisadora no InternetLab, centro independente de pesquisa em Direito e Tecnologia.
maria.luciano@internetlab.org.br

Recebido em: 28.02.2018.
Aprovado em: 23.12.2018.
Última versão dos autores: 28.01.2019.

Antonialli, Dennys Marcelo; Abreu, Jacqueline de Souza; Massaro, Heloisa Maria Machado; Luciano, Maria. Acesso de autoridades policiais a celulares em abordagens e flagrantes: retrato e análise da jurisprudência de tribunais estaduais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 154. ano 27. p. 177-214. São Paulo: Ed. RT, abril 2019.

Áreas do Direito: Penal; Processual; Constitucional

Resumo: Não há clareza nem consenso doutrinário e jurisprudencial sobre o nível de proteção aplicável a comunicações armazenadas em dispositivos eletrônicos como celulares. Tal incerteza dá origem a um corpo de material jurisprudencial que hoje delimita, na prática, os contornos da matéria. A partir de uma metodologia de pesquisa empírica, que envolveu a consulta a repositórios eletrônicos de dez tribunais estaduais do Brasil pelos termos "quebra E sigilo E WhatsApp", este artigo explora o conteúdo de julgados que enfrentaram a questão sobre a legalidade da prova obtida via acesso de autoridades policiais a celulares em abordagens policiais e após flagrante delito. Os resultados apontam a grandeza do impacto de uma distinção antiga entre comunicações em fluxo e comunicações armazenadas no que diz respeito à interpretação do art. 5º, XII, da Constituição Federal; a força da leitura de uma prerrogativa "autorizadora" nas diligências previstas no art. 6º do CPP; a marcada ausência de citações ao Marco Civil da Internet; a adoção notável de uma "presunção de consentimento" do acesso; e uma tímida influência do HC 51.531/RO do Superior Tribunal de Justiça, decidido em abril de 2016, que paradigmaticamente sustentou a proteção a informações digitais contidas em celulares.

Palavras-chave: Quebra de sigilo – Privacidade – Abordagem – Flagrante – Celular.

Abstract: There is no clear theoretical and case law consensus on the level of protection applicable to data stored on electronic devices such as cellphones. This legal uncertainty gives rise to an assemblage of case law material that defines, in practice, the applicable legal regime. In this context, this paper investigates the content of judicial decisions that ruled on the lawfulness of evidence collected through law enforcement access to cellphones on "stops and frisks" and during searches incidents to arrests. This investigation was conducted based on review of ten Brazilian state courts case law electronic repositories, using the words "quebra E sigilo E WhatsApp". The analysis of the legal arguments found in the decisions point to a continuing influence of an old distinction between ongoing communications and stored communications in the interpretation of the Brazilian Constitution article 5, XII; reveal the impact of an understanding of the Brazilian Procedural Penal Code Art. 6º proceedings as authorizing this data access; the manifest absence of references to the Brazilian Internet Civil Rights Framework; and show a slight influence of the Brazilian Superior Court of Justice ruling on HC 51.531/RO, decided in april 2016, which paradigmatically upheld the protection of digital data stored in cellphones.

Keywords: Breach of confidentiality – Privacy – Law enforcement – Police – Cellphones.

Sumário: 1. Introdução. 2. Notas sobre o tema e a metodologia. 3. Resultados gerais. 3.1. Acesso policial a dados armazenados em celular após flagrante delito. 3.2. Acesso policial a dados armazenados em celulares durante abordagens. 4. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

Dos modelos 'tijolão' ao iPhone X, telefones celulares provocaram uma transformação no modo como as pessoas se comunicam e nas funcionalidades de que dispõem. É possível fazer ligações, entrar na internet, acessar redes sociais, pedir

carona, pagar contas, ler notícias, baixar e enviar arquivos, tirar fotos, jogar, não importa o horário nem o local.

Outra forma de se olhar para o mesmo fenômeno é destacando como agora todas as nossas ações ficam registradas nesses aparelhos: estão cheios de informações, como lista de contatos, fotos, bloco de notas, listas de leitura, histórico de páginas visitadas, dados de localização, sem contar toda a informação produzida e armazenada em aplicações, como aplicativos de *e-mail*, mensagens instantâneas, jogos e redes sociais. Dados e metadados[1] que compõem toda a intimidade e vida privada ficam, agora, armazenados em celulares, transformando-os em verdadeiros "baús do tesouro" para a persecução penal em sua busca pela verdade.

Diante desse cenário, esta pesquisa se propôs a elucidar como tribunais estaduais brasileiros têm tratado elementos de prova obtidos pelo acesso a dados armazenados em dispositivos celulares por autoridades policiais. Tal diligência desperta discussões acerca dos limites da atuação policial diante dos direitos fundamentais à intimidade e à vida privada, bem como ao sigilo das comunicações, resguardados pela Constituição Federal de 1988 (CF).

O art. 5º, XII, da CF[2], que garante o sigilo das comunicações, inclui uma exceção para fins de investigação e processo penal, a qual foi regulamentada na Lei de Interceptações (Lei 9.296/1996). O escopo de incidência dessa lei é, a rigor, restrito a procedimentos de quebra de sigilo de comunicações *em andamento* (em tempo real, enquanto ocorrem), realizadas com o auxílio de empresas de telecomunicações e/ou da instalação de grampos e escutas ambientais. Para tanto, a lei estabeleceu um regime jurídico rigoroso, que envolve o preenchimento de requisitos mais difíceis de serem atendidos. Esses requisitos estão previstos no art. 2º [3] da referida lei e exigem *(i)* a configuração de indícios razoáveis da autoria

1. Termo utilizado para se referir a "dados sobre dados" ou registros, como o horário de uma chamada telefônica, os números de origem e destino, a duração e a localização geográfica ou o horário de uma conexão à um site e o respectivo endereço IP de origem.
2. Art. 5º 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: [...] XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.
3. Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses: I – não houver indícios razoáveis da autoria ou

ou participação em infração penal; *(ii)* a inexistência de outros meios de prova; e *(iii)* o envolvimento em crimes de maior gravidade. Além disso, a lei também estabeleceu um limite temporal para realização dessa medida: 15 dias, renováveis[4].

Diferente é a situação da proteção (do conteúdo) de comunicações *armazenadas*, isto é, as que não estão mais em trânsito. Nessa hipótese, não há consenso sobre a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais do art. 5º, incisos X e XII da CF.[5] O sigilo garantido pelo art. 5º, XII se aplica apenas às comunicações em fluxo, ou engloba as comunicações armazenadas? Na hipótese da não aplicabilidade do inciso XII, esses dados armazenados estariam protegidos pela cláusula geral de proteção da intimidade (art. 5º, X, da CF[6])? São questões que já muito ocuparam a doutrina e a jurisprudência e que são recolocadas pelo avanço da tecnologia.

---

participação em infração penal; II – a prova puder ser feita por outros meios disponíveis; III – o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção. Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

4. Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

5. Ver, revisando a controvérsia, AZEREDO, João Fábio. Sigilo das comunicações eletrônicas diante do marco civil da internet. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). Direito & *Internet* III. São Paulo: Quartier Latin, 2015. t. II: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014). p. 211-231. Paradigmático: Ver FERRAZ JR., Tercio Sampaio. sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites da função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,* v. 88, 1993. p. 439-459; ABREU, Jacqueline de Souza; ANTONIALLI, Dennys. *Vigilância sobre as comunicações no Brasil*: interceptações, quebras de sigilo, infiltrações e seus limites constitucionais. São Paulo: InternetLab, 2017. Em julgamento de 2006, o Min. Rel. Sepúlveda Pertence afirmou que a proteção conferida pelo inciso XII do art. 5º não se refere às informações comunicadas em correspondências, mensagens telegráficas, dados e telefonemas em si, mas à comunicação, ao *fluxo* das mesmas enquanto ocorrem. Ver BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 418.416-8/SC, Brasília, DF, 10 de maio de 2006. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=500962]. Acesso em: 23.02.2018.

6. Art. 5º 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: [...] 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.

A legislação infraconstitucional também toca a questão sem resolvê-la. Quando o acesso a essas comunicações armazenadas se dá por meio de um intermediário que detém os dados (como é o caso de provedores de aplicações de Internet), os dispositivos aplicáveis são claramente aqueles previstos no Marco Civil da Internet (Lei 12695/14), o qual determina que o acesso ocorra mediante "ordem judicial" (art. 7º, III[7]) nas hipóteses e na forma que a lei o estabelecer (art. 10, § 2º[8]), sem, entretanto, explicitar requisitos substantivos de padrão probatório. Mas o tanto que a referida lei protegeria dados "em repouso" em dispositivos – não armazenados em "nuvem" junto a terceiro ou trafegando pela internet –, é ainda motivo de controvérsia.[9]

Em tese, um dos possíveis regimes jurídicos aplicáveis para o acesso *direto* aos dados armazenados em um aparelho seria o da busca e apreensão, regulado no Código de Processo Penal (CPP). Não obstante, não há nenhum regramento processual específico nem consenso jurisprudencial ou doutrinário sobre isso. Isso faz com que o procedimento de acesso de autoridades a essas comunicações *armazenadas* em um dispositivo eletrônico permaneça em uma zona cinzenta em termos de legislação aplicável.

7. Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: [...] III – inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial.
8. Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas. § 2º O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º.
9. Ver MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Provas digitais: limites constitucionais e o Marco Civil da Internet. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). *Direito & Internet III*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. t. II: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014). p. 455-473 (argumentando que o acesso aos dados armazenados se assemelharia à exibição de documentos, exigindo ordem judicial similar); e AZEREDO, João Fábio. Sigilo das comunicações eletrônicas diante do Marco Civil da Internet. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). *Direito & Internet III*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. t. II: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014). p. 211-231 (afirmando que o acesso a dados armazenados ainda necessita de regulamentação específica, que deve garantir proteção equivalente àquela conferida pela Lei das Interceptações às comunicações em fluxo).

Todas essas incertezas acerca da proteção conferida a comunicações armazenadas em celulares deram origem a um corpo de material jurisprudencial que hoje delimita, na prática, os contornos da matéria e sobre o qual nos debruçamos nesta pesquisa. Na seção a seguir (Parte 2), explicamos as perguntas que nortearam o levantamento e análise de jurisprudência e tecemos algumas considerações sobre a metodologia aplicada. Também apresentamos um panorama geral dos resultados alcançados, com a identificação de quatro tipos-padrões de casos que chegam a tribunais e que envolvem acesso de autoridades policiais a celulares. Depois, analisamos em profundidade duas dessas situações: o acesso ocorrido após a prisão em flagrante e o acesso ocorrido durante abordagem policial (Parte 4). Cada uma das subseções é acompanhada de análises detalhadas dos fundamentos e razões que sustentaram posicionamentos sobre a licitude ou ilicitude da prova obtida mediante acesso ao celular. Na seção final (Parte 5), conectamos os resultados obtidos a propostas legislativas e a um caso de repercussão geral pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal (STF).

2. Notas sobre o tema e a metodologia

O propósito do projeto que originou este artigo consistiu em conhecer o corpo de casos julgados que envolviam acesso de autoridades policiais a celulares para coleta de elementos de prova, em que a discussão sobre a licitude ou ilicitude desta prática tenha sido colocada por razões de proteção constitucional à privacidade das informações armazenadas no aparelho.

O impulso inicial para a realização desta pesquisa foi a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no HC 51.531/RO, em maio de 2016. No caso, o tribunal considerou que a verificação de histórico de conversas do WhatsApp em celular apreendido após flagrante constitui quebra de sigilo, sendo ilegal se realizada sem autorização judicial prévia.[10] Essa decisão foi paradigmática em termos da proteção a *dados digitais armazenados*, especialmente porque, antes dela, as decisões dos tribunais superiores vinham sendo céticas quanto à necessidade de conferir qualquer proteção especial a informações *armazenadas* em dispositivos eletrônicos. Nesse sentido, a decisão paradigmática anterior proferida pelo STF no HC 91.867/PA, em abril de 2012, – na qual a corte decidiu que a análise de

10. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 51.531/RO, Brasília, DF, 19 de abril de 2016. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1497056&num_registro=201402323677&data=20160509&formato=PDF]. Acesso em: 23.02.2018.

histórico de chamadas de celular apreendido após prisão em flagrante não viola o sigilo das comunicações (art. 5º, inciso XII) – foi afastada pelo STJ no HC 51.531/RO. Isso nos levou a questionar como os tribunais estaduais estariam se posicionamento frente a essa problemática.

A partir daí, surgiram duas questões que acabaram por nortear a elaboração deste artigo: "O que tribunais estaduais brasileiros decidiram em matéria de acesso de autoridades policiais a celulares?" e "Por que decidiram assim?".[11] Quanto à primeira questão, nosso interesse esteve em compreender se e quando os tribunais têm declarado a ilicitude ou licitude dessa prática. Quanto à segunda, o objetivo repousou em entender quais as razões da decisão, tomando uma perspectiva interna que pergunta quais fundamentações foram utilizadas para sustentar a orientação adotada como resultado.

Esta pesquisa não olhou para fatores externos que podem influenciar o resultado de uma decisão. Sobre isso, por exemplo, não desconsideramos a existência de debates sobre incongruências presentes no sistema de nulidades no processo penal, que resultam em uma jurisprudência por vezes caótica e repleta de relativizações, que se volta a justificar a validade da prova. A partir da perspectiva de que a finalidade do processo é a busca da verdade substancial, as questões de nulidade passam a ser analisadas, por vezes, a partir do impacto que isso teria na solução final do caso, ao invés de se avaliar as potenciais ilicitudes presentes de forma estritamente dogmática[12]. Não obstante, como exposto, esses questionamentos não serão abordados nesta pesquisa, uma vez que abordagem metodológica adotada se restringe aos aspectos internos ao direito que compõem a decisão.

Do mesmo modo, essa pesquisa não teve pretensão estatística absoluta de encontrar todas as decisões já emanadas no Brasil sobre o tema: buscou-se oferecer um retrato das decisões a partir de determinados critérios pré-determinados.

11. Agradecemos à Luciana Silva Reis pelas conversas sobre metodologia que nos ajudaram a formular as questões desta maneira, em especial pelo compartilhamento do seu *working paper* "Modelos de pesquisa de jurisprudência: limites e potencialidades".

12. Sobre isso ver: LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 941-968; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Nulidades na imputação criminal: Operação Lava Jato e o art. 383 do CPP. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 122, 2016. p. 281-307; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova teoria das nulidades*: processo penal e instrumentalidade constitucional. 2010. 623 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010. Disponível em: [http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/24494/GLOECKNER%2C%20RICARDO%20JACOBSEN%20-%20Copia.pdf?sequence=1&isAllowed=y]. Acesso em: 27.02.2018.

Assim, esta pesquisa não capta a totalidade do posicionamento da jurisprudência sobre o assunto, nem apresenta "tendências" sobre como tribunais decidem. Por outro lado, o que este artigo oferece é uma análise aprofundada da racionalidade jurídica presente nas decisões coletadas dentro das delimitações traçadas, as quais serão detalhadas adiante.

Tendo esses objetivos em vista, o método consistiu em consultar e estudar decisões judiciais a partir dos bancos de dados de jurisprudência online disponibilizados pelos tribunais. Nesse contexto, um dos questionamentos iniciais com o qual nos deparamos foi sobre as limitações existentes em uma pesquisa de jurisprudência feita a partir desses bancos de dados.

Uma das primeiras limitações identificadas em um estudo dessa natureza refere-se ao fato de que desde o início estamos restritos ao universo de casos que chegam aos tribunais; isto é, de todos os acessos a celulares realizados por autoridades policiais sem ordem judicial no plano da realidade, estamos lidando aqui apenas com aqueles que chegaram à segunda instância judicial com esse debate. Além disso, uma segunda possível limitação que reiteradamente afeta pesquisas em jurisprudência estruturadas dessa forma[13] diz respeito à própria estrutura dos bancos de dados online dos tribunais, se todas as decisões proferidas pelo tribunal são disponibilizadas na íntegra e qual a eficácia dos mecanismos de busca disponíveis[14].

Feitas essas ressalvas, cabe explicar como se desenvolveu o curso da pesquisa. Primeiro, em setembro de 2017, realizamos levantamento jurisprudencial exploratório no repositório eletrônico do site do Tribunal de Justiça de São Paulo. Nesta etapa inicial, buscamos compreender a constelação de casos que chegavam ao tribunal envolvendo o tema e ganhar um primeiro contato com os tipos de pedidos, decisões e argumentações, o que gerou conhecimento utilizado para refinar critérios em que os julgados seriam classificados e categorizados.

13. Sobre as limitações dos bancos de dados de tribunais ver: VEÇOSO, Fabia Fernandes Carvalho et al. A Pesquisa em direito e as bases eletrônicas de julgados dos tribunais: matrizes de análise e aplicação no supremo tribunal federal e no superior tribunal de justiça. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 1, n. 1, jan. 2014. p. 105-139.

14. Como não estava no escopo de nossa pesquisa tecer investigações mais profundas acerca do modo como se estruturam as ferramentas de busca dos tribunais, limitamo-nos a contatar todos os tribunais pesquisados para buscar informações acerca da completude de seus bancos de dados *on-line*. Salvo os tribunais dos estados do Amazonas e Goiás, dos quais não obtivemos resposta, todos os demais nos informaram que, pelo menos desde 2009, quando o WhatsApp foi lançado, todos os acórdãos proferidos pelo tribunal são disponibilizados no banco de dados para pesquisa, com exceção dos casos em segredo de justiça.

Após essa primeira etapa, expandimos a pesquisa para os repositórios eletrônicos de jurisprudência de outros nove tribunais estaduais (Amazonas, Roraima, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Paraná, Ceará, Mato Grosso do Sul, Goiás e Rio de Janeiro), totalizando dois de cada região do país.[15] A escolha dos tribunais analisados em cada região foi aleatória e não obedeceu a nenhum critério específico. A única preocupação foi evitar tribunais que zerassem os resultados pelos termos de busca, o que aconteceu em alguns tribunais das regiões Norte e Nordeste. A opção por restringir a pesquisa dessa maneira, e, consequentemente, chegar a um número menor de julgados a serem analisados, decorreu do fato de que o objetivo principal repousava na análise qualitativa das decisões – isto é, mais sobre seu conteúdo e menos sobre a representatividade estatística –; atividade esta que demandou uma análise mais cuidadosa de cada um dos acórdãos.

Nos dois momentos, a pesquisa foi realizada com os mesmos termos de busca: "quebra E sigilo E WhatsApp". A opção por restringir os termos de busca a esses termos-chave deveu-se à centralidade dos termos na prática jurídica nacional: há pouca variação na forma como nos referimos a "quebras de sigilo". Este é o termo da arte que já alcança o universo de casos buscados. Quanto à opção por combinar a busca com o termo "WhatsApp" (e não com outros termos que se refiram a outras aplicações de internet, como Facebook Messenger ou Telegram, por exemplo), a razão reside na popularidade conquistada pelo aplicativo no Brasil como meio de comunicação instantânea. Além disso, episódios que levaram ao bloqueio do aplicativo no Brasil em razão de descumprimento de ordens de interceptação apenas reforçam o apoio de autoridades de segurança pública no histórico de mensagens trocadas pelo aplicativo para a coleta de elementos de prova. Não obstante, o impulso fundamental para a escolha desses termos se deveu, novamente, à mencionada decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que julgou ilícita a verificação de histórico de conversas do WhatsApp em celular apreendido após flagrante, se realizada sem autorização judicial prévia.[16]

15. Tais foram as datas da realização das pesquisas e coleta de acórdãos: TJSP, 30.08.2017; TJRJ, 04.09.2017; TJRS, 11.09.2017; TJPR, 15.09.2017; TJMS, 12.09.2017; TJGO, 14.09.2017; TJCE, 15.09.2017; TJRN, 15.09.2017; TJAM, 13.09.2017; TJRR, 15.09.2017. A pesquisa tem como limitação evidente o fato de estar restrita a repositórios eletrônicos, muitas vezes incompletos.

16. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 51.531/RO, Brasília, DF, 19 de abril de 2016. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1497056&num_registro=201402323677&data=20160509&formato=PDF]. Acesso em: 23.02.2018.

A partir dos resultados obtidos pela busca por esses termos, foi realizado um primeiro filtro, quando buscamos aqueles que discutiam a legalidade da prova obtida mediante acesso a celular.[17] Assim, foram excluídos casos que eram "falsos positivos": os que continham os termos buscados, mas não enfrentavam a problemática estudada neste artigo. Foi o caso de acórdãos que não versavam sobre provas obtidas por meio de acesso de autoridades policiais a celulares; que, mesmo que citassem provas obtidas via acesso a celulares, não discutiam a legalidade do acesso e/ou da prova; e os casos cíveis.

Nossa pesquisa exploratória logo demonstrou que o universo de casos alcançados pelos termos "quebra E sigilo E WhatsApp" ultrapassa as circunstâncias factuais e as fundamentações do mais recente caso do STJ, que versou sobre a legalidade da prova obtida por autoridades policiais a *após* prisão em flagrante. Encontramos quatro tipos-padrões de acesso de policiais a celulares que suscitam discussões sobre a prova:

(i) acesso policial a dados armazenados em celular durante abordagens policiais, acarretando em prisões em flagrante;

(ii) acesso policial a dados armazenados em celular após flagrante delito;

(iii) acesso policial a dados armazenados em celulares no âmbito do cumprimento de mandado de busca e apreensão;

(iv) acesso policial a dados armazenados em celulares mediante autorização judicial.

Essas categorias apresentam um retrato dos tipos de casos que chegam a tribunais brasileiros e que merecem estudo cuidadoso de suas particularidades e nuances. Para a elaboração deste artigo, a identificação desses tipos-padrão levou à aplicação de um segundo filtro sobre os resultados totais, no qual foram selecionados e analisados apenas aqueles em que o acesso a celulares ocorreu em abordagens policiais ou após flagrante (grupos i e ii).

Assim, de 183 resultados obtidos nos dez tribunais analisados, procedemos à análise detalhada do conteúdo de 49 acórdãos para a elaboração deste artigo.[18]

17. Apesar de o termo "WhatsApp" ter sido utilizado como critério de busca, não necessariamente em todos os julgados que analisamos houve acesso da autoridade policial *ao WhatsApp particularmente*. Não fizemos esse tipo de filtragem ou controle. Nesse sentido, pode ser que o termo apareça em citações de outros julgados que mencionam o aplicativo (como na ementa do RHC 51.531 do STJ) e que são referenciados no acórdão estudado, mas o caso em si não é de acesso a WhatsApp especificamente.

18. Foram descartados desta pesquisa casos que não discutiam a legalidade da prova obtida por acesso a celular ("falso positivo" nos resultados de busca); casos que se

Acórdãos que se encaixam nas outras categorias serão explorados em outra oportunidade.[19]

Apesar de não termos realizado nenhum filtro temporal no momento da busca, ao analisarmos as datas de julgamento dos 49 acórdãos finais selecionados, identificamos que todos foram julgados no período de 12.05.2016 a 14.09.2017; isto é, todas as decisões são posteriores ao julgamento do HC 51.531/RO, julgado em 19.04.2016.

Para fazer a classificação e seleção manual dos casos, utilizamos o próprio teor dos acórdãos e a natureza da discussão jurídica neles contida. Para diferenciar as duas categorias (i e ii), foi necessário estabelecer determinados critérios que levassem em conta as descrições, por vezes limitadas, dos fatos presentes nos acórdãos, e que ao mesmo tempo evitassem adentrar debates doutrinários[20].

Na categoria (i) de "acesso policial durante abordagens", acarretando prisão em flagrante, foram catalogados os casos nos quais o acesso ao celular se deu em meio a abordagem policial sem que, anteriormente, houvesse sido apurado ou apreendido quaisquer elementos sugestivos da prática de crime, de modo que os dados consultados no aparelho foram decisivos para a consequente configuração do crime e/ou prisão em flagrante.

Na categoria (ii) de "acesso policial após flagrante delito" foram catalogadas todos os acórdãos em que o acesso ao celular ocorreu associado à configuração da situação de flagrante delito (e à consequente prisão em flagrante), tal como definida no Código de Processo Penal: agente está cometendo infração ou acaba de cometê-la; é perseguido em situação que faça presumir ser autor de infração; ou é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que levem à presunção de autoria.[21] Assim, incluímos nessa categoria os casos em que o acesso

encaixam nas situações (iii ou (iv); e casos que não deixavam claro como e quando o acesso a celular ocorreu.

19. Para as circunstâncias factuais (iii) e (iv), discute-se também a legalidade do acesso, em termos do escopo e/ou da fundamentação do mandado de busca e apreensão e/ou da ordem judicial.

20. Sobre apreensão de pequena quantidade de drogas durante abordagem policial e enquadramento jurídico como flagrante de crime permanente, por exemplo.

21. Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem: I – está cometendo a infração penal; II – acaba de cometê-la; III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

aos celulares se deu *após* a verificação ou apreensão pelos policiais de qualquer elemento considerado como indicativo de prática de crime – sejam documentos falsos usados para estelionato ou, ainda, pequena quantidade de drogas –, ainda que isso tenha derivado, inicialmente, de abordagem.[22]

Apesar de ambas as categorias estarem, no final das contas, de forma ou de outra relacionadas a flagrantes policiais, o critério diferenciador entre as duas categorias é o momento em que o acesso ao celular ocorre: se, da perspectiva do policial envolvido tal como relatado no acórdão, o acesso ao celular ocorre antes ou depois da visualização e/ou constatação de prática de infração criminal. Assim, procurou-se jogar luz sobre variações no regime jurídico aplicado e nos argumentos suscitados nas duas situações (uma mais próxima de funções preventivas e outra, de atribuições repressivas), as quais serão exploradas na Parte 3.

Os julgados foram organizados em planilhas do *Excel*, tanto com respeito às informações formais[23] quanto às informações materiais[24] das decisões, ambas voltadas a responder as perguntas que nortearam a elaboração da pesquisa (Ver Anexo[25]). Para a análise e classificação das fundamentações consideramos apenas os votos vencedores dos acórdãos. Essa escolha metodológica se deu tanto pelo

Art. 303. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

22. A única exceção foi um caso no qual durante abordagem os policiais encontraram com o acusado apenas um cigarro de maconha já pronto e acessaram seu celular. Pela quantidade e circunstância da droga encontrada, e pelo desembargador ter tratado a hipótese como abordagem, sem que fosse mencionado em nenhum momento a configuração de flagrante, foi mantida a classificação do caso como abordagem. Acórdão: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação 0060412-91.2017.8.21.7000. Rel. Diógenes V. Hassan Ribeiro, 3ª Câmara Criminal, j. 17.05.2017.

23. As tabelas formuladas continham colunas com as seguintes informações formais dos julgados analisados: Número do Processo, Tribunal, Classe da ação (apelação, *habeas corpus*, recurso em sentido estrito etc.), Relator, Comarca de origem, Câmara julgadora, Data do Julgamento, Data de Publicação, Data do Registro, e as partes envolvidas.

24. Quanto às informações materiais, as tabelas continham as seguintes colunas: descrição dos fatos; relação do caso com quebra de sigilo do WhatsApp; tipos penais; ementa da decisão; existência de alegação de nulidade da prova obtida mediante acesso ao celular; momento no qual ocorreu o acesso ao celular (em flagrante, abordagem, durante busca e apreensão etc.); decisão final do tribunal sobre a nulidade; e as fundamentações adotadas. Sobre as fundamentações, consultar versão resumida da tabela no Anexo.

25. O anexo com a planilha aqui referenciada está disponível em: [https://bit.ly/2DAdfCE].

reduzido número de casos nos quais a decisão não foi unânime[26], quanto em decorrência das perguntas que buscamos responder, posto que olhávamos, também, para a decisão final do caso. Como nos interessava o "o quê?", correlacionado com o "por quê?" – a racionalidade decisória interna da decisão –, escolhemos analisar apenas o voto vencedor, cuja fundamentação levou à solução final do caso.

Na primeira fase, as colunas da planilha dirigidas a catalogar as fundamentações foram elaboradas a partir da pesquisa exploratória no *site* do TJSP (que levantou a diversidade de argumentos utilizados) e organizadas com base na experiência prévia dos pesquisadores com a literatura sobre o tema. Assim, entre os argumentos presentes neste debate que foram inicialmente mapeados pelos pesquisadores e, após a pesquisa exploratória, transformados em colunas da planilha, estão: a diferenciação entre a proteção constitucional de dados em trânsito e de dados armazenados; o art. 6º do CPP[27] (prerrogativas da autoridade policial na fase de inquérito); o art. 240 e seguintes do CPP[28] (regime de busca e apreensão);

26. Dos 49 casos analisados, em apenas seis houve voto dissidente. Em três deles o voto foi pela nulidade da prova, enquanto a decisão colegiada havia sido por reconhecê-la como válida (acórdãos: Tribunal de Justiça de São Paulo. Habeas Corpus 2018184-14.2016.8.26.0000. Rel. João Morenghi, 12ª Câmara de Direito Criminal, j. 01.06.2016; Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 0003821-39.215.8.26.0114. Rel. Euvaldo Chaib, 8ª Câmara Criminal Extraordinária, j. 01.08.2017; Tribunal de Justiça do Estado de Roraima. Habeas Corpus 0000968-58.2016.8.23.0000. Rel. Mauro Campello, Câmara Criminal, j. 01.09.2016.), enquanto que nos outros três o voto foi pelo reconhecimento da licitude da prova, diante da declaração de nulidade proferida pela maioria do colegiado (acórdãos: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus 0191856-53.2017.8.21.7000. Rel. Jayme Weingartner Neto, 1ª Câmara Criminal, j. 09.08.2017; Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso em Sentido Estrito 0115557-35.2017.8.21.7000. Rel. Sérgio Miguel Achutti Blattes, 3ª Câmara Criminal, j. 19.07.2017; Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação 0060412-91.2017.8.21.7000. Rel. Diógenes V. Hassan Ribeiro, 3ª Câmara Criminal, j. 17.05.2017.)

27. Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: [...] II – apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; III – colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias.

28. Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal. [...] § 2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras *b* a *f* e letra *h* do parágrafo anterior.

    Art. 244. A busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

o Marco Civil da Internet; e precedentes de tribunais superiores[29], como o HC 91.867/PA de 2012 do STF, o HC 66.368/PA de 2007 do STJ e o recente RHC 51.531/RO de 2016 do STJ, os quais serão discutidos na seção 3, quando forem apresentados os resultados.

A elaboração da tabela de catalogação de casos com base em padrões de argumentação, à luz dessas discussões e julgados (ver Anexo), ajudou na organização dos resultados e na compreensão das razões jurídicas por trás das decisões, as quais serão apresentadas na próxima seção. Nossos objetivos consistiram em entender se e como essas linhas de fundamentação apareciam em tribunais estaduais pelo Brasil para assim ter noção da dimensão de influência de cada uma delas, ainda que limitada pelo escopo da pesquisa.

Para a segunda fase, de maior fôlego, e que se estendeu aos demais tribunais, as categorias de análise das fundamentações inicialmente estabelecidas foram refinadas conforme novas discussões surgiam, se repetiam e se mostravam relevantes para o debate. Como resultado disso, novos tipos de padrões de fundamentação foram acrescentados à planilha: o papel do consentimento do portador do celular sobre o acesso, a ponderação de princípios, e o "princípio do prejuízo", os quais serão analisados mais adiante pormenorizadamente.

3. Resultados gerais

3.1. Acesso policial a dados armazenados em celular após flagrante delito

Entre os 49 acórdãos selecionados, 37 tratam de acesso a celulares ocorridos em decorrência da configuração de flagrante delito. A elevada incidência não surpreende quando se considera que, nessas circunstâncias, as autoridades policiais procedem à busca de objetos e produtos do crime portados pelo detido, para

29. Esta pesquisa teve por foco estudar as decisões judiciais dos tribunais estaduais em segunda instância, dessa forma não foi realizada uma pesquisa exaustiva nos tribunais superiores. Os precedentes aqui elencados foram mapeados a partir da experiência prévia dos pesquisadores sobre o tema e reavaliados no decorrer da pesquisa. O HC 51.531/RO do STJ foi escolhido por se tratar de decisão paradigmática em termos de proteção a *dados digitais armazenados*, e por ter sido um dos impulsos iniciais desta pesquisa. O HC 91.867/PA do STJ foi incluído por se tratar da decisão paradigmática do STF, anterior àquela do STJ, e por ele afastada quando do julgamento do HC 51.531/RO. O HC 66.368/PA do STJ, por sua vez, foi escolhido por ser a jurisprudência antiga desse tribunal – anterior ao julgamento do HC 51.531/RO – e por se tratar do mesmo caso julgado pelo HC 91.867/PA do STF.

coletar elementos que constituirão o auto de prisão em flagrante e para garantir a segurança das próprias autoridades.

Nesse contexto, o art. 244 do Código de Processo Penal é claro ao dizer que "a busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão [...]". Que o preso em flagrante tenha seu corpo e suas vestes revistadas e apalpadas, está, portanto, autorizado nessas circunstâncias. A questão que se coloca, entretanto, é se é permitido às autoridades policiais *estender* os limites da busca pessoal do acusado preso "independentemente de mandado", acessando também dados armazenados no celular por ele portado. A prisão em flagrante autoriza a devassa a tudo que está salvo eletronicamente em dispositivos carregados pelo preso em flagrante, sem que seja necessária ordem judicial?

Nos julgados identificados, o acesso ao celular após configuração da situação de flagrante delito forneceu aos policiais informações complementares que os levaram à identificação de demais suspeitos, indicaram elementos adicionais à configuração do crime – como mensagens e fotos sugestivas da prática de tráfico –, e/ou foram usadas como provas durante a instrução criminal.

Em um número significativo (11) de casos analisados, mediante a descoberta de pequena quantidade de drogas e/ou após declaração de porte das mesmas para consumo próprio, a polícia procedeu à devassa do celular do acusado.[30] Nessas hipóteses, após a consulta a dados armazenados que sugeriam a prática de tráfico,

30. Os 11 acórdãos: Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 0001047-06.2016.8.26.0048. Rel. Newton Neves, 16ª Câmara de Direito Criminal, j. 30.05.2017; Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 0019072-94.2015.8.26.0309. Rel. Jaime Ferreira Menino, 12ª Câmara de Direito Criminal, j. 05.04.2017; Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 0002263-45.2016.8.26.0066. Rel. Hermann Herschander, 14ª Câmara de Direito Criminal, j. 20.10.2016; Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 0003821-39.215.8.26.0114. Rel. Euvaldo Chaib, 8ª Câmara Criminal Extraordinária, j. 01.08.2017; Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação 17277-35.2015.8.16.0017. Rel. Dilmari Helena Kessler, 4ª Câmara Criminal, j. 31.08.2017; Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação 0012314-90.2015.8.16.0014. Rel. Jorge Wagih Massad, 5ª Câmara Criminal, j. 16.03.2017; Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação 0008292-73.2015.8.16.0083. Rel. Luiz Osório Moraes Panza, 5ª Câmara Criminal, j. 19.05.2016; Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação 0002774-18.2015.8.16.0014. Rel. Rogério Kanayama, 2ª Câmara Criminal, j. 12.05.2016; Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação 0019503-59.2014.8.16.0013. Rel. Ruy Alves Henriques Filho, 5ª Câmara Criminal, j. 12.05.2016; Tribunal de Justiça do Estado de Roraima. Apelação 0000968-58.2016.8.23.0000. Rel. Mauro Campello, Câmara Criminal, j. 01.09.2016; Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus 0191856-53.2017.8.21.7000. Rel. Jayme Weingartner Neto, 1ª Câmara Criminal, j. 09.08.2017.

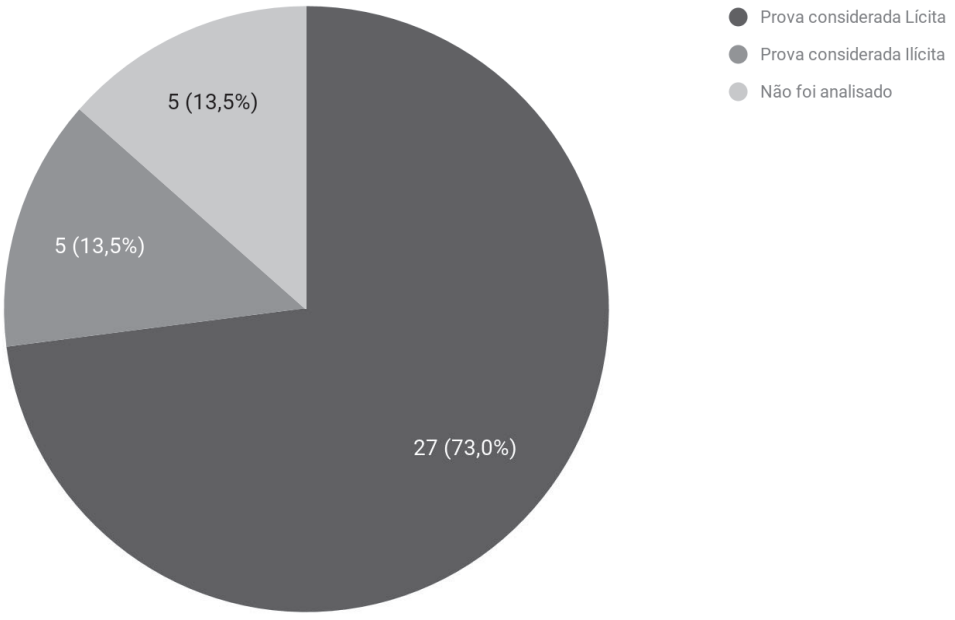
estas informações foram usadas tanto como potencial prova da prática do referido crime, quanto levaram, em algumas situações, os policiais a estenderam as buscas a outros locais, culminando na descoberta de maior quantidade de entorpecentes e/ou outros supostos autores do crime.

Essas circunstâncias indicam que as informações contidas em celulares, obtidas sem prévia ordem judicial, mostraram-se relevantes na persecução penal, seja na fase inquisitorial ou processual, seja assumindo papel central na configuração e atribuição do crime e/ou na descoberta de indícios e provas de autoria e materialidade.

Na ausência de regime específico e regras claras sobre a busca em aparelhos móveis nessas circunstâncias, a decisão sobre a validade desses elementos de prova coletados por policiais no acesso ao celular reside substancialmente nas interpretações construídas jurisprudencialmente em razão das alegações de ilicitude da conduta trazidas pela defesa.

Nos casos estudados nessa categoria, ao serem confrontados com essa alegação de nulidade das provas colhidas mediante o acesso ao celular sem ordem judicial, os tribunais decidiram, majoritariamente, por considerar como lícita a consulta aos dados e, portanto, não acolher o pedido de nulidade da prova. Em 86,5% dos casos, a prova obtida pelo acesso ao celular após prisão em flagrante não teve sua nulidade declarada: em 73%, a prova é considerada lícita pelo julgador; e em 13,5%, a alegação de nulidade não é analisada (ver Gráfico 1).

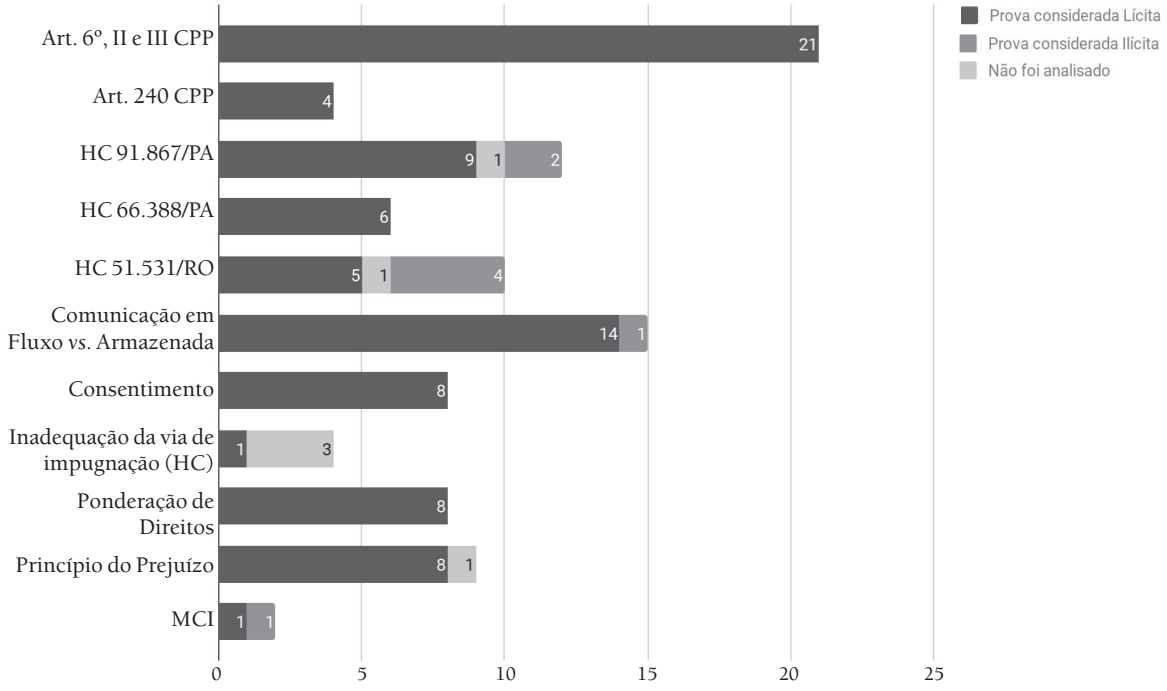
Gráfico 1 – Resultado dos pleitos de nulidade em casos de acesso a celular após configuração de flagrante delito



Fonte: dos autores.

No que diz respeito ao segundo quesito metodológico ("Por que decidiram assim?"), após identificar o que os tribunais decidiram nos casos de acesso a celular após configuração de flagrante delito, as fundamentações adotadas nos acórdãos foram sistematizadas e organizadas com o objetivo de identificar o porquê de terem decidido dessa forma. A escolha das categorias, conforme já citado no tópico de metodologia, foi construída, em um primeiro momento, a partir da experiência prévia dos pesquisadores e dos argumentos recorrentemente encontrados nas decisões analisadas em caráter exploratório. Ao longo da pesquisa, essas categorias foram sendo atualizadas e reavaliadas conforme novos argumentos surgiam e se repetiam, ou não, nos acórdãos. O produto dessa análise no que tange aos casos discutidos nesse tópico, encontra-se sistematizado no Gráfico 2 reproduzido a seguir.

Gráfico 2 – Fundamentações encontradas nos acórdãos de acesso a celular após configuração de flagrante delito



Fonte: dos autores.

Conforme se observa no gráfico apresentado, o principal argumento utilizado nas decisões é o art. 6º do Código de Processo Penal. Ele determina que, logo que tiver conhecimento de infração penal, a autoridade policial deverá apreender os objetos que tiverem relação com o fato (após liberados por peritos) e colher todas as provas que servirem ao esclarecimento do fato e suas circunstâncias (art. 6º, II e III). A maioria das decisões (21 em 27) que consideraram lícita a prova produzida nessas circunstâncias se baseou substancialmente nesse argumento para afastar qualquer alegação de quebra ilegal de sigilo.

O art. 240, § 2º, do Código de Processo Penal – que autoriza a busca pessoal quando houver fundada suspeita de que o indivíduo esteja ocultando consigo carta, cujo conteúdo possa ser útil ao esclarecimento dos fatos, ou qualquer outro elemento de convicção – é pouco suscitado nas decisões analisadas (quatro vezes). Em três acórdãos, esse fundamento é acompanhado pelo art. 6º,[31] pelo art. 244[32], ou por ambos,[33] do CPP.

Assim, no total, há 23 casos em que o flagrante delito que autoriza alguma busca (amparada seja no art. 6º, no art. 240, § 2º, e/ou no art. 244 do CPP) aparece como fator crucial para respaldar a conduta policial de acesso a dados de celular, estando presente como fundamentação em 85,18% dos casos analisados.

O debate acerca da extensão da inviolabilidade das comunicações telefônicas e de dados garantida pelo art. 5º, XII, da Constituição Federal também aparece com frequência. Em 14 das decisões analisadas, os julgadores diferenciaram as comunicações em fluxo das comunicações armazenadas[34] com o propósito de argumentar que os dados armazenados em celulares acessados pelos policiais não estariam acobertados por essa proteção constitucional, que se restringiria apenas ao fluxo das comunicações. Nesse sentido, uma vez que as comunicações

31. Acórdão: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Embargos de Declaração 0001279-59.2015.8.26.0272/50000. Rel. Pinheiro Franco, 5ª Câmara de Direito Criminal, j. 01.12.2016.

32. O art. 244 do Código de Processo Penal é fundamentação citada nos casos: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Habeas Corpus 0021238-64.2017.8.16.0000, Rel. Antônio Carlos Ribeiro Martins, j. 10.08.2017; Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Habeas Corpus 0034498-48.2016.8.16.0000. Rel. Lidia Maejima, 4ª Câmara Criminal, j. 08.12.2016.

33. Acórdão: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Habeas Corpus 0034498-48.2016.8.16.0000. Rel. Lidia Maejima, 4ª Câmara Criminal, j. 08.12.2016.

34. Essa distinção não aparece sempre exatamente nos mesmos termos. Juízes também falam em comunicação telefônica vs. registros telefônicos, comunicação de dados vs. os dados *per se*, ou sigilo de dados telefônicos *vs* sigilo telefônico, todas no mesmo sentido; além da adoção dos termos tais como: "interceptação à comunicação", "dados registrados", "dados armazenados" etc. Em razão da multiplicidade dos termos adotados, foram incluídos nessa categoria de fundamentação todos os casos nos quais essa diferenciação discutia a extensão do sigilo das comunicações do art. 5º, XVII, da Constituição Federal, conforme também debatido em FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites da função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,* v. 88, 1993. p.439-459.

não estivessem mais em trânsito, mas apenas armazenadas no aparelho celular, o acesso a esses dados não seria ilegal.

Outra fundamentação com a qual nos deparamos constrói-se através da ponderação dos direitos e garantias constitucionais. Invocada sempre em complemento a outras fundamentações como argumento para reforçar a inaplicabilidade do sigilo das comunicações à situação discutida nos autos, ela apareceu de dois modos: na alegação de que os direitos e garantias constitucionais não são absolutos, complementada, ou não, pela ponderação entre as previsões constitucionais sobre sigilo das comunicações e segurança/ordem pública, (prevalecendo a última sobre a primeira).

Essas três principais fundamentações acima citadas – art. 6º, II e III, do CPP, distinção da proteção entre comunicações em fluxo e armazenadas, e ponderação entre direitos e garantias constitucionais – foram invocadas, também, pelo Ministro Gilmar Mendes no HC 91.867/PA[35], julgado em abril de 2012, no qual o STF considerou como lícita a consulta a registros telefônicos armazenados no celular de corréu acusado de homicídio, após a prisão em flagrante. Antes de chegar ao STF, esse caso já havia sido julgado pelo STJ no HC 66.368/PA[36], em junho de 2007, quando também a prova havia sido considerada lícita, com o uso de fundamentação similar. Ambos os acórdãos, conforme se observa no Gráfico 2, aparecem significativamente nos casos analisados como principal amparo jurisprudencial à licitude da prova produzida mediante acesso a dados armazenados em celulares após a configuração do flagrante delito, estando presente em 14 deles, se somados os acórdãos nos quais pelo menos uma das duas decisões é invocada.

Juntas, as fundamentações analisadas acima consistem nas principais bases legais e jurisprudenciais que subsidiam as decisões dos tribunais que consideraram como lícita a prova produzida nas circunstâncias aqui analisadas. Em complemento a elas, duas (principais) fundamentações aparecem nos acórdãos atuando, substancialmente, como reforço argumentativo a essas decisões: linhas de raciocínio que remetem ao "princípio do prejuízo" e análises acerca do potencial consentimento do acusado.

35. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 91.867/PA, Brasília, DF, 24 de abril de 2012. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2792328]. Acesso em: 23.02.2018.

36. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 66.368/PA, Brasília, DF, 5 de junho de 2007. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=696514&num_registro=200602016074&data=20070629&formato=PDF]. Acesso em: 23.02.2018.

O Princípio do Prejuízo – previsto no art. 563[37] e complementado pelo art. 566[38], ambos do CPP – determina que não se declara a nulidade dos atos processuais se ausente prejuízo para as partes e se ela não tiver influenciado na apuração da verdade e na decisão da causa[39]. Nessa categoria foram incluídos não apenas os casos nos quais os acórdãos expressamente invocaram o "princípio do prejuízo", mas também aqueles que o fizeram de modo indireto, com fundamentações que afastaram a nulidade alegando que o acesso ao celular não influiu no resultado final da decisão, seja porque a prova não foi utilizada pelo juízo para o seu convencimento, seja pela existência de outros elementos probatórios que sustentam por si só a decisão final. Apesar de se tratar de um argumento possível de ser utilizado para afastar a alegação de nulidade sem que se discuta propriamente a ocorrência ou não da ilicitude, na maioria dos casos observados, essa fundamentação serviu como complemento às demais linhas argumentativas, como citado anteriormente.

De modo similar foram empregados os argumentos sobre suposto consentimento do acusado no acesso aos dados armazenados em seu celular. Todavia, a linha argumentativa encontrada nos acórdãos não se pautou em provas do consentimento; pelo contrário, baseou-se na inexistência de indícios de que não tenha havido consentimento. Na visão dos julgadores, ao não se insurgir contra o acesso, os acusados estariam consentindo com a ação policial, o que afastaria qualquer possível alegação de sigilo que pudesse remanescer. Em seis dos oito casos nos quais houve discussão sobre consentimento, a ausência de informação

37. Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

38. Art. 566. Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.

39. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito processual penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. t. II. p. 240-242. Para uma discussão aprofundada sobre o princípio (ou regra) do prejuízo (ou, ainda, do princípio da "pas de nullité sans grief"), ver GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. Salvador: JusPodivm, 2013; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012; PASCHOAL, Jorge Coutinho. *O prejuízo na teoria das nulidades processuais penais e sua análise jurisprudencial nos Tribunais Superiores*. 2014. 554 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; CALMON DE PASSOS, Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ou prova nos autos de que tenha ocorrido coação policial ou de que o acusado tenha se oposto ao acesso a seu celular foi invocada como indício de consentimento que autorizaria o acesso aos dados armazenados. Nos demais, o suposto fornecimento da senha de acesso[40] foi circunstância considerada como indicativa desse mesmo consentimento.

As fundamentações até aqui detalhadas sustentam, essencialmente, as decisões que consideraram como lícita a prova obtida mediante acesso aos celulares após configuração do flagrante. Em oposição a esse entendimento, em abril de 2016, no HC 51.531/RO[41], como mencionado anteriormente, o STJ considerou como ilícita a prova obtida mediante acesso a conversas de WhatsApp no celular do acusado após prisão em flagrante delito, determinando o desentranhamento das provas assim obtidas. Em suas razões de decidir, o Ministro relator Nefi Cordeiro invocou a proteção constitucional ao sigilo das comunicações e à intimidade e vida privada, além de citar dispositivos infraconstitucionais da Lei de Interceptações, Lei de Telecomunicações e o Marco Civil da Internet como fundamento para justificar a ilegalidade do acesso às mensagens de WhatsApp sem prévia ordem judicial. Em sua visão, teria ocorrido, no caso, uma "interceptação"[42] não autorizada de comunicações, que estariam protegidas pelos dispositivos invocados, em situação similar aos e-mails, cujo acesso precisa de ordem judicial.

Apesar de pouco considerado, o entendimento do STJ no HC 51.531/RO não foi completamente esquecido. Entre os casos em que a prova foi considerada lícita, em cinco deles, ele foi citado *e* afastado, sendo que em três (desses cinco) o tribunal considerou que não se aplicaria no caso concreto[43]. Nos demais, em um

40. Acórdãos: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação 17277-35.2015.8.16.0017. Rel. Dilmari Helena Kessler, 4ª Câmara Criminal, j. 31.08.2017; Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Apelação 0067551-30.2015.8.06.0001. Rel. Francisco Martonio Pontes de Vasconcelos, 2ª Câmara Criminal, j. 07.06.2017.

41. BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Ordinário em Habeas Corpus no 51.531/RO, Brasília, DF, 19 de abril de 2016. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1497056&num_registro=201402323677&data=20160509&formato=PDF]. Acesso em: 23.02.2018.

42. A rigor, o termo *interceptação* é utilizado para se referir à captura de comunicações em fluxo. Esta foi, entretanto, a terminologia utilizada pelo Ministro no acórdão, mesmo se referindo ao acesso a dados armazenados em dispositivo celular.

43. Acórdãos: Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 0019072-94.2015.8.26.0309. Rel. Jaime Ferreira Menino. Julg. 5.04.2017; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 0020054-28.2015.8.26.0562. Rel. Francisco Orlando, 2ª Câmara de Direito Criminal,

o relator apenas discordou do posicionamento adotado pelo STJ[44]; enquanto que no outro[45], apesar da concordância com a posição da corte superior, a nulidade foi afastada com base na alegação de consentimento e na teoria da descoberta inevitável[46]. Vale ressaltar que todos os acórdãos analisados nessa categoria foram decididos depois de abril de 2016 (quando foi julgado o HC do STJ).

Por outro lado, esse recente posicionamento do STJ é expressivo nos casos em que a prova foi considerada ilícita, tendo sido invocado como fundamentação relevante em quatro dos cinco casos que acolheram a nulidade. Não obstante, no único caso que decidiu pela ilicitude da prova na qual essa decisão não foi citada[47], a fundamentação baseou-se em linha argumentativa similar à do HC 51.531/RO e mencionou acórdão do STJ[48] de 2017 que veicula posicionamen-

j. 06.03.2017; Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 0003821-39.215.8.26.0114. Rel. Euvaldo Chaib, 8ª Câmara Criminal Extraordinária, j. 01.08.2017.

44. Acórdão: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 0004154-11.2015. 8.26.0269. Rel. Figueiredo Gonçalves, 1ª Câmara de Direito Criminal, j. 20.03.2017.

45. Acórdão: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação 0005625-73.2015.8.19.0052. Rel. Marcus Basilio, 1ª Câmara Criminal, j. 06.12.2016.

46. A "descoberta inevitável" é uma exceção ao princípio da contaminação das provas ilícitas previsto no art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal. Pelo princípio da contaminação, toda prova derivada de uma prova ilícita é também ilícita por derivação, sendo, portanto, inadmissível. Esse princípio, também conhecido como teoria dos frutos da árvore envenenada ("fruits of the poisonous tree", expressão cunhada pela jurisprudência estadunidense no caso *Nardone v. United States* de 1937) não é, todavia, absoluto, possuindo como uma de suas exceções doutrinárias a "descoberta inevitável", cuja origem também remonta à jurisprudência estadunidense (*Nix v. Williams* de 1984). De acordo com essa exceção, são válidas as provas que, apesar de derivadas de provas ilícitas, seriam inevitavelmente descobertas se seguidos os trâmites típicos e legais da investigação; ou seja, não estão contaminadas as provas cuja descoberta no curso da investigação fosse inevitável independente da prova ilícita da qual derivaram na prática. Essa exceção teria sido prevista pelo legislador no art. 157, § 2º, em uma confusão entre "fonte independente" e "descoberta inevitável" debatida e criticada pela doutrina (LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2016; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito processual penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. t. I).

47. Acórdão: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus 0191856-53.2017.8.21.7000. Rel. Jayme Weingartner Neto, 1ª Câmara Criminal, j. 09.08.2017.

48. O acórdão ao qual se referiu a decisão é o seguinte: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus 75.055/DF, Brasília, DF, 21 de março de 2017. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1583195&num_registro=201602198887&data=20170327&formato=PDF]. Acesso em: 26.02.2018.

to semelhante. Relevante notar também que, dentre esses cinco casos que acolheram a nulidade da prova, em dois deles[49] o posicionamento do STF no HC 91.867/PA foi citado para ser afastado, adotando-se argumentação semelhante àquela empregada pelo Ministro Rogério Schietti no HC 51.531/RO[50].

É ainda relevante notar que, dentre os casos analisados nesta categoria, apenas 2 citam o Marco Civil da Internet. Ao afastar o HC 51.531/RO, que também teria repousado na referida lei como fundamento, um acórdão afirma que ela se aplica ao "ambiente virtual", "quando os indivíduos estão conectados", não sendo este o caso no acesso direto a dispositivos celulares[51]. Em outro acórdão, a lei é citada como base argumentativa para sustentar que comunicações contidas em celulares são protegidas, sendo necessária ordem judicial para acessá-las.[52] A mesma decisão cita o HC 75.055 do STJ, que também lidou com a legitimidade do acesso de autoridade policial a dados armazenados em celular de agente detido.[53]

Por fim, é possível observar que situação distinta foi a dos 5 acórdãos nos quais não se analisou a licitude ou ilicitude da prova, cujas razões de decidir se pautaram primordialmente em questões processuais. Interessante notar que apesar da nulidade da prova ser arguida de modo geral em sede preliminar ou, em alguns casos, por meio de Habeas Corpus, esse entendimento não é pacífico.

---

49. Acórdãos: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Apelação 0101239-21.2014.8.20.0003. Rel. Luiz Alberto Dantas Filho, Câmara Criminal, j. 06.09.2016; Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação 0015517-67.2015.8.16.0044. Rel. Rogério Coelho, 5ª Câmara Criminal, j. 14.09.2017.

50. Em seu voto convergente, o Ministro ressaltou que, com a evolução tecnológica, os celulares atualmente armazenam uma multiplicidade muito maior de dados do que em 2004, quando ocorreu o acesso no caso julgado pelo STF; além disso, lembrou que naquele caso foram acessados apenas registros telefônicos (histórico de chamadas), enquanto que, na hipótese discutida pelo STJ, foram acessadas conversas mantidas pelo aplicativo WhatsApp, que configurariam verdadeira comunicação (conteúdo).

51. Acórdão: Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 0019072-94.2015.8.26.0309. Rel. Jaime Ferreira Menino. J. 5.04.2017.

52. Acórdão: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus 0191856-53.2017.8.21.7000. Des. Rel. Jayme Weingartner Neto, j. 09.08.2017.

53. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus 75.055/DF, Brasília, DF, 21 de março de 2017. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1583195&num_registro=201602198887&data=20170327&formato=PDF]. Acesso em: 26.02.2018.

Entre os casos em que os tribunais não analisaram a ilicitude da prova, em três deles o Habeas Corpus foi considerado como via inadequada para se discutir questões probatórias, de modo que a referida nulidade deveria ser analisada em maior profundidade no processo de conhecimento. Não obstante, esse argumento também apareceu em um *Habeas Corpus*[54] no qual, após pugnar pela inadequação da via, o relator, mesmo assim, analisou a questão e considerou a prova como lícita. Em outros dois casos a questão foi considerada prejudicada pelo advento de sentença condenatória durante o trâmite do HC[55] ou em decorrência da resolução de mérito ser mais benéfica aos réus[56], não sendo também analisada.

3.2. Acesso policial a dados armazenados em celulares durante abordagens

Os outros 12 acórdãos analisados, entre os 49 selecionados, referem-se ao acesso a dados armazenados em celulares ocorrido durante abordagens policiais, sem prévia configuração clara de flagrante delito. Nessas circunstâncias, ao abordar aqueles cujo comportamento foi considerado "suspeito" e realizar busca pessoal (revista), policiais acessaram celulares e coletaram informações que supostamente indicariam a prática de crimes pelos próprios abordados ou por terceiros. Na posse dessas informações, na maioria dos casos, a polícia estendeu as buscas a outros lugares e/ou indivíduos, o que culminou na apreensão de entorpecentes, levando à prisão em flagrante dos acusados. Em outras hipóteses, os próprios elementos informativos colhidos mediante o acesso ao celular serviram para que os policiais considerassem o crime configurado e determinassem a prisão em flagrante dos suspeitos.

A realização de abordagens diante de "comportamento suspeito", seguidas de busca pessoal, é prática policial rotineira que compõe a atividade de policiamento ostensivo de caráter preventivo amplo[57]. A título ilustrativo[58], o manual

54. Acórdão: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Habeas Corpus 0021238-64. 2017.8.16.0000, Rel. Antônio Carlos Ribeiro Martins, j. 10.08.2017

55. Acórdão: Tribunal de Justiça de São Paulo. Habeas Corpus 2116554-91.2017.8.26.0000. Rel. Gilberto Ferreira da Cruz, 15ª Câmara de Direito Criminal, j. 10.08.2017.

56. Recurso em Sentido Estrito contra decisão de pronúncia, cuja decisão do tribunal foi pela desclassificação do latrocínio, retirando a competência do júri e reenviando o caso para outro órgão analisar as provas: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso em Sentido Estrito 0115557-35.2017.8.21.7000. Rel. Sérgio Miguel Achutti Blattes, 3ª Câmara Criminal, j. 19.07.2017.

57. WANDERLEY, Gisela Aguiar. A busca pessoal no direito brasileiro: medida processual probatória ou medida de polícia preventiva?. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal,* Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 1117-1154, set.-dez. 2017. Disponível em: [https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i3.96]. Acesso em: 27.02.2018.

de "procedimento padrão" da Polícia Militar do estado do Mato Grosso do Sul, por exemplo, define atitude suspeita como "todo comportamento anormal ou incompatível para o horário e o ambiente considerados, praticado por pessoa(s), com a finalidade de encobrir ação ou intenção de prática delituosa"[59], definição essa também presente nos manuais dos estados do Amazonas e Goiás[60]. O "desvio brusco do olhar ou do itinerário" e o uso de vestes incompatíveis com o clima estão entre os exemplos listados.

Apesar de ser prática comum, o respaldo legal não é isento de controvérsia jurídica. O art. 244 do Código de Processo Penal, geralmente invocado como permissivo legal da prática, autoriza a busca pessoal independentemente de mandado "quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito". Diante dessa redação, há críticas no sentido de que o judiciário não se atenta ao fato de que a suspeita aí prevista é qualificada. Os requisitos de validade da busca pessoal sem mandado consistem em uma (i) suspeita (ii) fundada (iii) de posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito.[61] Portanto, es-

58. Por não ser o foco da pesquisa, não foi realizada uma busca exaustiva nos manuais das polícias militares de todos os estados pesquisados. Os manuais aqui citados foram aqueles mais facilmente encontrados em busca online. Vale registrar que esta breve pesquisa logo mostrou que nem todos os manuais estão disponíveis publicamente. Foi decretado sigilo sobre o manual da polícia militar de São Paulo, por exemplo. Disponível em: [http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-02/secretaria-de-seguranca-de-sao-pauo-mantem-sigilo-sobre-manuais-da-policia].

59. POLÍCIA MILITAR DE MATO GROSSO DO SUL. *Manual de Procedimentos Operacionais Padrão – POP*. Módulo II: Abordagens policiais. Março 2013. Disponível em: [www.pm.ms.gov.br/wp-content/uploads/sites/36/2016/01/POP-Abordagem.pdf]. Acesso em: 26.02.2018.

60. SOARES JUNIOR, Amadeu da Silva et al. *Rotina de trabalho da segurança cidadã no Amazonas*: procedimentos operacionais padrão integrados da PMAM e PCAM/ Secretaria de Estado de Segurança Pública. 2. ed. Manaus: Secretaria de Estado de Segurança Pública, 2015. Disponível em: [https://pm.am.gov.br/portal/imagens/arquivos/521e4ca375eb89cd595736fc04de310f.pdf]. Acesso em: 26.02.2018; POLÍCIA MILITAR DE GOIÁS. *Procedimento Operacional Padrão: POP.* 3. ed. Goiânia: PMGO, 2010. Disponível em: [http://assego.com.br/uploads/026092014035536.pdf]. Acesso em: 26.02.2018.

61. O art. 240, § 2º, fala em "fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras *b* a *f* e letra *h* do parágrafo anterior", sendo eles: (b) "coisas achadas ou obtidas por meios criminosos", (c) "instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos", (d) "armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso", (e) "objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu", (f) "cartas, abertas ou não, destinadas

sa busca é um instrumento de apreensão de prova estreitamente relacionado a uma prática pretérita ou atual de crime.[62] A rigor, diz-se que o CPP não prevê a busca pessoal em razão de mera "atitude suspeita", nem muito menos realizada preventivamente (antes que um crime ocorra)[63], já que o dispositivo legal vincula essa fundada suspeita à posse de (i) arma proibida ou (ii) de objetos ou papéis que constituam corpo de delito.[64]

Em que pese isso, no decorrer da pesquisa, deparamo-nos com uma quantidade significativa de decisões cujos relatórios dão a entender que o caso se iniciou a partir de ações de patrulhamento ostensivo, no curso do qual policiais abordaram pessoas em 'atitude suspeita' e, ausente ordem judicial, procederam à busca pessoal *e virtual*. Diferentemente dos casos discutidos no tópico anterior, nos quais a visualização do crime foi prévia, nessas hipóteses, as informações coletadas mediante o acesso aos dados armazenados no aparelho celular, mostraram-se essenciais tanto para que se tomasse conhecimento da prática de delito, quanto como elemento probatório de sua autoria e materialidade.

Aqui também, na ausência de regulamentação específica, a decisão sobre a validade ou não da prova coletada nessas circunstâncias depende substancialmente das interpretações construídas jurisprudencialmente. Nos acórdãos analisados, ao se depararem com a alegação de nulidade da prova, as decisões dos tribunais foram mais divididas do que aquelas proferidas nas hipóteses de acesso após configuração do flagrante delito. Conforme se observa no gráfico a seguir (Gráfico 3), em 50% dos casos a prova obtida foi considerada lícita, e nos outros 50%, ilícita.

---

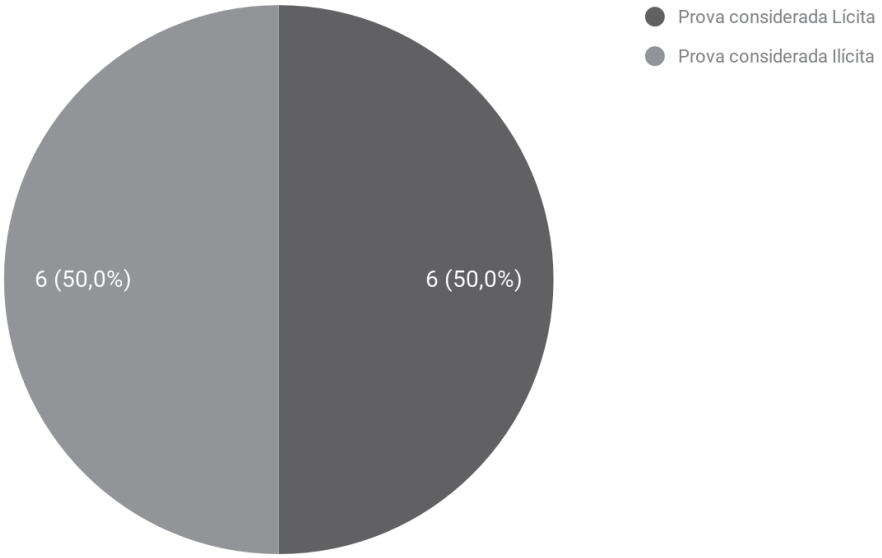
ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato", e (h) qualquer elemento de convicção.

62. WANDERLEY, Gisela Aguiar. A busca pessoal no direito brasileiro: medida processual probatória ou medida de polícia preventiva?. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal,* Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 1117-1154, set.-dez. 2017. Disponível em: [https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i3.96]. Acesso em: 27.02.2018.

63. Sobre isso WANDERLEY, Gisela Aguiar. Entre a Lei Processual e a praxe policial: características e consequências da desconcentração e do descontrole da busca pessoal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 128, p. 115-149, fev. 2017; e WANDERLEY, Gisela Aguiar. Filtragem racial na abordagem policial: a "estratégia de suspeição generalizada" e o (des)controle judicial da busca pessoal no Brasil e nos Estados Unidos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 135, p. 189-229, set. 2017.

64. WANDERLEY, Gisela Aguiar. A busca pessoal no direito brasileiro: medida processual probatória ou medida de polícia preventiva?. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal,* Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 1117-1154, set.-dez. 2017. Disponível em: [https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i3.96]. Acesso em: 27.02.2018.

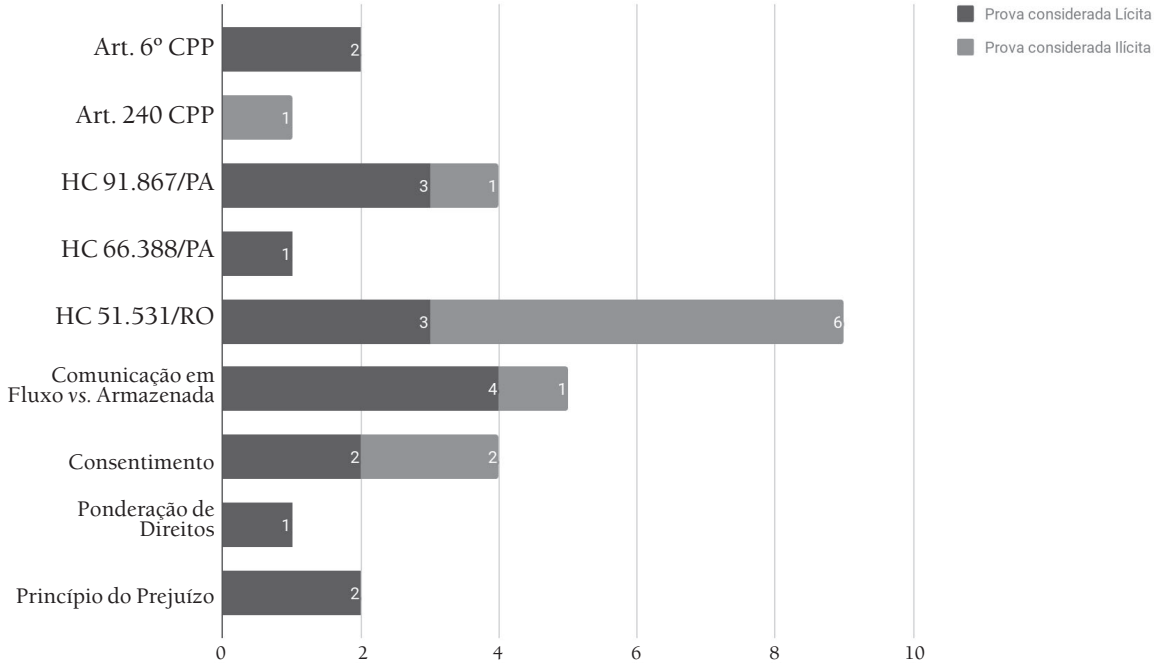
Gráfico 3 – Resultado dos pleitos de nulidade em casos de acesso a celular durante abordagens policiais



Fonte: dos autores.

Quanto ao segundo quesito metodológico ("Por quê decidiram assim?"), as fundamentações adotadas pelos tribunais nos acórdãos foram organizadas e sistematizadas utilizando a mesma metodologia aplicada no tópico anterior, cujo produto encontra-se organizado no gráfico abaixo (Gráfico 4).

Gráfico 4 – Fundamentações encontradas nos acórdãos de acesso a celular durante abordagens policiais



Fonte: dos autores.

Diversamente do diagnóstico visto na seção anterior, o art. 6º do Código de Processo Penal não possui força argumentativa para sustentar a licitude da prova obtida pela consulta aos dados armazenados nos aparelhos celulares. Essencialmente, o art. 6º, II e III, autoriza a apreensão de objetos que tiverem relação com o delito e/ou de provas que auxiliem na elucidação do fato e suas circunstâncias, logo que a autoridade policial tome ciência da prática de infração penal. Ocorre que, quando o acesso ao celular ocorre durante abordagem policial, é ausente a prévia configuração do flagrante delito usada para sustentar a licitude da ação com base nesse dispositivo, de modo que, como observamos no gráfico, ele deixa de ser invocado como fundamentação.

Apesar de não ser mais central, esse fundamento ainda esteve presente em dois acórdãos (no total de 12): em um deles para introduzir o debate existente sobre a questão, como complemento ao HC 91.867/PA, argumentando-se que o STF entendeu que o acesso a mensagens gravadas em celular seria diligência permitida pelo art. 6º, II e III[65]; e no outro como argumento subsidiário, afirmando-se que a posterior análise do celular por perícia técnica estaria em conformidade com o referido dispositivo legal[66].

Nos casos em que a prova foi considerada lícita pelos tribunais, os fundamentos centrais invocados para sustentar esse posicionamento foram os debates sobre a extensão e aplicabilidade das garantias constitucionais de sigilo das comunicações e de proteção à intimidade e vida privada; as alegações sobre o suposto consentimento do acusado; e os argumentos que remetem ao princípio do prejuízo.

Conforme se observa no gráfico apresentado anteriormente (Gráfico 4), em quatro dos seis casos nos quais não se acolheu a nulidade da prova, os tribunais diferenciaram as comunicações em fluxo das comunicações armazenadas[67], ar-

65. Acórdão: Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 2122381-20.2016.8.26.0000. Rel. Francisco Orlando, 3ª Câmara de Direito Criminal, j. 01.08.2016.

66. Acórdão: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação 0010539-31.2015.8.16.0017. Rel. Rogério Kanayama, 3ª Câmara Criminal, j. 15.12.2016.

67. Do mesmo modo que nas hipóteses nas quais o acesso ao celular ocorreu após prisão em flagrante, aqui também essa distinção não apareceu sempre nestes termos exatos. Os juízes aqui também falaram em comunicação telefônica vs. registros telefônicos, e comunicação de dados vs. os dados *per se*, sendo que em todos os casos essa diferenciação se referia à extensão do sigilo das comunicações do art. 5º, XVII, da Constituição Federal, conforme também debatido em FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites da função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,* v. 88, 1993. p. 439-459.

gumentando que a proteção do art. 5º, XII, da Constituição Federal não se aplica aos dados armazenados nos celulares acessados pelos policiais. Em dois desses casos[68], o HC 91.867/PA de 2012 – no qual o STF entendeu o art. 5º, XII, da Constituição Federal, protege apenas as comunicações de dados e não os dados armazenados – foi invocado como amparo jurisprudencial a essa argumentação. O HC 66.368/PA do STJ de 2007, que também veicula entendimento semelhante ao do STF, também foi citado como suporte jurisprudencial em outro desses casos no mesmo sentido.

Na única hipótese em que foi invocada[69], a ponderação entre direitos e garantias fundamentais também foi fundamentação relevante, essencialmente por ter sido, junto com a alegação de consentimento, o argumento central para justificar a licitude da prova. Nesse caso, o relator não teceu maiores considerações sobre o sigilo das comunicações, mas apenas considerou que, apesar da regra ser a proteção dos direitos à privacidade e à intimidade, o acesso seria possível a partir da ponderação com os princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade.

Os demais fundamentos sobre consentimento e princípio do prejuízo, em contraposição ao visto no tópico anterior, tiveram aqui papel relativamente mais importante quando invocados nas decisões que consideraram a prova lícita. Em um dos dois casos no qual o suposto consentimento do acusado foi mencionado, ele foi inferido a partir do fornecimento da senha de desbloqueio pelo abordado e interpretado como permissão que afastaria qualquer sigilo que pudesse incidir sobre seu aparelho celular[70]. Na outra hipótese, esse aparente consentimento foi deduzido a partir da ausência de informações nos autos de que o acesso não teria sido autorizado, e foi empregado, conjuntamente com a ponderação de direitos, como argumento para afastar a proteção do sigilo sobre os dados consultados[71].

68. Acórdãos: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação 0010539-31.2015.8.16.0017. Rel. Rogério Kanayama, 3ª Câmara Criminal, j. 15.12.2016; Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Habeas Corpus 0029887-52.2016.8.16.0000. Rel. Arquelau Araujo Ribas, 3ª Câmara Criminal, j. 27.10.2016.

69. Acórdão: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Habeas Corpus 0013171-34.2017.8.26.0000. Rel. Edison Brandão, 4ª Câmara de Direito Criminal, j. 16.05.2017.

70. Acórdão: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação 0028132-22.2014.8.16.0013. Rel. José Carlos Delacqua, 2ª Câmara Criminal, j. 14.09.2017.

71. Acórdão: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Habeas Corpus 0013171-34.2017.8.26.0000. Rel. Edison Brandão, 4ª Câmara de Direito Criminal, j. 16.05.2017.

Já nos dois casos[72] em que apareceu a fundamentação do princípio do prejuízo, eles não se referiram expressamente a esse princípio (como na seção anterior), mas argumentaram que os dados acessados não foram decisivos para a conformação da decisão final, dada a existência de outros elementos nos autos que sozinhos seriam suficientes para fundamentá-la.

O principal suporte jurisprudencial a essas decisões que consideraram como lícita a prova obtida mediante acesso aos dados armazenados em celular durante abordagem policial sem prévia ordem judicial foram o HC 91.867/PA do STF e o HC 66.368/PA do STJ, como já mencionado. Não obstante, em 3 desses casos, o HC 51.531/RO do STJ, que veicula entendimento diverso – pela necessidade de prévia ordem judicial –, foi lembrado. Em uma hipótese ele foi citado e afastado com base no entendimento do STF no HC 91.867/PA acerca da proteção do art. 5º, XII, da Constituição Federal se aplicar apenas às comunicações em fluxo. Nos outros dois casos[73] ele foi apenas citado como o novo posicionamento do STJ oposto àquele adotado pelo STF no HC 91.867/PA, tendo ainda assim prevalecido o fundamento do 'princípio do prejuízo'; em um deles acompanhado pelo entendimento de que a proteção do sigilo não se aplica a comunicações armazenadas.

Por outro lado, o HC 51.531/RO do STJ foi fundamentação de base jurisprudencial invocada em 100% casos que declararam a nulidade da prova obtida mediante acesso ao celular durante abordagens policiais, sem prévia ordem judicial. Nessas hipóteses, o posicionamento do STJ serviu como principal amparo jurisprudencial a respaldar o entendimento de que o acesso às mensagens constantes em aparelhos celulares sem prévia ordem judicial viola os artigos 5º, X e XII, da Constituição Federal. Apesar de o entendimento veiculado por esses acórdãos sustentar a aplicabilidade do sigilo das comunicações às conversas de WhatsApp (cujo histórico fica registrado e armazenado em celulares), eles não vieram acompanhados por argumentos que explicitamente revisassem a distinção comum de proteção conferida a comunicações armazenadas e comunicações em

72. Acórdãos: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Habeas Corpus 0029887-52. 2016.8.16.0000. Rel. Arquelau Araujo Ribas, 3ª Câmara Criminal, j. 27.10.2016; Tribunal de Justiça de São Paulo. Habeas Corpus 2122381-20.2016.8.26.0000. Rel. Francisco Orlando, 3ª Câmara de Direito Criminal, j. 01.08.2016.

73. Acórdãos: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Habeas Corpus 0029887-52. 2016.8.16.0000. Rel. Arquelau Araujo Ribas, 3ª Câmara Criminal, j. 27.10.2016; Tribunal de Justiça de São Paulo. Habeas Corpus 2122381-20.2016.8.26.0000. Rel. Francisco Orlando, 3ª Câmara de Direito Criminal, j. 01.08.2016.

fluxo, assim como no caso do STJ, no qual essa distinção não foi revisada[74]. Na única hipótese na qual esse debate apareceu, de forma breve e complementar, o tribunal entendeu que os dados acessados no celular estavam abrangidos pela proteção do sigilo da "comunicação de dados".

Nesses casos nos quais a prova teve sua nulidade declarada, discussões sobre o suposto consentimento do acusado também estiveram presentes, em dois casos, conforme se observa no Gráfico 4. Em contraste com as hipóteses nas quais a prova foi considerada lícita, nesses dois casos o tribunal questiona e afasta o suposto consentimento alegado pela acusação. Em um deles, o relator não considera crível que, após nada ter sido encontrado em busca pessoal, o abordado autorizaria o acesso às mensagens de seu aparelho celular e se autoacusaria[75]. De modo semelhante, no outro caso, o relator argumenta que não se pode falar em consentimento na relação entre cidadão e autoridade policial, quando esta pede que aquele forneça a senha de desbloqueio[76].

Um aspecto interessante a ser notado em todas as decisões é a quase total ausência de considerações acerca da alegada "atitude suspeita"[77] que teria levado

74. Embora citem o art. 5º, XII, da Constituição Federal, os votos do Ministro Relator Nefi Cordeiro e do Ministro Rogério Schietti em nenhum momento se referem à distinção entre comunicações em fluxo e comunicações armazenadas. A Ministra Maria Thereza de Assis Moura, por sua vez, em seu voto convergente, fez referência à distinção entre "comunicação de dados" [que pode se traduzir nos dados enquanto em fluxo] e "os dados em si" [que equivale a dados armazenados], mas sem revisá-la. A Ministra considerou que as conversas de WhatsApp estariam protegidas pelo art. 5º, X, CF, e não pelo sigilo das comunicações, previsto no inciso XII. Deixou, assim, de declarar como ultrapassada a distinção entre comunicações armazenadas e em fluxo, apesar de ter buscado respaldo em outro dispositivo constitucional.

75. Acórdão: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação 0000424-25.2016.8.19.0051. Rel. Marcus Basilio, 1ª Câmara Criminal, j. 13.12.2016.

76. Acórdão: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação 0060412-91.2017.8.21.7000. Rel. Diógenes V. Hassan Ribeiro, 3ª Câmara Criminal, j. 17.05.2017.

77. Nem sempre o comportamento do abordado considerado pela autoridade policial como "atitude suspeita" foi reproduzido nas decisões, de modo que em vários casos a única informação extraída dos acórdãos foi que a abordagem ocorreu durante patrulhamento de rotina e/ou por "atitude suspeita" do acusado. Dos casos nos quais essa "atitude" foi detalhada na decisão, observamos que foi considerado em "atitude suspeita": o acusado na porta de uma borracharia (acórdão: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação 0066620-61.2015.8.19.0002. Rel. Katia Maria Amaral Jangutta, 2ª Câmara Criminal, j. 25.07.2017); o indivíduo com tornozeleira eletrônica nervoso diante da presença policial (acórdão: Tribunal de Justiça do

à busca pessoal e *virtual*. Além das escassas informações sobre o que teria sido considerado "atitude suspeita" pelos policiais, os tribunais, de modo geral, não debatem essa questão, nem discorrem sobre a possibilidade, ou impossibilidade, dessa "suspeita" justificar a consulta aos dados armazenados em celulares. O único caso[78] no qual o juiz chancela expressamente a abordagem policial decorrente de suposta "atitude suspeita" – "[...] com tornozeleira eletrônica, em liberdade condicional, e se mostrou muito nervoso com a ação policial [...]" –, a busca *virtual* dela resultante tem sua licitude justificada não nos termos da abordagem, mas em razão de uma suposta "situação de flagrância", por ele entendida a "atitude suspeita" somada à apreensão de "dinheiro em cédulas pequenas, comuns ao tráfico".

Diverso é o entendimento do único caso[79] no qual o art. 240, § 2º, do Código de Processo Penal foi invocado para questionar, e considerar ilegal, a busca pessoal – e consequente acesso ao aparelho celular do abordado – decorrente de mera "atitude suspeita" do acusado. Nessa hipótese, o tribunal sustentou que o requisito da lei processual de que haja "fundada suspeita" para que se proceda à busca pessoal não é preenchido pela percepção subjetiva da autoridade policial de desconfiança e suspeita, mas deve se pautar em elementos objetivos passíveis de serem confirmados por testemunhas. Não obstante, o tribunal não expandiu a análise para o complemento dessa "fundada suspeita", previsto no referido

Estado do Paraná. Apelação 0028132-22.2014.8.16.0013. Rel. José Carlos Delacqua, 2ª Câmara Criminal, j. 14.09.2017); o indivíduo em uma motocicleta entregando algo a outro que estava em pé (acórdão: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação 0010539-31.2015.8.16.0017. Rel. Rogério Kanayama, 3ª Câmara Criminal, j. 15.12.2016); dois homens que mexiam no interior de um caminhão (acórdão: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Habeas Corpus 0029887-52.2016.8.16.0000. Rel. Arquelau Araujo Ribas, 3ª Câmara Criminal, j. 27.10.2016); e um automóvel do qual algo foi atirado pela janela (acórdão: Tribunal de Justiça de São Paulo. Habeas Corpus 2122381-20.2016.8.26.0000. Rel. Francisco Orlando, 3ª Câmara de Direito Criminal, j. 01.08.2016). Em outros casos, não se falou em "atitude suspeita", mas em prévia denúncia anônima que levou à abordagem (acórdãos: Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 0000074-13.2016.8.26.0578. Rel. Walter da Silva, 14ª Câmara de Direito Criminal, j. 09.02.2017; Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação 0060412-91.2017.8.21.7000. Rel. Diógenes V. Hassan Ribeiro, 3ª Câmara Criminal, j. 17.05.2017).

78. Acórdão: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação 0028132-22.2014.8.16.0013. Rel. José Carlos Delacqua, 2ª Câmara Criminal, j. 14.09.2017.

79. Acórdão: Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. Apelação 0233896-74.2014.8.04. Rel. Djalma Martins Costa, 2ª Câmara Criminal, j. 10.07.2016.

dispositivo legal; nem debateu se, cumpridos os requisitos para a busca pessoal sem ordem judicial, o acesso ao celular, ou seja, a busca virtual, também estaria autorizado.

Por fim, cabe notar que o Marco Civil da Internet não é citado em nenhuma das decisões em que há acesso de autoridades policiais a celulares durante abordagens.

4. Considerações finais

Este artigo procurou jogar luz sobre julgados de tribunais estaduais que discutem a licitude do acesso a dados armazenados em celulares por autoridades policiais. Após a breve etapa inicial de explicação metodológica, que compartilhou resultados acerca dos tipos de caso que chegam aos tribunais brasileiros, o artigo aprofundou-se nos acórdãos associados a duas circunstâncias factuais: quando o acesso de autoridades policiais a celulares de abordados/detidos/acusados ocorre durante abordagens policiais ou após configuração do flagrante delito, buscando compreender *por que* juízes decidem como decidem de uma perspectiva interna à decisão – focada em seus fundamentos e razões.

Entre as observações gerais dos resultados obtidos, estão (i) a persistente relevância de uma distinção antiga (e por muitos já considerada ultrapassada[80]) entre comunicações em fluxo e comunicações armazenadas no que diz respeito à interpretação do art. 5º, XII, da Constituição Federal; (ii) o papel "autorizador" encontrado nas diligências previstas no art. 6º do CPP, não revisadas pela maioria dos tribunais estaduais diante da revolução digital experimentada nas últimas duas décadas que aumentaram a popularidade e potencializaram as funcionalidades de celulares; (iii) a influência limitada do HC 51.531/RO do STJ, decidido em abril de 2016, que paradigmaticamente sustentou a proteção a informações digitais contidas em celulares, nos tribunais analisados; e, por fim, (iv) a surpreendente "presunção de consentimento" para acesso a celular, que parece se esboçar em muitas decisões.

As possibilidades de alteração desse cenário são restritas. Em termos legislativos, o projeto de novo CPP (PL 8.045/10) não altera as previsões de apreensão de objetos relacionados ao crime e à colheita de informações que sirvam para o

80. Conferir artigos de Tercio Sampaio Ferraz Júnior, Juliano Maranhão, Carina Quito, Marcos Zilli, Dennys Antonialli, Francisco Brito Cruz e Mariana Valente em ANTONIALLI, Dennys; ABREU, Jacqueline de Souza (Ed.) *Direitos fundamentais e processo penal na era digital*. São Paulo: InternetLab, 2018. v. I.

esclarecimento do fato e de suas circunstâncias, que hoje se encontram no art. 6º do CPP; são repetidas no art. 24 do projeto de lei[81]. A chance de que siga sendo usado como fundamento para acesso a celulares sem ordem judicial é, portanto, real.

No que diz respeito aos dispositivos aplicáveis a buscas pessoais, o projeto de novo CPP parece alargar as hipóteses de busca pessoal de modo geral (pode ocorrer mediante "indícios suficientes de que alguém oculta os objetos que possam servir de prova de infração penal"), mas mantém as restrições quanto às hipóteses em que é admitida sem mandado judicial (fundada suspeita de posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito) – novidade é o requisito de que seja devidamente registrada. Sem que haja revisão na leitura e aplicação desse dispositivo, entretanto, a busca pessoal pode continuar sendo usada para autorizar *buscas virtuais* sem autorização judicial prévia, mesmo em abordagens de pessoas em "comportamento suspeito".

A alteração legislativa mais promissora talvez seja aquela que pretende alterar a redação do art. 7º do Marco Civil da Internet (Projeto de Lei 6969/ 2017 e 7498/2017), de modo a instituir (ou explicitar, a depender da interpretação adotada) que dados armazenados em dispositivos móveis também são protegidos pela referida lei, apenas podendo ser acessados mediante ordem judicial. Mesmo nesse caso, diante dos resultados apresentados neste artigo, é provável que a situação de flagrância (ou outras situações "especiais") ainda seja utilizada como justificadora da conduta de acesso a informações armazenadas em celulares do indivíduo detido, como se prevalecesse ou pesasse mais.

No âmbito jurisprudencial, a mais recente contribuição veio no julgamento do RHC 89.981/MG pelo STJ[82], o qual reafirmou a necessidade de ordem judicial para o acesso aos dados armazenados em celulares por autoridade policial, mesmo após a configuração do flagrante delito. O julgado não revisa a antiga distinção entre comunicações em fluxo e comunicações armazenadas e, dessa forma, entende que as conversas de WhatsApp guardadas no aparelho celular não estão

81. Art. 24. Salvo em relação às infrações de menor potencial ofensivo, quando será observado o procedimento previsto nos arts. 285 e seguintes, o delegado de polícia, ao tomar conhecimento da prática da infração penal, e desde que haja fundamento razoável, instaurará imediatamente o inquérito, devendo: [...] III – apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; IV – colher todas as informações que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias.

82. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus 89.981/MG. Ministro Relator Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. 05.12.2017.

protegidas pelo sigilo das comunicações; todavia, afirma que a proteção constitucional se baseia na cláusula geral da intimidade do art. 5º, X, da Constituição Federal. Apesar disso, diferentemente do HC 51.531/RO, o relator do mais recente acórdão da Quinta Turma afastou a aplicabilidade do Marco Civil da Internet nos casos em que mensagens são obtidas diretamente no aparelho celular de acusados. Nesse contexto, ainda que reforcem o entendimento de que buscas virtuais sem crivo judicial prévio são ilegais, tais casos julgados pelo STJ possuem notáveis variações na racionalidade argumentativa, deixando de aliviar as incertezas acerca do regime jurídico aplicável à questão.

Nesse contexto, vale destacar que no final de 2017 chegou ao STF o recurso extraordinário com Agravo 1.042.075/RJ, que suscita questões semelhantes às apreciadas neste artigo, mas com diferenças relevantes. Durante uma tentativa de roubo, o acusado deixou cair celular e fugiu. A vítima pegou o celular e entregou à polícia. A partir das fotos e de registros de chamada contidos no dispositivo, a polícia foi capaz de localizar e capturar o acusado. Em decisão do TJRJ, este foi absolvido porque

> a identificação do autor dos fatos foi alcançada unicamente mercê do indevido, desautorizado e ilegal manuseio [do] aparelho celular, o que importou na flagrante e indisfarçável quebra da proteção constitucional incidente sobre a inviolabilidade do sigilo dos dados e das comunicações telefônicas ali existentes[83].

No recurso do Ministério Público ao STF, aparecem o art. 6º, II e III, do CPP, para dizer que cabe à polícia colher todas as informações ligadas à infração, e a distinção entre comunicações em fluxo e comunicações armazenadas, para dizer que a proteção constitucional do art. 5º, XII, não se estende aos dados do celular. O julgamento está pautado para março de 2019.

Apesar de ser uma oportunidade para que o STF revisite dispositivos constitucionais à luz do avanço tecnológico, os resultados aqui apontados sugerem cautela. Este parece ser outro caso em que "circunstâncias especiais" – aqui a de um bem que pode ser categorizado como 'abandonado' em local do crime – venham a ser utilizadas para impulsionar uma interpretação abrangente do art. 6º, II e III, e restrita do art. 5º, XII, e vistas como razões que prevalecem sobre proteções potencialmente existentes em leis infraconstitucionais (como o Marco Civil da Internet), tal como hoje muitos tribunais fazem com a situação de flagrante delito.

83. Acórdão: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Criminal n. 0174497-34. 2013.8.19.0001. Sexta Câmara Criminal. Des. Rel. Luiz Noronha Dantas. j. 10.06.2014.

Diante disso, esta pesquisa reforça a necessidade de produção doutrinária que discuta a articulação entre dispositivos sobre prerrogativas policiais associadas ao flagrante, escopo e justificação da busca pessoal, *res delicta* abandonada (quando tal coisa é um dispositivo eletrônico) e o sigilo de comunicações (na Constituição e no Marco Civil da Internet).

Referências

ABREU, Jacqueline de Souza; ANTONIALLI, Dennys. *Vigilância sobre as comunicações no Brasil*: interceptações, quebras de sigilo, infiltrações e seus limites constitucionais. São Paulo: InternetLab, 2017.

ANTONIALLI, Dennys; ABREU, Jacqueline de Souza (Ed.) *Direitos fundamentais e processo penal na era digital*. São Paulo: InternetLab, 2018. v. I.

AZEREDO, João Fábio. Sigilo das comunicações eletrônicas diante do Marco Civil da Internet. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). *Direito & Internet III*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. t. II: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014).

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito processual penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. t. I.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito processual penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. t. II.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012.

CALMON DE PASSOS, Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites da função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 88, p. 439-459, 1993.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. Salvador: JusPodivm, 2013.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Nulidades na imputação criminal: Operação Lava Jato e o art. 383 do CPP. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 122, p. 281-307, 2016.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova teoria das nulidades*: processo penal e instrumentalidade constitucional. 2010. 623 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010. Disponível em: [http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/24494/GLOECKNER%2C%20RICARDO%20JACOBSEN%20-%20Copia.pdf?sequence=1&isAllowed=y]. Acesso em: 27.02.2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Provas digitais: limites constitucionais e o Marco Civil da Internet. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). *Direito & Internet III*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. t. II: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014).

PASCHOAL, Jorge Coutinho. *O prejuízo na teoria das nulidades processuais penais e sua análise jurisprudencial nos Tribunais Superiores*. 2014. 554 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

POLÍCIA MILITAR DE GOIÁS. *Procedimento Operacional Padrão: POP.* 3. ed. Goiânia: PMGO, 2010. Disponível em: [http://assego.com.br/uploads/026092014035536.pdf]. Acesso em: 26.02.2018.

POLÍCIA MILITAR DE MATO GROSSO DO SUL. *Manual de Procedimentos Operacionais Padrão – POP*. Módulo II: Abordagens policiais. Março 2013. Disponível em: [www.pm.ms.gov.br/wp-content/uploads/sites/36/2016/01/POP-Abordagem.pdf]. Acesso em: 26.02.2018.

SOARES JUNIOR, Amadeu da Silva et al. *Rotina de trabalho da segurança cidadã no Amazonas*: procedimentos operacionais padrão integrados da PMAM e PCAM/ Secretaria de Estado de Segurança Pública. 2. ed. Manaus: Secretaria de Estado de Segurança Pública, 2015. Disponível em: [https://pm.am.gov.br/portal/imagens/arquivos/521e4ca375eb89cd595736fc04de310f.pdf]. Acesso em: 26.02.2018.

VEÇOSO, Fabia Fernandes Carvalho et al. A Pesquisa em direito e as bases eletrônicas de julgados dos tribunais: matrizes de análise e aplicação no supremo tribunal federal e no superior tribunal de justiça. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 1, n. 1, p. 105-139, jan. 2014.

WANDERLEY, Gisela Aguiar. A busca pessoal no direito brasileiro: medida processual probatória ou medida de polícia preventiva?. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal,* Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 1117-1154, set.-dez. 2017. Disponível em: [https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i3.96]. Acesso em: 27.02.2018.

WANDERLEY, Gisela Aguiar. Entre a Lei Processual e a praxe policial: características e consequências da desconcentração e do descontrole da busca pessoal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 128, p. 115-149, fev. 2017.

WANDERLEY, Gisela Aguiar. Filtragem racial na abordagem policial: a "estratégia de suspeição generalizada" e o (des)controle judicial da busca pessoal no Brasil e nos Estados Unidos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 135, p. 189-229, set. 2017.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Análise sobre a valoração judicial das provas produzidas na formalização do auto de prisão em flagrante, de Vívian do Nascimento Remus e Emerson Wendt – *RT* 972/315-336 (DTR\201\24227);
- Meios de obtenção de prova criminal: considerações de direito constitucional aplicado, de Eduardo Diniz Neto – *RCP* 6/151-173 (DTR\2011\2123); e
- *Whatsapp*, sigilo de dados e prova ilícita: para dizer o óbvio, de Fábio Agne Fayet e Andersson Vieira Carvalho – *RBCCrim* 140/297-322 (DTR\2018\7941).

Veja também Jurisprudência

- *RT* 989/602 (JRP\2018\3273); e
- Conteúdo exclusivo Web: JRP\2016\1286731 e JRP\2017\1220457.

Limites dos prêmios na colaboração premiada: a (im)possibilidade de negociação da improbidade administrativa

Limits of prizes in plea agreement: the (im)possibility of trading administrative improbity

Ivana Nobre Bertolazo

Mestre em Ciência Jurídica (UENP). Especialista em Filosofia Política e Jurídica (UEL). Especialista em Metodologia de Ação Docente (UEL). Bacharel em Direito (UEL). Professora no Curso de Pós-Graduação Latu Sensu de Direito Internacional e Econômico (UEL). Professora de Metodologia Científica e da Pesquisa e de Direito nos Cursos de Pós-Graduação Lato Sensu da Facnopar (FACNOPAR). Professora do Curso de Graduação em Direito (FACNOPAR). Coordenadora e colaboradora em projetos de ensino, pesquisa e extensão (FACNOPAR). Advogada (OAB-PR). Revisora de Periódicos Científicos. Autora de livros e artigos.
iv.bertolazo@gmail.com

Luiz Antonio Borri

Pós-graduado em Ciências Criminais pela PUCPR – Campus Maringá. Pós-graduado em Direitos Fundamentais pelo IGC – Coimbra e IBCCRIM. Pós-graduado em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina. Possui graduação em Direito com láurea acadêmica pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Campus Londrina (2011). Advogado.
luiz@advocaciabittar.adv.br

Thais de Oliveira Santiago

Pós-graduanda em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade Única. Graduada em Direito com láurea acadêmica pela Faculdade do Norte Novo de Apucarana – FACNOPAR.
ths_santiago@hotmail.com

Recebido em: 14.06.2018
Aprovado em: 23.12.2018
Última versão do(a) autor(a): 24.01.2019

Áreas do Direito: Processual; Penal; Administrativo

Resumo: O presente trabalho aborda a discussão acerca da possibilidade de aplicação do instituto da colaboração premiada no âmbito da ação de improbidade administrativa. A discussão se dá pelo fato de ser a colaboração premiada um

Abstract: This work addresses the discussion about the possibility of applying the plea agreement in the administrative improbity lawsuit. The discussion is due to the fact that it is the plea agreement a criminal institute, and due to an

instituto de direito penal, bem como haver expressa vedação na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92) de se realizar transações, acordos ou conciliações nas ações de improbidade, vez que o direito material tutelado na ação de improbidade administrativa tem natureza de direito difuso e, sendo assim, indisponível. O trabalho apresenta uma abordagem pelo método hipotético-dedutivo, e tem por objetivo, após uma breve análise do instituto da colaboração premiada e dos aspectos materiais e processuais da improbidade administrativa, tecer considerações acerca da extensão à improbidade administrativa dos prêmios entabulados em acordo de colaboração premiada no âmbito penal.

Palavras-chave: Colaboração Premiada – Improbidade Administrativa – Corrupção.

express prohibition in the Law of Administrative Improbity (Law 8.429/92) to carry out transactions, agreements or conciliations in actions of improbity, because the right protected in the administrative improbity lawsuit is an diffuse right and, therefore, unavailable. The work presents a hypothetical-deductive approach, and aims, after a brief analysis of the plea agreement and material and procedural aspects of administrative improbity, to make considerations about the extension to administrative impropriety of the prizes entered into in an agreement of collaboration prized in the criminal scope.

Keywords: Plea Agreement – Administrative Improbity – Corruption.

Sumário: Introdução. 1. Colaboração Premiada. 2. Improbidade Administrativa. 2.1. Antecedentes Normativos e Quadro Normativo Atual. 3. A (im)possibilidade de aplicação da colaboração premiada na ação de improbidade administrativa. 3.1. Vedação do art. 17, § 1º da Lei 8.429/92. 3.2. Compromisso de Ajustamento de Conduta. 3.3. Acordo de Leniência e Medida Provisória 703/2015. 3.4 Interpretação analógica e necessidade de adequação legislativa. Conclusão. Referências.

Introdução

É notório que o combate ao uso privado da coisa pública se intensificou nos últimos anos. A crescente preocupação com o combate à corrupção é marcada pelas recentes manifestações populares, bem como pelas operações de combate ao crime organizado, em evidência no país. Os atos ilícitos praticados por agentes públicos ou mesmo por terceiros, que atentem contra a Administração Pública, podem ofender as esferas civil, administrativa ou penal, sendo passíveis de processos e sanções em todas essas esferas jurídicas.

Um importante instituto de direito penal ganhou notoriedade nesse contexto. A colaboração (ou delação) premiada é o instituto por meio do qual um acusado, admitindo a conduta criminosa, colabora com as investigações, em troca da minoração de sua punição ou, a depender do caso, o perdão judicial ou imunidade.

Já no âmbito cível, as ações de improbidade administrativa têm se mostrado um importante instrumento de controle judicial dos atos de improbidade,

visando a proteção ao patrimônio público e à moralidade administrativa, por meio da aplicação de sanções civis àqueles atos declarados ímprobos.

Neste cenário, emerge a discussão acerca da possibilidade de utilização do instituto (penal) da delação premiada no âmbito da ação civil pública de improbidade administrativa. A discussão se dá pelo fato de haver expressa vedação na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92) de realização transações, acordos ou conciliações nas ações de improbidade, vez que o direito material tutelado na ação de improbidade administrativa tem natureza de direito difuso e, sendo assim, indisponível.

O estudo do tema é relevante, tendo em vista a necessidade de aperfeiçoamento dos mecanismos de controle da probidade administrativa. Assim, justifica-se a utilização de todos os mecanismos jurídicos possíveis no combate aos atos ilícitos que ferem a Administração Pública, sem, contudo, ultrapassar os limites legais estabelecidos pela legislação vigente.

O método científico utilizado foi o hipotético-dedutivo, eis que após a delimitação do problema, foram levantadas e verificadas as possíveis hipóteses de solução, com o escopo de formular considerações sobre o tema.

No decorrer do trabalho, será realizada uma breve análise do instituto da delação premiada, apontando, para tanto, seus pontos mais relevantes. Em um segundo momento, será abordado, de maneira geral, o tema da improbidade administrativa, com a discussão acerca da (im)possibilidade de utilização da colaboração premiada na ação de improbidade administrativa, levantando, para tanto, considerações sobre a natureza jurídica do direito tutelado, sobre a vedação de celebração de acordos contida na Lei de Improbidade Administrativa, bem como sobre a possibilidade de comunicação entre as esferas penal e administrativa, por meio da analogia.

1. Colaboração Premiada

A princípio, cumpre abordar acerca da nomenclatura utilizada. Isso porque, os termos "delação" e "colaboração" são, não raras vezes, usados como sinônimos para fazer referência ao instituto em comento[1].

Apesar disso, alguns autores preferem fazer distinção entre as expressões. Há quem entenda ser preferível o termo "colaboração", seja porque que esta não se

1. Nesse sentido: SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 84.

limita apenas ao chamamento de um corréu ao processo, seja pela carga pejorativa dada ao termo "delação" (que traz consigo a ideia de traição).[2] Do mesmo modo, existem autores que preferem utilizar o termo "delação"[3], sendo que este parece, de fato, ser o termo mais utilizado pela mídia, e pela população em geral.

Não se ignora ainda a existência de outros termos, menos utilizados, como "negociação premial", "cooperação premiada" etc., tampouco o fato de a Lei de Organização Criminosa (que trata de maneira mais delineada sobre o tema) ter adotado a expressão "colaboração premiada". Ocorre que, apesar da discussão, de maneira geral, as nomenclaturas citadas levam a um mesmo raciocínio, de modo que a adoção de uma ou outra não acarreta prejuízos ao estudo do tema.

No cenário atual, pode-se definir o instituto, nas palavras de Renato Brasileiro de Lima[4], como "(...) uma técnica especial de investigação por meio da qual o coautor e/ou partícipe da infração penal, além de confessar seu envolvimento no fato delituoso, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal".

A prova obtida por esse meio tem valor relativo, tendo em vista que a declaração vem de um investigado ou acusado que pretende auferir um benefício com as informações que apresenta, sendo certo que eventual sentença condenatória não pode ter por base tão somente as declarações do colaborador, consoante dispõe o art. 4º, §16, da Lei 12.850/13.

Quanto à natureza jurídica, a delação premiada tem natureza mista[5], vez que na fase de investigação e no acordo tem forma e conteúdo processuais, mas seus efeitos são materiais (com a concessão de benesses como o perdão judicial, por exemplo). Afirma-se também a natureza mista na colaboração premiada na medida em que as declarações do delator seriam meio de prova, enquanto a necessidade de corroboração indica sua natureza de meio de obtenção de prova[6].

---

2. LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p.421.
3. NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização Criminosa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 51.
4. LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 518.
5. SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 84.
6. BADARÓ, Gustavo. Meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal? In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Colaboração Premiada*. São Paulo: RT, 2018. p. 135/137.

Delimitada a nomenclatura do instituto, conceito e natureza jurídica, oportuno discorrer sobre seu histórico. Com efeito, no direito comparado[7] as legislações norte-americana e italiana são as maiores fontes de influência e inspiração da colaboração premiada. Na Itália, com o objetivo de combater a máfia organizada, a figura dos *pentiti* (arrependidos) surgiu na década de 1970, tendo atingido seu ápice com a Operação Mãos Limpas, com início em 1992. Já no direito norte-americano, o *plea bargaining* é um acordo entre acusação e réu, no qual este, em síntese, admite sua culpa, em troca de uma reprimenda mais branda.

No Brasil, à semelhança dos modelos citados, a delação premiada foi introduzida no final do século passado. Apesar disso, interessante notar que se pode encontrar figuras semelhantes nas Ordenações Filipinas de 1603, que duraram até o Código Criminal de 1830, e previam, mais precisamente em seu Livro Quinto, o perdão àquele que delatasse os conspiradores do Rei, desde que não fosse o líder da conspiração.[8]

De todo modo, vale salientar que no ordenamento jurídico pátrio, várias leis tratam da delação/colaboração premiada, ainda que não se utilizem desses termos, passando pela Lei 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos) até o advento da Lei 12.850/2013[9].

Nesse contexto, é relevante destacar a Lei 9.807/1999, conhecida como "Lei de proteção às testemunhas", trouxe um capítulo especial para tratar da proteção aos réus colaboradores. Além de prever medidas especiais de segurança e proteção, prevê a possibilidade de concessão de perdão judicial, com consequente extinção de punibilidade (quando primário), ou a redução de um a dois terços da pena, ao réu que tenha colaborado voluntariamente e de maneira efetiva ao processo, de modo a permitir e identificação dos coautores ou partícipes, a localização da vítima, ou ainda a recuperação do produto do crime. A referida norma, por não restringir seu âmbito de aplicação a um delito determinado, "permitiu o alastramento da concessão do beneplácito para todo o direito pátrio, possibilitando o cabimento em toda e qualquer modalidade de crime."[10]

7. Disciplina jurídica que tem por objetivo estabelecer semelhanças e diferenças entre sistemas jurídicos diversos.
8. MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César O. G. *Delação premiada: aspectos jurídicos*. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2016. p. 37 e ss.
9. Nesse intervalo podem ser citadas as Lei 9.269/1996, Lei 9.080/95, Lei 9.613/1998, Lei 9.807/1999 e Lei 11.343/2006.
10. BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada (Direito Estrangeiro, Doutrina e Jurisprudência)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 146/147.

Por fim, a Lei 12.850 de 2013, tratou forma mais ampla do tema da colaboração premiada, trazendo, inclusive, uma espécie de procedimento para a celebração do acordo[11]. A antiga lei que tratava das organizações criminosas (Lei 9.034/95) já previa a redução de pena, de um a dois terços, ao agente que colaborasse na elucidação do crime, porém de maneira mais sintetizada, a exemplo das demais normas citadas.

A nova lei (que não revogou os demais diplomas, a não ser a antiga lei de crime organizado), prevê seis benesses legais ao colaborador, quais sejam: perdão judicial; redução da pena privativa de liberdade em até dois terços; redução da pena até a metade ou progressão de regime, ainda que ausentes os requisitos objetivos, se a colaboração for posterior à sentença; substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; e não oferecimento de denúncia, se o colaborador não for o líder da organização criminosa e for o primeiro a prestar efetiva colaboração[12].

Em todos os possíveis prêmios, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade, bem como a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração (art. 4º, § 1º, Lei 12.850/2013).

Ainda, a lei estabelece que o prêmio pode ser aplicado àquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que da colaboração advenha um dos seguintes resultados (art. 4º, *caput*, Lei 12.850/2013): a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada[13].

---

11. A doutrina compreende que, face a insuficiência de regramento das legislações anteriores, o diploma legal em análise seria aplicável a todas as hipóteses em que se realize uma colaboração premiada (PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação Premiada: Legitimidade e procedimento*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 126/127; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração Premiada no processo penal*. São Paulo: RT, 2017, p. 76/77; SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p.134).
12. MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime Organizado*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 159.
13. NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização Criminosa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 55.

Assim, quando da celebração do acordo, deve haver um nivelamento entre prêmios e resultados pretendidos, de modo que quanto maior o grau de cooperação do agente com o Estado, maior deve ser seu prêmio, chegando até mesmo ao perdão judicial, com consequente extinção da punibilidade.

Por seu turno, acerca da celebração do acordo (contrato) de delação leciona Marcos Paulo Dutra Santos[14] que, embora seja recomendável a sua celebração, este não é imprescindível à recompensa. Assim, sempre que obtidos os resultados legais, o prêmio surge como um direito do colaborador, de modo que o acordo celebrado com o acusado, e homologado pelo Juízo, apenas potencializa a expectativa de direito à premiação[15].

Em todo caso, a lei determina que as negociações devem ser realizadas entre delegado de polícia[16], investigado e defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou entre o Ministério Público e o investigado/acusado e defensor. Sem, portanto, a intervenção do magistrado. A este cabe a homologação do acordo, após verificar sua regularidade, voluntariedade e legalidade. A homologação confere maior segurança jurídica ao colaborador, que, cumprindo os termos pactuados, receberá as benesses quando da sentença, que irá apreciar os termos do acordo e sua eficácia.

O acordo de colaboração deve ser feito por escrito e conter o relato da colaboração e seus possíveis resultados; as condições da proposta pelo *Parquet* ou pela autoridade policial; a declaração de aceitação do colaborador e do defensor; as assinaturas das partes; e as especificações das medidas de proteção oferecidas ao delator e sua família, quando for o caso.[17]

---

14. SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração unilateral premiada como consectário lógico das balizas constitucionais do devido processo legal brasileiro. In: *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 131-166, jan./abr., 2017. Disponível em: [www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/49].Acesso: 20.fev.19.
15. Ao julgar o HC 127.483/PR e a QO 7074 o Plenário da Suprema Corte definiu que o cumprimento das condições fixadas no acordo pelo delator impõe ao Estado a concessão das benesses placitadas na homologação do acordo de colaboração.
16. Registre-se que o Procurador-Geral da República ajuizou, no Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN n.º 5508) questionando partes dos parágrafos 2º e 6º do artigo 4º da Lei 12.850/13, no entanto, em julgamento realizado no dia 20 de junho de 2018 o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente o pedido, assentando a constitucionalidade dos dispositivos legais questionados.
17. LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 547 e ss.

Salienta-se também que o acordo pode ser celebrado mesmo após a sentença, desde que seja objetivamente eficaz. Nestes casos a pena pode ser reduzida até a metade ou pode haver a progressão de regime, ainda que ausentes os requisitos objetivos.[18]

Por fim, e não menos importante, com vistas a diminuir os riscos trazidos pela "traição" praticada pelo delator ao colaborar com o Estado, a Lei de Organizações Criminosas (art. 5) traz uma série de direitos conferidos ao colaborador, quais sejam: usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica; ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados; ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes; participar das audiências sem contato visual com os outros acusados; não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito; bem como cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

2. Improbidade Administrativa

O tema da corrupção encontra-se na ordem do dia no contexto brasileiro, muito embora não seja um assunto novo. A confusão entre os espaços público e privado tem caráter histórico e contínuo no Brasil. Ocorre que o combate ao uso privado da coisa pública vem se intesificando nos últimos anos.

Os atos ilícitos, praticados por agentes públicos, ou mesmo por terceiros, que atentem contra a Administração Pública, podem ofender as esferas civil, administrativa ou penal, sendo passíveis de processos e sanções em todas essas áreas jurídicas. Apesar disso, a improbidade administrativa caracteriza um ilícito de natureza civil e política[19]. Assim, tem-se que a natureza da ação de improbidade é cível.[20]

---

18. Apesar de tal possibilidade estar prevista apenas na Lei de Lavagem de Capitais e na Lei de Organizações Criminosas, destaca-se a posição doutrinária que não vê óbices a extensão do benefício aos acordos firmados pautando-se nas demais leis que preveem a colaboração, por se tratar de analogia *in bonam partem*. Nesse sentido: SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 176; e LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 555.
19. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 907.
20. Sobre a natureza cível da ação de improbidade administrativa veja-se: CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 3. ed. rev. atual. ampl. Salvador: JusPodivm,

De toda sorte, é sabido que as consequências jurídicas oriundas da prática de ato de improbidade administrativa são muito parecidas com aquelas incidentes no âmbito penal, particularmente porque se trata de uma ação tipicamente repressiva, razão pela qual os princípios do *in dubio pro reo* e a presunção de inocência irradiam efeitos em tais procedimentos[21].

Pode-se encontrar na doutrina divergências quanto ao conceito de improbidade administrativa, em decorrência da busca pela distinção entre os sentidos de probidade e de moralidade. Enquanto alguns autores entendem haver diferença entre os dois sentidos, de modo que a probidade seria um subprincípio da moralidade administrativa[22], outros enxergam que a improbidade é resultado da violação do princípio constitucional da moralidade administrativa. Existem ainda aqueles que entendem serem expressões com sentidos jurídicos equivalentes.[23]

Por fim, há também o entendimento daqueles que sustentam que, enquanto princípios, moralidade e probidade se confundem; enquanto infrações, a probidade seria mais abrangente que a moralidade, vez que a violação do princípio da moralidade seria apenas uma das hipóteses de atos de improbidade previstos em lei.[24]

Desse modo, a improbidade administrativa pode ser definida como sendo qualquer ato ilícito que, quando praticado por agente público ou terceiro contra entidades públicas e privadas, gestoras de recursos públicos, é capaz de acarretar enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou violação aos princípios que regem a Administração Pública.[25]

2016. p. 936; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 907. Ressalta-se ainda o posicionamento daqueles que entendem que as sanções decorrentes da lei de improbidade administrativa seriam uma quarta esfera de responsabilização. Nesse sentido: MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 918.

21. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo* – Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. 6. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 108/110.
22. MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 919.
23. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 1322.
24. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 938; e CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 936.
25. NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa: direito material e processual*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 9.

2.1. Antecedentes Normativos e Quadro Normativo Atual

Na defesa da probidade administrativa, diversas normas jurídicas foram editadas ao longo do tempo. Destacam-se duas normas infraconstitucionais que formam o quadro de precedentes legislativos da Lei 8.429/1992 (atual Lei de Improbidade Administrativa): a Lei 3.164/1957, conhecida como Lei Pitombo-Godói Ilha, e a Lei 3.502/1958, conhecida como Lei Bilac Pinto, ambas criadas com fundamento no art. 141, § 31, da Constituição de 1946, que previa a criação de uma lei para dispor sobre o sequestro e perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, com influência ou abuso de cargo, de função pública, ou de emprego em entidade autárquica.

Em resumo, para atender ao mencionado dispositivo constitucional, a Lei Pitombo-Godói Ilha fazia previsão do sequestro e perda, em favor da Fazenda Pública, de bens adquiridos por servidor público que se utilizasse de influência ou abuso de cargo ou função pública para tanto. A preocupação central era, portanto, sancionar os atos de enriquecimento ilícito dos servidores públicos. O processo poderia ser promovido por iniciativa do Ministério Público, ou de qualquer pessoa do povo. Ainda, a lei deixava clara a natureza civil da sanção, eis que determinava que esta seria aplicada independentemente de eventual responsabilidade penal.

A Lei Bilac Pinto, de maneira semelhante à norma anterior (que continuava vigente), pretendia também regular o sequestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso de cargo ou função pública, mantendo ainda o caráter civil das sanções. Tal norma, todavia, adotava conceito mais amplo do "servidor público" passível de sanção, além de trazer rol exemplificativo de condutas caracterizadores de enriquecimento ilícito.[26]

Ambas as normas apenas foram revogadas com a promulgação da Lei 8.429/1992, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa (LIA), criada para regulamentar o art. 37, § 4º da Constituição Federal[27]. A LIA define os atos e sujeitos de improbidade, as sanções aplicáveis, além de normas processuais a serem seguidas[28].

---

26. Sobre as inovações trazidas pela Lei Bilac Pinto em relação à Lei Pitombo-Godói, cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 902 e ss.

27. Determina o referido dispositivo constitucional que "Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível."

28. Importante mencionar que a (in)constitucionalidade formal da LIA foi objeto de discussão da ADI 2182/DF, proposta pelo PTN. Quando do julgamento da referida ADI,

Cumpre destacar aqui a existência de outros dispositivos constitucionais e diplomas legais que cuidam, de alguma maneira (não tão específica), da improbidade administrativa no ordenamento jurídico pátrio atualmente, bem como a existência de Convenções Internacionais contra a corrupção, das quais o Brasil é signatário.[29]

Dentre os dispositivos legais pátrios, ressalta-se a Lei 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção, que dispõe sobre a responsabilização objetiva, civil e administrativa, de pessoas jurídicas que pratiquem atos contra a Administração Pública nacional ou estrangeira, em seu interesse ou benefício[30]. Além de prever sanções aplicáveis à pessoa jurídica, independentemente da responsabilização de seus dirigentes e demais pessoas naturais que contribuam para o ilícito, a lei em comento prevê a possibilidade de celebração de acordos de leniência, sobre os quais se tratará mais detalhadamente no capítulo seguinte.

3. A (im)possibilidade de aplicação da colaboração premiada na ação de improbidade administrativa

3.1. Vedação do art. 17, § 1º da Lei 8.429/92

Tema controverso na doutrina, a questão acerca da possibilidade de aplicação do instituto da delação premiada na ação de improbidade administrativa traz à tona a discussão sobre os limites dos benefícios concedidos na colaboração premiada[31]. Ocorre que, muito além da discussão doutrinária, na prática, acordos de

a Suprema Corte entendeu, por maioria, não haver qualquer irregularidade formal no dispositivo legal. Ainda, encontra-se em andamento a ADI 4295/DF, que suscita a inconstitucionalidade material da LIA. Para a maioria doutrinária, o referido diploma legal é constitucional.

29. Sobre as fontes internacionais, constitucionais e legislativas relacionadas à improbidade administrativa, veja-se: NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa: direito material e processual*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 14 e ss.

30. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 1247.

31. BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada e a nova era do risco penal calculado*. Disponível em [http://emporiododireito.com.br/backup/delacao-premiada-e-a-nova-era-do-risco-penal-calculado-por-walter-bittar/]. Acesso em 09.04. 2018. Sobre o assunto, destacando que a adoção de beneplácitos não previstos em lei pode aumentar os incentivos à cooperação, mas, ao mesmo tempo, os riscos de colaborações mentirosas e inúteis, confira-se: BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos

colaboração têm contemplado a improbidade administrativa, ainda que sem autorização expressa da legislação[32].

Isso é feito, basicamente, de duas formas. Na primeira, acordos firmados com investigados/réus na esfera penal, tem seus efeitos estendidos às ações de improbidade que versam sobre o mesmo fato. Ocorre, portanto, a comunicabilidade entre as esferas. A integração é feita por meio do uso da analogia[33]. Não é raro encontrar decisões permitindo a extensão dos efeitos de acordos de colaboração, que foram firmados e homologados na esfera penal, para atingir as ações de improbidade administrativa, em trâmite na esfera civil.

Cita-se, a título de exemplo, em meio a diversas decisões nesse mesmo sentido, o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, no sentido que "é possível a extensão de efeitos [da colaboração premiada para a improbidade administrativa], apesar de a colaboração premiada tratar-se de instituto jurídico voltado primordialmente para direito penal (...)".[34]

Na segunda, ocorre uma flexibilização da LIA – que a princípio veda transações, acordos e conciliações – para que sejam firmados acordos de colaboração premiada, instituto de direito penal, na própria ação civil de improbidade.

à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na "Operação Lava Jato". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 122, p. 359-390, set-out/2016. De outro lado, admitindo a possibilidade de concessão de benefícios extrapenais em sede de colaboração premiada cf. DAVID, Décio Franco. Efeitos extrapenais da colaboração premiada. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 26, n. 313, p. 11-12, dezembro/2018.

32. Nesse sentido, o acordo de Pedro José Barusco Filho prevê cláusula nos seguintes termos: item III – Proposta do Ministério Público – Cláusula 5ª – §6º – fl. 5: "O MPF pleiteará nas ações cíveis de improbidade administrativa que porventura forem ajuizadas contra o COLABORADOR ou suas empresas em decorrência dos fatos revelados no presente acordo, que não lhes sejam aplicadas as sanções dela decorrentes, no caso da Lei 8.429/92, aquelas previstas no art. 12, ressalvada a validade da presente cláusula à prévia homologação pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF." (Disponível em: [https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/02/858_ANEXO2.pdf]. Acesso em 23.01.2019.

33. Necessário esclarecer que a justificava por meio da analogia é bastante questionável, na medida em que esta pressupõe a inexistência de regulamentação legal de determinado assunto, enquanto o tema discutido, conforme será explorado na sequência, conta com expressa vedação legal.

34. TJPR – 5ª C. Cível – AI – 1696634-0 – Região Metropolitana de Londrina – Foro Central de Londrina – Rel.: Nilson Mizuta – Unânime – J. 15.12.2017.

Para ilustrar, destaca-se a Resolução 01/2017, do Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Paraná,[35] permitindo a celebração de compromisso de ajustamento envolvendo as sanções cominadas aos atos de improbidade administrativa definidos na LIA, tanto na fase extrajudicial, quanto na fase judicial. A Resolução traz como requisitos para a celebração do compromisso de ajustamento de conduta, a necessidade de reparar o dano e restituir totalmente o produto do enriquecimento ilícito, além do perdimento dos bens, direitos ou valores obtidos por meio da infração. A resolução assinala que, para aplicação das sanções de pagamento de multa civil, proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais, deverá ser considerada a espécie e a gravidade do ato ilícito praticado.

De acordo com a resolução, a composição visa à aplicação célere e proporcional das respectivas sanções, nos atos que possam ser considerados como de menor potencial ofensivo, ou ainda a formação de um meio de obtenção de prova, desde que o beneficiado pela composição colabore efetivamente com as investigações e o processo, ou seja, verdadeira colaboração premiada.

Não obstante o fato de a Lei da Ação Civil Pública autorizar o compromisso de ajustamento, certo é que a aludida resolução amplia seus limites, sobretudo porque pretende vulnerar proibição legal que veda expressamente a negociação ou transação nas ações de improbidade administrativa.

Note-se que o direito à proteção do patrimônio público e da moralidade administrativa, tutelado pela LIA, é um direito difuso. Trata-se de direito que tem como titular a coletividade, logo, transindividual. Tem natureza indivisível, sendo que os sujeitos beneficiados pela tutela são indeterminados e indetermináveis. [36]

A transação, de acordo com o Código Civil, significa reciprocidade de concessões, sendo lícita aos interessados, com o escopo de impedir ou terminar o litígio. Salienta o diploma legal, por inteligência do art. 841, que "só quanto aos direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação." Nesse norte, a LIA, no § 1º do art. 17, dispõe expressamente que é vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade. Isso porque, os interesses tutelados pela

35. Disponível em: [www.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=4334]. Acesso em: 13.04.2018.

36. NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa: direito material e processual*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 136.

referida lei (patrimônio público e probidade administrativa) são indisponíveis[37], e não direitos patrimoniais privados.

A norma se justifica pela relevância do patrimônio público[38] (econômico e moral), protegido pela ação de improbidade. Trata-se, segundo Di Pietro, da perfeita aplicação do princípio da indisponibilidade do interesse público[39]. Daí decorrem as críticas à celebração de acordos mitigando as sanções cominadas aos atos de improbidade pela LIA, ou ainda à extensão dos efeitos de acordo celebrado na seara penal para a civil.

Walter Bittar, ao escrever especificamente sobre o tema em tela, se posiciona contrário a utilização do instituto da delação premiada nas ações de improbidade. Ressalta que a norma que veda acordos nessa matéria serve para resguardar o interesse público e a legalidade, e que a negociação do patrimônio público implica transação de valores que não pertencem ao *Parquet,* mas sim a toda a sociedade.[40]

Não obstante as críticas, certo é que diversos autores assentem com a utilização da "justiça premial" nas ações de improbidade. É o caso do professor Matheus Carvalho[41], que argumenta não haver empecilho legal para a aplicação analógica do instituto nas ações de improbidade. O autor salienta que, frente as dificuldades encontradas nas investigações de casos que envolvem grandes esquemas de corrupção, a delação premiada seria uma forma de auxiliar o poder público no combate a condutas violadoras da moralidade pública, permitindo a punição de todos os responsáveis pelos atos danosos.

Ainda, Cleber Masson e Vinicius Marçal[42], ao abordarem os reflexos da colaboração premiada em outras áreas jurídicas, mencionam a discussão acerca da

37. FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa:* doutrina, legislação e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 456.

38. Neste ponto, interessante mencionar a Súmula 599 do STJ, aprovada em 20 de novembro de 2017, que, reforçando a ideia da relevância do patrimônio público, dispõe que "o princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a Administração Pública."

39. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 925.

40. BITTAR, Walter Barbosa. *O modelo de investigação mista: a improbidade administrativa e os limites ao prêmio da delação premiada*. Disponível em: [http://emporiododireito.com.br/o-modelo-de-investigacao-mista-a-improbidade-administrativa-e-os-limites-ao-premio-da-delacao-premiada-por-walter-bittar/]. Acesso em: 10.03.2018.

41. CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 954-956 *passim*.

42. MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime Organizado*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 204-206 *passim*.

possibilidade de extensão dos efeitos do acordo homologado pelo juízo criminal ao âmbito da improbidade administrativa e ressaltam que entendem ser conveniente a extensão dos efeitos de uma esfera à outra.

A despeito disso, oportuno salientar, que o autor Cleber Masson, em obra escrita em coautoria com Adriano Andrade e Landolfo Andrade, já expôs entendimento distinto salientando que "colocadas as características da transação e da conciliação, é intuitivo concluir pela inadmissibilidade dessas formas de composição de litígio nas ações de improbidade administrativa, dada a indisponibilidade dos interesses envolvidos (tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa). Para não deixar dúvidas, o legislador entendeu por bem explicitar essa proibição (art. 17, §1º, da LIA)."[43]

Note-se que as posições sustentadas pelo referido autor são claramente contraditórias, indicando a controvérsia do tema, mas também incoerência entre os entendimentos publicados, pois muito embora possível a alteração de posições, o mínimo que se espera é a explicação dos motivos que conduziram à sua modificação.

Por seu turno, Marcos Paulo Dutra Santos[44] não vê óbice à projeção do instituto para a ação de improbidade, com a possibilidade de redução do montante das penas trazidas pela LIA. Ressalta, contudo, que deve ser assegurada a recomposição patrimonial integral, descartando-se o perdão judicial, vez que sua extravagância exigiria previsão legal expressa, frente a natureza indisponível dos bens em jogo.

Com efeito, após concluir trata-se a colaboração premiada de um negócio jurídico bilateral caracterizada como um contrato, considerando os interesses contrapostos do delator e do Estado, representando respectivamente pela obtenção

43. *Interesses difusos e coletivos esquematizado*. 3ª ed. São Paulo: Método, 2013, p. 1594 (*ebook*).

44. SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada.* 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 187. No mesmo sentido: DINO, Nicolao. A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de [Org.]. *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 515/535. Justificando a ampliação do espaço de negociação, inclusive sobre o direito material, no âmbito de ações de improbidade administrativa, sob o argumento de que o Código de Processo Civil de 2015 viabilizou nova compreensão sobre o tema cf. CABRAL, Antonio do Passo. As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta. In: GODINHO, Robson Renault; COSTA, Susana Henriques da [Coords]. *Coleção Repercussões do Novo CPC – Ministério Público*. v. 6. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 202.

de benefícios legais e colaboração do investigado para colher informações e elementos de prova[45], Fredie Didier e Daniela Bonfim admitem que "se agora é possível negociar as consequências penais, mesmo nas infrações graves, não haveria razão para não ser possível negociar as sanções civis de improbidade. Pode-se estabelecer a seguinte regra: a negociação na ação de improbidade administrativa é possível sempre que for possível a negociação no âmbito penal, em uma relação de proporção."[46]

Os autores prosseguem subsidiando seu entendimento apontando a diferença de contexto jurídico em que editada a Lei 8.429/92 e o momento atual, mormente diante das inúmeras flexibilizações advindas no âmbito processual penal, complementando que o art. 36, §4º da Lei 13.140/2015 permitiu a autocomposição em ações de improbidade administrativa[47].

Adotando compreensão distinta, Emerson Garcia assevera que o dispositivo legal previsto da Lei 13.140/2015 está inserido no título "dos conflitos envolvendo a Administração Pública Federal Direta, suas Autarquias e Fundações", logo, trata-se de litígio que envolve entes da Administração Pública Federal. Acrescenta o autor ser bastante sugestivo o capítulo em que se insere o dispositivo legal invocado como base à permissão de consenso na improbidade administrativa "da autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público". Por sua vez, assinala que "não se trata, em hipótese alguma, de permissivo para a autocomposição entre o agente público e o ente legitimado ao ajuizamento da ação civil por ato de improbidade. O segundo e mais importante aspecto é o de que a autocomposição não versará sobre a instância de responsabilização cível

45. DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 113-114, jan.-mar. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i67.475.

46. DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 117, jan.-mar. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i67.475. Compreensão semelhante é sustentada por CABRAL, Antonio do Passo. As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta. In: GODINHO, Robson Renault; COSTA, Susana Henriques da [Coords]. *Coleção Repercussões do Novo CPC – Ministério Público*. v. 6. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 198-199.

47. DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 116-118. jan.-mar. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i67.475.

prevista na Lei 8.429/1992, mas, sim, sobre a base fática da qual surgiu o litígio entre entes da Administração Pública e que permitiu o enquadramento do agente público na referida Lei"[48].

Embora existam decisões permitindo o uso do acordo de colaboração na esfera civil, como no exemplo citado anteriormente, o tema não é pacífico na jurisprudência. Um exemplo disso é a decisão da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, no sentido que não há como aplicar, por meio da analogia, os benefícios da delação premiada e do perdão judicial nas ações de improbidade administrativa, por se tratarem de institutos específicos da esfera penal, sendo ainda que "a indisponibilidade do patrimônio público e do interesse público primário obstam a aplicação, em sede de ação de improbidade administrativa, do perdão judicial decorrente de celebração de acordo de delação premiada"[49].

Nesse sentido ainda, oportuno destacar o voto do Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, na questão de ordem na petição 7.074, ao indicar ilegalidades observadas em acordos de colaboração premiada entabulados pelo Ministério Público, exemplificando com a seguinte situação:

O acordo de Sérgio Machado notabilizou-se também por colocar a salvo da recuperação de ativos bens em nome de familiares, especialmente dos filhos do colaborador.

48. GARCIA, Emerson. *A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial incidência no âmbito da Lei 8.429/1992*. Disponível em [www.conamp.org.br/pt/component/k2/item/1745-a-consensualidade-no-direito-sancionador-brasileiro-potencial-incidencia-no-ambito-da-lei-n-8-429-1992.html]. Acesso em 02.06.2018.

49. TJDFT. Acórdão n.804101, 20110110453902APC, Rel. Carmelita Brasil, rev. Sérgio Rocha, 2ª T. Cível, *D J* 09.07.2014, Publicado no *DJe*: 21.07.2014. p. 100. No sentido da impossibilidade de extensão dos prêmios da delação premiada à improbidade administrativa, veja-se: TJDFT – Acórdão 698504, 20040111174335APC, rel. Fernando Habibe, rel. Designado: Arnoldo Camanho de Assis, ver. Arnoldo Camanho de Assis, 4ª T. Cível, *DJ*10.07.2013, Publicado no *DJe*: 06.08.2013. p. 300; Tribunal Regional Federal da 1ª Região. AC 0000174-15.2004.4.01.4200/RR, rel. Desembargador Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes, rel. Juíza Federal Clemência Maria Almada Lima de Ângelo (Conv.), 4ª T., e-DJF1 p. 93 de 02/06/2014; TJRN – Apelação Cível 0209114-03.2007.8.20.0001 – Des. rel. Expedito Ferreira – 1ª Câmara Cível – j. 04.09.2014; TJPR – 5ª C. Cível – AC – 1243310-0 – Região Metropolitana de Londrina – Foro Central de Londrina – Rel. Carlos Mansur Arida – Unânime – j. 09.12.2014; TRF 1ª Região – AC 0000174-15.2004.4.01.4200/RR, rel. Desembargador Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes, rel. Juíza Federal Clemência Maria Almada Lima de Ângelo (Conv.), 4ª T., e-DJF1 p. 93 de 02.06.2014; TJMS – Rel. Des. Marcos José de Brito Rodrigues; Comarca: Dourados; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data do julgamento: 26.05.2015; Data de registro: 28.05.2015.

O mesmo acordo transaciona com direitos legalmente inegociáveis. A Lei de Improbidade Administrativa veda "transação, acordo ou conciliação" em ações por ela regidas – art. 17, § 1º, da Lei 8.429/92. Ainda assim, a cláusula 10ª afirma que o Ministério Público postulará que as sentenças que reconheçam a responsabilidade do delator, nas ações civis públicas em andamento, sejam meramente declaratórias.

Desse modo, em que pese a controvérsia existente, não se deve olvidar que na órbita pública somente é possível agir nos estritos limites da lei (art. 37, CF)[50], diferentemente do que se dá na esfera particular, razão pela qual a existência de expressa proibição legal de transação na improbidade administrativa indica a impossibilidade da delação premiada espraiar seus prêmios sobre a improbidade administrativa.

3.2. Compromisso de Ajustamento de Conduta

Nesse ponto, importante ressaltar que, não obstante a vedação trazida pela LIA, é previsto na Lei da Ação Civil Pública a possibilidade de firmar-se TAC (termos de ajustamento de conduta),[51] celebrados entre os legitimados a defender a probidade administrativa e manejar instrumentos processuais para a punição dos agentes ímprobos.

Sobre o assunto, Daniel Amorim Assumpção Neves destaca que, em respeito ao disposto na LIA, ao celebrar um TAC, não é o direito material em si o objeto da transação, mas sim a forma de seu exercício (forma, modo e prazos de cumprimento das obrigações que tutelam o direito material)[52].

Por seu turno, Bruno Takahashi vislumbra o TAC como concretização de meios alternativos de solução de controvérsia no âmbito da improbidade administrativa, sem deixar de reconhecer a impossibilidade de transação, acordo ou conciliação, justificando assim que os limites da atuação estatal traduzir-se-ia na proibição de concessões ou disposição de bens ou valores, de modo a admitir

50. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 95.

51. O compromisso de ajustamento está previsto na Lei Federal 7.347/45 (Lei da Ação Civil Pública), que dispõe em seu art. 5º, § 6º que "os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial".

52. NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa:* direito material e processual. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 223.

duas situações de solução consensual na improbidade administrativa: a) nos ajustes secundários para fins de reparação do dano ou ressarcimento do Erário e; b) na tutela preventiva do patrimônio público[53].

Com efeito, traçando interessante paralelo entre o texto do art. 17, §1º, da LIA e o TAC, Emerson Garcia alerta que não se deve confundir a medida que pretenda afastar a aplicação das penas incidentes sobre o agente (expressamente proibida pela lei), com aquela que busque a adequação do comportamento do agente público à ordem jurídica, isto porque "esta última providência, como é fácil constatar, em nada comprometerá a efetividade da sanção cominada na norma, não sendo alcançada pela *ratio* da vedação ora analisada. Não vislumbramos, inclusive, qualquer impossibilidade de que a forma em que se dará a reparação do dano ou à perda dos bens adquiridos ilicitamente seja objeto de termo de ajustamento de conduta, pois tal não importará em qualquer óbice à aplicação das demais sanções cominadas na Lei 8.429/1992."[54]

Com viés mais rigoroso, Fazzio Júnior entende que não há óbice à composição, quando feita tão somente na fase de inquérito civil, quando este versar sobre fatos insignificantes ou lesões irrisórias, sem detecção de má-fé[55]. Assim, na improbidade de bagatela ou nos casos de lesão ao erário, com valor diminuto, e evidentemente culposo, seria possível a composição durante o inquérito civil, vez que o que a LIA impede são institutos processuais, meios de extinção da ação.

Conforme citado anteriormente, o Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Paraná, por meio da Resolução n.º 01/2017, delineou parâmetros para celebração de compromissos de ajustamento tanto na fase de inquérito civil, quanto na fase judicial (tratando-se de verdadeiro acordo de colaboração premiada).

Ressalta-se, por oportuno, que se deve atentar para o fato de que, como recorda Di Pietro, aplicam-se as normas da Lei da Ação Civil Pública apenas no que não contrariarem dispositivos expressos da Lei de Improbidade Administrativa.[56]

53. TAKAHASHI, Bruno. A solução consensual de controvérsias e o art. 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa. *Revista dos Tribunais*. v. 927/2013, p. 39, jan/2013.

54. GARCIA, Emerson. *A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial incidência no âmbito da Lei 8.429/1992*. Disponível em [www.conamp.org.br/pt/component/k2/item/1745-a-consensualidade-no-direito-sancionador-brasileiro-potencial-incidencia-no-ambito-da-lei-n-8-429-1992.html]. Acesso em 02.06.2018.

55. FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa:* doutrina, legislação e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 404 e ss.

56. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 924.

Nesse caminho, o que se questiona é se compromissos de ajustamento de conduta (firmados com base na Lei da Ação Civil Pública), sendo tão abrangentes, não estariam, de certo modo, extrapolando os limites traçados pela própria LIA. Ao que parece, com um nivelamento entre ambas as normas, compromissos de ajustamento devem se restringir ao inquérito civil, sem alcançar o direito material em si, sob pena de prática de ato de improbidade administrativa pelas autoridades e particulares que celebrarem o acordo.

3.3. Acordo de Leniência e Medida Provisória 703/2015

Conforme dito alhures, a Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013) trouxe a possibilidade de celebração de acordos de leniência entre os entes federados (por meio de seus órgãos de controle interno) e as pessoas jurídicas responsáveis pela prática do ato lesivo à Administração Pública, podendo haver a participação do Ministério Público ou da Advocacia Pública.

Como antecedentes históricos, pode-se afirmar que o instituto da leniência foi inserido na legislação pátria pela Medida Provisória 2.055/00, convertida na Lei 11.149/00 que modificou a Lei 8.884/94 introduzindo os arts. 35-B e 35-C, tendo o instituto sofrido aperfeiçoamentos no decurso do tempo redundado na sua manutenção e ampliação com a Lei 12.529/11 (arts. 86 e 87)[57].

A pessoa jurídica deve efetivamente colaborar com a investigação e o processo, objetivando a identificação dos demais envolvidos no acordo, quando couber, além da obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração. Para a celebração do acordo, a pessoa jurídica deve ser a primeira a manifestar interesse em cooperar, cessar totalmente sua participação no ilícito investigado, além de admitir sua participação, cooperando plenamente e permanentemente com as investigações e o processo.

Em acréscimo, oportuno registrar que a formalização do acordo de leniência não dispensa a pessoa jurídica da obrigação de reparar o dano causado (art. 16, §3º, da Lei 12.846/13), por essa razão, segundo Guilherme de Souza Nucci "seria, de fato, uma empulhação conseguir um acordo premiado, isentando até mesmo dos danos civis. A delação tem a finalidade de evitar a punição, não se entendendo como tal a reparação do dano causado"[58], reforçando, uma vez

57. TAFFARELLO, Rogério Fernando. Acordos de leniência e de colaboração premiada no direito brasileiro: admissibilidade, polêmicas e problemas a serem solucionados. *Revista Brasileira da Advocacia,* São Paulo, v. 4, ano 2, p. 214, jan-mar/2017.

58. *Corrupção e anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 183.

mais, a ideia de indisponibilidade acerca do ressarcimento por danos ocasionados em virtude de ato de improbidade administrativa.

Como recompensa, as pessoas jurídicas ficam isentas das sanções de publicação extraordinária da decisão condenatória e da proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas controladas pelo Poder Público. Além disso, há a redução de até dois terços da multa (subsiste o dever de reparação integral do dano). Interessante ressaltar que a aplicação das referidas sanções não afeta os processos e aplicação de sanções decorrentes da LIA[59].

Ocorre que, em 18 de dezembro de 2015, foi promulgada a Medida Provisória n.º 703, que alterou a Lei Anticorrupção para dispor sobre os acordos de leniência, promovendo alterações que permitiram estipular, nos acordos de leniência, reflexos nas sanções previstas na LIA. Para tanto, a Medida Provisória – além de alterar o texto da Lei Anticorrupção – revogou o § 1º, do art. 17 da LIA que, como mencionado, veda transações, acordos e conciliações nas ações de improbidade[60].

Com a revogação do dispositivo, ganhou mais força a onda de acordos celebrados com o fim de mitigar as sanções da LIA em troca de alguma colaboração. Carvalho Filho, ao escrever ainda durante a vigência da Medida Provisória 703/2015, lembrou que com a revogação do dispositivo (art. 17, § 1º da LIA), passou-se a admitir que acordos de leniência, celebrados com pessoas jurídicas, possam prever a exclusão de sanções aplicáveis nas ações de improbidade. O autor

59. A despeito dessa afirmação e independentemente da Medida Provisória 703 há quem sustente, com base em regulamentação fixada na Orientação 7/2017 da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, a importância de participação no acordo de leniência tanto do procurador com atribuições na esfera penal como também daquele com atribuição para a propositura de ação de improbidade, indicando, assim, o cabimento de negociação nessa esfera. (MARTINEZ, Ana Paula. Parâmetros de negociação de acordo de leniência com o MPF à luz da experiência do CADE. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Colaboração Premiada*. São Paulo: Ed. RT, 2018. p. 36).

60. Embora concorde com a revogação do dispositivo Rogério Fernando Taffarello entende ser inconstitucional a modificação por meio de medida provisória, pois compreende tratar-se de norma de natureza processual civil, matéria vedada ao escopo de medidas provisórias (art. 62, § 1º, inc. I, CF). (*Lei Anticorrupção: acordo de leniência e polêmicas suscitadas pela MP 703*. Disponível em [http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/lei-anticorrupcao-acordo-de-leniencia-e-polemicas-suscitadas-pela-mp-703/]. Acesso em 01.06.2018).

viu como infeliz a revogação do dispositivo proibitivo pela MP 703, eis que tornou negociáveis punições que são, por natureza, intransacionáveis, sobrelevando o interesse privado ao público.[61]

Em sentido oposto, Emerson Garcia lembra que a revogação da proibição legal não tornou automaticamente admissível a consensualidade no âmbito da improbidade administrativa, justificando essa premissa porque "no âmbito do direito sancionador brasileiro, a omissão ou vazio normativo, indicativo de que a matéria não é alcançada por norma expressa ou implícita, termina por atribuir-lhe a característica de verdadeiro 'silêncio eloquente'. Trata-se de mera inferência lógica a partir dos papéis desempenhados pelos princípios da legalidade e da obrigatoriedade, que figuram como pilares na persecução de ilícitos no sistema brasileiro. Nesse caso, a omissão deve ser vista como deliberada e consciente exclusão."[62]

De fato, no estudo do tema não se deve olvidar da previsão constituição insculpida no art. 37, §§4º e 5º, da Constituição Federal que alça a pretensão de reparação dos danos oriundos de improbidade administrativa a característica de imprescritível,[63] cristalizando a indisponibilidade dos interesses envolvidos.

Com efeito, insta salientar que a Medida Provisória 703 teve seu prazo de vigência encerrado em 29 de maio de 2016, através de ato declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional 27 de 2016[64], diante da inércia do Poder Legislativo em analisar a referida MP.

Sabe-se que, nos casos de rejeição, as Medidas Provisórias perdem sua eficácia desde a edição, nos exatos termos do art. 62, § 3º da CF/88. Portanto, seus efeitos apenas serão válidos se ela for convertida em lei. Não havendo a conversão, seus efeitos são nulos *ex tunc,* sendo que o Congresso Nacional deve editar um

61. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 1357.

62. GARCIA, Emerson. *A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial incidência no âmbito da Lei 8.429/1992*. Disponível em [www.conamp.org.br/pt/component/k2/item/1745-a-consensualidade-no-direito-sancionador-brasileiro-potencial-incidencia-no-ambito-da-lei-n-8-429-1992.html]. Acesso em 02.06.2018.

63. O Supremo Tribunal Federal ao julgar o tema 897, no RE 852475, julgado em 08 de agosto de 2018, definiu a tese de que: "São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.".

64. "O presidente da mesa do congresso nacional, nos termos do parágrafo único do art. 14 da Resolução 1, de 2002-CN, faz saber que a Medida Provisória 703, de 18 de dezembro de 2015, publicada no Diário Oficial da União no dia 21, do mesmo mês e ano, que "Altera a Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013, para dispor sobre acordos de leniência", teve seu prazo de vigência encerrado no dia 29 de maio do corrente ano."

decreto legislativo, no prazo de sessenta dias, para regular as relações jurídicas constituídas durante sua vigência. Não havendo a edição do decreto legislativo, essas relações jurídicas conservar-se-ão pela própria MP, havendo a chamada ultraeficácia.[65]

Não é outro senão este o caso da MP 703/2015, pois não houve edição de decreto legislativo, e com base nessa constatação, estariam conservados os atos praticados durante a vigência da referida MP, inclusive os acordos de leniência mitigando as sanções da LIA, e acordos de colaboração premiada firmados no âmbito da própria LIA, baseando-se na revogação do § 1º do art. 17[66].

De toda sorte, não se pode perder de vista a proteção constitucional conferida aos interesses discutidos em sede de improbidade administrativa, trazendo sérias dúvidas sobre a eficácia dos acordos de leniência que negociaram sanções previstas na LIA (pela inconstitucionalidade da revogação operada na LIA), mesmo durante o período em que permaneceu revogada a proibição legal de transação e acordos sobre essa matéria, valendo rememorar as advertências de Emerson Garcia referidas anteriormente como verdadeiro óbice à negociação de sanções previstas na LIA.

3.4 Interpretação analógica e necessidade de adequação legislativa

Acordos envolvendo as sanções decorrentes de atos de improbidade administrativa têm sido celebrados baseando-se, comumente, no uso da interpretação analógica entre normas que permitem a colaboração premiada – ou mesmo o acordo de leniência – para incidirem na Lei de Improbidade Administrativa.

Ora, o que não se pode ignorar é que o uso da analogia consiste em aplicar, a uma hipótese não prevista pelo legislador, uma solução por ele apresentada para

65. Sobre Medidas Provisórias, seu processo de adoção, conversão em lei ou rejeição, e eficácia, vide: MASSON, Nathalia. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 770 e ss.

66. Cabe mencionar que, ainda na vigência da medida provisória em comento, seria cabível a discussão acerca da (in)constitucionalidade da revogação da norma proibitiva da LIA. Como fundamento, se pode citar, por exemplo, a imprescritibilidade da reparação do dano decorrente de ato ilícito lesivo ao erário (*ex vi* do art. 37, § 5º, da CRFB/88), como um reforço dado pelo constituinte em relação a indisponibilidade do patrimônio público. Sobre a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário, veja-se: NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa:* direito material e processual. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, 2017. p.115 e ss.

uma outra hipótese semelhante.[67] É necessária, portanto, a existência de lacunas na lei, ou seja, é necessário que o ordenamento jurídico não preveja regra específica para determinada matéria.

Não é este o caso em comento. A Lei de Improbidade Administrativa contém norma clara e específica, afastando a possibilidade de transações, acordos e conciliações nas ações de improbidade. É a exata dicção do ressuscitado § 1º do art. 17 da referida norma.

Vale advertir que não se questiona a eficiência da adoção de acordos de colaboração na apuração de ilícitos contra a Administração Pública. A colaboração premiada aqui, assim como na esfera penal, traz consigo pontos negativos e positivos. Longe do nivelamento entre tais pontos, fato é que, com a prática jurídica questionada, ao menos por hora, está por se transacionar direitos que são, legalmente, inegociáveis.

Ainda que fosse recomendável a alteração da legislação para permitir a aplicação do instituto na improbidade[68], certo é que, no atual cenário normativo, a delação restringe-se a esfera penal, sendo, por conseguinte, vedada a utilização por analogia.

Note-se que mesmo para aqueles que admitem a concessão de benefícios supralegais, salienta-se que o benefício não pode ser proibido por lei, de modo que, a aplicação de benesses não previstas legalmente deveriam ocorrer mediante aplicação analógica de dispositivos existentes na legislação, ainda que necessária alguma adaptação ao caso concreto. [69]

Ocorre que, se a extensão da justiça negociada para a esfera da improbidade administrativa for vista de fato como uma necessidade, deve o legislador – por ser sua a função – delimitar parâmetros para tanto (com a devida rigorosidade, haja

67. NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 201.

68. Compreendendo necessária modificação legislativa para tratar do assunto cf. TAFFARELLO, Rogério Fernando. *Op. Cit.*226.

69. MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz [coord.]. *Colaboração premiada.* São Paulo: RT, 2018. p. 96. Em sentido oposto, afirmando que o acordo de delação que concede prêmios penais diversos dos previstos no diploma legal devem ser devolvidos para as devidas adequações cf. Lewandowski, Ricardo. A colaboração premiada em face do princípio da separação dos poderes. *In:* TOFFOLI, José Antonio Dias (Org). *30 anos da Constituição Brasileira: Democracia, Direitos Fundamentais e Instituições*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 517-525.

vista a natureza do direito tutelado), criando normas e alterando as já vigentes, no que for necessário. Evoluir em soluções legislativas, ao que parece, é o melhor caminho a ser adotado.

Reforçando esse ponto de vista, nas famigeradas "10 medidas contra a corrupção" o Ministério Público Federal apresentou anteprojeto de lei acrescentando à LIA o art. 17-A, contendo a seguinte redação: "Art. 17-A. O Ministério Público poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas físicas e jurídicas responsáveis pela prática dos atos de improbidade administrativa previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e com o processo judicial, desde que dessa colaboração resulte, cumulativamente: [...]."

Portanto, frente ao atual quadro normativo, não se mostra coerente admitir a celebração de acordos de delação premiada mitigando sanções definidas na LIA, haja vista a norma proibitiva expressa em vigência, ressaltando-se que a celebração de acordos concedendo prêmios na improbidade configura ato de improbidade administrativa por violação dos princípios da Administração Pública.

Conclusão

A delação/colaboração premiada é um meio de obtenção de prova que ganhou relevância nos últimos anos. Não obstante as críticas que enfrenta, trata-se de instrumento útil ao Estado na persecução criminal. Há que se prezar sempre por sua excepcionalidade, bem como pela observância dos limites legais de negociação e concessão de benefícios, além dos direitos dos delatores e delatados.

No âmbito civil, as ações de improbidade administrativa também têm se mostrado importante instrumento no combate à corrupção, com a apuração de ilícitos que atentem contra a Administração Pública e aplicação de sanções aos responsáveis.

Daí decorre a intenção, de parte da doutrina e jurisprudência, de junção dos instrumentos, com a celebração de acordos de colaboração que incidam também sobre as sanções cominadas aos agentes ímprobos. Ocorre que, apesar de eventual conveniência no oferecimento de benesses legais aos agentes ímprobos em troca de auxílio na apuração do ilícito, tal transação encontra barreira legal, sendo absolutamente incoerente e contraditório o combate à corrupção mediante violação à legalidade, corrompendo-se à própria lei.

A natureza de direito difuso e indisponível da probidade administrativa respalda a intenção do legislador ao elaborar a regra proibitiva contida no § 1º do art. 17 da LIA. Cabendo ressaltar ainda que, por se tratar de regra clara e específica, não há espaço para interpretação por analogia.

Certo é que, discussões acerca da opção do legislador na elaboração do referido dispositivo devem ser delineadas no meio acadêmico e político (legislativo), com o escopo de induzir e dar base a eventuais mudanças na própria via legislativa. Com isso, conserva-se o princípio da separação dos Poderes, bem como a segurança jurídica.

Referências

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber, ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos esquematizado*. 3ª ed. São Paulo: Método, 2013 (*ebook*).

BADARÓ, Gustavo. Meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal? In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Colaboração Premiada*. São Paulo: Ed. RT, 2018. p. 127/149.

BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada* (Direito Estrangeiro, Doutrina e Jurisprudência). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada e a nova era do risco penal calculado*. Disponível em [http://emporiododireito.com.br/backup/delacao-premiada-e-a-nova-era-do-risco-penal-calculado-por-walter-bittar/]. Acesso em 09.04.2018.

BITTAR, Walter Barbosa. *O modelo de investigação mista: a improbidade administrativa e os limites ao prêmio da delação premiada*. Disponível em: [http://emporiododireito.com.br/o-modelo-de-investigacao-mista-a-improbidade-administrativa-e-os-limites-ao-premio-da-delacao-premiada-por-walter-bittar/]. Acesso em: 10.04.2018.

BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na "Operação Lava Jato". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 122, p. 359-390, set-out/2016.

CABRAL, Antonio do Passo. As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta. In: GODINHO, Robson Renault; COSTA, Susana Henriques da [Coords]. *Coleção Repercussões do Novo CPC* – Ministério Público. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 6.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 3.ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DAVID, Décio Franco. Efeitos extrapenais da colaboração premiada. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 26, n. 313, p. 11-12, dezembro/2018.

DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa

A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 105-120, jan.-mar. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i67.475.

DINO, Nicolao. A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de [Org.]. *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 515/535.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo.* 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GARCIA, Emerson. *A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial incidência no âmbito da Lei 8.429/1992*. Disponível em [www.conamp.org.br/pt/component/k2/item/1745-a-consensualidade-no-direito-sancionador-brasileiro-potencial-incidencia-no-ambito-da-lei-n-8-429-1992.html]. Acesso em 02.06.2018.

LEWANDOWSKI, Ricardo. A colaboração premiada em face do princípio da separação dos poderes. *In:* TOFFOLI, José Antonio Dias [Org]. *30 anos da Constituição Brasileira: Democracia, Direitos Fundamentais e Instituições*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada.* 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

MARTINEZ, Ana Paula. Parâmetros de negociação de acordo de leniência com o MPF à luz da experiência do CADE. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Colaboração Premiada*. São Paulo: RT, 2018. p. 31/52

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime Organizado.* Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MASSON, Nathalia. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz [coord.]. *Colaboração premiada*. São Paulo: RT, 2018, p. 53-104.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César O. G. *Delação premiada: aspectos jurídicos*. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2016.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa: direito material e processual*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização Criminosa.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação Premiada: Legitimidade e procedimento*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada.* 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração unilateral premiada como consectário lógico das balizas constitucionais do devido processo legal brasileiro. In: *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 131-166, jan./abr., 2017. Disponível em: [www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/49]. Acesso: 20.fev.19.

TAFFARELLO, Rogério Fernando. Acordos de leniência e de colaboração premiada no direito brasileiro: admissibilidade, polêmicas e problemas a serem solucionados. *Revista Brasileira da Advocacia,* São Paulo, v. 4, ano 2, p. 211-231, jan-mar/2017.

TAFFARELLO, Rogério Fernando. Lei Anticorrupção: acordo de leniência e polêmicas suscitadas pela MP 703. Disponível em: [http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/lei-anticorrupcao-acordo-de-leniencia-e-polemicas-suscitadas-pela-mp-703/]. Acesso em 01.06.2018.

TAKAHASHI, Bruno. A solução consensual de controvérsias e o art. 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa. *Revista dos Tribunais*. v. 927/2013, p. 23-40, jan/2013.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração Premiada no processo penal*. São Paulo: RT, 2017.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo* – Tutela de Direitos Coletivos e Tutela *Coletiva de Direitos*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A aplicação do instituto da colaboração premiada nas ações de improbidade administrativa, de João Paulo Lordelo Guimarães Tavares – *RePro* 284/371-396 (DTR\2018\19905); e
- O direito de defesa na constituição. A natureza jurídica da prisão preventiva. Exercício abusivo como forma de obtenção de delações premiadas. Inconstitucionalidade. Parecer, de Ives Gandra da Silva Martins e Antonio Claudio Mariz de Oliveira – *RT* 960/299-341 (DTR\2015\13207).

Execução penal, unidade prisional Plácido de Sá Carvalho e o mito do progresso: olhares a partir de Ferrajoli, Agamben e Walter Benjamim

Penal execution, Plácido de Sá Carvalho prison and the myth of progress: looking from Ferrajoli, Agamben and Walter Benjamin

André Nicolitt

Doutor em Direito pela Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2011. Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, 2003. Professor do PPGD – Faculdade Guanambi – BA. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense – UFF. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim. Membro do Instituto Carioca de Criminologia – ICC. Juiz de Direito Titular do Juizado de Violência Doméstica – São Gonçalo – RJ.
anicolitt@gmail.com

Fernando Henrique Cardoso Neves

Doutorando e Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da UFF. Professor Colaborador do Instituto de Estudos Comparados em Administração de Conflitos – InEAC/UFF. Coordenador do Projeto de Extensão Vivências no Cárcere (UFF). Advogado.
fhcneves@id.uff.br

Recebido em: 24.07.2018.
Aprovado em: 16.11.2018.
Última versão dos autores: 14.12.2018.

Áreas do Direito: Processual; Penal; Direitos Humanos

Resumo: O presente artigo pretende estudar a efetividade da Lei de Execução Penal através de uma análise que perpassa a teoria do garantismo, a filosofia política de Agamben e o conceito de história de Walter Benjamim. O ponto de partida é o que se chamou de "arquitetura da execução penal", precisamente a edificação penal, ou seja, o espaço organizado para a execução da pena. Busca-se daí observar as estruturas de Poder, pois, é nos limites do espaço territorial que a dominação é exercida e onde existe a soberania

Abstract: The present article intends to study the effectiveness of the Law of Penal Execution through an analysis that goes through the theory of Garantism, the political philosophy of Agamben and the concept of history of Walter Benjamim. The starting point is what was called the "architecture of criminal execution", precisely the criminal construction, that is, the space organized for the execution of the sentence. As we seek to observe the structures of Power, therefore, it is within the limits of the territorial space that

do poder. O trabalho se estrutura a partir das normas que regulam a execução penal, passando por uma reflexão sobre a relação do ser e do dever ser à luz do garantismo penal de Ferrajoli, para chegar à apresentação dos dados levantados no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho ilustrando a categoria "campo de concentração" como paradigma do poder na perspectiva de Giorgio Agamben. Por fim, o estudo busca desvelar para o âmbito da execução penal a tomada de consciência, com a contribuição de Walter Benjamin sobre a *necessidade de se fundar verdadeiramente o estado de exceção,* ousando ainda apresentar algumas propostas paliativas de sobrevivência do sistema enquanto se espera o seu sonhado fim.

Palavras-chave: Execução penal – Estrutura de poder – Garantismo – Estado de exceção – Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho.

domination is exercised and where there is the sovereignty of power. The work is structured from the norms that regulate the criminal execution, passing through a reflection on the relation of the "being" and the "duty to be" in the light of the criminal garantism of Ferrajoli, to arrive at the presentation of the data collected in the Criminal Institute Plácido de Sá Carvalho illustrating the category "concentration camp" as paradigm of power in the perspective of Giorgio Agamben. Finally, the study seeks to unveil to the scope of criminal execution the awareness, with the contribution of Walter Benjamin on the need to truly establish the state of exception, daring to present some palliative proposals for survival of the system, while waiting for your so dreamed end.

Keywords: Penal execution – Power structure – Garantism – State of exception – Plácido de Sá Carvalho prison.

Sumário: Introdução. 1. A arquitetura jurídica da execução penal no Brasil. 1.1. Constituição e tratados internacionais e regras de Mandela. 1.2. Lei de Execução Penal. 1.3. Regras mínimas e Diretrizes Básicas da Arquitetura Penal. 2. Arquitetura real da execução penal no Brasil. 2.1. Perfil dos presos e natureza dos crimes. 2.2. Déficit de vagas, guerra às drogas e prisões provisórias. 2.3 Custos das vagas e da manutenção. 2.4 Reincidência. 2.5. Arquitetura real: síntese. 3. A ilustração a partir do Plácido de Sá Carvalho. 4. O ser e o dever ser a partir de Ferrajoli. 5. Agamben, o campo e o Plácido de Sá Carvalho. 6. A tarefa benjaminiana de "originar o verdadeiro estado de exceção". Considerações finais. Referências bibliográficas.

Introdução

A execução penal, de forma mais direta, é regida pela Lei de Execução Penal (LEP), Lei 7.210/1984, cujos objetivos seriam efetivar as sentenças ou decisões criminais e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Trata-se de uma lei que possui impressionante amplitude, regendo a assistência material, social, o trabalho, a educação, a disciplina e os direitos dos presos. Define os órgãos de execução, dispõe detalhadamente sobre os estabelecimentos penais, sobre a execução das diversas espécies de pena e seus regimes, sobre os chamados "benefícios", como remição, progressão etc., sobre os incidentes, os procedimentos judiciais e muitos outros aspectos.

Dessa maneira, estudar a execução permite a adoção de inúmeros métodos e recortes, como a análise verticalizada de institutos, o enfrentamento das controvérsias jurisprudenciais, dentre outros aspectos.

Nossa pesquisa não tem uma proposta dogmática de pormenorizar, aprofundar e verticalizar[1] alguns temas, já que adotamos uma linha zetética[2]. Buscamos assumir um papel de produzir um conhecimento crítico, subversivo, que talvez perturbe e desordene as coisas e as ideias, as interpretações consagradas, ações corretas e eficazes, a hierarquia de valores e a racionalidade dominante, como descreve Kowarick[3]. Com isso, explicitamos nosso método, ou seja, o método crítico. A crítica conduz a uma atividade específica da razão, de fazer divisões, discernimentos e juízos, surgindo como censor, buscando separar o joio do trigo. Na Escola de Frankfurt, a crítica aparece como "crítica da razão" relacionada com as finalidades técnicas. A crítica passa a ter uma dimensão essencial de denunciar abuso de poder e uma função de contestação e desmistificação[4].

A crítica, para nós, é concebida como um instrumento de conhecimento, não admitindo nada inconscientemente e indagando sempre sobre os fundamentos, numa perspectiva intermediária entre o ceticismo e a dogmática[5]. A teoria crítica pós-moderna procura reconstruir a ideia e a prática da transformação emancipatória[6]. Toda ciência é uma ciência social, e a ciência social crítica deve buscar a máxima objetividade e a mínima neutralidade, visando sempre o conhecimento-emancipação[7].

As técnicas aplicadas serão a revisão bibliográfica e (Unidade Plácido de Sá Carvalho) análise documental, consistente, esta, na revisão dos relatórios do Núcleo do Sistema Penitenciário (NUSPEN) e do Núcleo de Defesa dos

1. BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da pesquisa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 154.
2. BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia...* cit., p. 155.
3. KOWARICH, Lúcio. Investigação urbana e sociedade. In: REIS, Elisa Reis (Org.). *Pluralismo, espaço social e pesquisa*. São Paulo: Editora Hucitec, 1995, p. 54.
4. CLÉMENT, Elisabeth *et* al. *Dicionário prático de filosofia*. Edição Original: Paris: Hatier, 1994/2. ed. portuguesa: Terramar, jan. 1999. p. 80.
5. HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 43-44.
6. SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente*. São Paulo: Cortez, 2001. *v*. 1. p. 29-33.
7. SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente*. São Paulo: Cortez, 2001. *v*. 1. p. 89 e 79.

Direitos Humanos (NUDEDH), ambos da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro realizados a partir de inspeção na Unidade Prisional Plácido de Sá Carvalho[8].

No presente artigo, o desafio assumido talvez seja o que revela verdadeira monstruosidade que se guarda no seio do sistema prisional. O recorte adotado tem por foco a efetividade da Lei de Execução Penal (LEP) a partir de uma análise que perpassa a Teoria do Direito, a partir de Ferrajoli, e a Filosofia Política de Agamben, como já dito, partindo do método crítico e através da revisão bibliográfica e análise documental acerca do caso "Plácido de Sá Carvalho".

O objetivo é demonstrar que na "vigência" de um Estado Democrático de Direito encontra-se em funcionamento um campo de concentração, ou seja, um local onde habita o *homo sacer*. Ademais, objetiva-se também demonstrar a necessidade de se tomar consciência sobre a inexistência de exceção nesse estado de coisas, sendo ele uma regra que deve ser abolida.

Precisamente, vamos lançar os olhos a partir do que chamaríamos de "arquitetura da execução penal". Etimologicamente, arquitetura está ligada à construção, arquiteto significa "grande carpinteiro". Mas ela pode ter outras acepções, pois, para além de ser vista como uma profissão pode ter um sentido antropológico, ou seja, seria um produto cultural, vez que muito do que sabemos de uma sociedade ou civilização pode ser extraído da arquitetura. Ao mesmo tempo, a arquitetura pode ser vista como uma arte[9]. Para os fins do presente ensaio, recorremos a um conceito mais vulgar. Arquitetura aqui será tomada como arte e técnica de organizar espaços e criar ambientes para abrigar os diversos tipos de atividades humanas[10], visando também à determinada intenção plástica. Nessa perspectiva, o foco do trabalho é o que está confinado à edificação penal e como isso se relaciona com a LEP. Ganha relevo aqui a ideia de espaço em que é recorrente a questão de forma e de função[11].

Tomamos por base o conceito de que a edificação penal pode ser entendida como o espaço organizado, por meio da matéria e da forma arquitetônica, para

8. Os relatórios, dados e fotos utilizados neste artigo são documentos públicos disponíveis no referido órgão da Defensoria Pública, bem como constam dos autos do processo perante a CIDH.
9. COLIN, Silvio. *Uma introdução a arquitetura*. 3. ed. Rio de janeiro: UAPE, 2000. p. 21-22.
10. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Curitiba: Positivo, 2004. p. 192.
11. GRAEFF, Edgar Albuquerque. *Uma sistemática para o estudo da teoria da arquitetura*. Goiânia: Trilhas Urbanas, 2006. p. 33.

abrigar a atividade prisional[12]. Teríamos a forma como o que foi projetado para uma determinada função[13], ou a organização física que responde funcionalmente a uma demanda[14].

Não se pode perder de vista que funções ganham marcas temporais. Não por outra razão pode se chegar a uma concepção de edificação penal que considere esse elemento. Assim, a edificação penal pode ser definida como o espaço construído para abrigar a atividade prisional, constituído em função do padrão penal adotado por um grupo social, em um determinado período[15].

Com efeito, a edificação penal faz transparecer a vertente penalógica predominante, qualificando o espaço, seja como "punitivo" ou "de reintegração[16]", por exemplo. Afigura-se, dessa forma, importante perceber os hiatos existentes entre a forma e a "função declarada" e quiçá a conjuminância entre a forma e as "funções não declaradas da pena".

Analisar a arquitetura penal, ou seja, o espaço organizado para a execução da pena, ou os edifícios penais, ao mesmo tempo é analisar as estruturas de Poder, pois é nos limites do espaço territorial que a dominação é exercida e onde existe a *soberania* do poder. As edificações penais despertam esta reflexão sobre o que Hobbes chamaria de espaço de poder, o espaço ou território é o palco para o detentor do poder atuar quantitativamente. Ou, na perspectiva de Foucault, poder sobre o espaço, ou seja, o espaço ou território é o campo de entrelaçamento de estruturas de poder atuando de maneiras diversas[17].

As unidades prisionais talvez sejam a expressão mais concreta dos dispositivos de poder que envolvem a execução penal. Para Michel Foucault a definição de dispositivo seria "um conjunto decididamente heterogêneo que engloba discursos, instituições, organizações arquitetônicas, decisões regulamentares, leis,

12. GRAEFF, Edgar Albuquerque, op. cit. p. 120.
13. ALEXANDER, C. *Notes on the synthesis of form*. 9. print. Cambridge: Harvard University Press, 1977. p. 1.
14. SIMON, H. A. *As ciências do artificial*. Coimbra: Arménio Amado, 1981. p. 27.
15. ESTECA, Augusto Cristiano Prata. *Edificação penal:* um estudo da tecnologia do projeto arquitetônico de estabelecimentos de segurança máxima no Brasil. Tese de Doutorado – Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Programa de Pós-graduação – Universidade de Brasília. Brasília: 2017.
16. Idem.
17. BONAMETTI, João Henrique. A paisagem urbana como produto do poder. *Urbe*. Revista Brasileira de Gestão Urbana (Brazilian Journal of Urban Management), v. 2, n. 2, jul.-dez. 2010. p. 259-273.

medidas administrativas, enunciados científicos, proposições filosóficas, morais, filantrópicas".[18]

Já não vivemos mais numa sociedade *disciplinar,* e sim cada vez mais numa sociedade de *controle,* mas o fato é que o poder disciplinar e o biopoder, embora operarem com mecanismos e estratégias diferentes, possuem como denominador comum o uso da norma[19] que, para Foucault, "pode tanto se aplicar a um corpo que se quer disciplinar quanto a uma população [ou cidade] que se quer regulamentar"[20].

Desse modo, imprescindível para os objetivos do presente um breve olhar sobre as normas que regulam a execução penal que revelam o plano ideal do *dever ser* da execução, o que será feito logo de início. Em seguida, pretende-se apresentar a arquitetura real da execução penal, o plano do *ser.* Passo adiante, será estabelecida a relação proposta entre o *ser* e o *dever ser* a partir da teoria do Garantismo de Ferrajoli. Caminhando para o fim, a pretensão é de apresentar a unidade prisional Plácido de Sá Carvalho no Rio de Janeiro como a ilustração da categoria "campo" como paradigma do poder através das ideias desenvolvidas por Giorgio Agamben. Por fim, espera-se desvelar para o âmbito da execução penal a tomada de consciência, com a contribuição de Walter Benjamin sobre a *necessidade de se fundar verdadeiramente o estado de exceção.*

1. A arquitetura jurídica da execução penal no Brasil

No que se refere à composição arquitetônica da edificação penal, o modelo prisional pode ser traduzido por uma série de recomendações, diretrizes e determinações enunciadas em diversos instrumentos legais e técnico-normativos. Nessa quadra, merece destaque a LEP, as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil e as Diretrizes Básicas para a Arquitetura Penal[21]. Contudo, não se pode olvidar que a Constituição Federal e os tratados internacionais também

18. FOUCAULT, Michel. Sobre a história da sexualidade. Trad. Angela Loureiro de Souza. In: MACHADO, Roberto (Org.). *Microfísica do Poder.* Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015. p. 364.
19. FERRARI DE LIMA, Júnia Maria. *Dispositivo urbanismo:* entre a governamentalidade e a resistência. Tese de doutorado – Escola de Arquitetura – Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2017.
20. FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade:* Curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes (Coleção Obras de Michel Foucault). p. 213.
21. ESTECA, Augusto Cristiano Prata, op. cit.

dispõem, em certo grau, sobre o tema. Observando a hierarquia das normas, lancemos, pois, um breve olhar sobre elas.

1.1. Constituição e tratados internacionais e regras de Mandela

A Constituição Federal é a principal referência para a execução penal ao estabelecer o *status* jurídico do preso como sujeito de direitos dotado de dignidade humana que é fundamento da República (art. 1º, III).

Em seu catálogo de direitos fundamentais, a CRF/88 veda as penas cruéis (art. 5º, XLVII, *e)* e o tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III). Por óbvio, tais valores se irradiam como limitações à própria estrutura física da prisão, que deve observar uma forma que cumpra a função de assegurar a dignidade do preso, de modo que as instalações também possam assegurar (inciso XLIX) o respeito a sua integridade física e moral.

Ademais, a Constituição ainda dispõe expressamente sobre condicionamento aos estabelecimentos penais, no sentido de que (inciso XLVIII) a pena deve ser cumprida em estabelecimentos distintos, considerando a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado, assegurando, ainda, (inciso L) às presidiárias condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação, sendo a observação destas necessárias para que haja o devido respeito à integridade física e moral de quem se encontra presa ou preso (inciso XLIX).

Prescrições semelhantes estão também previstas no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU, destacadamente em seu art. 10, bem como no Pacto de São José da Costa Rica, em seu art. 5º. Ambos estruturam regras de preservação da dignidade, integridade física, proscrevendo a tortura e tratamentos desumanos e aviltantes. De igual modo as Regras de Mandela configuram importante documento internacional dirigido à execução penal.

Em 2015, a ONU – Organização das Nações Unidas – atualizou as Regras Mínimas para Tratamento de Presos, as quais teriam sido criadas em 1955. O novo documento teve por escopo ampliar o respeito à dignidade dos presos, garantir o acesso à saúde e o direito de defesa, regulando punições disciplinares, tais como o isolamento solitário e a redução de alimentação.

O Governo brasileiro participou intensamente nas negociações para a elaboração das Regras Mínimas e estas foram aprovadas na Assembleia Geral das Nações Unidas, em 2015. Contudo, tais regras ainda não encontram reflexo em políticas públicas no Brasil, não obstante serem importantes normas internacionais de direitos humanos.

Nelas encontramos regras que reafirmam a proteção da dignidade, a integridade e a vedação de tratamento desumano e degradante (Regra 1). Mas, para além disso, a normativa ainda dispõe sobre oferecimento, pela administração prisional, de educação, formação profissional, saúde e trabalho, além de assistência moral, espiritual e social.

Chama atenção as disposições sobre a arquitetura:

> Regra 12 1. As celas ou quartos destinados ao descanso noturno não devem ser ocupados por mais de um preso. Se, por razões especiais, tais como superlotação temporária, for necessário que a administração prisional central faça uma exceção à regra, não é recomendável que dois presos sejam alojados em uma mesma cela ou quarto. 2. Onde houver dormitórios, estes deverão ser ocupados por presos cuidadosamente selecionados como sendo capazes de serem alojados juntos. Durante a noite, deve haver vigilância regular, de acordo com a natureza do estabelecimento prisional. Regra 13 Todas os ambientes de uso dos presos e, em particular, todos os quartos, celas e dormitórios, devem satisfazer as exigências de higiene e saúde, levandose em conta as condições climáticas e, particularmente, o conteúdo volumétrico de ar, o espaço mínimo, a iluminação, o aquecimento e a ventilação. Regra 14 Em todos os locais onde os presos deverão viver ou trabalhar: (a) As janelas devem ser grandes o suficiente para que os presos possam ler ou trabalhar com luz natural e devem ser construídas de forma a permitir a entrada de ar fresco mesmo quando haja ventilação artificial; (b) Luz artificial deverá ser suficiente para os presos poderem ler ou trabalhar sem prejudicar a visão.

Inúmeras são as regras e os temas tratados no documento internacional em exame, vale aqui o registro apenas das prescrições relativas à alimentação e acesso à água potável (regra 22), aspectos também relevantes para determinar a arquitetura do cárcere.

1.2. Lei de Execução Penal

A LEP não contém parâmetros arquitetônicos diretos, não obstante, apresenta relevantes disposições que repercutem na arquitetura prisional. Por exemplo, estabelece alguns ambientes obrigatórios como a biblioteca (Art. 21), cantina (Art. 13), berçário (art. 82, § 2º), espaço para serviços como a Defensoria Pública (art. 83, § 5º) etc.

No art. 85, encontramos o que dissemos anteriormente sobre a relação forma e função ao dispor que o estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade.

Um parâmetro arquitetônico bem expresso na LEP está no art. 88 que rege a penitenciária:

> Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório.
>
> Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:
>
> a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;
>
> b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados).

Por outro lado, as colônias agrícolas admitem alojamentos coletivos, desde que mantidos os parâmetros de aeração e acondicionamento térmico adequados à existência humana.

De modo geral, essas são as regras mais ilustrativas da LEP no que diz respeito ao que chamamos arquitetura da execução penal.

1.3. Regras mínimas e Diretrizes Básicas da Arquitetura Penal

Em 1994, o Comitê Permanente de Prevenção ao Crime e Justiça Penal das Nações Unidas – ONU emitiu recomendação referente às regras mínimas de tratamento de preso. Assim, também em 1994, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) estabeleceu, por unanimidade, regras mínimas de tratamento do preso, o que resultou na Resolução 14/1994 do CNPCP.

Trata-se de um repertório das normas que constituem a imprescindível disciplina das ações no relacionamento do Estado com o homem preso. De igual modo ao que ocorre com a LEP, as Regras Mínimas também são generalistas no âmbito da arquitetura, em maioria, reiterando as prescrições quanto à integridade física e a dignidade do preso e fazendo recomendações quanto ao tipo de alojamento e o cuidado com as condições de higiene (arts. 3º, 8º e 9º).

Alguns detalhamentos são interessantes, como a indicação ao direito do preso de ser chamado pelo nome (art. 4º), o direito do preso de dispor de cama individual com roupa de cama adequada, limpa e confortável (art. 8º, § 2º), bem como de água potável e alimentação (art. 13).

Os comandos do art. 10 promovem implicações importantes no âmbito da arquitetura penal, vale transcrever:

> Art. 10º O local onde os presos desenvolvam suas atividades deverá apresentar:
>
> I – janelas amplas, dispostas de maneira a possibilitar circulação de ar fresco, haja ou não ventilação artificial, para que o preso possa ler e trabalhar com luz natural;

> II – quando necessário, luz artificial suficiente, para que o preso possa trabalhar sem prejuízo da sua visão;
>
> III – instalações sanitárias adequadas, para que o preso possa satisfazer suas necessidades naturais de forma higiênica e decente, preservada a sua privacidade.

Por sua vez, em 2011, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) editou a Resolução 09/2011 que dispões sobre as "Diretrizes Básicas para Arquitetura Penal". Esse sim é o instrumento que trata mais direta e detalhadamente o conteúdo arquitetônico, com a pretensão de ser a "referência para todas as obras nacionais com fins penais, representando o acúmulo político e social do Estado Democrático de Direito e o conhecimento científico disponível"[22]. Nessa normativa encontram-se diretrizes para todo projeto de construção, reforma ou ampliação de estabelecimentos penais no Brasil.

O referido documento faz uma relação direta entre capacidade máxima e elaboração e definição de projetos para estabelecimentos penais, relacionando esse aspecto, inclusive, com as funcionalidades esperadas pela unidade. Nesse sentido, por exemplo, indica que as penitenciárias de segurança máxima devem ter capacidade para até 300 presos, segurança média até 800 presos e a colônia agrícola ou industrial até 1.000 presos[23].

Nas diretrizes encontramos a proibição de que um módulo de celas, ou seja, o conjunto de celas (individuais e/ou coletivas) que podem ser dispostas em alas (corredores) ultrapasse a capacidade de 200 pessoas presas.

Segundo a normativa em exame, a cela individual é a menor célula *possível* de um estabelecimento penal. Nela devem ser previstos cama e área de higienização pessoal com pelo menos lavatório e aparelho sanitário, além da circulação. O chuveiro pode ser configurado fora da cela em local determinado. É possível ainda projetar: mesa com banco, prateleiras, divisórias, entre outros elementos de apoio. Sua área mínima deverá ser de seis metros quadrados, incluindo os elementos básicos – cama e aparelho sanitário – independentemente de o chuveiro localizar-se fora da cela ou não. A cubagem mínima é de 15 metros cúbicos. O diâmetro mínimo é de dois metros.

Para a hipótese de uso de três camas superpostas (beliches de três camas), deverá ser previsto um pé-direito mínimo de três metros e meio, independentemente de exigir-se uma cubagem menor.

22. Anexo I da Resolução 09/2011 CNPCP.

23. Anexo IV da Resolução 09/2011 CNPCP.

Quanto aos parâmetros mínimos e o número de presos por celas, as diretrizes básicas indicam o seguinte quadro[24]:

Capacidade (vaga)	Tipo	Área Mínima	Diâmetro Mínimo	Cubagem Mínima(m^3)
01	Cela individual	6,00	2,0	15,00
02	Cela coletiva	7,00	2,00	15,00
03		7,70	2,60	19,25
04		8,40	2,60	21,00
05		12,75	2,60	31,88
06		13,85	2,85	34,60
07		13,85	2,85	34,60
08		13,85	2,85	34,60

Nas Diretrizes Básicas encontramos também um programa de necessidades que deverão ser contemplados nos projetos arquitetônicos das unidades prisionais que precisarão atender as seguintes atividades: a) administrativas; b) de almoxarifado; c) de atuação de estagiários; d) de serviços (alimentação, lavanderia, manutenção); e) de convivência; f) de solário; g) de refeição; h) religiosas; i) educativas; j) esportivas e de lazer; k) laborais; l) de visitas às pessoas; m) de visita íntima; n) de atendimento médico; o) de atendimento odontológico; p) de atendimento psicológico; q) de atendimento do serviço social; r) de atendimento jurídico; s) de comunicação reservada entre a pessoa presa e seu advogado; t) de enfermaria; u) de alojamento para agentes ou monitores; v) de alojamento para guarda externa; w) de berçário e/ou creche.

Note-se, assim, que ao se falar de arquitetura penal não se pode ter em mente apenas a questão do espaço e sua relação com o preso, mas sim toda a complexidade de relações que se desenvolvem ali, como estagiários, visitantes, serviços etc. Por óbvio que os sujeitos que de forma mais perene estão envolvidos nessa arquitetura, e talvez por tal razão mereçam maior atenção, são os presos e os agentes penitenciários, cujo cotidiano está profundamente implicado no ambiente penitenciário. Não à toa, os programas devem observar espaços mirando os agentes, como refeitórios, dormitórios, vestiários etc.

24. Anexo IV, tabela I.

Com efeito, percebe-se que há no plano normativo destacáveis normas que permitiriam uma situação bem digna para o sistema carcerário brasileiro. Ou seja, a análise das normas, sejam nacionais, sejam internacionais, permite afirmar com tranquilidade que o problema carcerário do Brasil não resulta de ausência de um marco legal ou mesmo de sua deficiência. Ao contrário, encontra-se alinhado com o que podemos chamar de "melhor padrão internacional". Cumpre, então, um olhar para a arquitetura real do Brasil, para em seguida buscarmos entender uma das razões de *caos* que envolve o sistema carcerário nacional[25].

2. Arquitetura real da execução penal no Brasil

Como vimos anteriormente, "arquitetura" foi tomada no presente artigo como a "arte e técnica de organizar espaços e criar ambientes" para abrigar os diversos tipos de atividades humanas[26], sendo a edificação penal entendida como o espaço organizado, por meio da matéria e da forma arquitetônica, para abrigar a atividade prisional[27]. Por sua vez, a forma seria o que foi projetado para uma determinada função[28], ou a organização física que responde funcionalmente a uma demanda[29].

Partindo dessas ideias, discorrer sobre a arquitetura real da execução importa articular a questão da função e da demanda, bem como sobre qual o padrão penal adotado, sem olvidar na relação das estruturas ou relações de poder.

Para tanto, importa saber quantos ocupam essas edificações, qual o perfil desses ocupantes, qual a demanda e qual a função. A partir desses elementos será possível notar que há total abismo entre as edificações existentes, as funções e as demandas.

De partida, pode-se afirmar que a LEP declara (art. 1º) que um dos objetivos da execução é a ressocialização (integração social) do apenado ou internado e, a partir daí, prevê, como vimos anteriormente, inúmeras regras de assistência ao preso[30].

---

25. Nota-se que neste quadro e no item seguinte estamos apresentando o "dever ser" e o "ser" relativamente ao tema execução penal.
26. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa.* Curitiba: Positivo, 2004. p. 192.
27. GRAEFF, Edgar Albuquerque, op. cit. p. 120.
28. ALEXANDER, C. *Notes on the synthesis of form*. 9. print. Cambridge: Harvard University Press, 1977. p. 1.
29. SIMON, H. A. *As ciências do artificial.* Coimbra: Arménio Amado, 1981. p. 27.
30. Falar de execução da pena enseja importante discussão sobre as teorias legitimadoras e deslegitimadoras da pena. Não obstante, esse não é o objetivo do presente. Mesmo que a teoria agnóstica da pena e o próprio abolicionismo penal possam significar chaves

Todavia, há que se indagar se a "forma" desarticulada da "demanda", de fato, é capaz de cumprir tal missão. Indagar ainda se a "demanda" produzida tem compromisso com a "função" e a "forma" e se esta será capaz um dia e a que custo, de atender a demanda.

Assim, importa refletir sobre a superlotação carcerária e o chamado déficit de vagas no sistema prisional. O faremos a partir da apresentação de números, perfis e fatores produtores de "demandas".

Um primeiro problema para se analisar o sistema carcerário brasileiro é a falta de dados seguros. Sem transparência, inclusive, não é possível uma política pública eficiente.

O Ministério da Justiça, por meio do Infopen, reúne dados sobre a realidade carcerária nacional. Todavia, tal trabalho se submete à inúmeras críticas, seja pela metodologia de coleta de dados, a falta de regularidade nas publicações, a impossibilidade de cruzar informações, seja, principalmente, pela falta de comprometimento de alguns Estados, como São Paulo, que não fornecem dados. De igual maneira, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ também vem procurando sistematizar e colher algumas informações importantes.

Sem prejuízo, fato é que esses são os dados públicos oficiais que temos para analisar a situação prisional brasileira e construir políticas públicas para o setor. Destaque-se que, apesar de inúmeras críticas, os levantamentos são bem próximos da realidade e eventuais omissões na verdade só ocultam problemas ainda maiores.

Segundo levantamento de 2014 do Infopen[31], a população prisional do Brasil é de 607.731[32], distribuídos entre penitenciárias estaduais, federais e carceragem de delegacias.

No mesmo relatório, temos a indicação de apenas 376.669 vagas, o que nos indica uma taxa de ocupação carcerária de 161% (mais de um preso e meio por vaga) e um déficit de vagas de 231.062. Com essa taxa de ocupação já é possível imaginar o impacto sobre a arquitetura penal no Brasil.

---

analíticas muito mais interessantes para o caso, no presente estudo, vamos partir da premissa que a pena seja legítima, se aplicada em condições adequadas, de cumprir a função socializadora. A ideia é trabalhar na racionalidade hegemônica para demonstrar que nem mesmo as premissas dessa racionalidade são observadas e, portanto, o fracasso e a catástrofe são anunciados, seja pela racionalidade de resistência as penas, seja pela racionalidade oficial.

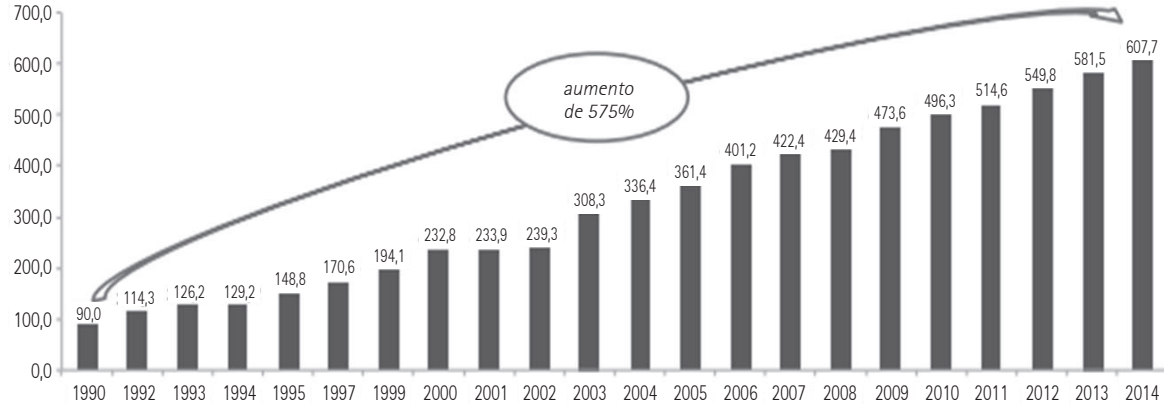
31. Fonte: Infopen, jun. 2014; Senasp, dez. 2013; IBGE, 2014.

32. Os dados do CNJ em 2018 indicam 679.199 presos. Disponível em: [www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php]. Acesso em: 06.02.2018.

De acordo com dados do CNJ de junho de 2014, o Brasil possui 711.463 presos, considerando para além dos presos do sistema os presos em regime domiciliar que essencialmente se encontram em regime de privação de liberdade.

Segundo o Infopen, 41% dos presos não possuem sentença condenatória, ou seja, são presos provisórios. O número se equivale aos dos condenados em regime fechado. Apenas 3% dos condenados estão em regime aberto, e 15%, em regime semiaberto.

A evolução do número de pessoas privadas de liberdade da década de 1990 até 2014 impressiona tanto quanto a indiferença das prisões para a queda ou elevação dos índices de violência. Tivesse a violência baixado na proporção que as prisões se elevaram, viveríamos em um País praticamente sem violência.



Fonte: Ministério da Justiça – a partir de 2005, dados do Infopen/MJ

Nota-se que, de 1990 a 2014, tivemos um aumento da casa de 575% do número de presos e ostentamos assim a condição de sermos o terceiro país que mais prende no mundo em números absolutos, atrás dos EUA e da China, considerando os presos em regime domiciliar, e o quarto país que mais prende no mundo em números absolutos, atrás dos EUA, China e Rússia, considerando apenas os presos no sistema prisional[33].

2.1. Perfil dos presos e nat ureza dos crimes

Uma análise sobre o cárcere brasileiro revela que o Brasil está perdendo sua juventude, destacadamente a negra e pobre. O Infopen revela que 56% da população carcerária é composta de jovens (entre 18 a 29 anos), sendo que estes representam apenas 21% na composição da população do País, segundo o IBGE (2010).

33. Disponível em: [www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf].

Nota-se, ainda, que 67% dos presos são negros (Infopen, 2014), já na população geral, os negros representam 51% (Censo, IBGE, 2010). O nível de instrução é muito baixo, 6% de analfabetos, 9% alfabetizados sem curso regular e 53% de presos que não possuem o ensino fundamental completo, ao passo que apenas 1% possui ensino superior completo (Infopen, 2014).

Por outro lado, pensa-se que o sistema penal está repleto de "bandidos ferozes" que devem ser aniquilados, pois cometeram crimes "graves e violentos". Uma análise sobre a natureza dos crimes que ocupam as vagas do sistema prisional revela que além do Brasil prender *muito,* prende *mal.*

Os dados do Infopen revelam que 27% dos presos decorrem do tráfico de drogas, 11% de furto e 3% de receptação. Nota-se, dessa forma, que 41% dos presos não cometeram crimes violentos. É de se destacar que no que se refere ao tráfico de drogas, pesquisa realizada pelo Grupo de Pesquisa em Política de Drogas e Direitos Humanos da FND/UFRJ, em conjunto com a Universidade de Brasília (UnB), constatou que o número de traficantes presos consiste em jovens, não integrantes de organização criminosas, presos com pequena quantidade de droga[34].

2.2. Déficit de vagas, guerra às drogas e prisões provisórias

Conforme informe do Infopen (2014), o déficit de vagas no sistema prisional seria de 231.062[35]. Porém, devemos levar em consideração alguns aspectos. Potencialmente, todos os presos em regime domiciliar, por alguma razão, podem voltar para o sistema, assim, há que se ter previsão de vagas para eles. Com efeito, segundo os dados do CNJ (2014), são 148 mil presos domiciliares. O déficit de vagas chegaria perto das 400 mil vagas. O mesmo CNJ (2014) informa que há 373.991 mandados de prisão sem cumprimento. Dessa forma, somando o número de presos com o número de mandados em aberto, temos potencialmente mais de um milhão de presos. Por tal razão, o CNJ (2014) apresenta o déficit no Brasil de 732.427 vagas.

Dois aspectos devem ser levados em conta quando pensamos no déficit de vagas. Primeiramente, o fato de que 41% dos presos são provisórios, ou seja, não possuem condenação. Segundo, que a responsabilidade pelo crescimento alarmante do número de presos no Brasil se deve a política de drogas atual.

O tráfico de drogas é o crime mais representativo no sistema penitenciário brasileiro. Ademais, o que se verifica é que o crescimento do número de presos por tráfico

34. BOITEUX, Luciana. et al. *Tráfico de drogas e Constituição.* Rio de Janeiro/Brasília. n. 1, 2009 (Série Pensando o Direito).

35. O CNJ em 2018 aponta um déficit de 273.156 vagas. Disponível em: [www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php]. Acesso em: 06.02.2018.

de drogas continua superando de longe o percentual de crescimento em relação a todos os outros delitos. O quantitativo de presos por tráfico no Brasil praticamente dobrou em três anos. Por óbvio que tal crescimento decorre da política repressiva prevista na Lei de Drogas de 2006, que aumentou a pena mínima prevista. Esse fator explica o grande aumento no contingente carcerário, pois as pessoas condenadas por tráfico passaram a ficar mais tempo presas, sem contar na dificuldade para progressão de regime, além da hipótese de que muitos usuários são condenados por tráfico diante da falta de critérios legais claros de diferenciação entre usuário e traficante[36].

A política de guerra às drogas é nefasta. A proscrição penal das drogas se dá, em tese, para a proteção do bem jurídico "saúde pública". Porém, retirar o uso abusivo de drogas do campo da saúde e levá-lo para o campo da segurança pública e do direito penal traduz-se em uma irracionalidade, na medida em que a guerra às drogas mata mais do que o uso abusivo das mesmas, sendo certo que há outros mecanismos para se assegurar a saúde pública que não pela via do direito penal e da segurança pública.

Com efeito, qualquer discussão sobre problemas na execução penal e no sistema carcerário tem que levar em conta dois aspectos: o número excessivo de prisões cautelares e a política de guerra às drogas[37].

2.3 Custos das vagas e da manutenção

Segundo informe do CNJ, o custo médio para a construção de uma vaga em estabelecimento prisional é de R$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais),[38] e a manutenção de um preso custa em média R$ 2.700,00 (dois mil e setecentos reais). Se imaginarmos o custo da vaga nova vezes o déficit de vagas indicado pelo CNJ (732.427), perceberíamos que o investimento necessário para "solucionar" o problema carcerário seria de aproximadamente R$ 33.000.000.000,00 (trinta e três bilhões de reais).

36. BOITEUX, Luciana; PADUA, João Pedro. *A desproporcionalidade da lei de drogas. O*s custos humanos e econômicos da atual política do Brasil. Disponível em: [http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_desproporcionalidade_da_lei_de_drogas_os_custos_humanos_e.pdf]. Acesso em: 30.03.2018.

37. Sobre isso, v. VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. D'Plácido Editora, 2016.

38. Em 2007 a 1ª Vara de Execuções Penais de São Paulo elaborou um cálculo que indicava o valor de R$ 38.112,31 (trinta e oito mil cento e doze reais) para a construção de uma vaga. (Grupo de Estudos Carcerários Aplicados da USP. Disponível em: [www.gecap.direitorp.usp.br/]).

Os números se tornam alarmantes quando imaginamos que o custo médio de um preso por ano é de R$ 32.000,00 (trinta e dois mil reais) e o custo anual de um aluno da educação básica em 2016, segundo os Ministérios da Educação e da Fazenda,[39] foi de R$ 2.739,77 (dois mil setecentos e trinta e nove reais), ou seja, o que um aluno do ensino básico gasta em 1 (um) ano, um preso gasta em 1 (mês) e o que é pior, para viver em condições indignas, isto é, *ilegais* – o que, inclusive, gera dever de indenizar por parte do Estado[40].

Segundo dados da Associação Brasileira de Mantenedoras de Ensino Superior (ABMES, 2015), uma instituição federal de ensino, gasta em média 20 mil reais por ano para manter um aluno e através do FIES (Fundo de Financiamento Estudantil) o gasto seria em média 10 mil reais[41].

Em artigo publicado sobre o custo médio de um aluno na Universidade Federal de Viçosa, encontramos que se gastou por aluno, no ano de 2004, em média R$ 8.965,91. O custo por aluno dos departamentos, em 2004, variou entre R$ 3.948,59 (curso de matemática) e R$ 17.022,79 (curso de zootecnia)[42].

Com efeito, fica claro e evidente que o custo do encarceramento é elevadíssimo quando comparado a outros campos que reclamam investimento em políticas públicas como educação, saúde, moradia etc. A questão torna-se ainda pior quando percebemos que o investimento em educação e saúde promovem profundas mudanças positivas na sociedade, sendo que o investimento no cárcere produz um índice considerável de reincidência e não se afigura minimamente relevante para aplacar os índices de violência.

2.4 Reincidência

No Brasil, poucas são as pesquisas e dados seguros sobre reincidência criminal. Tal fato dificulta a repercussão de informações corretas sobre o tema, seja pela imprensa seja pelos gestores públicos, inviabilizando, não raro, a construção de políticas públicas eficientes. Alardeia-se muito a informação de que a taxa de reincidência

39. Disponível em: [www.brasil.gov.br/educacao/2016/12/custo-minimo-anual-por-aluno-foi-r-2.739-em-2016].

40. Sobre isso, v. o RE 580.252 julgado pelo STF em fevereiro de 2017.

41. Disponível em: [https://abmes.org.br/noticias/detalhe/2081/estudante-de-universidade-publica-custa-89-a-mais-que-aluno-fies].

42. MAGALHÃES, Elizete Aparecida de et al. Custo do ensino de graduação em instituições federais de ensino superior: o caso da Universidade Federal de Viçosa. *Revista de Administração Pública (RAP),* Rio de Janeiro 44(3):637-66, maio-jun. 2010.

no Brasil seria de 70%. Na verdade, esse número decorre a um conceito muito amplo, pouco útil ao planejamento de políticas criminais e não restrito ao conceito jurídico penal de reincidência. *Estudos produzidos ainda na década de 1980 já pretendiam desmitificar essa informação e apresentar dados mais precisos, tais como os publicados por Adorno e Bordini (1989), Adorno e Bordini (1991) e Lemgruber (1989)*[43].

Nos estudos sobre o tema, é possível perceber e diferenciar quatro tipos de "reincidência": i) reincidência genérica, quando há mais de um ato criminal, independentemente de condenação, ou mesmo autuação, em ambos os casos; ii) reincidência legal, decorrente de condenação judicial por novo crime até cinco anos após a extinção da pena anterior; iii) reincidência penitenciária, constatada pelo retorno do egresso ao sistema penitenciário após uma pena ou por medida de segurança; e iv) reincidência criminal, em razão de mais de uma condenação, independentemente do prazo legal. Dessa forma, a análise da reincidência será muito diversa a partir do conceito e da metodologia adotada[44].

Mas, em linhas gerais, seja adotando um critério mais amplo que conduziria a taxa de 70%, seja adotando critério mais restritivo que resultaria cerca de 25% a 30%, sempre estaríamos diante de números significativos[45].

Pensemos em um investimento de 33 bilhões para o déficit de vagas e disso resulta reincidência de 25%, estamos diante de aproximadamente 8 bilhões de reais inutilmente aplicados. Imaginemos, ainda, que dos 33 bilhões, 41% serão gastos com crimes não violentos (tráfico) e de natureza patrimonial (furtos e receptações). Estamos falando em investimento de 13,5 bilhões de reais, para promover estigma e reincidência sobre a juventude negra e pobre do Brasil, em detrimento do investimento necessário em políticas públicas inclusivas.

Com efeito, a reincidência criminal é um demonstrativo indiscutível da (in) eficiência do sistema carcerário.

2.5. Arquitetura real: síntese

Do exposto anteriormente, é possível extrair algumas questões evidentes. Há elevado número de presos para a atual estrutura prisional. Ignorando a forma e a

43. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. *Reincidência Criminal no Brasil*. Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro, 2015. p. 11.

44. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. *Reincidência Criminal no Brasil*. Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro, 2015. p. 8.

45. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. *Reincidência Criminal no Brasil*. Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro, 2015. p. 111.

função das edificações penais, estes presos são colocados nas edificações penais e lá "organizados" no espaço absolutamente incapaz de suportar tal demanda sem prejuízo da função declarada (ressocializar). Os níveis de reincidência são sintomas do descumprimento da função.

O custo para a construção e reforma de edificações penais para ampliar as vagas é algo elevando e ademais, afigura-se desproporcional, considerando o perfil dos presos absorvidos pelo sistema prisional, destacadamente os provisórios. Investimento robusto em novas vagas quando cotejado ao perfil dos presos e o número de provisórios, não resiste à crítica a partir de princípios como a fragmentariedade e intervenção mínima e presunção de inocência.

A partir do divórcio entre forma, função e demanda, é possível ver que, nesse campo, paira a irracionalidade ou uma racionalidade perversa de gestão da miséria, fazendo das edificações penais verdadeiros campos de concentração, com funções ocultas e estruturas e relações de poder não declaradas, invisíveis, mas que devem ser percebidas (Agamben[46]).

No cenário real, temos uma arquitetura prisional massacrada por uma demanda artificial descomprometida com a função declarada pela lei.

3. A ilustração a partir do Plácido de Sá Carvalho

Com o escopo de ilustrar o cenário anteriormente aludido, bem como dar sustentação às reflexões que virão, lançamos mão do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho no Rio de Janeiro (IPPSC). A referida unidade prisional foi objeto de inúmeras Inspeções realizadas pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (DPRJ), Ministério Público (MPRJ) e ainda Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), em razão de medida cautelar proposta contra o Estado Brasileiro perante a referida Comissão Internacional.

Nesta quadra, apresentaremos alguns dados extraídos das vistorias realizadas e que constam no processo 208/2016 em trâmite perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH[47].

Primeira vistoria NUSPEN (Núcleo do Sistema Penitenciário) – Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro – 19.01.2012:

46. AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer. O* poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007. p. 129 e 182.

47. Os dados e as fotos relativas ao Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho constam do relatório do NUSPEN – Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e da petição inicial da medida cautelar proposta pelo Referido órgão perante CIDH.

> – Superlotação carcerária: efetivo prisional de 1.542 presos;
>
> – Capacidade carcerária era de 1.699 vagas. (excesso em decorrência da interdição do Pavilhão D para obras estruturais e de reforma).

No relatório consta um "terrível cenário de presos dormindo diretamente no chão", "não tendo espaço suficiente para exacerbação de suas individualidades," e que "não há número suficiente de colchões e roupa de cama suficiente para todos os presos".

A alimentação, segundo o relatório, é servida quatro vezes ao dia, os presos entrevistados apontaram a falta de variação no cardápio diário e da "péssima qualidade" da comida.

Segunda vistoria NUSPEN (Núcleo do Sistema Penitenciário) – Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro – 16.09.2014:

> – População carcerária: 2.850 presos (o pavilhão "D" já se encontrava reativado).

Terceira vistoria NUSPEN (Núcleo do Sistema Penitenciário) – Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro – 18.01.2016:

> – População carcerária: 3.478 presos, isto é, 1.779 detentos a mais do que a ocupação máxima (1699).

Em termos claros, em tal data o IPPSC apresentava taxa de ocupação carcerária bem superior à média nacional (161%), com um percentual de 204%. Vale detalhar alguns dados do relatório:

Pavilhão/alojamentos	Capacidade	Número de presos	Excesso
Pavilhão A (8 alojamentos coletivos)	304 presos	763 presos	459 presos (251%)
Pavilhão B (8 alojamentos coletivos)	317 presos	576 presos	259 presos (182%)
Pavilhão C (8 alojamentos coletivos)	304 presos	757 presos	453 presos (249%)
Pavilhão D (8 alojamentos coletivos)	456 presos	994 presos	538 presos (218%)
Pavilhão E (4 alojamentos coletivos)	288 presos	342 presos	54 presos (119%)

Retrata, ainda, que dentro de cada pavilhão existem situações diferenciadas nos alojamentos:

Alojamento/Pavilhão	Taxa ocupacional
Alojamentos 1, 2, 3 e 6 do Pavilhão A	Taxa ocupacional de 253%
Alojamento 7 do Pavilhão B	Taxa ocupacional de 280%
Alojamentos 1, 2, 3 e 4 do Pavilhão C	Taxa ocupacional de 250%
Alojamentos 2, 3 e 4 do Pavilhão D	Taxa ocupacional de 223%

Segundo o relatório, os pavilhões apresentam, basicamente, idêntico desenho arquitetônico e ostentam semelhante capacidade ocupacional. Há pequenas variáveis, por exemplo, o Pavilhão D possui pé-direito (altura) e capacidade superiores aos demais, enquanto o Pavilhão E possui a menor quantidade de leitos disponíveis.

Todos os alojamentos dos pavilhões são coletivos, com dormitórios em beliches, que estão dispostos em ambos os lados do habitáculo. Diversamente, no Pavilhão D, as "comarcas" (camas) são denominadas como "triliches", atingindo elevada altura e dificultando o acesso da pessoa ao seu lugar de dormir.

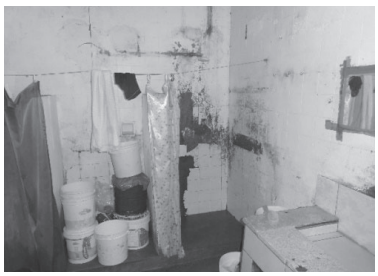
As edificações possuem péssimo estado de conservação, com infiltrações, deteriorações físicas, estruturas de ferro expostas (vergalhões) etc. Em razão das infiltrações, os presos improvisaram mecanismos para depósito da água da chuva evitando alagamento do alojamento:

48

48. Todas as fotos da unidade foram produzidas pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e sua utilização para o presente foi devidamente autorizada pela Coordenação de Defesa Criminal.

Inexiste nos alojamentos repositórios específicos para o acondicionamento de pertences pessoais[49] (armários, guarda-roupas etc.), o que potencializa a saturação espacial do ambiente celular.

No que se refere a banheiros, vasos sanitários, chuveiros e pias, cada alojamento possui um espaço destinado à higiene pessoal (banheiro).

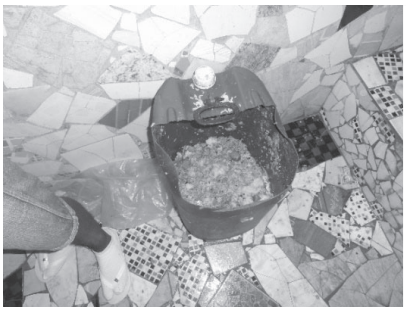


Os sanitários traduzem-se no "boi" (*squat toilet)*. Em vez de vasos sanitários, o local é guarnecido preponderantemente pelo chamado "boi", ou seja, buracos no chão – onde é necessário permanecer de pé para que o usuário possa despejar os resíduos corporais, incluindo o ato de defecação.

49. A Corte EDH, em alguns julgamentos, considerou, considerou, entre outros fatores cumulativos, que a falta de mobiliário adequado constitui violação do art. 3º da Convenção Europeia de Direitos Humanos (Case Drgan *v.* Romania, Application 65158/09, 2 february 2016, § 72; e Case of Iacov Stanciu *v.* Romania, Application 35972/05, 24 july 2012, § 175).

Quanto aos chuveiros, a maior parte dos locais destinados ao banho, quase a totalidade, não é provida daqueles. A água é despejada direto de buracos na parede ou através de canos improvisados. Também não há divisórias entre o lugar do banho e o resto do banheiro – salvo algumas exceções –, e muitas vezes a parede que divide um do outro não tem altura suficiente para preservar a intimidade do ato. Ademais, mesmo no inverno a água é fria[50].

No relatório constatou-se que os banheiros são utilizados também para a guarda de objetos variados, inclusive restos de comida.

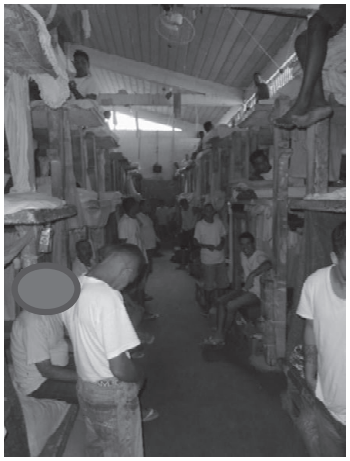


Sobre os temas aeração e iluminação, conta o relatório que os alojamentos não ofertam um ambiente aerado e iluminado. As fotos são incapazes de traduzir o "cheiro" singular do cárcere.

50. Também no Case Drgan *v.* Romania, a Corte EDH teve em conta a limitação de acesso à água quente para o banho para positivar atentando ao art. 3º da Convenção Europeia de Direitos Humanos (nota 14, *supra,* § 72).

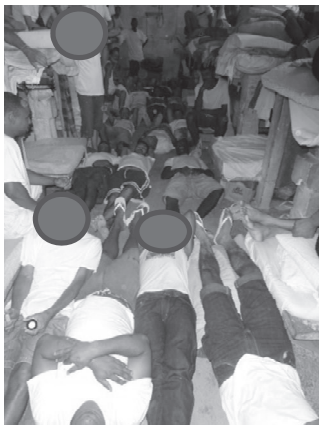
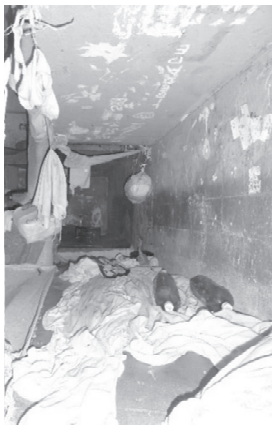
A entrada de ar e de luz natural nos alojamentos ocorre por meio de diminutas janelas gradeadas que estão localizadas na parte superior de parte das paredes.

Considerando as elevadas temperaturas do Rio de Janeiro, pode-se imaginar a reprodução de cenário infernal produzido pela arquitetura do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho.



Em relação aos equipamentos dos dormitórios, a quantidade de camas não atende à demanda do estabelecimento. Mais da metade dos presos dorme no assoalho dos alojamentos. Os detentos que dormem no chão passam o período de repouso espremidos uns aos outros, com os corpos colados lado a lado, sem um milímetro de espaço para mudar de posição durante o sono. Para viabilizar a acomodação de todos, adotam a chamada posição de "valete", ou seja, em postura invertida uns em relação aos outros (os pés de um ficam ao lado da cabeça do outro).

Portanto, ir ao banheiro é inviável durante o período noturno, de modo que, não raro, urina-se em garrafas plásticas durante a noite.

Colchonetes e roupa de cama são produtos absolutamente escassos no estabelecimento:

O relatório indica ainda as péssimas condições da água potável e da alimentação:

O resumo das inspeções realizadas pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro nos apresenta o seguinte quadro sobre a taxa de ocupação carcerária da unidade.

Data	População carcerária	Excedente prisional	Taxa percentual
19.01.12	1542	Prejudicado[51]	Prejudicado[52]
17.09.14	2986	1287	175%
16.10.14	2987	1288	175%
28.11.14	3144	1445	185%
10.01.15	3134	1435	184%
18.01.16	3478	1779	204%

A análise desta unidade é interessante, uma vez que foi objeto da atuação dos mecanismos de tutela de Direitos Fundamentais típicos das democracias contemporâneas. A Defensoria Pública do Rio de Janeiro, desde 2012, está atuando junto a Vara de Execuções Penais do Estado do Rio de Janeiro com escopo de restabelecer a ordem legal violada. Não bastasse essa atuação, a questão foi levada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos que proferiu decisão no caso.

Com efeito, na quadra anterior, analisamos a arquitetura legal da execução, ao passo que aqui acabamos de indiciar robustamente o cenário real da arquitetura. Na altura seguinte, impõe-se uma análise da relação "ser e dever ser" a partir da ideia de Estado Democrático de Direito.

4. O ser e o dever ser a partir de Ferrajoli

A distinção *ser* e *dever-ser* é algo basilar dentro das discussões sobre Teoria do Direito[53], em especial por remontar uma antiga resposta de um debate constitucional entre Ferdinand LaSalle[54] e Konrad Hesse[55], na qual esse responde o argu-

51. O prejuízo da análise decorre da interdição do Pavilhão "D" à época da inspeção. Não obstante, o excesso era evidente, uma vez que o número de presos era a quantidade aproximada da capacidade da unidade com todos os seus pavilhões em funcionamento.

52. Idem.

53. Não é objetivo do presente esgotar a Teoria do Garantismo, a questão do "ser" e do "dever ser", ou mesmo formular uma abordagem sobre Teoria do Direito. Ao contrário, esses marcos são para o estudo apenas o ponto de partida como fica claro no enunciado.

54. LASSALLE, Ferdinand. *Que é uma Constituição?*. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933. Versão para eBook eBooks Brasil. com, 2000-2006. p. 1864.

55. HESSE, Konrad; MENDES, Gilmar Ferreira. *A força normativa da Constituição*. Fabris, 1991.

mento do primeiro sobre a "constituição ser um mero pedaço de papel" com o que intitula "força normativa da constituição", em outras palavras, dizendo que o "dever-ser" (*sollein)* jurídico só seria concretizado quando o "ser" (*sein)* "do povo" for igual àquele, retomando a distinção entre Direito e Moral e, ao mesmo tempo, dispondo o desafio desta para o cumprimento daquele.

Não só Konrad Hesse chegou a essa ideia, mas também outros – isto é, em que pese à realidade não ser disciplinada pelas Leis (apesar de ser o sentido e fundamento destas), impõe-se que, para tal, os partícipes daquela incorporem esse desafio para dar vida aos seus valores, no caso do constitucionalista, "vontade de constituição". Isso não é novo.

Nessa esteira, a Teoria do Direito caminhou, ao ponto de observarmos tal desenvolvimento em autores contemporâneos como Luigi Ferrajoli[56], que tem a sua Teoria Axiomática[57] do Direito largamente difundida com a insígnia de *Garantismo Jurídico,* em sua obra *Direito e razão*[58].

Recepcionada pelo mundo jurídico ocidental, foi encarada por muitos como uma reflexão que apenas interessaria e importaria à esfera do Direito Criminal – *locus* de melhor exemplo concreto de como "as garantias são desrespeitadas" assim como abstratamente maior interferência do poder estatal no indivíduo – o que trouxe críticas e reproduções desarrazoadas, mas principalmente certa resistência à teoria do jurista italiano[59].

Não obstante tenha ele nascido em um sentido estrito de "garantismo penal", no seio da cultura jurídica italiana de esquerda, atualmente ganhou uma dimensão alargada, configurando-se mesmo como uma teoria geral do direito[60].

---

56. Sobre isso, v. FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: u*ma discussão sobre direito e democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 3: "A primeira distinção é aquela entre o 'dever ser externo', ou ético-político (ou do direito), e o 'ser' dos sistemas jurídicos no seu conjunto, que nada mais é senão a clássica separação entre direito e moral, ou mesmo entre justiça e validade, ou entre legitimação externa e legitimação interna".
57. FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris:* teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011. v 1. p. VII: "Este libro contiene una teoría del derecho construída com el método axiomático".
58. FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione. T*eoría del garantismo penale. Bari: Laterza, 1989.
59. Sobre isso, TRINDADE, André Karam. Revisitando o garantismo de Luigi Ferrajoli: uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca.* Disponível em: [www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/viewFile/156/98]. Acesso em: 27.03.2018.
60. FERRAJOLI, Luigi. Garantias. *Revista do Ministério Público,* ano 22, n. 85, jan.-mar. 2001. p. 8-9.

Essa teoria tem a pretensão de se firmar como paradigma para todo o campo de direitos subjetivos, sejam patrimoniais ou fundamentais, bem como para os poderes, públicos, estatais ou internacionais. Preocupa-se em afastar o perigo da violação dos direitos, exprimindo uma desconfiança na espontânea satisfação e respeito aos direitos, principalmente os direitos fundamentais. O garantismo está em oposição às concepções que se assentam na ilusão de um "poder bom", ou no espontâneo respeito ao direito[61].

A teoria do garantismo pretende a conformação do Estado real ao modelo ideal, obra dos valores ético-políticos e de justiça, incorporados pelo direito positivo, tais como a dignidade da pessoa humana, a igualdade, os direitos individuais, sociais, coletivos e difusos, bem como as garantias desses direitos fundamentais[62].

O Garantismo Jurídico está centrado na tradição iluminista, articulando mecanismos capazes de limitar o poder do Estado soberano, que sofre as influências dos acontecimentos históricos, notadamente, o "levante neoliberal", que põe em risco as garantias individuais. Essa limitação se refere aos três poderes, com destaque ao Legislativo que também está vinculado aos direitos fundamentais, de forma que nem mesmo a vontade da maioria pode negar ou violá-los[63].

Em que pese não ser nosso objeto examinar a referida teoria, ressalta-se tal fato, pois, já adianta os desafios que a mesma enfrenta, ilustrando de maneira melhor a "luta" na tentativa de assimilar o *dever ser* e o *ser*[64], sendo, de maneira geral, Ferrajoli o autor da atualidade que confere ao "positivismo jurídico" seu aperfeiçoamento no sentido de aproximar a realidade da prescrição legal.

Voltando ao nosso objeto, isto é, à análise da execução penal a partir do *case* IPPSC, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (DPRJ), como já dito, reiteradamente atua por meio de seus Núcleos Especializados – aqui, o Núcleo do Sistema Penitenciário (NUSPEN) e o Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos

61. FERRAJOLI, Luigi. Garantias. *Revista do Ministério Público,* ano 22, n. 85, jan.-mar. 2001. p. 9.

62. CASARA, Rubens. *Interpretação retrospectiva:* sociedade brasileira e processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 87.

63. ROSA, Alexandre Morais da. *decisão penal:* a bricolage de significantes. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006. p. 86-87.

64. Talvez uma das batalhas travadas por toda uma tradição liberal seja justamente esta, a crença na equalização dos limites da Lei à realidade, em que pese as diferenças e peculiaridades de cada autora e autor. Sobre Luigi Ferrajoli, v. ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Garantismo jurídico: O esforço de Ferrajoli para o aperfeiçoamento do positivismo jurídico. *Revista da Esmesc,* v. 22, n. 28, 2015. p. 13-38.

(NUDEDH) – para fazer do *ser* e *dever ser,* uma só coisa. No sistema jurídico, isto significa provocar o juízo competente para que tome providências para tal fim.

No Rio de Janeiro, tal órgão é a Vara de Execuções Penais[65], com atribuições dispostas na Lei de Execuções Penais e, assim como consta no inciso XXXV, do art. 5º da Lei Maior, *obrigado* a apreciar pedidos.

Nesse movimento que seguiu a forma jurídica para modificar o *ser* a partir *dever ser,* não surtiram efeitos. Mas até mesmo o *dever ser* encontra em si remédios para quando, em sua busca, nada é feito, e tal abstração pode ser mais bem assimilada quando se fala em juízos recursais, por exemplo. No presente caso, após o *dever ser* não ser cumprido, a Defensoria foi até a CIDH, esperando uma decisão que modificasse o *atual estado de coisas do I*PPSC.

É nesse exato momento – da primeira decisão da CIDH sobre o caso – que começamos a analisar a relação entre *ser* e *dever ser* continuada e reformulada por Ferrajoli.

Feitas as provocações ao juízo competente pela DPGE e preenchidos os requisitos para a proposição de ação à referida Comissão Internacional, em 30 de março de 2016 é feito o pedido de que, resumidamente, adeque-se o espaço prisional do IPPSC às Leis e normas técnicas que disciplinam a execução penal.

Em 18 de julho de 2016, a CIDH, através da Resolução 39/2016 emite a Medida Cautelar n°208/2016 que "não tem força de decisão" indicando que o Estado brasileiro adequasse o referido local de privação de liberdade às normas que o delimitam. Em 13 de fevereiro do ano de 2017, a mesma Corte emite sua decisão através de Resolução, condenando o Brasil a cumprir todas as medidas necessárias para que "a integridade física e moral" dos presos daquela unidade prisional sejam respeitadas.

Em 24 de abril do mesmo ano, o NUDEDH volta ao IPPSC para a realização de uma vistoria com fins de se assegurar se tanto a Medida Cautelar como a Resolução da Comissão Internacional foram cumpridas – nada mudou. Claro, em relação à distância abstrata entre *ser* e *dever ser,* não houve mudanças; a desgraça própria do encarceramento continuou a mesma, dessa vez com novos rostos. A propósito disso, um dos membros da equipe do Monitoramento Carcerário – divisão específica para tal propósito dentro daquele Núcleo Especializado – chegou a presenciar algo extremamente brutal, como conversar com um detento que definhava no momento da vistoria e, pouquíssimo tempo depois, veio a falecer[66].

65. Apenas uma Vara de Execuções Penais para diversas Varas Criminais – diversas entradas no sistema carcerário, apenas uma saída.

66. O relato deste episódio fatal encontra-se em SILVA, João Marcelo Dias da. *Quando a caminhada é dura, os duros morrem no caminho.*

Com esse relatório encaminhado à Comissão, denotando o completo desrespeito a sua Resolução anterior, no dia 19 de junho de 2017, a CIDH, com comissão própria na qual continha um de seus Juízes, o penalista e criminólogo argentino Eugênio Raul Zaffaroni, antes Ministro da Suprema Corte de seu país, vai ao IPPSC para realizar vistoria e, a partir do que viu e de suas antigas resoluções, decidir sobre novas medidas a serem adotadas. Tal ato fez com que, em 31 de agosto do mesmo ano, o referido órgão internacional editasse nova Resolução, na qual, mais uma vez, decidiu obrigar o Estado brasileiro a tomar as mesmas medidas – haja vista nenhuma mudança.

Na esteira da luta do *ser* tornar-se tal qual o *dever ser,* assim como seguindo suas atribuições, a divisão responsável pelas vistorias do NUDEDH, mais uma vez vai ao IPPSC para realizar vistoria e checar seu *estado de coisas* frente às determinações da CIDH. Em 10 de outubro de 2017, verificou-se que nada foi cumprido.

A "luta" entre *ser* e *dever ser* encontrou não uma derrota, a nosso ver, senão ela própria como uma tautologia[67] que, nesse caso, remonta uma *impossibilidade* do Estado de Direito.

Se a racionalidade jurídica, em especial a da tradição que Luigi Ferrajoli acompanha, assim como boa parte dos juristas brasileiros[68], não é capaz de modificar a realidade tampouco de servir de instrumento e, principalmente, *limite* para a soberania estatal, podemos apontar que, pelo menos, o discurso, a *ratio* jurídica e,

---

Disponível em [http://justificando.cartacapital.com.br/2017/06/23/quando-caminhada-e-dura-os-duros-morrem-no-meio-do-caminho/]. Acesso em: 27.03.2018.

67. Aqui vale a referência a alguns autores. Na Teoria do Direito, observam-se as críticas de Carl Schmitt à Kelsen e a ideia de Theodor Viehweg sobre Tópica e Jurisprudência. Respectivamente, SCHMITT, Carl. *Political theology:* four chapters on the concept of sovereignty. University of Chicago Press, 1985; VIEHWEG, Theodor. *Topik und jurisprudenz*. Beck, 1953.

68. Sobre esse aspecto, é extremamente interessante notar que um dos Ministros do STF, Gilmar Mendes, também pensa de maneira similar, posto que foi o tradutor do texto de Konrad Hesse para o vernáculo pátrio. Traz-se essa informação não por uma preferência ou diferença com o referido ator jurídico, mas para ressaltar como a ideia de aproximação do *ser* e do *dever ser* é algo disseminado na cultura jurídica brasileira, pelo menos no nível discursivo. Ao mesmo tempo, isso não significa que o debate teórico assim como os possíveis efeitos que este teria está presente no cotidiano jurídico do país, muito menos no ensino do Direito, o que por si só já denota algumas questões laterais ao nosso objeto que podem e devem ser investigadas para uma maior compreensão do fenômeno. Sobre isso, v. NEVES, Fernando Henrique Cardoso. Sensibilidade punitiva e formação jurídico-penal: uma análise empírica. *Confluências* – Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito, v. 18, n. 2, 2016. p. 93-110.

principalmente, a crença[69] nesta, não dá conta do enfrentamento aos problemas atinentes ao cárcere e suas reproduções na sociedade.

Reitera-se aqui a desconfiança na espontânea satisfação e respeito aos direitos e à oposição à ilusão de um "poder bom" destacadas pelo garantismo. Esses dados não remetem a uma imprescindível, embora breve, nota reflexiva sobre o poder a partir de Agamben, porém nos estreitos limites do que interessa ao presente, vez que a incursão deste filósofo italiano sobre este tema é ao mesmo tempo vasta, profunda e aterradora.

5. Agamben, o campo e o Plácido de Sá Carvalho

> *As camas são de tábuas removíveis, cada uma com um fino colchão de palha e dois cobertores. Os corredores são estreitos, que mal dão para duas pessoas se cruzarem; o espaço disponível é tão pequeno, que os moradores de um bloco só cabem nele quando a metade está deitada nos beliches. Daí a proibição de entrar num Bloco ao qual não se pertence.*
> Primo Levi, Campo de Auschwitz, 1944

A sentença penal que condena alguém já esmorece em muito a lógica do *ser* e do *dever ser* – isto porque descreve uma contagem retilínea do tempo que, ao ser aplicada, converte-se em algo imprevisível, num *sequestro existencial* que se dá não na ficção do tempo contado em dias, anos e etc., mas sim numa ordem quântica, peculiar do sujeito encarcerado, que ultrapassa e ignora todos os sofrimentos próprios da mesma. Ao mesmo tempo, a natureza da pena implica, por si só, algum grau de desrespeito à condição humana[70]. Nesse sentido, segundo Foucault[71], a melhor prisão seria a "não-prisão".

Como registramos anteriormente, um estudo que envolve a arquitetura da execução penal revela também, ou principalmente, um estudo sobre um espaço de poder ou em outra perspectiva, estuda um poder sobre o espaço. Podemos utilizar algumas reflexões de diferentes autores e tradições para tentar contribuir na compreensão do fenômeno do IPPSC como fruto de uma ineficiência não só

69. No que tange à "crença" dos juristas e da sociedade no Direito, v. BOURDIEU, Pierre. *Juristas: guardiões da hipocrisia coletiva.* Disponível em: [http://direitosociedadecultura.blogspot.com.br/2011/03/os-juristas-guardiaes-da-hipocrisia.html]. Acesso em: 27.03.2018.

70. ESTECA, Augusto Cristiano Prata, op. cit.

71. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir:* nascimento da prisão. Trad. R. Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987.

de toda a ordem de legislações sobre execução penal e da proteção ao indivíduo, assim como das decisões que não surtem qualquer efeito no mundo do *ser*. Nesse momento, como anunciado, escolhemos fazer uma pequena digressão a partir dos conceitos de "campo" e de "vida nua" cunhados por Agamben.

Michel Foucault identifica que no século XVIII houve um segundo polo de desenvolvimento do "poder sobre a vida". Aspectos como o nascimento, mortalidade, nível de saúde, duração da vida, são assumidos pelo poder mediante uma série de intervenções e controles que constituem uma *biopolítica da população*. A partir de então, a função mais elevada do poder, já não é mais matar e sim, intervir na vida. O poder de morte do soberano agora se deslocava para a administração dos corpos e a gestão calculista[72] e utilitarista[73] da vida.

Nesse novo contexto que se chama biopolítica, a vida cai em parte no campo de controle do saber e de intervenções do poder. O poder-saber torna-se um agente de transformação da vida humana. Dessa forma, um conjunto de tecnologias políticas começa a intervir sobre o corpo, notadamente na saúde, na maneira de se alimentar, de morar, condições e modo de vida, enfim, todo o espaço da existência é dominado. Nesse cenário que Agamben desenvolve seus estudos – afirma o filósofo italiano – a política se tornou integralmente biopolítica[74]. Enquanto Foucault pensa a biopolítica referindo-a a modernidade, Agamben a vê em toda a tradição política do ocidente. A compreensão da biopolítica desse filósofo passa por alguns conceitos-chaves, tais como: poder soberano, bando, vida nua e estado de exceção.

Ao analisar autores como Michel Foucault, Hanna Arendt e Carl Schmitt, assim como o episódio do nazi fascismo, Giorgio Agamben, em sua obra *Homo Sacer*[75], utiliza-se do campo de concentração nazista "campo" como *locus* do "sem lei", "sem normas" em que todo o Direito estaria "suspenso", havendo ali a possibilidade de o soberano exercer seu poder sem quaisquer limites, como preconiza a ficção contratualista.

Em Agamben, o poder soberano é o que cria uma zona de indistinção entre violência e direito, entre lei e natureza, externo e interno, inclusão e exclusão. O

72. FOUCAULT, Michel. *A história da sexualidade I* – A vontade de saber. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1982. p. 131.

73. FOUCAULT, Michel. *Nascimento de la biopolítica*. Trad. para o Espanhol Horacio Pons. Buenos Aires: Fondo de Cultura Econômica, 2007. p. 60.

74. AGAMBEN, Giorgio, op. cit., p. 126.

75. AGAMBEN, Giorgio, op. cit.

soberano é aquele que mantém a possibilidade de decidir o que é violência e o que é direito e ao mesmo tempo confundi-los[76].

O campo de concentração para ele é o *nómos do moderno,* e temos que ver que o campo *é a matriz oculta da política em que ainda vivemos, que devemos aprender a reconhecer através de todas as suas metamorfoses* [77] e travestimentos[78].

79

80

Ao mesmo tempo, a *vida nua* seria a vida de indivíduos encontradas nesses locais, ou melhor, no *campo* – que está fora do domínio da lei. Portanto, nele, não existe o "bem jurídico vida" e todas suas implicações com o ordenamento vigente, sendo aquela uma "vida matável", "uma vida descartável", nas palavras do filósofo italiano.

Dessa forma, de nada adianta proclamar o caráter sagrado da vida como núcleo dos direitos humanos fundamentais enquanto o poder soberano for exatamente aquele que distingue e define a vida que merece viver e ser protegida e a vida nua que pode ser exterminada sem caracterizar homicídio, ou seja, o poder soberano pode fazer a inclusão e a exclusão. A sacralidade da vida, ao contrário de ser a oposição ao poder soberano, ela é, na verdade, sua origem, isto é, *o fundamento primeiro do poder político é uma vida absolutamente matável, que se politiza através de sua própria matabilidade*[81]. Não é incomum que em nome dos direitos humanos e da proteção da vida que a violência e as intervenções bélicas emergem mesmo nas democracias liberais.

76. AGAMBEN, Giorgio, op. cit., p. 72.
77. AGAMBEN, Giorgio, op. cit., p. 182.
78. AGAMBEN, Giorgio, op. cit., p. 129.
79. Imagens de um preso visto e retratado no relatório da vistoria da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro realizada em 24 de abril de 2017.
80. Soldados soviéticos retiram um jovem de 15 anos do campo de concentração de Auschwitz, em 1945. Disponível em: [www.dw.com/pt-br/auschwitz-sintetiza-horror-do-holocausto-em-uma-palavra/a-18217169]. Acesso em: 31.03.2018.
81. AGAMBEN, Giorgio, op. cit., p. 95.

É o poder soberano que define a vida nua, ou seja, a vida matável, desprovida de proteção e garantias. A vida nua habita a terra de ninguém entre a casa e a cidade e é, do ponto de vista da soberania, o elemento político originário[82]. As vidas protegidas biológica (*zoé)* e a vida política (*bíos)* passam a ser o fato politicamente decisivo[83] pelo que o poder soberano pode tudo para alcançar objetivo de prolongá-las e dar segurança. Entre essas formas de vida, aparece a vida nua, desprotegida, matável, que alimenta o poder soberano. A morte da vida nua significa a vida dos outros (fortalecida, prolongada, protegida) – é, ao mesmo tempo, o espectro fundamental do *medo,* o paradoxo da legítima defesa, no qual se anula o bem jurídico "vida" para salvar o bem jurídico "vida".

A vida nua é vivida pelo *homo sacer,* figura do direito romano usada pelo filósofo como chave para a leitura crítica da política atual. O *homo sacer* é apenas caracterizado por uma simbiose com a morte, sem ainda pertencer ao mundo dos defuntos. Ele é a primeira aparição de uma vida nua, desprotegida, matável, no mundo ocidental[84]. Agamben, porém, apresenta outros exemplos de vida nua, como encarnação do *homo sacer,* como o além-comatoso[85], o muçulmano no campo de concentração[86], os que são detidos nas *zones d'attente d*os aeroportos, bem como os habitantes de algumas periferias[87]. Em todos estes casos, a vida se torna uma decisão político-jurídica.

Para além do esforço teórico de Agamben, seus apontamentos nos colocam algo muito amargo – olhamos para o passado alemão da segunda guerra como um passado já ultrapassado pelas leis e cortes internacionais em Direitos Humanos; todavia, o que vemos no presente é justamente a *proliferação de campos e de vidas matáveis*. A epígrafe desse subtítulo remonta o diário de Primo Levi, enclausurado num dos campos de concentração "mais famosos" da história nazista, em Auschwitz – a questão, para nós, é: o que diferencia Auschwitz do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho? Qual a diferença entre o passado fascista e a realidade atual que se encontra sob o manto democrático colocado pela Constituição de 1988? O que tais dados, antes de implicar num imobilismo reflexivo, deveriam ou poderia nos levar a fazer?

82. AGAMBEN, Giorgio, op. cit., p. 98.
83. AGAMBEN, Giorgio, op. cit., p. 127.
84. AGAMBEN, Giorgio, op. cit., p. 107.
85. AGAMBEN, Giorgio, op. cit., p. 171.
86. AGAMBEN, Giorgio, op. cit., p. 191.
87. AGAMBEN, Giorgio, op. cit., p. 182.

Observando a arquitetura do Plácido de Sá Carvalho, nota-se que o direito que a rege lá não ingressa, passa longe. As regras mínimas de tratamento dos presos e as diretrizes básicas da arquitetura penal não ecoam naquele prédio. Os habitantes do Instituto Penal só podem ser reconhecidos como vidas nuas, excluídas de toda proteção jurídica, matáveis sem que isso represente homicídio, trata-se de mortos que ainda não pertencem ao mundo dos defuntos. Não à toa, Lima Barreto descreve sua estada em um hospício entre 1919 a 1920 como "Cemitério dos Vivos"[88] e uma pesquisa realizada entre 1976 e 1978 na instituição penal para mulheres Talavera Bruce, realizada por Julita Lemgruber, igualmente foi intitulada cemitério dos vivos. [89]

6. A tarefa benjaminiana de "originar o verdadeiro estado de exceção"

Ainda esperei que fosse cair na secção dos pensionistas, mas assim não foi. Entrei para a Pinel, para a secção dos pobres, dos sem ninguém, para aquela em que a imagem do que a Desgraça pode sobre vida dos homens é mais formidável e mais cortante. O mobiliário, o vestuário das camas, as camas – tudo é de uma pobreza sem par
Lima Barreto, *O cemitério dos vivos*, 1921

*N*ão raro, a acusação de "anacronismo" a determinada análise passa pela ficção de que se é possível contar a história de maneira linear, remontando a uma origem que explica o sujeito, a sociedade, as Leis etc. É essa, inclusive, a visão de boa parte da história do Direito, que vê em suas leis um determinado progresso civilizatório, ainda com raízes na tradição etnocêntrica há muito refutada[90].

O observado nesta breve pesquisa, que teve como material as ações e relatórios produzidos pela DPRJ, assim como pelas Resoluções da CIDH, desnuda essa visão; antes de reconhecer no exposto um *estado de coisas* causado por eventualidades do presente, pela *conjuntura política,* aponta para uma estrutura de funcionamento que tem como essencialidade não o respeito às leis e a sua suposta superioridade pelo *progresso humano,* já que a *regra* não é tanto para ser cumprida, senão para se estabelecer a possibilidade contínua de *exceções*.

88. LIMA BARRETO, Afonso Henrique de. *Diário do hospício;* o cemitério dos vivos. Rio de Janeiro: Secretaria Municipal de Cultura, Departamento Geral de Documentação e Informação Cultural, Divisão de Editoração, 1993. p. 95-179.

89. LEMGRUBER, Julita. *Cemitério dos vivos:* análise sociológica de uma prisão de mulheres. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

90. STRAUSS, Levi. *Raça e história.* Antropología estructural, 1975.

> A tradição dos oprimidos nos ensina que o "estado de exceção" em que vivemos é na verdade a regra geral. Precisamos construir um conceito de história que corresponda a essa verdade. Nesse momento, perceberemos que nossa tarefa é originar um verdadeiro estado de exceção; com isso, nossa posição ficará mais forte na luta contra o fascismo. Este se beneficia da circunstância de que seus adversários o enfrentam em nome do progresso, considerado como uma norma histórica. O assombro com o fato de que os episódios que vivemos no séculos XX "ainda" sejam possíveis, não é um assombro filosófico. Ele não gera nenhum conhecimento, a não ser o conhecimento de que a concepção de história da qual emana semelhante assombro é insustentável.[91]

O espaço político não está nos direitos do cidadão, no livre arbítrio e no contrato social como pensamos nós modernos. É nesse sentido que, no reconhecimento do limite "do garantismo", toma-se não o amargor da derrota pela derrota, mas sim da mesma como *pista* do que podemos fazer fora da *ratio iuris* – e quem sabe não passar muito tempo enxergando nas regras, e sim nas exceções, o fio da meada para a compreensão dos fenômenos jurídicos, da sociedade e, de maneira mais apurada, aqueles que mantêm tudo isto: *nós mesmos*.

Walter Benjamin apresenta duas "concepções sobre a história", uma fundada na doutrina "progressista" – e para o nosso estudo poderíamos identificar o Estado constitucional como um avanço na história da humanidade – e outra concepção, que poderíamos chamar "história dos vencidos"[92] ou "história na tradição dos oprimidos", na qual a regra da história é a opressão, a barbárie, a violência dos vencedores e não a ilusão progressista de mais democracia, mais liberdade e paz.

Na tese VIII, o "espanto" afirmado por Benjamin se deve a uma visão progressista que considera que mais democracia, mais liberdade e maior controle do Poder constituem uma regra histórica e que o Estado de Direito desenhado pelas Constituições nos dois últimos séculos constitui um avanço capaz, por si só, de evitar fenômenos como o fascismo.

Considerando a história das ideias do século XX como uma grande estrada do pensamento, as teses de 1940 de Walter Benjamin parecem um desvio que leva a um destino desconhecido. Benjamin rompe com uma história fechada, progressiva, linear e previsível, para adotar uma história aberta, tanto para o passado,

91. BENJAMIN, Walter. *Teses sobre o conceito de história.* Trad. Jeanne Marie Gagnebin e Marcos L. Müller; LÖWY, M. *Walter Benjamin:* aviso de incêndio–uma leitura das teses "sobre o conceito de história". São Paulo: Boitempo, 2005. p. 41-142.

92. KONDER, Leandro. *Walter Benjamin: o marxismo da melancolia. R*io de Janeiro: ed. Campus, 1988. p. 91.

como para o presente e, principalmente, para o futuro. Portanto, imprevisível, ao menos relativamente.

A história aberta de Benjamin é um convite ao imprevisível, com isso, a reabertura da possibilidade de mudança. Uma que emerge não da evolução dos costumes e das instituições, e sim da capacidade humana de se desvencilhar da autoridade do costume para se abrir para um novo começo.[93]

Assinala-se por fim, que

> a abertura da história segundo Walter Benjamin é inseparável de uma opção ética, social e política pelas vítimas da opressão e por aqueles que a combatem. O futuro desse combate incerto e as formas que assumirá serão, sem dúvida, inspirados ou marcados pelas tentativas do passado: serão igualmente novos e totalmente imprevisíveis[94].

Aliamo-nos à perspectiva de Walter Benjamin e concluímos que a história do desenvolvimento do Estado não pode ser vista como um progresso linear e previsível, e o Estado de Direito não é, por si só, garantia de mais civilidade, capaz de banir ações desumanas e vis que se desenvolvem no seu próprio seio.

Analisando hoje a pesquisa realizada por Julita Lemgruber entre 1976 e 1978 sobre o Instituto Prisional Talavera Bruce, comparando com os relatórios produzidos pela Defensoria no IPPSC, inclusive tendo em conta o último relatório que se deu após a decisão da CIDH que impõe medidas ao Brasil, é possível notar que em matéria de execução penal no Brasil não há progresso e que Benjamin é um marco teórico apropriado para a compreensão do tema.

Soma-se a isso o fato de que a ideia de mais liberdade cai por terra ao percebermos que de 1990 para cá a população carcerária do Brasil, como indicamos anteriormente, passou de 90 mil presos para mais de 700 mil. Outro exemplo das dificuldades de transformação da realidade pelos instrumentos institucionais do Estado de Direito foi a decisão da ADPF 347 que nada mais fez do que proclamações abstratas de deveres com os direitos fundamentais já consagrados pela legislação nacional e internacional que "estavam" e que "continuam" sendo desrespeitados após a referida decisão vez que praticamente nenhum comando concreto emitiu. O que temos desde o julgamento de 2015 é o mesmo *estado de coisas inconstitucional*. Sequer as audiências de custódia, que foi um comando concreto

93. WOLLSTONECRAFT. Mary. *A vindication of the Rights of Men*. A letter to the Right Honourable Edmund Burke, 1790, reeditado em 1989. p. 41.

94. LÖWY, M., op. cit., p. 159.

da Corte naquele julgamento, foram implementadas em todo o País, ainda sendo uma exceção na realidade brasileira, apesar de proclamada em tratados internacionais firmados pelo Brasil, na decisão do STF e em resolução do CNJ.

Com efeito, a contribuição de Walter Benjamin permite entender que o problema do Plácido de Sá Carvalho e de todo o sistema carcerário do Brasil não é uma exceção e sim a *regra*. Voltando a Agamben, o estado de natureza de Hobbes não é uma condição pré-jurídica inteiramente indiferente ao direito da cidade, mas sim a exceção e o limiar que o constitui e o habita. A exceção habita o Plácido de Sá Carvalho e todo o sistema carcerário.

Lemgruber, em sua obra *Cemitério dos vivos,* sintetiza o fracasso histórico e atual da prisão. Ademais, diversamente de nós que não temos tal pretensão nesse espaço, a autora no referido trabalho faz considerações sugestivas – não no intuito de uma "ilusão reformista", sustentada no "mito do bom presídio", mas sim num compromisso crítico – para que se minorem "os efeitos perniciosos do confinamento". Assim, trabalha em duas perspectivas, pauta-se na busca comprometida e confiante de que o sofrimento humano possa ser minorado e a pena privativa de liberdade ser abolida.

Leciona a autora que a prisão:

> funciona no sentido de aviltar e estigmatizar para sempre os que por ela passam e, na medida em que não se visualiza sua extinção num futuro próximo, há que se lutar para que sua influência se torne menos perniciosa. E, por fim, se alternativas à prisão existem, urge aumentar sua abrangência e exigir sua aplicação[95].

Com efeito, não podemos perder de vista a luta paliativa para melhorar as condições do cárcere na busca pela adequação do ser e do dever ser no âmbito da arquitetura legal e real da execução penal. Mas não podemos nos ater a esse aspecto – e principalmente, crer nele. Benjamin é um convite para termos a consciência de que não houve e não há progresso nesse tema. Que é preciso romper com a permanência da exceção, fundar verdadeiramente o Estado de Direito, criando verdadeiramente a exceção. A abertura da história segundo Walter Benjamin é inseparável de uma opção ética, social e política pelas vítimas da opressão e por aqueles que a combatem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz do exposto, e com vista na sobrevivência menos desumana desse sistema cuja abolição deve ser sempre um desejo a se construir, impõe-se adotar

95. LEMGRUBER, Julita, op. cit., p. 162.

medidas radicais para as omissões e este declarado "estado de coisas inconstitucional", como imposição de relaxamento de prisão por ausência de audiência de custódia, interdição de estabelecimentos prisionais que promovam tratamento cruel e desumano, severa responsabilidade civil do Estado pelas violações etc.

O prazo de duração das prisões provisórias de igual modo deve observar um rigor radical com a imediata soltura dos presos nestas condições por período superior a 120 dias, tolerando-se, excepcional e fundamentadamente as prisões, por mais de 240 dias nos termos do parágrafo único, do art. 22 da Lei 12.850/2013, vez que este é o limite máximo legal da prisão cautelar no ordenamento jurídico brasileiro[96]. Destaca-se esse aspecto, uma vez que os presos provisórios são responsáveis pela ocupação de aproximadamente 40% da população carcerária, decorrendo daí que a observância rigorosa da duração razoável da prisão preventiva é medida imprescindível para atenuar as mazelas do sistema carcerário.

Mas nada disso apresentará significativo avanço se não se caminhar em uma linha ainda mais radical, com cariz abolicionista, de se descriminalizar condutas, destacadamente daquelas que mais inflacionam o sistema, como delitos patrimoniais não violentos e o tráfico de drogas. Impõe-se, com urgência a revisão da política de drogas no Brasil, vez que além de responsável por problemas ainda maiores como a mortalidade da juventude pobre e negra do Brasil e de agentes da segurança pública, representa a grande via de entrada no sistema carcerário, o que por si só já sugere abolição da guerra às drogas.

O Plácido de Sá Carvalho, como um grande campo de concentração no seio da "democracia constitucional brasileira", traduz-se em uma amostra precisa do sistema prisional e da arquitetura real da execução penal brasileira, nos estimula a pensar no desafio de uma política criminal que dê conta de fundar "verdadeiramente a exceção". Quando olhamos o Plácido de Sá Carvalho enxergamos "uma única catástrofe contínua". Desejamos nos "deter um pouco, ressuscitar os mortos, reorganizar os vencidos", mas nossas asas estão imobilizadas e somos

96. Sobre o limite temporal da prisão cautelar vale a leitura: NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácito, 2018. p. 854-863. Nesta obra sustentamos que nos crimes que envolvem organização criminosa demonstrando indiscutível complexidade fática a Lei 12.850/13 confere a estes o rito ordinário e estabelece o prazo máximo de prisão. Todos os outros crimes do ordenamento apresentam complexidade e ritos que não superam esta estrutura. Sendo assim, não podem ter o tempo máximo de prisão superior aos crimes que se desenvolvem no âmbito de organização criminoso. Em síntese, se para crimes complexos 240 dias, para crimes mais simples não podemos ter marcos superiores.

empurrados de costas para o futuro acumulando em nossa frente ruínas e ruínas que se elevam e chamamos essas ruínas de progresso[97].

Referências bibliográficas

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer. O* poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

ALEXANDER, C. *Notes on the synthesis of form*. 9. print. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

BENJAMIN, Walter. *Teses sobre o conceito de história.* Trad. Jeanne Marie Gagnebin e Marcos L. Müller.

BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da Pesquisa Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

BOITEUX, Luciana. et al. *Tráfico de drogas e Constituição*. Rio de Janeiro/Brasília. n. 1, 2009 (Série Pensando o Direito).

BOITEUX, Luciana; PADUA, João Pedro. *A desproporcionalidade da lei de drogas. O*s custos humanos e econômicos da atual política do Brasil. Disponível em: [http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_desproporcionalidade_da_lei_de_drogas_os_custos_humanos_e.pdf]. Acesso em: 30.03.2018.

BONAMETTI, João Henrique. A paisagem urbana como produto do poder. *Urbe*. Revista Brasileira de Gestão Urbana (Brazilian Journal of Urban Management), v. 2, n. 2, p. 259-273, jul.-dez. 2010.

BOURDIEU, Pierre. *Juristas:* guardiões da hipocrisia coletiva. Disponível em: [http://direitosociedadecultura.blogspot.com.br/2011/03/os-juristas-guardiaes-da-hipocrisia.html]. Acesso em: 27.03.2018.

CASARA, Rubens. *Interpretação retrospectiva:* sociedade brasileira e processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CLÉMENT, Elisabeth *e*t al. *Dicionário prático de filosofia.* Edição Original: Paris: Hatier, 1994/2. ed. portuguesa: Terramar, jan. 1999.

COLIN, Silvio. *Uma introdução a arquitetura*. 3. ed. Rio de janeiro: UAPE, 2000.

ESTECA, Augusto Cristiano Prata. *Edificação penal:* um estudo da tecnologia do projeto arquitetônico de estabelecimentos de segurança máxima no Brasil. Tese de Doutorado – Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Programa de Pós-graduação – Universidade de Brasília. Brasília: 2017.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione. T*eoría del garantismo penale. Bari: Laterza, 1989.

97. BENJAMIN, Walter. *Teses sobre o conceito de história.* Trad. Jeanne Marie Gagnebin e Marcos L. Müller. Tese IX. A visão da história de Benjamin é inspirada na gravura de Paul Klee, intitulado *Ângelus Novus,* comprada por ele em Berlim em 1921 a partir do que escreve a Tese IX.

FERRAJOLI, Luigi. Garantias. *Revista do Ministério Público,* ano 22, n. 85, p. 8-9, jan.-mar. 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris:* teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011. v 1.

FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: u*ma discussão sobre direito e democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

FERRARI DE LIMA, Júnia Maria. *Dispositivo urbanismo:* entre a governamentalidade e a resistência. Tese de doutorado – Escola de Arquitetura – Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2017.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa.* Curitiba: Positivo, 2004.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade:* Curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes (Coleção Obras de Michel Foucault).

FOUCAULT, Michel. *A história da sexualidade I* – A vontade de saber. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1982.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir:* nascimento da prisão. Trad. R. Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987.

FOUCAULT, Michel. *Nascimento de la biopolítica.* Trad. para o Espanhol Horacio Pons. Buenos Aires: Fondo de Cultura Econômica, 2007.

FOUCAULT, Michel. Sobre a história da sexualidade. Trad. Angela Loureiro de Souza. In: MACHADO, Roberto (Org.). *Microfísica do Poder.* Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.

GRAEFF, Edgar Albuquerque. *Uma sistemática para o estudo da teoria da arquitetura.* Goiânia: Trilhas Urbanas, 2006.

HESSE, Konrad; MENDES, Gilmar Ferreira. *A força normativa da Constituição*. Fabris, 1991.

HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. *Reincidência Criminal no Brasil*. Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro, 2015.

KONDER, Leandro. *Walter Benjamin: o marxismo da melancolia.* Rio de Janeiro: ed. Campus, 1988.

KOWARICH, Lúcio. *Investigação urbana e sociedade*. In: REIS, Elisa Reis et al. (Org.). *Pluralismo, espaço social e pesquisa*. São Paulo: Hucitec, 1995.

LASSALLE, Ferdinand. *Que é uma Constituição?*. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933. Versão para eBook eBooks Brasil. com, 2000-2006.

LEMGRUBER, Julita. *Cemitério dos vivos:* análise sociológica de uma prisão de mulheres. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LIMA BARRETO, Afonso Henrique de. *Diário do hospício;* o cemitério dos vivos. Rio de Janeiro: Secretaria Municipal de Cultura, Departamento Geral de Documentação e Informação Cultural, Divisão de Editoração, 1993.

LÖWY, M. *Walter Benjamin:* aviso de incêndio–uma leitura das teses "sobre o conceito de história". São Paulo: Boitempo, 2005.

MAGALHÃES, Elizete Aparecida de et al. Custo do ensino de graduação em instituições federais de ensino superior: o caso da Universidade Federal de Viçosa. *Revista de Administração Pública (RAP),* Rio de Janeiro 44(3):637-66, maio-jun. 2010.

NEVES, Fernando Henrique Cardoso. Sensibilidade punitiva e formação jurídico-penal: uma análise empírica. *Confluências* – Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito, v. 18, n. 2, p. 93-110, 2016.

NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácito, 2018.

ROSA, Alexandre Morais da. *decisão penal:* a bricolage de significantes. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente*. São Paulo: Cortez, 2001. *v*. 1.

SCHMITT, Carl. *Political theology:* four chapters on the concept of sovereignty. University of Chicago Press, 1985.

SILVA, João Marcelo Dias da. *Quando a caminhada é dura, os duros morrem no caminho*. Disponível em [http://justificando.cartacapital.com.br/2017/06/23/quando-caminhada-e-dura-os-duros-morrem-no-meio-do-caminho/]. Acesso em: 27.03.2018.

SIMON, H. A. *As ciências do artificial*. Coimbra: Arménio Amado, 1981.

STRAUSS, Levi. *Raça e história*. Antropología estructural, 1975.

TRINDADE, André Karam. Revisitando o garantismo de Luigi Ferrajoli: uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*. Disponível em: [www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/viewFile/156/98]. Acesso em: 27.03.2018.

VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. D'Plácido Editora, 2016.

VIEHWEG, Theodor. *Topik und jurisprudenz*. Beck, 1953.

WOLLSTONECRAFT. Mary. *A vindication of the Rights of Men*. A letter to the Right Honourable Edmund Burke, 1790, reeditado em 1989.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Garantismo jurídico: O esforço de Ferrajoli para o aperfeiçoamento do positivismo jurídico. *Revista da Esmesc,* v. 22, n. 28, p. 13-38, 2015.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Democracia e encarceramento em massa: provocações de teoria política ao Estado penal brasileiro, de Hamilton Gonçalves Ferraz e Tiago Joffily – *RBCCrim* 152/383-422 (DTR\2019\90);
- Cumprindo pena no Brasil: Encarceramento em massa, prisão-depósito e os limites das teorias sobre giro punitivo na realidade periférica, de Luiz Phelipe dal Santo – *RBCCrim* 151/291-315 (DTR\2018\22758);
- A violência no poder punitivo estatal, de Alencar Frederico Margraf e Meg Francieli Svistun – *RDCI* 108/189-207 (DTR\2018\18202);
- A custosa questão carcerária brasileira e as inverdades convenientes, de Francisco Glauber Pessoa Alves – *RT* 987/241-266 (DTR\2017\7133);
- Execução criminal, de Eduardo Pereira Santos – *RBCCrim 37*/107-119 (DTR\2002\797); e
- As políticas legislativas da lei de execução penal são efetivadas? Análise dos projetos de lei sobre o sistema carcerário nos anos de 2010 e 2014 e a sua (in)coerência com a lei de execução penal, de Décio Franco David, Fernanda de Amo Moriggi e Tamiris Miranda Cristal – *RBCCrim* 147/141-218 (DTR\2018\19342).

Sobre as milícias, por Marielle (a desordem das categorias criminológicas ditas "tradicionais" e os perigos para o Estado de Direito)

About militias, for Marielle (the tradicional yet disorganized criminologycal cathegories and the danger to the rule of law)

Claudia Cruz Santos
Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
claudias@fd.uc.pt

Caio César Dias Santos
Mestrando em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
caiocesardiassantos@gmail.com

Carolina de Novaes Uchôa
Mestranda em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
carolinanuchoa@gmail.com

Débora Letícia Torres da Silva
Mestranda em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
deboraleticiatorres@gmail.com

Laís Vidigal Maia
Mestranda em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
laisvmaia@gmail.com

Mariani Bortolotti Fiumari
Mestranda em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
marianibfiumari@gmail.com

Marina Oliveira Teixeira dos Santos
Mestranda em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
marinaoliveira.737@gmail.com

Autores(as) convidados(as)

Áreas do Direito: Penal; Processual

Santos, Claudia C.; Santos, Caio; Uchôa, Carolina; Silva, Débora; Maia, Laís; Fiumar, Mariani; Santos, Marina. Sobre as milícias, por Marielle (a desordem das categorias criminológicas ditas "tradicionais" e os perigos para o Estado de Direito). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 154. ano 27. p. 291-351. São Paulo: Ed. RT, abril 2019.

Resumo: Analisa-se o fenômeno das milícias no Brasil, confrontando as categorias criminológicas tradicionais com esta realidade brasileira. Conceitua-se o que são as milícias, quais os agentes envolvidos e as consequências para a comunidade dominada, na tentativa de demonstrar a origem destes grupos. Ponderam-se as categorias criminológicas do crime de colarinho branco e do crime organizado sob o enfoque das milícias e evidenciam-se os traços comuns e as especificidades da criminalidade das milícias. Ademais, reflete-se sobre os modos pelos quais as milícias ameaçam o Estado Democrático Social de Direito e põem em xeque a justiça penal. Por fim, consideram-se possíveis soluções para a reação social a esta manifestação criminal, tais como a desmilitarização das polícias e a descriminalização do consumo de drogas.

Palavras-chave: Milícias – Crime de colarinho branco – Crime organizado, Estado de Direito – Desmilitarização das polícias – Política de estupefacientes.

Abstract: The purpose of this study is to analyze the militia phenomenon in Brazil, aiming to create a new criminological category that best fits the Brazilian reality. In the first moment it is conceptualized what militias are, who are the agents involved and the consequences for the dominated community, in an attempt to demonstrate the origin of these groups. Furthermore, militias and the criminological categories of white-collar crime and organized crime are confronted, in order to punctuate aspects regarding the *modus operandi* and the characters involved in these groups, to construct the concept of the militia. Moreover, it is analyzed how the militias, due to their origin, threaten the Social Democratic State of Law and put in check the egalitarian criminal persecution. Finally, the work aims to find possible solutions to the problematic that involves this new criminological category, such as the demilitarization of the police and the change in the legal treatment of drugs.

Keywords: Militias – White collar crime – Organized crime – State of Law – Demilitarization of the police – Drug policy.

Sumário: 1. Introdução. 2. O que são as milícias?. 3. As milícias na interseção de duas categorias criminológicas. 3.1. As milícias e o crime de colarinho branco. 3.2. As milícias e o crime organizado. 3.2.1. A globalização e o surgimento do crime organizado. 3.2.2. A caracterização de crime organizado . 3.2.3. As milícias como uma forma de organização criminosa *sui generis*. 4. As milícias como ameaça ao Estado de Direito: do aumento da criminalidade aos entraves à persecução penal. 5. Como lidar com isso?. 5.1. Repensar a militarização das polícias. 5.2. Repensar o modelo de prevenção do consumo de drogas e da repressão ao tráfico. 6. Considerações finais: o Estado de Direito na mira do fuzil do miliciano. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A notícia dos assassinatos de Marielle Franco e de Anderson Gomes chegou-nos a meio de uma manhã de aulas na Faculdade de Direito de Coimbra e esse dia de fim do inverno europeu, que já era frio, tornou-se subitamente gelado. Num primeiro momento, não queríamos acreditar. Sabíamos do impressionante número de cerca de 60.000 homicídios registrados no Brasil em cada um dos anos

anteriores[1] e não consideramos que algumas vidas valham mais do que outras mas, enquanto estudiosos das ciências criminais e, particularmente, da criminologia, compreendíamos que estes homicídios tinham um significado especial. Marielle Franco era vereadora do Rio de Janeiro e foi morta no Estácio, uma região central da cidade, por volta das 21 horas e 30 minutos, quando regressava de um debate com jovens negras ocorrido na Lapa, na Casa das Pretas. Um carro aproximou-se daquele em que seguiam a vereadora, o seu motorista e uma assessora, tendo sido feitos vários disparos de arma de fogo que provocaram a morte dos dois primeiros e deixaram ferida a terceira. Segundo fontes policiais, foram utilizadas munições que não podem ser vendidas a civis.

A vereadora tinha-se manifestado, poucos dias antes, contra o 41º Batalhão da Polícia Militar, de Acari, que ela considerava responsável por violações dos direitos humanos e pelas mortes de vários habitantes de comunidades desfavorecidas. É sabido que o Estado de Direito sobrevive apesar da existência de crime organizado. Cabe à justiça penal investigar e punir, de acordo com o devido processo legal. Mas se um Estado tolera milícias cujos integrantes sejam ainda agentes do próprio Estado, corre o risco de deixar de ser um Estado de Direito. Por uma razão simples: os agentes do Estado tornam-se bandidos e um Estado que os aceite reconhece a falência da sua justiça penal e aceita converter-se num "Estado-Bandido". Se uma vereadora se manifesta publicamente contra crimes que ela diz serem praticados por policiais e é executada na sequência dessa tomada de posição, é preciso questionar se isto significa que o "Estado-Bandido" se está a rir nas barbas do "Estado-de-Direito-Fajuto". É, num certo sentido, o mais absoluto atrevimento, o mais profundo despautério.

O processo criminal destinado à averiguação dos homicídios de Marielle Franco e de Anderson Gomes não está terminado, por isso não se podem identificar os responsáveis pelos crimes, apesar das profusas declarações públicas sobre a motivação política inerente a estas execuções. Seja como for, é inegável que Marielle

1. De acordo com o estudo *Atlas da Violência 2017*, produzido pelo Instituto de Pesquisa Económica Aplicada (Ipea) e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), "o Brasil registrou, em 2015, 59.080 homicídios". No que respeita ao perfil das vítimas, é de notar que "os homens jovens continuam sendo as principais vítimas: mais de 92% dos homicídios acometem essa parcela da população [...]. A cada 100 pessoas assassinadas no Brasil, 71 são negras". Por outro lado, parece relevante destacar que "pelos dados do FBSP, foram registradas em São Paulo 848 mortes decorrentes de intervenção policial, 645 no Rio de Janeiro e 299 na Bahia". Há razões para supor que os números são, infelizmente, bastante superiores em 2016 e 2017, podendo encontrar-se, sobre isso, várias notícias nos meios de comunicação social, mas escassos elementos estatísticos.

Franco se vinha pronunciando contra actuações ilícitas de policiais militares e de milicianos, considerando que alguns daqueles policiais integravam milícias que ofendiam a vida, a integridade física ou o património de cidadãos brasileiros. O que também é certo é que Marielle Franco, parafraseando o título do livro de Cidinha da Silva, tinha dito: "Parem de nos matar", referindo-se a um batalhão que tinha ficado conhecido como "batalhão da morte" E perguntara, pouco antes de ela própria ser morta: "quantos mais vão precisar morrer para que essa guerra acabe?".

Este estudo é a nossa forma, enquanto estudiosos das ciências criminais que se preocupam com a proliferação das milícias no Brasil, de homenagearmos Marielle Franco e o seu propósito de defesa da vida e da dignidade humanas. Mas este estudo é também o resultado da convergência dos contributos de autores que, apesar de estarem em diferentes momentos dos seus percursos académicos e de não escreverem exactamente no mesmo português (tendo sido opção nossa preservar tais especificidades inerentes às partes escritas em português do Brasil e àquelas escritas em português de Portugal), compreendem que ser-se criminólogo pressupõe também que se assuma, em certos momentos, um compromisso com a história. O que, no caso, implica o propósito de contribuir para que a história do tempo que nos calhou viver seja escrita com mais respeito pelos direitos humanos.

2. O que são as milícias?

O aumento do fenômeno da criminalidade reflete a incapacidade do Estado de se fazer onipresente. Em um país tão extenso em fronteiras e desigualdade como o Brasil, essa carência se mostra evidente nas áreas mais marginalizadas – em especial as comunidades mais pobres – onde a exclusão social e a segregação espacial criam modos de vida e padrões de sociabilidade diferenciados nos quais a violência é uma ação em potencial[2].

Nas palavras de Beato e Couto[3], a sociabilidade violenta nestas áreas, juntamente com a ausência e/ou ineficiência do poder público, perpetua uma situação

2. SILVA, Luís Antônio Machado. Sociabilidade violenta: por uma interpretação da criminalidade contemporânea no Brasil urbano. *Soc. Estado*, Brasília, v. 19, n. 1, 2004. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922004000100004].

3. BEATO, Cláudio; COUTO, Vinícius. *O fenômeno criminal chamado milícia*: práticas criminais sob uma análise de redes sociais. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2014. Disponível em: [https://www.anpocs.com/index.php/papers-38-encontro/gt-1/gt42-1/9229-milicias-e-a-estruturacao-criminal-praticas-criminais-sob-uma-analise-de-redes-sociais/file].

em que é possível falar em uma estruturação preliminar de atividades criminosas: em uma etapa inicial, predomina o crime desorganizado por razões de conflitos interpessoais através da prática de pequenos delitos e atos de violência em territórios circunscritos, que evoluirão gradativamente para um incipiente comércio de drogas e formação de gangues; a segunda fase já se caracteriza por uma lógica econômica de competição de mercado em substituição à lógica anterior, com uso intensivo de armas de fogo e corrupção; por fim, surge uma terceira etapa marcada por ações de violência exacerbada, disputa de território, exibicionismo de poder bélico e expansão do mercado ilícito.

A ascensão da violência, portanto, enseja o surgimento de uma espécie de Estado paralelo. Isto é, no vácuo do poder do Estado, surgem grupos paramilitares – organização de pessoas armadas com estrutura semelhante à militar – que, tendo interesse em assumir o controle daquele território, tomam para si a suposta responsabilidade pela segurança da comunidade – ainda que não tenham sido escolhidos para tanto, e lhes falhe toda a legitimidade democrática – em um viés primitivo de promessa de justiça privada.

No entanto, prevalece a expressão popular de que *não existe almoço grátis*. Em troca da proteção compulsória, os grupos reivindicam um pagamento contínuo dos moradores e comerciantes de valores estabelecidos unilateralmente pelos próprios. Havendo objeção da comunidade, emprega-se violência. E conforme essa "prestação de serviços" vai se tornando lucrativa, também chama a atenção de membros externos àquela realidade, membros da própria administração pública. Nesse contexto complexo, têm origem as milícias.

Aqui reside um dos grandes diferenciais da formação das milícias: são, com frequência, originalmente formadas pelos próprios membros da comunidade, já vinculados ao tráfico de drogas e armas, com um falso pretexto de proteger a população de *grupos rivais*; para depois vir a incluir – ou melhor, *comprar* – a participação de militares, policiais civis, bombeiros, políticos e até mesmo grandes empresários.

Tudo se explica pela manutenção do ciclo lucrativo da ilegalidade. Para que os grupos consigam manter o controle do território e o tráfico dentro e fora daquela região sem a interferência do poder de polícia do Estado, precisam da colaboração de agentes e servidores públicos. Assim começa o envolvimento precípuo da polícia civil e militar[4], que favorece o sistema em troca do recebimento de *propina,* chegando por vezes a fornecer armas e blindagem aos criminosos.

4. Sobre a participação dos policiais em organizações criminosas, cabe destaque aqui a observação feita por Raúl Zaffaroni e Nilo Batista (*Direito penal brasileiro*: primeiro

Conforme cresce o projeto criminoso, cresce o número de envolvidos, alcançando políticos[5] e empresários que têm participação *oculta* no tráfico e em crimes de corrupção e lavagem de dinheiro. Tem-se, assim, formada uma extensa e perigosa organização criminosa que, inversamente do que pode parecer à primeira vista, pratica não só crimes grosseiros e violentos, mas também é responsável por uma criminalidade mais sofisticada, os chamados *crimes do colarinho branco*.

As milícias são um fenômeno relativamente novo na dinâmica criminal brasileira[6] e, por isso, não existe um consenso sobre a sua definição. Em verdade, o termo foi cunhado para se referir à atuação de alguns grupos nas favelas do Rio de Janeiro no início do século, englobando grupos armados que detinham controle sobre o território. Contudo, alguns autores acreditam que tal definição é uma espécie de *eufemismo,* não sendo condizente com as ações criminosas praticadas[7],

volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p 56-57): "Chamamos de *policização* o processo de *seleção, treinamento e condicionamento institucional ao qual se submetem os operadores das agências policiais.* As agências policiais latino-americanas, nos setores aos quais incumbe a pior parte do controle a seus cuidados, recrutam seus operadores nas mesmas camadas sociais com maior incidência da seleção criminalizante e vitimizante [...] este setor se vê instigado a assumir atitudes antipáticas e inclusive a ter condutas ilícitas, a sofrer isolamento e desprezo, a sobrecarregar-se de um estereótipo estigmatizante, a submeter-se a uma ordem militarizada e inumana, a passar por uma grave instabilidade no trabalho, a privar-se dos direitos trabalhistas elementares, a correr consideráveis riscos de vida, a incumbir-se da parte mais desacreditada e perigosa do exercício do poder punitivo".

5. A vertente política é essencial dentro das milícias para a ocupação de espaço nas assembleias e câmaras do Poder Legislativo. Se, de um lado, começam como milicianos e depois se inserem formalmente na política, também existem os políticos que, seduzidos pelo lucro proibido, tornam-se milicianos.
6. A compreensão do fenômeno das milícias pode ser recente, mas as ações praticadas no âmbito desse fenômeno não eram exatamente uma novidade nas comunidades, visto já constar registrada a existência de grupos de extermínio nomeadamente no Rio de Janeiro, no período da ditadura – sobretudo na década de 1960 – tais como o que fora popularmente conhecido como "Esquadrão da Morte|, formado por policiais e com a função de executar criminosos veladamente (COMISSÃO DA VERDADE DO ESTADO DE SÃO PAULO. Repressão política: origens e consequências do Esquadrão da Morte: Relatório. t. I – Parte I – Repressão política: origens e consequências do esquadrão da morte. Disponível em: [http://comissaodaverdade.al.sp.gov.br/relatorio/tomo-i/parte-i-cap2.html]. Acesso em: 01.11.2018.
7. ALVES, J. C. S. Milícias: mudanças na economia política do crime no Rio de Janeiro. In: JUSTIÇA GLOBAL. *Segurança, tráfico e milícias no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2008.

pois que não incluía a referência à extorsão de membros da comunidade nem ao protagonismo dos policiais e outros membros da segurança pública nessa dinâmica ilegal de controle social.

Nesse passo, o sociólogo Ignacio Cano[8] aponta cinco características principais de um grupo miliciano: i) o controle de um território e da população que nele habita por parte de um grupo armado irregular; ii) o caráter coativo desse controle; iii) o ânimo de lucro individual como motivação central dos milicianos; iv) a participação ativa e reconhecida de agentes do Estado, v) um discurso de legitimação referido à proteção de moradores e à instauração da ordem. Também neste sentido, Beato e Couto[9] destacam que: "a principal distinção das milícias é ter uma estrutura criminal totalmente voltada para a lógica econômica. A preocupação com a maximização dos lucros das milícias gera outra singularidade que é a organização quase empresarial das ações criminosas". Para fins desse estudo, acredita-se que, além do ânimo de lucro, impera na caracterização das milícias a participação quase que declarada dos agentes públicos e políticos. As milícias vêm logrando êxito na persecução dos seus objetivos sobretudo por força do protagonismo criminal assumido por aqueles que deveriam ser responsáveis por combater o crime.

Em um primeiro momento, diversos atores participantes da mídia e do debate público mostraram tolerância e, inclusive, apoio a estes grupos, considerando-os como uma reação dos moradores destas regiões contra a criminalidade ou, pelo menos, como um "mal menor" em comparação com o narcotráfico. Foi apenas em meados de 2008, quando jornalistas d' *O dia* faziam sigilosamente uma investigação sobre o assunto e acabaram sendo torturados por milicianos da comunidade do Batan (Zona Oeste da cidade do Rio de Janeiro), que se iniciou uma certa virada da opinião pública, passando-se a reconhecer, pelo menos em alguns casos, a natureza de crime organizado das milícias[10].

Nesse cenário, a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro aprovou uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) sobre Milícias em junho de 2008

8. CANO, Ignacio. *Seis por meia dúzia?*: um estudo exploratório do fenômeno das chamadas milícias no Rio de Janeiro. In: JUSTIÇA GLOBAL (Org.). Seis por meia dúzia?. *Segurança, tráfico e milícias no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Bóli, 2008. p. 48-103.
9. BEATO, Cláudio; COUTO, Vinícius. Op. cit.
10. CANO, Ignacio; DUARTE, T. *No sapatinho*. A evolução das milícias no Rio de Janeiro [2008-2011]. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2012. 151p. Disponível em: [https://br.boell.org/sites/default/files/no_sapatinho_lav_hbs1_1.pdf].

(Resolução 433/2008 publicada no D.O. de 11.06.2008), requerida desde 2007 pelo deputado Marcelo Freixo com o auxílio de Marielle Franco, que à época era sua assessora. Após uma extensa coleta de depoimentos, documentos e denúncias, o relatório final da CPI indiciou 225 políticos, policiais, agentes penitenciários, bombeiros e civis, além de uma extensa lista de propostas concretas para enfrentamento das facções[11]. Mas somente quatro anos depois foi sancionada a Lei 12.720/2012, que tipificou crimes praticados por grupos de extermínio e milícias privadas[12].

Apesar do trabalho da CPI e do crescimento do número de denúncias, processamento e prisão de milicianos, as milícias continuam a expandir seu território, sobretudo pela permanência de envolvidos nos quadros políticos. A crise de segurança no Rio de Janeiro deu ensejo à decretação de estado de intervenção federal em 16 de fevereiro de 2018, através de decreto presidencial aprovado no congresso[13]. O número de conflitos envolvendo milícias não diminuiu, e, em 14 de março de 2018, a vereadora Marielle Franco – ex-assessora de Freixo na instauração da CPI –, política atuante no combate às milícias, foi brutalmente assassinada com fortes indícios de execução, juntamente com seu motorista Anderson Gomes. Este acontecimento chamou a atenção mundial para o país e o seu complexo sistema de organizações criminosas.

3. As milícias na interseção de duas categorias criminológicas

Face à expansão desse complexo fenômeno criminal por todo o Brasil[14], surge um novo desafio para a criminologia: o estudo da criminalidade das milícias,

11. PALMARES. Relator Deputado Gilberto. Relatório final da comissão parlamentar de inquérito destinada a investigar a ação de milícias no âmbito do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: [https://www.marcelofreixo.com.br/cpi-das-milicias]. Acesso em: 01.11.2018.

12. Lei 12.720. Dispõe sobre o crime de extermínio de seres humanos; altera o Decreto-lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal.

13. ROSSI, Amanda. Congresso aprova decreto de intervenção federal no Rio de Janeiro; entenda o que a medida significa. 2018. Disponível em: [https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43079114]. Acesso em: 01.11.2018.

14. O modelo das milícias, surgido no Rio de Janeiro, vem sendo adotado em outras cidades do Brasil, demonstrando a nacionalização dessa forma de associação criminosa que têm no uso de violência, de extorsão e de ameaças suas principais características. Conforme dados levantados pelo Ministério dos Direitos Humanos (MDH), há o crescimento de denúncias entre 2016 e 2017 da atuação de grupos milicianos em outros 15 estados

peculiaríssima na medida em que nela convergem duas categorias criminológicas, a criminalidade organizada e violenta, por um lado, a criminalidade do colarinho branco, por outro lado.

Uma das grandes preocupações em torno das milícias é que a sua atuação representa uma forma de criminalidade muito perigosa, porque evidencia o fracasso e a destruição do próprio Estado, que mostra-se ausente diante de agressões aos direitos e garantias dos cidadãos praticadas e financiadas – ou pelo menos negligenciadas – por quem deveria, justamente, garanti-las: as autoridades públicas constituídas[15].

A reflexão em torno da criminalidade das milícias não é uma tarefa simples, visto que, ao longo da formação e da expansão dessa criminalidade, pode ser verificado não só o esbatimento da fronteira entre as categorias criminológicas do crime organizado e do crime de colarinho branco[16], mas também, características próprias da formação das milícias, alheias ao desenho "tradicional" daquelas categorias criminológicas.

O estudo científico desse fenômeno criminal é fundamental para compreender as especificidades do tipo de delinquência em questão, investigando as possíveis causas dos delitos cometidos pelas milícias, os tipos de agentes envolvidos e a própria atuação das instâncias formais e informais de controle na repressão destes delitos, para que, assim, possamos esboçar propostas político-criminais

brasileiros, registradas pela Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos (COSTA, Liana. Não é só no Rio. As milícias estão em 15 estados de norte a sul do país. 2018. Disponível em: [https://www.metropoles.com/materias-especiais/nao-e-so-no-rio-milicias-estao-em-15-estados-de-norte-a-sul-do-brasil]. Acesso em: 18.10.2018).

15. O crescimento das milícias e o consequente aumento de execuções praticadas por agentes do Estado demonstram a falência da política de enfrentamento adotada. Interessante notar que o surgimento de milícias em outros estados brasileiros, para além do Rio de janeiro, evidencia que o modelo das milícias é uma versão altamente lucrativa e passível de ser imitado. E aqui podemos citar a concepção de Edwin Sutherland, teórico da criminologia do colarinho branco, de que o crime seria resultado de um processo de aprendizagem, com a produção do conhecimento dos procedimentos ilícitos por meio da comunicação no interior de grupos (SANTOS, Cláudia Cruz. *O crime de colarinho branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 44).

16. Sobre as diferenças entre os "Senhores do Crime" (os líderes do crime organizado) e os "Senhores que às vezes praticam crimes" (os agentes de colarinho branco), cfr, José da Cunha Rodrigues. Os senhores do crime. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 9, fasc. 1, 1999.

orientadas para a contenção deste fenómeno. Tais propostas devem girar em torno do desenvolvimento de medidas de prevenção técnica, para além da prevenção normativa que surge associada a políticas de enfrentamento que são, em tese, altamente repressivas, mas que neste domínio se vêm revelando bastante ineficazes, desde logo porque nos confrontamos com agentes capazes de obstarem ao funcionamento do aparelho punitivo do Estado, que por vezes integram.

O enfrentamento da atuação das milícias deve tornar-se uma pauta efetiva do programa político-criminal brasileiro, reconhecidas que estão as dificuldades a considerar: pensa-se que os milicianos podem ter criado redes de pessoas altamente preparadas, contando ainda com a participação de agentes da segurança pública e de grupos políticos que conhecem as falhas estruturais de investigação dos órgãos estatais e, dessa maneira, encontram caminhos seguros e extremamente letais para a expansão do seu poder.

Entender o que são as milícias, pontuando alguns aspectos quanto ao seu *modus operandi* e aos personagens envolvidos nestas redes criminosas é fundamental para a construção de um conceito do criminoso *miliciano,* de maneira a buscar compreender o complexo panorama de ação do grupo e explorar sua conexão com alguns conceitos já existentes na criminologia, para que estes últimos sejam fios condutores no que seja a caracterização das milícias.

3.1. As milícias e o crime de colarinho branco

Uma primeira análise dos atores envolvidos na criminalidade miliciana e dos fatores de oportunidade para o surgimento e desenvolvimento dos crimes leva-nos à associação daquela com a criminalidade de colarinho branco. A existência de um elevado nível de corrupção na esfera nacional e a consequente fragilidade das instituições estatais, fazem com que surjam oportunidades sociopolíticas para que agentes da segurança pública constituam uma rede criminosa. Por serem representantes do Estado, sobressairia a ideia de que são crimes cometidos por pessoas pertencentes a uma classe socioeconômica favorecida e respeitada, valendo-se os agentes do exercício da sua profissão para alcançar determinados fins, o que pode ser associado erroneamente aos crimes dos poderosos[17].

17. A definição clássica de Edwin Sutherland, primeiro Autor a tratar o conceito de *white-collar crime* no final dos anos 30 do século XX, delimita o crime de colarinho branco como sendo infrações cometidas por pessoas de elevado estatuto social e respeitabilidade no exercício da sua profissão. Segundo Cláudia Santos, nesta definição de cariz subjetivo "o *white-collar crime* seria um apanágio de uma elite que viola a lei no exercício da sua actividade profissional" (SANTOS, Cláudia Cruz. Op. cit., p. 54).

Podemos identificar alguns pontos de diálogo entre as características da criminalidade das milícias e a criminalidade de colarinho branco. Tendo em mente a reflexão sistemática sobre as características do crime de colarinho branco proposta por Claudia Santos[18], podemos apontar como primeira particularidade a complexidade das condutas e a opacidade daí resultante, por força do desenvolvimento científico e tecnológico inerentes a certas profissões, o que dificultaria as investigações por demandar conhecimentos muito específicos. *A complexidade das condutas* é também uma característica da atuação das milícias, no entanto, tal característica não diz respeito a uma especialização técnica dos agentes, como no crime de colarinho branco. A complexidade das condutas perpetradas pelas milícias é a soma de alguns fatores relacionados à dinâmica de sua própria atuação.

Os milicianos recorrem à violência e à coação para atingirem seus objetivos, não havendo, pois, qualquer sofisticação na conduta, o que é uma diferença face à criminalidade de colarinho branco. *O conflito, na atuação das milícias, é patente*. Vale ressaltar que a violência das milícias não é usada apenas na instauração do domínio na comunidade escolhida, tornando-se antes recorrente, com a promoção de ameaças, torturas e até mesmo assassinatos das pessoas que tentam denunciá-los ou contrariá-los. Qualquer desvio ao que foi ordenado pelos milicianos é castigado de forma rigorosa, sendo a violência muito frequente (agressões físicas, torturas, expulsão da comunidade e até a morte). Nesta medida, a criminalidade das milícias parece mais próxima do conceito de criminalidade organizada do que do conceito de crime de colarinho branco.

A dificuldade de identificação do comportamento criminoso da milícia é resultado do número de agentes envolvidos e do local em que estão instaladas: *a ideia da dispersão da responsabilidade*, com diversos nichos de delitos e, consequentemente, condutas de gravidades distintas e com frequência praticadas em comparticipação. Diferentemente do que ocorre no crime dos *white-collars,* em que a dificuldade da prova da responsabilidade é decorrente, por vezes, de uma confusão entre a responsabilidade moral e a autoria material e até mesmo da falta de evidências da ocorrência do crime, na criminalidade miliciana existem provas claras de que estão ocorrendo inúmeras violações nas comunidades dominadas, o problema é a dificuldade em estabelecer uma linha de investigação e

18. A autora sistematiza em cinco grupos: a) a complexidade das condutas e a opacidade daí resultante; b) as dificuldades sentidas pela justiça; c) conflito latente, em vez do patente; d) a difusão da vitimização; e) a dispersão da responsabilidade (SANTOS, Cláudia Cruz. Op. cit., p. 100-108).

condenação, porque o Estado simplesmente não existe nas áreas tomadas: a milícia apodera-se do lugar do Estado.

Ao contrário do que sucede com o crime de colarinho branco, o crime das milícias não é cometido somente entre quatro paredes –num ambiente fechado, como uma empresa – mas numa área mais ampla: além do gabinete dos políticos e das corporações policiais envolvidas, há ações criminosas ocorrendo dentro de um território no qual a atuação das instâncias formais de controle é dificultada. A milícia não se esconde, não produz meras omissões para atingir seus objetivos, a sua atuação é escancarada e violenta: os moradores da área controlada devem saber que a milícia está composta, em sua maioria, por agentes públicos, sendo fundamental, portanto, uma divulgação da composição para legitimar suas ações. Ocorre que se, por um lado, para toda a comunidade é visível a atuação de tais agentes públicos, por outro tornam-se invisíveis frente às instituições públicas de repressão da criminalidade, respaldados por uniformes e tendo o escudo de um Estado fracassado que permitiu a formação e desenvolvimento de redes criminosas de alta periculosidade, extremamente letais à democracia e apadrinhadas por políticos corruptos.

Uma das principais características das milícias é o objetivo de tomada do poder político. Para os que estão inseridos na milícia, atuando diretamente sobre a comunidade dominada, há claramente uma motivação econômica que, em decorrência da falta de perspectiva de ascensão social, procura uma forma rentável e segura de dominar a população das comunidades desfavorecidas e, ao mesmo tempo, conquistar uma relativa influência através de um canal de comunicação com o grupo político. Crê-se que as milícias possuem um grande projeto político de infiltração no Estado, ao se colocarem como aliadas na "conquista" de votos para a eleição de representantes políticos (vereadores, deputados e senadores), com o intuito de garantir a sobrevivência dos negócios ilícitos e a obtenção do lucro individual de cada um dos envolvidos.

Para entender a dinâmica da criminalidade das milícias, há um outro ponto que diz respeito à ideia das técnicas de neutralização da culpa. No *white-collar crime* tal pensamento traz a ideia de que, por o delinquente compartilhar dos valores convencionais dominantes na sociedade, este se socorreria das técnicas de neutralização da culpa, de modo a negar a responsabilidade do ato colocando-o ou como um mero acidente, ou até mesmo como uma ação cometida devido a forças externas que estão além do seu controle, com o apelo à falta de opção senão o cometimento do ato, a exemplo de quando um trabalhador de uma empresa desrespeita normas legais para alcançar resultados indispensáveis à sobrevivência da organização. Ocorre que nas milícias podemos verificar não apenas formas de

neutralizar a culpa, procurando um expediente idôneo a desdramatizar a prática do crime, mas também *técnicas para a legitimação dos atos violentos para o controle territorial*. Ligado diretamente às fraquezas institucionais que afetam o país, o desenvolvimento das milícias procura legitimidade no fato de existirem regiões com um vácuo de atuação do poder político, com inúmeras demandas sociais e económicas reprimidas, sendo, pois, locais ideais para a disseminação de um poder paralelo. As milícias seriam o Estado contra os criminosos e elas, de fato, se apresentam com este perfil aos moradores das comunidades controladas. A promessa inicial é dupla: (i) a expulsão do narcotráfico e da criminalidade organizada e (ii) a instauração de uma ordem pública que garanta paz social e evite também a criminalidade comum. A milícia vem com o discurso de legitimação de construção de um domínio do "bem" sobre o "mal". Por isso é que, diversamente dos criminosos de colarinho branco, as milícias não rejeitam uma certa publicidade dos seus atos, com a intenção de mostrarem que são os únicos a poderem salvar a comunidade das garras do tráfico, já que o Estado não seria capaz disso[19].

A ironia de todo este discurso está em que o delinquente miliciano não se preocupa com o bem-estar da comunidade em momento algum, uma vez que, quando são agentes públicos, poderiam e deveriam exercer seu trabalho de proteção à comunidade sem a imposição de taxas ilegais, de controle ilegal do espaço urbano ou das atividades comerciais e econômicas. Desta maneira, *a motivação de obter lucro individual e o uso de um percurso coativo para alcançá-lo* sobrelevam aquela que seria uma atuação lícita, caso contrário estaríamos diante de um funcionário público exercendo sua função precípua de restauração da ordem ou, caso não houvesse arbitrariedade, estaríamos diante de um serviço de segurança privada. Prevalece, pois, a ideia do lucro individual, sendo as milícias, por vezes, uma válvula de escape altamente rentável para agregar outros rendimentos aos baixos salários dos servidores públicos que trabalham nas ruas combatendo a criminalidade[20].

19. Interessante notar que o *modus operandi* da criminalidade miliciana não é transferir a culpa – porque os milicianos não visualizam os atos como criminosos – mas atribuir *a fonte de legitimidade* das ações ao próprio Estado, que pôs em causa valores fundamentais de uma ordenação econômico-social: desde a falta de garantia de salários e condições de trabalho dignas aos agentes públicos milicianos, mas também falta de oportunidade para as classes à margem da sociedade. Em consequência, verifica-se um aumento da criminalidade de rua e do narcotráfico e a incapacidade de os agentes públicos de segurança lidarem com isso.

20. O comportamento do miliciano pode, em parte, ser associado a um vácuo de valorização dos agentes da segurança. Uma indagação que surge é: se os milicianos conseguem

A busca por expedientes idôneos a desdramatizar a prática dos crimes das milícias tem também relação direta com a *negação dos danos causados* e a *própria negação da existência de vítimas*, características também presentes no crime de colarinho branco. As ações dos milicianos lesionam, como no crime de colarinho branco, vítimas difusas e o próprio Estado, mas também provocam vítimas singulares, ou seja, pessoas que sofrem uma ação violenta e direta desses criminosos, uma vez que as milícias incorrem em inúmeras arbitrariedades contra os moradores. Desta maneira, as milícias possuem vítimas de caráter abstrato, impessoal e inconscientes, mas também vítimas concretas, pessoais e conscientes. Uma abordagem vitimológica já ensaiada por Sutherland enfatizava que o poder dos criminosos do colarinho branco estava diretamente relacionado à fragilidade das suas vítimas[21]. E esta abordagem sobre a fraqueza das vítimas pode ser transportada também para as vítimas da atuação das milícias. Cabe ressaltar que as vítimas preferenciais das milícias são aqueles moradores submetidos à tirania do tráfico, e, ainda que haja pessoas não envolvidas diretamente com o tráfico local, acabam sendo vistas como "matáveis" – seria uma ideia de "vítima necessária" – no caminho percorrido pelo miliciano na luta contra os traficantes de droga. Os supostos cúmplices seriam passíveis das mesmas penalidades impostas aos traficantes. A neutralização da culpa do delinquente miliciano está diretamente relacionada ao fato de que estariam prestando um serviço à ordem social[22].

Os milicianos sabem como se proteger da atuação do Estado, além de que o financiamento político torna as milícias grupos cada vez mais fortes e especializados. A sua composição evita o confronto policial nas comunidades e permite invocar o argumento de que almejam trazer a tranquilidade comunitária. Com

adentrar na comunidade e controlar o narcotráfico, trazendo uma aparente ordem social, por que razão não o fizeram como agentes do Estado, agindo em nome deste e do interesse coletivo? O Estado poderia ter capacitado e estimulado seus próprios agentes a utilizarem meios legítimos para combate ao crime, e, ao mesmo tempo, não criarem o risco de oportunidades econômico-sociais para estes agentes procurarem o lucro individual de tal forma. Nesse sentido, cumpre recordar a teoria da escolha racional, corrente criminológica que traz a defesa de métodos de prevenção situacional e que se revela de grande importância para a reflexão sobre a criminalidade das milícias.

21. COSTA ANDRADE, Manuel. *A vítima e o problema criminal*. Dissertação para exame do Curso de Pós-Graduação em Ciências Jurídico-Criminais da Faculdade de Direito de Coimbra: Coimbra Editora, 1980.p. 167.

22. SILVA, Luís Antônio Machado. Sociabilidade violenta: por uma interpretação da criminalidade contemporânea no Brasil urbano. *Soc. Estado*, Brasília, v. 19, n. 1, 2004. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922004000100004]. p. 47.

o fortalecimento, a milícia acaba por refinar algumas condutas, começando a perceber as reações negativas externas ao grupo. Nesse momento, procuram se adaptar às circunstâncias, alterando suas estratégias para a manutenção no poder[23]. Exemplo disso é que mesmo com a punição de alguns envolvidos, na tentativa de desarticular as milícias, não costuma haver nenhuma alteração no negócio paralelo, que continua produzindo e ofertando bens ou serviços ilegais, bem como controlando a comunidade.

Frente a isso, a milícia, após adquirir uma relativa estabilidade local, age de forma mais discreta, blindando os líderes dos grupos e evitando a execução sumária de pessoas na área, para não chamar atenção. Sempre conduzindo suas atividades ilegais da melhor maneira e fazendo o que for preciso para a manutenção do controle, mesmo que isso coloque de lado algumas das suas características intrínsecas. As milícias passaram a buscar até mesmo uma nova dinâmica de atuação, pois que, além dos serviços ilegais fornecidos às comunidades controladas, as milícias começaram a lucrar também com a venda de drogas: esse mesmo tráfico de drogas que antes era utilizado como pretexto para justificar a instalação das mesmas milícias, que prometiam erradicá-lo. Para isso, os milicianos se associaram a facções menores do comando do tráfico, requerendo parte dos lucros da venda em troca de proteção aos traficantes. Esse novo esquema criminoso das milícias vinculadas ao tráfico parece ter trazido um grande aumento da violência em vários lugares, nomeadamente na região carioca, marcada constantemente pela disputa de territórios com outros comandos do tráfico, instaurando uma verdadeira guerra civil entre comunidades do Rio de Janeiro.

Por fim, deve ressaltar-se que a importância do conceito de crime de colarinho branco foi chamar a atenção para a forma privilegiada como certos criminosos eram tratados pela justiça, evidenciando um funcionamento desigualitário das instâncias formais de controle. Se antes a categoria do crime de colarinho branco era apontada como um dos exemplos da deficiência da lei penal e da sua aplicação, hoje tal ideia poderá ser seguramente transposta para a criminalidade das milícias. Toda a ideia da *dificuldade do sancionamento*, que vai desde problemas de demora e ineficácia nas investigações até à consequente impunidade de que os agentes beneficiam, está presente nas milícias.

É certo que o crime acaba sendo um fato integrante de qualquer sociedade. É, porém, preciso que da ocorrência do delito surja algo de útil, como, por exemplo,

23. Refletindo sobre as características do crime de colarinho branco, podemos pensar nas hipóteses de responsabilidade da empresa, que trazem a vinculação da culpa a uma pessoa que tenha posição de liderança, e algumas estratégias que são usadas para colocar os chamados "testas de ferro".

o reforço da coesão social, ajudando a vencer a rigidez das estruturas institucionais e normativas e o consequente imobilismo, constituindo-se como um novo caminho para a inovação e o progresso social. Desta maneira, o estudo da categoria da *criminalidade das milícias* é de suma importância para que se compreenda o panorama social e toda a dinâmica em torno do surgimento e proliferação do crime, o que evidencia inúmeras falhas do Estado de direito brasileiro[24], que as milícias põem a nu, o que não deixa de constituir oportunidade para propostas de alteração mais estruturais do que superficiais.

3.2. As milícias e o crime organizado

Se, como se viu antes, a existência de agentes públicos entre os milicianos aproxima a actuação ilícita das milícias do crime de colarinho branco (por estarmos perante agentes com certa respeitabilidade que praticam crimes de algum modo relacionados com a sua atividade profissional), também parece inequívoco, por outro lado, que o grau de violência inerente ao funcionamento das milícias (assim como a espécie de condutas ilícitas que adoptam, nomeadamente a extorsão) faria recair mais facilmente o crime das milícias numa outra categoria criminológica, a do crime organizado. Todavia, apesar de não se desconhecer o pensamento daqueles que negam a existência de diferenças claras entre os dois conceitos[25], julga-se que, ressalvada a existência de espaços cinzentos entre as duas figuras, existem diferenças tendenciais que as separam e que essas diferenças podem impor distintos modelos de intervenção e controlo da criminalidade, bem como merecer diversos juízos de reprovação, necessariamente expressos na determinação da reação criminal[26].

3.2.1. A globalização e o surgimento do crime organizado

Antes de abordar o tema da relação das milícias com o crime organizado e a sua análise comparativa e crítica, é importante se entender no que consiste o crime

24. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manoel da Costa. Op. cit., p. 260.

25. Neste sentido, por exemplo, Zaffaroni (Crime organizado: uma categorização frustrada. *Discursos Sediciosos,* ano 1, n. 1. p. 46 e 47), que acentua que "os criminólogos não chegam a um acordo e que a fronteira entre o *organized crime* e o *white-collar crime* não está clara pela falta de definição do primeiro".

26. Sobre a questão, mais detalhadamente, SANTOS, Cláudia Cruz. *O crime de colarinho branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 84 ss.

organizado, traçando inicialmente um paralelo histórico e geopolítico do fenômeno da globalização, haja vista o fato desta modalidade de crime ter surgido em decorrência da evolução deste fenômeno.

Fazendo um recorte histórico do fenômeno da globalização, inicia-se seu estudo para o presente trabalho quando ela se acelerou, mais precisamente nos anos 60 do século XX, com o avanço das telecomunicações, o que propiciou uma maior aproximação entre os países, diminuindo assim mais ainda os limites geográficos até então existentes, gerando um processo de integração a nível mundial, seja ele econômico, político, tecnológico e até mesmo cultural.

Ocorre que esse processo trouxe uma modificação de todo o cenário mundial, gerando uma nova (des)ordem mundial, com grandes espaços de integração e outras zonas de exclusão, desequilíbrio entre Norte e Sul, efeito este gerado pela expansão do capitalismo global.

Como destaca Anabela Rodrigues,

> a globalização não consiste, assim, numa homogeneização do mundo em torno de parâmetros comuns, mas na reconstituição de espaços assinalados como "centrais" e "cinzentos" ou "marginais". Trata-se de um "novo tribalismo". O planeta organiza-se em redes idênticas, tanto para as actividades lícitas, como para as ilícitas[27].

Tal expansão das atividades ilícitas através da globalização será o ponto central a ser tratado aqui, haja vista que essa expansão veio a reboque do processo de globalização como um todo, pois, assim como a economia, a ciência, a política, a cultura, e todos os outros meios se expandiram, não foi diferente com o crime. Novos crimes surgiram, as chamadas organizações criminosas cresceram junto com o modelo expansionista do capitalismo globalizado, impondo reajustamentos ao direito penal. Nas palavras de Anabela Rodrigues[28],

> assiste-se, com efeito, no nosso tempo, ao nascimento de um direito penal que já não é só estadual, antes se conforma com um sistema jurídico

27. RODRIGUES, Anabela Miranda. Globalização, democracia e crime. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco António Marques da; REALE JÚNIOR, Miguel et al. (Coord.). *Direito penal especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 279.
28. RODRIGUES, Anabela Miranda. A globalização do direito Penal – Da pirâmide à rede ou entre a unificação e a harmonização. *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles. 90 anos*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 78.

> complexo e diversificado, marcado pelo fenômeno da interlegalidade e caracterizado por alguns como "uma rede", que hesita/oscila entre unificação e harmonização.

Nesse sentido a globalização vem alterar o modelo normativo até então posto, pois o que existia antes era um modelo unificado de instituições estatais que se bastavam a nível nacional. Ocorre que agora, devido à globalização, tal modelo estanque é superado por um modelo de integração penal, mesmo que forçado, um sistema em rede.

Se percebe tal internacionalização do Direito Penal com o sentido dado à palavra "humanidade" após as barbáries ocorridas na II Guerra Mundial. A Declaração Universal dos Direitos do Homem vem internacionalizar direitos e garantias, transformando a proteção humana a nível transnacional. Criou-se assim toda uma rede de proteção aos Direitos Humanos a nível global, além de se iniciar um profundo estudo sobre o que seria a "humanidade" em si e a proibição de crimes que possam atingi-la.

Com o surgimento do Direito Penal a nível internacional se pode perceber que na prática os Estados não estavam abrindo mão da sua soberania, mas sim protegendo-a através de uma ideia de colaboração na defesa dos direitos humanos.

O crime vê a oportunidade perfeita para se utilizar da globalização para se expandir e assim se organizar e desfrutar dos novos espaços mundiais, nas zonas de livre comercio então criadas, considerando nesse sentido agora o mundo inteiro como suscetível a operações criminosas. Anabela Rodrigues destaca que "desta nova criminalidade da globalização evidenciam-se as características da sua organização e internacionalização e o facto de ser uma criminalidade dos poderosos"[29]. Tal caracterização de criminalidade dos poderosos deve ser entendida como uma face da criminalidade organizada, funcionando assim nos moldes de grandes empresas, com cadeia estrutural de comando e organização, com estruturas hierárquicas e sistemas bem definidos, gerando efeitos danosos imensuráveis a nível mundial.

É nesse cenário que surge a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida como Convenção de Palermo, de 15 de novembro de 2000, que trata a organização criminosa como aquele "grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas

29. RODRIGUES, Anabela Miranda. Globalização, democracia e crime... cit., p. 282.

na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material"[30].

3.2.2. A caracterização de crime organizado

No direito brasileiro, a Convenção de Palermo levou à promulgação do Decreto 5.015, de 12 de março de 2004[31], passando agora a adotar-se uma definição específica de organização criminosa e de crime organizado. Daqui resultaram alguns problemas, tendo em conta a confusão parcial com o tipo penal que definia quadrilha ou bando, no artigo 288 do Código Penal brasileiro[32]. Na época, a principal diferença objetiva era o fato de que para se enquadrar um grupo criminoso no crime de formação de quadrilha necessitava haver pelo menos quatro pessoas, enquanto que para a caracterização de uma organização criminosa bastavam três pessoas. Com o advento da Lei 12.694, de 24 de julho de 2012[33], surgiu uma nova definição de organização criminosa, conceituando-a como

> a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional[34].

Porém, logo em 2013, mais precisamente no dia 02 de agosto, foi promulgada outra lei sobre a matéria, mais precisamente a Lei 12.850[35], onde se encontra

30. Ver Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: [www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf]. Acesso em: 10.11.2018.
31. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm]. Acesso em: 10.11.2018.
32. Art. 288 – Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:
    Pena – reclusão, de um a três anos.
    Parágrafo único – A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.
    Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm]. Acesso em: 10.11.2018.20h47.
33. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12694.htm Acesso em: 10.11.2018.
34. Ver artigo 2º da Lei 12. 694/12.
35. Ver lei na íntegra. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm#art24]. Acesso em: 10.11.2018.

a definição vigente de organização criminosa e se dispõe sobre o procedimento criminal e sobre infrações penais correlatas, além de redefinir a redação do artigo 288 do Código Penal[36].

Para compreender a categoria da organização criminosa há que ter em mente, primeiramente, que esta não se confunde com outras formas de comparticipação criminosa, nomeadamente as realizações criminosas habituais das quadrilhas, bandos, ou associações criminosas. O crime organizado pressupõe um *plus* relativamente àquelas formas de comparticipação, seja no plano da estrutura, seja no que respeita à ofensividade das condutas. As associações criminosas, diversamente, estão mais próximas de formas de criminalidade comum, como os assaltos ou algumas formas de estelionato. No sentido da afirmação da especificidade do crime organizado, Cezar Roberto Bitencourt[37], questiona se "se ousaria afirmar que os arrastões das praias cariocas, eventuais invasões de famintos a supermercados ou mesmo o uso de drogas nas universidades brasileiras constituem crime organizado?", parecendo concluir que a resposta tem de ser negativa, na medida em que entende por organização criminosa a união com *animus* estável e permanente, "além de ordenada estruturalmente e que tenha como característica a divisão de tarefas, para o fim de perpetrar uma indeterminada série de crimes, como meio, para obtenção de vantagens de qualquer natureza"[38]. Nesse sentido, o crime organizado pressupõe o preenchimento de alguns requisitos que o caracterizam[39], nomeadamente a hierarquia de fato, a existência de vínculos com o Estado, a divisão do trabalho, o planejamento e a previsão de lucros, assim como o poder de intimidação e a lei do silêncio.

A ideia de hierarquia estrutural relaciona-se com o núcleo da categoria do crime organizado, pressupondo uma complexa cadeia de comando que garanta o

---

36. Associação Criminosa

    Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes:

    Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

    Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.

37. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte especial 4: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 511.

38. Ibidem, p. 515.

39. Cumpre destacar que a divisão apresentada foi proposta por MINGARDI. Guaracy. *Crime organizado* In: RATTON, José Luiz; LIMA, Renato Sérgio de; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Org.). *Crime, polícia e justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014. p. 318-324.

desenvolvimento eficiente das atividades criminosas, atingindo assim os objetivos principais do grupo criminoso. O vínculo do crime organizado com o Estado refere-se à verificação da dificuldade de conseguir manter uma complexa organização criminosa sem contar com o auxílio omissivo/protetivo de setores diversos do Estado, nomeadamente os integrantes do aparelho repressivo. Também a divisão de trabalho está presente na caracterização do crime organizado, ainda que a partilha de funções ocorra informalmente. A associação criminosa não requer uma estrutura ou uma divisão de tarefas tão clara. Com relação ao planejamento e previsão de lucros[40], pode-se aqui ter também a ideia da diferenciação face à associação criminosa, pois para existir crime organizado deve a organização ser estruturada e planejada com o intuído de se estabelecer a quantidade de lucro a ser atingido no final da ação delituosa. Já com relação ao poder de intimidação, este consiste no domínio exercido pelas organizações sobre determinados contextos onde elas atuam, servindo como exemplo típico o jogo do bicho, domínio bastante complexo onde as áreas de atuação de cada bicheiro são bem definidas por acordos pré-estabelecido. Como esses acordos nunca poderão ser discutidos na justiça, quando um bicheiro acaba por invadir a área de outro, este é retirado à força, exercendo-se o poder de intimidação pela força, podendo acontecer que por trás de uma simples barraca de jogo exista uma forte segurança armada que protege a movimentação de somas avultadas de valores. Por fim, a última característica elencada é a lei do silêncio, que consiste na proibição (firmada através de um pacto) de os membros da organização criminosa não revelarem nenhum fato referente à organização, muito menos colaborarem com as autoridades policiais e judiciais, sob pena de, se infringirem tal regra, serem punidos até com a morte.

Por outro lado, certos estudos sobre o crime organizado concluem que não existe apenas um modelo de organização criminosa, podendo distinguir-se pelo menos três modelos: o tradicional, o empresarial e o endógeno[41].

A organização criminosa tradicional é aquela mais conhecida pelo público em geral, presente no imaginário coletivo através dos filmes e tramas policiais,

40. Ao estabelecer a previsão de lucro, Cezar Roberto Bitencourt entende que a locução "vantagem de qualquer natureza", disposta no tipo penal previsto na Lei 12.850, não necessariamente precisa ter uma natureza econômica a ela envolvida, sendo a sua abrangência muito maior, por se tratar de um crime pluriofensivo (BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 519).

41. Ver MINGARDI. Guaracy. *Crime organizado* In: RATTON, José Luiz; LIMA, Renato Sérgio de; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Org.). *Crime, polícia e justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014. p. 320.

próxima de certas características associadas ao sistema feudal, existindo um "Senhor" que associamos à figura do "padrinho" e que é diretamente responsável pelos membros da sua organização. Neste modelo tradicional de organização criminosa, o novo membro deve passar por um período de testes até então ser aceito pela organização, sendo submetido posteriormente ao um ritual interno conhecido como "batismo", jurando fidelidade a sua nova família, nascendo deste modo uma ligação para toda a vida. Os exemplos mais conhecidos de organizações criminosas tradicionais são a Máfia, a Camorra e a Ndrangheta na Itália, a Yakuza no Japão, as Tríades na China e, no Brasil, as organizações criminosas que mais se assemelham a este modelo são as orientadas para a exploração do jogo do bicho.

Já um segundo modelo de organização criminosa é o empresarial, cuja característica mais específica é a de trazer para o crime organizado métodos científicos e práticos empresariais, sendo algumas vezes difícil de distinguir de uma empresa legal. Aqui os ideais de honra e lealdade esbatem-se, atenuando-se os vínculos familiares e/ou geográficos e prevalecendo a criação de uma relação empresarial própria da economia de mercado. Os membros destas organizações são profissionais especializados contratados para praticar determinada atividade, podendo até suceder que, em caso de insatisfação com o trabalho prestado, exista a possibilidade de mudança de emprego sem problemas inultrapassáveis. Nesta forma de organização criminosa o novo membro não precisa prestar nenhum tipo de juramento ou provar a sua lealdade de outra forma, pois a garantia de comprometimento e lealdade com a organização é algo inerente à sua participação vinculada a uma espécie de contrato que lhe faz corresponder uma contraprestação. De qualquer modo, também neste modelo de organização criminosa os membros ficam vinculados, por serem considerados peças de uma mesma engrenagem empresarial e comparticipantes no crime, adquirindo o mesmo interesse de não compartilhar o *modus operandi* da organização empresarial com as autoridades investigativas e judiciárias.

Por último, as organizações criminosas de modelo endógeno, ainda segundo Guaracy Mingardi[42] são

> [...] o resultado de um grupo criminoso que nasce dentro de uma organização legal, na maioria das vezes no aparelho do Estado. Seus membros já cometiam os chamados "crimes de oportunidade" que ocorrem quando o indivíduo atua numa função que lhe permite obter vantagens ilegais.

42. MINGARDI. Guaracy. Op. cit., p. 321.

Usualmente as vantagens ilegais obtidas por agentes estatais são conseguidas de maneira individual ou através da atuação de pequenos grupos. Ocorre que quando esses pequenos grupos começam a se organizar, definindo assim uma cadeia de comando, fortalecendo a sua organização e estabelecendo a divisão de tarefas, nasce a chamada organização criminosa endógena.

A apresentação destes modelos de crime organizado na sua forma pura não é, naturalmente, incompatível com a verificação de que, na maioria dos casos, as organizações criminosas tendem a misturar características de mais do que um modelo, ainda que se possa afirmar a prevalência de algum deles.

Por outro lado, cumpre sublinhar que, por se tratar essencialmente de uma categoria criminológica, mais do que de um conceito jurídico-criminal[43], o crime organizado é passível de diversas definições e diferentes autores apontam-lhe elementos nucleares que não são totalmente coincidentes. Alguns desses elementos foram já referidos. De qualquer modo, parece adequado dar ênfase, no âmbito da doutrina brasileira, à proposta de compreensão do crime organizado apresentada por Alberto Silva Franco, preocupado com a sua diferenciação face à criminalidade de massas. No seu entendimento, o crime organizado

> possui uma textura diversa: tem carácter transnacional na medida em que não respeita as fronteiras de cada país e apresenta características assemelhadas em várias nações; detém um imenso poder com base numa estratégia global e numa estrutura organizativa que lhe permite aproveitar as fraquezas estruturais do sistema penal; provoca danosidade social de alto vulto; tem grande força de expansão compreendendo uma gama de condutas infracionais sem vítimas ou com vítimas difusas; dispõe de meios instrumentais de moderna tecnologia; apresenta um intrincado esquema de conexões com outros grupos delinquenciais e uma rede subterrânea de ligações com os quadros oficiais da vida social, económica e política da comunidade; origina actos de extrema violência; exige um poder de corrupção de difícil

43. Como bem nota Jorge de Figueiredo Dias (A criminalidade organizada: do fenómeno ao conceito jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* n. 71, 2008. p. 14 ss.), a criminalidade organizada trata-se antes de tudo de "um fenómeno social, económico, político, cultural, fruto da sociedade contemporânea; de tal modo decisivo na vida dos povos e das pessoas que não pôde deixar de apelar para a sua consideração pelo Direito". Mas, quando se torna uma "entidade jurídico-penalmente relevante", deve ser vista como um "conceito jurídico *instrumental* ou *conceito-meio* que se liga, em determinadas condições e pressupostos, à prática ou ao propósito de praticar determinados tipos de crimes já existentes no ordenamento jurídico-penal".

visibilidade; urde mil disfarces e simulações e, em resumo, é capaz de inerciar ou fragilizar os Poderes do próprio Estado[44].

3.2.3. As milícias como uma forma de organização criminosa sui generis

Já se viu, em momento anterior deste estudo, que a atuação das milícias surge associada a grupos de agentes estatais armados que, sobretudo fora do seu horário de trabalho, controlavam espaços públicos (sobretudo em comunidades mais desfavorecidas), oferecendo "proteção" em troca de valores a serem cobrados a moradores e comerciantes da região. Assim, devido a estas suas características nucleares, a atividade das milícias pode ser entendida como uma nova forma de atuação do crime organizado, ainda que bastante específica e de difícil repressão, por estarmos perante organizações criminosas endógenas, que ao mesmo tempo reproduzem condutas empresariais e ainda se amoldam ao modelo tradicional, com a presença de grandes chefes representados por agentes públicos e até mesmo políticos.

Conforme já mencionado previamente, o sociólogo Ignacio Cano[45] aponta como características básicas de um grupo miliciano: a) o controle de um território e da população que nele habita por parte de um grupo armado irregular; b) o caráter coativo desse controle; c) o ânimo de lucro individual como motivação central; d) a participação ativa e reconhecida de agentes do Estado, e) um discurso de legitimação referido à proteção de moradores e à instauração da ordem.

Para tanto, ao retratar individualmente cada uma dessas características de um grupo miliciano, observa-se que várias nada mais são do que a repetição ou uma readequação das características existentes como requisito de caracterização de uma organização criminosa.

Quando se fala em domínio por um grupo armado irregular e coação sobre os moradores das comunidades dominadas pelas milícias, na prática está se pressupondo tanto a hierarquia de fato quanto o poder de intimidação existente nas organizações criminosas, pois tais características acabam por se confundir quando se associam à ausência de um poder estatal, cujo vazio é preenchido por um novo chefe, conhecido como novo "dono do pedaço", e, quando essa dominação é exercida de maneira coerciva, pois ao contrário estaria se falando de segurança privada, não de milícia como crime organizado.

---

44. Cfr. FRANCO, Alberto Silva. Um difícil processo de tipificação. *Boletim IBCCrim,* São Paulo, v. 2, n. 21. p. 5.

45. CANO, Ignacio; DUARTE, T. *No sapatinho*, cit., p. 59.

A busca do lucro também é uma característica partilhada pela organização criminosa e pela milícia, ainda que nas milícias esse lucro comece por advir não de um comércio ilícito propriamente dito, mas antes de uma chamada prestação de serviços de segurança atrelada à cobrança de taxas de moradores e comerciantes.

Entretanto, com relação às outras duas características básicas de um grupo miliciano, quais sejam, a participação ativa e reconhecida de agentes do Estado e um discurso de legitimação referido à proteção de moradores e à instauração de uma certa ordem, pode-se inferir que tais características são as que, pelo menos à primeira vista, mais diferenciam as milícias de qualquer outra forma de organização criminosa.

No que tange ao discurso de legitimação de proteção aos habitantes, observa-se que este é o ponto mais delicado do debate sobre o conceito das milícias, pois estas vendem um discurso de justificação para as cobranças de taxas da comunidade, se utilizando para tanto da falsa ideia de proteção dos seus moradores contra o crime (mal), personificado na pessoa do traficante de drogas. Nesse sentido, a milícia se enquadraria em uma estratégia para solucionar esse mal, ou nas palavras de um antigo Prefeito da cidade do Rio de Janeiro, tratar-se-ia de um "mal menor". Assim, a milícia começa por se afirmar através da promoção da ideia de que assume um papel menos perverso do que o do tráfico de drogas, se aproveitando da ausência do Estado para exercer o controle territorial através da garantia de certos direitos individuais, como a garantia de mínima segurança às pessoas. Esse discurso pode produzir alguns frutos, nomeadamente junto de certos moradores, principalmente aqueles que rejeitam a droga invocando um imperativo moral[46], contribuindo-se, por essa via, para a reprodução da ideia de que as milícias são realmente um mal menor, pelo menos se comparado com o desvalor do tráfico.

Finalmente, no que respeita à participação de agentes do Estado na definição de milícia, deve-se ter a noção que essa participação, além de ativa, precisa ser amplamente divulgada na localidade na qual ela se estabelece, ou seja, os moradores devem ter a exata noção de que a milícia é composta na sua maioria por agentes públicos, que exercem o seu comando estrutural e fazem questão de dar publicidade a isso. Tal publicidade gera o cumprimento de várias funções, pois que (i) o pertencimento do miliciano ao Estado gera o convencimento da legitimação das milícias por parte dos moradores; (ii) indicia a competência técnica

46. Ver CANO, Ignacio; DUARTE, T. *No sapatinho*, cit., p. 65.

para desempenhar funções de segurança; (iii) cria a ideia de que assim se garante o apoio policial em caso de emergência; (iv) enfraquece a resistência dos moradores, que deixam de saber a quem denunciar os atos ilícitos de milicianos; e (v) diminui a possibilidade de confrontos com a polícia.

Tais características *suis generis* das milícias transformam-na numa manifestação de crime organizado muito difícil de ser reprimida, pois que as milícias beneficiam, pelo menos num primeiro momento, da contraposição maniqueísta entre a figura do criminoso (o mal, representado pelo traficante) e a figura do agente público (o bem, representado pelo agente do Estado). A partir de certa altura, porém, é provável que se esbata a distinção entre os criminosos e o Estado que deve reprimir os seus crimes, tornando-se, todos, igualmente criminosos, com as consequências especialmente desvaliosas que daí resultam para a eficiência e para a credibilidade do próprio Estado.

4. As milícias como ameaça ao Estado de Direito: do aumento da criminalidade aos entraves à persecução penal

Como já se foi referindo ao longo deste estudo, não está fora do conhecimento do público que o que chamamos de milícias no Brasil – e mais especificamente no Rio de Janeiro – envolve grupos comandados por governantes e empresários, de que tomam parte policiais, bombeiros, vigilantes, agentes penitenciários e policiais militares, já fora ou não de seus cargos oficiais[47].

Mais do que quem são as pessoas por trás das milícias brasileiras, a questão reside no que essas pessoas, usando seus poderes por vezes derivados de cargos públicos, fazem como milicianos. Ganham dinheiro ao extorquir os moradores de comunidades do Rio de Janeiro e exploram clandestinamente os serviços básicos e essenciais de gás, luz, televisão e até mesmo vans para transporte público alternativo. E, não minimizando os danos desses crimes, chegam, por vezes, a coordenar um tráfico de drogas que concorre com o dos traficantes "regulares" das comunidades[48].

Destarte, é a partir destes contornos que a milícia brasileira põe em xeque a atuação do Estado como um verdadeiro Estado de Direito, impedindo ainda a

47. OLIVEIRA, Cecília; COUTO, Maria et al. Tá tudo dominado. *The intercept*. 05.04.2018. p. 2.

48. Ibidem, p.5.

persecução penal[49]. A fim de melhor compreender esta proposição, analisar-se-á, então, a configuração do nomeado Estado Social Democrático e de Direito, constitucionalmente vigente no Brasil.

Apesar de o Estado de Direito nascer de uma ideia burguesa ligada a uma acepção econômica de garantia da propriedade privada, passa também a ter um conceito político de "proteção das liberdades individuais e organização do poder mediante o princípio da separação dos poderes" e, ainda, uma "acepção estritamente jurídica de culto da lei, como norma geral e abstrata"[50]. Vemos, então, que o atual Estado de Direito é caracterizado também por seu elemento social. Portanto, no "novo" Estado Social e de Direito, aqueles elementos (separação dos poderes, constitucionalismo e respeito às normas jurídicas) são instrumentos ou técnicas em busca de uma finalidade maior, consistente nos direitos sociais, ou seja, e ainda que de forma simplificada, na "correção das desigualdades"[51].

Por fim, conectando os elementos do Estado Social e de Direito, há o princípio democrático como componente fundamental. Afinal, é só com o reconhecimento dos direitos políticos, apenas possível em uma situação democrática, que não é ferida a autonomia individual e, ainda que em outro nível, os direitos fundamentais. Desta forma, "o princípio democrático confere uma nova inteligibilidade aos elementos do Estado de Direito e, desde logo, legitima a recomposição verificada na divisão de poderes tradicional"[52-53].

---

49. Neste sentido, e a fim de ilustrar mais uma vez a extensão do poder das milícias, em alguns casos as milícias do Rio de Janeiro não só cometeram assassinatos de traficantes na luta por território, como também ofereceram "serviços de proteção" aos residentes das favelas e foram responsáveis pela intimidação de oficiais públicos e assassinatos de juízes e jornalistas (GAFFNEY, Christopher. Securing the olympic city. *Georgetown Journal of Affairs*, 2012. p.77).
50. BONAVIDES, Paulo. O Estado Social e a tradição política liberal do Brasil. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 63, 1981. p. 66.
51. Ibidem, p.75.
52. NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito.* Coimbra: Almedina, 2006. p. 208.
53. Não se nega, entretanto, a existência de uma tese de oposição entre os direitos sociais e a democracia – lado a lado com esta tese de integração e dependência entre ambas. Neste sentido, Jorge Reis Novais entende que a harmonia entre democracia e Estado de direito não é sempre garantida e que a ideia de conflito ou tensão entre os dois princípios é sempre presente. Afinal, a maioria no poder, ainda que legitimada democraticamente, pode ameaçar a existência de direitos fundamentais no limite de seu poder (*Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de Direito Democrático*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 22-24).

Destarte, culminamos em um período no qual a separação de poderes é considerada elemento essencial de um Estado Democrático e de Direito. Necessitamos de um sistema que, legitimado pela vontade do povo a partir do princípio democrático, assegure os direitos sociais e fundamentais de forma jurídica (e constitucional) com uma separação entre os poderes do Estado de maneira a garantir estes mesmos direitos e a inexistência de qualquer forma de autoritarismo – ou seja, a garantir a própria democracia[54].

Em outros termos,

> a separação dos poderes é um pressuposto institucional para a garantia dos direitos fundamentais, sem a qual estes não são mais do que meras declarações de intenção. Só perante tribunais independentes o indivíduo pode resistir às violações dos seus direitos por parte dos outros poderes do Estado[55].

Entretanto, a configuração atual do Estado já não mais pressupõe uma separação exata dos três poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário. Pelo contrário, há uma complexificação das relações funcionais entre os vários órgãos existentes que torna a analise desta separação muito mais obscura[56].

De qualquer modo, a complexidade da separação entre os poderes de um Estado classificado como democrático e de direito passa a ser um problema ainda maior quando os agentes da criminalidade organizada passam a fazer parte de seus órgãos públicos, por exemplo quando membros das milícias deixam de apenas influenciar a vida dos moradores das comunidades desfavorecidas ao regular

54. Neste sentido, Montesquieu entendia que constituiria uma opressão – e uma verdadeira falta de liberdade – caso no mesmo homem ou no mesmo grupo de homens recaíssem os três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário (MONTESQUIEU, Charles S. La tridivisíon de los poderes. Trad. Alejandro Arteaga. *Revista Derecho del Estado*, n. 17, 1998. p. 17).

55. PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p. 191.

56. Assim, é mais que possível que – legalmente – a mesma função seja hoje exercida por membros do Judiciário, ao controlar a constitucionalidade de leis, por exemplo, e pelo próprio Legislativo. Ademais, a separação dos poderes, como peça fundamental de um regime democrático, firma-se em mais que seu plano original horizontal. Abarca também uma dimensão vertical, "prescrevendo que os poderes públicos não devem estar totalmente concentrados nos órgãos superiores ou centrais do Estado" e que deve haver um pluralismo político e social (ANDRADE, Vieira; FERRÃO, Ricardo. *Organização do Estado Português,* Coimbra: Centro de Estudos e Formação Autárquica, 2003. p. 38-39).

a provisão de televisão, gás, luz e outros itens essenciais e passam a ocupar cargos governamentais[57].

Para mais, conforme observado por Christopher Gaffney[58] a propósito do esquema de ocupação das favelas durante as Olimpíadas de 2012,

> nada está sendo feito para combater a crescente influência das milícias em termos políticos ou de território [...] pelo contrário, há cumplicidade explícita e colaboração entre o prefeito e governador com agentes que erigiram uma estrutura estatal paralela e, ao mesmo tempo, interligada, que gera elevados ganhos e dobra a influência da milícia.

Esta colaboração não deixa de ser incentivada pelo poder público central devido à aparência de "semioficial" segurança conferida pelas milícias, o que faz com que as milícias garantam votos de maneira a, consequentemente, perpetuar a promiscuidade entre o Estado e os poderes paralelos.

Neste sentido, a existência das milícias – enquanto nova categoria criminológica próxima quer do crime organizado quer do crime de colarinho branco – põe em xeque os alicerces do Estado Democrático e de Direito ao tornar dubitável a existência de uma real separação de poderes e a garantia ao pluralismo democrático (que também pressupõe a não cumulação indevida de funções). E, em uma última instância, torna dubitável a persecução penal dos crimes cometidos por estas milícias – que controlam não só o Poder Executivo como também, inúmeras vezes, o Legislativo e o Judiciário, seja por sua presença nos mesmos ou por meio do seu poder coercitivo a partir do uso ou ameaça de violência.

Ou seja, em um sistema processual penal como o é o brasileiro, no qual há uma dependência de órgãos jurisdicionais e policiais para a detecção e efetiva persecução penal, a existência de milícias que se confundem com instituições estatais prejudica tanto a neutralidade do sistema processual penal como também, em um nível mais elevado, o próprio julgamento dos crimes efetivamente cometidos.

Para ilustrar: em um Estado no qual os policiais militares responsáveis pela averiguação de um flagrante delito podem estar efetiva e diretamente ligados às milícias ou mesmo se encontrar na dependência hierárquica de pessoas que possam fazer parte da milícia, não haverá uma avaliação neutra do que é cometido. O miliciano, como tal, muitas vezes não terá seus crimes nem levados à investigação em Inquérito Policial, enquanto, talvez, outros traficantes que se ponham

57. GAFFNEY, Christopher. Op. cit., p.77.

58. Ibidem, p. 80 (tradução nossa).

como concorrentes da milícia, sejam extremamente perseguidos – em detrimento, muitas vezes, de seus direitos e garantias fundamentais.

Já ao pensar na responsabilidade do Ministério Público e da Magistratura na persecução penal, nos deparamos com mais dificuldades. Estes são órgãos cuja independência é constitucionalmente garantida, mas que, na realidade estão submetidos ao perigo constante derivado da violência com a qual agem os milicianos a fim de interferir no processo penal.

Seria mais simples encontrar a solução para este problema, fazendo apelo nomeadamente ao pensamento de Emmanuel Sieyes[59], caso as milícias configurassem de fato um terceiro Estado. Foste esta a situação, a resolução da problemática seria a neutralização deste terceiro Estado, a fim de impedir a existência de dois corpos privilegiados na ordem social, consistentes na figura do governo – como uma máquina hierarquicamente superior a todos os cidadãos iguais entre si – e do terceiro Estado consubstanciado nas milícias. Todavia, esta resposta não é de fácil aplicação à situação brasileira, na medida em que as milícias aqui em discussão não constituem por completo um Estado à parte. Ao contrário, mesclam-se com o Estado Democrático e de Direito brasileiro legítimo ao fazerem parte de seu corpo e tornam-se uma figura interdependente deste mesmo Estado.

Nos cabe, ainda assim, refletir sobre soluções para diminuir o alcance do poder das milícias, nomeadamente através da garantia de que os milicianos sejam efetivamente confrontados com o exercício do poder punitivo estatal.

5. Como lidar com isso?

5.1. Repensar a militarização das polícias

Um dos passos que metodologicamente se deve dar para analisar as formas de contenção do fenômeno das milícias – que são, hoje, uma das principais responsáveis pela existência de um poder paraestatal nas periferias das grandes cidades, em especial nas favelas cariocas –, sabendo-se que elas são compostas também por agentes de segurança pública (ativos e da reserva), prende-se necessariamente com uma consideração mais detida da estrutura e da organização militar das forças policiais estaduais. Uma das interrogações possíveis relaciona-se, segundo se crê, com a ponderação das possíveis vantagens da desmilitarização e da unificação com a polícia civil.

59. SIEYES, Emmanuel. *O que é o terceiro Estado?*. Trad. Teresa Meneses. Lisboa: Círculo de Leitores e Temas e Debates, 2008. p. 54 e 170.

Não é novidade que as polícias militares brasileiras estão no topo da escala das que mais matam e das que mais morrem no mundo. Diversos organismos nacionais e internacionais já se propuseram a alertar o Brasil sobre este fato. A Anistia Internacional tem elaborado ao longo das últimas décadas relatórios sobre a segurança pública, em especial da cidade do Rio de Janeiro, que evidenciam a política mortífera das polícias militares nas periferias[60].

No ano de 2015, a organização publicou o relatório "'Você matou meu filho!': homicídios cometidos pela Polícia Militar na cidade do Rio de Janeiro", apresentando investigação jornalística sobre execuções extrajudiciais, homicídios e outras violações de direitos humanos praticados pela Polícia Militar do Rio de Janeiro entre os anos de 2014 e 2015, além da compilação de dados sobre homicídios decorrentes de intervenção policial no estado, referentes ao período de 2005 a 2014, acessados por meio do Instituto de Segurança Pública.

Segundo o relatório, entre 2005 e 2014 foram registrados 8.466 casos de homicídio decorrente de intervenção policial no estado do Rio de Janeiro; 5.132 casos apenas na capital. O número de pessoas mortas pela Polícia representa parcela significativa do total de homicídios. Em 2014, por exemplo, os homicídios praticados por policiais em serviço corresponderam a 15,6% do número total de homicídios na cidade do Rio de Janeiro[61].

Também o Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas – ONU já se pronunciou sobre a violência policial brasileira, recomendando ao país que repense a militarização e a separação de suas polícias estaduais[62].

No ano de 2017, segundo dados publicados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2018)[63], as intervenções policiais deixaram 14 civis e um policial

60. Referimo-nos, sobretudo, aos relatórios "Além do desespero – uma agenda para os direitos humanos no Brasil" (19/15/1994); "Candelária e Vigário Geral 10 anos depois" (19/015/2003); "Eles entram atirando: policiamento de comunidades socialmente excluídas" (19/025/2005); "Vim buscar sua alma: o 'caveirão' e o policiamento no Rio de Janeiro" (19/007/2006).

61. ANISTIA INTERNACIONAL. *Você matou meu filho!:* homicídios cometidos pela polícia militar na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Anistia Internacional, 2015. p. 6.

62. UNITED NATIONS. Human Rights Council. *Report of the Working Group on the Universal Periodic Review:* Brazil. Disponível em: [https://undocs.org/A/HRC/21/11]. Acesso em: 01.112018.

63. FÓRUMDESEGURANÇAPÚBLICABRASILEIRO.*Segurançapúblicaemnúmeros2018*.Disponível em: [http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/08/FBSP_Anuario_Brasileiro_Seguranca_Publica_Infogr%C3%A1fico_2018.pdf]. Acesso em: 01.11.2018.

mortos por dia. Os números de vítimas de homicídios, tanto em ações policiais quanto não, são estarrecedores[64] e semelhantes a países em guerra declarada[65].

O autoritarismo e a truculência policial são tão recorrentes e sistêmicos que um dos resultados (além das vítimas, por óbvio) é a descrença da população na instituição que deveria protegê-la. De acordo com o Relatório ICJBrasil – 1º semestre/2017 (Índice de Confiança na Justiça)[66], realizado pela Fundação Getulio Vargas, somente 26% dos brasileiros entrevistados confiam nas polícias. Afinal, quando agentes de segurança do Estado passam a se comportar também como agentes de crimes, a quem recorrer?

A pergunta, até o momento sem resposta, deixa determinados grupos – que são os alvos preferenciais das ações policiais – ainda mais vulneráveis e à mercê de suas ações arbitrárias e muitas vezes ilegais[67].

No Brasil, as polícias militares estaduais – estruturadas e organizadas pelos estados da federação e responsáveis por realizar o policiamento ostensivo e garantir a ordem pública – colaboram diretamente para a escancarada seletividade do sistema penal. Em suas atividades, as variáveis status social, etnia, cor, condições de moradia e familiar, gênero, etc., influenciam decisivamente na escolha

64. Em 2016, o número de 62.517 assassinatos cometidos no país coloca o Brasil em um patamar 30 vezes maior do que o da Europa. Na última década, 553 mil pessoas perderam a vida por morte violenta. Ou seja, um total de 153 mortes por dia (SALGADO, Daniel. Atlas da violência 2018*:* Brasil tem taxa de homicídio 30 vezes maior do que Europa. *O Globo*, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: [https://oglobo.globo.com/brasil/atlas-da-violencia-2018-brasil-tem-taxa-de-homicidio-30-vezes-maior-do-que-europa-22747176]. Acesso em: 01.11.2018).

65. O total de 553 mil mortos na última década é um pouco maior que o da Síria, "país árabe que enfrenta sete anos de conflito armado e já contabiliza um saldo de 500 mil mortos, de acordo com estimativa da ONU" (TOTAL de mortes violentas no Brasil é maior do que o da guerra na Síria. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 2018. Disponível em: [https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/06/total-de-mortes-violentas-no-brasil-e-maior-do-que-o-da-guerra-na-siria.shtml.]. Acesso em: 01.11.2018).

66. FGV DIREITO SP. Relatório ICJ Brasil – 1. sem. 2017. Org. Luciana de Oliveira Ramos et al. Disponível em: [http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19034/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y]. Acesso em: 01.11.2018.

67. A forma mais recorrente de "mascarar" uma abordagem policial abusiva e ilegal é o "Auto de resistência" ou o "Homicídio decorrente de intervenção policial", usados nos registros de mortes provocadas por policiais em serviço e justificadas com base na legítima defesa para encobrir execuções extrajudiciais.

daqueles que serão jogados para "dentro do funil" do sistema criminal ou simplesmente aniquilados. Por isso os indivíduos que se encaixam nos "estereótipos alvos", notadamente os negros e os pobres, são tão vulneráveis à ação policial.

Isso porque, historicamente, a concentração da vigilância e do policiamento se dá nas periferias e nos bairros mais pobres das cidades. É também por isso que, hoje, o freguês do sistema penal é o que se utiliza de técnicas pouco especializadas para cometer crimes, em sua maioria crimes de furto, roubo, receptação e tráfico de drogas[68]. A polícia militar, deste modo, seleciona sobretudo o crime aparente, fácil de ser detectado: "a maioria avassaladora das investigações é oriunda de prisões em flagrante realizadas pela polícia militar. E essas prisões em flagrante, por óbvio, atingem apenas uma criminalidade aparente"[69]. Os autores de crimes especializados e complexos – e que normalmente estão mais perto dos bairros nobres do que das periferias –, não são os alvos preferenciais da polícia.

Esta seletividade acaba por solidificar aquilo que a literatura chama de criminalização da pobreza. Para Loïc Wacquant, a seleção feita pelas polícias, que atravessa de modo quase sempre invariável as demais instâncias formais de controle – órgão acusador, judicial e cárcere –, "serve bem antes à regulação da miséria, quiçá à sua perpetuação, e ao armazenamento dos refugos do mercado"[70]. Ainda segundo o Autor, é evidente o papel policial na produção de uma violência estatal direcionada dentro do atual paradigma neoliberal e de diminuição do já precário estado social, exprimindo "uma tendência de fundo à expansão do tratamento penal da miséria, que, paradoxalmente, decorre precisamente do enfraquecimento da capacidade de intervenção social do Estado e do abandono de suas prerrogativas diante da figura supostamente onipotente do mercado, isto é, a extensão da lei econômica do mais forte"[71].

68. Segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN de junho de 2016, 67% dos homens e 82% das mulheres presas praticaram crimes que geram algum tipo de retorno financeiro, tanto tráfico de drogas (26% e 62%, respectivamente) quanto crimes contra o patrimônio, como roubo (26% e 11%), furto (12% e 9%) e receptação (3% e 1%) (BRASIL. *Levantamento nacional de informações penitenciárias:* INFOPEN Atualização – Junho de 2016. Org. Thandara Santos [et al.]. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública; Departamento Penitenciário Nacional, 2017).

69. CHAVES JUNIOR, Airto. *Para que(m) serve o direito penal?*: uma análise criminológica da seletividade dos segmentos de controle social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 144.

70. WACQUANT, L. *Punir os pobres:* a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 2. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2003. p. 33.

71. WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 14.

Parece evidente, portanto, que as polícias militares brasileiras compõem a primeira instância formal de controle social que seleciona, estigmatiza e violenta grupos historicamente e economicamente oprimidos. Num Brasil marcado por forte classismo e abissais desigualdades sociais e econômicas, os direitos fundamentais continuam sendo direitos da burguesia. A hipótese que se pretende suscitar é a de que isto é consequência, direta e indireta, também de uma equivocada estrutura policial militarizada, a qual, ao atrelar as forças policiais às forças armadas, incorre em graves erros de formação e atuação dos policiais.

As polícias militares estaduais, nos moldes hoje conhecidos, foram criadas por meio do Decreto-lei 667[72], de 02 de julho de 1969, em plena ditadura militar e na vigência do Ato Institucional 5 (AI-5).

Logo no artigo 1º da referida norma, lê-se que as polícias militares são consideradas forças reservas do exército, subordinando o seu controle e organização ao Ministério do Exército. Considerando o período vivido, não é difícil entender o motivo da opção feita pelo então presidente Costa e Silva.

O governo, à época composto por militares, autoritário e repressivo, precisava de forças de controle e de repressão próximas à população, que estivessem nas cidades, nos bairros, nas periferias, para conter os possíveis subversores da ordem pública.

A polícia militar estadual surgiu com o propósito de servir à ditadura militar. Não tinha a finalidade de proteger os cidadãos, mas sim de defender o Estado brasileiro – a "segurança nacional" – daqueles que se opunham e lutavam contra o regime em vigor.

Com o fim do período ditatorial, era de se esperar que a organização das forças policiais fosse alterada, de forma a se adequar ao estado democrático e de direito que se restabelecia. Mas, pelo contrário, a superação formal do regime antidemocrático alterou muito pouco o funcionamento das estruturas policiais estaduais e "deu-se no seio do texto constitucional guarida a todas as estruturas policiais já existentes"[73]. O artigo 144, § 6º, da Constituição Federal de 1988, reitera que as polícias militares são forças auxiliares e reserva do exército brasileiro, mas agora subordinadas aos governadores dos estados-membros, do Distrito Federal e dos territórios.

72. BRASIL. *Decreto-Lei 667, de 2 de julho de 1969*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0667.htm]. Acesso em: 01.11.2018.

73. CHOUKR, Fauzi Hassan; BACILA, Carlos Roberto. Polícia e Estado de Direito na América Latina: relatório brasileiro. In: AMBOS, Kai et al. (Org.). *La policía en los estados de derecho Latinoamericanos*. Colombia: Gustavo Ibañez, 2003. p. 117.

Considerando os antecedentes históricos daquela polícia militar ditatorial – que invocava o interesse e a segurança nacional para exercer o seu poder de repressão –, não parece despiciendo inquirir, agora num regime democrático, a quem realmente serve a polícia militar. Seve a defesa do Estado face a um inimigo interno ou serve a proteção de seus cidadãos?

Um dos maiores problemas associados ao treinamento de policiais para uma guerra urbana é o de que estes buscarão o amparo de um discurso belicoso e extremamente violento para legitimar suas ações; um discurso que pregue a existência de um inimigo interno que perturba a ordem e precisa ser combatido e aniquilado. O resultado disso é a existência de uma polícia que defende uma certa visão dos interesses do Estado, ainda que estes estejam em desconformidade com os da população que, em tese, deveria proteger. Não é demais lembrar que dentro do próprio Estado não é admissível a existência de categorias de "cidadãos inimigos" a serem aniquiladas.

A militarização das polícias estaduais e a sua fundação na concepção de "guerra contra o inimigo interno" consegue explicar grande parte da violência e do autoritarismo policial; são características que fazem com que determinados grupos de cidadãos não sejam vistos e tratados como sujeitos de direitos, mas sim como inimigos em potencial do Estado.

Outro desdobramento incompreensível da militarização é o deslocamento da competência para apurar possíveis crimes cometidos por policiais – no exercício de suas funções – da justiça comum para a justiça militar[74]. Uma vez que serão julgados também por militares, a chance de que o senso corporativista fale mais alto e penas mais brandas, ou nenhuma pena, sejam aplicadas é muito maior.

Para além de tudo acima dito, cabe apontar que a organização militar é prejudicial também aos próprios policiais. Dentro de suas corporações, estão sujeitos a constantes violações de direitos, humilhações e até prisões disciplinares, caso contrariem ordens de agentes superiores na hierarquia militar.

Aos policiais militares também é vedado o direito de sindicalização e de greve (art. 142, § 3º, inciso IV, da CF), o que limita fortemente a possibilidade de reivindicação de melhores condições de trabalho e de remuneração, o direito

74. Vale lembrar, no entanto, que há exceções. Os crimes dolosos contra a vida e as lesões corporais dolosas praticados por policiais militares contra civis, ainda que no exercício de suas atividades, hoje tem o seu julgamento perante a justiça comum. Porém, a investigação ainda se dá no âmbito da polícia militar por meio do Inquérito Policial Militar, com prejuízos evidentes à apuração dos fatos.

de filiação partidária (art. 142, § 3º, inciso V, da CF), e o direito de livre manifestação de pensamento (normalmente, os regimentos disciplinares das polícias estaduais contêm normas que vedam a manifestação política, críticas a atos de governo ou de superior hierárquico). Isso cria uma categoria de "subcidadão", que não pode gozar de direitos fundamentais. Não é exagero dizer que os policiais militares vivem em permanente estado de exceção, regidos por uma legislação de exceção.

Colocados numa posição de inferioridade, mas bombardeados com discursos de exaltação autoritária e de ordem, a atividade dos policiais é transformada em vocação para defesa da pátria contra o inimigo, deixando de haver o reconhecimento da própria condição de proletário e de cidadão. Afinal, como pode o policial preocupar-se em garantir os direitos dos cidadãos se ele próprio não tem os seus garantidos?

Contudo, um grupo de policiais conscientes de sua condição, organizados no "Movimento Policiais Antifascismo", defende que os agentes da segurança pública sejam tratados como trabalhadores, com os mesmos direitos de quaisquer outros, e não como soldados[75]. Isso porque a militarização da segurança pública expõe a vida dos policiais ao nível de risco das vítimas da própria violência destes.

A par de todos os argumentos apresentados, um grupo de senadores encabeçado pelo senador Lindbergh Farias elaborou uma proposta de emenda constitucional (instrumento adequado para alterar os dispositivos da Constituição Federal que tratam da segurança pública), a PEC 51, de 2013[76], atualmente em trâmite perante o Senado Federal, que propõe o fim da polícia militar e a criação de uma nova polícia, de natureza civil, desvinculada das forças armadas, e unificada, com atribuições ostensivo/preventiva e investigativa[77].

---

75. ZACCONE, Orlando. A política de segurança que mata policiais. *O Dia*, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: [https://odia.ig.com.br/opiniao/2018/06/5549133-orlando-zaccone-a-politica-de-seguranca-que-mata-policiais.html#foto=1.]. Acesso em: 01.11.2018.

76. SENADO FEDERAL. *Proposta de emenda à Constituição n. 51, de 2013*. Disponível em: [https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/114516]. Acesso em: 01.11.2018.

77. Atualmente, a função investigativa fica a cargo da Polícia Civil. A divisão e a entrega das funções ostensivo/preventiva e investigativa para polícias diferentes e completamente independentes torna a elucidação de fatos delituosos truncada e desencontrada. Em muitos locais, inclusive, há rivalidade entre as polícias, o que impossibilita completamente qualquer tipo de cooperação e troca de informações. Além disso, o gasto público

A PEC 51 considera que a desmilitarização das polícias

> implica reestruturação profunda da instituição policial, no caso, da atual Polícia Militar, reorganizando-a, seja quanto à divisão interna de funções, seja na formação e treinamento dos policiais, seja nas normas que regem seu trabalho, para transformar radicalmente o padrão de atuação da instituição. Sem prejuízo da hierarquia inerente a qualquer organização, a excessiva rigidez das Polícias Militares deve ser substituída por maior autonomia para o policial, acompanhada de maior controle social e transparência. O policial deve se relacionar com a sociedade a fim de se tornar um microgestor confiável da segurança pública naquele território, responsivo e permeável às demandas dos cidadãos. Esta transformação, evidentemente, deve ser acompanhada de valorização destes profissionais, inclusive remuneratória[78].

A PEC procura também dar uma definição constitucional à polícia, hoje ausente no texto da CF/88. Neste novo modelo proposto "a polícia é definida como instituição de natureza civil que se destina a proteger os direitos dos cidadãos e a preservar a ordem pública democrática, a partir do uso comedido e proporcional da força"[79]. Num país que se preocupa tanto com a positivação de suas normas (já diria o jargão popular: "se não estiver escrito, não vale"), talvez a expressa menção à proteção dos cidadãos possa finalmente clarear a verdadeira função da polícia.

Outro ponto de grande relevância previsto na proposta de emenda à Constituição é a criação de uma Ouvidoria Externa, com autonomia funcional e administrativa, dirigida por um presidente com independência e mandato fixo, a qual terá competência regulamentar e disciplinar, podendo decidir, inclusive, pela demissão do cargo[80]. Hoje, o controle da atividade policial militar é realizado por corregedorias internas, o que resulta em grande comprometimento da apuração de irregularidades, e pelo Ministério Público (a atuação deste restringe-se, contudo, à apuração de possíveis irregularidades e posteriores postulações perante os tribunais).

Diante das informações trazidas sobre a composição e modo de funcionamento das polícias, é difícil ter dúvidas de que, no atual contexto, a polícia militar

---

para a manutenção de duas estruturas policiais diversas é muito alto e dificulta o investimento a contento em gestão inteligente de informação e comunicação coordenada.

78. SENADO FEDERAL. Op. cit.
79. Idem.
80. Idem.

atua como agente da segurança pública e como agente do crime: "são os subversores da disciplina e hierarquia militares, usadas como argumentos para justificar a permanência da estrutura militar na força policial brasileira"[81].

Dentro das favelas e das periferias, atuando também como milicianos,

> abusam do monopólio da violência garantida pelo Estado, que lhes fornece treinamento e armas. São os que têm ou tiveram a função de garantir o cumprimento da lei, mas agem ao arrepio da lei, contra a lei, não só para fazer da segurança um negócio lucrativo, mas também para explorar, em muitos outros empreendimentos, os mais vulneráveis entre os trabalhadores urbanos, aqueles que não têm garantias legais na habitação, não têm acesso à Justiça e à informação, não têm protetores institucionais nas localidades onde vivem[82].

Apresentam-se como agentes do Estado, garantes da paz e da segurança, mas impõem suas próprias leis em busca de poder político e militar obtido pelo controle do território das favelas, perpetuando a ausência estatal e alternando com as organizações criminosas do tráfico de drogas o comando do local.

É claro que a desmilitarização das polícias não seria suficiente para coibir a violência policial e a corrupção de agentes que ingressam nas milícias. A resposta está longe de ser simples, pois, verdadeiramente, passa por um conjunto de profundas reformas da segurança pública, do Judiciário e legislativa (notadamente a descriminalização das drogas e o investimento público no tratamento voluntário dos usuários que sejam dependentes), ao enfrentamento de problemas sociais e estruturais – como o racismo, o classismo, as vertiginosas desigualdades sociais e econômicas, etc. – e ao fortalecimento de um estado social. Mas, uma coisa é certa, a militarização das polícias parece ser um instrumento útil à percepção do outro como o inimigo que se pode abater e ao ingresso no submundo das atividades ilícitas.

5.2. Repensar o modelo de prevenção do consumo de drogas e da repressão ao tráfico

Intrinsicamente relacionadas ao discurso de guerra às drogas, as milícias são também, por isso, um fruto da falência do sistema de prevenção e repressão ao uso de estupefacientes no Brasil. Envoltas em uma capa de legitimidade, as

81. ZALUAR, Alba. *Favelas sob o controle das milícias no Rio de Janeiro:* que paz? São Paulo: Fundação Seade, v. 21, n. 2, jul.-dez. 2007.p. 91.

82. ZALUAR, Alba. Op. cit., p. 91.

milícias são promovidas frente à população como formas de expurgo da criminalidade e do narcotráfico.

Na própria conceituação das milícias, o relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar a ação de milícias no estado do Rio de Janeiro trouxe a ideia de que um dos pontos centrais é o discurso de legitimação relativo à proteção dos habitantes contra a ameaça do crime, a desordem e, em última instância, contra o mal, simbolizado na figura do narcotraficante[83]:

> diferentemente do tráfico, que não precisa de legitimação, que se justifica pela simples violência, a milícia não pode se apresentar como um grupo a mais do crime organizado. Tem que se apresentar como alternativa ao narcotráfico. Tenta assim se legitimar pelo seu oposto, como um mal menor[84].

Os grupos milicianos acabam por assumir o monopólio do uso da força em regiões onde o Estado brasileiro, historicamente, omitiu-se no exercício de sua soberania – é o que Silva, Fernandes e Braga consideram ter acontecido nos territórios populares, especialmente nas favelas do Rio de Janeiro[85]. Este é o processo que, conforme os Autores, permitiu que "a regulação das relações e o ordenamento social fossem privatizados por diferentes grupos criminosos armados – como o tráfico de drogas, a polícia mineira e as milícias – em inúmeros espaços populares da cidade"[86].

Ocorre que a omissão no exercício da soberania deve ser compreendida mais como falha na assistência básica às populações periféricas e menos como ausência de posicionamento estatal quanto à segurança pública. Existe no Rio de Janeiro, há mais de duas décadas, um modelo de prevenção do consumo de drogas e da repressão ao tráfico que se baseia na ideia de "guerra às drogas" e que tem como medidor de eficiência sua letalidade. Esse modelo de segurança adquire contornos relativamente definidos a partir da década de 1990, mas só se aprofunda mais

83. PALMARES. Relator Deputado Gilberto. Relatório final da comissão parlamentar de inquérito destinada a investigar a ação de milícias no âmbito do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: [https://www.marcelofreixo.com.br/cpi-das-milicias]. Acesso em: 01.11.2018. p. 37.

84. Idem.

85. FERNANDES, Fernando Lannes; SOUZA E SILVA, Jailson; BRAGA, Raquel Willadino. Grupos criminosos armados com domínio de território: reflexões sobre a territorialidade do crime na Região Metropolitana do Rio de Janeiro. *Segurança, tráfico e milícia no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Bóli, 2008. p. 23.

86. Idem.

notoriamente por volta da entrada no século seguinte. As "megaoperações" e o uso dos "caveirões" tornam inegável essa concepção bélica na política de segurança e a escolha de uma segurança pública criminalizadora da parcela mais pobre da população e progressivamente militarizada[87].

Ainda assim, mantêm-se os altíssimos níveis de criminalidade dentro dessas comunidades e, ao invés de realocar recursos à assistência social das populações periféricas, mantêm-se as políticas de extermínio, nos moldes da "megaoperação" do Complexo do Alemão: "A "guerra contra o crime" não tem, como alegam as autoridades, tornado o Rio de Janeiro mais seguro. O Estado apresenta em média uma taxa em torno de 50 homicídios a cada 100.000 habitantes, o que o coloca na terceira posição entre os mais violentos do Brasil, ficando atrás apenas de Pernambuco e Espírito Santo, respectivamente. A situação se agrava ainda mais se analisarmos os homicídios juvenis, em que o Rio de Janeiro ultrapassa a taxa de 100 homicídios para cada 100.000 jovens. Os autos de resistência, que não são computados nesses montantes, contribuem para alçar o Rio a um patamar ainda mais elevado no que diz respeito a homicídios[88].

Mas o discurso oficial, conforme aponta Beatriz Vargas, em resposta à permanência da circulação e do consumo de drogas, é o de que a vitória ainda não foi alcançada, porque a guerra não começou de verdade, sendo necessários "mais recursos, mais armas, mais polícia, mais tecnologia, mais encarceramento, mais leis, mais eficiência, mais velocidade"[89].

Dessa forma, os grupos milicianos assumem o monopólio do uso da força em regiões onde o Estado brasileiro, historicamente, omitiu-se no exercício de sua soberania, precisamente porque o Estado brasileiro falhou no exercício de sua soberania, na tentativa de mostrar-se presente apenas de forma bélica, e não como provedor de condições plenas de exercício da cidadania.

A política de guerra às drogas e o fomento do pânico social quanto ao assunto serve a uma pluralidade de interesses dos milicianos. Além de aumentar o seu apoio face às comunidades através de um discurso de legitimação que colhe

87. RIBEIRO, Camila; DIAS, Rafael; CARVALHO, Sandra. 2008. Discursos e práticas na construção de uma política de segurança: O caso do governo Sérgio Cabral Filho (2007--2008). *Segurança, tráfico e milícia no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2008. p. 9.

88. Ibidem, p. 14.

89. VARGAS, Beatriz. *A ilusão do proibicionismo*: estudo sobre a criminalização secundária do tráfico de drogas no Distrito Federal –Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2011. p. 4.

frutos até mesmo entre agentes do Estado, contribui para alavancar os interesses econômicos dos participantes. Por outro lado, os milicianos presentes nas comunidades podem ainda servir como importante fomento eleitoral. Como relata Alves, "líderes milicianos declaram, sem pudor, o apoio que dão, em campanhas eleitorais, a deputados estaduais que ocupam altos postos na ALERJ[90]".

A propaganda do narcotráfico como inimigo número um do Estado e da população é o que permite a leniência dos cidadãos face à assunção pela milícia de todos os demais negócios ilícitos que possam acontecer nas comunidades periféricas:

> o ano de 2006 foi marcado pela eclosão desses grupos de extermínio/milícias num crescente número de áreas. Inicialmente a mídia e políticos os enalteceu enquanto defensores dos pobres contra a barbárie do tráfico de droga. Posteriormente, passou-se a perceber, mesmo que a contragosto e de forma mais tímida, as reais conseqüências do controle criminoso que esses grupos estabeleciam[91].

Conforme bem destacam Silva, Fernandes e Braga[92], esses grupos se apoiam em um discurso fortemente moralista e centrado na promessa de ordem e paz; ao dominar uma área antes controlada pelo tráfico de drogas, as milícias costumam "eliminar" o tráfico de drogas no varejo, mas realizam a exploração de todas as demais atividades ilegais existentes no território. Exemplos de tais atividades criminosas, como relata Alves quanto ao bairro do São Bento, em Duque de Caxias, são "o gatonet [acesso clandestino à internet e à TV a cabo], o transporte clandestino de pessoas, a distribuição de água, a venda de gás e a venda de votos"[93]. A ação do grupo, em alguns casos, como o de São Bento, chega a passar por dinâmicas de especulação imobiliária:

> uma Área de Proteção Ambiental – APA, o Morro do Céu, passa a ser desmontada por milicianos, que vendem o barro dela extraído para que a população aterre Área de Preservação Permanente – APP, a formada pela imensa área

90. ALVES, J. C. S. Baixada Fluminense: reconfiguração da violência e impactos sobre a educação. *Movimento-revista de educação*, v., n. 3. 2015. p. 12.

91. ALVES, J. C. S. Milícias: mudanças na economia política do crime no Rio de Janeiro. In: JUSTIÇA GLOBAL. *Segurança, tráfico e milícias no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2008.p. 34.

92. ALVES, J. C. S. Baixada Fluminense: reconfiguração da violência e impactos sobre a educação. *Movimento-revista de educação*, v., n. 3. 2015. p. 19.

93. Ibidem, p. 12.

> de pântano, em frente à Refinaria Duque de Caxias – Reduc, nas margens da Rodovia Washington Luís, entre os rios Iguaçu e Sarapuí, onde os milicianos vendem lotes por 13 mil reais, todos com Registro Geral de Imóveis – RGI. Isto mesmo, documentação legal. [...]. Ações do Ministério Público apenas inflamaram mais ainda os ânimos dos milicianos, que incendeiam a vegetação com o intuito de favorecer a ocupação[94].

Além disso, em diversas comunidades, as milícias introduziram uma prática que não era utilizada anteriormente pelo tráfico: a cobrança de mensalidades a título de taxa de segurança e remuneração à segurança privada[95]. Vale destacar, contudo, que a adesão à suposta proteção oferecida pelos milicianos nem sempre é voluntária. Segundo ressalta Cano, um dos elementos centrais à própria definição da milícia é a coação sobre os moradores. Ainda que a intensidade de coação seja muito variada, "em muitos casos, os moradores são obrigados, sob ameaças, a pagarem uma taxa para garantir sua proteção, o que pode ser caracterizado como extorsão"[96].

Um dos dados mais surpreendentes sobre o tema é precisamente apresentado por Cano, já em 2008, a partir da análise de ligações para o Disque-Denúncia (central de atendimento especializada em atender a população que vivencia ou presencia ações criminosas recebendo relatos através das ligações anônimas[97]) e relacionadas com condutas de milicianos:

> As denúncias correspondem a naturezas muito diversas. Cada denúncia pode conter várias naturezas de crimes ou infrações. De fato, existem 7.958 naturezas diferentes para as 3.469 denúncias, isto é, há uma média de mais de duas naturezas por denúncia. As naturezas mais freqüentes, aquelas que aparecem num mínimo de 30 denúncias, podem ser observadas na tabela seguinte. Acusações de extorsão e ameaça eram esperadas, em função da cobrança de taxas.

94. Ibidem, p. 12.
95. FERNANDES, Fernando Lannes; SOUZA E SILVA, Jailson; BRAGA, Raquel Willadino. Grupos criminosos armados com domínio de território: reflexões sobre a territorialidade do crime na Região Metropolitana do Rio de Janeiro. *Segurança, tráfico e milícia no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Bóli, 2008. p. 23.
96. CANO, Ignacio. *Seis por meia dúzia?*: um estudo exploratório do fenômeno das chamadas milícias no Rio de Janeiro. In: JUSTIÇA GLOBAL (Org.). Seis por meia dúzia?. *Segurança, tráfico e milícias no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Bóli, 2008. p. 48-103.
97. DISQUE-DENÚNCIA (Rio de Janeiro). Quem Somos. 2015. Disponível em: [https://disquedenuncia.org.br/programas/Quem-Somos]. Acesso em: 06.11.2018.

> Mais de 500 acusações por homicídio confirmam a natureza violenta destes grupos e do tipo de dominação que estabelecem. Talvez o resultado mais surpreendente seja a presença de quase 400 acusações de tráfico de drogas, o que acaba de desfazer o mito de que as milícias representam uma alternativa ao domínio dos narcotraficantes ou uma cruzada contra o narcotráfico. O tráfico de entorpecentes pode não ser a atividade principal nem a fonte central de lucros destes grupos, mas as denúncias freqüentes neste sentido revelam que muitos deles toleram ou praticam também o tráfico dentro das suas áreas de influência. A presença de roubos e outros tipos de crimes sugere que as milícias são, em muitos casos, grupos de crime organizado que praticam diversos delitos nos territórios sob o seu controle[98].

A classificação da denúncia como relativa a milícias pelos atendentes do disque denúncia, conforme Cano, parece ter em consideração um critério nominal e não substantivo, dependendo do uso literal do próprio termo "milícia" pelo denunciante durante o seu depoimento. Assim, Cano considera o disque-denúncia, mais do que elemento de rastreio de ocorrências, uma forma de medir a extensão do uso do termo. Apesar de o fenômeno poder ser anterior, a existência do termo é novidade, inexistindo relatos sobre ele até 2006[99].

No entanto, o fenômeno detectado entre 2006 e 2008 relatava uma prática, apesar de surpreendente, ainda incipiente se comparada com a realidade encontrada em 2018 em pesquisa de metodologia semelhante a partir dos dados do Disque-Denúncia, realizada em 2016 e 2017 pelo *The Intercept Brasil*. Conforme destaca o jornal, a análise dos dados relativos a denúncias segue sendo uma das melhores formas de mapear o fenômeno, uma vez que, até 2018, inexistem dados sistematizados pelo governo acerca do avanço das milícias no Rio de Janeiro[100].

Com base nas informações cedidas pelo Disque-Denúncia, das 6.475 ligações que o serviço recebeu em 2017 e 2018 referentes a atividades de grupos de traficantes e paramilitares na capital carioca, 65% referiam-se a milicianos: "há uma década, usar drogas em áreas de milícia era terminantemente proibido, para "proteção das criancinhas". Mas as milícias – que vendiam favelas de "porteira

98. CANO, Ignacio. *Seis por meia dúzia?*: um estudo exploratório do fenômeno das chamadas milícias no Rio de Janeiro. In: JUSTIÇA GLOBAL (Org.). Seis por meia dúzia?. *Segurança, tráfico e milícias no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Bóli, 2008. p. 55.
99. Ibidem, p. 52.
100. OLIVEIRA, Cecília et al. Tá tudo dominado. Op. cit.

fechada" – hoje também vendem drogas e são concorrentes do tráfico. Dependendo da estratégia do negócio, até alugam bocas de fumo de traficantes[101]".

A propósito dessa constatação, cabe destacar a percepção de Beatriz Vargas acerca da utilização de drogas pela humanidade: "o uso de droga pode, sem dúvida, significar um mal, do ponto de vista do indivíduo, mas é um fato normal, do ponto de vista da sociedade. Diz-se "normal" não como sinônimo de "recomendável" ou "saudável", mas em simples oposição a "anormal", "fora dos padrões" ou "contrário aos costumes". Assim, o consumo de droga, longe de ser algo estranho ou paralelo à sociedade, é, antes, um fenômeno a ela inerente e por ela mesma produzido[102]".

O que se pode perceber é que muito é feito pelo Estado no sentido de combater o "o inimigo interno número um", a figura estereotipada do traficante; mas a política bélica contra as drogas não enfrenta as razões primordiais pelas quais o indivíduo se envolve com o tráfico e/ou com o consumo e gera uma política de extermínio que tem preferências de idade, cor, geografia e classe social:

> anormalidade, mal, flagelo, crime e doença, são palavras-chave do discurso da criminalização. Ao mesmo tempo em que fundamentam o combate, conferindo-lhe uma razão de ser, qualificam essa racionalidade como benéfica, por oposição de sentido às categorias do mundo da droga. Quem defende de capa e espada a estratégia proibicionista, porque acredita que o consumo de drogas constitui um mal, está convencido de que coagir o outro, se preciso for, a adotar o comportamento "certo", para o seu próprio bem, é uma missão salvadora – ainda que o outro não esteja convencido quanto à bondade da intenção ou quanto à necessidade das medidas utilizadas para obter sua conformação à regra de comportamento. Tal atitude, própria de quem se interessa mais pelos fins que pelos meios, pode ser definida como "empreendedorismo moral", atividade de quem cria regras ou mesmo, embora menos típica, também de quem as impõe, e cujo modelo, segundo Howard Becker, é o do "reformador cruzado", cujos exemplos são o defensor da Lei Seca, os que pretendem eliminar o vício ou certos comportamentos sexuais e os que desejam banir o jogo[...][103].

O fato é que o mercado de entorpecentes é extremamente lucrativo. Conforme pôde estimar levantamento da Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados realizado em agosto de 2016, o mercado de drogas é responsável pela

101. Idem.

102. VARGAS, Beatriz. Op. cit., p. 7.

103. Ibidem, p. 6.

circulação de aproximadamente R$ 5,69 bilhões em maconha por ano; o gasto total com cocaína foi estimado em R$ 4,7 bilhões; com o crack, em R$ 3 bilhões e, com o ecstasy, em R$ 1,2 bilhão[104]. A partir disso, é fácil perceber que o mero discurso moralista não é capaz de afastar dos grupos milicianos a tentação pelo lucro, ainda mais quando se tem em conta que sua constituição (onde sobressaem policiais, bombeiros, militares e outros funcionários públicos) os protege de um dos maiores obstáculos enfrentados pelo narcotráfico, os confrontos com a polícia.

Assim, o que se percebe é que, de seu nascimento à sua expansão pelas regiões do Rio de Janeiro e por outros estados brasileiros, as milícias estão intimamente conectadas à falida política de repressão ao tráfico do consumo de drogas no Brasil, a qual é baseada na propaganda de guerra, com a excessiva militarização das operações que se convertem em verdadeira política de extermínio. De tal forma, legitimam-se as ações de grupos criminosos que se posicionam como "mal menor" frente ao propagado como inimigo número um da sociedade; assumindo, de forma ostensiva, o rótulo de exterminadores.

Ademais, mesmo fundados no discurso moralista de limpeza da criminalidade e combate às drogas, tais grupos tendem a assumir as fontes de lucro ilícitas que costumavam ser controladas pelo tráfico, com o incremento das práticas de extorsão e, apesar do suposto desincentivo às práticas de tráfico varejista, acabam por participar ativamente do lucrativo mercado ilícito de estupefacientes. Assim sendo, a urgência de enfrentar os problemas postos pelas milícias soma-se aos inúmeros argumentos para a reforma do modelo de prevenção do consumo de drogas e da repressão ao tráfico, sublinhando, ainda mais, o fracasso da política criminal cujo lema é a *war on drugs*, que trata o fenômeno apenas como questão de polícia, sem tratar suas causas e sem encarar sua faceta de problema de saúde pública.

A solução para a questão passa, antes, pela presença e assistência efetiva do Estado nas áreas historicamente negligenciadas, não pelo incremento à política repressiva e seletivamente criminalizadora:

> nesse contexto, o desafio que se coloca para o Estado em relação aos territórios dominados por estes grupos criminosos armados é a construção de caminhos

104. BRASIL. Luciana da Silva Teixeira. Câmara dos Deputados. Impacto econômico da legalização das drogas no Brasil. 2016. Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema10/impacto-economico-da-legalizacao-das-drogas-no-brasil]. Acesso em: 01.11.2018. p. 15 e 19.

> para a retomada do controle sobre a oferta dos serviços públicos e o funcionamento dos equipamentos urbanos; a regulação das relações de propriedade, a garantia da segurança dos cidadãos e do direito de circulação pela cidade, entre outros direitos fundamentais, através de estratégias que não estejam pautadas no uso da força ou na lógica do confronto, mas sim em uma atuação republicana capaz de gerar adesões da sociedade e legitimidade para este processo[105].

A política de repressão do uso e tráfico de drogas adoptada no Brasil foi inspirada no modelo antes acolhido pelos Estados Unidos da América, com resultados pífios no que respeita à prevenção da criminalidade, mas com números assombrosos no que tange à expansão do encarceramento[106].

A adopção de uma política criminal que tem sido apodada de estritamente retributiva teve como consequência um enorme aumento da população encarcerada – um aumento que não é apenas enorme em si mesmo, mas que também é enorme porque parece não corresponder a um aumento significativo da criminalidade[107] e porque é desproporcionadamente centrado nos grupos sociais mais

---

105. FERNANDES, Fernando Lannes; SOUZA E SILVA, Jailson; BRAGA, Raquel Willadino. Op. cit., p. 23.

106. Essa expansão da punição nos Estados Unidos, não justificada por necessidades preventivas relacionadas com um aumento significativo da criminalidade, é objecto da reflexão de Michael Tonry, para quem "as políticas contemporâneas relativas ao crime e à punição são as mais severas na história da América e de qualquer país ocidental" Crime and punishment in America. In: TONRY, Michael (Ed.). *The handbook of crime and punishment*. Oxford University Press: 1998. p. 3). Acrescenta, a partir de uma análise dos números da criminalidade e do número de arguidos condenados a penas de prisão, que os últimos vinte e cinco anos do século XX se caracterizaram por um "aumento sem precedentes do número de pessoas nas prisões" (ob. cit., p. 10).

107. E, por sobretudo, trata-se de um aumento do encarceramento que não se explica pela condenação a pena de prisão de agentes de crimes particularmente graves. Segundo James AUSTIN, James; IRWIN, John. *It's about time* – America's Imprisonment Binge. 2. ed. São Francisco: The Wadsworth Contemporary Issues in Crime and Justice Series, 1997. p. 32 ss. e 54 ss.), a maioria dos prisioneiros foi condenada por crimes "medíocres e patéticos", a que são alheios quer a violência física quer a causação de danos patrimoniais graves. O que se julga surpreendente é, porém, essencialmente a comparação entre os números que comprovam o crescimento das condenações a pena de prisão e os números que certificam a diminuição dos níveis da criminalidade conhecida. Sobre o assunto, cfr. LEVITT, Steven; DUBNER, Stephen, *Freakonomics* – A rogue economist explores the hidden side of everything. Nova York: Harper Coller Publishers, 2005. p. 117 ss. A questão tem sido também objecto de reflexão por Autores europeus, podendo consultar-se, a título de exemplo, Marzio Barbagli Introduzione. Perché è diminuita

excluídos, sobretudo os afro-americanos[108]. Depois de Wilson e de Martinson terem apontado a ineficácia da intervenção ressocializadora e se ter alegado que "o isolamento e a punição"[109] eram as finalidades principais da intervenção penal, a população prisional norte-americana aumentou, entre 1972 e 2003, cerca de 500%, para um crescimento populacional, no mesmo período, de apenas cerca de 37%[110].

---

la criminalità negli Stati Uniti?. *Perché è diminuita la criminalità negli Stati Uniti?*. Bolonha: Il Mulino, 2000. p. 11 ss.), que parte de uma ponderação sobre a diferença entre os conceitos de *fear of crime* (que associa a um temor pessoal de ser vítima de um crime) e de *concern about crime* (definido como uma preocupação social com a criminalidade).

108. Neste sentido, por exemplo, May Lydia Yeh, para quem o "a actual orientação retributiva nos Estados Unidos resultou em um número desproporcionado de afro-americanos condenados à prisão" Restorative justice, affirmative action sentencing legislation and the Canucks: lessons from our northern neighbor. *Washington University Global Studies Law Review,* v. 7, n. 3, 2008. p. 681).

109. Cfr. WILSON, James Q. *Thinking about crime*. Nova York: Basic Books, 1975. p. 172.

110. Estes números são apontados por May Lydia YEH (ob. cit., p. 661-662), e resultam de uma análise do estudo de Marc Mauer (*Race to incarcerate*: the sentencing project. 2. ed. Nova York: The New Press, 2006). De um número de presos abaixo dos 200.000 em 1972, ter-se-ão atingido os cerca de 1.400.000 em 2003. Afirma-se que, entre 1985 e 2000, ter-se-á inaugurado, em média, um estabelecimento prisional por semana para fazer face a este extraordinário aumento da população prisional. O Autor pronuncia-se especificamente sobre a excessiva representação da população afro-americana nas estatísticas prisionais (ob. cit., p. 130 ss.) e sobre a forma como a "*war on drugs*" contribuiu para esse facto (ob. cit., p. 157 ss.). Olhando para um espectro temporal mais curto, também James Austin e John Irwin (Op. cit., p. 1) dão conta do significativo aumento dos condenados à prisão nos Estados Unidos: "entre 1980 e 1998, a população prisional aumentou de 329,821 para 1,302,019 – um crescimento de 295 por cento". O que, ainda segundo os Autores, coloca os Estados Unidos no topo da lista dos países com mais presos por 100 000 habitantes, tendo passado, naquele período de tempo, dos 138 para os 461. Os números mais recentes parecem confirmar a tendência para a expansão do encarceramento nos E.U.A. Segundo Thomas Mathiesen e Ole Kristian Hjemdal A new look at victim and offender – An abolicionist approach. In: BOSWORTH, M.; HOYLE, C. (Ed.). *What is criminology.* Oxford: Oxford Univesity Press, 2011. p. 224), em 30 de junho de 2008 havia 2.396.140 presos nos Estados Unidos, o que significa um crescimento de cerca de 19% desde o final de 2000 (e aproximadamente 789 presos por 100.000 habitantes). Apesar de todos os estudos consultados confirmarem o aumento de presos, os números nem sempre são coincidentes; uma explicação para isso pode encontrar-se no facto de alguns estudos só se referirem às pessoas presas em cadeias federais ou estaduais, enquanto outros englobam, ainda, os presos em "*local jails*". Assim, por exemplo, Mathiesen e Hjemdal (ob. cit., p. 224) distinguem, no número total de

A preocupação com a segurança em detrimento da orientação para a não dessocialização faz com que a actuação do sistema punitivo aprofunde a exclusão social de grande parte dos cidadãos condenados[111]. Segundo Loïc Wacquant, "a filosofia penal hoje dominante nos Estados Unidos pode ser resumida através desta expressão muito utilizada entre as profissões penitenciárias: '*Make prisoners smell like prisoners*'", assim se compreendendo a reintrodução de elementos, ao nível da execução da pena, ou com o mero intuito de causar sofrimento, ou com um valor simbólico de humilhação[112].

O que se julga surpreendente é, porém, essencialmente a comparação entre os números que comprovam o crescimento das condenações a pena de prisão nos Estados Unidos e os números que certificam a diminuição dos níveis da criminalidade conhecida no mesmo país, pelo menos até ao final do século passado.

Questionando esta diminuição a partir da verificação do incumprimento da previsão (feita por alguns criminólogos de direita) de que o aumento do crime provocaria nos Estados Unidos um "verdadeiro banho de sangue" antes do final do século, Steven Levitt e Stephen Dubner justificam esse decréscimo do crime desde os anos noventa do século passado a partir da verificação da relativa irrelevância do funcionamento da justiça penal para lograr atingir tal objectivo.

---

2 396 140 presos (em Junho de 2008), 1 610 584 pessoas presas em cadeias federais ou estaduais e 785.556 presos em cadeias locais.

111. Loïc Wacquant (*Punir les pauvres* – Le nouveau gouvernment de l' insécurité sociale. Marselha: Agone, 2004. p. 150), dá o exemplo dos sítios na Internet que disponibilizam fotografias e outros elementos pessoais (como o endereço dos condenados, entretanto libertados) de reclusos. O Autor ilustra esta realidade com o endereço electrónico "corrections offender network", da administração penitenciária da Florida – inaugurado em 1998 e que já teria recebido, segundo Wacquant e no momento do seu estudo, mais de 12 milhões de visitantes – e dá, depois, conta da extrema relutância (comprovada em vários estudos) dos empregadores americanos em contratarem cidadãos condenados.

112. Loïc Wacquant (*Punir les pauvres* – Le nouveau gouvernment de l' insécurité sociale. Marselha: Agone, 2004. p. 198-199) dá os exemplos da "reintrodução dos uniformes listados", dos "apelos para se restaurarem os castigos corporais", o regresso dos "chain gangs" (equipas de prisioneiros que trabalham com os pés agrilhoados) ou os trabalhos forçados por longos períodos de tempo e sob condições climatéricas extremas. Ao mesmo tempo, desenvolvem-se sistemas sofisticados de controlo dos reclusos, cujo aplicação em vários estabelecimentos prisionais é descrita por Sasha Abramski em (*American furies* – Crime, punishment and vengeance in the age of mass imprisonment. Boston: Beacon Press Books, 2007). O Autor (ob. cit., p. 5) refere-se, a esse propósito, ao "fascínio da América pela ciência do encarceramento".

A explicação que encontram é, pelo contrário, sobretudo baseada em um certo desenvolvimento económico, no crescimento do emprego e em factores de natureza demográfica[113].

113. Cfr. LEVITT, Steven; DUBNER, Stephen, *Freakonomics* – A rogue economist explores the hidden side of everything. Nova York: Harper Coller Publishers, 2005. p. 117 ss. Esta análise é corroborada por Loïc Wacquant (*Punir les pauvres,* cit., p. 279 ss.). O Autor rejeita a afirmação – que classifica como "neoconservadora" – de que "a baixa contínua da estatística criminal nos Estados Unidos ao longo dos últimos dez anos seria devida à acção enérgica e inovadora das forças da ordem, depois de terem sido finalmente libertadas dos tabus ideológicos e das camisas de força legais que as limitavam até então, e cujo paradigma é a espectacular mudança da situação operada em Nova Iorque pelo *Mayor* republicano Rudolph Giuliani". Pelo contrário, segundo Wacquant, o certo é que "o decréscimo da violência criminal em Nova Iorque sucedeu três anos antes da subida ao poder de Giuliani no final de 1993" e "o refluxo da criminalidade violenta é ainda maior nas cidades que não aplicaram a política nova-iorquina da tolerância zero, nomeadamente as que optaram por uma orientação diametralmente oposta como Boston, São Francisco ou São Diego". Para o Autor, há seis factores, "todos independentes da actividade da polícia e da justiça, que se combinaram para reduzirem fortemente a incidência dos crimes violentos nas metrópoles dos Estados Unidos". Entre esses factores, pode destacar-se, naquele período, "a baixa rápida do desemprego que explica 30% da queda da criminalidade ao nível nacional"; a "transformação da economia da droga", que se estruturou e estabilizou, recorrendo menos à violência; uma alteração demográfica relacionada com a diminuição das pessoas na faixa etária entre os 18 e os 24 anos, nomeadamente; um "efeito de aprendizagem denominado pelos criminólogos «síndroma do irmão mais novo», em virtude do qual as novas gerações de jovens nascidos depois de 1975-1980 se afastaram das drogas duras e de um estilo de vida perigoso que lhes está associado por rejeitarem o destino macabro que viram atingir os seus irmãos mais velhos, primos e amigos". Loïc Wacquant (ob. cit., p. 288 ss.) desacredita, ainda, o facto de aquela política criminal de tolerância zero ter como suporte uma qualquer "teoria criminológica cientificamente validada, a famosa *broken-window theory*". Segundo o Autor, esta "teoria" nunca obteve qualquer comprovação empírica depois de ter sido publicada – na revista *The Atlantic Monthly*, uma publicação generalista – em um curto texto de nove páginas. Este ponto de vista é partilhado por Bernard Harcourt (*Illusion of order*: the false promise of broken windows policing. Cambridge: Harvard University Press, 2001. p. 248), que aponta em primeiro lugar a inexistência de dados empíricos que comprovem a eficácia da política criminal radicada na "broken windows theory"; em um segundo momento procede à sua crítica teórica para, finalmente, propor alternativas na ponderação do fenómeno criminal – alternativas que não são, de resto, alheias ao próprio património ideológico restaurativo, por terem na base o reconhecimento do mal inerente ao crime, mas também do mal da própria punição, que "pode afectar, positiva ou negativamente, o sujeito da punição". A perspectiva inversa fora sustentada por George Kelling e por Catherine Coles (*Fixing broken windows*: restoring order and

A política criminal brasileira parece ter sido inspirada neste modelo de expansão da intervenção punitiva estadual através da expansão do encarceramento. Trata-se, pois, de uma *certa expansão,* ou uma expansão portadora de características específicas. Em primeiro lugar, uma intervenção punitiva em que decaem os ideais de socialização e de reparação. Em segundo lugar, uma intervenção punitiva crescente e feroz que não parece ter sido desencadeada por um qualquer alarmante crescimento da criminalidade. Em terceiro lugar – e com especial relevo, segundo se julga –, uma intervenção punitiva que não se crê ter sido a principal responsável pelo decréscimo da criminalidade que se terá verificado nos Estados Unidos da América sobretudo na década de noventa do século passado. Em síntese: (I) uma maior e mais severa intervenção punitiva que não foi justificada por uma criminalidade maior e, sobretudo, (II) uma intervenção punitiva que não foi condicionante de uma criminalidade menor.

6. Considerações finais: o Estado de Direito na mira do fuzil do miliciano

A expansão, no Brasil, da atuação ilícita das milícias representa um perigo que parece, sob um enfoque criminológico, muito superior àquele associado ao crime organizado "tradicional". Com efeito, se as milícias se vão apropriando também dos negócios tipicamente associados às organizações criminosas, como o tráfico de estupefacientes ou a extorsão, com todo o potencial de danosidade que lhes está associado, pode afirmar-se que existem vários problemas adicionais nestes grupos que, a partir de certo momento, se configuram, eles próprios, como organizações criminosas *sui generis*. Esses problemas adicionais convergem num ataque sem precedentes ao Estado de Direito e a um certo modelo de justiça penal, dito de inspiração iluminista, que assenta numa ideia de publicização integral da justiça penal, com a erradicação da vingança privada.

reducing crime in our communities. Nova York: Simon & Schuster, 1997), ao que se julga de forma pouco conseguida, por não se lograr mais do que a descrição de alguns projectos de intervenção policial ou comunitária cujos resultados se apresentam como positivos. No prefácio, de James Q. Wilson, continua a sustentar-se que "as pequenas desordens conduzem a desordens cada vez maiores, e talvez até ao crime" (p. xv). E uma das ideias centrais dos Autores – que não admitem a existência de um decréscimo da criminalidade – é a da importância de uma maior presença policial nas comunidades ("fora dos seus carros") para, com o auxílio dos cidadãos cumpridores, se melhorar a "qualidade de vida da vizinhança" (ob. cit., p. 6).

Ou seja: mesmo que as milícias se dedicassem apenas a combater o crime de forma paralela à repressão penal de que o Estado está incumbido, mesmo que não se ocupassem elas próprias de prática de outros crimes de tráfico ou extorsão, tratar-se-ia, ainda assim, de uma ofensa incalculável ao Estado de Direito que chama a si o monopólio do exercício da justiça penal. A inflicção de sofrimento desligada do processo garantístico inerente ao processo penal público configura, em si mesma, a prática de vários crimes, consoante o modo de reação perfilhado. Mas significa, também, uma humilhação para o Estado. Uma degradação daqueles que devem ser os papéis do Estado.

Comemorou-se em 2014 a passagem de 250 anos desde a publicação da obra-prima de Cesare Beccaria, *Dos delitos e das penas*, dada à estampa na Itália de 1764, estudo que marca, através de uma inultrapassável crítica à justiça penal do Antigo Regime, o dealbar do Iluminismo Penal, com tudo o que isso significa de humanização do sistema punitivo, nomeadamente através da promoção da legalidade, da proporcionalidade, da secularização da reacção penal ou da igualdade.

Todavia, o segmento do pensamento de Beccaria que sobretudo importa a esta reflexão prende-se com a ideia de publicização da justiça penal, que a partir de então não mais parou de se fortalecer, também ancorada na concepção dominante de que a função do direito penal é a protecção subsidiária de bens jurídicos e já não, portanto, de interesses privados ou de necessidades das vítimas.

De forma necessariamente sucinta, cumpre recordar o enfoque do Iluminismo Penal[114] e da teoria do contrato social[115] na ideia de que a reacção justa ao crime é uma reacção *pública e proporcionada*.

---

114. Apesar de se concordar com a afirmação de José de Faria Costa de que "houve vários iluminismos", aquilo que agora se pretende sublinhar com esta referência ao "iluminismo penal" no singular é um núcleo de ideias principais que (ainda que com diversas formulações e especificidades) podem associar-se a este movimento e a um dado período histórico (cfr. COSTA, José de Faria. "Ler Beccaria hoje", ensaio introdutório a *Dos Delitos e das Penas*, de Cesare Beccaria. Trad. José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998. p. 12 ss.).

115. Também não se desconhece a existência não de um, mas de vários entendimentos do contrato social. Sobre o assunto, entre nós, cfr. a título de exemplo, José de Sousa e Brito (A lei penal na Constituição. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). *Estudos sobre a Constituição*. Jorge Lisboa: Petrony, 1978. II v. p. 197 ss.), que enfatiza a distinção entre um entendimento de índole mais liberal (associado a Voltaire) e um outro democrático-jacobinista (atribuído a Rousseau). Também John Rawls considera que "há muitas teorias contratuais diferentes", desde logo em função da forma como se concebem as partes contratantes, daqueles que se julga serem os seus interesses e das alternativas abertas

Da ideia de pacto social como fonte de legitimação do poder estadual de punir decorre a conformação da punição como instrumento para a protecção da esfera de liberdade de cada cidadão contra crimes *futuros* e de protecção da sociedade, mas não já os interesses da vítima concreta e passada no núcleo da reacção ao crime[116].

Ora, para ilustrar essa concepção do que seria reagir ao crime com justiça, ainda sob esse enfoque iluminista que se julga preservar grande influência no actual modelo dominante de reacção ao crime, parece essencial aquilo que Cesare Beccaria, em jeito de conclusão da sua obra *Dos Delitos e das Penas*, afirmou sobre a pena: "para que toda a pena não seja uma violência de um ou de muitos

pela tentativa de conciliação de tais interesses (*Uma teoria da justiça,* cit., p. 110). De qualquer modo, deve ter-se em mente que não é a teoria do contrato social, em si mesma, que constitui objecto deste estudo, mas antes os modos pelos quais se repercute nas possibilidades de compreensão da justiça restaurativa.

116. Neste sentido, José Subtil Sistema penal e construção do estado liberal: algumas questões em torno da Revolução de 1820. *Penélope,* Lisboa, n. 5, 1991. p. 85) considera que se institucionaliza, com o iluminismo penal e depois com o liberalismo do século XIX, "uma nova ordem legitimada em concepções radicalmente diferentes, de que destacamos os conceitos de *pacto social, finalidades das penas* e/ou *papel desempenhado pelo sistema penal*. O direito de punir passa a fundamentar-se, exclusivamente, no *pacto social*, o que implica que é à mesma sociedade que cabe a legitimidade para castigar, não para reparar a ofensa do particular, mas para reproduzir as condições da liberdade e, obviamente, a segurança do cidadão. Por isto mesmo deixam de ter cabimento a maioria das penas consagradas nas *Ordenações*, na medida em que os castigos passam a revestir carácter de utilidade pública". Com interesse, pode verificar-se que essa cisão entre o pensamento da punição e o pensamento da reparação é já clara na obra de Levy Maria Jordão O fundamento do direito de punir. dissertação inaugural apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no ano de 1853. *Boletim da Faculdade de Direito*, v. 51, 1975. p. 307), na sua afirmação de que "a acção material da pena deve traduzir-se na reparação do damno, porque só assim se póde restabelecer o estado-de-direito perturbado em relação ao lesado: a acção moral deve resolver-se na reparação da perturbação toda moral do estado-de-direito na sociedade e no próprio criminoso. A pena tem por isso dous elementos distintos, a reparação (em relação ao effeito material do crime) e a pena, propriamente dicta (em relação ao effeito moral). A reparação porém não é objecto da sciencia penal, e os Códigos, que d'ella se occupam (como o nosso, a tantos respeitos por certo defeituosíssimo), não comprehendem verdadeiramente a sua missão, nem se elevam à philosophia da verdadeira penalidade". Para um aprofundamento da reflexão sobre a vida e a obra do Penalista, cfr. Pedro Caeiro, que refere, entre vários outros aspectos, "a associação entre os trabalhos de reforma do Código de 1852 e a pessoa de Levy Maria Jordão (Levy Maria Jordão, Visconde de Paiva Manso. Notas bio-bibliográficas, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,* v. LXXI, 1995. p. 363).

contra um cidadão particular, deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a mais pequena possível nas circunstâncias dadas, proporcional aos delitos, fixada pelas leis"[117].

Sublinhe-se, para o objecto que a este estudo sobretudo interessa, essa afirmação primeira de que a pena deve ser *pública.* Um traço distintivo da evolução da justiça penal é, todos o sabemos, o da sua publicização: o crime deixa progressivamente de ser visto como um assunto da vítima, da sua família ou grupo, e passa a ser entendido como um assunto da sociedade que vem a ser representada pelo Estado.

Para Beccaria, "a única e verdadeira medida dos delitos" é "o dano à sociedade", – e não a "intenção de quem os comete", nem "a dignidade da pessoa ofendida", nem "a gravidade do pecado". Depois de distinguir três espécies de delitos (aqueles que "destroem imediatamente a sociedade ou quem a representa"; aqueles que "ofendem a segurança privada de um cidadão na sua vida, bens ou honra"; aqueles que são "acções contrárias àquilo que cada um é obrigado pela lei a fazer, ou a não fazer, com vista ao bem público"), o Autor reafirma que "todo o delito, mesmo privado, ofende a sociedade"[118].

Nesta medida, ao afirmar-se enquanto "manifesto do garantismo"[119] e ao pôr o "acento daquilo que pode merecer o nome de delito" no dano à sociedade[120], a obra *Dos delitos e das penas* assume papel decisivo na configuração do paradigma liberal da justiça penal.

Posteriormente, aprofunda-se essa hipervalorização do bem da sociedade, que passa a ser vista como um ser em si mesma, como que com uma vida própria e interesses também específicos, um ser que é mais do que a mera soma dos indivíduos que o compõem. Essa tendência, associada ao surgimento das concepções organicistas da sociedade – que Silva Dias bem apresenta como "difundidas no século XIX sob o impulso do movimento romântico e idealista, da escola histórica, da filosofia de Hegel e do positivismo sociológico"[121] –, contribui para o

117. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. José de Faria Costa. Lisboa; Fundação Calouste Gulbenkian, 1998. p. 163.

118. Cesare BECCARIA. Ob. cit., p. 75-8.

119. Para José de Faria Costa ("Ler Beccaria hoje", cit., p. 8), "esta pequena obra [...] pode ser vista como o Manifesto do garantismo, ou seja: como manifesto das garantias, em direito e processo penais, nas suas relações com o Estado detentor do *ius puniendi*".

120. Giorgio Marinucci, últ. ob. cit., p. 35.

121. DIAS, Augusto Silva. *"Delicta in se" e "Delicta mere Prohibita"* – Uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica.

aguçar da concepção da justiça penal como um assunto da comunidade, e um assunto desligado daqueles que são os intervenientes no conflito criminal concreto, que deixam de poder reagir autonomamente contra a ofensa que lhes foi dirigida.

Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 149. O Autor refere o reflexo destas concepções organicistas da sociedade "no plano da filosofia do Direito Penal: a primazia do todo social sobre o indivíduo e a perspectiva inerente de defesa da sociedade perante o delinquente". E sublinha a influência principal do positivismo sociológico de Comte e de Spencer e da filosofia hegeliana. Quanto a esta, vinca a ideia de que se parte do princípio de que "o crime representa uma rebelião da vontade individual contra a vontade universal materializada na lei", afirmação que reveste interesse na perspectiva da evolução da compreensão da lei penal como lei que defende essa universalidade que é a comunidade, e não já cada um dos indivíduos que a compõem. Com muito interesse, veja-se a forma como o Autor distingue *a defesa da sociedade* subjacente ao pensamento da escola clássica e aquele outro subjacente à escola positiva, precisamente a partir de uma concepção não organicista ou organicista de sociedade. Assim, começa por referir que, para o positivismo naturalista, "a sociedade é concebida à semelhança de um organismo vivo, como uma totalidade que pode ser ameaçada ou ferida por comportamentos agressivos de agentes nocivos que nela se desenvolvem". Vinca-se, assim, "a conexão estreita entre teoria do Direito Penal e teoria da sociedade". Poder-se-ia tender a uma certa parificação da escola clássica e da escola positiva com base nesta função comum de defesa da sociedade. Todavia, Silva Dias sublinha que, para além dessa função, tudo o resto é diverso: "é verdade que tanto Beccaria e Carrara como Garofalo estabelecem uma relação de finalidade entre a pena e a defesa da sociedade. Mas em tudo o resto, desde o fundamento teórico ao significado prático da defesa social, vence a diferença. A perspectiva de defesa social da escola clássica inscreve-se numa concepção da sociedade como conjunto de indivíduos detentores de direitos e liberdades que só devem ser restringidos pelo Estado quando isso se mostrar necessário para salvaguardar outros direitos e liberdades. A ameaça penal serve para garantir a ordem social enquanto ordem da liberdade […]. O destinatário das leis penais é visto como sujeito racional […]. Por seu turno, a concepção de defesa social do positivismo naturalista insere-se […] numa teoria organicista da sociedade, na qual o indivíduo é reduzido ao papel de micro-organismo, que, do mesmo modo que a totalidade é regida por leis da causalidade, é determinado à acção por factores endógenos e exógenos" (ob. cit., p. 161-2). A razão pela qual se julgou dever atribuir ênfase a esta explicação prende-se com a sua relevância para a compreensão da progressiva neutralização do indivíduo como sujeito do conflito criminal, em detrimento de uma gradual prevalência do interesse da sociedade, e de uma sociedade já não vista como uma soma dos indivíduos que a compõem. Noutra perspectiva, agora desligada de uma reflexão especificamente jurídico-penal, mas também vincando a prevalência da sociedade sobre o indivíduo em algumas correntes do pensamento oitocentista, António Pedro Mesquita (*Liberalismo, democracia e o contrário* – Um século de pensamento político em Portugal (1820-1920). Lisboa: Sílabo.

Neste sentido, mesmo que a atuação das milícias se cingisse à repressão de crimes praticados por outros, o uso da força inerente ao desempenho privado de funções que a lei atribui exclusivamente ao Estado sempre significaria, por si só, a adopção de comportamentos ilícitos. Mas quando, para além disto, as milícias se "apropriam" da lucrativa criminalidade até então controlada pelas organizações criminosas ditas tradicionais, obstando à sua persecução penal pelo Estado e aproveitando-se da sua capa de impunidade para prosseguirem nas suas actividades ilícitas, somos confrontados com a erosão da última fronteira entre os agentes do crime e os agentes do Estado que persegue e pune o crime. Somos confrontados com a mais funda injustiça. Marielle talvez já não o possa clamar de viva voz. Mas as nossas vozes sempre poderão juntar-se à dela.

Referências bibliográficas

ABRAMSKI, Sasha. *American furies* – Crime, punishment and vengeance in the age of mass imprisonment. Boston: Beacon Press Books, 2007.

ALVES, J. C. S. Milícias: Mudanças na economia política do crime no Rio de Janeiro. In: JUSTIÇA GLOBAL. *Segurança, tráfico e milícias no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2008.

ALVES, J. C. S. Baixada Fluminense: reconfiguração da violência e impactos sobre a educação. *Movimento-revista de educação*, n. 3. 2015.

ANDRADE, Vieira; FERRÃO, Ricardo. *Organização do Estado Português,* Coimbra: Centro de Estudos e Formação Autárquica, 2003.

ANISTIA INTERNACIONAL. *Você matou meu filho!:* homicídios cometidos pela polícia militar na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Anistia Internacional, 2015.

AUSTIN, James; IRWIN, John. *It's about time* – America's Imprisonment Binge. 2. ed. São Francisco: The Wadsworth Contemporary Issues in Crime and Justice Series, 1997.

Colecção Sophia, 2006p. 40-41) afirma "um aspecto particular": "é que a sociedade não é vista […] apenas como um todo, ainda que único concreto perante a evanescência do particular abstracto, mas como um todo *que está para lá da parte,* que vale por si, independentemente de todos e de cada um dos seus membros, porque é uma realidade *orgânica*, um grande ser vivo em que, tal como os que inspiram a analogia na natureza, o corpo animado não é colecção nem cadáver e, portanto, não coincide com a mera soma, justamente inorgânica, das partes". E o Autor acrescenta que aqui vai implícita "uma nova e importante diferença com a tese jacobina […], para a qual o todo é *aritmético* e, portanto, não é justamente senão a soma das partes".

BARBAGLI, Marzio. Introduzione. Perché è diminuita la criminalità negli Stati Uniti?. *Perché è diminuita la criminalità negli Stati Uniti?*. Bolonha: Il Mulino, 2000.

BEATO, Cláudio; COUTO, Vinícius. *O fenômeno criminal chamado milícia*: práticas criminais sob uma análise de redes sociais. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2014. Disponível em: [www.anpocs.com/index.php/papers-38-encontro/gt-1/gt42-1/9229-milicias-e-a-estruturacao-criminal--praticas-criminais-sob-uma-analise-de-redes-sociais/file].

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. José de Faria Costa. Lisboa; Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

BRAITHWAITE, John. In: GEIS, Gilbert; MEIER, Robert F.; SALINGERS, Lawrence M. (Ed.). *White-collar crime*: classic and contemporary views. 3. ed. The Free Press, 1995.

BRASIL. Luciana da Silva Teixeira. Câmara dos Deputados. *Impacto econômico da legalização das drogas no Brasil*. 2016. Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema10/impacto-economico-da-legalizacao--das-drogas-no-brasil]. Acesso em: 01.11.2018.

BRASIL. *Levantamento nacional de informações penitenciárias:* INFOPEN Atualização – Junho de 2016. Org. Thandara Santos [et al.]. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública; Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte especial 4: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BONAVIDES, Paulo. O Estado Social e a tradição política liberal do Brasil. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 63, 1981.

BRITO, José de Sousa. A lei penal na Constituição. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). *Estudos sobre a Constituição*. Jorge Lisboa: Petrony, 1978. II v.

CAEIRO, Pedro. Levy Maria Jordão, Visconde de Paiva Manso. Notas bio-bibliográficas, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,* v. LXXI, 1995.

CANO, Ignacio. Um estudo exploratório do fenômeno das chamadas milícias no Rio de Janeiro. In: JUSTIÇA GLOBAL (Org.). *Seis por meia dúzia?* Segurança, tráfico e milícias no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Bóli, 2008.

CANO, Ignacio; DUARTE, T. *No sapatinho*. A evolução das milícias no Rio de Janeiro [2008-2011]. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2012. 151p. Disponível em: [https://br.boell.org/sites/default/files/no_sapatinho_lav_hbs1_1.pdf].

CHAVES JUNIOR, Airto. *Para que(m) serve o direito penal?*: uma análise criminológica da seletividade dos segmentos de controle social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

CHOUKR, Fauzi Hassan; BACILA, Carlos Roberto. Polícia e Estado de Direito na América Latina: relatório brasileiro. In: AMBOS, Kai et al. (Org.). *La policía en los estados de derecho Latinoamericanos*. Colombia: Gustavo Ibañez, 2003.

COMISSÃO DA VERDADE DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Repressão política: origens e consequências do Esquadrão da Morte:* Relatório .t. I – Parte I – Repressão política: origens e consequências do esquadrão da morte. Disponível em: [http://comissaodaverdade.al.sp.gov.br/relatorio/tomo-i/parte-i-cap2.html]. Acesso em: 01.11.2018.

COSTA, José de Faria. "Ler Beccaria hoje", ensaio introdutório a *Dos Delitos e das Penas,* de Cesare Beccaria. Trad. José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

COSTA, Liana. *Não é só no Rio. As milícias estão em 15 estados de norte a sul do país*. 2018. Disponível em: [https://www.metropoles.com/materias-especiais/nao-e-so-no-rio-milicias-estao-em-15-estados-de-norte-a-sul-do-brasil]. Acesso em: 18.10.2018.

COSTA ANDRADE, Manuel. *A vítima e o problema criminal*. Dissertação para exame do Curso de Pós-Graduação em Ciências Jurídico-Criminais da Faculdade de Direito de Coimbra: Coimbra Editora, 1980.

CRESCIMENTO das milícias no Rio de Janeiro, 25.04.2018. Direção de Caco Barcellos. Coordenação de Janaína Pirola. Rio de Janeiro: TV Globo – *Profissão Repórter*, 2018. (44min.). Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=CKTlNv5rtq4]. Acesso em: 19.08.2018.

DIAS, Augusto Silva. *Delicta in se e Delicta mere Prohibita* – Uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. A criminalidade organizada: do fenómeno ao conceito jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* n. 71, 2008.

Dias, Jorge de Figueiredo; Andrade, Manoel da Costa. *Criminologia*: o homem delinquente e a sociedade criminógena. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DISQUE-DENÚNCIA (Rio de Janeiro). Quem Somos. 2015. Disponível em: [https://disquedenuncia.org.br/programas/Quem-Somos]. Acesso em: 06.11.2018.

FERNANDES, Fernando Lannes; SOUZA E SILVA, Jailson; BRAGA, Raquel Willadino. Grupos criminosos armados com domínio de território: reflexões sobre a territorialidade do crime na Região Metropolitana do Rio de Janeiro. *Segurança, tráfico e milícia no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Bóli, 2008.

FGV DIREITO SP. Relatório ICJ Brasil – 1. sem. 2017. Org. Luciana de Oliveira Ramos et al. Disponível em: [http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19034/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y]. Acesso em: 01.11.2018.

FÓRUM DE SEGURANÇA PÚBLICA BRASILEIRO. *Segurança pública em números 2018*. Disponível em: [http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/08/FBSP_Anuario_Brasileiro_Seguranca_Publica_Infogr%C3%A1fico_2018.pdf]. Acesso em: 01.11.2018.

FRANCO, Alberto Silva. Um difícil processo de tipificação. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 2, n. 21.

HARCOURT, Bernard. *Illusion of order*: the false promise of broken windows policing. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

GAFFNEY, Christopher. Securing the olympic city. *Georgetown Journal of Affairs*, 2012.

JORDÃO, Levy Maria. O fundamento do direito de punir. Dissertação inaugural apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no ano de 1853. *Boletim da Faculdade de Direito*, v. 51, 1975.

KELLING, George; COLES, Catherine. *Fixing broken windows*: restoring order and reducing crime in our communities. Nova York: Simon & Schuster, 1997.

LEVITT, Steven; DUBNER, Stephen, *Freakonomics* – A rogue economist explores the hidden side of everything. Nova York: Harper Coller Publishers, 2005.

MATHIESEN, Thomas; HJEMDAL, Ole Kristian. A new look at victim and offender – An abolicionist approach. In: BOSWORTH, M.; HOYLE, C. (Ed.). *What is criminology*. Oxford: Oxford Univesity Press, 2011.

MAUER, Marc. *Race to incarcerate*: the sentencing project. 2. ed. Nova York: The New Press, 2006.

MESQUITA, António Pedro. *Liberalismo, democracia e o contrário* – Um século de pensamento político em Portugal (1820-1920). Lisboa: Sílabo. Colecção Sophia, 2006.

MINGARDI. Guaracy. *Crime organizado* In: RATTON, José Luiz; LIMA, Renato Sérgio de; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Org.). *Crime, polícia e justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014.

MISSE, Michel. Crime organizado e crime comum no Rio De Janeiro: Diferenças e afinidades. *Revista de Sociologia e Política*, v. 19, n. 40, p. 13-25, out. 2011. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/rsocp/v19n40/03.pdf]. Acesso em: 10.11.2018.

MONTESQUIEU, Charles S. La tridivisíon de los poderes. Trad. Alejandro Arteaga. *Revista Derecho del Estado*, n. 17, 1998.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de Direito Democrático*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

OLIVEIRA, Cecília et al. *Tá tudo dominado*: exclusivo: as milícias assumiram o controle do Rio de Janeiro. 2018. Disponível em: [https://theintercept.com/2018/04/05/milicia-controle-rio-de-janeiro/]. Acesso em: 18.10.2018.

PALMARES. Relator Deputado Gilberto. *Relatório final da comissão parlamentar de inquérito destinada a investigar a ação de milícias no âmbito do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: [https://www.marcelofreixo.com.br/cpi-das-milicias]. Acesso em: 01.11.2018.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

RATTON, José Luiz; LIMA, Renato Sérgio de; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Org.). *Crime, polícia e justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Carlos Pinto Correia. 2. ed. Lisboa: Presença, 2001.

RIBEIRO, Camila; DIAS, Rafael; CARVALHO, Sandra. 2008. Discursos e práticas na construção de uma política de segurança: O caso do governo Sérgio Cabral Filho (2007-2008). *Segurança, tráfico e milícia no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2008.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Globalização, democracia e crime. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco António Marques da; REALE JÚNIOR, Miguel et al. (Coord.). *Direito penal especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

RODRIGUES, Anabela Miranda. A globalização do direito Penal – Da pirâmide à rede ou entre a unificação e a harmonização. *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles. 90 anos*. Coimbra: Almedina, 2007.

ROSSI, Amanda. *Congresso aprova decreto de intervenção federal no Rio de Janeiro*: entenda o que a medida significa. 2018. Disponível em: [https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43079114]. Acesso em: 01.11.2018.

SALGADO, Daniel. Atlas da violência 2018: Brasil tem taxa de homicídio 30 vezes maior do que Europa. *O Globo*, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: [https://oglobo.globo.com/brasil/atlas-da-violencia-2018-brasil-tem-taxa-de-homicidio-30-vezes-maior-do-que-europa-22747176]. Acesso em: 01.11.2018.

SANTOS, Cláudia Cruz. *O crime de colarinho branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

SIEYES, Emmanuel. *O que é o terceiro Estado?*. Trad. Teresa Meneses. Lisboa: Círculo de Leitores e Temas e Debates, 2008.

SILVA, Itamar; Rocha, Lia de Mattos. Associações de moradores de favelas e seus dirigentes: O discurso e a ação como reversos do medo. Segurança e milícias no Rio de Janeiro. In: JUSTIÇA GLOBAL. *Segurança, tráfico e milícias no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2008.

SILVA, Luís Antônio Machado. Sociabilidade violenta: por uma interpretação da criminalidade contemporânea no Brasil urbano. *Soc. Estado*, Brasília, v. 19, n. 1, 2004. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922004000100004].

SUBTIL, José. Sistema penal e construção do estado liberal: algumas questões em torno da Revolução de 1820. *Penélope,* Lisboa, n. 5, 1991.

TONRY, Michael. Crime and punishment in America. In: TONRY, Michael (Ed.). *The handbook of crime and punishment*. Oxford University Press: 1998.

TOTAL de mortes violentas no Brasil é maior do que o da guerra na Síria. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 2018. Disponível em: [https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/06/total-de-mortes-violentas-no-brasil-e-maior-do-que-o-da-guerra-na-siria.shtml.]. Acesso em: 01.11.2018.

UNITED NATIONS. Human Rights Council. *Report of the Working Group on the Universal Periodic Review:* Brazil. Disponível em: [https://undocs.org/A/HRC/21/11]. Acesso em: 01.112018.

VARGAS, Beatriz. *A ilusão do proibicionismo*: estudo sobre a criminalização secundária do tráfico de drogas no Distrito Federal – Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2011.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

WACQUANT, L. *Punir os pobres:* a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WACQUANT, Loïc. *Punir les pauvres* – Le nouveau gouvernment de l' insécurité sociale. Marselha: Agone, 2004.

WILSON, James Q. *Thinking about crime*. Nova York: Basic Books, 1975.

ZACCONE, Orlando. A política de segurança que mata policiais. *O Dia*, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: [https://odia.ig.com.br/opiniao/2018/06/5549133-orlando-zaccone-a-politica-de-seguranca-que-mata-policiais.html#foto=1.]. Acesso em: 01.11.2018.

ZAFFARONI, Raúl. Crime organizado: uma categorização frustrada. *Discursos Sediciosos,* ano 1, n. 1.

ZAFFARONI, Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro*: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZALUAR, Alba. *Favelas sob o controle das milícias no Rio de Janeiro:* que paz? São Paulo: Fundação Seade, v. 21, n. 2, p. 89-101, jul.-dez. 2007.

YEH, May Lydia. Restorative justice, affirmative action sentencing legislation and the Canucks: lessons from our northern neighbor. *Washington University Global Studies Law Review,* v. 7, n. 3, 2008.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Associação criminosa – crime organizado (Lei 12.850/2013) – *RT* 938/241-297 (DTR\2013\10480);
- "Mal de polícia" – À propósito de uma criminologia radical, de Augusto Jobim do Amaral – *RBCCrim* 111/263-291 (DTR\2015\245);
- O impacto social da organização militar da polícia, de Almir Valente Felitte e Marcio Henrique Pereira Ponzilacqua – *RBCCrim* 132/193-217 (DTR\2017\1429); e
- Organização criminosa e repressão jurídico-penal na realidade brasileira, de Luciano Anderson de Souza – *RIASP* 30/55-72 (DTR\2012\451351).

Historical origins of international criminal law, de Morten Bergsmo, Klaus Rackwitz e Tianying Song (ed.)

Sven Peterke

Doutor *summa cum laude* em Ciências Jurídicas pela Ruhr-Universität Bochum, Alemanha (2005), onde também concluiu o Mestrado (multidisciplinar e bilíngue) em Assistência Humanitária Internacional (2001). Jurista diplomado pela Christian-Albrecht-Universität zu Kiel, Alemanha (2000). Concluiu, no Estado de Sarre, Alemanha, a capacitação para o cargo de juiz (2003-2005). Professor visitante na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (2006-2009). Estágio pós-doutoral no Instituto Max Planck para Direito Constitucional Comparado e Direito Internacional Público em Heidelberg, Alemanha (2016-2017). Desde 2016, é membro do painel de peritos convocado pelo Ministro da Polícia da África do Sul para emitir recomendações sobre a implementação de uma reforma policial. Professor Associado no Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. Membro da International Law Association Brasil. Membro honorário do Comitê Estadual de Enfrentamento ao Tráfico e Desaparecimento de Pessoas da Paraíba.
speterke@yahoo.de

Resumo: A presente resenha discute o mais recente volume de uma obra gratuitamente disponível na versão *e-book*, mas, sem dúvida, fundamental para o estudo da jurisdição penal internacional em geral e do Tribunal Penal Internacional em particular. Trata-se de um trabalho indispensável para a compreensão de sua atual crise, pois revela tanto os "pecados originais" cometidos no processo de criação de sua Procuradoria como a complexidade da tarefa de realizar investigações criminais capazes de assegurar um grau de êxito suficiente para reafirmar a crença da sociedade internacional nessa instituição tão importante. Além disso, a publicação oferece elementos básicos para a construção de uma sociologia da justiça penal internacional.

Palavras-chave: Tribunal Penal Internacional – Procuradoria – Ministério Público Internacional – Construção de capacidades investigativas – Jurisdição Penal Internacional – História – Estatuto de Roma.

Abstract: The following book review discusses the most recent volume of a free of charge-publication in its *e-book* version on the development of the international criminal jurisdiction in general and the International Criminal Court in particular. It is doubtlessly a fundamental work for the analysis comprehension of its current crisis. It sheds light on failures and misjudgments made during the early days of the Office of the Prosecutor as well as the complex task of conducting investigations crowned with a sufficient degree of success to re-affirm the faith of international society in this important institution. Moreover, it offers basic elements for a sociology of international criminal justice.

Keywords: International Criminal Court – Office of the Prosecutor – International Criminal Prosecution – Investigative capacities – International Criminal Jurisdiction – History – Rome Statute.

Dados bibliográficos: BERGSMO, Morten; RACKWITZ, Klaus; SONG, Tianying (Ed.). *Historical origins of international criminal law*. Bruxelas: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2017.

Peterke, Sven. Historical origins of international criminal law, de Morten Bergsmo, Klaus Rackwitz e Tianying Song (ed.). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 154. ano 27. p. 355-365. São Paulo: Ed. RT, abril 2019.

Vinte anos após a adoção do Estatuto de Roma, o Tribunal Penal Internacional (TPI) encontra-se em uma profunda crise institucional. Em uma situação como essa, é sempre saudável lembrar tanto a conquista histórica que a instalação dessa corte permanente representou para a humanidade quanto dos desafios postos à realização e manutenção de tão ambicioso projeto. Outrossim, as críticas que podem e devem ser feitas para a superação da crise correm o risco de se tornarem cegas e destrutivas. Na pior hipótese, acabam tendo o efeito indesejado de atender a interesses políticos e ideológicos daqueles que se opõem a persecução penal de atores responsáveis pelo cometimento dos "crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto"[1], como genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e o crime de agressão.

Ante esse contexto desfavorável, nos dá certa tranquilidade a certeza de que temos à nossa disposição uma obra que serve primorosamente para tais reflexões. Os estudiosos do Direito Internacional Penal não precisam adivinhar muito qual o título, trata-se da série *Historical Origins of International Criminal Law*, cujo primeiro volume foi publicado em 2014. Agora, o projeto já abarca cinco volumes, compreendendo, ao todo, 4.532 páginas produzidas por 148 autores renomados e competentes.

Possivelmente por conta dessa dimensão literária gigantesca, que por si só já indica com que meticulosidade o projeto está sendo implementado, a edição de todos os volumes foi realizada por três ou quatro especialistas da área. No entanto, não é por acaso que o Professor Dr. Morten Bergsmo, diretor do *Centre for International Law Research and Policy* (CILRAP), entre outras funções, é o único que participou da edição de todos os volumes. É meritório ao professor citado observar que ele se destaca como *primus inter pares*, em especial por sua impressionante produtividade científica no campo do Direito Internacional Penal, no qual se mesclam de modo extremamente desafiador o Direito Internacional Público e o Direito Penal. Ademais, trata-se de uma disciplina enraizada nas mais diversas culturas e ordenamentos jurídicos. Contudo, é também de suma importância o fato de que Bergsmo atua há mais de 25 anos como perito internacional nessa área específica e, por isso, conhece a realidade forense de diversos tribunais penais internacionais. Em particular, Morten Bergsmo foi figura-chave na própria concepção e construção do TPI, na qual participou como coordenador do *preparatory team* da Procuradoria (2002-2003). Por esse e outros motivos, é uma grande honra e um enorme prazer resenhar o mais recente volume da *Historical*

1. Art. 5º, 1 Estatuto de Roma do TPI, de 17 de julho de 1998. Decreto-presidencial 4.388, de 25 de setembro de 2002.

Origins of International Criminal Law, de 2017, editado junto com o "veterano" alemão, Klaus Rackwitz, atualmente diretor da *International Nuremberg Principles Academy*, e a jovem pesquisadora chinesa, Song Tianying, atualmente editora da *Torkel Opsahl Academic EPublisher* (TOAEP).

Quem ainda desconhece essa editora deve saber: ela oferece todas as suas publicações, em excelente qualidade, como *e-books* gratuitamente disponíveis, assim sendo uma verdadeira joia tanto para pesquisadores como para operadores[2]. A ideia por trás dessa iniciativa é que, após algumas décadas de tribunais internacionais (ICTY, ICTR, entre outros, e o próprio TPI), já existe um robusto acervo jurisprudencial sobre o Direito Internacional Penal que precisa ser aplicado nas jurisdições domésticas. Disso depende, em certo sentido, a sobrevivência do TPI e o prestígio da jurisdição internacional, pois é impossível a um só tribunal "mundial" conhecer todas as atrocidades cometidas no planeta. Por isso há a necessidade da vulgarização dessa jurisprudência e doutrina. No que se refere à obra em análise, que pode ser também comprada como versão impressa (Index: 35,- £), a eletrônica não é apenas mais econômica e ecológica, como também mais portátil: 1.180 páginas, mesmo impressas em folhas finas, geram um peso considerável que pode tornar a leitura um esforço físico fatigante, caso o livro precise permanecer nas mãos do recipiente ou ser transportado. Por outro lado, a versão impressa talvez seja a opção melhor para quem tenha dificuldades em se orientar virtualmente em uma publicação com impressionantes 48 capítulos.

Dito isso, é óbvia a impossibilidade de apresentar e discutir o conteúdo inteiro de uma obra tão monumental, além de acessível a qualquer público interessado em poucos instantes. Portanto, limito-me aqui a expor em linhas gerais os principais objetivos e méritos do volume, discutindo alguns aspectos das quatro partes em que se distribuem os capítulos, porém, sem abdicar de um olhar crítico que se espera do autor de uma resenha.

O primeiro ponto que merece destaque é o fato de que o volume 5 é integralmente dedicado ao Ministério Público do TPI. Os quatro anteriores trataram da gênese histórica do Direito Internacional Penal até a criação dos tribunais *ad hoc* nos anos 1990, esforçando-se para suplementar as narrativas estereotípicas (sobretudo as eurocêntricas), e até contemplando questões procedimentais e metodológicas[3]. Ainda não há um volume inteiramente dedicado ao TPI, a não ser capítulos sobre aspectos específicos, localizados nos volumes 3 e 4.

2. Para baixá-las, acesse: [http://toaep.org/ps/]. Acesso em: 17.06.2018.
3. Ver para uma resenha dos volumes anteriores: ZHU, Wenqui. *Asian Journal of International Law*, v. 2, n. 7, p. 379-388, 2017.

O que causa alguma perplexidade na análise da série é a falta de subtítulos que informem nas capas dos volumes a sistemática ou, pelo menos, o conteúdo geral de cada volume, oferecendo assim uma primeira orientação ao sujeito interessado. Uma explicação para essa omissão, que parece ter sido intencional, é que os editores possivelmente almejavam tratar a coleção, desde o início, como um projeto aberto e inacabado, tanto diante da rápida evolução da matéria, quanto da sua enorme complexidade.

Até o próprio volume 5 da obra parece seguir essa lógica: as suas últimas duas partes consistem em apenas três capítulos, criando certo desequilíbrio estético, mas assinalando espaço para análises adicionais. Só que o volume, em nenhum momento, afirma esgotar todos os aspectos importantes dos primeiros dias do Gabinete do Procurador junto ao TPI, pelo contrário, segundo os editores, os dois objetivos principais da publicação consistem no resgate da história da *capacity-construction* da Procuradoria do TPI, a fim de contribuir para o processo de formação das capacidades nacionais de investigar e processar os crimes internacionais[4], e bem assim, na disponibilização ao mundo acadêmico dos mais relevantes documentos e materiais elaborados e discutidos por especialistas entre os anos 2002 e 2003[5]. Embora esses objetivos pareçam modestos, são movidos por uma visão teórica para o futuro: como sugere Bergsmo em outra passagem, a história institucional do TPI deve ser considerada como a pedra fundamental de uma sociologia da Justiça Internacional Penal. Nas palavras do colega norueguês, "A promissora subdisciplina história do direito internacional criminal deve incluir no seu escopo as instituições da justiça internacional e não apenas as decisões que elas produzem, os tratados e outras fontes formais do direito internacional penal. Este volume é meramente um início provisório de uma história do nascimento da Procuradoria nos anos 2002 a 2003. [...] Precisamos de uma sociologia da justiça penal internacional." (tradução nossa[6])

4. BERGSMO, Morten; RACKWITZ, Klaus; SONG, TIANYING. Editor´s Preface. In: BERGSMO, Morten; RACKWITZ, Klaus; SONG, TIANYING (Ed.). *Historical origins of international criminal law*. Bruxelas: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2017, v. 5, p. i.
5. Ibid., p. ii.
6. BERGSMO, Morten. Institutional History, Behaviour and Development. In: BERGSMO, Morten; RACKWITZ, Klaus; TIANYING, Song (Ed.), *op. cit.* (nota 3), p. 26: "The promising sub-discipline of history of international criminal law should include in its scope international justice institutions, not just the decisions they produce, treaties and other sources of international criminal law. The volume is only a tentative beginning of a history on the birth of the ICC Office of the Prosecutor in 2002-2003. [...] We need a sociology of international criminal justice."

Em concordância com essa assertiva, reitero o diferencial e mérito do volume 5, que, de fato, constitui-se numa ferramenta preciosa para entender melhor uma série de defeitos e desafios que o TPI está atualmente enfrentando. Já no primeiro capítulo[7], escrito por Bergsmo[8] e que serve como introdução panorâmica, o autor não hesita em apontar algumas falhas que se configuram como "pecados originais" daquele momento "pós-parto" da corte. Após a apresentação dos riscos que ele incialmente enxergou como coordenador do *preparatory team* (entre outros: procedimentos morosos, expectativas exorbitantes, uso imprudente dos poderes discricionários pela Procuradoria), Bergsmo faz a autocrítica de ter subestimado o perigo de uma "liderança inadequada" (tradução nossa)[9], com o potencial de produzir uma insalubre cultura organizacional. Na sua opinião, esse perigo infelizmente se concretizou, em especial, na figura do primeiro Procurador do TPI, o argentino Luis Moreno Ocampo (2003 a 2012). Evitando qualquer tom acusatório de cunho pessoal, Bergsmo manifesta sua profunda insatisfação com a escolha dele pelos Estados Partes do tribunal. Até rearticula sua contínua decepção em virtude da não consideração do ex-Subprocurador-geral da República e ex-Professor de Direito Penal na UnB, Carlos Eduardo Vasconcelos, como candidato ao cargo, informação essa ainda mais penosa ao chegar ao conhecimento do leitor brasileiro:

> O senhor Vasconcelos, que tinha servido como Vice-Procurador na Administração Transitória das Nações Unidas para Timor-Leste, foi um dos candidatos pré-selecionados para a escolha do primeiro Procurador do TPI. A história de como sua candidatura foi inviabilizada em uma reunião do Conselho da Assembleia dos Estados partes do TPI, no início de 2003, é interessante e ainda precisa ser contada publicamente. Considerando os sérios desafios enfrentados pelo Ministério Público naquele período do mandato do primeiro Procurador, Senhor Moreno Ocampo, é surpreendente que os acadêmicos ainda não produziram análises mais penetrantes do processo que resultou na sua eleição. O que é importante para o futuro é entender as falhas do controle de qualidade no processo da tomada de decisão, inclusive quais os agentes que tentaram

7. Ibid., p. 1-31.
8. No mais, Bergsmo é (co-)autor dos capítulos 43 (*Measures Available to the International Criminal Court to Reduce the Length of Proceedings*, p. 651-694), 44 (*Fact-Finding and Investigative Functions of the Office of the Prosecutor, Including International Cooperation*, p. 695-738), 45 (*The Principle of Complementarity in Practice*, p. 739-800) e 48 (*The First Budget of the Office of the Prosecutor*, p. 1.009-1.034).
9. BERGSMO, Morten, *op. cit.* (nota 5), p. 24: "inadequate leadership".

> exercer influência nele. Há considerável material disponível para pesquisadores interessados. Por exemplo, durante uma reunião subsequente, convocada pelo Conselho em Nova Iorque no início de 2003, para representantes dos Estados partes, o representante alemão, Embaixador Christian W. Much, por diversas vezes manifestou preocupações sobre o único candidato apresentado, o Senhor Moreno Ocampo. O falecido Juiz Hans-Peter Kaul explicou a alguns colegas no TPI que a Embaixada alemã em Buenos Aires tinha preparado um relatório para o Ministério das Relações Exteriores da Alemanha, que foi desfavorável ao candidato. Só que Alemanha não foi ouvida na reunião chave, apesar de ser o principal contribuinte financeiro da Corte naquela época e de ter desempenhado um papel vital durante a construção da Corte." (tradução nossa[10])

Bergsmo termina sua introdução com reflexões sobre a integridade do Procurador como questão-chave para a credibilidade e desempenho do TPI. O *prepatory team* aspirou a enfrentar o assunto, sobretudo, pela elaboração de um código de conduta como parte do Projeto de Regulamentos da Procuradoria (tradução nossa[11]). Esse aspecto é analisado com maior profundidade por Salim A. Nakhjavaini em seu capítulo sobre *As origens e o desenvolvimento do Código de Conduta*

10. BERGSMO, Morten. Institutional History, Behaviour and Development. In: BERGSMO, Morten; RACKWITZ, Klaus; TIANYING, Song (Ed.), *op. cit.*, p. 5 (nota 10): "Mr. Vasconcelos, who had served as a Deputy Prosecutor in the United Nations Transitional Administration in East Timor, was one of the shortlisted candidates to be the first ICC Prosecutor. The story of how his candidature was derailed in a meeting of the Bureau of the ICC Assembly of States Parties in early 2003 is interesting and yet to be publicly told. Given the serious challenges faced by the ICC Office of the Prosecutor during the period of the first Prosecutor, Mr. Moreno Ocampo, it is surprising that academics have not produced more penetrating analyses of the process that led to his election in the first place. What is important for the future is to understand the quality control failures in the decision-making process, including which actors sought to exercise influence over it. There is considerable material available for interested researchers. For example, during a subsequent meeting called by the Bureau in New York in early 2003 for representatives of States Parties, the German representative, Ambassador Christian Much, several times raised concerns about the sole candidate presented, Mr. Moreno Ocampo. The late Judge Hans-Peter Kaul explained to some colleagues at the ICC that the German Embassy in Buenos Aires had prepared a report for the German Foreign Ministry that was unfavourable about the candidate. But Germany was not heard at the key meeting, although Germany was the main financial contributor to the Court at the time and had played a vital role during the making of the Court."
11. *Draft Regulations of the Office of the Prosecutor*.

(tradução nossa[12]), chamando atenção ao fato de que essas normas, que passaram por um processo de revisão, somente foram adotadas em setembro de 2013 pela atual Procuradora Fatou Bensouda. Revelando sua consternação, Nakhjavaini ratifica a avaliação de Jens Meierheinrich[13], segundo o qual tal atraso "não surpreendeu" (tradução nossa)[14].

Para o leitor, trata-se de uma leitura emocionante, em particular, diante das acusações recentemente ventiladas pela mídia concernentes a diversas falhas pessoais do primeiro procurador, inclusive o possível recebimento de propina para barrar investigações contra políticos e empresários na Líbia e no Quênia[15]. No entanto, é preciso ter muita cautela com tais informações. Como o próprio Carlos Eduardo Vasconcelos atesta no seu capítulo sobre o *Projeto de Regulamentos da Procuradoria* (tradução nossa)[16], ficou muito claro para a equipe do *preparatory team,* desde o início, que o Procurador (qualquer que ele fosse) logo se converteria em alvo de ataques e jogos políticos, tanto assim, que a Corte é considerada, atualmente, como uma espécie de *lawfare* por seus adversários[17].

Diante disso, é certo e importante que a primeira parte da obra, compreendendo 41 capítulos versando sobre *Capacitando para investigar e perseguir os crimes internacionais de maior gravidade* (tradução nossa[18]), retira a pessoa do Procurador-geral do centro das considerações por demonstrar a enorme complexidade do desafio de fazer a Procuradoria do TPI operar eficientemente. Talvez não traga grande satisfação intelectual o estudo das centenas de questões altamente técnicas que resultaram em tantos documentos, muitos não aprovados, mesmo assim, é um trabalho de conscientização importante. Como elucida Xabier Agirre,

12. The Origins and Development of the Code of Conduct. In: BERGSMO, Morten; RACKWITZ, Klaus; TIANYING, Song (Ed.), *op. cit.* (nota 3), p. 951-1006.
13. Ibid., p. 952: "not entirely surprising".
14. The Evolution of the Office of the Prosecutor at the International Criminal Court: Insights from Institutional Theory. In: MINOW, Martha; True-Frost, Cora; Whiting, Alex (Ed.). *The First Global Prosecutor*: Promise and Constraints. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2015, p. 118.
15. Ver BECKER, Sven; PLASBERG, Marian; PIEPER, Dietmar. Affãre Ocampo: Wie sich der Chefankläger des Weltstrafgerichts an die dunkle Seite verriet. In: *DER SPIEGEL*, n. 40, p. 86-91, 2017.
16. Draft Regulations of the Office of the Prosecutor. In: BERGSMO, Morten; RACKWITZ, Klaus; TIANYING, Song (Ed.), *op. cit*. (nota 3), p. 801-949.
17. Ibid., p. 819.
18. *Building Capacity to Investigate and Prosecute Core International Crimes*.

no seu capítulo sobre *O papel da capacidade analítica* (tradução nossa[19]), não são poucos os que acreditam ser tarefa fácil acusar pessoas, em tese, responsáveis pelo assassinato de milhares de pessoas. Porém, não há somente elementos materiais que precisam ser suficientemente elucidados e provados antes da escolha de casos específicos dentro de uma situação em análise, mas também restrições financeiras, pessoais e temporais. O princípio da economia processual aplica-se também à Procuradoria, obrigada a realizar investigações eficientes e céleres, o que pressupõe uma ideia exata da qualidade e da acessibilidade das provas em ambientes estrangeiros, onde as testemunhas muitas vezes não recebem proteção nenhuma, pelo contrário, sofrem graves ameaças e têm medo de se identificar. Por incrível que pareça, a competição entre os agentes encarregados das investigações por meios e recursos pode gerar o fenômeno que Agirre chama de "síndrome do delegado egoísta" (tradução nossa[20]), que se traduz como o esforço de "exagerar" ou até distorcer "seu" caso, a fim de demarcar e preservar domínios conquistados e assim justificar seu financiamento.

Ocorre também a "síndrome do paraquedista" (tradução nossa[21]), referente ao investigador "estressado", ou seja, aquele que chega em *terra incógnita* e recolhe a esmo e sem maior foco "o que acha", no tempo que lhe foi concedido, acumulando uma série de informações deficientes, conduzindo a um olhar seletivo e neocolonialista do processo e dos fatos. Nesse sentido, como destaca Hanne Sophie Greve em capítulo[22] posterior, para compreender crimes tão complexos, "é fundamental ter uma compreensão adequada da sociedade em que os crimes em grande escala ocorreram, antes de apurá-los, pois a disparidade entre a sociedade antes e depois oferece uma variedade de caminhos para sua investigação"[23].

Vários outros temas e desafios analisados na obra mereceriam comentários, se não fossem as restrições de tempo e espaço de uma resenha. Cito aqui, apenas para avivar ainda mais a curiosidade do leitor, entre muitos outros, os capítulos

19. The Role of Analysis Capacity. In: BERGSMO, Morten; RACKWITZ, Klaus; TIANYING, Song (Ed.), *op. cit.* (nota 3), p. 37-120.
20. Ibid., p. 41: "syndrome of the selfish officer".
21. Ibid., p. 45. "paratrooper syndrome".
22. Characteristics of Large-Scale Crimes. In: BERGSMO, Morten; RACKWITZ, Klaus; TIANYING, Song (Ed.), *op. cit.* (nota 3), p. 271-274.
23. Ibid., p. 271: "To understand large-scale crimes […] it is fundamental to have a sound understanding of the society in which the crimes took place, prior to the crimes, as the disparity between the society before and after will offer a variety of inroads to investigate the crimes […]."

abordando *A necessidade de uma Unidade Consultiva Científica*, os *Requisitos para investigar liderança* ou a *Política persecutória, estratégia e relações exteriores* (traduções nossas)[24], este último lembrando o enorme desafio de garantir os direitos dos suspeitos e dos acusados, sobretudo, a presunção da inocência, e manter a objetividade e imparcialidade dos agentes da persecução penal diante da enorme cobrança midiática.[25] Todos os capítulos foram escritos por especialistas da matéria, porém se distinguem, às vezes fundamentalmente, em termos de abrangência. Os autores mais conhecidos no Brasil talvez sejam William A. Schabas[26], William J. Fenrick[27] e Richard J. Goldstone[28].

Outras contribuições ainda podem ser destacadas como provas da boa qualidade geral da obra em análise, cuja segunda parte versa sobre *Processos de Consultoria Temática de Experts*, a terceira sobre o *Código de Conduta e Regulamentos da Procuradoria* e a última sobre o *Orçamento da Procuradoria* (traduções nossas[29]). Enfim, nada mais justo do que repetir as palavras de outro recenseador[30], isto é, agradecer aos editores pelos esforços feitos, que, com certeza, possibilitarão e estimularão novas pesquisas e reflexões sobre o TPI e a Justiça Internacional Penal.

Foi criticada a composição predominantemente masculina dos autores do volume 5[31]. A relação de 1 para 5[32] entre mulheres e homens parece justificar tal

24. Baraybar, José Pablo. On the Need for a Scientific Advisory Unit; SOLDAL, Tore. Requirements in Leadership Investigation; HALL, Christopher Keith. Prosecutorial Policy, Strategy and External Relations., p. 293-374. Todos in: BERGSMO, Morten; RACKWITZ, Klaus; TIANYING, Song (Ed.), *op. cit.* (nota 3).
25. Ibid., p. 371. No entanto, concordo com VAN SCHAACK, Beth, *American Journal of International Law*, v. 112, n. 1, p. 147, 2018, em que esse assunto merece mais atenção ainda.
26. Interacting with Academic Institution. In: BERGSMO, Morten; RACKWITZ, Klaus; TIANYING, Song (Ed.), *op. cit.* (nota 3), p. 377-382.
27. Legal Advisory Expertise. In: BERGSMO, Morten; RACKWITZ, Klaus; TIANYING, Song (Ed.), *op. cit.* (nota 3), p. 511-512.
28. Nine comments. In: BERGSMO, Morten; RACKWITZ, Klaus; TIANYING, Song (Ed.), *op. cit.* (nota 3) p. 619-622.
29. *Thematic Expert Consultation Processes*, *Code of Conduct and Regulations of the Office of the Prosecutor*, *Budget of the Office of the Prosecutor*.
30. MAGNAUX, Claire. *Journal of International Criminal Justice*, v. 15, p. 599, 2017.
31. VAN SCHAACK, Beth. *American Journal of International Law*, v. 112, n. 1, p. 147, 2018.
32. São elas: GREVE, Hanne Sophie. Characteristics of Large-Scale Crimes, p. 271-274; SCHRAG, Minna. Substantive and Organisational Issues, p. 391-398; Uertz-Retzlaff,

avaliação a se considerar o fato de que várias mulheres fizeram contribuições importantes à consolidação do Direito Internacional Penal no momento histórico abordado pela obra. No entanto, talvez seja igualmente oportuno observar que a maioria delas destacou-se nos tribunais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia (ICTY) e Ruanda (ICTR), como, por exemplo, Louise Arbour, primeira procuradora-geral do ICTY, Gabrielle Kirk-MacDonald, ex-presidente do ICTY, ou Navanetheem Pillay, ex-presidente do ICTR e ex-juíza no TPI. A obra, porém, trata da procuradoria do TPI nos anos 2002 a 2003, e faz o esforço de reunir especialistas de alguma forma envolvidos/as com sua construção naquele momento histórico. Por isso, talvez seja mais pertinente criticar essa circunstância do que a composição predominante masculina dos autores da obra. Mesmo assim, é justo chamar atenção à necessidade se de fortalecer a voz feminina nessa área de pesquisa, que, além disso, continua a sofrer um *bias* anglo-americano, inclusive, entre as mulheres. Aparentemente, esse pessoal conseguiu conquistar com mais facilidade vagas nos Tribunais Penais Internacionais, razão pela qual Bergsmo repete a sua crítica anterior de um desequilíbrio entre representantes de jurisdições de *common* e *civil law*, enfatizando que, "[l]amentavelmente, em 2002, em torno de 85% dos gestores da Procuradoria do ICTY vieram de quatro países: Estados Unidos, Reino Unido, Canadá e Austrália" (tradução nossa[33]).

Enfim, seria claramente desejável ver mais brasileiros atuantes como operadores ou doutrinadores do Direito Penal Internacional. O fato de que há só um brasileiro, isto é, o próprio Carlos Eduardo Vasconcelos, entre os 148 autores da série resenhada sublinha essa avaliação. Como parece, a experiência que muitos brasileiros tiveram no Timor-Leste, trabalhando para a Administração Transitória das Nações Unidas, não foi o suficiente para estimular uma inserção maior nos "clubes" que determinam o presente e o futuro da Justiça Internacional Criminal. Também há um expressivo número de brasileiros no meio acadêmico que

Hildegard. Prosecutor-Directed Investigations, p. 399-402; MacDonald, Avril (junto com HAVEMAN, Roelof). On the Exercise of Prosecutorial Discretion, p. 495-508; LAMB, Susan R. International Law Expertise, p. 557-570; Boelart-Suominen, Sonja A.J. Remarks on Caseload and Disclosure, p. 611-618; TAYLOR, Linda A. Reparations and the Prosecution, p. 643-650; e TIANZING, Song (junto com BERGSMO, Morten). The Principle of Complementarity in Practice, p. 739-800. Todas in: BERGSMO, Morten; RACKWITZ, Klaus; TIANYING, Song (Ed.), *op. cit.* (nota 3).

33. BERGSMO, Morten. Institutional History, Behaviour and Development. In: BERGSMO, Morten; RACKWITZ, Klaus; TIANYING, Song (Ed.), *op. cit.* (nota 3), p. 9: "Regrettably, by 2002, some 85% of managers in the ICTY Office of the Prosecutor came from four countries: the United States, United Kingdom, Canada and Australia."

publicam, pesquisam e promovem o Direito Internacional Penal e o Direito Internacional Público. Seria muito arriscado nominá-los pelo elevado risco de omitir alguns. Como em outras áreas acadêmicas no Brasil, as múltiplas causas não são somente as dificuldades com as línguas estrangeiras, mas também uma lamentável falta de acesso às geralmente caríssimas obras fundamentais, raramente adquiridas pelas bibliotecas das Faculdades de Direito brasileiras, o que reduz sua competitividade internacional.

Independentemente disso, faz-se necessário repetir nossa extrema gratidão à TOAEP por disponibilizar gratuitamente pela internet publicações tão relevantes como a *Historical Origins of International Criminal Law*. Espera-se, com muita curiosidade, pelos próximos volumes, que, como tudo indica, abordarão a história dos tribunais penais híbridos ("mistos"), além do próprio TPI, entre outros assuntos ainda a serem estudados.