Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 26 • vol. 143 • maio / 2018

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS
Ano 26 • vol. 143 • maio / 2018

Presidência
Cristiano Avila Maronna

Coordenação
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA – IBCCRIM

Editora-Chefe – Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Editores-Assistentes – Chiavelli Facenda Falavigno, Daniel Leonhardt, Jéssica da Mata, Pedro Castro, Thiago Araújo 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); 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)

Adrian Barbosa e Silva (CESUPA – Belém/PA); Alexandre Ribas de Paulo (UEM – Maringá/PR); Alexei Choi Caruncho (FEMPAR – Curitiba/PR); Alexis Couto de Brito (Mackenzie – São Paulo/SP); Américo Bedê Freire Júnior (Faculdades de Vitória – Vitória/ES); Ana Cristina Gomes (USAL – Salamanca/ESP); André Machado Maya (FMP – Porto Alegre/RS); Andressa Loli Bazo (USP – São Paulo/SP); Antonio Carlos Tovo Loureiro (Ulbra – Porto Alegre/RS); Antonio E. Ramies Santoro (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ); Antônio Goya de Almeida Martins-Costa (PUCRS – Porto Alegre/RS); Antonio José Franco de Souza Pêcego (PUC Minas – Uberlândia/MG); Arthur Cesar de Souza (UFPR – Curitiba/PR); Aury Lopes Jr. (PUCRS – Porto Alegre/RS) ; Brunna Laporte Cazabonnet (PUCRS – Porto Alegre/RS); Bruno Shimizu (DPESP – São Paulo/SP); Bruno Silveira Rigon (PUCRS – Porto Alegre/RS); Caíque Ribeiro Galícia (PUCRS – Porto Alegre/RS); Camilla Marcondes Massaro (PUCC – Campinas/SP); Clara Masiero (Unisinos – São Leopoldo/RS); Cloves Augusto Alves Cabral Ferreira (FAAO – Amazônia/AM); Cristhovão Fonseca Gonçalves (FASETE – Paulo Afonso/BA); Cristina Rego de Oliveira (FDUCP – Lisboa/POR); Criziany Machado Felix (URCAMP – Alegrete/RS); Danilo Marques Borges (UNISINOS – Vale do Rio dos Sinos/RS); David Leal da Silva (PUCRS – Porto Alegre/RS); Débora Fioratto (PUC Minas – Belo Horizonte/MG); Denise Hammerschmidt (UENP – Jacarezinho/PR); Diego Alan Schöfer Albrecht (PUCRS – Porto Alegre/RS); Eduardo Augusto Paglione (ACADEPOL – São Paulo/SP); Felipe da Costa De-Lorenzi (PUCRS – Porto Alegre/RS); Fernando Braga Damasceno (FDUL – Lisboa); Flávio Augusto Maretti Sgrilli Siqueira (LFI – São Sebastião do Paraíso /MG); Francis R. Beck (UNISINOS – São Leopoldo/RS); Francisco de Assis de França Júnior (CESMAC – Maceió/AL); Gabriel Haddad Teixeira (UnB – Distrito Federal/DF); Gisela Aguiar Wanderley (UnB – Brasília/DF); Guilherme Francisco Ceolin (PUCRS – Porto Alegre/RS); Gustavo Noronha de Ávila (UEM – Maringá/PR); Heidi Rosa Florêncio Neves (UNISA – São Paulo/SP); Humberto Soares de Souza Santos (UERJ – Rio de Janeiro/RJ); Indaiá Lima Mota (UFBA – Salvador/BA); James William Santos (PUCRS – Porto Alegre/RS); Jéssica Raquel Sponchiado (FDUSP – São Paulo/SP); Joel de Freitas (UNEMAT – Cáceres/MT); Jorge Trindade (Universidade Luterana do Brasil – Canoas/RS); José Danilo Tavares Lobato (UFRRJ – ICHS – Seropédica/RJ); Juan Pablo Montiel (Universidad de San Andrés – ARG); Juliana Frei Cunha (UNIP – São José dos Campos/SP; Keity Mara Ferreira de Souza e Saboya (UFRN – Natal/RN); Leonardo Costa de Paula (UFPR – Curitiba/PR); Lucas Melo Borges de Souza (FDV – Vitória/ES); Lucas Minorelli (PUCRS – Porto Alegre/RS); Luiz Fernando Kazmierczak (UENP – Paraná); Marlon Hungaro (Faculdade Castelo Branco – Colatina/ES); Maurício Sant'Anna dos Reis (CESF – Porto Alegre/RS); Natália Gonçalves Barroca (Estácio Recife – Recife/PE); Nestor Eduardo Araruna Santiago (UFC e UNIFOR/CE); Pablo Rodrigo Alflen (UFRGS – Porto Alegre/RS); Paulo Thiago Fernandes Dias (UNISINOS – São Leopoldo/RS); Renata Guadagnin (PUCRS – Porto Alegre/RS); Ricardo Jacobsen Gloeckner (PUCRS – Porto Alegre/RS); Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson (IFRN – João Câmara/RN); Ruiz Ritter (PUCRS – Porto Alegre/RS); Salah Khaled Jr. (FURG – Rio Grande/RS); Thadeu Augimeri de Goes Lima (USP – São Paulo/SP); Theuan Carvalho Gomes da Silva (UNESP – Franca/SP); Thiago Allisson Cardoso de Jesus (PUCRS – Porto Alegre/RS); Tomás Grings Machado (UNISINOS – Vale do Rio dos Sinos/RS)

AUTORES (DESTE VOLUME)

Ana Luisa Rodrigues da Silva (OABRS – Porto Alegre/RS); Anderson Affonso de Oliveira (SEAP – Rio de Janeiro/RJ); Antonio Eduardo Ramies Santoro (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ); Aury Lopes Jr. (PUCRS – Porto Alegre/RS); Christiano Falk Fragoso (UERJ – Rio de Janeiro/RJ); Douglas Carvalho Ribeiro (UFMG – Belo Horizonte/MG); Edwar De Alencar Castelo Branco (Universidade Federal do Piauí – Teresina/PI); Erica do Amaral Matos (USP – São Paulo/SP); Francisco Silveira Benfica (UNISINOS – Vale do Rio dos Sinos/RS); João Diego Rocha Firmiano (OABSP – São Paulo/SP); Jorge Albino Quintas de Oliveira (Universidade do Porto – Portugal); Juliano de Oliveira Leonel (Faculdade Santo Agostinho – Teresina/PI); Natália Lucero Frias Tavares (UCP – Petrópolis/RJ); Pat O'Malley (Australian National University – Austrália); Sérgio Bruno Araújo Rebouça (Universidade Federal do Ceará – Fortaleza/CE); Thiago Bottino (FGV – Rio de Janeiro/RJ); Vanessa Chiari Gonçalves (UFRS – Porto Alegre/RS); Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa (UFMG – Belo Horizonte/MG)

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 26 • vol. 143 • maio / 2018

Coordenação (editora-chefe)
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 26 • vol. 143 • maio / 2018

Presidência
Cristiano Avila Maronna

Coordenação (editora-chefe)
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

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

THOMSON REUTERS ProView™
INCLUI VERSÃO ELETRÔNICA DA REVISTA

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

Juliana Mayumi Ono
Diretora responsável

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 RT
(atendimento, em dias úteis, das 8 h às 17 h)
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor
sac@rt.com.br

e-mail para submissão de originais
revista@ibccrim.org.br

Visite nosso *site*
www.rt.com.br

Impresso no Brasil: [05-2018]
Profissional
Fechamento desta edição: [22.03.2018]

CÓPIA NÃO AUTORIZADA É CRIME
ABDR
ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITOS REPROGRÁFICOS
RESPEITE O DIREITO AUTORAL
EDITORA AFILIADA

IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2017/2018

Diretoria Executiva

Presidente
Cristiano Avila Maronna
1º Vice-Presidente
Thiago Bottino
2º Vice-Presidenta
Eleonora Rangel Nacif
1º Secretário
Renato Stanziola Vieira
2º Secretário
Roberto Corcioli Filho
1º Tesoureiro
Edson Luis Baldan
2º Tesoureiro
Bruno Shimizu
Diretor Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais
Carla Cilene Gomes
Assessora da Presidência
Jacqueline Sinhoretto

Conselho Consultivo

Presidente
Andre Pires de Andrade Kehdi
Membros
Carlos Alberto Pires Mendes
Helios Alejandro Nogués Moyano
Mariângela Gama de Magalhães Gomes
Sérgio Salomão Shecaira
Ouvidor
Rogério Fernando *Taffarello*

Coordenadores-Chefes dos Departamentos

Amicus Curiae
Maurício Stegmann Dieter
Atualização do Vocabulário Básico Controlado
Roberto Portugal de Biazi
Biblioteca
Renato Watanabe de Morais
Boletim
Fernando Gardinali Caetano Dias
Comunicação
Gabriel de Freitas Queiroz
Concessão de Bolsas de Estudos e Desenvolvimento Acadêmico
Silvio Luiz de Almeida
Convênios
João Paulo Martinelli
Cooperação Jurídica Internacional
Maria Helena Rolim
Cursos
Yuri Felix
Estudos e Projetos Legislativos
Luis Guilherme Mendes de Paiva
Estudos sobre Habeas Corpus
Alberto Zacharias Toron
Infância e Juventude
Mariana Chies Santiago Santos
Iniciação Científica
Natália Macedo Sanzovo
Jornal de Ciências Criminais
Marina Pinhão Coelho Araújo
Justiça e Segurança Pública
Dina Alves
Mesas de Estudos e Debates
Maurides de Melo Ribeiro
Monografias
Frederico Normanha de Almeida

Núcleo de Pesquisas
Juliana de Oliveira Carlos
Política Nacional de Drogas
Luis Carlos Valois
Revista Brasileira de Ciências Criminais
Mariângela Gama de Magalhães Gomes
Revista Liberdades
Christiano Fragoso
Sistema Prisional
Paulo Cesar Malvezzi
22º Concurso de Monografias de Ciências Criminais – IBCCRIM
Frederico Normanha de Almeida
24º Seminário Internacional
Silvio Luiz Almeida

Grupo de Estudos

Grupo de Estudos Sobre Ciências Criminais e Direitos Humanos
César Mortari Barreira
Grupo de Estudos sobre Escolas Penais
Natália Macedo Sanzovo
Departamento IBCCRIM Coimbra Presidente
Rafael Serra de Oliveira

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
Camila dos Santos Silva
Eliane Yanikian
Nadir Fernandes Almeida Silva
Priscila Nicastro
Vanessa dos Santos Lima
Victor de Souza Nogueira

Núcleo de Atuação Política

Supervisão
Carolina Diniz
Equipe
Gabriel Elias
Lorraine Carvalho Silva

Núcleo de Biblioteca

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

Núcleo de Comunicação

Supervisão
Cristina Uchôa
Equipe
Harumi Visconti
Rodrigo Pastore
Vitor Munis da Silva

Núcleo de Educação

Supervisão
Allyne Andrade
Equipe
Andreza Martiniano da Silva
Ana Paula da Silva
Hegle Borges da Silva
Tânia Andrade

Núcleo de Publicações

Supervisão
Willians Meneses
Equipe
Taynara Lira
Rafael Vieira

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 26 • vol. 143 • maio / 2018

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais
Juliana Mayumi Ono

Editorial: Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Diego Garcia Mendonça, Luciana Felix, Marcella Pâmela da Costa Silva e Thiago César Gonçalves de Souza

Analistas Editoriais: André Furtado de Oliveira e Karolina de Albuquerque Araújo

Assistente Editorial: Francisca Sena

Produção Editorial
Coordenação
Iviê A. M. Loureiro Gomes

Líder Técnica de Qualidade Editorial: 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, Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos, Maria Eduarda Silva Rocha, Mayara Macioni Pinto, Patrícia Melhado Navarra, Rafaella Araujo Akiyama e Thaís Rodrigues Sampaio

Analistas de Qualidade Editorial: Carina Xavier, Daniela Medeiros Gonçalves Melo e Maria Cecilia Andreo

Estagiários: Angélica Andrade, Beatriz Brandão Belo Bicker, Miriam da Costa Leite, Nicolas Eugênio Almeida Bueno e Sthefany Moreira Barros

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Adaptação capa: Brenno Stolagli Teixeira

Controle de qualidade da diagramação: Carla Lemos

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

Analistas de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis e Rafael da Costa Brito

Sumário

Direito Penal

A legitimidade penal da proteção do respeito aos mortos: uma discussão a partir da separação entre direito e moral

The protection of posthumous respect's criminal legitimacy: a discussion based on the separation of law and moral

Douglas Carvalho Ribeiro e Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa..... 17

Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas

Improper omission of the managing director: the problem of delegation of special duties within complex corporate structures

Sérgio Bruno Araújo Rebouças 45

Processo Penal

A interceptação telefônica no contexto dos maxiprocessos no Brasil: uma análise quantitativa e qualitativa dos dados entre 2007 e 2017

Telephone interception in the context of maxprocesses in Brazil: a quantitative and qualitative data analysis between 2007 and 2017

Antonio Eduardo Ramires Santoro, Natália Lucero Frias Tavares e Anderson Affonso de Oliveira..... 89

A tridimensionalidade da crise do processo penal brasileiro: crise existencial, identitária da jurisdição e de (in)eficácia do regime de liberdade individual

The three-dimensionality of the crisis of the brazilian criminal proceedings: existential crisis; on the identity of the jurisdiction; and the (in) effectiveness of the individual liberty regime

Aury Lopes Jr. 117

Colaboração premiada: análise de sua utilização na Operação Lava Jato à luz da verossimilhança e da presunção de inocência

Plea bargain: analysis of its utilization in "Lava Jato" Operation in the light of verisimilitude and presumption of innocence

Erica do Amaral Matos 155

A súmula vinculante vincula? Um estudo da eficiência da Súmula Vinculante 24

Does binding precedent really bind? A study of the efficiency of Binding Precedent 24

Thiago Bottino 177

A prisão domiciliar com monitoramento eletrônico como alternativa ao regime semiaberto: a experiência da Comarca de Porto Alegre

Household arrest with electronic monitoring as an alternative to the semi-open regime: the experience of the Comarca of Porto Alegre

Vanessa Chiari Gonçalves 221

Decisões judiciais em matéria de drogas em São Paulo e em Portugal: estudo comparativo de *sentencing*

Judicial decisions on drug matters in São Paulo and Portugal: comparative sentencing research

Jorge Albino Quintas de Oliveira e João Diego Rocha Firmiano 245

Livramento condicional: panorama e perspectivas

Parole: overview and perspectives

Christiano Fragoso 289

Crime e Sociedade

A violência de gênero e a atuação do Estado entre o "ser" e o "dever-ser": estudo dos termos de compromisso adotados pela polícia judiciária nos casos de violência doméstica contra a mulher

Gender violence and State action between "being" and "should be": study of the terms of commitment adopted by the judicial police in cases of domestic violence against women

Edwar de Alencar Castelo Branco e Juliano de Oliveira Leonel 331

Cenários de violência sexual infantil: uma análise de indicadores de sentença condenatória

Scenarios of child sexual violence: an analysis of indicators of enforceable judgment

Francisco Silveira Benfica e Ana Luisa Rodrigues da Silva 353

Justiça sem crime e punição? Segurança, dano e compensação em um mundo neoliberal

Justice without crime and punishment? Security, harm and compensation in a neoliberal world

Pat O'Malley e Augusto Jobim do Amaral
Tradução de Leandro Ayres França 385

Índice Alfabético-remissivo 409

Política Editorial – Revista Brasileira de Ciências Criminais 415

Diretrizes ao Corpo de Avaliadores – Revista Brasileira de Ciências Criminais 425

Condições para Submissão (*checklist*) 429

A legitimidade penal da proteção do respeito aos mortos: uma discussão a partir da separação entre direito e moral

The protection of posthumous respect's criminal legitimacy: a discussion based on the separation of law and moral

Douglas Carvalho Ribeiro
Doutorando, Mestre e Graduado em Direito pela UFMG.
Advogado em Belo Horizonte/MG.
douglascarvalhoribeiro@gmail.com

Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa
Doutorando em Direito pela PUCPR. Mestre em Direito Penal pela UFMG.
Advogado em Curitiba/PR.
victorsilva.costa@yahoo.com.br

Recebido em: 18.07.2017
Aprovado em: 05.12.2017
Última versão dos autores: 18.12.2017

Áreas do Direito: Penal; Civil

Resumo: A questão de fundo que perpassa a discussão deste artigo é a da legitimidade e aptidão de incriminação de se invocar valores éticos, sociais e morais para a consecução dos objetivos do Direito Penal. Aqui a reflexão excede os crimes contra o respeito aos mortos, entendidos como tutela específica de direitos da personalidade *post mortem*. Partindo-se da natureza de tais direitos aos crimes em espécie, far-se-á uma análise crítica do eventual alcance do Direito Penal no âmbito da proteção de tais bens jurídicos.

Palavras-chave: Bem jurídico – Crimes contra o respeito aos mortos – Legitimidade – Direitos da Personalidade – Direito Penal.

Abstract: This article aims to discuss the legitimacy to invoke ethical, social and moral values for the purposes of the criminal law. Here, the reflection exceeds the crimes concerning the posthumous respect, defined as specific protection of post-mortem personality rights. Starting from the nature of such rights and their protection, it will h4 made a critical analysis of the possible scope of criminal law within the legal interests of such protection.

Keywords: Legal interests – Crimes against respect for the dead people – Legitimacy – Personality rights – Criminal law.

Ribeiro, Douglas Carvalho; Silva Costa, Victor Cezar Rodrigues da.
A legitimidade penal da proteção do respeito aos mortos: uma discussão a partir da separação entre direito e moral.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 143. ano 26. p. 17-44. São Paulo: Ed. RT, maio 2018.

Sumário: 1. Considerações iniciais. 2. Direitos da personalidade: natureza, fundamentos jusfilosóficos e características. 3. Os direitos da personalidade e sua proteção *post-mortem* (civil, administrativa e penal). 4. Anotações técnicas: o bem jurídico "respeito aos mortos" no direito brasileiro. 5. Anotações críticas: o respeito aos mortos é bem jurídico digno de tutela penal?. 5.1. O filtro da lesividade e da proporcionalidade: parâmetros metodológicos de legitimidade. 5.2. A (i)legitimidade de proteção penal do sentimento ligado a morte de terceiros: parâmetros materiais. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.

[...] *A ele, eu lhe darei sepultura.*
Para mim, é belo morrer por executar esse acto.[1]
Antígona

1. Considerações iniciais

Em uma das tragédias gregas mais longevas da tradição ocidental, Sófocles aborda a temática da morte ou, mais especificamente, do respeito aos mortos. Antígona, na peça que leva o seu nome, toma para si um único objetivo: enterrar seu irmão Polinices, morto, juntamente com Etéocles, em uma batalha pelo poder de Tebas.

O fato é desencadeado por uma decisão de Creonte – soberano de Tebas – o qual proíbe a cerimônia funerária sob a justificativa de que Polinices seria um traidor. A quem ousasse enterrá-lo incorreria no crime de "lapidação pública"[2] da cidade. Tal é o panorama geral sobre o qual se desenvolve a tragédia de Sófocles.

A discussão central de Antígona, ao fim e ao cabo, diz respeito aos limites morais ou à legitimidade de uma decisão moral contrária ao Direito. Mantem-se a indagação na perspectiva contraposta: respeitar ou não uma decisão do soberano, no caso uma lei válida, em detrimento de sua consciência ou do que a suposta lei divina demandaria. O sepultamento de seu irmão, ao largo de qualquer édito externamente imposto, era o que, para Antígona, demandaria o dever-ser.

Analisando sob um ponto de vista contemporâneo, a tragédia de Sófocles poder-se-ia traduzir na temática da proteção de direitos da personalidade em relação à vida, à morte e ao próprio corpo. A quem se destina o direito de ser sepultado? Ao indivíduo enquanto vivo ou ao sentimento de seus entes? Trata-se de uma questão meramente moral e religiosa ou também merecedora de

1. SÓFOCLES. *Antígona*. Trad. de Maria Helena Pereira. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2012. p. 50.
2. SÓFOCLES, op. cit., p. 48.

proteção jurídica? Essa proteção comporta a incidência do Direito Penal ou seria suficiente a intervenção de outras searas, notoriamente as extrajurídicas do controle social?

Todas estas indagações levam ao debate sobre a imprescindibilidade da concepção da própria liberdade. No âmbito da escolha da religiosidade, e da evidente vinculação deste postulado à tutela do sentimento religioso em relação aos mortos, encontra-se a disposição constitucional a qual versa, no inciso VI do artigo 5º, sobre inviolabilidade da liberdade de consciência e crença, assegurando-se o exercício irrestrito dos cultos religiosos e garantidos legalmente os seus locais e liturgias. Referenciando Isaiah Berlin, assim, a liberdade se apresenta em dois aspectos, sendo o negativo aquele compreendido pela ausência de restrições impingidas por terceiros a qualquer atividade individual; e o positivo a capacidade de tornar efetiva a liberdade de escolha dada pela faceta negativa[3].

Nesta linha de raciocínio, argumenta-se que a tutela infraconstitucional é justamente a ferramenta apta a concretizar esse escopo positivo idealizado por Berlin, na medida em que a livre possibilidade de crença e culto não deve ser obstaculizada por terceiros, muito menos pelo Estado (liberdade negativa). Há um princípio de liberdade extraído desse mandamento constitucional, cuja instrumentalização se dá, nos mais diversos âmbitos, por normas cíveis e administrativas, sem demandar, necessariamente, uma inserção na esfera criminal[4]. Um singelo exemplo[5] é o caso no qual um funcionário de hospital

3. BERLIN, Isaiah. *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Madrid: Alianza Editorial. 2000. p. 219-220.

4. A ponderação feita por Ávila, analisando a interpretação das leis a partir da obra secular de Beccaria, é indispensável na reflexão dessa circunstância da liberdade religiosa, haja vista ser necessário uma exata avaliação pela razoabilidade e proporcionalidade entre a aplicação de princípios e aplicação de normas. Nas palavras do autor: "Sin embargo, en una sociedad moderna, masificada y pluralista, las normas son importantísimos instrumentos para resolver problemas de coordinación, conocimento, costos de deliberación y control del poder. Demasiados principios conducen, en el limite, a la inseguridad, y demasiadas normas conducen, en un extremo, a la injusticia". ÁVILA B., Humberto. Interpretación de las leyes. *Del delitti e dele pene*: de la obra maestra a los becarios. Montevideo e Buenos Aires: editorial B & F, 2011. p. 68.

5. Interessante trazer a este trabalho caso similar julgado no Tribunal Constitucional do Peru, onde se impetrou *habeas corpus* em desfavor do Hospital Nacional "Dos de Mayo", visando obter uma ordem para liberar o corpo de ente falecido, o qual foi arbitrariamente retido por empregado do estabelecimento público de saúde. Ao tratar

privado, ao receber solicitação para liberar um corpo para familiares poderem proceder com os rituais litúrgicos, não o faz, condicionando à entrega a um pagamento. *In casu*, em conformidade com a lei penal substantiva, tal conduta poderia, em tese, enquadrar-se no dispositivo do art. 209 do Código Penal (impedimento ou perturbação de cerimônia funerária)[6]; contudo, não

---

sobre os aspectos da liberdade religiosa, o Tribunal Constitucional aborda justamente a argumentação de que existem dois aspectos para a liberdade religiosa, sendo um negativo, traduzido na proibição do Estado ou de particulares em obstarem a prática das crenças e atividades em que se manifestam e; outro positivo, onde o Estado deve gerar condições mínimas para o indivíduo poder exercitar esse direito a liberdade religiosa. Com este ideal, o órgão julgador concedeu a ordem de *habeas corpus* para determinar a liberação do corpo, no qual destaca-se o trecho do voto condutor que retrata bem esta argumentação: "17. Por cierto, como sucede con cualquier derecho fundamental, tampoco el ejercicio de la libertad religiosa, en cuyo ámbito se encuentra comprendido el de la libertad de culto, es absoluto. Está sujeto a límites. Uno de ellos es el respeto al derecho de los demás. Este límite forma parte del contenido del derecho en su dimensión negativa, que, como se ha recordado, prohíbe la injerencia de terceros en la propia formación de las creencias y en sus manifestaciones. También constituye un límite la necesidad de que su ejercicio se realice en armonía con el orden público; particularmente, con la libertad de culto. Asimismo, se encuentra limitado por la moral y la salud públicas. Tales restricciones deben ser evaluadas en relación con el caso concreto e interpretadas estricta y restrictivamente. 18. En el caso, que el rito relativo a la sepultura digna de los muertos por parte de los familiares de don Francisco Javier Francia Sánchez fue objeto de restricciones por las autoridades del Hospital Dos de Mayo. Asimismo, es claro que tales actos no tomaron en cuenta, ni invocaron, ninguno de los límites a los cuales está sujeto el ejercicio de dicho rito. Por ello, el Tribunal Constitucional considera que los demandados, al no entregar el cuerpo de don Francisco Javier Francia Sánchez a sus familiares, impidieron que se le brinde sepultura digna, constituyendo, por ello, la retención de su cadáver, un ilegítimo impedimento del ejercicio de la libertad de culto". (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. EXP. 0256-2003-HC/TC. Julgamento em 21.04.2005. Disponível em: [www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00256-2003-HC.html]. Acesso em: 20.10.2015).

6. "Ementa: Mandado de Segurança – Autoridade que se Recusa a Liberar o Corpo por Falta de Identificação Oficial – Impetrante que Comprovou o Vínculo Familiar e Fez Reconhecimento Inequívoco – Ordem Concedida – Sentença Confirmada em Grau de Reexame Necessário. Se a convivente reconheceu o corpo e fez a prova de vínculo familiar, não mais se justificava o óbice da autoridade impedindo a cerimônia funerária. O injustificável entrave burocrático estava a ofender o respeito devido à família, pelo trágico desaparecimento do pater. O respeito aos mortos é um relevante valor ético-social, e, como tal, um interesse jurídico digno, por si mesmo, da tutela jurídica invocada, que encontra arrimo inclusive no direito penal (art. 209, do Cód. Penal)" (TJ-PR – REEX: 1502634 PR Reexame Necessário – 0150263-4, Relator:

importa afirmar que inexiste qualquer tutela jurídica para tal ocorrência, havendo disposições cíveis ou administrativas viáveis na solução deste embate, mantendo-se rigorosamente o respeito ao critério da *ultima ratio*.

O respeito aos mortos, como questão específica da proteção jurídica de direitos de personalidade *post-mortem,* supera a necessidade deste ser merecedor de tutela penal. Teoricamente, a doutrina privatista admite a aplicação das normas administrativas, cíveis e criminais[7] para a proteção de tais direitos; todavia apenas reproduzindo as disposições contidas na legislação ordinária, sem questionar sua justificação interna.

Contudo, não basta apenas admitir a exigência cega e acrítica de tais âmbitos de proteção. A problemática da legitimidade de incidência normativa é candente quando se passa a analisar as limitações à intervenção indevida na liberdade individual por parte do Estado. O ramo repressor do ordenamento, como expressão maior da potestade pública, é, e deve ser, considerado como a *ultima ratio* do sistema jurídico e a ele devem ser dedicados somente valores e interesses que garantam a proteção da pessoa humana na vida em sociedade, isto é, bens jurídicos penalmente relevantes. Sendo sua proteção passível de ser conseguida por outros ramos, com consequências menos gravosas, no ordenamento jurídico, a eles deve ser dedicada.

Na acertada expressão de Luigi Ferrajoli, o problema da legitimidade do Direito Penal importa na questão da justificação do próprio Estado de Direito[8], pois é a manifestação mais violenta e mais lesiva aos direitos fundamentais do cidadão, e, sem sombra de dúvida, "mais suscetível de se degenerar em arbítrio".[9] Aqui é possível se encontrar um primeiro paradoxo: como, sob o pretexto de proteção de direito da personalidade, pode-se correr o risco de se lesar garantias tão fundamentais do cidadão como a liberdade?

Por esta razão, o âmbito de discussão desse artigo segue além da afirmação da doutrina civilista que, passivamente, aceitaria a tutela penal dos direitos da personalidade, em específico, aqueles admitidos após a morte. A mera disposição legislativa não pode ser parâmetro para a legitimidade de

---

Munir Karam, Data de Julgamento: 11.05.2004, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 07.06.2004 DJ: 6637).

7. Entre outros BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 52.
8. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. 4. ed. Trad. Ana Paula Zica, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes e Fauzi Hassan. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 196.
9. FERRAJOLI, op. cit., p. 196.

uma incriminação, sob pena de se incorrer em um formalismo ético, segundo o qual se acredita ser o Direito e o Estado valores éticos em si, sendo autojustificáveis.[10] Não se pode admitir, na linha das orientações metodológicas da chamada Escola de Baden, que o bem jurídico seria uma mera fórmula interpretativa do tipo penal. Aliás, ainda hoje é essa uma tendência que parecem seguir alguns manuais da parte especial do Direito Penal. Segundo Figueiredo Dias, uma concepção dessa envergadura faz o conceito de bem jurídico perder seu caráter crítico da legitimidade da incriminação.[11]

O objetivo, portanto, é o de submeter aos filtros de legitimidade democrática da norma penal os crimes previstos no Capítulo II (Dos crimes contra o respeito aos mortos) do Título V (Dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos) da Parte Especial do Código Penal. Pretende-se, com isso, obter uma resposta à indagação de se esses tipos protegeriam verdadeiramente bens jurídicos dignos de repercussão criminal.[12]

O percurso a seguir para a consecução desse objetivo importará, em primeiro lugar, na delimitação do que se entende por direitos da personalidade e, em especial, sua proteção *post-mortem*. Em segundo lugar se passará à análise do âmbito protetivo desses direitos e de sua efetiva necessidade prática. Em seguida, abordar-se-á a delimitação do bem jurídico "respeito aos mortos" e os limites do objeto de tutela almejado pelo legislador de 1940. Vencido este conjunto de premissas, a segunda parte do artigo se dedicará à análise dos critérios de identificação de bens jurídicos dignos de tutela penal, chegando-se, por fim, a uma conclusão deduzida desse processo de filtragem dos crimes analisados.

2. Direitos da personalidade: natureza, fundamentos jusfilosóficos e características

Compreendem-se os Direitos da Personalidade, nas linhas do assinalado por Carlos Alberto Bittar, aqueles inerentes à pessoa humana, considerada em

10. FERRAJOLI, op. cit., p. 214.

11. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 64.

12. A respeito de uma análise crítica da tutela penal de sentimentos, vide: HÖRNLE, Tatjana. La proteción de sentimentos en el StGB. In: HEFENDEHL, Roland. *La teoria del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 383 e ss. Com atenção especial ao sentimento religioso, DAVID, Décio Franco. Análise crítica dos crimes contra o respeito aos mortos no direito penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 23, n. 117, p. 141-173, nov.-dez., 2015.

si mesma, bem como a projetada em sociedade.[13] A ausência de tais direitos tornaria a personalidade, em si, irrealizável. Bittar, aderindo a uma tese naturalista, acredita se tratarem de direitos inatos, atinentes à estrutura física, moral e mental da pessoa. Como são direitos de *per si*, entre os indivíduos seriam aplicados imediatamente.[14]

Teriam como características, com base nessa definição ora apresentada, serem "inatos (originários), absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis erga omnes".[15] Pelas características que os circunscrevem, transcenderiam ao ordenamento jurídico, sendo anteriores a ele e, nesse sentido, invioláveis pelo Estado.

Mesmo as concepções doutrinárias que não adotam pressupostos naturalistas identificam um fundamento constitucional para essa proteção que independe de previsão legal específica de cada um dos direitos tutelados.[16] Esse fundamento reside no princípio da dignidade da pessoa humana, que institui uma verdadeira Tutela Geral da Personalidade ou Cláusula Geral da Personalidade. Valendo-se, especificamente, da última expressão, Danilo Doneda destaca o papel que a proteção aos direitos da personalidade assumiu com as promulgações da Constituição da República de 1988 e do Código Civil de 2002. Afirma Doneda que:

> [...] tal cláusula geral representa o ponto de referência de todas as situações nas quais algum aspecto ou desdobramento da personalidade esteja em jogo, estabelecendo nitidamente a prioridade a ser dada à pessoa humana, que é "o valor fundamental do ordenamento, e está na base de uma série (aberta) de situações existências nas quais se traduz à sua incessantemente mutável exigência de tutela[17]".

A adoção da cláusula geral centrada na dignidade da pessoa humana implica afirmar que, sob a ótica do Direito Privado, a proteção aos direitos da personalidade independe, pois, de previsão legal específica sobre cada um dos direitos,

13. BITTAR, op. cit., p. 1.
14. BITTAR, op. cit., p. 5.
15. BITTAR, op. cit., p. 11. No mesmo sentido GARCIA, Enéas Costa. *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007. p. 29 e ss.
16. TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 42.
17. DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *A Parte Geral do Novo Código Civil*: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 46.

diversamente do que ocorria sob o pálio da tutela tipificadora[18], que originalmente prevaleceu nos Códigos Civis da Alemanha e da Itália, até a consagração constitucional do princípio do livre desenvolvimento da personalidade[19].

A Tutela Geral da Personalidade, como ensina Capello de Souza, assegura a proteção aos atributos que emergem do complexo somático, psíquico e relacional que compõe a personalidade humana[20]. Assim, tudo aquilo que emergir do "valor unitário da pessoa humana", na expressão de Gustavo Tepedino,[21] será passível de proteção jurídica, independentemente de tipificação. Essa é a lógica própria dos Direitos da Personalidade em sua construção histórica e normativa no Direito Privado.

Ora, para uma lógica de Direito Privado sobre a qual recaia somente a proteção civil, a opção pela adoção de uma tutela geral parece de todo modo justificável. Tal afirmação arremeda o esforço pela reintrodução da esfera existencial nessa seara jurídica, esquecida pelo direito civil liberal, de cunho eminentemente patrimonial.[22] No entanto, no âmbito do Direito Público, principalmente

18. Nessa linha, cabe citar o Enunciado 274 da IV Jornada de Direito Civil do CJF: "Art. 11: Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação".
19. SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua Tutela*. São Paulo: Ed. RT, 1993. p. 56 e 69.
20. CAPELLO DE SOUZA, Rabindranath. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 198.
21. TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 44.
22. Note-se o incremento desta perspectiva gerado a partir do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, em que a Constituição passa para o centro do sistema jurídico, impondo-se, ao intérprete, a compatibilização da norma com as finalidades constitucionais, é que as finalidades existenciais voltam à centralidade no Direito Privado. Vide Pietro Perlingieri: "O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional". PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional, p. 6. No mesmo sentido: BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 358 e ss. Enéas Garcia arremata afirmando que "o regime jurídico do direito geral de personalidade é de direito privado, ainda que seu fundamento último, tal como ocorre com os direitos fundamentais, possa ser fixado na Constituição, mais especificamente no princípio da dignidade humana". Cfr.

com a aceitação democrática da laicidade do Estado e da livre manifestação de consciência como liberdades públicas, tendências religiosas, naturalísticas ou moralizantes, impostas externamente, tendem a ser vistas como expressões de excessos e autoritarismos que infringem indevidamente a liberdade individual.

A Tutela Geral da Personalidade, nesse contexto, contrapõe-se substancialmente a uma tese positivista, segundo a qual somente seriam considerados como válidos os direitos da personalidade legitimamente qualificados como tais por reconhecimento do Estado. Tal tese estaria adaptada a um conceito de Direito que leva em conta a separação deste com a moral. Uma visão de positivismo jurídico, como a representada por Herbert Hart, rejeita a ideia de que o Direito seja ou possa ser essencialmente moral, e afirma que a existência de uma lei é sempre uma questão conceitualmente distinta de seu mérito ou demérito moral.[23] Todavia não rejeita a ideia de que as leis estejam sempre sujeitas à crítica moral, mas que, no entanto, não há qualquer embasamento conceitual o qual autorize a conclusão de que o Direito "é" (Sein) deve coincidir com o que ele, no plano ideal, "deveria ser" (Sollen). A tese de Hart, nesse caso, não abandona a possibilidade e a necessidade de uma crítica moral ao Direito, mas rejeita, como parece o mais desejável, a produção normativa com base em critérios morais. O Direito Penal, como tutela de Direito Público, que tenha por objetivo a proibição de imoralidades corre o risco de se degenerar em arbítrio e ingerência indevida na liberdade individual, interferindo na liberdade sexual, no direito ao próprio corpo, no direito à intimidade etc., estes próprios direitos da personalidade. Atentar contra aquilo que se queira proteger é, no mínimo, uma contradição. Basta afirmar, aqui e por enquanto, se vê com melhores olhos uma posição positivista de direito, não se admitindo a punição ou proibição de meras imoralidades.

A fim de que se possa, preliminarmente, legitimar uma possível incidência de proteção penal no âmbito da personalidade, portanto, quer-se crer poderem os direitos a ela inerentes, para essa finalidade específica, serem vistos como direitos subjetivos reconhecidos pelo ordenamento, de forma mesmo a limitar seu exercício de atuação e, constitucionalmente, estabelecer critérios que

GARCIA, op. cit., p. 144. Todavia, não se pode admitir que qualquer conteúdo moral, no âmbito de tutela do Direito Público, mais especificamente o Penal, possa ser considerado como objeto da criminalização. Sobre isso, dedica-se o item 5 do presente artigo.

23. Cfr. HART, Herbert L. A. O positivismo e a separação entre o Direito e a Moral. In: HART, Herbert L. A. *Ensaios de Teoria do Direito e Filosofia*. Trad. José Ghirardi e Lenita Esteves. Rev. tec. Ronaldo Porto Macedo Jr. e Leonardo Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 94.

materialmente deslegitimem o eventual exercício arbitrário do legislador infraconstitucional. Como questão jurídico-dogmática, esclarece Robert Alexy, a atribuição de um direito subjetivo a um determinado sujeito de direito depende da análise de um específico sistema jurídico. Esses direitos podem ser verificados quando uma norma confere o direito expressamente ao sujeito ou, quando não, por meio de valorações jurídicas independentes.[24]

3. Os direitos da personalidade e sua proteção *post-mortem* (civil, administrativa e penal)

Como os demais direitos subjetivos, entende-se que os direitos da personalidade, em geral, terminam com a morte do titular (*mors omnia solvit*), juridicamente aferida pela constatação de morte encefálica. Como afirma Vasconcelos, "a verificação da morte e a determinação do seu tempo, nem sempre é fácil ou clara. O Direito comete essa tarefa aos médicos e à Medicina[25]". No caso do direito brasileiro, a determinação é estabelecida pelo art. 3º da Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997[26], a qual dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento.

Admitindo serem os direitos da personalidade vitalícios, imprescritíveis e necessários, alguns deles se inclinam a permanecer hígidos, tais quais aqueles condizentes ao corpo ou a partes dele, à imagem, à honra e os direitos de autor.[27] Como a biografia do homem se prolonga para além da sua morte, os atributos alusivos à sua personalidade podem continuar a produzir efeitos. Essas qualidades, como bens físicos, psíquicos e morais do *de cujus*, continuam a imprimir efeitos no trânsito social. Com a subsistência dessas relações jurídicas, o ordenamento é chamado a dar respostas autônomas.[28]

Nessa mesma linha de raciocínio, insere-se a ação de Revisão Criminal, instituto de Direito processual penal destinado a rediscutir matérias tratadas em

24. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 183.
25. VASCONCELOS, Pedro Paes. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2007. p. 85.
26. BRASIL. Lei 9.434 de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF.
27. BITTAR, op. cit., p. 13.
28. GARCIA, op. cit., p. 107.

sentenças condenatórias atingidas pela coisa julgada e cuja previsão, entre nós, encontra assento normativo no artigo 621 do Código de Processo Penal[29], dispositivo regulamentador das hipóteses taxativas de sua admissibilidade.

É expressa a determinação legal no sentido de que a revisão criminal pode ser manejada a qualquer tempo, antes ou depois de cumprida a pena estabelecida na sentença[30], e que "a revisão poderá ser pedida pelo próprio réu ou por procurador legalmente habilitado ou, no caso de morte do réu, pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão"[31], tornando clara a intenção do legislador em estender a possibilidade de correção de injustiças eventualmente verificadas em decisões jurisdicionais definitivas também ao condenado já falecido.

Ainda que se possa afirmar – não sem razão – que a possibilidade de ajuizamento de revisão criminal mesmo depois da morte do condenado visa afastar os efeitos extrapenais da decisão de mérito transitada em julgado, ou, mais propriamente, recuperar eventuais valores dispendidos por determinação do artigo 91, inciso I, do Código Penal brasileiro[32], a autorização legislativa em referência também parece encontrar fundamento na tentativa de reestabelecimento da honra e da imagem do *de cujus*, definitivamente abaladas pela estigmatização oriunda das condenações de natureza criminal. Nesse sentido, Giacomolli, para quem "uma das funções da revisão criminal é reestabelecer a memória do condenado, resgatando-se o estado de inocência".[33]

Por outro viés, Enéas Garcia anota que os bens jurídicos protegidos *post-mortem* decorrem de dois ramos: a) aqueles já tutelados durante a vida do

29. Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

    I – quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

    II – quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

    III – quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

30. Art. 622 do CPPB.

31. Art. 623 do CPPB.

32. Art. 91 – São efeitos da condenação:

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

    [...].

33. GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*. Abordagem conforme a Constituição federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Editora Atlas, 2014. p. 317.

titular, projetando-se depois do falecimento, por exemplo, a proteção da intimidade, da honra, da imagem, dos segredos e o direito de autor; e b) aqueles decorrentes do próprio fenômeno natural da morte, gerando a necessidade de amparo jurídico à sepultura e ao cadáver, no todo ou em parte (vide a possibilidade de retirada de órgãos para transplante).[34]

Vislumbra-se que a proteção é conferida em decorrência do direito da personalidade do próprio titular, e não como ofensa reflexa. Todavia, a efetivação de tais direitos depende da ação dos herdeiros, vide o caso dos interesses patrimoniais decorrentes do direito de autor, ou no caso de transplantes, da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, assim estabelecido no art. 4º da Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Nessas hipóteses, os sucessores agem por direito próprio.[35]

O Código Civil de 2002, em seu artigo 12, parágrafo único, a seu turno, como expressão da Tutela Geral da Personalidade, dispõe que, tratando-se de morto, a legitimidade para a busca da tutela jurisdicional, seja ressarcitória, seja inibitória, assiste "ao cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau".

Essa possibilidade de se dispor de partes do corpo após a morte, entende-se ser, nesse caso, o direito da personalidade a ele inerente, um direito, em termos, disponível, desde que a cessão seja gratuita para a finalidade determinada, se respeite a vontade do *de cujus* e não seja contrária à ordem pública (aqui entendida sob a ótica da legislação sanitária).[36]

Em que pesem os direitos da personalidade pertencerem eminentemente ao ramo do Direito Privado[37], sua tutela, porém, pode ser tanto privatista quanto pública. A fim de dar aos direitos da personalidade total amparo, o ordenamento jurídico prevê diversos modos de reação. Os objetivos específicos norteadores são, de maneira geral, os seguintes: a) cessação de práticas lesivas; b) apreensão de materiais oriundos de tais práticas; c) submissão do agente ao cumprimento de penas e multas; d) reparação de danos materiais e morais; e) perseguição criminal de agente.[38]

34. GARCIA, op. cit., p. 108.
35. BITTAR, op. cit., p. 13.
36. BITTAR, op. cit., p. 86.
37. Vide nota 11 supra.
38. BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Tutela da personalidade no atual direito brasileiro. *Doutrinas Essenciais de Direito Civil*, v. 4, p. 161, out. 2010 (RT Online, p. 2).

Nessa conjuntura, conclui-se que a tutela da personalidade comporta ou demanda, teoricamente e, de maneira cumulativa e não contraditória, proteção civil, administrativa e penal. No âmbito civil, a proteção se dá no âmbito da autonomia privada, intentando o titular ações cautelares e inibitórias, e, por fim, em não sendo possível uma reparação *in natura*, a conversão de seus danos em reparação patrimonial. Na seara administrativa são cabíveis recursos a entidades reguladoras, como no caso do direito à imagem veiculada indevidamente, ao CONAR (Conselho Nacional de Autorregulação Publicitária), por exemplo, além de multas.[39]

Porém, quando se adentra ao âmbito penal, algumas precauções são necessárias. A primeira é decorrente justamente do escalonamento sistemático do ordenamento jurídico, e da natureza específica do ramo repressor, impondo a observância do princípio da intervenção mínima e de seus corolários da subsidiariedade e da fragmentariedade.

O Direito Penal, como forma de intervenção mais radical do Estado na vida do cidadão, põe em jogo um de seus valores mais preciosos: sua liberdade. O *ius puniendi* só deve ser invocado quando os demais instrumentos jurídicos extrapenais forem ineficientes ou fracassarem para proteção de determinados bens[40]. A dogmática operativa do princípio da intervenção mínima se converte em instrumento de limitação do poder punitivo, bem como de deslegitimação de seu exercício opressivo.[41]

Impondo a seleção dos bens jurídicos dignos de tutela penal, a fragmentariedade obsta que todo e qualquer interesse ou direito subjetivo seja criminalizado. Paralelamente, a subsidiariedade determina que o Direito Penal só venha a ser invocado quando as demais barreiras protetoras não sejam suficientes para lhes fornecer salvaguarda. O conteúdo da norma penal não pode estar ao prazer do legislador, mas contida pelo estritamente necessário (*Nullla lex poenalis sine necessitate*).[42]

Assentados nessas premissas ora apresentadas, deduzem-se algumas conclusões preliminares relativas ao tema em discussão: nem todo direito da personalidade é bem jurídico penalmente relevante; dos tipos penais positivos os

39. BITTAR, op. cit., p. 53.

40. BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 85.

41. BATISTA, op. cit., loc. cit.; FERRAJOLI, op. cit., p. 90; Da mesma forma cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1984. p. 71.

42. FERRAJOLI, op. cit., p. 91; BATISTA, op. cit., p. 87.

quais visam proteger tais direitos, nem todos são legítimos; apesar de legítimos, algumas dessas incriminações são abusivas e merecem limitações.

Não comporta, e nem é o objetivo desse artigo, submeter todas as tipificações que tenham por escopo inicial a proteção de bens vinculados aos direitos da personalidade, até porque são inúmeras (homicídio, infanticídio, aborto, crimes contra a honra, contra liberdade individual etc.).

A amplitude pretendida, tal qual antecipa o título do trabalho, circunscreve uma análise dos crimes contra o respeito aos mortos, levando-se em consideração, no âmbito da personalidade, apenas aqueles direitos decorrentes da situação específica do falecimento e suas consequências. Talvez se tenha feito essa opção como uma grande metonímia, na qual o todo seria exatamente a legitimidade de intervenção do Direito Penal.

Metodologicamente, portanto, a discussão que se segue far-se-á em duas etapas: *prima facie*, terá lugar anotações técnico-dogmáticas em relação à *lege lata*, às criminalizações encontradas na parte especial do Código Penal. Em seguida, partindo-se do pressuposto legislativo, passar-se-á às anotações críticas e aos filtros de legitimidade condizentes ao princípio da intervenção mínima, da fragmentariedade e da subsidiariedade, a fim de se analisar se os crimes ora em discussão protegem interesses legítimos ou, ao revés, meramente morais e passíveis de tutela por outros ramos do direito.

4. Anotações técnicas: o bem jurídico "respeito aos mortos" no direito brasileiro

Os crimes contra o respeito aos mortos vieram encartados na sistemática da parte especial do Código Penal brasileiro no mesmo título dos crimes contra o sentimento religioso (Título V). São eles: a) impedimento ou perturbação de cerimônia funerária (art. 209, CP); b) violação de sepultura (art. 210, CP); c) destruição, subtração ou ocultação de cadáver (art. 211, CP); e d) vilipêndio a cadáver (art. 212, CP). O item 68 da Exposição de Motivos da Parte Especial esclarece que tal gênero se deve ao fato de as duas modalidades guardarem grande afinidade, por serem valores ético-sociais[43] assemelhados, em razão dos tributos prestados aos mortos, em última análise, teriam cunho religioso.

43. Na linha do que Hans Welzel apontaria como função do Direito Penal: "Es misión del derecho penal amparar los valores elementales de la vida de la comunidad". WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Depalma editor, 1956. p. 1. E continua: "Con ello assegura la vigencia de los valores positivos ético-sociales de actos, tales como respecto por la vida ajena, la salud, la liberdad [...]". Cfr. WELZEL, op. cit., p. 2.

Nelson Hungria já defendia: os delitos contra o respeito aos mortos não protegeriam uma suposta "paz dos mortos", entendendo que o *de cujus* não possuiria direitos. Em sua visão, o que a lei penal teria por finalidade proteger seria "o sentimento de reverência dos vivos para com os mortos"[44]. Cumpre também observar, na lição de Hungria, tais crimes se revestiriam de cunho religioso, considerando o respeito aos mortos um valor ético-social digno de proteção penal.

Por sua vez, Heleno Fragoso apontava para o fato de essas incriminações protegerem, como interesse coletivo, o sentimento de piedade e veneração suscitado pelos mortos, que, por sua vez, é correlato ao sentimento religioso.[45] A contribuição de Fragoso estaria no fato de indicar a sociedade como sujeito passivo nesses crimes, e não os sentimentos das pessoas individualmente consideradas[46]. Nessa mesma esteira, encontra-se a posição de Thomas Fischer acerca do delito contido no § 168 do *Strafgesetzbuch* alemão, que, em suma, congrega as condutas descritas no capítulo referente ao respeito aos mortos do Código Penal Brasileiro. Segundo Fischer, a doutrina majoritária aponta como bem jurídico protegido "sobretudo o sentimento de piedade dos parentes do morto"[47]. Afirma ainda o comentador alemão que o BGH reconheceu em certo julgado o bem jurídico como sendo o sentimento de piedade da comunidade[48].

Sintetizando essas posições, com o apontamento de leves peculiaridades, Hugo Nigro Mazzilli, acompanhando Nelson Hungria, crê que os mortos não seriam sujeitos de direito. Para o autor, o objeto de tutela seria o sentimento de respeito dos vivos pelos mortos, chegando a apontar que o *nomen iuris* mais adequado seria "Dos crimes contra o sentimento de respeito pelos mortos".[49] Tentando resolver também a problemática envolvendo a proteção penal

44. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. VIII. p. 69.

45. FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito Penal*: parte especial 2. 4. ed. São Paulo: Bushatsky, 1978. p. 284.

46. FRAGOSO, op. cit, p. 285.

47. Tradução livre de FISCHER, Thomas. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. 56. Auflage. Munique: Verlag C. H. Beck, 2009. p. 1127: "vor allem Pietätsgefuhl von Angehörigen des Verstorbenen".

48. Idem.

49. MAZZILLI, Hugo Nigro. O crime de violação de sepultura no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 885/2009, p. 397-424, Jul/2009 (RT online, p. 5). Da mesma forma: MAZZILLI, Hugo Nigro. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal*, v. 6, p. 473-501, out. 2010.

de sentimentos religiosos, Mazzilli conclui que tal tutela "transcende e ultrapassa a órbita desta ou daquela religião, podendo-se dizer que é um valor ético e social que o Direito resolve fazer respeitar, sem distinguir se o morto ou seus familiares foram ateus ou convictos religiosos"[50]. Não se pode, de todo, aderir a esta tese. Em que pese a tutela penal da morte não dizer respeito à esta ou àquela religião, o *desideratum* de proteção é o sentimento espiritual dela decorrente.

Uma posição interessante é aquela defendida por Francesco Carrara, que, afastando-se do cunho religioso, aceita como objeto de proteção na violação de sepultura, por exemplo, a saúde pública[51], desse modo, evitando a emanação de substâncias putrefatas e o perigo de doenças. Tal perspectiva, ao menos, se afasta do âmbito exclusivo da moral.

Na análise de cada tipo específico, no entanto, demonstram-se peculiaridades próprias que, em alguns momentos, permitem o afastamento da espécie "respeito aos mortos" como mera manifestação da norma. Indiretamente, identificam-se outros objetivos a que visam tais incriminações. Na sequência, discorre-se a respeito.

No impedimento ou perturbação de cerimônia funerária, previsto no art. 209 do Código Penal, Nelson Hungria enaltece se tratar de cerimônia secular ou civil, já que se religiosa fosse, o crime seria o do art. 208 do Código Penal (ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo).[52] No entanto, como Antígona muito bem esclarece, o enterro aos mortos tem fundo eminentemente moral. Se houver emprego de violência física para tal impedimento, há uma causa de maior punibilidade. Assim sendo, claramente se denota tal violência como dirigida aos condutores ou aos presentes à cerimônia, tendo, indiretamente, uma conotação de desrespeito moral para com os ali presentes. A caracterização de um dano moral civil é evidente, por outro lado a lesão penal já não é tão facilmente depreendida.

Na violação ou profanação de sepultura (art. 210), a única diferença face ao crime de dano (art. 163), é o caráter moral ou religioso que recai sobre o sepulcro. A violação do túmulo, simplesmente caracterizado como coisa alheia, poderia facilmente estar abarcada por aquele delito contra o patrimônio, não

50. MAZZILLI, Hugo Nigro. O crime de violação de sepultura no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 885/2009, p. 397-424, jul. 2009, (RT online, p. 5).

51. CARRARA, F. *Programma del corso di diritto criminale*: parte speciale. 2. ed. Lucca: Giusti, 1871, § 3184. Cfr. FRAGOSO, op. cit., p. 284.

52. HUNGRIA, op. cit., p. 69.

fosse a natureza reverencial de tal figura. Frise-se que o crime de dano possui uma pena substancialmente menor quando comparado ao delito do art. 210.

Na destruição, subtração ou ocultação e no vilipêndio a cadáver a situação é diversa. Sendo caso de a subtração ter específica finalidade de utilização da parte subtraída para transplante de órgãos, estar-se-á frente ao delito previsto no art. 14 da Lei 9.434/97[53], cujo bem jurídico seria a integridade física[54], como direito da personalidade imprescritível. Apoiando-se na doutrina estrangeira, especificamente a alemã, pode-se dizer que como parte corporal entende-se também órgãos, tecidos, sangue e até mesmo próteses e peças artificiais[55].

Já a destruição ou ocultação normalmente aparecem em concurso com um crime precedente, exemplificando, o homicídio. Sua existência faz sentido na preservação da materialidade da infração anterior, a fim de não se facilitar sua impunidade, até porque o art. 158 do Código de Processo Penal impõe a realização de exame de corpo de delito quando a infração deixar vestígios. Nessa espécie, cumpre a função de resguardar a administração da justiça e a preservação de provas, e não propriamente o respeito aos mortos.

Em relação ao vilipêndio a cadáver, evidenciam-se temáticas como a necrofilia, retirada de alguma parte do corpo e a proteção da honra de pessoa falecida,

53. Art. 14. Remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, em desacordo com as disposições desta Lei: Pena – reclusão, de dois a seis anos, e multa, de 100 a 360 dias-multa.

54. Vide a Apelação Criminal: ACR 4280 PE 2003.83.00.027440-0 do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, de cuja ementa se extrai: "A preservação da integridade física da pessoa humana, pela sua importância, está prevista como dever dos Estados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, da Revolução Francesa. 10. Tais bens, integridade física e dignidade, são facetas dos direitos da personalidade humana – inerentes a esta – e desta forma inalienáveis e indisponíveis. 11. Em se tratando da Lei nº 9.434/97, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, ao definir como crime a conduta de vender órgãos do corpo humano, visa proteger o *bem jurídico violado, na hipótese – a integridade física e a dignidade do transplantado*" (destaque dos autores). TRF-5 – ACR: 4280 PE 2003.83.00.027440-0, Relator: Desembargador Federal Petrucio Ferreira, Data de Julgamento: 22.08.2006, Segunda Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça – Data: 04.09.2006 – Página: 684 – Nº: 170 – Ano: 2006. Por sua vez, Giovana Palmieri Buonicore entende ser o bem jurídico a dignidade corporal como direito da personalidade. Vide BUONICORE, Giovana. *Tráfico de* órgãos *e bem jurídico penal*: análise do artigo 15 da Lei 9.434/97. Disponível em: [www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/giovana_buonicore.pdf]. Acesso em: 10.10.2015.

55. FISCHER, Thomas. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., p. 1128.

por consistir tanto em atos, quanto em palavras e escritos. Assim viabilizando a assertiva de que a tutela destina-se à proteção da integridade corporal e subjetiva, como decorrência dos direitos da personalidade da pessoa enquanto viva, indisponíveis e imprescritíveis. Note-se, a doutrina aponta que mesmo tendo sido a intervenção em seu cadáver autorizada pelo *de cujus* enquanto vivo, o crime não será excluído[56]. Evidencia-se, desta forma, uma expressão de paternalismo penal por parte do legislador, já que mesmo em relação a um cadáver doado à ciência seria possível a exclusão do crime. Pela natureza das penas previstas para todos os delitos anteriormente citados, permite-se a suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei 9.099/95.

A primeira conclusão extraída de tais considerações prévias é o fato de, no caso dos crimes em comento, os direitos da personalidade apenas estarem sendo protegidos indiretamente, pois, ao se extinguir a personalidade com a morte, somente os efeitos desta em relação ao sentimento das pessoas próximas é que está sendo resguardado. No caso da integridade física, o esforço argumentativo em considerá-la direito da personalidade indisponível e imprescritível é o que garantirá seu respaldo. Em segundo lugar, admitindo-se a proteção penal do sentimento e do caráter religioso da incriminação, redunda-se na moralização do Direito Penal, o que não seria admissível em um sistema pretensamente garantista. Sobre a legitimidade desses bens jurídicos se passa a discorrer.

5. Anotações críticas: o respeito aos mortos é bem jurídico digno de tutela penal?

A Constituição Federal, quando em seu art. 5º, inciso VI, garante a inviolabilidade de consciência e crença e, em seu inciso VIII, prevê que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa, está a consignar a liberdade religiosa e a reafirmar o Estado brasileiro como laico. Tal premissa leva à conclusão de que não se pode obrigar ou incentivar uma religião em detrimento de quaisquer outras, nem o respeito aos mortos decorrente desse sentimento espiritual. Em contrapartida, se permite a imposição de respeito a sentimentos alheios, decorrentes da liberdade de crença prevista constitucionalmente.[57] O cerne da questão em pauta é o da legitimidade da seara punitiva para a consecução da tutela, isto é, se caberia ou não ao Direito Penal a prevenção de resultados lesivos aos sentimentos, ou se esses já encontrariam suficiente respaldo na reparação civil e nas sanções administrativas.

56. Cfr. HUNGRIA, Nelson. Op. cit., p. 75.

57. MAZZILLI, Hugo. Op. cit., loc. cit.

5.1. *O filtro da lesividade e da proporcionalidade: parâmetros metodológicos de legitimidade*

A doutrina contemporânea, majoritariamente, aponta como função do Direito Penal a proteção subsidiária de bens jurídicos.[58] Claus Roxin, sobre o conteúdo destes, esclarece ser a função do Direito Penal a de tipificar condutas que visem atentar em face das "circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade"[59], distinguindo-se substancialmente da concepção abstrata de Hans Welzel de proteção de valores ético-sociais.[60]

Além de definir o conteúdo material do crime, portanto, em uma perspectiva *ex post*, o bem jurídico deve ser encarado como fundamento de limite à criminalização, sob uma ótica *ex ante*, isto é, dirigida ao legislador.

A estrita legalidade penal, identificada por Ferrajoli como a taxatividade[61], deve ser um parâmetro de técnica legislativa dirigida a afastar do ordenamento penal normas com caráter abusivo e discriminatório. Deve ser verdadeira barreira à intervenção indevida à liberdade individual. Nesse contexto, pode-se afirmar que tal função de proteção, encarada como princípio fundamental do ramo repressor, deve ser a de orientar e assegurar o máximo grau de racionalidade ao juízo penal e, por conseguinte, de limitação ao poder punitivo. Segundo Ferrajoli, a tarefa dos princípios e garantias fundamentais é o da "tutela da pessoa contra a arbitrariedade"[62].

Jorge de Figueiredo Dias ensina que não basta um conceito de bem jurídico estanque. Uma crítica capaz de dotar de efeitos práticos a aplicação do Direito

58. Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Presentación. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). *La teoría del bien jurídico* ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático? Barcelona: Marcial Pons, 2007. Também ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Trad. de André Callegari e Nereu Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. No Brasil, REGIS PRADO, Luiz. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. Regis Prado afirma que "na atualidade, o postulado de que o delito constitui lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico não encontra praticamente oposição, sendo quase um verdadeiro axioma [...]" (REGIS PRADO, Luiz. Op. cit., 2011. p. 31).

59. Cf. ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009b. p. 18-19.

60. WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*. Trad. de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Depalma editor, 1956. p. 2.

61. FERRAJOLI, op. cit., p. 39.

62. FERRAJOLI, op. cit., p. 38.

Penal, segundo o penalista português, é a de submeter a concretização de bens jurídicos dignos de tutela penal à uma "ordenação axiológico jurídico-constitucional".[63] Como forma de identificá-los, devem os bens jurídicos estarem vinculados a valores constitucionais ligados, implícita ou explicitamente, a direitos e garantias fundamentais.

A partir de tal afirmação, a incidência do princípio constitucional da proporcionalidade, na análise da justificação da intervenção punitiva, é inafastável. A necessidade (medida penal mais benigna e idônea), a adequação (a medida limitadora deve ser meio apto ao fim necessário) e a proporcionalidade em sentido estrito (a medida deverá gerar mais benefícios que prejuízos) de determinada norma penal, devem obrigatoriamente compatibilizar a criminalização com os objetivos de um Estado Democrático de Direito. Como o exercício do Direito Penal constitui uma restrição de direitos fundamentais, entre os mais relevantes a liberdade, a proporcionalidade deve se colocar como mediação entre essa afetação e os interesses penalmente protegidos.[64]

Como instrumento apto ao balanceamento de direitos fundamentais e sua contenção pelo poder punitivo, o princípio da proporcionalidade reveste-se de uma dupla face, como aponta Maria Luiza Streck: de um lado, a proibição do excesso (Überma verbot), fruto de uma concepção liberal de Estado que impede o exercício arbitrário das punições e; de outro, o amparo da proteção deficiente (*Unterma* verbot), que demanda a defesa penal de direitos fundamentais.[65] Neste sentido, arremata Lenio Streck,

> [...] não há, pois, qualquer blindagem que "proteja" a norma penal do controle de constitucionalidade (entendido em sua profundidade, que engloba as modernas técnicas ligadas à hermenêutica, como a interpretação conforme, a nulidade parcial sem redução de texto, o apelo ao legislador etc.).[66]

63. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 66.
64. STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito Penal e Constituição*: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 69 e ss.
65. STRECK, Maria Luiza Shäfer, op. cit., p. 87 e ss.
66. STRECK, Lenio Luiz. *Bem Jurídico e Constituição:* da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Disponível em: [http://ensaiosjuridicos.files.wordpress.com/2013/04/bem-jurc3addico-e-constituic3a7c3a3o-da-proibic3a7c3a3o-de-excesso-lenio.pdf]. Acesso em: 10.10.2015.

Antecipa-se que, pela sistemática até aqui apresentada, a incriminação de condutas religiosas ou morais estaria abarcada pelo corolário da proibição o excesso.

É evidente que esse critério da violação da proporcionalidade como parâmetro de inconstitucionalidade de normas penais não é imune a críticas. Roxin, acompanhando a ideia de Ulfrid Neumann, afirma que é necessário o desenvolvimento de requisitos para a aplicação da proporcionalidade, pois ainda permanecem pouco explicados. Para o penalista de Munique, nem toda penalização de condutas que não lesionem bens jurídicos viola, via de consequência, o princípio da proporcionalidade. No entanto, ele mesmo admite que tal princípio "pode oferecer soluções racionais e convincentes e, em alguns casos, indiciar a suposição de uma inconstitucionalidade".[67]

A proporcionalidade é, pois, um dos critérios de verificação da constitucionalidade de normas penais. Outra, como aponta Roxin, reproduzindo decisão do Tribunal Constitucional alemão, é a dignidade da pessoa humana, da qual se deduz um inviolável "núcleo duro da vida privada"[68], estando compreendidos neste o comportamento sexual consentido ou a posse de drogas para consumo próprio.

Até aqui, portanto, apontaram-se as metodologias pelas quais se submetem os bens jurídicos para verificação de sua legitimidade, isto é, os critérios pelos quais devem ser analisados – seja a proporcionalidade, seja o núcleo da vida privada. Passa-se, desta forma, ao exame do próprio bem jurídico tutelado pela norma penal.

5.2. A (i)legitimidade de proteção penal do sentimento ligado a morte de terceiros: parâmetros materiais

Antígona atesta que a questão do sepultamento dos mortos é moral e religiosa que se impõe à consciência. A confusão entre o Direito e a moral, contudo, fruto de uma tendência jusnaturalista, na qual se impõe a necessidade de justificações de ordens morais, subordinando o Direito a um critério do âmbito do dever-ser, é tendente ao autoritarismo.[69] Além de justificativas de ordem lógica, como a Lei de Hume, por exemplo, segundo a qual não se concebe a

67. ROXIN, Claus. O conceito de bem-jurídico crítico ao legislador em xeque. In: LEITE, Alaor (Org.). *Novos estudos de Direito Penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 88.

68. ROXIN, *O conceito*..., op. cit., p. 96.

69. FERRAJOLI, op. Cit., p. 201.

possibilidade da derivação de critérios do ser do âmbito do dever; vislumbram-se parâmetros de ordem substancial, como a vedação de proibições de imoralidades por parte do legislador, sob pena de se pretender punir uma pessoa pelas suas características subjetivas, ao invés dos fatos, empiricamente verificáveis, que tenham sido praticados. Ao Direito Penal, seara na qual o conflito entre o poder estatal e a proteção dos direitos fundamentais é mais evidente, não cabe a promoção de determinada moralidade, religião ou pensamento, até porque a liberdade de consciência e crença é garantida constitucionalmente (art. 5º, inciso VI da Constituição Federal). Em que pesem tendências moralizantes da política criminal por parte do legislador, deve-se sempre ter em consideração que "a função liberal da ideia de bem jurídico é, no entanto, precisamente proteger a minoria contra uma dominação da maioria"[70], nas sempre perenes lições de Roxin.

Christoph Burchard é enfático ao afirmar que "tabus ou concepções morais não são bens jurídicos, portanto uma violação destes não pode ser sancionada penalmente"[71]. Figueiredo Dias se posiciona no mesmo sentido. A liberdade de autodeterminação e o direito a intimidade não permitiriam a incriminação de desonestidades, vícios, imoralidades ou maus costumes.[72] O próprio direito à intimidade, que, em si, é um direito da personalidade, não permitiria, sob o pretexto de protegê-lo, se atentasse contra ele próprio. É um contrassenso. Sob essa perspectiva é que se questionam os critérios de limitação aos bens jurídicos dignos de tutela penal.

Em Jeremy Bentham, cujo utilitarismo, aqui, só se pode admitir sob a vertente de um "mínimo sofrimento necessário a ser infringido à minoria formada por desviantes",[73] já se encontra a afirmação de que quando a punição for inútil, excessivamente dispendiosa ou supérflua, o prejuízo por ela produzido será maior que a lesão por ela evitada, em todo caso podendo ser o dano evitado por outros meios.[74]

---

70. ROXIN, Claus. O conceito de bem-jurídico crítico ao legislador em xeque. In: LEITE, Alaor (Org.). *Novos estudos de Direito Penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 88.
71. BURCHARD, Christoph. O princípio da proporcionalidade no "direito penal constitucional" ou o fim da teoria do bem jurídico tutelado na Alemanha. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 40.
72. FIGUEIREDO DIAS, op. cit., p. 76.
73. FERRAJOLI, op. cit., p. 243.
74. BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da Moral e da Legislação*. Trad. Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 59.

Sob esses fundamentos, a proibição do excesso, aqui entendida como corolário da proporcionalidade, abarcaria sem qualquer dúvida o crime de impedimento ou perturbação de cerimônia funerária (art. 209 do CP), bem como o crime de violação ou profanação de sepultura (art. 210 do CP). No primeiro caso, há o caráter moral que recai sobre a cerimônia funerária e, no segundo, por sua vez, pelo fato de a única diferença para o crime de Dano repousar sobre o caráter moral ou religioso do túmulo. Nessas circunstâncias, o escopo da Lei Penal, na acepção de Mazzilli, não é propriamente o sentimento de respeito pelos mortos, mas sim a estima daqueles que sentem respeito por tais.[75] A reparação civil por dano moral parece uma medida bem mais apropriada e menos atentatória aos direitos fundamentais da liberdade, do que a intervenção da norma penal. De fato, Vasconcelos afirma que, na ocorrência de práticas ilícitas que excedam a inviolabilidade do direito de culto ou de outras práticas religiosas, agredindo o direito da personalidade alheia, a solução deve-se dar nos termos dos critérios gerais de reparação, previstos pelo Código Civil[76].

De outro lado, porém, estão os crimes de destruição, subtração ou ocultação de cadáver (art. 211 do CP) e vilipêndio a cadáver (art. 212 do CP). Nesse contexto, as balizas entre necessidade de intervenção e proibição de excesso se tornam tênues. Como abordado anteriormente, a subtração para fins de transplantes já se encontra abarcada em legislação especial. A destruição e a ocultação devem ser analisadas sob uma ótima mais específica. *Lege lata*, esses crimes apenas indiretamente protegem o respeito aos mortos, servindo antes como medida acautelatória para se evitar o acobertamento de crime anterior. Sob essa perspectiva, como instrumento a viabilizar a administração da justiça, sua necessidade é evidente.[77] No vilipêndio, do mesmo modo, se protege a integridade física e moral como extensão dos direitos da personalidade da

75. MAZZILLI, op. cit., p. 5.

76. VASCONCELOS, Pedro Paes. *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 61.

77. Poder-se-ia até mesmo afirmar protegerem os crimes dos art. 211 e 212 do Código Penal, a "Saúde Pública". Dois problemas daí decorrem: seu caráter coletivo, e sua suposta não-distributividade. A saúde pública deve ser encarada apenas como um bem jurídico aparentemente coletivo, pois ele pode ser distribuído entre as pessoas individualmente. Luis Greco esclarece que "o bem jurídico saúde pública, por exemplo, nada mais é do que a soma de várias integridades físicas individuais, de maneira que não passa de um pseudo-bem coletivo". Cfr. GRECO, Luis. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 49, p. 114, jul.-ago. 2004. O mesmo raciocínio se estende à administração da justiça, por exemplo.

pessoa enquanto viva, muito mais do que o sentimento de reverência em relação ao corpo. Afastando-se desses crimes seu fundamento moral, sua legitimidade vem à tona.

Algumas observações merece o Projeto de Lei do Senado 236/2012, o qual busca reformular a normativa penal substantiva. Referida proposta altera, na codificação, a alocação sistemática desses crimes para o título "Crimes contra Interesses Metaindividuais". Como visto, mais acertado aos interesses pretensamente protegidos no caso do respeito aos mortos. Permanecem hígidos os crimes outrora previstos, agora nos artigos 448 a 451, com pequenas alterações quanto às penas. Perdeu-se, pois, a oportunidade de se extirpar do Código algumas criminalizações cujas condutas estão intimamente atreladas a valorações morais, quiçá a tabus.

Por outro lado, a proteção da honra do falecido, como seu direito da personalidade, que ficava ao alvedrio de uma abusiva interpretação extensiva de outros tipos penais dirigidos à proteção de pessoas vivas, *in lege ferenda*, parece agora poder se compatibilizar com o princípio da legalidade. A proteção era sensivelmente deficiente nessa hipótese, porque é uma demanda que encontra respaldo no âmbito da tutela de pessoas vivas. A honra, como bem lembra Rainer Zaczyk, é um bem penalmente relevante na medida em que o seu reconhecimento permite participar da estrutura jurídica das relações sociais. Antes de moral, diz respeito ao próprio potencial do exercício da liberdade da pessoa no seio social.[78] Como direito da personalidade, sua tutela *post mortem* é evidente. O Projeto de Lei 45, de 2009, incorporado ao Projeto de novo Código Penal, acertadamente, portanto, dispõe sobre a tipificação do crime de difamação de pessoas falecidas. Passaria o art. 139 da Codificação a vigorar com um parágrafo estendendo a punibilidade da difamação também para os mortos.

6. Considerações finais

Luigi Ferrajoli sintetiza muito bem o escopo que perpassou a discussão neste artigo. Para o autor, "as funções específicas das garantias no direito penal [...] não é tanto permitir ou legitimar, senão muito mais condicionar ou vincular, e, portanto, deslegitimar o exercício absoluto da potestade punitiva".[79] Não se trata de pregar a completa falta de justificação ao Direito Penal ou sua

78. ZACZYK, Rainer. La Lesión al honor de la persona como lesión punible. *Revista de Derecho Penal,* Buenos Aires, n. 1, p. 637, 2003.

79. FERRAJOLI, op. cit., p. 90.

abolição, mas antes de preceituar a diminuição da esfera punitiva em favor de sua racionalização, minimização e atendimento específico à proteção da pessoa em contraposição a uma abstrata tese de defesa da sociedade, outrora defendida pela sociologia criminal de Enrico Ferri.[80]

Adotando-se a tese segundo a qual se admite a separação entre o Direito e a Moral, não se pode atribuir ou admitir que tenha o Estado a função de realização uma "obra de educação social e moral".[81] Sintetiza muito bem as ideias aqui expostas a sentença de Jeremy Bentham, para quem "é inútil falar do interesse da comunidade, se não se compreender qual é o interesse do indivíduo".[82]

Assim, o Código Penal, ao alocar como importante valor ético-social o respeito aos mortos incorreu, por um lado, na confusão entre Direito e Moral e, por outro, na ocultação das verdadeiras funções latentes da incriminação. Muito mais do que o respeito aos mortos, a destruição, subtração ou ocultação de cadáver atende aos princípios da administração da justiça, evitando-se abafar decorrências de crimes anteriores contra a vida. Da mesma forma, o vilipêndio atende muito mais à proteção das decorrências da personalidade do falecido do que ao sentimento de respeito pela preservação física e moral do corpo. Sob essas hipóteses a intervenção penal se mostra legítima.

Como visto, nem sempre a completa descriminalização, muito menos a atividade legislativa desenfreada, atende ao princípio da necessidade. A proporcionalidade impõe uma dupla face: de um lado a proibição de excesso e, de outro, a proibição de proteção deficiente. Os crimes que visam a proteção de interesses morais estão abarcados pelo primeiro corolário, sendo então inconstitucionais; enquanto que aqueles que deveriam proteger interesses relevantes e/ou não estão previstos na legislação circunscrevem-se ao segundo, demandando do legislador uma prestação devida. O respeito à honra dos mortos, certamente, está abarcado na segunda hipótese.

7. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

80. Para tanto cfr. FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal*. Trad. Paolo Capitanio. São Paulo: Bookseller, 1998. p. 67.

81. FERRI, op. cit., p. 66.

82. BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da Moral e da Legislação*. Trad. Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 4.

ÁVILA B., Humberto. Interpretación de las leyes. In: *Del delitti e dele pene*: de la obra maestra a los becarios. Montevideo e Buenos Aires: editorial B & F. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da Moral e da Legislação*. Trad. Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

BERLIN, Isaiah. *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Madrid: Alianza Editorial. 2000.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Tutela da personalidade no atual direito brasileiro. In: *Doutrinas Essenciais de Direito Civil*, v. 4, p. 161, out. 2010.

BRASIL. Lei 9.434 de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF.

BUONICORE, Giovana. *Tráfico de* órgãos *e bem jurídico penal*: análise do artigo 15 da Lei 9.434/97. Disponível em: [www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/gradu acao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/giovana_buonicore.pdf]. Acesso em: 10.10.2015.

BURCHARD, Christoph. O princípio da proporcionalidade no "direito penal constitucional" ou o fim da teoria do bem jurídico tutelado na Alemanha. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

CAPELLO DE SOUZA, Rabindranath. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995.

CARRARA, F. *Programma del corso di diritto criminale*: parte speciale. 2. ed. Lucca: Giusti, 1871.

DAVID, Décio Franco. Análise crítica dos crimes contra o respeito aos mortos no direito penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 23, n. 117, p. 141-173, nov./dez. 2015.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *A Parte Geral do Novo Código Civil*: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. 4. ed. Trad. Ana Paula Somer, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes e Fauzi Hassan. São Paulo: Ed. RT, 2014.

FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal*. Trad. Paolo Capitanio. São Paulo: Bookseller, 1998.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo: Ed. RT, 1999.

FISCHER, Thomas. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. 56. Auflage. Munique: Verlag C. H. Beck, 2009.

FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito Penal*: parte especial 2. 4. ed. São Paulo: Bushatsky, 1978.

GARCIA, Enéas Costa. *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*. Abordagem conforme a Constituição federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Presentación. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático*?. Barcelona: Marcial Pons, 2007.

GRECO, Luis. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 49, p. 114, jul.-ago. 2004.

HART, Herbert L. A. O positivismo e a separação entre o Direito e a Moral. In: HART, Herbert L. A. *Ensaios de Teoria do Direito e Filosofia.* Trad. José Ghirardi e Lenita Esteves. Rev. tec. Ronaldo Porto Macedo Jr e Leonardo Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HÖRNLE, Tatjana. La proteción de sentimentos en el StGB. In: HEFENDEHL, Roland. *La teoria del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. VIII.

MAZZILLI, Hugo Nigro. O crime de violação de sepultura no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 885/2009, p. 397-424, jul. 2009.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1984.

REGIS PRADO, Luiz. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROXIN, Claus. O conceito de bem-jurídico crítico ao legislador em xeque. In: LEITE, Alaor (Org.). *Novos estudos de Direito Penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

SÓFOCLES. *Antígona*. Trad. Maria Helena Pereira. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Bem Jurídico e Constituição*: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Disponível

em: [http://ensaiosjuridicos.files.wordpress.com/2013/04/bem-jurc3addico-e-constituic3a7c3a3o-da-proibic3a7c3a3o-de-excesso-lenio.pdf]. Acesso em: 10.10.2015.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito Penal e Constituição*: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua Tutela*. São Paulo: Ed. RT, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. *EXP. 0256-2003-HC/TC*. Julgamento em 21.04.2005. Disponível em: [www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00256-2003-HC.html]. Acesso em: 20.10.2015

VASCONCELOS, Pedro Paes. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Depalma editor, 1956.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Análise crítica dos crimes contra o respeito aos mortos no direito penal brasileiro, de Décio Franco David – *RBCCrim* 117/141-173 (DTR\2016\73);
- Tutela jurídica da personalidade humana após a morte: conflitos em face da legitimidade ativa, de Silvio Romero Beltrão – *RePro* 247/177-195 (DTR\2015\13195); e
- Tutela jurisdicional da personalidade *post mortem*, de José Rogério Cruz e Tucci – *RT* 845/11 – 21 e *Doutrinas Essenciais de Direito Civil* 3/385-399 (DTR\2006\193).

Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas

Improper omission of the managing director: the problem of delegation of special duties within complex corporate structures

Sérgio Bruno Araújo Rebouças

Doutor em Direito Penal (Magna Cum Laude) pela Universidade de Sevilha (US) (2017). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC) (2008). Professor de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Advogado.
sergiobareboucas@gmail.com

Recebido em: 30.10.2017
Aprovado em: 05.12.2017
Última versão do autor: 25.12.2017

Áreas do Direito: Penal; Comercial/Empresarial

Resumo: No contexto do Direito Penal econômico e da empresa, este estudo destaca a questões de imputação objetiva e de responsabilidade penal no âmbito de estruturas empresariais complexas, com ênfase no problema da omissão imprópria dos diversos órgãos que integram a estrutura da sociedade, sobretudo o administrador. Os princípios de hierarquia e divisão de trabalho, próprios do domínio empresarial, implicam riscos específicos e tornam mais difícil a tarefa de delimitação das esferas especiais de competência de cada sujeito. Neste artigo, trata-se especificamente do problema da delegação de deveres, entendida como a transferência de âmbitos de competência na estrutura funcional da empresa, e de suas implicações: compartilhamento de riscos, isenção de responsabilidade. Analisa-se, a partir de pesquisa bibliográfica, o desenvolvimento da doutrina e da jurisprudência mais recente acerca dessa problemática. Considera-se, em particular, a reforma ao Código Penal espanhol efetivada pela Lei Orgânica 1/2015, como

Abstract: In the context of economic and corporate criminal law, the present study focuses on questions of criminal liability within complex structures, with emphasis on the problem of improper omission by different corporate bodies, especially executive management. By nature, corporate hierarchy and labour division are associated with specific risks, and the lines between spheres of competence are often blurry. This paper deals particularly with the problem of delegation of special duties to act, i.e. transfer of competence within the corporate structure, and its implications, such as risk distribution and exemption from liability. We also look at the changes introduced by Organic Law #1/2015 to the Spanish Penal Code – a legislative, though indirect, attempt to distribute liability between executive managers and compliance officers.

Rebouças, Sérgio Bruno Araújo. Omissão imprópria do empresário:
o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 143. ano 26. p. 45-86. São Paulo: Ed. RT, maio 2018.

modelo regulador da delegação, que representa um esforço legislativo, ainda que indireto, de distribuição de responsabilidades entre o administrador e o órgão de *compliance*.

Palavras-chave: Direito Penal da empresa – Responsabilidade penal do empresário – Omissão imprópria – Delegação de deveres – *Compliance*.

Keywords: Criminal corporate law – Criminal liability of managing directors – Improper omission – Delegation of special duties – Compliance.

Sumário: 1. Introdução. 2. A problemática da delegação nas estruturas empresariais complexas. 3. Precisão terminológica: a delegação e o encargo de execução de tarefas concretas. 4. Fundamentos da delegação. 5. O regime jurídico da delegação e a responsabilidade penal por omissão imprópria. 6. A responsabilidade do delegante e a do delegado: compartilhamento de riscos, deveres primários e deveres secundários de garantia. 6.1. Deveres primários (controle da fonte de risco) e deveres secundários (supervisão). 6.2. Forma e conteúdo da delegação. 6.2.1. Forma. 6.2.2. Conteúdo. 6.3. Título de intervenção delitiva do delegante omisso: autoria ou participação?. 6.3.1. Sobre a possibilidade de participação por omissão imprópria. 6.3.2. Sobre a forma de intervenção delitiva do delegante. 6.4. Reativação, no delegante, de deveres primários de garantia?. 7. A delegação da própria supervisão de mecanismos de vigilância e controle: exemplo do Direito Penal espanhol e proposta para o Direito Penal brasileiro. 8. Considerações finais. 9. Jurisprudência citada. 10. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A imputação penal objetiva a título de *omissão imprópria*, ou *comissão por omissão*, depende do reconhecimento de *posições especiais de garantia* (*de garante ou de garantidor*), titularizadas por quem, em virtude de determinados parâmetros formais (art. 13, § 2º, Código Penal) e materiais (assunção, organização, domínio), tem o dever de atuar para impedir a ocorrência de resultados penalmente típicos (dano ou perigo). O titular desse dever especial de agir responde, como se o tivesse causado ativamente, pelo resultado típico que ocorrer em seu âmbito de organização. Nesse plano, o fundamento da imputação penal é a *equivalência normativa* entre a ação típica – descrita em um tipo de injusto comissivo – e a omissão do titular de um dever especial de evitar o resultado[1].

1. Trata-se, segundo Silva Sánchez, da *perfeita identidade estrutural e material, no plano normativo, entre a omissão e a comissão ativa*. Confira-se em: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "'Comisión y 'Omisión': Criterios de distinción". In: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *La Comisión por Omisión*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1994. p. 13-54, esp. 19. A respeito do tema, veja-se também: POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho penal. Parte general*. Teoría jurídica del delito. Barcelona: Bosch,

Na hipótese, imputa-se ao omitente o resultado de um tipo de injusto comissivo, porque sua omissão estruturalmente equivale à ação causadora do evento. Assim, o pai que não evita a morte do filho por inanição responde por homicídio – doloso ou culposo, conforme o caso –, a título de omissão *imprópria*, e não simplesmente por omissão de socorro (omissão *própria*). Isso porque a posição *especial* do pai, que lhe impõe um dever legal de cuidado (art. 13, § 2º, *a*, CP), torna sua omissão equiparável, em gravidade, à ação típica de matar.

Na esfera *empresarial*, o administrador e outros órgãos vinculam-se, cada qual, a determinado âmbito de *deveres especiais*, cujo não exercício os faz responsáveis, a título de omissão imprópria, pelo resultado de lesão ou de perigo descrito em um tipo penal comissivo. Em uma estrutura complexa, não é simples a delimitação desses deveres especiais, nem a sua distribuição entre os diversos órgãos integrantes da sociedade empresarial.

Neste contexto, destaca-se o particular problema da *delegação* de deveres de garantia no seio da empresa, com suas possíveis repercussões: compartilhamento de riscos entre delegante e delegado; exoneração total ou parcial da responsabilidade do delegante. Como a delegação é inerente à própria funcionalidade da empresa, seus reflexos na efetividade do controle de riscos reclamam a apreciação de critérios claros de distribuição de responsabilidades, de maneira a preservar a exigência de proteção aos bens jurídicos potencialmente afetados pela atividade empresarial. Essa reflexão passa pela proposta de um modelo *legal* que confira transparência e objetividade aos critérios de delimitação de deveres. São essas as principais questões discutidas a seguir.

2. A problemática da delegação nas estruturas empresariais complexas

No art. 15, 4, das *Propostas Eurodelitos*, de Schünemann e Tiedemann, relativas à *criminalidade de empresa*, há uma disposição especial acerca da *delegação de deveres*:

> A delegação [...] só exime de responsabilidade penal se referida a um determinado segmento da atividade e se houver certeza de que o delegado pode

2000. t. II. v. I. p. 269: "La omisión es realizada por un sujeto al que se le vincula un especial deber de actuar ('*deber de actuar*' por la '*posición de garante*' en que la norma le sitúa). *La omisión de observancia de ese específico deber es considerada por la norma como singularmente grave, y por ello la omisión se equipara a la acción causante del resultado*, cuya producción el garante pudo y debió haber evitado mediante la práctica de la conducta activa jurídicamente exigida" (destaque no original).

> realizar eficazmente as tarefas e competências que lhe foram transferidas. Isso não modifica nem a responsabilidade por eleição, vigilância e controle, nem a responsabilidade penal derivada da organização[2].

Trata-se de um problema de particular interesse na esfera da criminalidade empresarial, ainda não expressamente regulado pelo Direito Penal brasileiro, o que reclama uma análise sobre o tratamento normativo a ser reservado a essa hipótese, de frequente ocorrência na prática, em virtude das próprias relações ordinárias de Direito da Empresa. O objetivo é o de examinar a *transcendência jurídico-penal*, no que se refere à *responsabilidade por omissão imprópria*, da *delegação* de deveres.

A complexa funcionalidade das grandes empresas implica uma intrincada distribuição de competências, em que a delegação de funções se pratica largamente[3]. Em verdade, os próprios princípios de *hierarquia* e de *divisão de trabalho*, inerentes à empresa, supõem intrinsecamente a delegação, não só por parte do administrador, mas também por outros sujeitos e unidades integrantes da organização. A delegação, em particular, processa-se na linha da estrutura *vertical* da empresa, estando orientada pela necessidade de distribuição de competências no plano *hierárquico*.

Antes de tudo, faz-se essencial, para a viabilidade jurídica da delegação e dos efeitos próprios desse instituto, que o órgão delegante tenha poderes para transferir determinados âmbitos de competência ao delegado. Como assinala Montaner Fernández, não só o empresário ou o administrador pode realizar

---

2. SCHÜNEMANN, Bernd. "Sobre la regulación de los delitos de omisión impropia en los eurodelitos". In: TIEDEMANN, Klaus (Dir.); Nieto Martín, Adán (Coord.). *Eurodelitos*. El Derecho penal económico en la Unión Europea. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2005. p. 35-38. No original: "La delegación de responsabilidad sólo exime de responsabilidad penal si se refiere a un determinado segmento de la actividad y existe certeza de que el delegado puede realizar eficazmente las tareas y funciones que le han sido transferidas. Lo anterior no modifica ni la responsabilidad por la elección, vigilancia y control, ni la responsabilidad general derivada de la organización".
3. A esse respeito, como refere Polaino-Orts, no contexto da criminalidade econômica: "La *complejidad estructural* del mundo actual, donde prácticamente no hay actividad social que se realice *exclusivamente* por un solo sujeto, sino donde pueden observarse una confluencia de aportes sociales de diferentes personas, aportes que – lógicamente – tendrán una diversa calificación social". Consulte-se: POLAINO-ORTS, Miguel. "¿Qué es la imputación objetiva?". In: CARO JOHN, José Antonio; POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho penal funcionalista*. Aspectos fundamentales. México, DF: Flores, 2014. p. 63-100, esp. 86 (destaque no original).

a delegação de funções empresariais, mas também pessoas em níveis inferiores ao centro dirigente, como os sujeitos que integram as direções técnicas ou operativas da organização empresarial. E acrescenta que, "em todo caso, a delegação requer que o delegante seja a pessoa competente – em sentido formal e material – sobre aquilo que constitua o objeto da delegação"[4].

No que concerne ao administrador, está claro – desde logo – que não pode desempenhar diretamente todas as atividades que integram seu âmbito de competência. A *confiança*, portanto, é um elemento essencial à própria funcionalidade da empresa[5]. Conforme Martínez-Buján Pérez, o instrumento da delegação de deveres, além de perfeitamente legítimo, encerra notável relevância prática para o funcionamento da empresa. Nesse domínio, são delegáveis não somente as atividades mecânicas, mas também os próprios deveres de controle e de vigilância[6]. Em algumas esferas, ademais, a delegação é até mesmo determinada expressamente pela lei, a exemplo da exigência de designação de um *compliance officer*, ou oficial de cumprimento normativo, com responsabilidade pela supervisão do funcionamento de mecanismos de vigilância e de controle no seio da empresa. Um sistema dessa ordem foi estabelecido de forma abrangente, no contexto da responsabilidade penal da pessoa jurídica, pelo art. 31 *bis* 2 do Código Penal espanhol, após a reforma introduzida pela Lei Orgânica 1/2015[7].

A funcionalidade da empresa mediante a delegação de competências, no entanto, não pode representar um fator de mitigação dos deveres de controle de

4. MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. "El *Criminal Compliance* desde la perspectiva de la delegación de funciones". In: *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, n. 35, p. 733-782, esp. 742-743, 2015.

5. Segundo Requena Juliani, "la confianza requiere que no existan razones para sospechar que el delegado no va a actuar correctamente: los actos del delegado dentro de la organización del delegante son actos del delegante. Por eso, el titular de la organización es garante en el caso de realización por otros de actividades ilícitas dentro de la misma (cfr. SSTS de 8 de junio de 1992, 10 de febrero de 1996, 11 de diciembre de 2002 y 5 de julio de 2002)". Consulte-se: REQUENA JULIANI, Jaime. "La posición de garante del empresario". In: BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (Dir.). *Curso de Derecho penal económico*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 157-176, esp. 175.

6. Assim: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa,* Parte general. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. p. 508. Igualmente, na doutrina brasileira: ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 158-160.

7. Examina-se a essência desse modelo no tópico 7 deste artigo, infra.

riscos, nem de redução das tarefas protetivas que incumbem, em último nível, ao administrador[8]. O problema essencial a ser apreciado consiste, portanto, na delimitação de responsabilidades dos múltiplos sujeitos que integram a estrutura complexa da empresa, de modo que se preservem as exigências de vigilância, de controle e de proteção, sem, entretanto, concentrar essas atribuições em um só órgão.

Considere-se, nesse ponto, que a delegação de competências não só multiplica a possibilidade do exercício de condutas desviadas das pautas empresariais, mas também possibilita a transferência multiplicada de pautas empresariais elas próprias desviadas (proibidas), com o consequente estímulo à impunidade dos reais tomadores de decisões. Trata-se, segundo Martínez-Buján Pérez, do fenômeno da *excisão*, próprio das estruturas complexas e hierarquizadas, que gera uma distância acentuada entre os executores materiais da conduta típica e os órgãos tomadores de decisões, responsáveis pelo plano delitivo. Isso pode gerar uma "indesejável deficiência do efeito preventivo das normas penais", decorrente da transferência da imputação pessoal para os sujeitos integrantes dos escalões mais baixos da estrutura organizacional, sempre que pratiquem condutas penalmente típicas[9].

Cumpre, portanto, não somente identificar critérios seguros de distribuição de responsabilidades, mas também delimitar a *natureza* e o *conteúdo* dos deveres que, mesmo após a delegação, subsistem para o administrador delegante, que integra o centro tomador de decisões na empresa.

3. Precisão terminológica: a delegação e o encargo de execução de tarefas concretas

Inicialmente, deve-se enfatizar a diferença entre *delegação*, por um lado, e *encargo de execução de uma tarefa concreta*, por outro.

A delegação, que tem efeito exoneratório parcial – vale dizer, exime o delegante de parte de seus deveres –, *não* consiste meramente na transmissão de tarefas executórias concretas, sob a supervisão ou a coordenação do administrador, mas na transferência de *esferas de competência* e, portanto, de *poderes e deveres*, o que implica certo nível de *autonomia do delegado*. Para Montaner

8. No mesmo sentido: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. "Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas". In: *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, Madrid, ano IV, n. 40, p. 5-25, esp. 23, jul.-ago. 2007.
9. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa,* Parte general, op. cit., p. 492.

Fernández, é somente na hipótese de transferência de âmbitos de competência, e não no mero encargo da execução de tarefas concretas, que tem real sentido a aplicação dos efeitos gerais próprios da delegação de funções. Dentro desses limites, a delegação encerra dois efeitos jurídico-penais: a constituição de uma nova posição de garantia (genérica) do delegado; a exoneração parcial da responsabilidade do delegante[10].

Em particular, o problema da delegação da posição de *garante* radica na *transferência* de um *poder* de controle e proteção dentro de um determinado domínio, que pode ser a gestão de um empreendimento ou obra ou de um estabelecimento da empresa, a fiscalização da atividade de determinados empregados, a supervisão de uma fábrica etc.

No sentido aqui empregado, os termos *transferência* e *transmissão* não sugerem a exoneração total de responsabilidade do delegante, mas só o trespasso de certos âmbitos de competência ao delegado, que passa, com isso, a ser o responsável *principal* pelo controle direto dos riscos. Neste particular, Montaner Fernández distingue a *delegação* da *transmissão*, assinalando que essa diferença é relevante "para o efeito de imputação de responsabilidade nas hipóteses de criminalidade de empresa", porque "quem transmite algo a uma pessoa, desvincula-se desse algo", de maneira que "o objeto de transmissão já não faz parte da esfera de competência do transmitente"[11]. Não parece adequada essa distinção, considerando que sim existe, mediante a delegação, a efetiva transferência dos deveres *primários* de garantia (controle direto de fontes de risco), com a subsistência, no delegante, somente de deveres secundários (supervisão sobre o delegado). O que cabe distinguir é a delegação, como *transmissão* de deveres primários de garantia, da simples ordem de execução de tarefas concretas.

---

10. MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. "Principios organizativos empresariales y su función como criterios de atribución de responsabilidad penal. A propósito de la delincuencia de empresa derivada de una mala gestión". In: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (Ed.); DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola (Coord.). *Temas actuales de investigación en Ciencias penales*: memorias I Congreso Internacional de jóvenes investigadores en Ciencias penales: 26, 27 y 28 de octubre de 2009. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 2010. p. 408-427, esp. 414.
11. MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*: A propósito de la gestión medioambiental. Barcelona: Atelier, 2008. p. 91: "La distinción entre los términos de delegación y de transmisión es relevante a los efectos de la imputación de responsabilidad en los supuestos de criminalidad de empresa. Veamos por qué. Quien transmite algo a una persona, se desvincula de ese algo. La consecuencia es que el objeto de la transmisión ya no forma parte de la esfera de competencia del transmitente".

Assim, a mera incumbência de execução de uma tarefa específica não acarreta a transmissão do dever de *garante*, pois se trata aí do simples cumprimento de uma ordem, de sorte que quem ordena continua sendo responsável *direto* pelas consequências dos atos de quem cumpre a atividade ordenada. Como observa Montaner Fernández, no caso da "delegação" *da execução de uma função*, "não se produz a transferência ao encarregado da competência primária do mandante", motivo pelo qual "este último não é o titular de deveres residuais, e sim de deveres primários"[12]. Neste sentido, propõe a autora que se empregue não o termo delegação para referir-se a essa hipótese, mas a expressão *encargo para a execução de uma função*, "cujo efeito não é a transformação das esferas de competência, mas a *ativação* de um standard normativo vinculante"[13].

A responsabilidade penal de quem emite a ordem, nesse último caso, se estabelece segundo as formas *in vigilando* e *in eligendo*: por vigilância direta e por eleição[14]. Com efeito, quem transmite a execução de tarefas concretas e pontuais é responsável pela vigilância *direta* dos atos do executor eleito. Trata-se de algo derivado diretamente da relação de subordinação, sem que isso represente uma delegação de âmbitos de competência. O encarregado da tarefa é um mero executor da ordem, sem qualquer autonomia.

Uma vez assinalada essa diferença, interessa abordar, no próximo tópico, a delegação de *competências administrativas*, vale dizer, de *autonomias*, e suas implicações para o delegante, no que tange a seus deveres especiais de garantia. Cuida-se do exame da possibilidade de delegar as funções de vigilância de fontes de risco e de proteção de bens jurídicos, assim como a aplicabilidade de seus efeitos de exclusão da responsabilidade – sobretudo a penal – do delegante.

4. Fundamentos da delegação

A delegação supõe a transferência *dos deveres primários de garantia*, consistentes na *vigilância e no controle direto das fontes de risco*, mantendo-se *no delegante*, porém, *os deveres secundários*, relativos à *supervisão do delegado*. Dá-se, assim, a persistência de deveres do delegante, ainda que transformados (de primários em secundários), porque as fontes de risco cuja vigilância se

12. MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. "Principios organizativos empresariales y su función como criterios de atribución de responsabilidad penal. A propósito de la delincuencia de empresa derivada de una mala gestión", op. cit., p. 422.

13. Montaner Fernández, Raquel. *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*: A propósito de la gestión medioambiental, op. cit., p. 105.

14. Consulte-se, no sentido do texto: MEINI, Iván. *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 369.

transferiu mediante a delegação continuam pertencendo à esfera de organização do delegante, cabendo a ele, portanto, um remanescente dever de supervisão de seu delegado. De acordo com Robles Planas, o fundamento da persistência da responsabilidade do delegante radica no fato de que é em seu âmbito de organização que se exerce a atividade do delegado. Nessas condições, sobrevivem no delegante deveres de vigilância e de supervisão, destinados a evitar que de sua própria esfera de organização surjam perigos a terceiros, também em decorrência da atividade lesiva que possa partir do delegado[15].

Por outro lado, relativamente aos *deveres do delegado*, o fundamento da responsabilidade penal em um contexto de delegação encontra-se na *autonomia pessoal* e na *assunção de competências*[16]. Com efeito, ao aceitar a transferência de determinado âmbito de funções, o delegado assume os deveres especiais associados a isso, que consistem, essencialmente, no controle direto de fontes de risco e na proteção dos bens jurídicos afetáveis pela atividade objeto de delegação.

O significado essencial dessa ideia é o de que a existência de uma posição de garantia não tem sua origem só em uma fonte formal que preveja o dever de atuar (lei, contrato), mas também na *assunção efetiva de um rol especial de funções* por determinado sujeito, que livremente decide integrar um órgão que, por sua vez, lhe vincule um particular complexo de poderes e deveres. O indivíduo, aqui o *delegado*, é garante porque, no exercício de sua liberdade de autodeterminação, decidiu assumir um dever especial de vigilância e de proteção. Segundo a formulação de Jakobs:

> Em uma sociedade de liberdades e, mais ainda, em uma sociedade que, ademais, faz possíveis contatos anônimos em alto grau, vale dizer, em uma sociedade que põe a cargo dos cidadãos a configuração do comportamento a eleger, contanto que esse comportamento não tenha consequências lesivas, a liberdade central de eleição deve ver-se correspondida, enquanto sinalagma, por uma responsabilidade pelas consequências da eleição. Sem esse sinalagma entre liberdade de comportamento e responsabilidade pelas

15. ROBLES PLANAS, Ricardo. "Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)". In: *InDret, (2)*, *Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, abr. 2012. Disponível em: [www.indret.com/pdf/886.pdf]. Acesso em: 20.10.2017. p. 14. Assim, também: ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, op. cit., p. 150.

16. Com perspectiva semelhante: MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. "Principios organizativos empresariales y su función como criterios de atribución de responsabilidad penal. A propósito de la delincuencia de empresa derivada de una mala gestión", op. cit., p. 408-427, esp. 425.

> consequências seria impossível organizar pelo menos os contatos anônimos, o que significa que não haveria sociedade. Por isso, cada pessoa é garante da inocuidade de sua conduta[17].

Assim, em seu âmbito de organização pessoal, delimitado em função de competências normativas, o organizador – o delegado – assume voluntariamente a responsabilidade de garantir que determinados resultados não se produzam, desde que tenha real domínio sobre as fontes de risco[18].

5. O regime jurídico da delegação e a responsabilidade penal por omissão imprópria

Em princípio, conforme a legislação civil, os administradores são responsáveis pelos atos de seus subordinados. Nos termos do art. 932, inciso III, do

17. JAKOBS, Günther. "'Teoría y *praxis* de la injerencia". Traducción de Manuel Cancio Meliá. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, t. 52, fasc. 1, p. 17-50, esp. 19-20, mar. 1999. No mesmo sentido: POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho penal como sistema de autodeterminación personal*. Lima: Ara Editores, 2012. p. 86. Igualmente, na esfera empresarial: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa,* Parte general, op. cit., p. 505.

18. A fórmula do *domínio* sobre a fonte do resultado foi pioneiramente expressa por Rudolphi, sob a ideia de *função social de proteção* vinculada ao sujeito, que lhe obriga a enfrentar uma situação de perigo quando, por sua posição de domínio, lhe caiba a decisão fundamental sobre o destino do bem jurídico ameaçado. Consulte-se, a esse respeito: RUDOLPHI, Hans-Joachim. *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*. Göttingen: Otto Schwartz & Co., 1966. p. 16 e 99. De igual modo: RUDOLPHI, Hans-Joachim. "Zweiter Abschnitt. Die Tat (§§ 13 – 37). Grundlagen der Strafbarkeit (§§ 13 – 21)". In: RUDOLPHI, Hans-Joachim; HORN, Eckhard; SAMSON, Erich; SCHREIBER, Hans-Ludwig. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band I (Allgemeiner Teil – §§ 1 – 79b). Frankfurt am Main: Alfred Metzner Verlag GmbH, 1987. p. 73-74. O desenvolvimento mais influente de uma teoria do domínio, porém, deve-se a Schünemann, em: SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamento y limites de los delitos de omisión impropia*. Traducción de la edición alemana (Gotinga, 1971) por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 288. Não se identifica incompatibilidade dogmática essencial entre a *teoria do domínio*, de Schünemann, centrada em um parâmetro fático-material, e a *teoria da competência de organização*, de Jakobs, baseada em um critério normativo. A relação entre ambas é de complementaridade, embora isso seja recusado por alguns autores. Sobre a concepção de Jakobs, veja-se: JAKOBS, Günther. *Derecho penal*. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 972-974.

Código Civil, "são também responsáveis pela reparação civil: o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele". Isso abrange a delegação de competências. A responsabilidade *civil* por omissão, nesse âmbito, aperfeiçoa-se de forma mais ampla e menos estrita quanto a seus requisitos, já do ponto de vista objetivo.

O mesmo não se pode dizer da responsabilidade *penal*, particularmente a título de omissão imprópria. A esse respeito, é necessário avaliar a existência do *dever de garante* com o critério adequado, sem esquecer que a omissão do administrador deve ser normativamente equiparável, em gravidade, à ação típica causadora do resultado do crime. Por outro lado, a complexidade da vida empresarial não comporta a concentração de deveres de garantia nas mãos de um administrador único ou de um restrito corpo de dirigentes, responsáveis por todas as ações e consequências possíveis[19].

Nesse contexto, não há dúvida de que o próprio regime jurídico da empresa contempla a delegação de responsabilidades, tratando-se, portanto, de um instituto inserido no domínio do *risco permitido*. O risco, no entanto, *converte-se em proibido* se a delegação for utilizada como instrumento de ocultação dos centros de decisões ou se o delegado não se revelar capaz de desempenhar os poderes de vigilância e de controle que lhe foram transferidos. Nesses casos, o delegante será *penalmente* responsável pelas consequências dos atos de seu delegado.

Ademais, *não* se permite a delegação *geral* dos poderes de controle e de proteção necessários ao exercício do dever de garante, vale dizer, o órgão dirigente da empresa não pode delegar a generalidade de suas competências a determinadas pessoas, para eximir-se de responsabilidade em todos os casos. A delegação deve estar restrita a um setor determinado da empresa (um estabelecimento, uma obra etc.), de modo que a transferência dos poderes de gestão específica se vincule a deveres de asseguração de fontes de risco e de proteção de bens jurídicos. Uma delegação geral de deveres de garante implicaria o próprio abandono da função administrativa. Como refere Heloisa Estellita, a transferência total de funções aperfeiçoaria uma "delegação orgânica", legalmente vedada[20].

Sob esses parâmetros, sustenta-se a possibilidade de delegação das posições de garantia, como algo próprio da esfera empresarial e, no marco jurídico-penal,

19. Assim: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa,* Parte general, op. cit., p. 508.

20. ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, op. cit., p. 148.

como elemento limitador da imputação objetiva. A delegação, como destacado, deve fazer-se dentro dos limites do risco permitido. O administrador que delega atividades gerais a pessoas sem aptidão para desempenhar os deveres de garantia conduz sua organização até a esfera do risco desaprovado (proibido) e, por conseguinte, responde pelo resultado – de perigo concreto ou de dano – acontecido no âmbito dessa delegação.

Por outro lado, para que a delegação se mantenha no marco do risco permitido, é necessário que o delegante implante adequados mecanismos de vigilância e de controle, que permitam o cumprimento de seu dever – secundário – de supervisão do delegado. Como identificado por Robles Planas, os riscos específicos da delegação surgem do caráter fragmentário e implícito, com pretensões de estabilidade, do programa de ação recebido pelo delegado. A partir daí, pode o delegado, por exemplo, sobrevalorizar ou subestimar seus próprios deveres e possibilidades de atuação no marco da organização empresarial, e até mesmo operar à margem do programa de ação que lhe foi atribuído, além dos riscos de discrepâncias acerca do alcance das expectativas de longo prazo. É para enfrentar riscos dessa ordem que se reclama do delegante a implantação de específicos sistemas de vigilância e controle sobre a atividade do delegado[21].

Nessas condições, a fórmula de Tiedemann e de Schünemann (art. 15, 4, da Proposta Eurodelitos, referida no tópico 2, supra) revela-se adequada ao tratamento da delegação das posições de garante no ambiente empresarial e reflete, ademais, os aportes doutrinários desenvolvidos acerca da matéria[22], que, contudo, não é simples, tendo sido objeto de não poucas discussões e propostas dogmáticas.

6. A responsabilidade do delegante e a do delegado: compartilhamento de riscos, deveres primários e deveres secundários de garantia

Chega o tempo de analisar os efeitos jurídicos da delegação, no que tange a seu aspecto de distribuição de responsabilidades entre o delegante e o

21. ROBLES PLANAS, Ricardo. "Principios de imputación en la empresa". In: BACIGALUPO SAGGESE, Silvina; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; ECHANO BASALDÚA, Juan Ignácio (Coord.). *Estudios de Derecho penal*: Homenaje al Profesor Miguel Bajo. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2016. p. 487-504, esp. 498.

22. Assim: TIEDEMANN, Klaus (Dir.); NIETO MARTÍN, Adán (Coord.). *Eurodelitos*. El Derecho penal económico en la Unión Europea. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2004.

delegado. Importa saber, neste particular, quais as esferas de risco compartilhado entre ambos e quais os âmbitos delimitados dos deveres especiais de cada um. Para tanto, é necessário refletir sobre a própria natureza e alcance das posições de garantia do órgão superior, como objeto possível de – parcial – delegação. Distinguem-se, assim, os deveres primários (principais) dos deveres secundários (remanescentes ou residuais). Em seguida, trata-se da feição formal da delegação de funções, assim como da previsão do conteúdo concreto dos deveres transferidos.

6.1. Deveres primários (controle da fonte de risco) e deveres secundários (supervisão)

Pode dizer-se que a delegação não exime o delegante de responsabilidade, mas *transforma*[23] ou *modifica* sua posição de garantia[24], convertendo-a de primária (controle direto da fonte de risco) em secundária (supervisão do delegado)[25]. De acordo com Bacigalupo, o delegante continua sendo um "garante mediato", cujo dever de vigilância recai sobre o cumprimento das atividades delegadas ao substituto, que, por sua vez, terá a responsabilidade plena de garante desde a assunção das funções até a sua devolução ao garante primário[26].

Neste sentido, o delegante fica liberado somente de sua função *primária* de garante, no que respeita ao controle imediato das fontes de risco. Segue responsável, contudo, pela supervisão da atividade do delegado e, portanto,

23. SCHÜNEMANN, Bernd. "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa". Traducción de Daniela Brückner e Juan Antonio Lascuraín Sánchez. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, t. 41, fasc. 2, p. 529-558, esp. 538, 1988.

24. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa.* Parte general, op. cit., p. 509.

25. De igual modo, segundo Robles Planas: "Procede recordar dos aspectos relativos a la delegación. El primero es que el contenido del deber de vigilancia del delegado depende de diversos factores y que uno de los principales respecto al delito finalmente no evitado es la cercanía al acto de ejecución constitutivo del mismo. En las cadenas de delegaciones, el delegante de la ejecución debe controlar la ejecución, pero el delegante del delegante sólo que éste a su vez controle al ejecutor". Consulte-se: ROBLES PLANAS, Ricardo. *"Principios de imputación en la empresa",* op. cit., p. 486-502, esp. 496.

26. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial". In: BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (Dir.). *Curso de Derecho penal económico*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 177--192, esp. 188.

assume uma posição de garante *secundário*, de modo que a delegação não tem o efeito de liberação integral do delegante. Persistem, ainda que transformados, deveres de garantia, em outro nível[27].

Identifica-se aí uma *cotitularidade da custódia*, na expressão de Schünemann. Segundo o penalista alemão: (a) a pessoa que *está mais próxima* à *fonte de perigo* tem de executar as *atividades materiais* relativas à sua competência no estabelecimento, vale dizer, o controle da fonte de perigo ("deveres *primários* de garante"); (b) já os superiores hierárquicos, cotitulares da custódia, estão obrigados à *coordenação* e ao *controle* ("deveres *secundários* de garante"). A respeito dos últimos, acrescenta Schünemann que:

> [...] consequentemente, ao superior cotitular da custódia cabe, no marco do exigido –Erforderlichen – [e, segundo a posição majoritária, do exigível (Zumutbaren)], o dever de evitar o uso excessivo da coisa perigosa dos subordinados cotitulares da custódia, de modo que uma tarefa de custódia contrária ao dever o faz responsável pelas consequências imputáveis resultantes disso[28].

Na mesma esteira, considera Frisch que o dever do delegante fica convertido em um "dever de preocupar-se" com que a delegação não acabe produzindo lesões a bens jurídicos. Esse dever se reflete na efetiva adoção das necessárias medidas organizativas, controles e intervenções[29].

Quanto a seu conteúdo, os deveres secundários de garantia subsistentes para o delegante consistem essencialmente na *supervisão* – coordenação e controle – da atividade do delegado[30]. Segundo Martínez-Buján Pérez, trata-se de uma

---

27. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa.* Parte general, op. cit., p. 509: "Si bien es cierto que el mecanismo de la delegación modifica o transforma el contenido del deber primario de garantía (puesto que en principio el delegante se ve descargado de deberes) no lo es menos que el delegante no queda completamente liberado, dado que su deber originario no desaparece".

28. SCHÜNEMANN, Bernd. *"Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa"*, op. cit., p. 538.

29. FRISCH, Wolfgang. "Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo". In: MIR PUIG, Santiago; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (Coord.). *Responsabilidad penal de las empresas y sus* órganos *y responsabilidad por el producto*. Barcelona: Bosch, 1996. p. 99-128, esp. 116-117.

30. Neste sentido, conforme Robles Planas: "El delegante puede conservar una posición de supremacía sobre el delegado, normalmente porque posee una mayor capacidad, formación técnica o información que el segundo. En tales supuestos, al delegante le afectan deberes *directos de supervisión* de la actividad del delegado, de forma que

"competência residual", que obriga o delegante a verificar periodicamente se o delegado está de fato cumprindo os deveres que lhe foram reservados e, em caso negativo, a atuar em caráter corretivo ou substituir o delegado[31].

Esse *dever de vigilância* não pode ser tão amplo e diversificado a ponto de tornar sem sentido a própria delegação[32]. Neste particular, assevera Lascuraín Sánchez que o dever de vigilância

> [...] não pode ser de uma exigência tal que converta a delegação em um domínio mediato, que anule, assim, a vantagem intrínseca da multiplicação deste método e que afogue as necessidades expansivas da atividade em determinados âmbitos sociais, como sucede significativamente na empresa[33].

Por outro lado, exige-se do delegante uma *atitude proativa* – que não elimine, na prática, seu dever de garantia[34] –, no sentido de exercer uma vigilância periódica, compatível com o princípio da confiança, que se pode aqui traduzir no *dever de informar-se*. Acerca desse dever, o Tribunal Supremo da Espanha concluiu, na STS 1193/2010, o seguinte:

> O dirigente que dispõe de dados suficientes para saber que a conduta de seus subordinados, executada em seu âmbito de funções e no marco de seu poder de direção, cria um risco juridicamente desaprovado, é responsável por sua omissão se não exerce as faculdades de controle que lhe correspondem sobre o subordinado e sua atividade, ou não atua para impedi-la[35].

---

su incumplimiento dará directamente lugar a la imputación de responsabilidad en comisión por omisión a título de autor". Confira-se em: ROBLES PLANAS, Ricardo. *"Principios de imputación en la empresa"*, op. cit., p. 486-592, esp. 496.

31. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa.* Parte general, op. cit., p. 509.
32. Na mesma direção, veja-se: MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*: A propósito de la gestión medioambiental, op. cit., p. 167-168.
33. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Los delitos de omisión*: fundamento de los deberes de garantía. Madrid: Civitas, 2002. p. 117. No mesmo sentido, sustenta Silva Sánchez que, "en cuanto al modo de ejercer la vigilancia, éste no puede identificarse con una revisión total de los actos del subordinado que haría inútil la propia delegación efectuada". Consulte-se: SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*. 2. ed. Madrid: Editorial B de F, 2016. p. 215.
34. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Los delitos de omisión: fundamentos de los deberes de garantía*, op. cit., p. 117.
35. ESPANHA. Tribunal Supremo. Sala 2ª de lo Penal, STS 1193/2010, de 24.02.2011. Ponente [Relator]: Colmenero Menéndez de Luarca, Miguel. No original: "El directivo

Trata-se não necessariamente do conhecimento efetivo, mas do dever de conhecimento, segundo a jurisprudência dominante. Seguindo a mesma lógica, conforme Silva Sánchez, não se aceita do delegante "uma mera atitude passiva ou reativa, à espera de uma atuação defeituosa do subordinado"[36]. À confiança como princípio, portanto, agrega-se a desconfiança periódica, a título de verificação[37].

Acerca dos *modos específicos de vigilância*, Silva Sánchez indica os seguintes: sistemas de inspeção periódica, mais ou menos aleatórios; procedimentos ou protocolos *bottom-up* de informação periódica; criação de um órgão específico[38]. O nível de vigilância dependerá, em concreto, da complexidade das atividades da empresa[39] e também das próprias características pessoais[40] e capacidade técnica do delegado[41]. Nessa trilha, segundo Lascuraín Sánchez, o risco mais elevado e difícil de controlar reclama uma supervisão mais intensa por parte do delegante, ao passo que a qualificação e a experiência do delegado, assim como o tempo de vigência da delegação, justificam uma maior confiança e, portanto, uma menos estrita atividade de vigilância[42].

---

que dispone de datos suficientes para saber que la conducta de sus subordinados, ejecutada en su ámbito de funciones y en el marco de su poder de dirección, crea un riesgo jurídicamente desaprobado, es responsable por omisión si no ejerce las facultades de control que le corresponden sobre el subordinado y su actividad, o no actúa para impedirla".

36. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*. Madrid: Editorial B de F, 2016. p. 215.

37. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, op. cit., p. 215: "Una vez establecido el sistema periódico de inspección o de remisión de información, el superior jerárquico puede considerarse amparado por el principio de confianza".

38. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, op. cit., p. 215.

39. "[...] cuanta mayor entidad tenga el riesgo, mayor será la vigilancia y control requeridos". Veja-se: MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*: A propósito de la gestión medioambiental, op. cit., p. 169.

40. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Los delitos de omisión*: fundamentos de los deberes de garantía, op. cit., p. 117.

41. MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*: A propósito de la gestión medioambiental, op. cit., p. 169.

42. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Los delitos de omisión*: fundamentos de los deberes de garantía, op. cit., p. 117-118. Heloisa Estellita indica ainda fatores concretos outros como "o âmbito do departamento no qual se insere [a delegação], o

É importante observar, contudo, que isso pressupõe que o delegado tenha capacidade para desempenhar suas funções. De outro lado, por maior que seja a capacidade do delegado, subsistem no delegante deveres de vigilância, ainda que em nível menos intenso. A confiança, portanto, jamais pode ser absoluta, a ponto de gerar uma postura de abandono da parte do delegante, por mais experiente e qualificado que seja o delegado. Montaner Fernández indica também a quebra anterior da confiança como fator de intensificação do dever de vigilância, o qual, de todo modo, *não* implica uma "vigilância incondicional e completa com que se elimine qualquer risco"[43]. Neste último caso, é preciso saber se a quebra da confiança permite ou não, em concreto, a continuidade da própria delegação: caso permita, subsistem no delegante seus deveres secundários de garantia (deveres de vigilância), ainda que intensificados, mas não absolutos; caso não permita, configura-se uma delegação *defeituosa*, capaz de reativar, no delegante, seus deveres *primários*, diante da demonstração concreta da ausência de capacidade do delegado.

Assim, a delegação *válida* transmite ao delegado os deveres *primários* de garantia, subsistindo no delegante os *deveres de vigilância* (deveres *secundários* de garantia) quanto à atividade do delegado. Esses deveres de vigilância, segundo a formulação de Silva Sánchez, consistem: (a) no *dever de obter conhecimento*, cumprido mediante a implantação de estruturas aptas para tanto ou pela delegação dessa tarefa a uma estrutura paralela de vigilância; (b) no *dever de corrigir a situação que se revelou defeituosa* (suspeitas ou indícios, conhecimento provável ou conhecimento seguro), cumprido diretamente pelo delegante. Caso falte competência corretiva ao delegante, esse último dever se transforma no *dever de transmitir a informação recebida* a quem possa ter capacidade de correção[44].

Em todo o contexto descrito, cumpre distinguir duas situações.

(i) Se o administrador delega seus deveres primários de garantia a uma pessoa não capacitada, isso não o exonera sequer de sua posição primária de garante, que é a de controle direto das fontes de perigo. Com efeito, a *delegação*

---

tamanho da empresa, os conhecimentos especiais necessários, o número de trabalhadores alocados na área delegada, o nível de periculosidade ínsito à atividade etc." Consulte-se: ESTELLITA, Heloisa, *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, op. cit., p. 154-155.

43. MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*: A propósito de la gestión medioambiental, op. cit., p. 169-170.

44. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, op. cit., p. 215-216.

defeituosa situa o problema nos níveis do risco proibido e, por isso, não é apta à transferência dos deveres principais do delegante para o delegado, de modo que o primeiro responde pelo resultado típico derivado da fonte de risco não controlada pelo último. Por outro lado, o próprio delegado, se consciente de sua incapacidade ou impossibilidade para o desempenho das competências que lhe foram atribuídas, responderá também pelo crime, a título de omissão imprópria por *ingerência* (art. 13, § 2º, *c*, CP), porque, mediante sua conduta prévia de aceitar a incumbência objeto da delegação defeituosa, criou o risco da ocorrência do resultado penalmente típico[45].

(ii) Se, diversamente, a delegação se faz em uma pessoa capacitada, o delegante fica liberado de sua posição primária, de controle direto da fonte de perigo, subsistindo, porém, deveres *secundários* de garantia, vale dizer, de *supervisão* do delegado[46]. É este o sentido que emana da jurisprudência do Tribunal Supremo da Espanha, ao assinalar que:

> Não é humanamente possível que aqueles que devem exercer uma posição de garante, que requer, por sua natureza, uma distribuição de funções, possam realizar pessoalmente todas as operações necessárias ao cumprimento do dever. Por isso, o ordenamento jurídico reconhece o valor exonerante da posição de garante quando tal delegação se efetua em pessoas capacitadas para a função e que dispõem dos meios necessários para a execução das incumbências que correspondem ao dever de atuar[47].

45. No mesmo sentido: ROBLES PLANAS, Ricardo. "Principios de imputación en la empresa", op. cit., p. 486-502, esp. 496; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Los delitos de omisión*: fundamento de los deberes de garantía, op. cit., p. 120-121.

46. Assim: MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. "*Principios organizativos empresariales y su función como criterios de atribución de responsabilidad penal*. A propósito de la delincuencia de empresa derivada de una mala gestión", op. cit., p. 413-414.

47. ESPANHA. Tribunal Supremo. STS, Sala 2ª de lo Penal, Madrid, 26.03.1994. Ponente [Relator]: Bacigalupo Zapater, Enrique. Na mesma direção: Espanha, STS, Sala 2ª de lo Penal, 11.03.2010. Ponente [Relator]: Colmenero Menéndez de Luarca, Miguel. No original: "No es humanamente posible que quienes deben ejercer una posición de garante, que requiere, por su naturaleza, una distribución de funciones, puedan realizar personalmente todas las operaciones necesarias para el cumplimiento del deber. Por ello, el ordenamiento jurídico reconoce el valor exonerante de la posición de garante cuando tal delegación se efectúa en personas capacitadas para la función y que disponen de los medios necesarios para la ejecución de los cometidos que corresponden al deber de actuar". Na doutrina, veja-se também, defendendo a mesma lógica: BATISTA GONZÁLEZ, María Paz. "La responsabilidad penal de los órganos de la empresa". In: Bacigalupo Zapater, Enrique (Dir.). 2. ed. *Curso de Derecho penal económico*. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 145-156, esp. 155.

A subsistência da supervisão como dever secundário do delegante vincula à delegação um importante aspecto dialético, quanto a seus fundamentos: a tensão entre confiança e desconfiança. Com efeito, por um lado, a *confiança* na capacidade do delegado, e no cumprimento por este dos deveres primários de controle direto das fontes de risco a ele reservadas, integra a essência do instituto da delegação, justificando o aspecto de exoneração do delegante no que respeita a esses deveres principais.

De outro lado, entretanto, a *desconfiança* é o que essencialmente justifica a subsistência, no delegante, de deveres secundários de garantia, isto é, de supervisão, vigilância e controle do delegado. Como assinala Robles Planas,

> [...] a desconfiança (e seu correlato na forma de deveres de vigilância e controle) não aparece já como um fenômeno normativo particular associado à ostentação de posições de garante que se vão reconfigurando em função da dinâmica empresarial, mas como manifestação da normal distribuição de competências na empresa minimamente complexa[48].

A tensão entre esses dois fatores, portanto, é que orienta a identificação e a distribuição de responsabilidades por omissão imprópria no âmbito da empresa.

6.2. Forma e conteúdo da delegação

6.2.1. Forma

Em princípio, não se exige uma forma específica para o aperfeiçoamento da delegação de competências no seio da empresa. Por outro lado, não se admite a mera "delegação de fato", sem um registro mínimo das funções assumidas pelo delegado. O efeito de exoneração do delegante quanto aos deveres primários de garantia só pode ocorrer se houver uma delimitação clara das tarefas transferidas ao delegado. Uma "delegação não escrita" *normalmente* não é apta à delimitação das competências nem, portanto, à distribuição de deveres entre o delegante e o delegado.

A esse respeito, Lascuraín Sánchez admite a delegação implícita ao pontuar que "o fator fundante da geração do novo dever de garantia por delegação e aceitação é a livre vontade – o exercício da autonomia – do delegante e do aceitante". Não interessaria, assim, a existência de formalização do acordo, ou o modo como este se instrumentaliza, bastando os aspectos materiais da

48. ROBLES PLANAS, Ricardo. *"Principios de imputación en la empresa"*, op. cit., p. 486-502, esp. 496.

convergência de vontades e da capacidade e domínio do delegado[49]. Montaner Fernández segue a mesma posição, enfatizando que o substrato material da delegação *para efeitos penais*, "como elemento que transforma os âmbitos de competência dos sujeitos que nela intervêm, não pode depender de critérios tão formalistas", como aqueles exigidos por outros ramos do ordenamento jurídico[50].

Ocorre que, como se trata de delegação de deveres *especiais* de garantia – vale dizer, de assunção pelo delegado de um *rol especial de funções* –, deve-se normalmente exigir alguma forma, ainda que simples, que permita a delimitação mínima do âmbito de competência do delegado. Somente situações materiais inequívocas podem traduzir uma delegação (implícita) sem um instrumento escrito[51]. Se nem sequer no âmbito extrapenal se pode identificar uma delegação, como admitir a assunção de um rol especial de funções por um "delegado de fato", de maneira tácita ou implícita?[52] Com essa perspectiva, sustenta-se aqui, contra a posição suprarreferida, que somente em situações excepcionais, em que resulte inequívoca a transmissão de deveres primários e claramente delimitado o rol especial de funções transmitidas, cabe admitir uma delegação não escrita para efeitos penais.

49. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Los delitos de omisión*: fundamento de los deberes de garantía, op. cit., p. 125. Em sentido semelhante, Heloisa Estellita: "O contrato (válido) é o meio ideal de delegação de funções e deberá explicitar o ámbito das tarefas e deveres do delegado. Isso não impede que a delegação seja feita de fato, com a atribuição informal de tarefas e deveres a outros membros da empresa". Confira-se em: ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, op. cit., p. 148.

50. MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*: A propósito de la gestión medioambiental, op. cit., p. 110.

51. Lascuraín Sánchez reconhece as dificuldades próprias de uma delegação implícita ao observar que "cuestión distinta es que la falta de expresividad o de formalidad pueda conducir a errores en los participantes en el acuerdo o que pueda dificultar la prueba posterior relativa a que hubo delegación". Consulte-se: LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Los delitos de omisión*: fundamento de los deberes de garantía, op. cit., p. 125.

52. Montaner Fernández reconhece as dificuldades probatórias, ainda que admita a delegação tácita: "Si bien es cierto que su otorgamiento por escrito facilita la prueba respecto a las competencias asumidas por el delegado y retenidas por el delegante, la doctrina considera que es suficiente con su concesión de manera tácita". Confira-se em: MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*: A propósito de la gestión medioambiental, op. cit., p. 110.

Nesse contexto, advirta-se que só a assunção *material* de tarefas por determinado sujeito na empresa não basta ao aperfeiçoamento de uma efetiva delegação, com os efeitos que lhe são próprios, examinados anteriormente. De acordo com Requena Juliani, embora não se reclamem especiais formalidades para a delegação, não pode bastar para tanto a simples assunção material, quando isso conduza a uma excessiva divisão de funções, a ponto de tornar irreconhecível o rol especial de competências assumidas pelo pretenso delegado. São as expectativas vinculadas ao rol especial de funções que formam o objeto da proteção jurídico-penal[53], de modo que a delimitação clara dos âmbitos de deveres não pode ser desprezada em favor de uma lógica puramente empírica e material de assunção de tarefas.

Com efeito, a responsabilidade dos órgãos da empresa se dimensiona em função de *competências de organização*, delimitadas na lei e nos estatutos e demais instrumentos reguladores da atividade empresarial. A simples realização empírica de tarefas não converte o sujeito em delegado do administrador da empresa, se não há uma delimitação *normativa* claramente reconhecível. Se o domínio fático das fontes de risco é necessário como fundamento da responsabilidade penal por omissão imprópria, está claro que não é suficiente. Só um rol de funções minimamente delimitado pode gerar *expectativas normativas* e, portanto, fazer seu titular responsável pelo controle dos riscos próprios de sua esfera de organização – e de domínio – pessoal.

Igualmente, a simples *confiança* na atuação alheia *não* conforma uma delegação, nem, portanto, a transmissão de deveres primários de garantia. Como observa Lascuraín Sánchez, a mera confiança no outro, justificada por sua fama de "bom samaritano", não gera delegação nem aceitação, nem implica a responsabilidade por ingerência da parte de quem pode ou não eventualmente atuar[54]. Assim, somente o aspecto material da atuação de outro sujeito, por sua fama ou histórico, não significa a assunção por ele de especiais deveres de garantia.

6.2.2. Conteúdo

Acerca do *conteúdo do dever de garante*, a delimitação dos âmbitos de competência do delegado se faz pela lei, de forma associada à natureza das funções assumidas, e pelos estatutos e normas internas da empresa. A esse respeito,

53. REQUENA JULIANI, Jaime. *"La posición de garante del empresario"*, op. cit., p. 173.

54. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Los delitos de omisión*: fundamento de los deberes de garantía, op. cit., p. 129.

para Requena Juliani, o conteúdo do dever de garante *do delegado* depende da natureza das funções delegadas de forma expressa, assim como, por extensão, das outras atividades que habitualmente acompanhem o exercício daquelas. Por outro lado, essa delimitação orienta-se também pela análise dos deveres de proteção e de salvação impostos ao delegado (assunção) ou pelo conjunto de inter-relações próprias da instituição em que ele se integra (confiança)[55].

A título de exemplo, o administrador da empresa pode delegar a determinado sujeito capacitado a gestão de um estabelecimento específico da empresa. Nesse caso, o delegado terá a obrigação *legal* de prestar contas relacionadas à unidade, conforme a legislação vigente[56], outras obrigações previstas no estatuto da empresa e no instrumento pelo qual se faça a delegação, assim como a responsabilidade pelo controle das fontes de risco próprias da unidade assumida.

Essas fontes de risco podem ser externas ou internas: controle dos riscos dos bens produzidos pela unidade, mediante as devidas cautelas de acondicionamento e de distribuição e medidas de informação ao consumidor (risco externo); controle dos riscos de acidentes na unidade (risco interno); vigilância da atividade dos empregados da unidade (risco interno e externo).

6.3. Título de intervenção delitiva do delegante omisso: autoria ou participação?

Aborda-se, no presente artigo, o problema da delimitação de deveres de garantia entre o delegante e o delegado, para o efeito de exame do *aperfeiçoamento* da imputação penal *objetiva* a título de omissão imprópria. Por sua vez, o tema da forma de intervenção delitiva do delegante, uma vez já estabelecida a responsabilidade por omissão imprópria (art. 13, § 2º, CP), envolve uma análise mais profunda, que reclamaria um estudo próprio. De toda sorte, convém examinar brevemente essa relevante problemática, que tem ocupado a doutrina mais recente, sobretudo na Espanha.

A questão essencial é a de saber se o delegante, que descumpriu seus deveres *secundários* de garantia (supervisão do delegado), responde como autor ou só como partícipe pelo resultado penalmente típico ocorrido em seu âmbito de organização. Não pode haver dúvida de que o delegado, por ter descumprido seus deveres especiais *primários* de garantidor (controle direto da fonte de risco), responde como *autor* do crime, a título de omissão imprópria, pelo

55. REQUENA JULIANI, Jaime. *"La posición de garante del empresario"*, op. cit., p. 173-174.

56. REQUENA JULIANI, Jaime. *"La posición de garante del empresario"*, op. cit., p. 173.

resultado típico de dano ou de perigo concreto por ele não evitado. O delegante, porém, enquanto titular de deveres *secundários*, ou *residuais*, poderia também responder como autor?

Antes de analisar o ponto específico, cumpre considerar o tema dogmático pressuposto, relativo à possibilidade de *participação* por omissão imprópria.

6.3.1. Sobre a possibilidade de participação por omissão imprópria

O problema da omissão do sujeito garantidor em cumprir seu dever especial de impedir o resultado típico (omissão imprópria) tem sido tradicionalmente considerado como uma hipótese de responsabilidade penal a título de *autoria*. Esta é uma apreciação adequada *como princípio*, mas, sobretudo na esfera da criminalidade empresarial, há casos em que sim se deve excepcionalmente admitir uma participação de menor importância do omitente garantidor[57].

Em suporte à regra geral da possibilidade única de *autoria*, tem-se que a identidade estrutural entre ação típica e omissão, como explica Silva Sánchez, se projeta sobre os *tipos penais da Parte Especial do Código Penal, só realizáveis por autores*, de modo que a omissão do garante sempre equivale à realização do tipo penal por seu autor[58].

Alguns juristas, contudo, propõem critérios de *valoração* da importância da omissão, para o efeito de identificar *graus* de intervenção delitiva, com a possibilidade, em determinadas hipóteses, de uma participação por omissão imprópria[59]. Trata-se dos casos em que a omissão do titular de deveres de garantia

57. Reconhecendo essa possibilidade em caráter excepcional: RODRÍGUEZ MESA, María José. "Los delitos de omisión impropia como delitos especiales y de dominio positivo del hecho. Repercusiones en materia de autoría y participación". In: *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de Rioja*, Logroño, n. 11, p. 107-126, esp. 121, 2013.

58. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario". In: *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, Dykinson, n. 38, p. 367-404, esp. 388, 1989.

59. Assim: ROBLES PLANAS, Ricardo. *"Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)"*, op. cit., p. 18. Com critérios semelhantes: LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. "La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa". In: NIETO MARTÍN, Adán (Dir.). *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. p. 272-303, esp. 302-303; AGUSTINA SANLLEHÍ, José. *El delito en la empresa: estrategias de prevención de la criminalidad intra-empresarial y deberes de control del empresario*. Barcelona: Atelier, 2010. p. 188.

não é normativamente equiparável à *ação* típica, mas tem alguma relevância causal, no sentido de incrementar o risco do resultado típico. Em tais casos, com base na equivalência da omissão do garante ao tipo do partícipe[60], seria possível falar de *participação por omissão imprópria*, aplicando-se não a fórmula clássica da causalidade hipotética, mas a do *incremento do risco*[61].

Não nos parece aceitável esse critério. Ou a omissão do *garante* é normativamente equiparável à ação típica, o que conduz à sua responsabilidade como *autor* a título de omissão imprópria, ou não existe essa equivalência, e nesse caso não há responsabilidade *pelo resultado típico*, ainda que a omissão possa configurar a infração só de um dever geral (omissão própria). A equivalência normativa só existe se a ação esperada do garantidor teria seguramente evitado o resultado (causalidade hipotética). A fórmula do incremento do risco é vaga demais para o efeito de estabelecer graus de intervenção delitiva do omitente garantidor[62], em qualquer âmbito, inclusive no empresarial.

Isso não significa, porém, a impossibilidade de qualquer forma de participação por omissão imprópria. O que aqui se rechaça é somente a aplicação do critério do incremento do risco para estabelecer uma forma de intervenção delitiva do garante, a título de omissão imprópria, diversa da autoria. Hipóteses há em que, apesar da identidade normativa entre ação e omissão, o descumprimento pelo garantidor de seu dever só pode conduzir à responsabilidade *como partícipe*, por força da incidência de algum fator estrutural especial.

Neste contexto, parte da doutrina espanhola tem cogitado de algumas formas de participação por omissão imprópria, em caráter excepcional. Podem ser mencionados, a esse respeito, três casos: (i) não impedimento, pelo garante (inclusive o delegante), da atuação do executor (inclusive o delegado) como partícipe; (ii) não existência, no garante, de qualidades especiais exigidas no tipo penal comissivo (crime especial próprio ou crime de mão própria)[63];

60. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *"Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario"*, op. cit., p. 367-404, esp. 389.

61. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. "La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS". In: *Revista del Poder Judicial*, Madrid, n. 2, p. 73-92, 1986.

62. No mesmo sentido: RODRÍGUEZ MESA, María José. "*Los delitos de omisión impropia como delitos especiales y de dominio positivo del hecho*. Repercusiones en materia de autoría y participación", op. cit., p. 107-126, esp. 121.

63. Reconhecendo os casos (i) e (ii): RODRÍGUEZ MESA, María José. "*Los delitos de omisión impropia como delitos especiales y de dominio positivo del hecho*. Repercusiones en materia de autoría y participación", op. cit., p. 107-126, esp. 121.

(iii) inexistência de deveres de garantia para a empresa[64]. Entre as diversas formas já cogitadas, essas três são as que nos parecem aceitáveis[65].

A título ilustrativo, tome-se a primeira hipótese. Se o empresário, ao descumprir seu dever especial de vigilância e controle, não impediu que seu subordinado atuasse como partícipe, induzindo alguém a praticar um fato criminoso, a omissão do garantidor só pode constituir uma forma de intervenção como partícipe.

6.3.2. Sobre a forma de intervenção delitiva do delegante

Os princípios expostos no tópico anterior aplicam-se plenamente ao âmbito da delegação de posições de garantia, no que diz respeito à forma de intervenção delitiva do delegante, quando descumpra seu dever *secundário* (ou *residual*) de supervisão do delegado. Sustenta-se aqui o seguinte regime: (i) via de regra, o delegante responde como *autor* do crime ocorrido no âmbito de organização de seu delegado, sempre que descumprido pelo primeiro o dever secundário de supervisão do último; (ii) excepcionalmente, responderá o delegante como *partícipe*, em uma destas situações: (a) o descumprimento do dever de supervisão levou a que o delegado atuasse como partícipe (e não como autor) de um crime; (b) o crime cometido pelo delegado é de mão própria, motivo pelo qual só ele em pessoa pode responder como autor; (c) a empresa não tinha deveres de garantir a (não era garantidora da) não ocorrência do crime no âmbito de organização do delegado.

Mesmo em relação à regra (i), parte da doutrina discorda da posição acima afirmada, entendendo que o descumprimento pelo delegante de um dever secundário, de mera supervisão, implica só uma contribuição acessória para a

64. Reconhecendo o caso (iii) e mais alguns outros, por nós não reconhecidos: LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *"La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa"*, op. cit., p. 272-303, esp. 302.

65. Gimbernat Ordeig propõe também o caso em que o garante não evita a prática do fato *por um terceiro* ou em virtude de *acidentes da natureza*. Segundo a lógica do jurista espanhol, a intervenção ativa do terceiro ou o acidente rechaça a ideia de que omissão do garantidor tivesse *criado* o risco ao bem jurídico protegido, inviabilizando assim uma autoria em comissão por omissão. Consulte-se: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Recensión a la obra "Delitos impropios de omisión", de Enrique Bacigalupo Zapater. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, n. 3, 1970. p. 726. Na mesma direção: ROBLES PLANAS, Ricardo. "*Los dos niveles del sistema de intervención en el delito* (El ejemplo de la intervención por omisión)", op. cit., p. 20. Essa posição, entretanto, não é aceita pela doutrina majoritária.

prática do crime pelo delegado, o que aperfeiçoaria, portanto, uma intervenção como partícipe, e não como autor[66].

Discorda-se aqui dessa orientação. O dever secundário de supervisão (delegante) é substancialmente diverso do dever primário de controle da fonte de risco (delegado), mas também constitui um dever de garantia, imposto ao delegante, de que não se produzam resultados lesivos em seu âmbito de organização. Se o delegante, descumprindo dolosa ou culposamente seu dever de supervisão, não evita a ocorrência de resultados lesivos na esfera de competência transferida ao delegado, sua omissão equivale estruturalmente à ação típica causadora do resultado. Como bem assinala Lascuraín Sánchez:

> O empreendedor – em geral, o delegante – faz sua a atividade do empregado – em geral, o delegado –, incorporando-a à realização de seu próprio projeto: a liberdade do empregado forma parte do projeto do empregador. É por isso que *a falta de impedimento do delito do empregado não é só participação, mas sim autoria*: é também delito próprio. É consequência do descontrole da própria esfera de organização[67]. (destaque no original)

Suponha-se, por exemplo, que o empresário administrador tenha delegado, em uma pessoa capacitada, a gestão de uma fábrica da empresa. Se a delegação é perfeita, transfere-se ao delegado o dever primário de controle direto da fonte de risco. O delegado tem, portanto, o dever de zelar pela manutenção adequada das máquinas da fábrica, assim como pela observância das normas de segurança, destinadas a evitar acidentes. O delegante, por sua vez, tem o dever de cobrar periodicamente do delegado relatórios sobre as condições da fábrica (deveres secundários ou residuais). Dá-se então que, por grave inobservância pelo delegado do mínimo cuidado em relação às condições do maquinário, um empregado vem a sofrer um acidente e a falecer. Diante desse caso, deve-se perguntar: houve defeito de supervisão por parte do delegante, ou, do contrário, o acidente decorreu de uma falha só do delegado em cumprir seu dever de controle direto da fonte de risco? Se as péssimas condições da máquina já existiam havia tempos, e o delegante poderia tê-las verificado em uma exigível supervisão periódica das atividades do delegado, o primeiro

66. Nessa direção: MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*: A propósito de la gestión medioambiental, op. cit., p. 180.

67. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. "Salvar al oficial Ryan (sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento)". In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GÓMEZ MARTÍN, Victor (Dir.). *Responsabilidad de la empresa y compliance*: programas de prevención, detección y reacción penal. Buenos Aires – Montevideo: Editorial B de F, 2014. p. 301-336, esp. 312.

também responde pelo resultado lesivo, *como autor*. O descumprimento de um dever especial, ainda que residual, equivale à prática ativa do crime comissivo (homicídio culposo). Por outro lado, se o delegante, mesmo tendo cumprido seu dever de supervisão, não poderia ter evitado o resultado, não há responsabilidade penal sua, mas só a do delegado. Não há espaço aí para uma hipótese intermediária de responsabilidade do delegante como partícipe: ou o delegante responde como autor ou não responde. Adicionalmente, considerando o mesmo exemplo, não há a possibilidade de participação em crime culposo[68].

Figure-se outro exemplo, agora de crime doloso. O administrador da empresa delega a um diretor capacitado a gestão de determinado setor da atividade empresarial. Dentro desse âmbito, o delegado, dolosamente, permite que seus subordinados pratiquem crimes contra o meio ambiente. Em tal caso, como houve o descumprimento intencional pelo delegado de seu dever de controle direto da fonte de risco, responde ele como autor dos crimes ambientais, a título de omissão imprópria. Por outro lado, se o delegante descumpriu também seu dever de supervisão periódica do delegado, com o que poderia ter evitado as práticas delitivas, e o fez dolosamente, responderá de igual modo como autor dos crimes ambientais, a título de omissão imprópria. Tampouco há aí um espaço intermediário de intervenção do delegante como mero partícipe. Sua omissão dolosa (dolo direto ou eventual) em cumprir seu dever de supervisão do delegado o faz responsável pelo resultado lesivo. Naturalmente, o dolo não pode ser presumido. O estado anímico do delegante, de intenção, de assunção de riscos elevados ou de negligência, informará o adequado título de imputação subjetiva – dolo ou culpa – associado à imputação objetiva por omissão imprópria.

Por fim, só os casos excepcionais antes referidos podem levar a uma imputação por omissão imprópria na forma de participação do delegante. Isso ocorre por força de circunstâncias particulares, impeditivas do aperfeiçoamento da forma de autoria. Sirva de exemplo o caso em que, por descumprimento pelo delegante de seu dever residual de supervisão, o delegado vinha periodicamente induzindo clientes e fornecedores de sua empresa à prática de crimes de falsificação em prejuízo de uma sociedade concorrente. Se o delegante permite, por anuência com o projeto do delegado, a realização das práticas criminosas,

68. A esse respeito, é tradicional na doutrina brasileira e na alemã, embora não na espanhola, o entendimento de que não cabe participação, mas apenas autoria (e coautoria), em crime culposo. Nesse sentido, por todos: BRUNO, Aníbal. *Direito Penal, Parte Geral*: Fato punível. 5. ed. revista e atualizada por Raphael Cirigliano Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2005. t. II. p. 183.

responderá a título de omissão imprópria pelos resultados lesivos. Como a atuação do delegado, porém, foi só a de partícipe (indutor), e não a de autor, esse título de intervenção delitiva se comunica à omissão do delegante[69].

6.4. Reativação, no delegante, de deveres primários de garantia?

Discute-se a *reativação, no delegante, de deveres primários de garantia*, em virtude de *circunstâncias objetivas e/ou subjetivas supervenientes* à delegação *perfeita*, vale dizer, a que é realizada de forma claramente delimitada e em um sujeito capacitado para o exercício das competências delegadas.

A questão central discutida é a de *se o delegante*, *após* a *desestabilização do foco de perigo*[70] *na esfera de competência do delegado, reassume ou não os deveres primários de garantia*. Neste contexto, pergunta-se se é ou não relevante o conhecimento do delegante acerca da desestabilização do foco de perigo. Em outros termos: tomando conhecimento de um ambiente de risco proibido no âmbito de competência do delegado, o delegante tem o dever de impedir o resultado (dever primário) ou só o dever de continuar supervisionando o delegado (dever secundário)? Tenha-se em conta, desde logo, que o só conhecimento, pelo delegante, da existência de um foco de risco proibido na esfera do delegado não significa necessariamente uma quebra de confiança. Com efeito, mesmo diante da situação arriscada, o delegante pode eventualmente confiar na adequada gestão do perigo pelo delegado.

No exame da imputação objetiva do fato ao administrador titular de deveres de garantia não se consideram os aspectos subjetivos (cognitivos e volitivos) da conduta. De acordo com Polaino-Orts, o conhecimento que alguém detenha sobre algo não pode ser objeto de reprovação, se o sujeito não está obrigado por algum dever[71].

---

69. O tema é complexo e está aqui apresentado somente para ilustração da problemática que suscita. O exame detalhado de cada uma das hipóteses de exceção demandaria um estudo próprio. O objetivo aqui foi só o de apresentar e firmar a consistência da regra, referindo brevemente as possíveis exceções.

70. O critério da *desestabilização de um foco de perigo*, como fundamento da posição de *garante*, foi concebido e desenvolvido por Gimbernat Ordeig. Para detalhes a esse respeito, consulte-se: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "Causalidad, omisión e imprudencia". In: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *La comisión por omisión*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1994. p. 159-219, esp. 214.

71. POLAINO-ORTS, Miguel. *"¿Qué es la imputación objetiva?"*, op. cit., p. 100. Veja-se também: POLAINO-ORTS, Miguel. *Funcionalismo penal constitucional*. Bases dogmáticas para el nuevo sistema de justicia penal. México, DF: Flores, 2016. p. 277-278.

O que interessa, em uma dimensão normativa, é o cumprimento ou não do rol de funções *especiais* assinado ao empresário garantidor. Em particular, a empresa é uma *organização formalizada* em que, através de um organograma e de uma estruturação normativa interna (estatutos, programa técnico, contratos), se distribuem funções entre diversos órgãos e sujeitos[72]. Nesse complexo, destaca-se o administrador, sobre quem recai: "[...] um número significativo de distintas funções, obrigações e responsabilidades – no âmbito mercantil, civil ou tributário – que configuram a posição que ostenta como a própria de um *rol especial*[73]." (destaque no original)

Isso significa dizer que o órgão dirigente descumpre seus deveres de garantia quando viola as *expectativas normativas especiais* associadas às *funções que ele especificamente assumiu*.

Neste sentido, a delegação válida de um âmbito de competência pessoal libera o garante de seus deveres primários, de controle direto das fontes de risco desaprovado, para o efeito de evitar resultados lesivos daí derivados. O delegante, portanto, não reassume *automaticamente* deveres primários de garantia só por seu conhecimento acerca de eventuais fontes de perigo desaprovado na esfera de competência transmitida ao delegado.

Já se viu, entretanto, que a doutrina e a jurisprudência dominantes tendem a considerar o *dever de conhecimento* como critério básico de imputação do resultado ao delegante. Não se recusa aqui essa ideia, *enquanto* esteja vinculada à *eficácia* dos mecanismos de supervisão do delegante sobre o delegado. Parece impróprio, porém, fundamentar a responsabilidade do delegante somente nesse parâmetro do conhecimento, se o dever de controlar a fonte de risco já estava licitamente transferido ao delegado[74].

72. GARCÍA CAVERO, Percy. "Otra vez sobre la responsabilidad penal del administrador de hecho: una cuestión general y otra particular". In: *InDret, (3), Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, jul. 2006. Disponível em: [www.indret.com/pdf/362_es.pdf]. Acesso em: 20.10.2017. p. 5.

73. GARCÍA CAVERO, Percy. "*Otra vez sobre la responsabilidad penal del administrador de hecho*: una cuestión general y otra particular", op. cit., p. 5.

74. Em sentido semelhante, consulte-se: ROBLES PLANAS, Ricardo. "*Principios de imputación en la empresa*", op. cit., p. 486-502, esp. 500: "La especialización sólo puede operar desvinculando al garante primario de su posición de garante. En virtud de la especialización, el garante especializado pasa a desempeñar el papel fundamental para el ámbito en cuestión, p. ej., con el fin de lograr una mayor eficiencia en el desempeño de las funciones que inicialmente incumbían a todos los sujetos originalmente

O delegante, de toda sorte, não está liberado de seu dever secundário de supervisionar o delegado, de modo que, se a continuidade da situação de risco proibido representar um defeito de supervisão na organização do delegante, este é responsável pelo resultado delitivo – não como garante primário, mas como garante secundário, por descumprir seu dever de supervisão. Não se admite é que reassuma seus deveres primários só em virtude da existência – cognoscível ou mesmo eventualmente conhecida – da fonte de risco desaprovado na organização do delegado, o que significaria negar sentido ao próprio instituto da delegação.

7. A delegação da própria supervisão de mecanismos de vigilância e controle: exemplo do Direito Penal espanhol e proposta para o Direito Penal brasileiro

Por fim, é interessante referir um *modelo de delegação* recentemente incorporado ao Código Penal *espanhol*, após a reforma operada pela Lei Orgânica 1/2015, de 30 de março[75]. Trata-se de um regime afeto ao âmbito normativo da *responsabilidade penal da pessoa jurídica*[76], com estas características: (a) *dever de implantação* (adoção e execução) de sistemas de controle de vigilância, reservado ao órgão de administração (art. 31 *bis* 2, 1ª condição, CP espanhol); (b) *dever de supervisão* do funcionamento e do cumprimento desses mecanismos de vigilância e controle, confiado

> [...] a um órgão da pessoa jurídica com poderes autônomos de iniciativa e controle ou que tenha encomendada legalmente a função de supervisionar

garantes. Con ello éstos quedan liberados de su posición de garantía (que, por cierto, pueden volver a recobrar si se produce una nueva asunción por su parte). Precisamente por ello no penden sobre el garante inicial que ha dejado de serlo deberes de vigilancia y control sobre la actividad del nuevo garante. En este sentido no es afortunada la fórmula que utiliza la doctrina mayoritaria en virtud de la cual la posición de garante primaria se reactiva siempre con el mero conocimiento de la infracción del garante especializado".

75. ESPANHA. Ley Orgánica 1, de 30 de marzo de 2015, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado (BOE)*, n. 77, de 31 de marzo de 2015 (BOE-A-2015-3439).

76. A esse respeito, veja-se: PONCELA GARCÍA, Jesús Alfonso. "La responsabilidad de las personas jurídicas". In: ECHANO BASALDÚA, Juan Ignacio (Dir.). *La reforma del Código penal a debate*. Cuadernos penales José María Lidón, Universidad de Deusto, Bilbao, n. 12, 2016. p. 99-140, esp. 108.

a eficácia dos controles internos da pessoa jurídica (art. 31 *bis* 2, 2ª e 4ª condições, CP espanhol).

Cuida-se dos mecanismos de *compliance*, ou *cumprimento*, no seio da organização empresarial. Como define Montaner Fernández, "o *criminal compliance* é um método de prevenção de natureza privada – fruto da autorregulação empresarial – das atividades infratoras – também das delitivas – por parte da empresa"[77]. Esses mecanismos representam um dos instrumentos da chamada *governança corporativa*, ou *corporate governance*, regida pela exigência de que a empresa e seus órgãos operem em harmonia com o Direito vigente[78], tomado em seu conjunto. Além de seu caráter preventivo, o programa de *compliance* também desempenha uma função reveladora da prática de ilícitos já cometidos, para fins de notícia às autoridades competentes e de aplicação da adequada consequência jurídica interna[79].

Assim, os instrumentos de *compliance* se destinam não só prevenir ilícitos penais, mas também, de forma geral, a assegurar o cumprimento de todas as normas jurídicas afetas à organização empresarial. Segundo o exemplo de Nieto Martín, o objetivo do programa não é só prevenir a prática de um crime contra o meio ambiente, mas também cumprir a legislação ambiental[80]. Identifica-se, portanto, uma *dimensão positiva e formativa* do *compliance*: não somente neutralizar fatores culturais ou dinâmicas grupais favorecedoras de crimes, mas também incentivar culturas coletivas de fidelidade ao Direito, conforme Silva Sánchez[81].

Nessa perspectiva, o *criminal compliance* representa uma transferência, por parte do Estado à empresa, da tarefa de identificação de fatos criminosos. De acordo com Gómez-Jara Díez, tem-se aí um modelo de "cessão à empresa de

77. MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, *"El Criminal Compliance desde la perspectiva de la delegación de funciones"*, op. cit., p. 733-782, esp. 747.

78. Assim: ROTSCH, Thomas. "Criminal Compliance". Traducción de Ivó Coca Vila. *InDret*, Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, enero 2012. Disponível em: [www.indret.com/pdf/876a.pdf]. Acesso em: 20.10.2017. p. 2.

79. No sentido do texto: BALCARTE, Fabián I.; BERRUEZO, Rafael. *Criminal Compliance y personas jurídicas*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2016. p. 161.

80. NIETO MARTÍN, Adán. "Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal". In: MONTIEL, Juan Pablo; KUHLEN, Lothar; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de (Ed.). *Compliance y teoría del Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 21-50, esp. 27.

81. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, op. cit., p. 237.

um âmbito de autorregulação", associado à responsabilidade pelas consequências que daí possam advir[82].

Cumpre destacar, no contexto descrito, a *implantação* dos mecanismos de vigilância e controle, o que integra a responsabilidade *direta* do administrador da pessoa jurídica[83]. De toda sorte, o órgão dirigente pode encomendar o desenho (confecção) e a realização do sistema de *compliance*, sem que isso signifique, porém, qualquer forma de transferência de responsabilidade[84].

Por outro lado, a *supervisão* dos mecanismos incumbe a um órgão *autônomo* ou *legalmente competente*, que se pode designar por *compliance officer* ou órgão *de cumprimento*. Segundo Montaner Fernández, o oficial de *compliance* está em posição orgânica hierarquicamente inferior à do administrador, desempenhando funções próprias de um alto diretor em matéria de cumprimento normativo, que vão além, portanto, da mera execução das tarefas preventivas hoje já comuns às empresas (riscos trabalhistas, medidas de prevenção e repressão à lavagem de capitais, riscos ambientais, por exemplo)[85]. É necessário que esse órgão disponha de autonomia para o exercício de suas funções diretivas na organização empresarial, afetas ao controle e à supervisão especializada do programa de cumprimento normativo (*compliance*).

A própria Lei Penal espanhola, portanto, estabelece um sistema de distribuição de responsabilidades entre o órgão dirigente e um órgão autônomo. Trata-se da delimitação normativa (Código Penal espanhol) do rol especial de

82. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Cuestiones fundamentales de Derecho penal económico*. Parte general y especial. Madrid: Editorial B de F, 2014. p. 23.

83. De acordo com Montaner Fernández, "es la alta dirección de la empresa la que toma la decisión de implantar y conformar el sistema de *criminal compliance*". Consulte-se: MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *"El Criminal Compliance desde la perspectiva de la delegación de funciones"*, op. cit., p. 733-782, esp. 747.

84. Segundo Del Rosal Blasco: "El diseño y la implantación del modelo y la designación del órgano responsable de su funcionamiento y cumplimiento, que son requisitos elementales del contenido de un programa de prevención de delitos en la empresa son [...] responsabilidad indelegable del órgano de gobierno. Esto no quiere decir, claro está, que el órgano de administración no pueda encomendar a un tercero, interno o externo, el diseño y la implantación en la empresa del modelo, pero la responsabilidad de su correcto diseño e implementación le corresponde a dicho órgano de gobierno". Confira-se em: DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. "Responsabilidad penal de personas jurídicas: títulos de imputación y requisitos para la exención". In: MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Dir.). *Estudios sobre el Código penal reformado*. Leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015. Madrid: Dykinson, 2015. p. 81-125, esp. 109.

85. MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *"El Criminal Compliance desde la perspectiva de la delegación de funciones"*, op. cit., p. 733-782, esp. 748.

funções de cada um desses sujeitos, ainda que imediatamente só para o efeito de apreciação da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Significa dizer que a pessoa jurídica fica isenta de responsabilidade penal se seu órgão de administração implantou (art. 31 *bis* 2, 1ª condição, CP espanhol) e um órgão autônomo em sua estrutura supervisionou (art. 31 *bis* 2, 2ª e 4ª condições, CP) mecanismos de vigilância e de controle capazes de evitar (ou pelo menos de reduzir o risco) de resultados delitivos em consequência da atividade da empresa[86].

Nesse contexto, além da definição da responsabilidade da pessoa jurídica, o regime do art. 31 *bis* 2, 1ª e 2ª condições, gera um conjunto de *expectativas normativas especiais* envolvendo o *administrador*, por um lado, e o *oficial de compliance*, por outro.

Uma regulação desse tipo, pela própria lei penal, e não somente por normas empresariais, seria de grande relevância no Direito Penal brasileiro: (i) obrigar a pessoa jurídica, *por seu administrador*, a implantar um programa de *compliance*, sob pena de responsabilidade penal do dirigente, a título de omissão imprópria, e de aplicação de consequências acessórias ao próprio ente coletivo; (ii) obrigar a pessoa jurídica a instituir, em sua estrutura, um oficial de *compliance*, responsável pela supervisão e pelo acompanhamento do programa, sob pena de responsabilidade penal a título de omissão imprópria, se vier a ocorrer um resultado típico de dano ou de perigo. Ao contrário do ordenamento jurídico espanhol (desde 2010), o sistema brasileiro é ainda muito restrito quanto à responsabilidade penal da pessoa jurídica, limitada ao âmbito dos crimes ambientais (Lei 9.605/1998). Independentemente disso, todavia, a complexidade das estruturas empresariais moderna reclama um regime viável de distribuição de deveres de garantia, de maneira a tornar mais transparentes os critérios de imputação penal objetiva em um domínio tão problemático como o da omissão imprópria (art. 13, § 2º, CP).

Registre-se que a Lei 12.846/2013, para os crimes contra a Administração Pública nacional ou estrangeira, instituiu normas relacionadas a programas de *compliance*, mas isso de maneira geral, *não* contextualizada com a responsabilidade penal por omissão imprópria *do administrador* e de outros órgãos da estrutura da empresa. Veja-se, a respeito, o art. 7º, inciso VIII, da referida Lei:

> Serão levados em consideração na aplicação das sanções [à pessoa jurídica]:
> VIII – a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.

86. POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Lecciones de Derecho penal*. Parte general. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2016. t. II. p. 56.

Trata-se de uma referência ainda muito geral, embora já ofereça algum norte, como esforço inicial para a posterior disciplina de um modelo normativo voltado *aos* órgãos da empresa.

Cumpre, assim, detalhar mais algumas características do regime espanhol, como exemplo apto a orientar uma proposta de regulação para o Direito Penal brasileiro.

No que tange particularmente ao dever do oficial *de compliance*, o sistema representa uma *forma especial de delegação de funções*. Essa é a opinião de, entre outros, Silva Sánchez, para quem o *compliance officer* é um delegado do administrador, se bem que com mais funções[87], e deve, portanto, ter capacidade de tomar decisões. Tal concepção implica que "o administrador da empresa transfere a gestão do programa de cumprimento, e não a construção da organização de cumprimento, ao *compliance officer*", como assinala Montaner Fernández[88]. O fundamento dessa ideia radica em que "o dever de vigilância, retido pelo superior hierárquico quando delega competências em seus subordinados, é igualmente delegável", podendo a delegação "recair sobre algum subordinado específico (este pode ser o caso do *compliance officer*) ou expressar-se em uma pessoa física ou jurídica externa", conforme Silva Sánchez[89].

Com efeito, é a própria lei que diretamente delimita o âmbito de competência funcional do órgão *autônomo*, e a concreta organização da empresa é que designará esse órgão, com a transferência das funções de supervisão, as quais devem estar especificadas. A partir da análise das normas do Código Penal espanhol, Bacigalupo Saggese identifica estes requisitos gerais dos programas de cumprimento normativo: (i) *Medidas de vigilância e controle idôneas para a prevenção de crimes*, cujo dever de implantação recai sobre o Conselho de Administração; (ii) *Supervisão do cumprimento do programa por* órgão *independente, com poderes autônomos de iniciativa e controle*: a) órgão de cumprimento específico na organização empresarial, com funções de supervisão e de controle, além de autonomia para propor as necessárias mudanças de protocolo;

87. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial". In: MONTIEL, Juan Pablo; KUHLEN, Lothar; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de. (Ed.). *Compliance y teoría del Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 79-106, esp. 99.

88. MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *"El Criminal Compliance desde la perspectiva de la delegación de funciones"*, op. cit., p. 733-782, esp. 752.

89. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, op. cit., p. 235: "La delegación puede recaer sobre algún subordinado específico [...] éste puede ser el caso del *compliance officer*) o externalizarse en una persona física o jurídica externa".

b) competência do Conselho de Administração para aprovar toda mudança nos programas[90].

Assim, os deveres *primários* de garantia, quanto à *gestão dos mecanismos de vigilância e controle*, transferem-se, mediante a designação (delegação), para o órgão autônomo concretamente indicado[91]. Montaner Fernández, no entanto, posiciona-se contra essa concepção, ao assinalar que "o oficial ou encarregado de cumprimento [*compliance*] não é, em sentido estrito, um delegado do empresário, mas um sujeito que realiza um encargo da execução de uma função". Ainda segundo a penalista: "Se bem que [o oficial de *compliance*] assume uma função relacionada à vigilância do cumprimento normativo, sua posição de garantia é [...] de caráter interno"[92].

Sustenta-se aqui, em sentido contrário, que a hipótese é mesmo de delegação, visto que o art. 31 *bis* 2, 2ª, do Código Penal espanhol estabelece um específico dever de supervisão assinado ao oficial de *compliance* (mesmo que diretamente associado ao efeito de caracterização da responsabilidade penal *da pessoa jurídica*, trata-se de um referencial normativo importante). Assim, o órgão de *compliance* assume uma posição de garantia, ainda que restrita à supervisão dos mecanismos de vigilância e controle. A questão essencial nesse marco, portanto, é não a de negar ao oficial de *compliance* uma posição de garantia, mas a de identificar os *limites* de seus deveres de garante, o que dependerá do perfil concreto que esse órgão assuma em cada empresa[93].

---

90. BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. "La responsabilidad de los entes colectivos: el modelo de imputación del Código penal". In: BACIGALUPO SAGGESE, Silvina; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; ECHANO BASALDÚA, Juan Ignácio (Coord.). *Estudios de Derecho penal*: Homenaje al Profesor Miguel Bajo. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2016. p. 21-50, esp. 42.

91. "Si lo que existe entre el empresario y el oficial de cumplimiento es una delegación de funciones, aunque sea parcial, eso significa – conforme al concepto de delegación que aquí se mantiene – que el delegado asumiría la responsabilidad principal sobre el objeto de la delegación y, en consecuencia, ostentaría una posición de garantía primaria al respecto". Consulte-se: MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *"El Criminal Compliance desde la perspectiva de la delegación de funciones"*, op. cit., p. 733-782, esp. 755.

92. MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *"El Criminal Compliance desde la perspectiva de la delegación de funciones"*, op. cit., p. 733-782, esp. 765.

93. Neste sentido, como indica Montaner Fernández, "estos poderes autónomos de iniciativa y de control a los que alude el art. 31 bis CP, y cuyo contenido específico dependerá el concreto perfil que finalmente adopte el *compliance officer* en la empresa en cuestión, se refieren a la función de supervisión del sistema de cumplimiento

Um esforço de identificação do conteúdo dos deveres de garantia do *compliance officer* pode ser encontrada nesta exposição de Del Rosal Blasco:

> A omissão do cumprimento dos deveres em relação a delitos já cometidos só pode ser articulada como uma omissão de denúncia, que não é punível em nosso sistema penal [tampouco no brasileiro]; segundo, que acerca dos delitos que ainda serão cometidos teríamos de poder falar de condutas omissivas que, caso não houvessem ocorrido, teriam obstaculizado ou até evitado o delito. Este tipo de condutas omissivas costuma concretizar-se, geralmente, através de passividades ante a presença de indícios (seja do órgão de administração, que conhece o desenvolvimento de determinados comportamentos irregulares na empresa e não implanta medidas, seja do responsável de cumprimento [*compliance*] que não reage aos mesmos), ou através da não transmissão da informação recebida ou obtida (neste caso, por parte do responsável de cumprimento normativo), mas também é possível que se realizem através do abandono total das funções, por mais que este caso possa não ser o mais frequente; e terceiro, que os deveres de prevenção só existem quanto aos delitos pelos quais se pode responsabilizar penalmente a empresa[94].

Em uma esfera restrita, portanto, existem deveres primários de garantia concentrados no órgão de *compliance*, que o fazem responsável, a título de omissão imprópria, pela comissão de fatos penalmente típicos atribuíveis a seu âmbito de organização.

Por outro lado, se o administrador da empresa não designa um órgão autônomo encarregado da supervisão, esta persiste em sua esfera de competência pessoal e, assim, em seu próprio rol de funções, o que o faz responsável pelos defeitos de gestão (dos sistemas de *compliance*) que seguramente teriam evitado a comissão de crimes a partir da empresa.

8. Considerações finais

A delegação dos deveres de garante, como problema específico do marco empresarial, faz-se possível desde que tenha por objeto não a execução de tarefas concretas, mas *autonomias* ou *competências* quanto a âmbitos ou setores

normativo", em MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *"El Criminal Compliance desde la perspectiva de la delegación de funciones"*, op. cit., p. 733-782, esp. 759-760.

94. DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. *"Responsabilidad penal de personas jurídicas: títulos de imputación y requisitos para la exención"*, op. cit., p. 81-125, esp. 104.

determinados. A transferência de tarefas executórias concretas não exime o administrador de responsabilidade, *in vigilando* ou *in elegendo*.

Já a delegação pelo administrador dos deveres primários de garantia (controle direto da fonte de risco desaprovado) não o exime de deveres secundários (supervisão do delegado) de garantia. Por outro lado, a delegação defeituosa, que não permita a delimitação de um rol especial de funções, nem sequer exime o garante de seus deveres *primários*.

Na hipótese de delegação perfeita, o descumprimento do dever secundário (residual) de supervisão pelo delegante o faz responsável, *como autor*, a título de omissão imprópria, pelo resultado penalmente típico ocorrido no âmbito de organização do delegado, se o cumprimento daquele dever teria evitado o evento lesivo. Há casos especiais, entretanto, em que o delegante responde como partícipe, a título de omissão imprópria. Não existe ainda, na doutrina, um consenso quanto à identificação de tais casos. Trata-se, em geral, daquelas situações de impossibilidade dogmática (crime de mão própria cometido pelo delegado) ou estrutural (o próprio delegado só era partícipe) de imputação do fato ao delegante a título de autoria.

Finalmente, a reforma introduzida pela Lei Orgânica 1/2015 no Código Penal espanhol estabeleceu um sistema de delegação (legal) de deveres primários de garantia, dentro de determinados âmbitos, para o órgão de cumprimento (*compliance officer*). Esse regime oferece um interessante exemplo para o tratamento do tema da distribuição de deveres na estrutura empresarial complexa, para o efeito de verificação de responsabilidade penal a título de omissão imprópria. Reclama-se ainda, no Direito Penal brasileiro, a instituição de um regime especial de delimitação de responsabilidades pela implantação e pela supervisão de mecanismos de vigilância e controle, com parâmetros objetivos adequados ao reconhecimento de posições de *garantia* (art. 13, § 2º, CP) no seio da empresa.

9. Jurisprudência citada

Tribunal, Turma e Data		Relator
Tribunal Supremo da Espanha, STS, 2ª, 26.3.1994		BACIGALUPO ZAPATER, Enrique
Tribunal Supremo da Espanha, STS 1193/2011, 2ª, 24.2.2011		COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel
Tribunal Supremo da Espanha, STS, 2ª, 11.3.2010		COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel

10. Referências bibliográficas

BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. "La responsabilidad de los entes colectivos: el modelo de imputación del Código penal". In: BACIGALUPO SAGGESE, Silvina; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; ECHANO BASALDÚA, Juan Ignácio (Coord.). *Estudios de Derecho penal*: Homenaje al Profesor Miguel Bajo. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2016.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial". In: BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (Dir.). *Curso de Derecho penal económico*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.

BALCARTE, Fabián I.; BERRUEZO, Rafael. *Criminal Compliance y personas jurídicas*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2016.

BATISTA GONZÁLEZ, María Paz. "La responsabilidad penal de los órganos de la empresa". In: BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (Dir.). 2. ed. *Curso de Derecho penal económico*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal, Parte Geral*: Fato punível. 5. ed. revista e atualizada por Raphael Cirigliano Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2005. t. II.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. "Responsabilidad penal de personas jurídicas: títulos de imputación y requisitos para la exención". In: MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Dir.). *Estudios sobre el Código penal reformado*. Leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015. Madrid: Dykinson, 2015.

ESPANHA. Tribunal Supremo. *STS*, Sala 2ª de lo Penal, Madrid, 26.03.1994. Ponente [Relator]: Bacigalupo Zapater, Enrique.

ESPANHA. Tribunal Supremo. Sala 2ª de lo Penal, *STS 1193/2010*, de 24.02.2011. Ponente [Relator]: Colmenero Menéndez de Luarca, Miguel.

ESPANHA. *STS*, Sala 2ª de lo Penal, 11.03.2010. Ponente [Relator]: Colmenero Menéndez de Luarca, Miguel.

ESPANHA. Ley Orgánica 1, de 30 de marzo de 2015, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado (BOE),* n. 77, de 31 de marzo de 2015 (BOE-A-2015-3439).

ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão:* Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. "Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas". In: *La Ley Penal*: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, Madrid, ano IV, n. 40, p. 5-25, jul.-ago. 2007.

FRISCH, Wolfgang. "Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo". In: MIR PUIG, Santiago; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (Coord.). *Responsabilidad*

penal de las empresas y sus órganos *y responsabilidad por el producto*. Barcelona: Bosch, 1996.

GARCÍA CAVERO, Percy. "Otra vez sobre la responsabilidad penal del administrador de hecho: una cuestión general y otra particular". In: *InDret,* (3), Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, jul. 2006. Disponível em: [www.indret.com/pdf/362_es.pdf]. Acesso em: 20.10.2017.

GARCÍA CAVERO, Percy. *Responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa*: criterios de imputación. Barcelona: Bosch, 1999.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "Causalidad, omisión e imprudencia". In: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *La comisión por omisión*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1994.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Recensión a la obra "Delitos impropios de omisión", de Enrique Bacigalupo Zapater. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, n. 3, 1970.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Cuestiones fundamentales de Derecho penal económico,* Parte general y especial. Madrid: Editorial B de F, 2014.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Compliance penal y política legislativa*: el deber personal y empresarial de evitar la comisión de ilícitos en el seno de las personas jurídicas. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal.* Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther. "Teoría y *praxis* de la injerencia". Traducción de Manuel Cancio Meliá. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, t. 52, fasc. 1, p. 17-50, mar. 1999.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Los delitos de omisión*: fundamento de los deberes de garantía. Madrid: Civitas, 2002.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. "Salvar al oficial Ryan (sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento)". In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GÓMEZ MARTÍN, Victor (Dir.). *Responsabilidad de la empresa y compliance*: programas de prevención, detección y reacción penal. Buenos Aires – Montevideo: Editorial B de F, 2014.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. "La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS". In: *Revista del Poder Judicial*, Madrid, n. 2, 1986.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa,* Parte general. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

MEINI, Iván. *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. "El *Criminal Compliance* desde la perspectiva de la delegación de funciones". *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, n. 35, p. 733-782, 2015.

MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*: A propósito de la gestión medioambiental. Barcelona: Atelier, 2008.

MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. "Principios organizativos empresariales y su función como criterios de atribución de responsabilidad penal. A propósito de la delincuencia de empresa derivada de una mala gestión". In: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (Ed.); DÍAZ CORTÉS, Lima Mariola (Coord.). *Temas actuales de investigación en ciencias penales*: Memorias I Congreso internacional de jóvenes investigadores en ciencias penales: 26, 27 y 28 de octubre de 2009. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2010.

NIETO MARTÍN, Adán. "Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal". In: MONTIEL, Juan Pablo; KUHLEN, Lothar; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de (Ed.). *Compliance y teoría del Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho penal*. Parte general. Teoría jurídica del delito. Barcelona: Bosch, 2000. v. I. t. II.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Lecciones de Derecho penal*. Parte general. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2016. t. II.

POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho penal como sistema de autodeterminación personal*. Lima: Ara Editores, 2012.

POLAINO-ORTS, Miguel. *Funcionalismo penal constitucional*. Bases dogmáticas para el nuevo sistema de justicia penal. México, DF: Flores, 2016.

POLAINO-ORTS, Miguel. "¿Qué es la imputación objetiva?". In: CARO JOHN, José Antonio; POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho penal funcionalista*. Aspectos fundamentales. México, DF: Flores, 2014.

PONCELA GARCÍA, Jesús Alfonso. "La responsabilidad de las personas jurídicas". In: ECHANO BASALDÚA, Juan Ignacio (Dir.). *La reforma del Código penal a debate*. Cuadernos penales José María Lidón, Universidad de Deusto, Bilbao, n. 12, p. 99-140, 2016.

REQUENA JULIANI, Jaime. "La posición de garante del empresario". In: BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (Dir.). *Curso de Derecho penal económico*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005

ROBLES PLANAS, Ricardo. "Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)". In: *InDret, (2)*, Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, abr. 2012. Disponível em: [www.indret.com/pdf/886.pdf]. Acesso em: 20.10.2017.

ROBLES PLANAS, Ricardo. "Principios de imputación en la empresa". In: BACIGALUPO SAGGESE, Silvina; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; ECHANO BASALDÚA, Juan Ignácio (Coord.). *Estudios de Derecho penal*: Homenaje al Profesor Miguel Bajo. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2016.

RODRÍGUEZ MESA, María José. "Los delitos de omisión impropia como delitos especiales y de dominio positivo del hecho. Repercusiones en materia de autoría y participación". In: *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de Rioja*, Logroño, n. 11, p. 107-126, 2013.

ROTSCH, Thomas. "Criminal Compliance". Traducción de Ivó Coca Vila. *InDret,* Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, enero 2012. Disponível em: [www.indret.com/pdf/876a.pdf]. Acesso em: 20.10.2017.

RUDOLPHI, Hans-Joachim. *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*. Göttingen: Otto Schwartz & Co., 1966.

RUDOLPHI, Hans-Joachim. "Zweiter Abschnitt. Die Tat (§§ 13 – 37). Grundlagen der Strafbarkeit (§§ 13 – 21)". In: RUDOLPHI, Hans-Joachim; HORN, Eckhard; SAMSON, Erich; SCHREIBER, Hans-Ludwig. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band I (Allgemeiner Teil – §§ 1 – 79b). Frankfurt am Main: Alfred Metzner Verlag GmbH, 1987.

SCHÜNEMANN, Bernd. "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa". Traducción de Daniela Brückner e Juan Antonio Lascuraín Sánchez. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, t. 41, fasc. 2, p. 529-558, 1988.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamento y limites de los delitos de omisión impropia*. Traducción de la edición alemana (Gotinga, 1971) por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2009.

SCHÜNEMANN, Bernd. "Sobre la regulación de los delitos de omisión impropia en los eurodelitos". In: TIEDEMANN, Klaus (Dir.); NIETO MARTÍN, Adán (Coord.). *Eurodelitos*. El Derecho penal económico en la Unión Europea. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2005.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "Comisión y 'Omisión': Criterios de distinción". In: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (Coord.). *La Comisión por Omisión*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1994.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial". In: MONTIEL, Juan Pablo; KUHLEN, Lothar; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de. (Ed.). *Compliance y teoría del Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*. 2. ed. Madrid: Editorial B de F, 2016.

Pesquisa do Editorial

Veja também Doutrina

- Culpabilidade, pessoa jurídica criminosa e delitos empresariais, de Evânio Moura – *RT* 987/217-240 (DTR\2017\7132).

A interceptação telefônica no contexto dos maxiprocessos no Brasil: uma análise quantitativa e qualitativa dos dados entre 2007 e 2017

Telephone interception in the context of maxprocesses in Brazil: a quantitative and qualitative data analysis between 2007 and 2017

Antonio Eduardo Ramires Santoro

Pós-Doutor em Direito Penal e Garantias Constitucionais pela Universidad Nacional da la Matanza na Argentina. Doutor e Mestre em Filosofia pela UFRJ. Mestre em Direito pela Universidade de Granada/Espanha. Professor Titular do IBMEC/RJ. Professor Adjunto de Direito Processual Penal da UFRJ. Professor Adjunto do PPGD/UCP. Advogado.
antonio.santoro@ucp.br

Natália Lucero Frias Tavares

Mestranda do PPGD/UCP. Especialista em Criminologia, Direito Penal e Processo Penal pela UCAM (2014). Advogada.
natalialuceroadv@gmail.com

Anderson Affonso de Oliveira

Mestrando do PPGD/UCP. Pós-graduado em Gestão Penitenciária pela UERJ.
andersonaffonso1976@gmail.com

Recebido em: 22.12.2017
Aprovado em: 05.01.2018
Última versão dos autores: 05.02.2018

Área do Direito: Processo; Penal

Resumo: A interceptação telefônica é um meio de obtenção de prova cujo uso abusivo no contexto dos maxiprocessos no Brasil deu origem no ano de 2007 à CPI dos Grampos e em 2008 às novas formas de controle pelo Conselho Nacional de Justiça. O problema enfrentado neste artigo é se as interceptações telefônicas passaram a ser menos utilizadas no atual contexto dos maxiprocessos

Abstract: Telephone interception is a means of obtaining evidence whose abusive use in the context of maxprocesses in Brazil gave rise in 2007 to the "CPI dos Grampos" and in 2008 to new forms of control by the National Council of Justice. The problem faced in this article is whether telephone interceptions have become less used in the current context of maxprocesses in

Santoro, Antonio Eduardo Ramires; Tavares, Natália Lucero Frias; Oliveira, Anderson Affonso de. A interceptação telefônica no contexto dos maxiprocessos no Brasil: uma análise quantitativa e qualitativa dos dados entre 2007 e 2017. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 143. ano 26. p. 89-116. São Paulo: Ed. RT, maio 2018.

no Brasil em razão do maior rigor que se estabeleceu no controle do seu manejo. Para enfrentá-lo, desenvolveu-se uma pesquisa exploratória e descritiva, a partir de fontes bibliográficas, com o objetivo de caracterizar os maxiprocessos no Brasil; a partir das fontes normativas, identificar o estágio atual de regulamentação das interceptações telefônicas e, com base na análise quantitativa e qualitativa dos dados fornecidos pela CPI dos Grampos no ano de 2007 e do Sistema Nacional de Controle de Interceptações Telefônicas entre os anos de 2008 e 2017, verificar se as interceptações telefônicas vêm sendo mais ou menos utilizadas no processo penal brasileiro.

Palavras-chave: Interceptação telefônica – Interceptação de dados – Maxiprocessos – Sistema nacional de controle de interceptações telefônicas – Meios de obtenção de prova.

Brazil because of the greater rigor that has been established in the control of their management. In order to face it, an exploratory and descriptive research was developed, from bibliographic sources, with the objective of characterizing the maxprocesses in Brazil, based on normative sources to identify the current stage of regulation of telephone interceptions and, based on quantitative and qualitative analysis of the data provided by an brazilian parlamentary commission (2007) and the National System of Control of Telephone Interceptions (2008-2017), to verify whether telephone interceptions are being used more or less in Brazilian criminal proceedings.

Keywords: Telephone interception – Data interception – Maxprocesses – National system of control of telephone interceptions – Means of obtaining evidence.

Sumário: 1. Introdução. 2. Os maxiprocessos no Brasil. 3. O atual estágio de regulamentação e controle institucional da interceptação telefônica. 3.1. Os procedimentos instituídos pela Resolução 59/2008 do Conselho Nacional de Justiça. 3.2. Análise quantitativa e qualitativa dos dados estatísticos sobre as interceptações telefônicas de acordo com a característica do gigantismo processual dos megaprocessos. 4. Conclusões. 5. Referências.

1. Introdução

O processo penal brasileiro vem sofrendo importantes mudanças nas últimas duas décadas. É possível verificar a concomitância de dois diferentes desenhos processuais que podemos chamar de subsistemas de processo penal: o processo penal tradicional e os maxiprocessos[1].

1. A expressão maxiprocessos é extraída de FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão:* Teoria do Garantismo Penal. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 760 e ss. que o situa em uma espécie de direito penal especial ou de exceção. O termo também pode ser encontrado em ALFONSO, Roberto; CENTONE, Alessandro (*a cura di*). *Fenomenologia del maxiprocesso*: venti anni di esperienze. Milão: Giuffrè, 2011. Tratando como "megajustiça", confira-se PRATES, Fernanda. Práticas de interceptação e os riscos do modelo de "megajustiça". In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MADURO, Flávio Mirza (Org.). *Interceptação Telefônica*: os 20 anos da Lei nº 9.296/96. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

Os maxiprocessos no Brasil vêm se notabilizando pela utilização de medidas que colocam em xeque os direitos fundamentais dos cidadãos, tais como as conduções coercitivas, bem como pelo abrangente manejo da colaboração premiada como importante fonte de informação, cujas características peculiares vêm sendo largamente estudadas pelos juristas brasileiros[2].

Durante a década passada, mais precisamente até 2013, os maxiprocessos não se baseavam na colaboração premiada, que sequer existia tal como está prevista na Lei 12.850/2013. As delações premiadas, por sua vez, não tinham a importância que hoje ganharam com a nova regulamentação.

De outro lado, a interceptação telefônica, enquanto meio de obtenção de prova, regulado pela Lei 9.296/1996 foi largamente utilizada nos maxiprocessos, sobretudo diante dos avanços tecnológicos da telefonia e dos sistemas de tecnologia da informação que permitiram a interceptação e a gravação de conversas de forma mais ágil e automatizada.

Por sinal, sua utilização sem controle deu ensejo à instauração de uma comissão parlamentar de inquérito[3], que implicou em uma série de providências, especialmente na edição de uma resolução regulamentadora da interceptação telefônica pelo Conselho Nacional de Justiça e de um sistema de controle de interceptações telefônicas.

Todavia, no atual estágio dos maxiprocessos, a cobertura da imprensa dá especial relevo às colaborações premiadas e deixam em segundo plano as interceptações telefônicas, que só ganham destaque em casos especiais cuja conversa tenha ganho especial relevo diante das circunstâncias[4].

---

2. Cf. VASCONCELLOS, Vinicius G. *Colaboração premiada no processo penal brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2017; ROSA, Alexandre Morais. *Para entender delação premiada pela teoria dos jogos*. Florianópolis: EModara, 2017; ESPIÑEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs.). *Delação Premiada*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016; JARDIM, Afrânio Silva. Acordo de cooperação premiada. Quais são os limites? In: *Revista Eletrônica de Direito Processual,* Rio de Janeiro, ano 10, v. 17, n. 1, p. 2-6, jan./jun. 2016; MENDES, Soraia da Rosa (org.). *A Delação/Colaboração Premiada em Perspectiva*. Brasília: IDP, 2016.
3. Cf. Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito que investigou as escutas clandestinas/ilegais de 12 de maio de 2009. Disponível em: [www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/53a-legislatura-encerradas/cpiescut/relatorio-final-aprovado/Relatorio-Final-Versao-Final.pdf]. Acesso em: 21.12.2017. Doravante será chamado simplesmente Relatório Final.
4. Foi o caso do afastamento do sigilo da conversa travada entre o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva e a então presidente Dilma Vana Rousseff no Processo 5006205-

Os objetivos do presente artigo são identificar o atual estágio de utilização das interceptações telefônicas no contexto dos maxiprocessos no Brasil, diagnosticar sua utilização nos tribunais pátrios e aferir o nível de controle sobre o uso indiscriminado da interceptação telefônica que as medidas tomadas pelo Conselho Nacional de Justiça alcançaram.

O problema a ser enfrentado pelo trabalho é se as interceptações telefônicas passaram a ser menos utilizadas no atual contexto dos maxiprocessos no Brasil em razão do maior rigor que se estabeleceu no controle do seu manejo.

A hipótese de trabalho é que as interceptações telefônicas continuam sendo largamente utilizadas.

Para tanto, utilizar-se-á de pesquisa exploratória e descritiva, a partir de fontes bibliográficas, com o objetivo de caracterizar os maxiprocessos no Brasil, tomando como marco teórico a obra *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal, de Luigi Ferrajoli. Em seguida, será realizada uma análise sobre o atual estágio de regulamentação e controle das interceptações telefônicas com base nas regulamentações que emanaram do Conselho Nacional de Justiça, para, ao fim, realizar uma pesquisa empírica, quantitativa e qualitativa, sobre a utilização da interceptação telefônica por nossos tribunais tendo por fonte os dados referentes ao ano de 2007 obtidos pela CPI dos Grampos diretamente das operadoras de telefonia, bem como dos anos de 2008 a 2017 constantes do Sistema Nacional de Controle de Interceptação Telefônica do Conselho Nacional de Justiça.

2. Os maxiprocessos no Brasil

Os maxiprocessos, que vêm sendo chamados pela mídia de "operações", apresentam algumas importantes características: (1) cobertura midiática massiva; (2) gigantismo processual[5]; (3) confusão processual; (4) mutação substancial do modelo clássico de legalidade penal; e (5) incremento da utilização dos meios investigação ou obtenção de prova. Cada uma destas características será sucintamente esclarecida a seguir, com base na compreensão de Luigi Ferrajoli a seu respeito.

A primeira característica, denominada (1) "cobertura midiática massiva" dos maxiprocessos, diversamente do que ocorre com o processo penal

-98.2016.4.04.7000/PR. Disponível em: [www.conjur.com.br/dl/decisao-levantamento-sigilo.pdf]. Acesso em: 21.12.2017.

5. Expressão cunhada por FERRAJOLI. Op. cit., p. 760.

tradicional, não utiliza o discurso do medo[6], que apresenta implicações especialmente na segurança pública, mas se vale do discurso da impunidade[7] e gera três consequências básicas: (i) espetacularia os eventos originados de investigações e processos criminais[8]; (ii) confere publicidade opressiva aos julgamentos criminais interferindo no direito ao um processo justo[9]; e (iii) determina a agenda dos órgãos atuantes na justiça criminal[10].

A segunda característica dos maxiprocessos, o (2) "gigantismo processual", pode ser (i) horizontal (gigantismo processual horizontal), caracterizado pela abertura de "megainvestigações contra centenas de imputados, mediante prisões baseadas em frágeis indícios como primeiros e prejudiciais atos de instrução"[11]; (ii) vertical (gigantismo processual vertical), que se verifica pela multiplicação de imputações realizadas sobre as mesmas pessoas, com delitos associativos gerando imputações específicas e vice-versa, circularmente; e (iii) temporal (gigantismo processual temporal), com processos que se arrastam por anos acompanhados do cumprimento de penas por meio de prisões preventivas ou afastamento de direitos fundamentais[12] por categorias processuais antes do efetivo julgamento.

A terceira característica, denominada (3) "confusão processual", se apresenta de forma subjetiva (confusão processual subjetiva) e/ou objetiva (confusão processual objetiva).

6. Cf. BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2009.
7. Que também é um discurso a serviço do processo penal tradicional. A esse respeito cf. GENELHÚ, Ricardo. *Do discurso da impunidade à impunização:* o sistema penal do capitalismo brasileiro e a destruição da democracia. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
8. Cf. CASARA, Rubens. *Processo Penal do Espetáculo*: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Curitiba: Empório do Direito, 2016.
9. Cf. SCHREIBER. Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
10. Cf. MCCOMBS, Maxwell E.; SHAW, Donald L. The agendas-setting function of mass media. Chicago: University of Chicago Press, 1972.
11. FERRAJOLI. Op. cit., p. 760/761.
12. FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 89 e ss.

A confusão processual subjetiva se caracteriza quando a polícia exerce funções tipicamente judiciais[13] ou quando o juiz exerce funções policialescas, tal como a atribuição de tarefas e instrumentos investigativos aos julgadores, como quando a lei brasileira (art. 1º da Lei 9.296/1996) atribui ao juiz poderes para determinar uma interceptação telefônica de ofício. Tendo em vista a "natural parcialidade da polícia em relação à imparcialidade institucional do juiz"[14], a confusão subjetiva coloca em xeque um axioma básico do processo penal justo que é a imparcialidade[15].

A confusão processual objetiva é característica atribuível aos maxiprocessos brasileiros, especialmente na atual década. Esta é uma confusão entre processos supostamente diversos ou entre processos e investigações, que terminam por tratar de temas ou fatos parcial ou quase integralmente idênticos. Trata-se de uma característica que se pode identificar sobretudo nos maxiprocessos que vêm se sucedendo a partir da "Lava Jato", inclusive, pois que neles a investigação e o processo se imbricam de tal forma que a confusão processual subjetiva ganha novo contexto e importância.

Com efeito, diversamente da característica apontada por Ferrajoli[16] como gigantismo processual horizontal (em que a polícia exerce funções tipicamente judiciais ou o juiz exerce funções investigativas) e também de forma diversa do que ocorria na década passada nos maxiprocessos no Brasil, após a "Lava Jato", não se adota a estratégia persecutória de realizar uma investigação contra centenas de imputados, mas, sim, centenas de investigações contra centenas de imputados. Isso ocorre de forma que quando o Ministério Público realiza uma acusação e dá início a um processo criminal outras investigações ou processos já (ou ainda) estão em curso, de tal sorte que durante o processo o juiz, que também participa da investigação em razão da quinta característica dos maxiprocessos (incremento na utilização dos meios de investigação ou obtenção de prova, que ainda será abordada), termina por coletar informações de interesse da investigação e não do processo.

13. Cf. SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; ORTIGÃO, Francisco Ramalho. Os "hermeneutas do grampo": uma disfucionalidade epistêmica. In: *Conpedi Law Review*, v. 2, n. 1, p. 163/180, jan.-jun. 2016.
14. FERRAJOLI. Op. cit., p. 762.
15. Esse é um tema que tem direta relação com questão da contaminação do julgador com atos do inquérito, cf. LOPES JR., Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 234 e ss.
16. Op. cit., p. 760.

Essa característica da confusão processual objetiva entre investigações e processos implica na potencialização da confusão processual subjetiva não apenas porque os magistrados exercem funções tipicamente investigativas, mas porque o fazem em um processo para instruir outra(s) investigação(ões) que o terá(ão) como julgador em razão da regra da prevenção positiva[17].

Apontada como mais importante alteração das técnicas punitivas características dos maxiprocessos por Ferrajoli, a característica chamada de (4) "mutação substancial do modelo clássico de legalidade penal" consiste na utilização do "paradigma do inimigo"[18], o que exprime uma personalização do sistema penal. Em outras palavras, um direito penal do réu e não do crime. A utilização de figuras típicas associativas (como a Organização Criminosa definida pela Lei 12.850/2013 no Brasil), fórmulas indeterminadas, interpretações elásticas, subjetivas, ideológicas e valorativas, e, por fim, uma predileção por investigar pessoas, ao invés de fatos, identificam essa importante característica dos maxiprocessos[19].

Por fim, a última característica consistente no (5) incremento da utilização dos meios de investigação ou obtenção de prova é outro traço distintivo dos maxiprocessos. É uma característica que decorre naturalmente da mutação

17. Para uma crítica à prevenção positiva cf. MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal*: da prevenção da competência ao juiz das garantias. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

18. FERRAJOLI. Op. cit., p. 758/759. A expressão aqui está sendo utilizada na forma como Ferrjoli colocou, para quem a mutação substancial pode ser "inferida pelo paradigma do inimigo", "esta mutação golpeia, antes de tudo, a configuração da espécie fática punível. E se exprime em uma acentuada personalização do direito penal que é frequentemente muito mais um direito penal do réu que um direito penal do crime. As figuras de qualificação penal que permitiram esta personificação são muitas e variadas: os delitos associativos – bandos armados, associação subversiva, insurreição armada contra os poderes do Estado, associação do tipo Mafioso ou camorrista –, a categoria do concurso moral e a agravante da "finalidade de terrorismo" como desvalor subjetivo da atividade delituosa: fórmulas elásticas e sentidos variados que se prestam, pela sua indeterminação empírica e pela conotação subjetiva e valorativa, a serem usadas como caixas vazias e a darem corpo a hipóteses sociológicas ou a teoremas político-historiográficos elaborados a partir da personalidade dos imputados ou da interpretação ideological e conspiratória do fenômeno terrorista ou mafioso". Para maiores aportes sobre o conceito de inimigo, cf. JAKOBS, Günter e MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo* – Noções e Críticas. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008 e ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan: Coleção Pensamento Criminológico, 2007.

19. Op. cit., p. 758/759.

substancial e da confusão processual, mas guarda especial relação com a cobertura midiática massiva.

Meios de investigação de prova ou meios de obtenção de prova ou meios de pesquisa de prova se caracterizam por (i) serem instrumentos ou atividades extraprocessuais, (ii) que podem ser produzidos na fase investigatória, (iii) sem a participação do investigado e da defesa, (iv) mas com a participação do juiz (v) baseado no fator surpresa[20], por isso, não há contraditório direto[21], (vi) não podem ser repetidos. Diferem dos meios de prova tradicionais que são endoprocessuais, produzidos em juízo, sob o crivo do contraditório direto, com a participação do acusado e sua defesa e, normalmente, podem ser repetidos.

Não por acaso, dado que a mutação substancial do modelo clássico de legalidade penal implica na utilização de figuras típicas associativas, a Lei 12.850, que em 2013 criou o tipo penal de Organização Criminosa, autorizou para essa espécie típica uma série de meios de obtenção de prova novos, como colaboração premiada, ação controlada e agente infiltrado. Há, aqui, uma simbiose que une a quarta característica ("mutação substancial do modelo clássico de legalidade penal") com a quinta característica ("incremento da utilização dos meios de investigação ou obtenção de prova").

Mas é muito importante frisar que outros meios de obtenção de prova já existiam no processo penal brasileiro. Entre eles, está a interceptação telefônica, objeto do presente trabalho. A interceptação é um meio de obtenção de

20. Chamando-os de métodos ocultos vide PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

21. Uma crítica ao uso do contraditório diferido nas interceptações telefônicas SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; RANGEL, Natália. O princípio constitucional do contraditório na interceptação das comunicações telefônicas. In: MENDES, Soraia da Rosa e LONGO, Ana Carolina F. (Org.). *Segurança Pública*. Brasília: IDP, 2015. Duas propostas de estabelecimento do contraditório da interceptação telefônica: CASTRO, Helena Rocha Coutinho de; ABATH, Manuela; ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. Por uma investigação preliminar democrática: o contraditório na interceptação telefônica. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MADURO, Flávio Mirza (Org.). *Interceptação Telefônica*: os 20 anos da Lei nº 9.296/96. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016 e CÂMARA, Jorge Luis. A inserção da interceptação telefônica em um sistema acusatório coerente com a centralidade do direito de defesa. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MADURO, Flávio Mirza (Org.). *Interceptação Telefônica*: os 20 anos da Lei nº 9.296/96. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

prova fundamentado no art. 5º, inciso XII, da Constituição e regulamentado pela Lei 9.296/1996[22].

Em decorrência da mutação substancial do modelo de legalidade penal, com a alteração do paradigma de um processo penal do crime para o processo penal do réu, o julgador assume uma posição protagonista, ou seja, "o juiz torna-se inimigo do réu (...) e não procura a verdade do fato, mas procura no prisioneiro o delito"[23], permitindo ao magistrado invadir a esfera de privacidade do inimigo, por meio de interceptações e buscas domiciliares.

Há também, na mutação substancial, uma ontologização do crime como um mal, algo moralizante ou pecaminoso, que de forma coerente procura uma confissão e uma "colaboração mediante denúncia dos coautores"[24] ou mesmo uma confissão à sorrelfa, sem alertas de garantia do direito ao silêncio, como na interceptação telefônica, cujo saldo final é uma pseudoescolha anticriminal, porém, confirmatória da hipótese investigatória.

O protagonismo judicial como estratégia para abreviar a confirmação da hipótese investigatória implica com clareza na confusão processual, tanto subjetiva como objetiva, uma vez que o resultado precede o processo e, não raro, é antecipado pela cobertura midiática de forma apriorística à própria investigação, cujos atos ostensivos de delações, interceptações, conduções, buscas e prisões são apenas a face espetacularizada do que já se havia como certo.

A interceptação telefônica, portanto, é parte desse contexto teórico característico dos maxiprocessos, visto que se trata de um meio de investigação ou de obtenção de prova que se dirige especificamente ao investigado, vulnerando seu direito à inviolabilidade das comunicações e devassando sua privacidade, não raramente exposta de forma espetacular pela cobertura da mídia.

3. O atual estágio de regulamentação e controle institucional da interceptação telefônica

Em decorrência de uma matéria veiculada na Revista *Veja*, edição 2022, n. 33, de 22 de agosto de 2007, foi instaurada uma Comissão Parlamentar de Inquérito com a finalidade de investigar escutas telefônicas clandestinas/ilegais.

22. Sobre a interceptação telefônica e sua relação com os direitos fundamentais, cf. STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

23. FERRAJOLI. Op. cit., p. 759.

24. Idem.

Inobstante o objetivo fosse investigar "escutas", a Comissão, que ficou conhecida como CPI dos Grampos, terminou por investigar o estado das interceptações telefônicas no Brasil naquele momento.

De acordo com o Relatório Final, a CPI encontrou um "cenário de banalização no uso dos procedimentos de interceptação, fomentado pela facilitação tecnológica e falta de rigor das autoridades constituídas"[25-26].

Foram apontados diversos problemas, como o uso prospectivo da prova[27], o descontrole no vazamento de gravações protegidas pelo segredo e a prorrogação por prazos extremamente longos[28], o que foi atribuído pela CPI aos "espaços sem definição"[29] da Lei 9.296/1996.

De outro lado, a "massificação da telefonia celular, a sofisticação da tecnologia e o desenvolvimento de equipamentos especializados em gravações de chamadas interceptadas em larga escala", bem como "o componente cultural herdado do estado de exceção experimentado em nosso país"[30], foram fatores que, segundo a CPI dos Grampos, contribuíram para aquilo que se chamou de banalização das interceptações.

A CPI adotou como um de seus procedimentos investigativos analisar diversos casos concretos. Boa parte dos casos concretos eram de fato maxiprocessos à luz das características apresentadas no item anterior do presente trabalho, chamados de "operações" ("Operação Poeira no Asfalto", "Operação Ferreiro", "Operação Chacal" e "Operação Satiagraha"). A conclusão da CPI foi que esses maxiprocessos continham abusos no uso das interceptações telefônicas em razão de diversos fatores, entre eles, a falta de controle e os excessos decorrentes de autorizações desnecessárias.

---

25. Relatório Final, p. 352.
26. Não se deve ignorar que a vulgarização do uso de um meio de obtenção de prova que nasceu como excepcional vem sendo tratada por pesquisadores estrangeiros, cf. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Escutas Telefónicas*: da excepcionalidade à vulgaridade. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.
27. GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Interceptação telefônica*: comentários à Lei 9.296, de 24. 07. 1996. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 171.
28. Cf. PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *Provas ilícitas, interceptações e escutas*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 521 e ss. PRADO, Geraldo. *Limite às interceptações telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 36 e ss.
29. Relatório Final, p. 351.
30. Relatório Final, p. 350.

Ainda de acordo com a CPI dos Grampos, no ano de 2007, foram realizadas 409.000 interceptações telefônicas. Segundo o Relatório Final da CPI, "o afrouxamento de controles por parte dos envolvidos nos procedimentos" levou o CNJ a editar a Resolução 59/2008, regulamentando os procedimentos para a interceptação e estabelecendo a obrigatoriedade da coleta mensal da quantidade de procedimentos em andamento.

De forma claramente opinativa, a CPI dos Grampos apontou que teria havido uma redução das interceptações telefônicas "provavelmente" em razão da "atuação da CPI, do CNJ e da pressão da sociedade" e sentenciou: "se antes havia muitos pedidos, e agora menos, é porque havia excessos. Eram deferidos desnecessariamente".[31]

Assim, parece claro que a CPI dos Grampos aponta os maxiprocessos da década passada e por ela analisados como motivadores do maior controle das interceptações, bem como da instauração da CPI e do estabelecimento de regras de controle pelo CNJ, o que teria resultado na redução do número de incidências.

Diante dessas afirmações, duas questões devem ser enfrentadas: (1) qual o atual estágio da regulamentação das interceptações? (2) Diante dos dados estatísticos disponíveis sobre interceptações, houve de fato uma redução do número de interceptações no atual cenário de maxiprocessos?

3.1. Os procedimentos instituídos pela Resolução 59/2008 do Conselho Nacional de Justiça

A Resolução 59, de 2008 do CNJ, já com as alterações introduzidas pelas Resoluções 84, de 2009, e 217, de 2016, também do CNJ, tem por finalidade disciplinar e uniformizar as rotinas visando ao aperfeiçoamento do procedimento de interceptação telefônica e de sistemas de informática e telemática nos órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário.

Essa providência, tomada por um órgão que não tem atribuições legislativas, desvela o vácuo deixado no ordenamento pelas normas que disciplinam a interceptação telefônica e, conquanto sua constitucionalidade esteja sendo questionada pela Procuradoria-Geral da República por meio da ADI 4.145[32], a referida Resolução vem sendo normalmente aplicada.

31. Relatório Final, p. 351.

32. A favor da constitucionalidade da norma: BOTTINO DO AMARAL, Thiago; CYRINO, André Rodrigues. Memorial apresentado pelo Instituto dos Advogados Brasileiros Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.145. In: SANTORO, Antonio Eduardo

A Seção I destina-se a regulamentar a distribuição e o encaminhamento dos pedidos de interceptação, ao passo que a Seção II cria uma rotina para recebimento de envelopes lacrados pela serventia judiciária, estabelecendo procedimentos que permitam uniformizar o processamento dos pedidos de interceptação telefônica.

A Seção III determina qual deve ser o conteúdo da decisão judicial que defere a medida cautelar de interceptação[33], o que ultrapassa as funções e as finalidades atribuídas constitucionalmente ao CNJ e invade esferas de regulamentação de natureza eminentemente processual, matéria que deve ser regulada por lei de competência privativa da União, na forma do art. 22, I, da Constituição[34].

A Seção IV trata, em seu único art. 11, da expedição de ofícios às operadoras, determinando que esses ofícios devem ser gerados pelo sistema informatizado do respectivo órgão jurisdicional ou por meio de modelos padronizados a serem definidos pelas respectivas Corregedorias locais[35].

Ramires e MIRZA, Flávio (Org.) *Interceptação Telefônica*: os 20 anos da Lei nº 9.296/96. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 557-585.

33. Vale ressaltar que o art. 10 da Resolução 59/2008 impõe que o magistrado deverá fazer constar expressamente de sua decisão que será sempre escrita e fundamentada: a da autoridade requerente; o relatório circunstanciado da autoridade requerente; os indícios razoáveis da autoria ou participação em infração criminal apenada com reclusão; as diligências preparatórias realizadas, com destaque para os trabalhos mínimos de campo, com exceção de casos urgentes, devidamente justificados, em que as medidas iniciais de investigação sejam inviáveis; os motivos por que não seria possível obter a prova por outros meios disponíveis; os números dos telefones ou o nome de usuário, *e-mail* ou outro identificador no caso de interceptação de dados; o prazo de interceptação; a imediata indicação dos titulares dos referidos números ou, excepcionalmente, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas; a expressa vedação de interceptação de outros números não discriminados na decisão; os nomes de autoridades policiais e membros do Ministério Público responsáveis pela investigação, que terão acesso às informações; e os nomes dos funcionários do cartório ou secretaria, peritos, tradutores e demais técnicos responsáveis pela tramitação da medida e expedição dos respectivos ofícios, no Poder Judiciário, na polícia judiciária e no Ministério Público, podendo reportar-se à portaria do juízo que discipline a rotina cartorária.

34. Em sentido diverso cf. BOTTINO DO AMARAL, Thiago; CYRINO, André Rodrigues. Memorial apresentado pelo Instituto dos Advogados Brasileiros – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.145. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MADURO, Flávio Mirza (Org.). *Interceptação Telefônica*: os 20 anos da Lei nº 9.296/96. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

35. Devem constar desses ofícios: o número do ofício sigiloso; o número do protocolo; a data de distribuição; o tipo de ação; o número do inquérito ou processo; o órgão

Deve ser registrado que não consta do art. 11 que o ofício deva mencionar o prazo de interceptação determinado pelo juiz.

Interessante que, conquanto o CNJ não tenha nenhuma atribuição para regulamentar atos a serem praticados por quem não está vinculado funcionalmente ao Poder Judiciário, a Seção V dispõe sobre as obrigações das operadoras de telefonia, em seu art. 12, o que, por via obtusa, é uma espécie de reconhecimento da atribuição às mesmas de importante papel no sistema penal.

De acordo com este artigo, as operadoras deverão, após receber o ofício da autoridade judicial, "confirmar com o juízo os números cuja efetivação fora deferida e a data em que foi efetivada a interceptação, para fins do controle judicial do prazo".

Não se pode deixar de ressaltar que o ofício que deve ser expedido à operadora não contém o prazo de execução da medida, bem como não está entre as obrigações da operadora de telefonia controlar o seu prazo de execução. Ao contrário, de acordo com a parte final do *caput* do art. 12 da referida Resolução, destacada no parágrafo anterior, o controle do prazo é judicial, portanto, não cabe à operadora de telefonia, nem à autoridade policial, nem ao Ministério Público, mas ao juiz.

Ainda, segundo os parágrafos do art. 12, as operadoras de telefonia deverão enviar ofício semestralmente à Corregedoria Nacional de Justiça indicando os nomes das pessoas, com os respectivos registros funcionais que, por força de suas atribuições, têm conhecimento de medidas de interceptação telefônica deferidas, bem como os nomes dos responsáveis pela operacionalização das medidas, comunicando, ainda, qualquer alteração no quadro de pessoal, arquivando-se o ofício na própria Corregedoria.

Na Seção VI, em seu art. 13, a Resolução regula a atuação do plantão, devendo ser ressaltado que o pedido de prorrogação de prazo de medida cautelar de interceptação de comunicação telefônica, telemática ou de informática não será admitido durante o plantão, a não ser na hipótese de risco iminente e

---

postulante da medida (Delegacia de origem ou Ministério Público); o número dos telefones que tiveram a interceptação ou quebra de dados deferida; a expressa vedação de interceptação de outros números não discriminados na decisão; a advertência de que o ofício-resposta deverá indicar o número do protocolo do processo ou do Plantão Judiciário, sob pena de recusa de seu recebimento pelo cartório ou secretaria judicial; e a advertência da regra contida no art. 10 da Lei 9.296/1996, segundo o qual constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

grave à integridade ou à vida de terceiros. É difícil imaginar como uma medida de interceptação da qual o interceptado não tem conhecimento possa impedir que se cause danos a alguém que se encontre em iminente e grave risco, mas é o que diz o dispositivo.

A Seção VII prevê, em seu art. 14, que os pedidos de prorrogação de prazo pela autoridade competente deverão observar os limites temporais fixados no art. 5º da Lei 9.296/1996 e se fazer acompanhar dos áudios em CD ou DVD com o inteiro teor das comunicações interceptadas (sempre que possível encriptados), das transcrições das conversas relevantes à apreciação do pedido de prorrogação e do relatório circunstanciado das investigações com seu resultado, de modo a comprovar a indispensabilidade da medida. Esses documentos devem ser entregues pessoalmente pela autoridade responsável ao magistrado competente ou ao servidor por ele indicado.

Quando ficar comprovada a indispensabilidade da medida, determina o § 1º, que somente "o magistrado responsável pelo deferimento da medida original deverá proferir nova decisão". Resta claro que existe aqui uma exigência de respeito às regras de competência decorrentes do princípio do juiz natural.

A Seção VIII regula, no art. 15, como se deve realizar o transporte dos autos para fora das unidades do Poder Judiciário, definindo uma rotina a ser obedecida. Deve ser ressaltado que esta Seção não cria uma prática habitual para recebimento, movimentação e guarda das mídias de áudio ou audiovisual, com o objetivo de definir um procedimento que garanta a segurança da cadeia de custódia dentro dos órgãos e serventias do Poder Judiciário. A rotina definida no art. 15 destina-se apenas a disciplinar o transporte dos autos para fora das unidades do Poder Judiciário.

A mais próxima menção à tramitação dos documentos é o que consta do art. 16 (Seção IX) da Resolução, que determina às unidades do Poder Judiciário que tomem as medidas necessárias para o recebimento, a movimentação e a guarda de feitos e documentos e atendam às cautelas de segurança previstas na própria Resolução sem, contudo, como já dito, definir as rotinas de movimentação e guarda das mídias.

No mais, a Resolução afirma a responsabilidade, "nos termos da legislação pertinente", dos servidores que fornecerem informações de elementos sigilosos contidos em processos ou inquéritos regulados pela Resolução (art. 17), não havendo qualquer ressalva quanto às diligências já encerradas, e atribui aos juízes a obrigação de informar mensalmente à Corregedoria Nacional de Justiça, por via eletrônica, a quantidade de interceptações em andamento e os pedidos de prorrogação de interceptação deferidos (art. 18). Naturalmente,

essas informações alimentam o sistema nacional de controle de interceptações telefônicas de onde se obtiveram os dados que serão analisados neste trabalho posteriormente.

O art. 19, com a redação dada pela Resolução 217, de 2016, determina que cabe à Corregedoria Nacional de Justiça acompanhar o cumprimento da Resolução, adotar medidas para coibir infrações aos seus dispositivos e resguardar o sigilo, podendo para tanto firmar convênios com as corregedorias dos tribunais, da polícia e do Ministério Público.

Não há, nessa Resolução, qualquer regulamentação de procedimento que determine como deva ser a cadeia de custódia das mídias ou do próprio sistema de tecnologia da informação (TI) que trata os dados colhidos, dos monitoramentos das comunicações, que garanta às partes o direito de conhecer as fontes de prova, mas há no art. 20 a previsão também introduzida pela Resolução 217, de 2016, no sentido de que o CNJ desenvolverá em conjunto com a ANATEL estudos para implementar rotinas e procedimentos inteiramente informatizados que assegurem o sigilo e a segurança dos sistemas (mas não fala dos dados obtidos dos sistemas) no âmbito do Judiciário e das operadoras.

3.2. Análise quantitativa e qualitativa dos dados estatísticos sobre as interceptações telefônicas de acordo com a característica do gigantismo processual dos megaprocessos

De acordo com a CPI dos Grampos, como foi visto anteriormente, após os trabalhos da CPI, a regulamentação do CNJ e a implementação do controle pelo Sistema Nacional do Controle de Interceptações Telefônicas, houve uma redução do uso das medidas de interceptação telefônica.

Para saber se esta afirmação é verdadeira, proceder-se-á a uma comparação entre os dados colhidos pela própria CPI e aqueles que hoje são fornecidos pelo CNJ.

Importa, portanto, inicialmente, ter clara a metodologia de coleta de dados sobre interceptações telefônicas realizadas pela CPI, uma vez que a coleta de dados implementada pela comissão foi muito diversa daquela que vem sendo realizada pelo Conselho Nacional de Justiça e consta do Sistema Nacional de Controle de Interceptações Telefônicas.

A CPI enviou ofícios às operadoras de telefonia determinando que lhes fossem enviadas as cópias de todos os ofícios contendo a autorização judicial de interceptação telefônica, mas as operadoras consultaram o Supremo Tribunal Federal que entendeu não ser possível o envio dos ofícios porque estavam sob

sigilo. Dessa forma, foram fornecidas apenas informações sobre interceptações iniciais e as prorrogações no ano de 2007. Os dados obtidos foram os seguintes:

***Quadro 1**. Interceptações Telefônicas do ano de 2007*[36]

Operadora	Quantidade	Quantidade de Prorrogações
Telefônica	2684	1650
GVT	233	215
Nextel	2460	3140
Vivo	34955	27267
TIM	146802	53045
Sercontel	97	71
Embratel	489	564
Brasil Telecom Móvel	21233	3301
Brasil Telecom Fixa	5540	3674
Oi móvel	12957	1714
Oi Fixa	3212	1867
Claro	33260	12890
CTBC	799	81
Amazônia Celular	1269	174
Totais	265990	109653
Total Geral	375643	

O número apresentado no Relatório Final da CPI de 409.000 interceptações telefônicas[37] (incluídas as iniciais e prorrogações) no ano de 2007 não é preciso porque leva em conta nos dados obtidos junto à TIM e à Nextel os dois primeiros meses de 2008, portanto, não são exatamente do ano de 2007.

Desta forma, os números divulgados pela CPI, além terem sido obtidos juntamente às empresas de telefonia que, por sua vez, apenas enviaram informações sobre a quantidade, sem nenhum outro detalhamento, em razão do entendimento externado pelo Supremo Tribunal Federal, ainda dizem respeito a períodos não idênticos, ou seja, a CPI divulgou os dados como se todos se referissem ao mesmo período, quando na realidade o quantitativo informado pelas operadoras não coincide temporalmente.

O CNJ vem exercendo maior controle sobre as interceptações telefônicas e de dados e, na forma da já vista Resolução 59/2008, vem coletando os dados

36. Relatório Final, p. 356

37. Relatório Final, p. 353.

sobre as determinações de interceptações para alimentação do Sistema Nacional de Controle das Interceptações Telefônicas está funcionando, bem como gerando informações sobre os dados para conhecimento da utilização da interceptação telefônica no Brasil, que atualmente encontram-se disponíveis no sítio da rede mundial.

É muito importante frisar que, apesar de ter sido criado no ano de 2008, o Sistema Nacional de Controle das Interceptações Telefônicas recebeu tímidos dados no ano inicial, sendo possível apenas verificar que a partir do ano seguinte as informações passaram a ser efetivamente prestadas.

Diversamente dos números apresentados pela CPI dos Grampos, que se baseavam nas informações prestadas por cada operadora de telefonia e se referiam a lapso temporal não uniforme, os números constantes do Sistema Nacional de Controle de Interceptação Telefônica foram obtidos a partir das informações prestadas diretamente pelo juiz que determinou a realização da interceptação e foram organizados por períodos, tribunais e juízos, de tal forma que eram informações mais confiáveis e organizadas.

Nesse ponto, é importante dizer que, em razão do sigilo imposto por lei, não é possível ter acesso a dados dos casos concretos. Isso significa que não é viável coletar dados exclusivamente de megaprocessos, tal como ficaram definidos neste artigo. Todavia, a partir de uma análise qualitativa, que confronte e combine dados diversos fornecidos pelo sistema, é possível estimar o estado das interceptações telefônicas no contexto dos maxiprocessos.

A análise qualitativa dos dados feita a seguir virá acompanhada da descrição metodológica do raciocínio inferencial que permite relacionar as interceptações e os maxiprocessos, especificamente a característica do gigantismo processual, tanto horizontal (caracterizado pela abertura de "megainvestigações contra centenas de imputados) como temporal (caracterizado por serem processos que se arrastam por anos).

Abaixo, está o quadro com os dados sobre as interceptações no Brasil, ano a ano, em que constam: a quantidade de ofícios expedidos, sendo a quantidade de primeiros ofícios expedidos para interceptação de linha telefônica ou VOIP (total 1) e a quantidade de ofícios expedidos enquanto as interceptações telefônicas ou VOIP estão em andamento (total 2), ou seja, aqueles que foram renovados; a quantidade de procedimentos criminais de interceptação telefônica instaurados (total 3) e a quantidade de procedimentos criminais de interceptação telefônica em andamento (total 4); a quantidade de telefones monitorados (total 5); a quantidade de VOIP monitorado (total 6) – não só telefone; a quantidade de primeiros ofícios expedidos para interceptação de

dados – *e-mails* (total 7) e a quantidade de ofícios expedidos enquanto as interceptações de dados – *e-mails* – estão em andamento (total 8), ou seja, aqueles que foram renovados; a quantidade de procedimentos criminais de interceptação de dados – *e-mails* – instaurados (total 9) e a quantidade de procedimentos criminais de interceptação de dados – *e-mails* – em andamento (total 10); a quantidade de *e-mails* interceptados (total 11).

***Quadro 2.** Interceptações Telefônicas ano a ano*[38]

Ano	Total 1	Total 2	Total 3	Total 4	Total 5	Total 6	Total 7	Total 8	Total 9	Total 10	Total 11
2008	3.808	7.269	1.236	3.442	16.589	827	218	331	75	311	100
2009	39.645	113.197	12.832	39.278	214.138	15.379	2.724	6.183	1.569	5.665	5.184
2010	53.372	113.458	12.471	40.353	214.883	15.177	2.319	5.082	1.293	4.838	4.732
2011	54.165	115.634	12.615	44.441	233.054	14.531	2.310	4.252	922	3.088	4.011
2012	51.796	130.519	12.943	47.568	247.617	19.584	1.968	4.617	773	3.676	4.744
2013	47.980	113.051	12.367	49.432	242.451	26.124	2.307	4.582	946	3.460	11.977
2014	45.521	98.849	11.810	47.884	240.195	25.988	2.431	4.671	1.123	4.127	14.806
2015	41.798	93.985	11.102	48.935	268.555	22.811	2.732	5.002	1.328	6.878	18.170
2016	38.767	90.716	10.708	44.758	261.088	18.580	2.717	5.269	1.380	4.054	11.164
2017[39]	32.417	74.045	8.773	34.888	250.674	18.051	3.106	5.270	1.252	3.368	10.862

Como as colunas "total 5", "total 6" e "total 11" exprimem a quantidade de interceptações telefônicas, de VOIP e de *e-mail*, respectivamente, é possível que façamos a extração de um outro dado: a quantidade total de interceptação de comunicações por ano, conforme o seguinte quadro, ignorando o ano de 2008 em razão da inconsistente alimentação do sistema de informações:

38. Sistema Nacional de Controle das Interceptações Telefônicas. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/interceptacoes_tel/relatorio_quantitativos.php]. Acesso em: 22.12.2017.

39. Os dados do ano de 2017 não incluem o mês de dezembro.

***Quadro 3**. Quantidade de Interceptações Telefônicas, de VOIPs e e-mails ano a ano*

Ano	Interceptações Telefônicas	VOIPs	E-mails	Total
2009	214.138	15.379	5.184	234.701
2010	214.883	15.177	4.732	234.792
2011	233.054	14.531	4.011	251.596
2012	247.617	19.584	4.744	271.945
2013	242.451	26.124	11.977	280.552
2014	240.195	25.988	14.806	280.989
2015	268.555	22.811	18.170	309.536
2016	261.088	18.580	11.164	290.832
2017[40]	250.674	18.051	10.862	279.587

Há um crescimento no número de interceptações de comunicações (telefônica e dados), que alcançou a maior quantidade em 2015. Todavia, no ano de 2016, houve uma diminuição do número de interceptações em relação a 2015, sendo certo que o ano de 2017 ainda não incluiu o mês de dezembro e, pela média dos meses, também deverá ultrapassar a marca de 300 mil interceptações.

Inobstante tenha havido, portanto, um momento em 2015 em que ocorreu o maior número de interceptações, fica claro que não há uma diminuição sensível, especialmente tendo em vista que o ano atual pode e deve superar o ano de 2016, de tal forma que não é possível identificar uma tendência de diminuição do uso das interceptações[41].

40. Os dados do ano de 2017 não incluem o mês de dezembro.

41. Será necessário realizar um acompanhamento destes números para verificar se de fato haverá uma tendência de redução do uso da interceptação telefônica a partir do ano de 2016, ou se haverá uma estabilização, bem como se o ano de 2015 foi um caso excepcional. A partir desta constatação, que demanda mais tempo de observação para coletas de novos dados e nova análise, será possível aventar que hipóteses explicariam o fenômeno. Há diversas variáveis que precisam ser consideradas, como: até que ano o número de celulares por habitante aumentou no Brasil? Houve uma estagnação ou um decréscimo? Isso é uniforme para todos os estados do país? A efetiva utilização de outros meios de obtenção de prova substituíram a interceptação telefônica, tais como a colaboração premiada e a ação controlada? Essas perguntas podem e devem ser formuladas, mas as respostas e sua relação com os números das interceptações telefônicas dependem de uma coleta de dados completa do ano de 2017 e, para haver uma base de dados mais robusta, também do ano de 2018.

Comparados aos números apresentados pela CPI dos Grampos, teria havido uma diminuição, em relação ao ano de 2007. Mas é difícil afirmar que os números apresentados pela referida Comissão são confiáveis, vez que a metodologia de coleta de dados, como visto, não foi rigorosa.

No entanto, para efeito da nossa análise de contextualização das interceptações telefônicas diante dos maxiprocessos, é possível proceder a mais dois grupos de análises: no primeiro grupo, constarão as relações entre interceptações e ofícios, ao passo que, no segundo, constarão as relações entre os ofícios iniciais e as prorrogações.

O primeiro grupo será dividido na análise de dois quadros: (1) que relacione interceptações telefônicas e VOIPs e ofícios expedidos (iniciais e em andamento); e (2) que relacione interceptação de dados (*e-mails*) e ofícios expedidos (iniciais e em andamento).

Quanto à (1) relação entre interceptações telefônicas e VOIPs e ofícios expedidos (iniciais e em andamento), podemos observar o seguinte quadro:

Quadro 4. *Relação entre interceptações telefônicas e VOIPs com ofícios expedidos*

Ano	Ofícios expedidos (IT e VOIPs)	Interceptações Telefônicas e VOIPs	Relação IT e VOIPs/Ofício
2009	152.842	229.517	1,50
2010	166.830	230.060	1,38
2011	169.799	247.585	1,46
2012	182.315	267.201	1,47
2013	161.031	268.575	1,67
2014	144.370	266.183	1,84
2015	135.783	291.366	2,15
2016	129.483	279.668	2,16
2017	106.462	268.725	2,52

Não é difícil observar que a relação entre interceptações telefônicas e VOIPs com a quantidade de ofícios expedidos demonstra que há mais linhas telefônicas e VOIPs incluídos nos ofícios; portanto, tendencialmente há mais interceptações por ofício.

Isso indicia a identificação da característica dos maxiprocessos denominada gigantismo processual horizontal, ou seja, muitos investigados em um mesmo procedimento investigatório.

Embora não possa se dizer com precisão quantas linhas telefônicas e VOIPs são inseridos em cada ofício, a ocorrência de mais de uma em cada ofício e, por consequência, para cada ordem judicial, é perfeitamente constatável.

Nesse sentido, se diversas linhas telefônicas e de VOIPs são inseridas no mesmo ofício, nenhuma dúvida há que mais de uma pessoa está sendo investigada no mesmo procedimento, configurando o gigantismo. Aduza-se que há uma tendência de aumento, na medida em que a relação entre Interceptação Telefônica e VOIP com os ofícios é crescente ano a ano.

Quanto à (2) relação entre *e-mails* interceptados e ofícios expedidos, a situação é um pouco diversa. Veja-se o quadro a seguir:

***Quadro 5**. Relação entre e-mails interceptados com ofícios expedidos*

Ano	Ofícios expedidos (*E-mails*)	*E-mails* Interceptados	Relação *E-mail*/Ofício
2009	8.907	5.184	0,58
2010	7.401	4.732	0,64
2011	6.562	4.011	0,61
2012	6.585	4.744	0,72
2013	6.889	11.977	1,74
2014	7.102	14.806	2,08
2015	7.734	18.170	2,35
2016	7.986	11.164	1,40
2017	8.376	10.862	1,30

Houve, assim como nas interceptações telefônicas e de VOIPs, um decréscimo do número de *e-mails* interceptados após o ano de 2015. Porém, a diminuição no que respeita aos *e-mails* interceptados é muito maior e se reflete na relação entre os *e-mails* interceptados e os ofícios expedidos, o que não ocorre com telefones e VOIPs.

Com efeito, a diminuição na quantidade de telefones interceptados entre 2015 e 2016 foi de 291.366 para 279.668, ou seja, uma redução de praticamente 4%, sendo certo que tudo indica um novo aumento em 2017, quando contabilizado dezembro.

No entanto, no que respeita aos *e-mails* interceptados, a diminuição do ano de 2015 para o ano de 2016 foi de 18.170 *e-mails* para 11.164, ou seja, quase 40% de diminuição.

Ademais, quanto ao número de linhas telefônicas e VOIPs interceptados, embora tenha havido uma diminuição de 2015 para 2016, a relação entre elas e os ofícios manteve-se praticamente estável, com um pequeno aumento.

Por outro lado, quanto aos *e-mails*, para além da diminuição em números absolutos, a relação entre *e-mails* interceptados e ofícios também reduziu de forma considerável.

Esse fenômeno poderia ser atribuído à menor relevância e à redução da utilização do correio eletrônico na comunicação pessoal, que vem sendo substituído por aplicativos de mensagens rápidas como *Whatsapp*, *Messenger*, entre outros. No entanto, só será possível afirmar com precisão após um tempo maior de coleta de dados para verificar a efetiva tendência.

O segundo grupo de análise terá por base dois outros quadros de dados relacionados: (1) a relação entre os ofícios em andamento de interceptação telefônica e VOIPs com os ofícios iniciais; e (2) a relação entre os ofícios em andamento de interceptação de *e-mails* e os ofícios iniciais.

Quadro 6. *Relação entre ofícios iniciais de interceptações telefônicas e VOIPs com ofícios em andamento*

Ano	Ofícios iniciais (IT e VOIPs)	Ofícios em andamento (IT e VOIPs)	Relação em andamento/iniciais
2009	39.645	113.197	2,86
2010	53.372	113.458	2,13
2011	54.165	115.634	2,13
2012	51.796	130.519	2,52
2013	47.980	113.051	2,36
2014	45.521	98.849	2,17
2015	41.798	93.985	2,25
2016	38.767	90.716	2,34
2017	32.417	74.045	2,28

A relação entre ofícios em andamento e ofícios iniciais não é capaz de indicar a quantidade de prorrogações, uma vez que os ofícios iniciais podem não conter todos os telefones e VOIPs interceptados pela primeira vez, além do que os ofícios em andamento podem conter números telefônicos ou VOIPs que ainda não haviam sido interceptados, mas servem para indicar uma tendência de muitas prorrogações ou não.

A princípio, quanto maior a relação entre ofícios em andamento e os ofícios iniciais (ofícios em andamento/ofícios iniciais), maior a quantidade de prorrogações. Isso é um indício de que uma medida grave de interceptação telefônica, que vulnera um direito fundamental ao sigilo das comunicações, termina afastado por um longo tempo.

Quanto maior o tempo que o cidadão tem um direito fundamental afastado por decisão judicial, maior é a intervenção em sua esfera de liberdade pelo sistema penal. Desta forma, quanto maior a quantidade de prorrogações de interceptações telefônicas, mais claro se mostra a característica do gigantismo processual temporal, ou seja, processos que duram mais tempo, especialmente aqueles que transcorrem vulnerando direitos fundamentais.

É possível verificar que a relação média entre ofícios iniciais e ofícios em andamento é 2,34, ou seja, para cada ofício inicial, temos pouco mais de dois ofícios em andamento e, se retirarmos o ano de 2009, cuja relação claramente destoa dos outros anos, já que teve muito mais ofícios em andamento, teremos uma média de 2,27.

Isso significa que a quantidade de prorrogações, que aumentam o tempo de monitoramento de um mesmo investigado, não sofreu alterações significativas, a despeito de o longo tempo de monitoramento telefônico decorrente da quantidade de prorrogações ter sido identificado pela CPI dos Grampos, e ter sido inclusive objeto de previsão específica na Resolução 59/2008 que, no art. 14, impõe requisitos para prorrogação, tais como ser apreciada pelo mesmo magistrado que deferiu o pedido inicial[42].

Abaixo, o quadro que expõe a relação entre os ofícios em andamento que autorizam a interceptação de *e-mails* e os ofícios iniciais:

***Quadro 7**. Relação entre ofícios iniciais de interceptações de e-mails com ofícios em andamento*

Ano	Ofícios iniciais (IT e VOIPs)	Ofícios em andamento (IT e VOIPs)	Relação iniciais/em andamento
2009	2.724	6.183	2,27
2010	2.319	5.082	2,19
2011	2.310	4.252	1,84
2012	1.968	4.617	2,35
2013	2.307	4.582	1,99
2014	2.431	4.671	1,92
2015	2.732	5.002	1,83
2016	2.717	5.269	1,94
2017	3.106	5.270	1,70

42. A possibilidade de seguidas renovações, embora admitida pela jurisprudência majoritária, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Recurso Extraordinário 62.563, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, cuja repercussão geral já foi admitida em 13 de junho de 2013.

Mais uma vez, a relação entre ofícios em andamento e ofícios iniciais servem para indicar uma tendência de muitas prorrogações ou não, sendo que quanto maior a relação entre ofícios em andamento e os ofícios iniciais (ofícios em andamento/ofícios iniciais), maior a quantidade de prorrogações.

Aqui, diversamente da estabilidade da relação verificada no quadro anterior, há uma tendência de queda, o que se compatibiliza com a análise do primeiro grupo a respeito da interceptação de *e-mails*, ou seja, há indícios de que as comunicações pessoais por *e-mail* vêm diminuindo e, por consequência, a interceptação desse tipo de comunicação também.

O que se pode observar, a partir das análises quantitativas e qualitativas dos dados fornecidos pelo Sistema Nacional de Controle de Interceptações Telefônicas, é que: (1) o número de telefones e VOIPs interceptados vem aumentando; (2) a quantidade de linhas telefônicas e VOIPs interceptadas por ofício expedido às operadoras de telefonia também vem aumentando; e (3) o número de prorrogações de períodos de interceptação telefônica e de VOIPs vem permanecendo estável.

Assim, diante do aumento do número de interceptações e do aumento da quantidade de linhas e VOIPs interceptados por ofício, é possível afirmar haver um gigantismo processual horizontal, com grande quantidade de pessoas interceptadas, portanto, com seus direitos fundamentais vulnerados e com uma maior quantidade de pessoas sendo investigadas ou acusadas em uma mesma investigação ou processo.

De outro ponto, a estabilização do número de prorrogações indica não haver tendência de alteração substancial do quadro do gigantismo processual temporal.

4. Conclusões

O abuso na utilização da interceptação telefônica na década de 2000 nos maxiprocessos, tanto em decorrência dos pedidos formulados como de autorizações pouco criteriosas e dos espaços de regulação deixados pela Lei 9.296/1996, provocou uma reação, a princípio, da imprensa, mas, em seguida, de instituições como o Parlamento, com a criação da CPI dos Grampos, do Conselho Nacional de Justiça, com a edição da Resolução 59/2008, e do Sistema Nacional de Controle de Interceptações Telefônicas.

O Relatório Final da CPI apontava para uma suposta diminuição no manejo da interceptação, muito embora não se pudesse valer de dados empíricos obtidos com o necessário rigor metodológico para confirmar essa afirmação.

Isso motivou a presente pesquisa, que busca responder à indagação básica se os novos instrumentos de controle efetivamente fizeram reduzir o manejo da interceptação telefônica no contexto dos maxiprocessos no Brasil, cuja hipótese é de que as interceptações telefônicas continuam sendo largamente utilizadas.

A análise comparativa entre os dados estatísticos sobre as interceptações telefônicas fornecidos pelo CNJ e aqueles apresentados pela CPI dos Grampos não permite concluir ter havido uma redução. Isso porque, se comparados os anos de 2008 a 2015, há um crescimento no uso da interceptação, mas, se comparados com os dados apresentados pela CPI no ano de 2007, houve uma redução.

Todavia, diversamente dos dados fornecidos pelo CNJ, que foram obtidos diretamente dos juízos que passaram a ser obrigados por resolução a enviar mensalmente informações sobre as interceptações, os dados divulgados pela CPI foram obtidos diretamente das operadoras que, por sua vez, divulgaram dados de períodos diferentes entre si. Assim, algumas operadoras informaram sobre períodos que abrangiam meses de 2008, não sendo possível fazer uma comparação cientificamente verificável.

De outro lado, os dados fornecidos pelo CNJ permitem concluir ter havido um crescimento do número de interceptações de 2008 a 2015, e uma redução em 2016 (que ainda assim é maior que em 2014). Os dados de 2017 não estão completos, vez que falta o mês de dezembro, mas indica que poderá ser superior a 2016 e inferior a 2015.

Neste sentido, não é possível apontar uma redução no manejo das interceptações telefônicas, mas um crescimento até o ano de 2015 e uma tendência de estabilização posterior.

Ademais, é possível identificar que houve um acréscimo de interceptações por ofícios expedidos, o que indicia estarem sendo interceptados mais linhas telefônicas e VOIPs para cada investigação, característica dos maxiprocessos.

Há, porém, uma tendência à redução das interceptações de *e-mails*, o que pode ser consequência da diminuição da utilização deste meio de comunicação pessoal em detrimento de novas tecnologias, como aplicativos de mensagens rápidas. Mas essa é apenas uma hipótese explicativa; certo é que houve uma redução desta forma de interceptação de comunicações.

Por fim, a tendência de haver mais ofícios em andamento do que ofícios iniciais indica que as prorrogações do prazo de interceptação se dão, mais de uma vez, em uma tendência estável de manutenção, a despeito dos esforços de controle sobre esta forma de proceder.

O que se pode concluir é que não houve uma redução da quantidade de interceptações telefônicas no contexto dos maxiprocessos no Brasil.

5. Referências

ALFONSO, Roberto; CENTONE, Alessandro (a cura di). *Fenomenologia del maxiprocesso*: venti anni di esperienze. Milão: Giuffrè, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

BOTTINO DO AMARAL, Thiago; CYRINO, André Rodrigues. Memorial apresentado pelo Instituto dos Advogados Brasileiros – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.145. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MADURO, Flávio Mirza (org.). *Interceptação Telefônica*: os 20 anos da Lei nº 9.296/96. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

BRASIL. Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito que investigou as escutas clandestinas/ilegais de 12 de maio de 2009. Disponível em: [www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/53a-legislatura-encerradas/cpiescut/relatorio-final-aprovado/Relatorio-Final-Versao-Final.pdf]. Acesso em: 21.12.2017.

BRASIL. Processo 5006205-98.2016.4.04.7000/PR. Disponível em [www.conjur.com.br/dl/decisao-levantamento-sigilo.pdf]. Acesso em: 21.12.2017.

CASARA, Rubens. *Processo Penal do Espetáculo*: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Curitiba: Empório do Direito, 2016.

CÂMARA, Jorge Luis. A inserção da interceptação telefônica em um sistema acusatório coerente com a centralidade do direito de defesa. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MADURO, Flávio Mirza (Org.). *Interceptação Telefônica*: os 20 anos da Lei nº 9.296/96. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

CASTRO, Helena Rocha Coutinho de; ABATH, Manuela; ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. Por uma investigação preliminar democrática: o contraditório na interceptação telefônica. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MADURO, Flávio Mirza (Org.). *Interceptação Telefônica*: os 20 anos da Lei nº 9.296/96. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

ESPIÑEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs.). *Delação Premiada*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: Teoria do Garantismo Penal. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GENELHÚ, Ricardo. *Do discurso da impunidade à impunização*: o sistema penal do capitalismo brasileiro e a destruição da democracia. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Interceptação telefônica*: comentários à Lei 9.296, de 24. 07.1996. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo* – Noções e Críticas. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 20.

JARDIM, Afrânio Silva. Acordo de cooperação premiada. Quais são os limites? In: *Revista Eletrônica de Direito Processual,* Rio de Janeiro, ano 10, v. 17, n. 1, p. 2-6, jan.-jun. 2016.

LOPES JR., Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal*: da prevenção da competência ao juiz das garantias. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MCCOMBS, Maxwell E.; SHAW, Donald L. *The agendas-setting function of mass media*. Chicago: University of Chicago Press, 1972.

MENDES, Soraia da Rosa (Org.). *A Delação/Colaboração Premiada em Perspectiva.* Brasília: IDP, 2016.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *Provas ilícitas, interceptações e escutas*. Brasília: Gazeta Jurírica, 2013.

PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

PRADO, Geraldo. *Limite às interceptações telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PRATES, Fernanda. Práticas de interceptação e os riscos do modelo de "megajustiça". In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MADURO, Flávio Mirza (Org.). *Interceptação Telefônica*: os 20 anos da Lei nº 9.296/96. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

ROSA, Alexandre Morais. *Para entender delação premiada pela teoria dos jogos*. Florianópolis: EModara, 2017.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; ORTIGÃO, Francisco Ramalho. Os "hermeneutas do grampo": uma disfucionalidade epistêmica. In: *Conpedi Law Review*, v. 2, n. 1, p. 163/180, jan./jun. 2016.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; ORTIGÃO, Francisco Ramalho; RANGEL, Natália. O princípio constitucional do contraditório na interceptação das comunicações telefônicas. In: MENDES, Soraia da Rosa; LONGO, Ana Carolina F. (Org.). *Segurança Pública*. Brasília: IDP, 2015.

SCHREIBER. Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Escutas Telefónicas*: da excepcionalidade à vulgaridade. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

VASCONCELLOS, Vinicius G. *Colaboração premiada no processo penal brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2017.

ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan: Coleção Pensamento Criminológico, 2007.

Pesquisa do editorial

Veja também Doutrina

- Interceptação de comunicações telefônicas notas à lei 9.296, de 24.07.1996, de Damásio E. de Jesus – *RT* 735/458-473 e *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 3/409-429 (DTR\1997\88); e
- Interceptação telefônica e obscurantismo inquisitório: o que aprender com a lava jato?, de Leonardo Augusto Marinho Marques – *RBCCrim* 122/205-227 (DTR\2016\22990).

Veja também Jurisprudência

- Conteúdo Exclusivo Web: JRP\2016\7978; JRP\2017\63956; JRP\2016\8358; e JRP\2011\7977.

A tridimensionalidade da crise do processo penal brasileiro: crise existencial, identitária da jurisdição e de (in)eficácia do regime de liberdade individual

The three-dimensionality of the crisis of the Brazilian criminal proceedings: existential crisis; on the identity of the jurisdiction; and the (in)effectiveness of the individual liberty regime

Aury Lopes Jr.

Doutor em Direito Processual Penal pela Universidad Complutense de Madrid. Professor Titular no Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado em Ciências Criminais da PUCRS. Advogado criminalista.
aurylopes@terra.com.br

Recebido em: 25.10.2017
Aprovado em: 12.12.2017
Última versão do autor: 15.12.2017

Áreas do Direito: Processual, Penal

Resumo: O trabalho analisa a grave crise na qual está imerso o processo penal brasileiro a partir de três dimensões. A crise existencial do processo penal situa a discussão no rompimento da concepção tradicional do Princípio da Necessidade (*nulla poena sine iudicio*), na medida em que a expansão do espaço negocial, especialmente com os acordos de delação/colaboração premiada, permite aplicação de pena sem prévio e integral processo. Na segunda dimensão, a mais grave, problematiza em torno da crise identitária da jurisdição, mais especificamente, na discussão sobre o lugar, a função e posição do juiz penal brasileiro na batalha das expectativas. Aborda a posição do juiz a partir da análise dos sistemas processuais penais relacionando com a imparcialidade e tensionando com a teoria da dissonância cognitiva, os pré-julgamentos e a ausência de originalidade cognitiva. Por fim, trata da ineficácia

Abstract: The work analyzes the grave crisis in which the Brazilian system of criminal proceedings immersed itself, under three dimensions. The existential crisis of the criminal proceedings puts the discussion into the rupture of the traditional conception of the Necessity Principle (*nulla poena sine iudicio*), in the extension in which the expansion of the room for negotiations over the penalty, especially with plea bargains, allows for the application of a criminal sanction without prior criminal proceedings. The second dimension, the gravest one, problematizes around the identity crisis that surround jurisdiction, specifically, in the discussion over the place, function and position of the Brazilian criminal judge in the battle of expectations. It addresses the position of the judge from the analysis of the criminal proceedings systems relating with the impartiality and the relations with the theory of

do regime de liberdade individual no processo penal, diante da degeneração do uso da prisão cautelar e, de forma mais aguda, com o recente entendimento do Supremo Tribunal Federal que autorizou a execução antecipada da pena privativa de liberdade.

Palavras-chave: Processo Penal – Crise – Delação premiada – Juiz – Imparcialidade – Execução antecipada da penal.

cognitive dissonance, the pre-judgements and the lack of cognitive originality. Lastly, it deals with the ineffectiveness of the individual liberty regime in criminal proceedings, in face of the degeneration of the use of precautionary detention and, more acutely, with the recent positioning of the Supreme Federal Court which authorizes the anticipated execution of the custodial sentence.

Keywords: Criminal proceedings – Crisis – Deal over criminal penalty – Judge – impartiality – Anticipated execution of penalty.

Sumário: 1. Introdução. 2. A crise existencial do processo penal: é (ainda) o processo o caminho necessário para chegar na pena?. 3. Crise identitária da jurisdição. 4. A crise de (in)eficácia do regime de liberdade no processo penal. 5. Conclusões. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O[1] processo penal brasileiro vive hoje uma grave crise, especialmente pela ineficácia da base principiológica da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos. A premissa "goldschmidtiana" de que o processo penal é um termômetro dos elementos democráticos ou autoritários da respectiva Constituição não está sendo posta em prática. O processo penal brasileiro deveria se constitucionalizar e democratizar, abrindo-se para a esfera protetiva ali estabelecida, bem como se convencionalizar. Sem embargo, a prática forense, fruto de uma forte cultura inquisitória arraigada, opera em sentido inverso: comprime a esfera de proteção constitucional e convencional para entrar na forma autoritária do Código.

Por conta disso, enfrentamos uma grave crise no processo penal, que precisa ser analisada a partir de três dimensões:

1ª Crise existencial do processo penal;

2ª Crise identitária da jurisdição penal; e

3ª Crise de (in)eficácia do regime de liberdade no processo penal.

1. O presente trabalho insere-se entre os resultados parciais do Grupo de Pesquisa "Processo Penal e Estado Democrático de Direito: a instrumentalidade constitucional como limitação do poder punitivo", registrado no CNPq e realizado no âmbito do Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da PUCRS.

Somente a partir da compreensão desses três pontos de estrangulamento é que poderemos buscar medidas de redução de danos que permitirão a evolução do processo penal brasileiro e sua melhor conformação constitucional e convencional.

2. A crise existencial do processo penal: é (ainda) o processo o caminho necessário para chegar na pena?

O processo penal tem sua existência justificada a partir da compreensão do "Princípio da Necessidade – *nulla poena sine iudicio*, isto é, na impossibilidade de que se tenha a imposição de uma pena sem prévio processo penal. Essa concepção de processo como caminho necessário para se chegar na pena é fundante da própria existência do processo e constitui uma grande evolução civilizatória da humanidade. Nessa perspectiva, também fortalece o conjunto de regras que estruturam o "devido processo penal".

É uma concepção tradicional e ainda vigente e plenamente aplicável para a imensa maioria dos processos criminais que tramitam no Brasil.

Sem embargo, gradativamente, começa a tomar força uma outra via de resolução dos casos penais: a justiça negocial. Consideramos que "justiça negocial" é um gênero, no qual se inserem como espécies as formas de negociação sobre a pena (transação penal), acordos sobre a abreviação do rito com diminuição da pena e também a delação/colaboração premiada.

Essas formas de negociação ou espaços de consenso, acarretam a possibilidade de fixação de uma pena sem a tramitação completa do processo, rompendo com o modelo tradicional do confronto e do *nulla poena sine iudicio*. A expansão desses espaços negociais não é uma tendência nova e tampouco nos parece que seja passageira.

Vamos começar pela compreensão antropológica desse instituto.

Vivemos em uma sociedade hiperacelerada, regida pela velocidade, vão dizer, com algumas variações conceituais, mas com um mesmo núcleo fundante, Bauman, Virillo, Morin, Pascal Bruckner, Comte-Sponville e os principais pensadores contemporâneos. Estamos imersos numa narcose dromológica, sedados pelo instantâneo e o imediato, onde qualquer demora, por menor que seja, nos causa um imenso sofrimento. François Ost[2] vai mostrar a dicotomia entre o t*empo social* e o *tempo do direito*, mas também entre o *tempo na sociedade* e o

2. OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa: Piaget, 1999.

tempo no direito. Nessa perspectiva de hiperaceleração, é claro que o processo penal "também" é filho da flecha do tempo, ou seja, também sofre esse influxo, ainda que o tempo do processo ainda seja muito mais lento e demorado que o tempo da sociedade.

Claro que essa aceleração vai exigir o difícil equilíbrio que está na recusa aos dois extremos: de um lado o atropelo de direitos e garantias fundamentais, que não pode ser admitido; e de outro na necessidade de que o processo tramite sem uma (de)mora excessiva. É aqui que se situa a complexa compreensão do que seja um processo penal no prazo razoável.

O problema é que o fetiche da velocidade e da aceleração é muito forte, por qualquer ângulo que se mire, mas é especialmente forte no viés economicista, eficientista e utilitarista que tanto exige do processo penal. É talvez a mais cruel das "acelerações" que o processo penal pode sofrer, pois implica grave violação e restrição de direitos e garantias fundamentais.

Com razão, Figueiredo Dias[3] chama de "processo penal dotado de eficiência funcionalmente orientada". É um incremento de estruturas de consenso em detrimento de estruturas de conflito, para atender a ultrapassagem do atual modelo de sobrecarga da justiça para o modelo de eficiência funcionalmente orientada, explica o autor português com precisão e síntese.

No Brasil o cenário é ainda mais grave, pois se criou um ciclo vicioso, autofágico até. Temos uma pampenalização (banalização do direito penal), pois acreditamos que o Direito Penal é a tábua de salvação para todos os males que afligem essa jovem democracia com uma grave e insuperável desigualdade social. Como "tudo" é direito penal, "quase tudo" acaba virando processo penal, com entulhamento descomunal das varas criminais e tribunais. Não existe sistema de justiça que funcione nesse cenário e o nosso é um exemplo claro disso. A banalização do direito penal gera uma enxurrada diária de acusações, muitas por condutas absolutamente irrelevantes, outras por fatos que poderiam ser objeto do direito administrativo sancionador ou outras formas de resolução do conflito e ainda, uma quantidade imensa de acusações por condutas aparentemente graves e relevantes, mas carentes de justa causa, sem um suporte probatório suficiente para termos um processo penal (em decorrência da má qualidade da investigação preliminar, também fruto – no mais das vezes – da incapacidade de dar conta do imenso volume de notícias crimes).

3. FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Acordos sobre a sentença em processo penal*. Edição Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados. Porto, 2011. p. 16.

Diante do volume gigantesco de acusações e processos, é óbvio que o sistema de administração de justiça (dos juízes de primeiro grau às cortes superiores, o congestionamento é colossal) não funciona adequadamente. E, mesmo que eventualmente se tenha uma vara criminal em determinada cidade, cujos filtros "funcionem bem", todos os seus processos acabarão desaguando no mesmo lugar: primeiro nos tribunais de apelação (todos abarrotados) e depois no Superior Tribunal de Justiça (aqui então o estrangulamento é evidente, basta constatar que existem duas turmas criminais (5ª e 6ª Turmas) para julgar recursos especiais, *habeas corpus*, mandado de segurança, ações penais originárias etc. de todo o país). Qual a consequência? Uma justiça criminal lenta e que não dá conta da demanda, gerando demoras imensas. Diante da ineficácia do sistema de administração da justiça, agrava-se a percepção de impunidade, gerando um cenário fértil para os discursos punitivistas. Nada funciona, a sensação de impunidade cresce e a quantidade de crimes praticados só aumenta. O que fazer? Ministrar mais doses de direito penal simbólico, novos tipos penais, aumento de penas e mais endurecimento. E o ciclo se repete.

E o sistema carcerário? Superlotado e absolutamente sem controle. Com isso, reina a barbárie, o domínio das facções, do crime organizado, da corrupção e se retroalimenta o ciclo da violência urbana. Quem "lucra" com todo esse descontrole? O crime organizado e as facções que realmente dominam e controlam o sistema carcerário brasileiro.

E na esfera processual? A crise de credibilidade do processo e da jurisdição, conduz a ampliação dos casos de prisão preventiva, menos liberdade no processo, menos direitos e garantias processuais e mais eficiência (leia-se: atropelo procedimental). A ilusão de que acelerando de forma utilitarista os processos, restringindo recursos, limitando o uso do *habeas corpus* e ampliando o espaço de justiça negocial, para que se chegue o mais rápido possível a uma pena, de preferência sem precisar do processo. Ainda que em uma esfera de apenamento restrita, os institutos da "transação penal" e da "suspensão condicional do processo", instituídos pela Lei 9.099/1995, comprovam o quão problemática pode ser a negociação no processo penal.

A Lei 9.099/95[4] inseriu o processo penal brasileiro na perspectiva da justiça negociada e dos espaços de consenso. Para além do velado fundamento utilitarista, o modelo vem envolto por uma fina camada argumentativa de que seria

4. Para o estudo do Juizado Especial Criminal, composição dos danos civis, transação penal e suspensão condicional do processo, remetemos o leitor para nossa obra *Direito processual penal*, publicada pela Editora Saraiva.

uma imposição ou decorrência lógica e necessária da adoção do sistema processual acusatório. É um argumento insustentável, pois o sistema acusatório se funda no princípio dispositivo, no fato de que a iniciativa e gestão da prova está nas mãos das partes[5] (juiz-espectador). A lógica da *plea negotiation* se situa em outra dimensão, conduzindo a um afastamento do Estado-juiz das relações sociais, não atuando mais como interventor necessário, mas apenas assistindo de camarote ao conflito. A negociação guarda relação com a disponibilidade do objeto do processo penal (pretensão acusatória)[6] e da própria acusação, bem como com a flexibilização do Princípio da Necessidade.

No que diz respeito à transação penal, Prado[7] faz longo e criterioso trabalho de crítica, demonstrando todos os inconvenientes do instituto e desvelando a falácia do discurso favorável à transação penal. Bastaria reconhecer a gravíssima e insuperável violação do princípio da necessidade, fundante e legitimante do processo penal contemporâneo, para compreender que a transação penal é absolutamente ilegítima, pois constitui a aplicação de uma pena sem prévio processo. Põe-se por terra a garantia básica do *nulla poena sine iudicio*. A transação penal não dispõe, explica o autor, de um verdadeiro procedimento jurisdicional conforme a noção de devido processo legal.

Tampouco entendemos que o sistema negocial colabore para aumentar a credibilidade da justiça, pois ninguém gosta de negociar sua inocência. Não existe nada mais repugnante que, ante frustrados protestos de inocência, ter de

5. Sobre o tema, imprescindível a leitura dos diversos escritos de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, especialmente: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro". In: *Separata do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais*, ITEC, Porto Alegre, 2000. Também publicado na *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, Nota Dez, n. 01/2001. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "O papel do novo juiz no processo penal". In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: Um Problema às Reformas Processuais." In: WUNDERLICH, Alexandre (Coord.). *Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "Glosas ao Verdade, Dúvida e Certeza de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito". In: *Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
6. Sobre a "pretensão acusatória" como objeto do processo penal: LOPES Jr., Aury. *Fundamentos do Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 229-259.
7. PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da Transação Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 224.

decidir entre reconhecer uma culpa inexistente, em troca de uma pena menor, ou correr o risco de submeter-se a um processo que será desde logo desigual.

É um poderoso estímulo negativo saber que terá de enfrentar um promotor cuja "imparcialidade" (ainda sustentada por muitos e com a qual não concordamos) imposta por lei foi enterrada junto com a frustrada negociação, e que acusará de forma desmedida, inclusive obstaculizando a própria defesa. Uma vez mais tem razão Guarnieri, quando afirma que acreditar na imparcialidade[8] do Ministério Público é incidir no erro de "confiar al lobo la mejor defensa del cordero".

Nossa crítica não se limita ao aspecto normativo da Lei 9.099, senão que vai à base epistemológica que a informa, constatando que o problema será potencializado com o aumento das chamadas zonas de consenso, como já está previsto no Projeto do CPP (PL 8.045), art. 283. Se acolhido, o dispositivo estabelece que o acusado e o Ministério Público poderão requerer a "aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 anos". É uma significativa ampliação do campo negocial.

A "barganha e a justiça criminal negocial", como manifestações dos espaços de consenso no processo penal, vêm (pre)ocupando cada vez mais não só os estudiosos, mas também os atores judiciários. A tendência de expansão é evidente, resta saber que rumo será tomado, se seguirá o viés de influência do modelo norte-americano da *plea bargaining*; o italiano do *patteggiamento*; o prático-forense alemão (cuja implantação evidenciou o conflito do *law in action* com o *law in books*); ampliaremos o tímido (mas crescente) modelo brasileiro introduzido pela Lei 9.099/95 (transação penal e suspensão condicional) até chegar na Lei 12.850/2013 e a colaboração premiada. Que rumo tomar?

8. São múltiplas as críticas à artificial construção jurídica da imparcialidade do promotor no processo penal. O crítico mais incansável foi, sem dúvida, o mestre Carnelutti ("Poner en su puesto al Ministerio Publico". *Cuestiones sobre el proceso penal*, p. 211 e ss.), que em diversas oportunidades pôs em relevo a impossibilidade "de la cuadratura del círculo: ¿No es como reducir un círculo a un cuadrado, construir una parte imparcial? El ministerio público es un juez que se hace parte. Por eso, en vez de ser una parte que sube, es un juez que baja". Em outra passagem (*Lecciones sobre el proceso penal*, p. 99), Carnelutti explica que não se pode ocultar que, se o promotor exerce verdadeiramente a função de acusador, querer que ele seja um órgão imparcial não representa no processo mais que uma inútil e *hasta molesta duplicidad*. Para Goldschmidt (*Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, p. 29), o problema de exigir imparcialidade de uma parte acusadora significa cair "en el mismo error psicológico que ha desacreditado al proceso inquisitivo", qual seja, o de crer que uma mesma pessoa possa exercitar funções tão antagônicas como acusar, julgar e defender.

Quais os limites? Que vantagens e inconvenientes isso representa? São questões importantes a serem ponderadas.

Mas a aceleração procedimental pode ser levada ao extremo de termos uma pena sem processo e sem juiz? Sim, pois a garantia do juiz pode ficar reduzida ao papel de mero "homologador" do acordo, muitas vezes feito às portas do tribunal. No sistema norte-americano, por exemplo, muitas negociações são realizadas nos gabinetes do Ministério Público sem publicidade, prevalecendo o poder do mais forte, acentuando a posição de superioridade do *Parquet*. Explicam Figueiredo Dias e Costa Andrade[9] que a *plea bargaining* nos Estados Unidos é responsável pela solução de 80% a 95% de todos os delitos. Ademais, as cifras citadas colocam em evidência que *em oito ou nove de cada dez casos não existe nenhum contraditório. Na mesma linha crítica e apontando cifras que vão de 90 a 97% de condenações com base em acordos, está a obra de Vinícius Gomes de Vasconcellos*[10].

A *negotiation* viola desde logo o pressuposto fundamental da jurisdição, pois a violência repressiva da pena não passa mais pelo controle jurisdicional e tampouco se submete aos limites da legalidade, senão que está nas mãos do Ministério Público e submetida à sua discricionariedade. Isso significa uma inequívoca incursão do Ministério Público em uma área que deveria ser dominada pelo tribunal, que erroneamente limita-se a homologar o resultado do acordo entre o acusado e o promotor. Não sem razão, afirma-se que o promotor é o juiz às portas do tribunal.

O pacto no processo penal pode se constituir em um perverso intercâmbio, que transforma a acusação em um instrumento de pressão, capaz de gerar autoacusações falsas, testemunhos caluniosos por conveniência, obstrucionismo ou prevaricações sobre a defesa, desigualdade de tratamento e insegurança. O furor negociador da acusação pode levar à perversão burocrática, em que a parte passiva não disposta ao "acordo" vê o processo penal transformar-se em uma complexa e burocrática guerra.

Tudo é mais difícil para quem não está disposto ao "negócio".

Nessa mesma perspectiva se situam os acordos de delação/colaboração premiada, cabendo os mesmos questionamentos genéricos e mais alguns, específicos.

9. DIAS, Figueiredo; ANDRADE, Costa. *Criminologia*: o homem delinquente e a sociedade criminógena, p. 484 e ss.

10. VASCONCELLOS, Vinicius G. *Barganha e Justiça Criminal Negocial*. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

A delação/colaboração[11] insere-se na perspectiva da justiça negocial e encontra na Lei 12.850 seu principal (mas não único) diploma legislativo. O grande problema é que a Lei 12.850, ainda que seja a mais específica, não tem "suficiência normativa" para dar conta do que a prática processual está fazendo e exigindo.

Por mais que se admita que o acordo sobre a pena seja uma tendência mundial e inafastável, (mais) uma questão que preocupa muito é: onde estão essas regras e limites na lei? Onde está o princípio da legalidade? Reserva de lei? Será que não estamos indo no sentido da negociação, mas abrindo mão de regras legais claras, para cair no erro do decisionismo e na ampliação dos espaços indevidos da discricionariedade judicial? Ou ainda, na ampliação dos espaços discricionários impróprios do Ministério Público? Estamos preocupados não apenas com a banalização da delação premiada, mas com a ausência de limites claros e precisos acerca da negociação. É evidente que a Lei 12.850/2013 não tem suficiência regradora e estamos longe de uma definição clara e precisa acerca dos limites negociais.

A delação premiada, enquanto forma de consenso sobre a pena, precisa ser objeto de uma problematização muito mais complexa (para além da simples recusa, pois ela está aí), como:

a) Quais os limites quantitativos e qualitativos acerca da pena? Como fixar uma pena de 15 anos em regime de prisão domiciliar? E as penas acessórias? Qual o critério para fixação dos valores (milionários) a serem restituídos (ou pena pecuniária)?

b) Em caso de não oferecimento da denúncia, como se dará o controle do cumprimento das condições estabelecidas?

c) Que critérios devem pautar a decisão de não oferecer denúncia, por parte do Ministério Público, como condição do acordo? Há possibilidade de controle e revisão dessa decisão?

d) Uma vez feita, mas por qualquer motivo não efetivada ou descumprida, como vamos lidar com a confissão já realizada? E o pré-julgamento, como fica? O juiz que teve contato com a confissão/delação deve ser afastado ou

11. Parte da doutrina é rigorosa na distinção dos institutos. Luiz Flavio Gomes, por exemplo [www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ha-diferenca-entre-colaboracao-e-delacao-premiada/14756] explica que a colaboração é gênero, subdividindo-se em cinco espécies: delação premiada; colaboração reveladora da estrutura e funcionamento da organização; colaboração preventiva; colaboração para localização e recuperação de ativos; colaboração para libertação de pessoas.

continuaremos com a ilusão de que não há quebra da imparcialidade, de que o juiz pode dar um *rewind* e deletar o que ouviu, viu e leu?

e) Nos casos penais de competência do tribunal do júri, como se dará o julgamento? Haverá júri e os jurados poderão não homologar a delação? E a íntima convicção, como fica? Haverá quesitação sobre a delação? Ou com a negociação usurparemos a competência do júri?

f) Havendo assistente da acusação, poderá se opor a negociação sobre a pena? Qual o espaço da vítima no ritual negocial? Ela poderá estabelecer "condições" ou será ignorada (como ocorre na transação penal oferecida pelo Ministério Público nas ações penais de iniciativa privada)?

g) Existe um "direito" do imputado ao acordo ou ele é um poder discricionário do Ministério Público?

h) Qual o nível e dimensão de controle jurisdicional feito? Qual o papel do juiz no espaço negocial sem que ele deixe de ser "juiz" (ou seja, imparcial)?

Muitas são as perguntas não respondidas pelo sistema jurídico brasileiro, chegando-se a uma elasticidade (e decisionismo igualmente absurdo) de fixar uma pena de 15 anos de reclusão a ser cumprida em regime de "reclusão doméstica" ou "prisão domiciliar", absolutamente fora de tudo o que temos no Código Penal brasileiro. Depois vem um regime "semiaberto diferenciado" (?) e uma progressão para o regime aberto "diferenciado" após dois anos, tudo isso sob o olhar atônito do Código Penal, que não se reconhece nessa "execução penal à la carte". E esses regimes "diferenciados"? Onde esses "novos regimes" estão previstos no CP, no CPP ou na LEP?

E isso nos conduz a uma reflexão importante? Como fica o Princípio da Legalidade?

Os juristas portugueses J. J. Gomes Canotilho e Nuno Brandão[12], analisando um pedido de cooperação feito pela justiça brasileira à Portugal, em que se debruçaram sobre dois conhecidos acordos de delação premiada (Paulo Roberto Costa e Alberto Youssef), também fizeram esse questionamento. E chegaram a uma reflexão perturbadora: que os compromissos (acordos de delação) "padecem de tantas e tão ostensivas ilegalidades e inconstitucionalidades que de forma alguma pode admitir-se o uso e a valoração de meios de prova através deles conseguidos". E prosseguem: "é terminantemente proibida a promessa e/

12. CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. "Colaboração premiada e auxilio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato". In: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 146, n. 4000, setembro/outubro de 2016. p. 24-25.

ou a concessão de vantagens desprovidas de expressa base legal" (como os regimes de cumprimento acima mencionados), ressaltaram os professores. Assim, eles declararam que não é possível reduzir uma pena em mais de dois terços ou conceder perdão judicial a um crime não mencionado pela lei das organizações criminosas, pois

> [...] em tais casos, o juiz substituir-se-ia ao legislador numa tão gritante quanto constitucionalmente intolerável violação de princípios fundamentais do (e para o) Estado de Direito como são os da separação de poderes, da legalidade criminal, da reserva de lei e da igualdade na aplicação da lei.

Portanto, nessa perspectiva, graves ilegalidades estão ocorrendo.

Mas, antes de pensarmos que "legislar" é a solução para tudo isso, façamos mais um questionamento: já foi elaborado um sério e profundo "estudo de impacto carcerário" da expansão do espaço negocial? A expansão da possibilidade de concretização antecipada do poder de punir, por meio do reconhecimento consentido da culpabilidade, não representará um aumento significativo da nossa já inchada população carcerária? Como o sistema carcerário sucateado e medieval que temos irá lidar com isso? Pois é, parece que mais uma vez legislaremos primeiro, para ver o que vai ocorrer depois.

Dessarte, estamos entrando – sem muito rumo ou prumo – em terreno minado (em grande parte), desconhecido e muito perigoso para o processo penal democrático e constitucional.

E quem não estiver disposto a *colaborar*? Surge o mesmo problema anteriormente apontado na justiça negocial: o processo se transforma em uma perigosa aventura. Os acusados que se recusam a aceitar a delação ou negociação são considerados incômodos e nocivos, e sobre eles pesará todo o rigor do direito penal "tradicional," em que qualquer pena acima de 4 anos impede a substituição e, acima de 8 anos, impõe o regime fechado. O panorama é ainda mais assustador quando, ao lado da acusação, está um juiz pouco disposto a levar o processo até o final, quiçá mais interessado que o próprio promotor em que aquilo acabe o mais rápido e com o menor trabalho possível (recordemos da "eficiência funcionalmente orientada" de Figueiredo Dias). Quando as pautas estão cheias e o sistema passa a valorar mais o juiz pela sua produção quantitativa do que pela qualidade de suas decisões, o processo assume sua face mais nefasta e cruel. É a lógica do tempo curto atropelando as garantias fundamentais em nome de maior eficiência.

A prisão preventiva também tem sido distorcida para forçar acordos de delação premiada (mostrando a outra dimensão da crise a seguir tratada, da

(in)eficácia da liberdade no processo penal), na seguinte (dis)função: delata para não ser preso; ou delata para ser solto; ou ainda, é solto para delatar. E mais, em processos como esse, as penas aplicadas aos que não fizeram "acordo" são estratosféricas, evidenciando que se criou uma nova função para a pena privativa de liberdade: ao lado das funções de prevenção geral e especial, temos agora a prevenção "negocial". A mensagem é muito clara: ou colabora e aceita o perverso negócio, ou se prepare para uma pena exemplar. É a comprovação de que o processo penal acabou se transformando em uma perigosa aventura para quem não estiver disposto ao acordo.

Também é preciso que o processo penal brasileiro reposicione o Ministério Público na persecução penal, pois a vingar um modelo negocial, não há mais espaço para os princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da acusação, e a indisponibilidade do objeto do processo penal. São questões que não podem coexistir com a concepção tradicional ainda vigente.

3. Crise identitária da jurisdição

Considerando que a imparcialidade do juiz é o *Princípio Supremo do Processo*[13], a posição do juiz no processo penal é fundante do sistema (inquisitório ou acusatório), sendo a "crise identitária da jurisdição" a mais grave de todas. Poderíamos considerar que é a "crise primeva", instituidora de todo o problema, na medida em que vai se refletir nas demais. O ponto nevrálgico reside nessas três perguntas:

1. Qual o lugar do juiz no processo penal?

2 Qual a função desse juiz?

3. A que expectativas deve corresponder a atuação do juiz penal?

As questões propostas são de extrema complexidade, mas inexoravelmente acabam se unindo e mirando para um mesmo ponto comum: o que é a "imparcialidade" judicial?

A imparcialidade é uma construção técnica artificial do direito processual, para criar um terceiro estruturalmente afastado das partes, remontando a estrutura dialética de *actum trium personarum* (de Bulgaro de Sassoferrato).

13. A expressão é de Pedro Aragoneses Alonso, na obra *Proceso y Derecho Procesal*, p. 127. Werner Goldschmidt também leciona na mesma dimensão, mas denominando de "Princípio Básico do Processo" (no magistral trabalho "La Imparcialidad como Principio Básico del Proceso". In: ALONSO, Pedro Aragoneses. *Revista de Derecho Procesal*, n. 2, 1950. p. 208 e ss.).

Obviamente que não se confunde com "neutralidade", inexistente nas relações sociais, na medida em que o juiz é um juiz-no-mundo.

Esse afastamento estrutural exige que a esfera de atuação do juiz não se confunda com a esfera de atuação das partes, constituindo uma vedação a que o juiz tenha iniciativa acusatória e também probatória. Eis o pecado reducionista de muitos: pensar que basta a mera separação inicial de atividades (acusador-julgador) para termos um processo penal acusatório (e constitucional). O erro está em considerar que essa separação deve ser apenas "inicial", com um acusador distinto do julgador. Grave reducionismo, porque de nada adianta uma separação inicial se depois permitirmos que o juiz desça e pratique atos tipicamente de parte, por exemplo, determinando a produção de provas de ofício, condenando sem pedido ou nas atuações *ex officio* (*v.g.*, prisão, busca e apreensão etc., sem pedido).

O *ne procedat iudex ex officio* deve ser levado a sério e, obviamente, demarcar a posição do juiz durante todo o processo e não apenas no início. O ativismo judicial, o condenar sem pedido, o buscar provas de ofício, tudo isso produz um deslocamento estrutural que fulmina a posição do juiz por sacrificar o princípio supremo do processo: a imparcialidade. Não se pode, repetimos, pensar a estrutura sistêmica do processo e a posição do juiz de forma desconectada da imparcialidade.

Para além disso, a imparcialidade deve ser tratada dentro da sua complexidade conceitual, englobando aquilo que a doutrina italiana chama de "terzietà" (um estranhamento, alheamento), a *estética de afastamento* e a *originalidade cognitiva*. E, sempre recordando, que isso somente poderá ser possível no marco do processo penal acusatório.

É claro que a garantia do juiz natural é fundamental, mas sobre isso a doutrina já se debruçou com suficiente profundidade. Nossa preocupação aqui está focada em outra dimensão: a imparcialidade.

O juiz brasileiro – por culpa da estrutura processual adotada – já inicia o processo completamente contaminado e sem a necessária originalidade cognitiva, na medida em que a "prevenção" fixa a competência. Já tratamos desse tema anteriormente[14], mas é necessário voltar constantemente a ele.

Não é suficiente apenas *ter um juiz* natural e competente, é necessário que ele reúna algumas qualidades mínimas, para estar apto a desempenhar seu

14. Entre outros, na nossa obra "Direito Processual Penal", 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2017. p. 62 e ss.

papel de garantidor da eficácia do sistema de garantias da Constituição (função do juiz penal). A imparcialidade do órgão jurisdicional é um "princípio supremo do processo", fundante da própria estrutura dialética. Como explica Carnelutti,[15] *el juicio es un mecanismo delicado como un aparato de relojería: basta cambiar la posición de una ruedecilla para que el mecanismo resulte desequilibrado e comprometido*. Seguindo Werner Goldschmidt[16], o termo "partial" expressa a condição de parte na relação jurídica processual e, por isso, a *imparcialidade* do julgador constitui uma consequência lógica da adoção da heterocomposição, por meio da qual um terceiro *impartial* substitui a autonomia das partes.

Já a *parcialidade* significa um estado subjetivo, emocional, um estado anímico do julgador. A imparcialidade corresponde exatamente a essa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como órgão supraordenado às partes ativa e passiva. Mais do que isso, exige uma posição de *terzietà*[17], um *estar alheio* aos interesses das partes na causa, ou, na síntese de Jacinto Coutinho[18], *não significa que ele está acima das partes, mas que está para além dos interesses delas*.

Por isso, W. Goldschmidt[19] sintetiza que *la imparcialidad del juez es la resultante de las parcialidades de los abogados* [ou das partes].

A imparcialidade pode ser dividida em subjetiva e objetiva.

A imparcialidade subjetiva diz respeito ao estado anímico do juiz, isto é, a ausência de pré-julgamentos em relação àquele caso penal e seu autor. É a inexistência de prévia tomada de decisão, capaz de gerar os pré-juízos que causam um imenso prejuízo.

Essa discussão é muito importante quando se trata de avaliar a contaminação pela tomada prévia de decisões que acabam se aproximando em demasia do próprio julgamento do mérito do caso penal. É o que ocorre, por exemplo, quando o juiz, atendendo a pedido do Ministério Público (mesmo que não seja

15. CARNELUTTI, Francesco. *Derecho Procesal Civil y Penal*. Trad. Enrique Figueroa Alfonzo. México, Episa, 1997. p. 342.

16. No magistral trabalho: GOLDSCHMIDT, Werner. La Imparcialidad como Principio Básico del Proceso. *Revista de Derecho Procesal*, n. 2, 1950, p. 208 e s.

17. Para Ferrajoli (*Derecho y Razón*, cit., p. 580), é a *ajenidad del juez a los intereses de las partes en causa.*

18. COUTINHO, Jacinto. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. In: *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 11.

19. GOLDSCHMIDT, W. *Introducción Filosófica al Derecho*, p. 321.

de ofício, portanto), decreta – na fase pré-processual – medidas cautelares pessoais (*v.g.*, prisão preventiva), uma busca e apreensão, quebra de sigilo telefônico etc.

Enfrentando esses resquícios inquisitórios e a problemática acerca da imparcialidade, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), especialmente nos casos *Piersack*, de 1º.10.1982, e *De Cubber*, de 26.10.1984, consagrou o entendimento de que o juiz com poderes investigatórios é incompatível com a função de julgador. Ou seja, se o juiz lançou mão de seu poder investigatório na fase pré-processual, não poderá, na fase processual, ser o julgador. É uma violação do direito ao juiz imparcial consagrado no art. 6.1 do Convênio para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 1950. Segundo o TEDH, a contaminação resultante dos "pré-juízos" conduz à falta de imparcialidade subjetiva ou objetiva. Desde o caso *Piersack*, de 1982, entende-se que a subjetiva alude à convicção pessoal do juiz concreto, que conhece de um determinado assunto e, desse modo, a sua falta de "pré-juízos".

Importante contribuição nos traz a Teoria da Dissonância Cognitiva para a compreensão da Imparcialidade subjetiva do juiz.

Como explica Schünemann[20], grave problema existe no fato de o mesmo juiz receber a acusação, realizar a audiência de instrução e julgamento e posteriormente decidir sobre o caso penal. Existe não apenas uma "cumulação de papéis", mas um "conflito de papéis", não admitido como regra pelos juízes, que se ancoram na "formação profissional comprometida com a objetividade". Tal argumento nos remete a uma ingênua crença na "neutralidade" e supervalorização de uma (impossível) objetividade na relação sujeito-objeto, já tão desvelada pela superação do paradigma cartesiano (ainda não completamente compreendido). Ademais, desconsidera a influência do inconsciente, que cruza e permeia toda a linguagem e a dita "razão".

Em linhas introdutórias, a teoria da "dissonância cognitiva", desenvolvida na psicologia social, analisa as formas de reação de um indivíduo diante de duas ideias, crenças ou opiniões antagônicas, incompatíveis, geradoras de uma situação desconfortável, bem como a forma de inserção de elementos de "consonância" (mudar uma das crenças ou as duas para torná-las compatíveis, desenvolver novas crenças ou pensamentos etc.) que reduzam a dissonância e, por consequência, a ansiedade e o estresse gerado. Pode-se afirmar que o indivíduo busca – como mecanismo de defesa do ego – encontrar um equilíbrio

20. SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de Direito Penal e Processual Penal e filosofia do direito* (Org. Luís Greco). São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2013.

em seu sistema cognitivo, reduzindo o nível de contradição entre o seu conhecimento e a sua opinião. É um anseio por eliminação das contradições cognitivas, explica Schünemann.

O autor traz a teoria da dissonância cognitiva para o campo do processo penal, aplicando-a diretamente sobre o juiz e sua atuação até a formação da decisão, na medida em que precisa lidar com duas "opiniões" antagônicas, incompatíveis (teses de acusação e defesa), bem como com a "sua opinião" sobre o caso penal, que sempre encontrará antagonismo frente a uma das outras duas (acusação ou defesa). Mais do que isso, considerando que o juiz constrói uma imagem mental dos fatos a partir dos autos do inquérito e da denúncia, para recebê-la, é inafastável o pré-julgamento (agravado quando ele decide anteriormente sobre prisão preventiva, medidas cautelares etc.). É de se supor – afirma Schünemann – que:

> [...] tendencialmente o juiz a ela se apegará (a imagem já construída) de modo que ele tentará confirmá-la na audiência (instrução), isto é, tendencialmente deverá superestimar as informações consoantes e menosprezar as informações dissonantes.

Para diminuir a tensão psíquica gerada pela dissonância cognitiva, haverá dois efeitos (Schünemann):

a) Efeito inércia ou perseverança: mecanismo de autoconfirmação de hipóteses, superestimando as informações anteriormente consideradas corretas (como as informações fornecidas pelo inquérito ou a denúncia, tanto que ele as acolhe para aceitar a acusação, pedido de medida cautelar etc.);

b) Busca seletiva de informações: onde se procuram, predominantemente, informações que confirmam a hipótese que em algum momento prévio foi aceita (acolhida pelo ego), gerando o efeito confirmador-tranquilizador.

A partir disso Schünemann desenvolve uma interessante pesquisa de campo que acaba confirmando várias hipóteses, entre elas a já sabida – ainda que empiricamente – por todos: quanto maior for o nível de conhecimento/envolvimento do juiz com a investigação preliminar e o próprio recebimento da acusação, menor é o interesse dele pelas perguntas que a defesa faz para a testemunha e (muito) mais provável é a frequência com que ele condenará. Tanto que, na pesquisa, o autor chega a um dado impressionante: 100% dos juízes que conheceram dos autos da investigação, receberam a denúncia e realizaram a instrução, condenaram. A experiência demonstra que isso tampouco está muito distante da realidade brasileira.

Toda pessoa procura um equilíbrio do seu sistema cognitivo, uma relação não contraditória. A tese da defesa gera uma relação contraditória com as hipóteses iniciais (acusatórias) e conduz à (molesta) dissonância cognitiva. Como consequência existe o efeito inércia ou perseverança, de autoconfirmação das hipóteses, por meio da busca seletiva de informações.

Demonstra Schünemann que o juiz, ao receber a denúncia e posteriormente instruir o feito, passa a ocupar – de fato – a posição de parte contrária diante do acusado que nega os fatos e, por isso, está impedido de realizar uma avaliação imparcial, processar as informações de forma adequada. Grande parte desse problema vem do fato de o juiz ler e estudar os autos da investigação preliminar (inquérito policial) para decidir se recebe ou não a denúncia, para decidir se decreta ou não a prisão preventiva, formando uma imagem mental dos fatos para, depois, passar à "busca por confirmação" dessas hipóteses na instrução. O quadro agrava-se se permitirmos que o juiz, de ofício, vá em busca dessa prova sequer produzida pelo acusador. Enfim, o risco de pré-julgamento é real e tão expressivo que a tendência é separar o juiz que recebe a denúncia (que atua na fase pré-processual) daquele que vai instruir e julgar ao final.

Conforme as pesquisas empíricas do autor, "os juízes dotados de conhecimentos dos autos (a investigação) não apreenderam e não armazenaram corretamente o conteúdo defensivo" presente na instrução, porque eles só apreendiam e armazenavam as informações incriminadoras que confirmavam o que estava na investigação.

> O juiz tendencialmente apega-se à imagem do ato que lhe foi transmitida pelos autos da investigação preliminar; informações dissonantes desta imagem inicial são não apenas menosprezadas, como diria a teoria da dissonância, mas frequentemente sequer percebidas.

O quadro mental é agravado pelo chamado "efeito aliança", onde o juiz tendencialmente se orienta pela avaliação realizada pelo promotor. O juiz "vê não no advogado criminalista, mas apenas no promotor, a pessoa relevante que lhe serve de padrão de orientação". Inclusive, aponta a pesquisa, o "efeito atenção" diminui drasticamente tão logo o juiz termine sua inquirição e a defesa inicie suas perguntas, a ponto de serem completamente desprezadas na sentença as respostas dadas pelas testemunhas às perguntas do advogado de defesa.

Tudo isso acaba por constituir um "caldo cultural" onde o princípio do *in dubio pro reo* acaba sendo virado de ponta cabeça – na expressão de Schünemann – pois o advogado vê-se incumbido de provar a incorreção da denúncia! Entre as conclusões de Schünemann, encontra-se a impactante constatação de que

o juiz é "um terceiro inconscientemente manipulado pelos autos da investigação preliminar".

Da compreensão da teoria da dissonância cognitiva, aplicada ao processo penal brasileiro, pensamos que:

a) É uma ameaça real e grave para a imparcialidade a atuação de ofício do juiz, especialmente em relação à gestão e iniciativa da prova (ativismo probatório do juiz) e à decretação (de ofício) de medidas restritivas de direitos fundamentais (prisões cautelares, busca e apreensão, quebra de sigilo telefônico etc.), tanto na fase pré-processual como na processual (referente à imparcialidade, nenhuma diferença existe com relação a qual momento ocorra);

b) É uma ameaça real e grave para a imparcialidade o fato de o mesmo juiz receber a acusação e depois, instruir e julgar o feito;

c) Precisamos da figura do "juiz da investigação" (ou juiz das garantias, como preferiu o Projeto do CPP), que não se confunde com o "juizado de instrução", sendo responsável pelas decisões acerca de medidas restritivas de direitos fundamentais requeridas pelo investigador (polícia ou MP) e que ao final recebe ou rejeita a denúncia;

d) É imprescindível a exclusão física dos autos do inquérito, permanecendo apenas as provas cautelares ou técnicas irrepetíveis, para evitar a contaminação e o efeito perseverança.

Considerando a complexidade do processo e de termos – obviamente – "um juiz-no-mundo", deve-se buscar medidas de redução de danos, que diminuam a permeabilidade inquisitória e os riscos para a imparcialidade e a estrutura acusatória constitucionalmente demarcada.

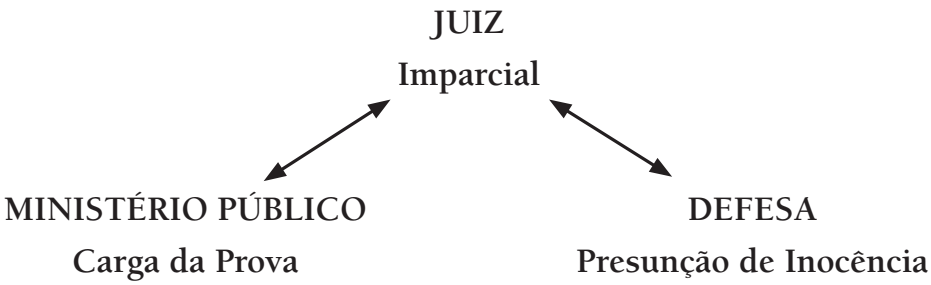
Compreendida a imparcialidade subjetiva, passemos para a imparcialidade objetiva.

A imparcialidade objetiva diz respeito a se tal juiz se encontrar em uma situação dotada de garantias bastantes para dissipar qualquer dúvida razoável acerca de sua imparcialidade. Em ambos os casos, a parcialidade cria a desconfiança e a incerteza na comunidade e nas suas instituições. Não basta estar subjetivamente protegido; é importante que se encontre em uma situação jurídica objetivamente imparcial (é a visibilidade ou estética de imparcialidade a seguir tratada).

O controle da imparcialidade objetiva acaba se mostrando extremamente útil, diante das naturais dificuldades em ingressar na esfera de subjetividade do julgador e também da impossibilidade de comprovação empírica do seu estado anímico.

A imparcialidade objetiva diz respeito a posição que objetivamente o juiz ocupa na estrutura dialética do processo. Já que é discutível a possibilidade de "entrar na cabeça do juiz" para verificar seu estado anímico, sua interioridade, sua subjetividade, entendemos que o verdadeiro controle passa a ser feito a partir das suas condutas, na dimensão objetiva, estrutural. Portanto, não está em debate "as boas ou más intenções" do juiz e tampouco sua motivação, afastando os argumentos genéricos do estilo "boa-fé", "busca da justiça" e outros "coringas hermenêuticos".

Para que exista a imparcialidade objetiva ele não pode praticar atos típicos de parte, como é a atuação *ex officio* na busca de provas ou na decretação de uma prisão. Viola a imparcialidade toda vez que o juiz, objetivamente, sair do local estruturalmente demarcado, qual seja, de afastamento da arena das partes. Sempre recordando a estrutura dialética de Bulgaro de Sassoferrato, o juiz obrigatoriamente deve estar e assim permanecer, em situação de afastamento da esfera de atuação das partes:



Quando o juiz sai desse lugar de estranhamento e, descendo, se mistura na "arena das partes", praticando atos típicos das partes (como é a iniciativa probatória, por exemplo), ele estruturalmente se coloca em posição de parcialidade (ou "partialidade", na medida em que se confunde com as partes), ferindo de morte a garantia constitucional. É uma questão estrutural, objetivamente comprovável, basta que saia do seu lugar para decretar a quebra da igualdade, do contraditório, e da própria estrutura dialética do processo. Inclusive, evidencia-se falta de uma estética (ou visibilidade) de imparcialidade.

Essa estética de imparcialidade está vinculada a percepção dos jurisdicionados em relação ao juiz, que é fundamental para que exista confiança na jurisdição.

Seguindo essas decisões do TEDH, aduziu o Tribunal Constitucional espanhol (STC 145/88), entre outros fundamentos, que o juiz-instrutor não poderia julgar, pois violava a chamada imparcialidade objetiva, aquela *que deriva não da relação do juiz com as partes, mas sim de sua relação com o objeto do processo*.

Ainda que a investigação preliminar suponha uma investigação objetiva sobre o fato (consignar e apreciar as circunstâncias tanto adversas como favoráveis ao sujeito passivo), o contato direto com o sujeito passivo e com os fatos e dados pode provocar no ânimo do juiz-instrutor uma série de "pré-juízos" e impressões a favor ou contra o imputado, influenciando no momento de sentenciar.

Destaca o Tribunal uma fundada preocupação com a aparência de imparcialidade (estética de imparcialidade) que o julgador deve transmitir para os submetidos à Administração da Justiça, pois, ainda que não se produza o "pré-juízo", é difícil evitar a impressão de que o juiz (instrutor) não julga com pleno alheamento. Isso afeta negativamente a confiança que os tribunais de uma sociedade democrática devem inspirar nos justiçáveis, especialmente na esfera penal.

Outra decisão sumamente relevante foi proferida pelo TEDH no caso "Castillo-Algar contra España" (STEDH de 28.10.1998), na qual declarou vulnerado o direito a um juiz imparcial o fato de dois magistrados, que haviam formado parte de uma Sala que denegou um recurso interposto na fase pré-processual, também terem participado do julgamento.

Frise-se que esses dois magistrados não atuaram como juízes de instrução, mas apenas haviam participado do julgamento de um recurso interposto contra uma decisão interlocutória tomada no curso da instrução preliminar pelo juiz-instrutor. Isso bastou para que o TEDH entendesse comprometida a imparcialidade deles para julgar em grau recursal a apelação contra a sentença.

Imaginemos o que diria o TEDH diante do sistema brasileiro, em que muitas vezes os integrantes de uma Câmara Criminal irão julgar do primeiro *habeas corpus* – interposto contra a prisão preventiva –, passando pela apelação e chegando até a decisão sobre os agravos interpostos contra os incidentes da execução penal[21].

21. A jurisprudência brasileira engatinha neste terreno, mas há decisões interessantes e que precisam ser estudadas. Conforme o Informativo do STF 528, de novembro de 2008, o Supremo Tribunal Federal, no HC 94.641/BA, Rel. orig. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, julgado em 11.11.2008, "a Turma, por maioria, concedeu, de ofício, *habeas corpus* impetrado em favor de condenado por atentado violento ao pudor contra a própria filha, para anular, em virtude de ofensa à *garantia da imparcialidade da jurisdição*, o processo desde o recebimento da denúncia. No caso, no curso de procedimento oficioso de investigação de paternidade (Lei n. 8.560/92, art. 2º) promovido pela filha do paciente para averiguar a identidade do pai da criança que essa tivera, surgiram indícios da prática delituosa *supra*, sendo

Crer na imparcialidade de quem está totalmente absorvido pelo labor investigador é o que J. Goldschmidt[22] denomina *erro psicológico*. Foi essa incompatibilidade psicológica que levou ao descrédito do modelo inquisitório. Sem dúvida, chegou o momento de repensar a prevenção e também a relação juiz/inquérito, pois, em vez de caminhar em direção à figura do *juiz garante* ou de *garantias*, alheio à investigação e verdadeiro órgão suprapartes, está sendo tomado o caminho errado do *juiz-instrutor*. Jacinto Coutinho[23] aponta o erro da

---

tais relatos enviados ao Ministério Público. O *parquet*, no intuito de ser instaurada a devida ação penal, denunciara o paciente, *vindo a inicial acusatória a ser recebida e processada pelo mesmo juiz daquela ação investigatória de paternidade*. Entendeu-se que o juiz sentenciante teria atuado como se autoridade policial fosse, em virtude de, no procedimento preliminar de investigação de paternidade, em que apurados os fatos, ter ouvido testemunhas antes de encaminhar os autos ao Ministério Público para a propositura de ação penal" (grifo nosso).Verifica-se que o ponto fundamental para a anulação foi: viola a garantia da imparcialidade o fato de o juiz ter realizado atos de natureza instrutória de ofício, apurando fatos e ouvindo testemunhas. No mesmo processo, o voto-vista do Min. Cezar Peluso, concluiu que, "pelo conteúdo da decisão do juiz, *restara evidenciado que ele teria sido influenciado pelos elementos coligidos na investigação preliminar*. Dessa forma, considerou que teria ocorrido hipótese de ruptura da denominada *imparcialidade objetiva* do magistrado, cuja falta, incapacita-o, de todo, para conhecer e decidir causa que lhe tenha sido submetida. Esclareceu que a imparcialidade denomina-se objetiva, uma vez que não provém de ausência de vínculos juridicamente importantes entre o juiz e qualquer dos interessados jurídicos na causa, sejam partes ou não (imparcialidade dita subjetiva), mas porque *corresponde à condição de originalidade da cognição* que irá o juiz desenvolver na causa, no sentido de que não haja ainda, de modo consciente ou inconsciente, formado nenhuma convicção ou juízo prévio, no mesmo ou em outro processo, sobre os fatos por apurar ou sobre a sorte jurídica da lide por decidir. Assim, sua perda significa falta da isenção inerente ao exercício legítimo da função jurisdicional. Observou, por último, que, mediante interpretação lata do art. 252, III, do CPP ('Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que: [...] III – tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;'), mas conforme com o princípio do justo processo da lei (CF, art. 5º, LIV), *não pode, sob pena de imparcialidade objetiva e por consequente impedimento, exercer jurisdição em causa penal o juiz que, em procedimento preliminar e oficioso de investigação de paternidade, se tenha pronunciado, de fato ou de direito, sobre a questão*" (grifo nosso). Interessante, ainda, como o voto do Min. Cezar Peluso menciona exatamente os mesmos fundamentos, de imparcialidade objetiva e subjetiva, empregados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos desde o Caso Piersack, de 1982, e constantemente por nós referidos, inclusive neste tópico.

22. GOLDSCHMIDT, J. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*. Barcelona: Bosch, 1935. p. 29.

23. COUTINHO, Jacinto. *O Papel do Novo Juiz no Processo Penal*, cit., p. 12.

visão tradicional, que *tem a larga desvantagem de desconectar a matéria referente à competência do princípio do juiz natural*. Deve-se descortinar essa cruel estrutura e assumir o problema.

Por fim, a crise identitária da jurisdição também está diretamente relacionada com a questão dos sistemas processuais (inquisitório ou acusatório).

Não são raras as situações em que o juiz se coloca em posição de "corresponder às expectativas[24] sociais ou midiáticas criadas" e assume um papel próximo a de justiceiro, agindo ativamente na "busca da verdade"[25]. Esse ativismo judicial é nota característica do sistema inquisitório.

A imparcialidade cai por terra quando se atribuem poderes instrutórios (ou investigatórios) ao juiz, pois a gestão ou iniciativa probatória é característica essencial do princípio inquisitivo, que leva, por consequência, a fundar um sistema inquisitório como ensina Jacinto Coutinho. A gestão/iniciativa probatória nas mãos do juiz conduz à figura do *juiz-ator* (e não espectador), núcleo do sistema inquisitório. Logo, destrói-se a estrutura dialética do processo penal, o contraditório, a igualdade de tratamento e oportunidades e, por derradeiro, a imparcialidade, sempre recordando que se pode pensar sistema acusatório desconectado do princípio da imparcialidade e do contraditório, sob pena de incorrer em grave reducionismo. A imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória.

É isso que precisa ser compreendido por aqueles que pensam ser suficiente a separação entre acusação-julgador para constituição do sistema acusatório no modelo constitucional contemporâneo. É um erro separar em conceitos estanques a imensa complexidade do processo penal, fechando os olhos para o fato de que a posição do juiz define o nível de eficácia do contraditório e, principalmente, da imparcialidade.

A imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor (poderes investigatórios) ou quando lhe

24. Sobre a "batalha das expectativas", a qual o Direito é lançado, recomendamos a leitura de Rui Cunha Martins, na obra "A hora dos cadáveres adiados", São Paulo: Atlas, 2013.

25. Sobre a "ambição da verdade no processo penal" e suas nefastas consequências, veja-se a obra "A Busca da Verdade no Processo Penal", de Salah Khaled Jr. publicada pela Editora Atlas e também um dos capítulos do nosso livro "Direito Processual Penal", publicado pela Editora Saraiva.

atribuímos poderes de gestão/iniciativa probatória. É um contraste que se estabelece entre a posição totalmente ativa e atuante do instrutor, contrastando com a inércia que caracteriza o julgador. Um é sinônimo de *atividade,* e o outro, de *inércia*.

Centraremo-nos na problemática figura do juiz com poderes instrutórios/investigatórios cujo núcleo está não só no famigerado art. 156 do CPP, mas também na possibilidade de o juiz, de ofício, converter a prisão em flagrante em prisão preventiva (o que representa o mesmo que poder decretar a prisão de ofício), art. 310 do CPP; determinar o sequestro de bens, art. 127 do CPP; decretar a busca e apreensão, art. 242 do CPP; ouvir outras testemunhas, além das arroladas pelas partes, art. 209 do CPP; condenar ainda que o Ministério Público tenha pedido a absolvição (art. 385) etc.

Esse último exemplo – art. 385 do CPP – é bastante sintomático do nível de involução do processo penal brasileiro: o juiz condenando diante do pedido expresso de absolvição do MP. Significa dizer que ele está condenando sem pedido, violando o Princípio da Correlação e deixando de lado o *ne procedat iudex ex officio*. Tudo isso é absolutamente incompatível com a estrutura acusatória e com a imparcialidade exigida do julgador.

Especificamente no que tange ao art. 156 do CPP, a questão é igualmente sensível. É insuficiente pensar que o sistema acusatório se funda a partir da separação inicial das atividades de acusar e julgar. Isso é um reducionismo que desconsidera a complexa fenomenologia do processo penal. De nada basta uma separação inicial, com o Ministério Público formulando a acusação, se depois, ao longo do procedimento, permitirmos que o juiz assuma um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora. Nesse contexto, o art. 156 do CPP funda um sistema inquisitório e fere de morte a imparcialidade judicial.

Em definitivo, pensamos que a imparcialidade é o princípio supremo do processo e caminha junto com a estrutura acusatória que necessariamente deve ser adotada. A *prevenção deve ser uma causa de exclusão da competência*. O juiz-instrutor é prevento e como tal não pode julgar. Sua imparcialidade está comprometida não só pela atividade de reunir o material ou estar em contato com as fontes de investigação, mas pelos diversos prejulgamentos que realiza no curso da investigação preliminar[26] (como na adoção de medidas cautelares, busca e apreensão, autorização para intervenção telefônica etc.).

26. OLIVA SANTOS, Andrés. *Jueces Imparciales, Fiscales Investigadores y Nueva Reforma para la Vieja Crisis de la Justicia Penal*. Barcelona: PPU, 1988. p. 30.

4. A crise de (in)eficácia do regime de liberdade no processo penal

O último vértice da grande crise do processo penal está relacionado com a eficácia ou ineficácia do regime de liberdade ao qual é submetido o acusado. O tema está diretamente relacionado ao binômio prisão cautelar-liberdade e, por consequência, à eficácia da presunção constitucional e convencional de inocência. Novamente parafraseando Goldschmidt (e sua concepção de processo penal como termômetro dos elementos autoritários ou democráticos da Constituição), podemos afirmar que o nível de civilidade de um povo pode ser medido pelo maior ou menor respeito à liberdade individual e à presunção de inocência.

O Brasil, enquanto democracia jovem e com grandes instabilidades econômicas e políticas, é um exemplo dos altos e baixos aos quais os direitos fundamentais são submetidos, diante da forte tensão existente entre o populismo punitivo e as garantias constitucionais.

A banalização da prisão cautelar[27] tem um forte componente simbólico e de correspondência às expectativas sociais criadas em torno da punição, na medida em que se situa no eterno conflito entre tempo social *x* tempo do direito. Uma sociedade regida pela velocidade e hiperacelerada, dominada pelo instantâneo, não está acostumada a esperar. Por conta disso, diante de um crime, existe um imenso mal-estar em ter que esperar pelo processo e o tempo do direito, ou seja, a temporalidade do processo enquanto caminho necessário para se chegar na pena é vista – sempre, qualquer que seja a duração – como uma dilação insuportável, jamais correspondendo a ambição de velocidade e a ilusão de justiça imediata. Nesse contexto, a prisão cautelar é a satisfação plena do anseio mítico, vista como um encurtamento entre fato e punição, sem a intermediação do processo. As pessoas simplesmente não querem esperar o fim do processo para ter punição (e nem cogitam a opção "não ter punição=absolvição") e o juiz, quando na *batalha das expectativas* (Rui Cunha Martins), se situa ao lado das expectativas sociais criadas, vai contribuir para a degeneração processual da prisão cautelar. É complicado pretender, com o monólogo jurídico, dar conta dessa complexidade. Trata-se de uma questão cultural e, por isso, para romper com essa "cultura" é preciso mudar "cabeças" e não apenas a "lei". Significa dizer que se deve produzir um choque cultural a partir de uma mudança legislativa radical e forte, o que não foi obtido com a Lei 12.403/2011.

27. Sobre o tema, recomendamos a leitura das nossas obras "Prisões Cautelares" e "Direito Processual Penal", ambas publicadas pela Editora Saraiva.

O problema da (in)eficácia do regime de liberdade no processo penal está diretamente relacionado com a compressão conceitual que se pretende dar à presunção constitucional e convencional de inocência. Não se compreende (ou não se quer efetivar) o que significa, inicialmente, o termo "presunção" para o processo penal. Para além do lugar comum juridicamente demarcado (*juris et de jure* ou *juris tantum*) interessa compreender que presunção de inocência impõe, inicialmente, uma *pré-ocupação de espaços mentais do julgador* e por consequência, uma *preocupação*[28]. Um juiz consciente do seu lugar e função, deve(ria) entrar no processo mentalmente comprometido[29] com esse estado, somente abrindo mão dele, quando plenamente convencido (pelo menos, além da dúvida razoável – *reasonable doubt*) diante da prova produzida pela acusação. A presunção de inocência[30] constitui "regra de tratamento" e "regra de julgamento" dirigida (não apenas, mas) essencialmente ao juiz.

Em texto de 2003, intitulado "Sobre la jurisdicción criminal en Brasil, hoy. Carta abierta de un juez brasileño a un juez español"[31], Amilton Bueno De Carvalho já trazia uma preciosa definição da Presunção de Inocência. Explica o autor que ela exige uma atuação real e efetiva do julgador, orientada a inocência, como algo ativo e não passivo. Diz Amilton:

> [...] la última es la hipótesis teórica básica que me anima: llego a todos los procesos convencidos de la inocencia (hay un perjuício con base en el princípio de la presunción) y sólo condeno cuando no fuera posible, a pesar de todos los esfuerzos interpretativos, absolver [...]. Y cuando tengo que condenar, entonces hago todo lo posible por conceber beneficio que no llevan al condenado a la cárcel.

É a expressão máxima do que seja a presunção de inocência como uma "pré-ocupação" dos espaços mentais do julgador, bem refletindo o espaço que ela precisa ocupar no processo enquanto dever de tratamento e regra de julgamento.

28. Sobre o tema, remetemos aos trabalhos do ilustre professor português Rui Cunha Martins, especialmente nas obras "A hora dos cadáveres adiados" e "O ponto cego do direito", ambas publicadas pela Editora Atlas.
29. Também nesse sentido, Amilton Bueno de Carvalho, especialmente na obra "Lei, para que(m)?". In: *Escritos de Direito e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
30. Para evitar repetições, remetemos o leitor para nossa obra "Direito Processual Penal", publicada pela Editora Saraiva, onde aprofundamos a análise da Presunção de Inocência.
31. CARVALHO, Amilton Bueno de. *Direito Alternativo em movimento*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 29-30.

A incompreensão do alcance da Presunção de Inocência nos remete, novamente, à própria crise identitária da jurisdição, anteriormente tratada. Contudo, nesse breve espaço, vamos focar na tensão entre a Presunção de Inocência – enquanto regra de tratamento – e a questão da prisão cautelar.

Por uma falha cognitiva acerca das expectativas, não raras vezes o juiz busca a satisfação das expectativas populares e, por conta disso, banaliza a prisão cautelar para sedar a opinião pública, para dar uma resposta imediata, para "combater a impunidade". Nessa linha, o sistema jurídico-processual acaba lhe dando (erroneamente) abrigo, ao prever verdadeiras "cláusulas genéricas para prender", especialmente com a prisão preventiva para garantia da ordem pública. O cenário é ainda mais grave, se considerarmos que o art. 311 do CPP permite que o juiz prenda preventivamente de ofício, no curso do processo[32]. Há um duplo absurdo: o juiz prendendo de ofício, sem pedido; e a possibilidade de ele decretar uma prisão preventiva para *garantia da ordem pública* (o que é isso?). É o máximo do decisionismo autoritário da jurisdição, absolutamente incompatível com o sistema acusatório, a imparcialidade, as regras de formação do convencimento judicial e todo o arcabouço do devido processo penal.

Mas, para além, existe uma absurda banalização da prisão preventiva, uma grave degeneração, que a transformou em uma medida processual em atividade tipicamente de polícia, utilizando-as indevidamente como medidas de *segurança pública*. Quando se mantém uma pessoa presa em nome da ordem pública, diante da reiteração de delitos e o risco de novas práticas, está se atendendo não ao processo penal, mas sim a uma função de polícia do Estado, completamente alheia ao objeto e ao fundamento do processo penal.

Sobre a banalização da prisão cautelar e a excessiva relativização dos Princípios da Excepcionalidade e Proporcionalidade, é importante recordar a lição de Carnelutti,[33]

> [...] as exigências do processo penal são de tal natureza que induzem a colocar o imputado em uma situação absolutamente análoga ao de condenado.

32. É verdade que o artigo veda a prisão preventiva de oficio na fase de investigação, somente permitindo no curso do processo. Mas o problema é: não interessa a "fase", o momento! O problema está no "de ofício". Prender sem pedido não é compatível com o lugar do juiz no processo penal acusatório e tampouco com a imparcialidade judicial (nas perspectivas objetiva, subjetiva e de estética de afastamento).

33. CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el Proceso Penal*. Trad. Santiago Santis Melendo. Buenos Aires: Editora Bosch, 1950. v. II. p. 75.

> É necessário algo mais para advertir que a prisão do imputado, junto com sua submissão, tem, sem embargo, um elevado custo? O custo se paga, desgraçadamente em moeda justiça, quando o imputado, em lugar de culpado, é inocente, e já sofreu, como inocente, uma medida análoga à pena; não se esqueça que se a prisão ajuda a impedir que o imputado realize manobras desonestas para criar falsas provas ou para destruir provas verdadeiras, mais de uma vez prejudica a justiça, porque, ao contrário, lhe impossibilita de buscar e de proporcionar provas úteis para que o juiz conheça a verdade. A prisão preventiva do imputado se assemelha a um daqueles remédios heróicos que devem ser ministrados pelo médico com suma prudência, porque podem curar o enfermo, mas também pode ocasionar-lhe um mal mais grave; quiçá uma comparação eficaz se possa fazer com a anestesia, e sobre tudo com a anestesia geral, a qual é um meio indispensável para o cirurgião, mas ah se este abusa dela!

Como aponta Sanguiné,[34]

> [...] quando se argumenta com razões de exemplaridade, de eficácia da prisão preventiva na luta contra a delinquência e para restabelecer o sentimento de confiança dos cidadãos no ordenamento jurídico, aplacar o clamor público criado pelo delito, etc. que evidentemente nada tem a ver com os fins puramente cautelares e processuais que oficialmente se atribuem à instituição, na realidade, se introduzem elementos estranhos à natureza cautelar e processual que oficialmente se atribuem à instituição, questionáveis tanto desde o ponto de vista jurídico-constitucional como da perspectiva político-criminal. Isso revela que a prisão preventiva cumpre funções reais (preventivas gerais e especiais) de pena antecipada incompatíveis com sua natureza.

Grave problema encerra ainda a prisão para garantia da ordem pública, pois se trata de um conceito vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico. Sua origem remonta à Alemanha da década de 1930, período em que o nazifascismo buscava exatamente isto: uma autorização geral e aberta para prender. Até hoje, ainda que de forma mais dissimulada, tem servido a diferentes senhores, adeptos dos discursos autoritários e utilitaristas, que tão "bem" sabem utilizar dessas cláusulas genéricas e indeterminadas do Direito para fazer valer seus atos prepotentes.

34. SANGUINÉ, Odone. "A Inconstitucionalidade do Clamor Público como Fundamento da Prisão Preventiva". *Revista de Estudos Criminais*, n. 10, p. 114.

O art. 312 do CPP contém uma "anemia semântica", explica Morais da Rosa[35], pois basta um pouco de conhecimento de estrutura linguística para construir artificialmente esses requisitos, cuja "falsificação" é inverificável. O grande problema é que, uma vez decretada a prisão, os argumentos "falsificados" pela construção linguística são inverificáveis e, portanto, irrefutáveis. Se alguém é preso porque o juiz aponta a existência de risco de fuga, uma vez efetivada a medida, desaparece o (pseudo)risco, sendo impossível refutar, pois o argumento construído (ou falsificado) desaparece.

Ademais, o preenchimento semântico (dos requisitos) é completamente retórico. O "clamor público", tão usado para fundamentar a prisão preventiva, acaba confundindo-se com a opinião pública, ou melhor, com a opinião "publicada". Há que se atentar para uma interessante manobra feita rotineiramente: explora-se, midiaticamente, determinado fato (uma das muitas "operações" com nomes sedutores, o que não deixa de ser uma interessante manobra de *marketing* policial), muitas vezes com proposital vazamento de informações, gravações telefônicas e outras provas colhidas, para colocar o fato na pauta pública de discussão (a conhecida teoria do agendamento).

Explorado midiaticamente, o pedido de prisão vem na continuação, sob o argumento da necessidade de tutela da ordem pública, pois existe um "clamor social" diante dos fatos. Ou seja, constrói-se midiaticamente o pressuposto da posterior prisão cautelar. Na verdade, a situação fática apontada nunca existiu; trata-se de argumento forjado. É substancialmente inconstitucional e inconvencional atribuir à prisão cautelar a função de controlar o alarma social e, por mais respeitáveis que sejam os sentimentos de vingança, nem a prisão preventiva pode servir como pena antecipada e fins de prevenção, nem o Estado, enquanto reserva ética, pode assumir esse papel vingativo.

Obviamente que a prisão preventiva para garantia da ordem pública não é cautelar, pois não tutela o processo, sendo, portanto, flagrantemente inconstitucional, até porque, nessa matéria, é imprescindível a estrita observância do princípio da legalidade e da taxatividade. Considerando a natureza dos direitos limitados (liberdade e presunção de inocência), é absolutamente inadmissível uma interpretação extensiva (*in malan partem*) que amplie o conceito de "cautelar" até o ponto de transformá-la em "medida de segurança pública". Sem falar no (ab)uso da prisão preventiva para forçar a delação premiada. A realidade no Brasil, em épocas de processo penal "lavado a jato" é: delata para não ser

35. SANGUINÉ, Odone. "A Inconstitucionalidade do Clamor Público como Fundamento da Prisão Preventiva". *Revista de Estudos Criminais*, n. 10, p. 139.

preso; é preso para delatar; ou é solto para delatar. Em qualquer caso, a ameaça de prisão preventiva é usada como moeda de negociação, subvertendo completamente seus fundamentos.

Mas não é apenas na prisão preventiva que existe um ilegítimo estrangulamento da esfera de liberdade do indivíduo no processo penal. Também a prisão em flagrante é sintoma disso.

Como já explicamos em outra oportunidade[36], a prisão em flagrante não é uma medida cautelar, ao contrário do que a quase totalidade da doutrina nacional e a totalidade da jurisprudência entendiam até a Reforma de 2011. Prisão em flagrante é "medida precautelar", preparatória, dada sua precariedade de requisitos, duração e finalidade. Banacloche Palao[37] explica que a prisão em flagrante *en ningún caso se dirige a asegurar ni la eventual ejecución de la pena, ni tampoco la presencia del imputado en la fase decisoria del proceso*. Na mesma linha, Ferraioli e Dalia[38]: *l'arresto in flagranza é uma Misure Pre-Cautelari Personali*. Ainda que utilize uma denominação diferente, a posição de Cordero[39] é igual a nossa. Para o autor, a prisão em flagrante é uma "subcautela", na medida em que serve de prelúdio (*preludio subcautelar*) para eventuais medidas coativas pessoais, garantindo sua execução.

Portanto, prisão em flagrante não é uma medida cautelar, mas preparatória de uma cautelar (que será a prisão temporária ou preventiva) e, portanto, jamais alguém poderia ficar preso além do prazo de 24h a título de "prisão em flagrante", como se fez no Brasil durante décadas. Era um absurdo a prática judicial de "homologar o flagrante e manter a prisão", sem enfrentamento estrito e fundamentado dos requisitos da prisão preventiva e sua formal decretação. O imputado ficava preso a título de "prisão em flagrante", como se essa prisão tivesse suficiência jurídica para isso. Com a Reforma de 2011 e a nova redação do art. 310, esse cenário felizmente mudou, mas ainda persistem dois grandes problemas:

a) A não efetivação da audiência de custódia, através de Lei (não de resolução) e em todas as cidades brasileiras;

b) A ilegal construção jurisprudencial de que poderia haver uma "conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva" de ofício pelo juiz.

36. Especialmente na obra "Prisões Cautelares", publicada pela Editora Saraiva.
37. PALAO, Julio Banacloche. *La libertad personal y sus limitaciones*, op. cit., p. 292.
38. FERRAIOLI, Marzia; e DALIA, Andrea Antonio. *Manuale di diritto processuale penale*, op. cit., p. 228 e s.
39. CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*, v. 1, p. 410.

Em relação ao primeiro ponto, sustentamos a absoluta imprescindibilidade de implantação da audiência de custódia, pois representa um grande passo no sentido da evolução civilizatória do processo penal brasileiro e já chega com muito atraso (e ainda sofre críticas injustas e infundadas). É um instrumento importante para aferir a legalidade das prisões e dar eficácia ao art. 319 do CPP e às medidas cautelares diversas. Mas é preciso que se respeite a "reserva de lei", com a edição de uma lei ordinária (que altere o CPP) e discipline claramente sua implantação – de forma igual – em todas as comarcas (e não apenas nas capitais ou principais cidades). Atualmente estamos vendo os Estados legislarem (violando a reserva da União para legislar em matéria processual penal) *à la carte*, ou seja, sem uniformidade. Trata-se de respeitar a reserva de lei e o princípio da igualdade.

Quanto ao segundo ponto, a chamada "conversão de ofício" da prisão em flagrante em preventiva, é uma equivocada construção jurisprudencial, de viés consequencialista-punitivista, que despreza a estrutura constitucional acusatória e a própria legalidade (art. 311 do CPP). O art. 310 do CPP não autoriza a que se sustente a possibilidade de o juiz, homologando uma prisão em flagrante, decrete, de ofício, ou seja, sem pedido do MP ou representação da autoridade policial. A *tal conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva equivale, fática e juridicamente, ao "decretar de ofício" a prisão preventiva.* Ou seja, o resultado final da conversão é faticamente o mesmo que decretar a prisão preventiva de ofício. E, nesse caso, além de clara violação das regras básicas do sistema acusatório-constitucional, viola-se frontalmente a regra insculpida no art. 311, que somente autoriza a prisão preventiva decretada de ofício na fase processual, nunca na fase pré-processual.

Noutra dimensão, a liberdade durante o processo sofreu um duro golpe com a equivocadíssima decisão proferida pelo STF no HC 126.292 e a chancela da chamada "execução antecipada da pena". Em apertada síntese, não se pode concordar com a decisão do STF porque:

1. O Brasil recepcionou a presunção de inocência – estágio pós-presunção de não culpabilidade – de forma expressa no art. 8.2 da CADH e também no art. 5º, LVII, da CF, concebida como um dever de tratamento e também regra de julgamento. A decisão do STF faz exatamente o oposto: trata como culpado, pois equipara a situação fática e jurídica de um "processado" com a de um condenado definitivamente.

2. Como explica Geraldo Prado[40], a presunção de inocência é cláusula pétrea e princípio reitor do processo penal brasileiro, estabelecendo uma relação

40. PRADO, Geraldo. "O trânsito em julgado da decisão penal condenatória". In: *Boletim do IBCCrim*, n. 277, dezembro de 2015.

com o conceito jurídico de culpabilidade adotado no Brasil. Não adotamos o modelo norte-americano de processo penal, assentado no paradigma de controle social do delito sobre o qual se estrutura um conceito operacional de culpabilidade fática; todo o oposto, nosso sistema estrutura-se sobre o conceito jurídico de culpabilidade, que repousa na presunção de inocência. Em apertada síntese, o conceito normativo de culpabilidade exige que somente se possa falar em (e tratar como) culpado, após o transcurso inteiro do processo penal e sua finalização com a imutabilidade da condenação. E, mais, somente se pode afirmar que está "comprovada legalmente a culpa" como exige o artigo 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, com o trânsito em julgado da decisão condenatória.

3. E o caráter "extraordinário" dos recursos especial e extraordinário? Em nada afeta, porque o caráter "extraordinário" desses recursos não altera ou influi no conceito de trânsito em julgado expressamente estabelecido como marco final do processo (culpabilidade normativa) e inicial para o "tratamento de culpado". É preciso compreender que os conceitos no processo penal têm fonte e história e não cabe que sejam manejados irrefletidamente (Geraldo Prado) ou distorcidos de forma autoritária e a "golpes de decisão". Não pode o STF imaginar que pode reinventar conceitos processuais assentados em – literalmente – séculos de estudo e discussão, bem como em milhares e milhares de páginas de doutrina. O STF é o guardião da Constituição, não seu dono e tampouco o criador do Direito Processual Penal ou de suas categorias jurídicas. O STF não pode "criar" um novo conceito de trânsito em julgado, numa postura solipsista e aspirando ser o marco zero de interpretação.

4. E a ausência de "efeito suspensivo" nesses recursos? Mais uma herança (perversa) da Teoria Geral do Processo que volta para assombrar. Além de o artigo 27, § 2º da Lei 8.038 não ser aplicável ao processo penal, por desconsiderar suas categorias jurídicas próprias, há que se compreender que o problema (de prender-se antes do trânsito em julgado e sem caráter cautelar) não se reduz ao mero "efeito recursal". É da liberdade de alguém que estamos tratando e, portanto, da esfera de compressão dos direitos e liberdades individuais, tutelados – entre outros princípios – pela presunção de inocência.

5. E a invocação do "direito comparado" para justificar? Uma falácia comparativista. Para invocar o direito comparado é preciso saber os limites da "comparação", não apenas pela impossibilidade de trazer-se categorias do *common law* para um sistema *civil law*, mas também por insuperáveis obstáculos constitucionais. Efetivamente não interessa, nesse terreno, o que digam as "outras" Constituições, mas sim o que diz a Constituição brasileira, que tem um marco expressamente consagrado: "trânsito em julgado". Ademais, os países

invocados nos votos dos Ministros, já possuem órgão colegiado em primeiro grau e não admitem que se chegue, pela via recursal, além do segundo grau de jurisdição. O que se tem depois, são ações de impugnação, com caráter rescisório, desconstitutivas da coisa julgada que já se operou. São estruturas completamente diferentes e uma inadequação metodológica sua invocação.

6. O argumento do "baixo número" de Recursos Especiais e Extraordinários defensivos admitidos? É partir de uma premissa absolutamente equivocada, pois a legitimação dos recursos extraordinários não é "quantitativa", não depende do número de recursos providos. Como a presunção de inocência não depende do número de sentenças absolutórias. É um argumento falacioso como foi, no passado, a crítica de Manzini[41] à presunção de inocência, onde o processualista fascista disse que era irracional e paradoxal a defesa do princípio na medida em que o "normal das coisas" era presumir-se o fundamento da imputação como verdadeiro. E vai além, ao afirmar que se a maior parte dos imputados resultava culpado ao final do processo, não havia nada que justificasse a presunção de inocência. É mais ou menos o mesmo que dizer: já que a maior parte dos recursos especial e extraordinário interpostos pela defesa não são acolhidos, vamos presumir que são infundados e desnecessários, podendo prender primeiro e decidir depois. Sem falar que as pesquisas quantitativas publicadas mostram que o número é significativo, principalmente se considerarmos as imensas limitações de acesso aos tribunais superiores impostas por uma imensa quantidade de súmulas proibitivas, mais a necessidade de pré-questionamento e, finalmente, a necessidade de demonstração de repercussão geral. Enfim, é um argumento insustentável.

7. O problema é que não se pode esperar até o trânsito em julgado, isso gera sensação de impunidade e até a prescrição. Esse é mais um argumento populista do que propriamente jurídico. De qualquer forma, há que se encontrar o difícil equilíbrio entre a (de)mora jurisdicional e o atropelo de direitos e garantias fundamentais. Devemos buscar a diminuição dos "tempos mortos" (como denomina Mario Chiavario) e melhorar a dinâmica procedimental. Essa é uma discussão válida e complexa, que está sendo reduzida e pseudossolucionada com a possibilidade de execução antecipada da pena. É um efeito sedante apenas, pois nada foi feito para efetivamente agilizar o julgamento dos recursos especial e extraordinário. Eles continuarão demorando para serem julgados, com a agravante de que agora os acusados ficarão presos. Não se resolveu o problema

41. Entre outros na obra: MANZINI, Vicenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, tomo I, EJEA, 1951. p. 252.

(demora) e apenas se sacrificou direitos fundamentais para corresponder (erroneamente) a expectativas sociais criadas em torno do julgamento penal.

Enfim, por qualquer ângulo que se mire, a decisão proferida pelo STF é um grande erro. Convém destacara a inexistência de um "estudo de impacto carcerário" que essa decisão poderá causar, especialmente diante de um sistema carcerário caótico, superlotado e descontrolado, que foi considerado – pelo próprio STF – como inconstitucional (ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 09.09.2015 (Info 798). Como o STF reconhece: a) violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais; b) inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura; c) a existência de uma situação que exige a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades para resolver o problema; e profere uma decisão dessa natureza? Esquizofrenia jurisdicional ou bipolaridade extrema? Reconhece tudo isso e profere uma decisão completamente descomprometida com a situação apontada, agravando-a substancialmente?

Sem dúvida essa decisão constitui um marco, que agudizou a crise de (in)eficácia do regime de liberdade no processo penal e precisa ser urgentemente revisada.

5. Conclusões

Não se pode mais operar, exclusivamente, na matriz do princípio da necessidade. A ampliação dos espaços de consenso exige aperfeiçoamento normativo e também das práticas judiciais. Se, por um lado, nenhum sistema judicial será suficiente para dar conta do volume absurdo de julgamentos quando se pretende ter 80 a 90% dos casos penais processados, como ambiciona o modelo brasileiro (dada a limitação da transação penal e da suspensão condicional do processo), tampouco nos parece adequado que o espaço negocial chegue a 90% das situações processadas (como no modelo *americano de plea bargain*). A experiência da "delação à brasileira" tem-se mostrado um desastre aos olhos da Constituição, da Convenção Americana de Direitos Humanos e do próprio direito penal/processual penal. Acordos sem controle, regimes de pena inexistentes, reduções para além dos casos previstos em lei, uso da prisão preventiva como instrumento de coação/pressão, enfim, toda uma gama de patologias que evidenciam a disfuncionalidade do instrumento. É preciso musculatura normativa e revisão das práticas judiciárias para que o instituto não perca credibilidade e tampouco se transforme em distribuição diferenciada de impunidade por parte do Ministério Público, com indevidos espaços de discricionariedade. É o momento de se situar e definir que processo penal queremos. Sem esquecer que corremos um grande risco: de a Reforma do CPP já chegar velha e defasada, a continuar nos termos em que está o PL 8.045/2010.

O ponto mais grave da crise processual penal brasileira é a crise identitária da jurisdição penal. O juiz criminal brasileiro não tem uma visão clara de qual é o seu "lugar" no processo e tampouco a que expectativas deve corresponder. Assumem, não raras vezes e com "boas intenções", o papel de justiceiros, comprometidos com a eficácia punitivista do processo e com o atendimento das expectativas sociais (de segurança pública) criadas. A equivalência axiológica da jurisdição (no sentido de que condenar ou absolver são valores equivalentes em termos de eficácia da jurisdição) e a importância do estrito respeito às regras do jogo, são vistas como obstáculos à efetivação do poder punitivo, subvertendo os postulados primevos de legitimação da jurisdição penal. Por conta disso, não se rompe com a cultura inquisitória e não se consegue efetivar o projeto democrático-acusatório. A imparcialidade judicial, que precisa ser assumida como princípio supremo do processo, é incompatível com as práticas judiciárias brasileiras, na medida em que o juiz brasileiro já entra no processo contaminado (pois a prevenção fixa a competência) e, uma vez no processo, posta-se como responsável pela "busca da verdade". Não só precisamos abandonar esse critério, como é preciso consagrar a figura do juiz das garantias, excluir o inquérito de dentro do processo, e fazer com que os juízes tomem o "seu assento", não como responsáveis pela limpeza social ou o (r)estabelecimento da "segurança pública" (anseio infantil e mitológico por segurança), mas sim como um terceiro em posição de estranhamento, alheamento em relação à arena das partes (onde defesa e acusação lutam pela captura psíquica do julgador, que precisa estar disponível à conquista e não contaminado e fechado diante dos pré-julgamentos elaborados na solidão da inquisição (como define Cordero), responsável pela máxima eficácia das regras do jogo e guardião da eficácia da Constituição.

Por fim, é preciso romper com o preconceito em relação à liberdade (especialmente, mas não apenas) no processo, restabelecendo a prisão preventiva como excepcional, provisória e provisional, além de clara e taxativamente prevista em lei (abandonando a anemia semântica da "garantia da ordem pública"). A execução antecipada da pena foi um dos maiores erros que o STF cometeu nessas últimas décadas, por qualquer ângulo que se mire, inclusive aos olhos do próprio STF, que no passado declarou o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário e agora profere uma decisão dessa natureza. A esquizofrenia jurisdicional é (mais uma) consequência da crise denunciada.

6. Referências bibliográficas

ALONSO, Pedro Aragoneses. *Proceso y Derecho Procesal*. 2. ed. Madrid: Edersa, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. "Colaboração premiada e auxilio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato". In: *Revista de Legislação e Jurisprudência*. Ano 146, n. 4000, setembro/outubro de 2016.

CARNELUTTI, Francesco. "Poner en su puesto al Ministerio Publico". In: *Cuestiones sobre el proceso penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 1960.

CARNELUTTI, Francesco. *Derecho Procesal Civil y Penal*. Trad. Enrique Figueroa Alfonzo. México: Episa, 1997.

CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el Proceso Penal*. Trad. Santiago Santis Melendo. Buenos Aires: Editora Bosch, 1950. v. II. p. 75.

CARVALHO, Amilton Bueno de. "Lei, para que(m)?". In: *Escritos de Direito e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Direito Alternativo em movimento*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Bogotá: Themis, 2000. v. 1.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: Um Problema às Reformas Processuais". In: WUNDERLICH, Alexandre (Coord.). *Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "Glosas ao Verdade, Dúvida e Certeza de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito". In: *Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro". In: *Separata do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais*, ITEC, Porto Alegre, 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "O papel do novo juiz no processo penal". In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DIAS, Jorge Figueiredo; COSTA ANDRADE, Manuel. *Criminologia*: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra, 1992.

DIAS, Jorge Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal*. Edição Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados. Porto, 2011

FERRAIOLI, Marzia; DALIA, Andrea Antonio. *Manuale di diritto processuale penale*. Padova: Cedam, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. 2. ed. Madrid, Trotta, 1997.

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1935.

GOLDSCHMIDT, Werner. "La Imparcialidad como Principio Básico del Proceso". In: *Revista de Derecho Procesal*, n. 2, 1950.

GOLDSCHMIDT, Werner. *Introducción Filosófica al Derecho*. 6. ed. Buenos Aires: Depalma, 1987.

GOMES, Luiz Flávio. *Há diferença entre colaboração e delação premiada?* Disponível em: [www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ha-diferenca-entre-colaboracao--e-delacao-premiada/14756].

GUARNERI, José. *Las partes en el proceso penal*. México: Editorial José M. Cajica, 1952.

KHALED JR., Salah. *A Busca da Verdade no Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2013.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

MANZINI, Vicenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. EJEA, 1951. t. I.

MARTINS, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados*. São Paulo: Atlas, 2013.

MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*. São Paulo: Atlas, 2013.

OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa: Piaget, 1999.

PALAO, Julio Banacloche. *La libertad personal y sus limitaciones*. Madrid: Mc Graw Hill, 1996.

PRADO, Geraldo. "O trânsito em julgado da decisão penal condenatória". In: *Boletim do IBCCrim*, n. 277, dezembro de 2015.

PRADO, Geraldo. *Transação Penal*. Elementos para uma análise crítica da transação penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SANGUINÉ, Odone. "A Inconstitucionalidade do Clamor Público como Fundamento da Prisão Preventiva". In: *Revista de Estudos Criminais*, n. 10.

SANTOS, Andrés de la Oliva. *Jueces Imparciales, Fiscales Investigadores y Nueva Reforma para la Vieja Crisis de la Justicia Penal*. Barcelona: PPU, 1988.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de Direito Penal e Processual Penal e filosofia do direito*. Org. Luís Greco. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2013.

VASCONCELLOS, Vinicius G. *Barganha e Justiça Criminal Negocial*. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Delação premiada, de Jaques de Camargo Penteado – *RT* 848/711-736 (DTR\2011\2668); 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)

Veja também Jurisprudência

- Conteúdo Exclusivo WEB: JRP\2010\13912, JRP\2017\48684, JRP\2017\240527.

Colaboração premiada: análise de sua utilização na Operação Lava Jato à luz da verossimilhança e da presunção de inocência

Plea bargain: analysis of its utilization in "Lava Jato" Operation in the light of verisimilitude and presumption of innocence

Erica do Amaral Matos

Mestranda em Direito Penal e Criminologia e Bacharela em Direito pela Universidade de São Paulo. Advogada Criminalista.
ericaamaralmatos@gmail.com

Recebido em: 13.11.2017
Aprovado em: 12.01.2018
Última versão da autora: 06.02.2018

Áreas do direito: Penal; Constitucional; Processual

Resumo: O presente artigo aborda a temática da colaboração premiada, especificamente no âmbito de sua aplicação na Operação Lava Jato. Para tanto, é feita uma breve explicação acerca do instituto, abordando suas origens nos sistemas jurídicos mais importantes do mundo (*civil law* e *common law*), bem como seu histórico na legislação brasileira (das Ordenações Filipinas até a Lei 12.850/13). São apontadas, ainda, questões críticas, levantadas pela doutrina nacional e internacional, no que tange aos aspectos ético, moral e legal. Após, atento especialmente aos requisitos da voluntariedade e da verossimilhança, analisa-se sua utilização no âmbito da aludida Operação, bem como da vasta divulgação midiática das investigações. É possível concluir pelo desrespeito constante dos requisitos legais, que são apontados, inclusive através da demonstração de exemplos práticos. Ao fim, reflete-se sobre seus efeitos, notadamente no que diz respeito à presunção de inocência que, ao que parece, configura o princípio penal mais abalado nesta sistemática.

Abstract: This article discusses the Brazilian plea bargain, specifically within its application in Operation Lava Jato. Therefore, a brief explanation is made about the institute, addressing its origins in the most important legal systems in the world (civil law and common law), as well as its history in Brazilian law (from Philippines Ordinations to Law 12.850/13). Critical questions of national and international doctrine on this practice, on ethical, moral and legal issues, are also pointed out. Afterwards, with special attention to the requirements of voluntariness and verisimilitude, its use in Lava Jato is analyzed, as well as the wide media coverage of the operation. It is possible to conclude by the constant disrespect of the legal requirements in that Operation, which are pointed out, including through the demonstration of real examples. In the end, it discusses its effects, notably with respect to the presumption of innocence, that, apparently, constitutes the most shaken criminal principle in this system.

Matos, Erica do Amaral. Colaboração premiada: análise de sua utilização na Operação Lava Jato à luz da verossimilhança e da presunção de inocência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 143. ano 26. p. 155-176. São Paulo: Ed. RT, maio 2018.

Palavras-chave: Colaboração premiada – Operação Lava Jato – Lei 12.850/13 – Verossimilhança – Presunção de inocência.

Keywords: Plea bargain – Lava Jato Operation – Law 12.850/13 – Verisimilitude – Presumption of innocence.

Sumário: 1. Introdução. 2. Breve iniciação: *plea bargain* x colaboração premiada. 3. A colaboração premiada na legislação brasileira. 4. Apontamentos críticos. 5. A utilização da colaboração premiada na Operação Lava Jato. 5.1. O requisito da voluntariedade. 5.2. O requisito da verossimilhança. 5.3. O processo midiático e a presunção de inocência. 6. Conclusão. 7. Bibliografia.

1. Introdução

As nações somente serão felizes quando a moral sã estiver intimamente ligada à política. Contudo, leis que dão prêmio à traição, que ateiam entre os cidadãos uma guerra clandestina, que fazem nascer suspeitas recíprocas, sempre se oporão a essa união tão necessária da política e da moral.
Cesare Beccaria[1]

O presente artigo se destina à análise da utilização da colaboração premiada no âmbito da alcunhada "Operação Lava Jato". Para tanto, far-se-á uma breve introdução ao referido instituto, recorrendo-se à doutrina pátria e estrangeira, tratando de seus aspectos mais controversos.

Questões como o não cumprimento dos próprios requisitos legais impostos pela Lei de Organização Criminosa (Lei 12.850/2013) e sua aplicação ao arrepio da legislação e as deletérias consequências do seu uso desmedido, especialmente no que tange à presunção de inocência dos envolvidos nas delações e à criação de um processo midiático paralelo, serão abordadas.

Buscar-se-á, através deste trabalho, demonstrar, ainda que sucintamente, como um instrumento que deveria funcionar de forma excepcional e restrita tem se tornado, ao revés, instrumento para expandir o poder punitivo do Estado, distanciando-se do Estado Democrático de Direito. Seja através da violação ética do incentivo a traições, seja através de desrespeito a garantias constitucionais dos cidadãos envolvidos (ou não) naquela Operação, aproximando-se, do contrário, de um Direito Inquisitorial.

1. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas* (*Dei delitti e delle pene, 1764)*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2010. p. 68.

Desde já, registra-se que não se pretende criticar a investigação em si. Seus méritos e sua importância são reconhecidos, inclusive, no julgamento de crimes e de sujeitos que, como se sabe, sempre estiveram à margem da justiça criminal. Pretende-se, outrossim, analisar de forma crítica e distanciada de paixões seus efeitos e consequências. Ou, em outras palavras: em havendo méritos, qual o preço pago por eles?[2]

2. Breve iniciação: *plea bargain* x colaboração premiada

Plea bargain, no Direito norte-americano, é o instituto que mais se assemelha à hoje conhecida delação premiada brasileira, sendo certamente uma inspiração para esta. Com origem nos países da *common law*, a "barganha" trata de um acordo entre o Órgão acusatório e o réu que, ao se declarar culpado das acusações, é beneficiado quando da cominação. Durante essa fase pré-processual, o acusado, além de se declarar culpado (*guilty plea*), pode se declarar não culpado (*not guilty plea*) ou contestar a acusação (*no contest plea*).

Diferentemente do sistema da *civil law,* adotado no Brasil, naquele modelo anglo-saxão, as partes têm o protagonismo, restando ao juiz o papel de fiscalização das suas ações. Por essa razão, pode o Ministério Público dispor do oferecimento de uma denúncia, por exemplo.

No sistema jurídico da *common law,* a declaração de culpa descarta a necessidade de um processo para o sentenciamento. Nos países de tradição romano-germânica, por sua vez, a confissão é apenas mais um elemento de prova, não excluindo a necessidade persecutória. Ainda, lá, quase todos os crimes são suscetíveis à *plea bargain*.

Na *civil law*, segundo Alamiro Velludo Neto, tem-se a dinâmica da proporcionalidade entre a gravidade do fato e a consequência sancionatória, enquanto

2. Em referência a Renato de Mello Jorge Silveira que assim constatou: "Sob muitas premissas, impõe-se recordar que muitos paradigmas têm sido alterados sob os presentes auspícios desse novo momento penal. A olhos leigos, com a Operação Lava Jato alcançou-se uma aparente – e simbólica – superação do mito da impunidade, tão arraigado no pensamento brasileiro. O preço pago para se alcançar esse novo cenário, entretanto, desde um primado garantista, parece ter sido alto demais." In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. O efeito da Lava Jato nas instituições judiciais brasileiros. *Portal Jota.* 2016. Disponível em: [https://jota.info/colunas/coluna-da-sao-francisco/coluna-da-sao-francisco-o-efeito-lava-jato-nas-instituicoes-judiciais-brasileiras-19072016]. Acesso em: 01.11.2017.

nos países da *common law*, tem-se uma visão mais utilitarista de efetividade.[3] Assim, a justificativa da existência de tal instituto da barganha é primordialmente por razões práticas: tempo e recursos financeiros – de ambas as partes. Estima-se que cerca de 90% dos casos da justiça norte-americana são resolvidos através deste *agreement*.[4]

Cumpre pontuar que o instituto norte-americano não é isento de críticas. A maioria recai sobre o fato de que, muitas vezes, o acusado acaba assumindo uma culpa que não possui, para não se submeter a um processo e correr o risco de uma sanção maior que a oferecida. Além disso, a Suprema Corte do país admite a persuasão do réu a colaborar, de formas diversas.[5]

Brevemente colocadas essas diferenças entre os institutos e, sobretudo, entre os sistemas jurídicos, que aqui não se esgotam, tem-se que a importação desse mecanismo para nosso sistema jurídico não deve ser feita de forma automática, por se tratar de modelos de Estado diferentes. Tem-se, ainda, que a análise do instituto brasileiro deve ser feita a partir do sistema jurídico a qual estamos inseridos e da nossa própria realidade.

3. A colaboração premiada na legislação brasileira

O conceito de colaboração premiada difundiu-se profundamente no Brasil nos últimos tempos, graças à denominada "Operação Lava Jato"[6], que investiga

3. VELLUDO, Alamiro. Como a Lava Jato expõe o conflito entre os dois principais sistemas jurídicos do mundo. *Nexo*. Disponível em: [www.nexojornal.com.br/expresso/2017/06/17/Como-a-Lava-Jato-expõe-o-conflito-entre-os-dois-principais-sistemas-jurídicos-do-mundo]. Acesso em: 08.11.2017.
4. BUREAU OF JUSTICE ASSISTANCE. U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. *Plea and Charge Bargaining. Research Sumary.* Disponível em: [www.bja.gov/Publications/PleaBargainingResearchSummary.pdf]. Acesso em: 08.11.2017.
5. SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; MELLO, Gabriela Starling Jorge Vieira. A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 189-224, jan.-abr. 2017.
6. Segundo o Ministério Público Federal, "O nome do caso, "Lava Jato", decorre do uso de uma rede de postos de combustíveis e lava a jato de automóveis para movimentar recursos ilícitos pertencentes a uma das organizações criminosas inicialmente investigadas. Embora a investigação tenha avançado para outras organizações criminosas, o nome inicial se consagrou. A operação Lava Jato é a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já teve". Fonte: [www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/entenda-o-caso]. Acesso em: 28.10.2017.

esquemas de corrupção e lavagem de dinheiro, no âmbito da empresa estatal Petrobras, desde 2014, e possui ampla divulgação nos meios de comunicação e apoio popular[7].

A aludida operação faz uso frequente de acordos de delação, sob a justificativa de que esquemas de corrupção envolvendo grandes atores políticos ou econômicos só são possíveis de serem desvendados a partir de um olhar interno de determinada organização. Segundo o Ministério Público Federal do Paraná, até outubro de 2017, foram firmados 158 acordos de colaboração premiada com pessoas físicas.[8]

Sobre este aspecto, Ramón Ragues I Vallés, ao explicar a figura dos denominados *whistleblowers* – ou informantes internos/delatores[9]:

> Según algunos autores, la creciente complejidad de las organizaciones empresariales y administrativas hace que cada vez resulte más difícil la prevención de las conductas ilícitas que se cometen en su seno. Ante estas dificultades, un buen medio de prevención puede consistir em que el Estado preste atención a posibles informaciones de sujetos dispuestos a desvelar los delitos cometidos dentro de su organización.[10]

7. Em dezembro de 2016, uma pesquisa do IPSOS demonstrou que, para mais de 90% da população brasileira, as investigações da "Operação Lava-Jato" deveriam continuar. Mais recentemente, em setembro de 2017, o Datafolha constatou que, para 44% dos brasileiros, a corrupção irá diminuir após a citada Operação. Fonte: [www1.folha.uol.com.br/poder/2016/12/1837831-para-96-lava-jato-deve-continuar-custe-o-que-custar-mostra-pesquisa.shtml]; [www1.folha.uol.com.br/poder/2017/10/1923431-saude-continua-o-principal-problema-ciado-por-entrevistados-diz-datafolha.shtml]. Acesso em: 10.10.2017.
8. Fonte: [www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado]. Acesso em: 24.10.2017.
9. O autor utiliza o termo *whistleblowers* como sinônimo de "delator", apesar de reconhecer a diferença terminológica: "Literalmente traducida, la expresión whistleblower significa "el que hace sonar el silbato" y se refiere a los policías que antiguamente realizaban dicha acción para avisar a otros agentes cuando advertían la presencia de un delincuente. En español whistleblower podría traducirse como "chivato" o "soplón", aunque estos términos tienen un matiz peyorativo mucho más marcado del que parece tener hoy en día su equivalente en lengua inglesa. Para evitar este matiz y ajustarse mejor al significado de este vocablo inglés, en las siguientes páginas el término en cuestión se traducirá como "informante interno" o bien como "delator", que según el Diccionario significa simplemente "denunciador" o "acusador". In: RAGUES I VALLES, Ramón. ¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político-criminal. *Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona, n. 364, jul. 2006.
10. Idem.

Como o próprio nome sugere, o instituto da delação premiada se refere ao ato de denunciar ilícitos cometidos por terceiros, em troca de benefícios processuais. Dessa forma, o instituto se diferencia da confissão penal, uma vez que nesta o indivíduo delata algo em prejuízo próprio, não de outrem.[11] Justamente por essa característica, o instituto constantemente é alvo de muitas críticas, uma vez que configuraria a institucionalização do "dedodurismo", atitude repudiada culturalmente sendo chancelada pelo próprio Estado e, ainda, gratificada e incentivada.

Guilherme de Souza Nucci assim define o instituto em comento:

> O instituto, tal como disposto em lei, não se destina a qualquer espécie de cooperação de investigado ou acusado, mas àquela na qual se descobrem dados desconhecidos quanto à autoria ou materialidade da infração penal. Por isso, trata-se de autêntica delação, no perfeito sentido de acusar ou denunciar alguém – vulgarmente, o dedurismo.[12]

Apesar de ter caído no conhecimento público em datas recentes, o instituto da colaboração premiada não é novidade instituída pela tal Operação. Numa breve retomada histórica na legislação brasileira, é possível observar a existência de prêmios, como o perdão, àqueles delatores de outros crimes já nas Ordenações Filipinas[13].

Não é de hoje que a delação premiada marca a própria história do país. O movimento da Inconfidência Mineira, com participação de Tiradentes (José da Silva Xavier), foi delatado por um de seus integrantes, Joaquim Silvério dos Reis, em troca de vantagens pessoais (perdão de suas dívidas perante a Coroa Portuguesa), como era previsto naquela legislação. Como resultado, Tiradentes, considerado o responsável pelo movimento, foi condenado. Ocorre, no entanto, que estimulado por tais prêmios, Joaquim Silvério fez uso de tal acordo novamente, delatando uma história inverídica sobre um inimigo.[14]

---

11. CARVALHO, Salo de; LIMA, Camile Eltz de. *Delação premiada e confissão*: filtros constitucionais e adequação sistemática. 2015. Disponível em: [www.esmal.tjal.jus.br/arquivosCursos/2015_05_11_14_08_46_Artigo.Dela+%BA+%FAo.Confiss+%FAo.Constitui+%BA+%FAo.Salo.Carvalho.Camile.Lima.pdf]. Acesso em: 24.10.2017.
12. NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização Criminosa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 40.
13. O item 12, Título VI, trata do perdão àquele participante não principal do crime específico de lesa majestade. Já o Título CXVI trata do perdão aos delatores de outros crimes. Disponível em: [www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733]. Acesso em: 10.10.2017.
14. FERREIRA, Regina Cirino Alves. Caso Tiradentes e repressão penal: passado e presente. *Revista Liberdades – IBCCRIM*, n. 1, maio-ago. 2009.

Após a revogação das Ordenações Filipinas pelo Código Criminal do Império, a delação premiada como forma de possível recompensa em razão da denúncia de outrem só é retomada com a edição da Lei dos Crimes Hediondos, em 1990 (8.072/90)[15].

Atualmente, para além da conhecida Lei da Organização Criminosa (12.850/13), outras normas legais preveem a possibilidade de delação premiada, como o próprio Código Penal, em relação ao crime de extorsão mediante sequestro cometido em concurso de pessoas (art. 159, § 4º), a Lei de Lavagem de Dinheiro (art. 1º, § 5º, Lei 9.613/98), entre outras.

A Lei 12.850/03, que dispõe sobre o crime de organização criminosa, por sua vez, é o dispositivo mais detalhado que contém as normas gerais sobre o instituto da colaboração premiada e o utilizado nos acordos celebrados na "Lava Jato" com o Ministério Público Federal.

Desta Lei, pode-se depreender que a delação se trata da possibilidade de perdão judicial, redução da pena privativa de liberdade ou, ainda, substituição desta por pena restritiva de direito àqueles que colaborarem de forma efetiva e voluntária com a investigação, desde que se consigam os resultados previstos na lei (incisos I a V do artigo 4º), quais sejam: (i) a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; (ii) a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; (iii) a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; (iv) a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; e (v) a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

À luz da citada Lei, para que o acordo de colaboração seja válido, é necessário estar presente uma série de requisitos, destacando-se a voluntariedade, a comprovação documental/fática, o compromisso legal de dizer a verdade (com a consequência de renúncia ao direito fundamental do *nemo tenetur se detegere*),[16] devendo, ainda, serem analisadas a personalidade do colaborador, a

15. Art. 8º, parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

16. Sobre o tema: "Pela perspectiva do beneficiário, o acordo envolve a renúncia do direito ao silêncio, seguida da assunção da obrigação de prestar efetiva colaboração. O agente abre mão do manto silencioso que acoberta o espaço de sua intimidade, comprometendo-se com um regime de colaboração ativa que tem por alvo a prova do fato

natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração. A Lei, ainda, prevê como requisito para legalidade da colaboração seu completo sigilo, até que recebida a denúncia.

4. Apontamentos críticos

O instituto da delação premiada tal como existente hoje é alvo de fortes críticas que envolvem o âmbito ético e moral, além do âmbito legal.

Em linhas gerais, com relação àquele, conforme mencionado brevemente acima, sua existência vai de encontro com princípios éticos que regem a sociedade, estimulando a desconfiança entre seus pares, através de um comportamento desleal e traiçoeiro. É nesse sentido a crítica de Eugenio Raul Zaffaroni:

> A impunidade de agentes encobertos e dos chamados "arrependidos" constitui uma séria lesão à eticidade do Estado, ou seja, ao princípio que forma parte essencial do Estado de Direito: [...] O Estado está se valendo da cooperação de um delinquente, comprada ao preço da sua impunidade para 'fazer justiça', o que o direito penal liberal repugna desde os tempos de Beccaria.[17]

Nessa mesma linha, o professor Roberto Soares Garcia partilha do entendimento de que, por seu caráter antiético, o instituto da colaboração premiada é incompatível com Estado de Direto:

> O Estado não pode, [...] em nenhuma hipótese, numa democracia que pretenda privilegiar um Direito Penal mínimo e garantista, incentivar, premiar condutas que firam a ética e/ou a moral, ainda que, no final, a sociedade possa se locupletar dessa violação. Noutras palavras: num Estado que se paute pelos ideais democráticos, em que prevaleça o respeito aos direitos humanos e que se leve pelos vetores do garantismo penal, os fins jamais justificam os meios, mas estes é que emprestam legitimidade àqueles.[18]

---

e de sua autoria. Da parte do órgão acusador, o ato de disposição recai sobre o poder de oferecer a ação penal (outorga de imunidade processual ou retardamento em seu oferecimento) ou ainda sobre compromissos de atuação persecutória (obrigação de perseguir determinados padrões de punibilidade)". In: ZILLI, Marcos. No acordo de colaboração entre gregos e troianos o cavalo é o prêmio. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 300, nov. 2017.

17. ZAFFARONI, Eugenio Raul. Crime organizado: uma categoria frustrada. *Discursos Sediciosos*: Crime Direito e Sociedade, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 45.

18. GARCIA Roberto Soares. Delação premiada: ética e moral, às favas. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 159, fev. 2006.

O estímulo aos delatores através de prêmios, ainda, pode incentivar falsas incriminações, como forma de vinganças pessoais.[19] Nesse sentido, Paolo Borsellino, importante magistrado italiano que protagonizou diversos processos contra a máfia italiana, assim também constatara:

> La verità è che nella maggior parte dei casi di "pentimento" inprocedimento di mafia o criminalità organizzata di tipo comune pochissimo ha giocato la speranza di un favorevole trattamento insede di irrogazione della pena e le motivazioni sono state, invecele più svariate, talvolta anche apparentemente poco commendevoli, come la vendeta.[20]

Obviamente, a lei brasileira exige que o conteúdo das delações goze de verossimilhança e seja acompanhado de elementos probatórios. O que ocorre, no entanto, é que a prática se distancia e muito daquilo previsto em lei, conforme se verá.

No âmbito legal, ainda, tem-se a possibilidade de violação a um caro princípio do direito penal: o da proporcionalidade. Através das colaborações premiadas, torna-se possível que coautores de um mesmo crime cumpram penas completamente diferentes pelos mesmos atos reprovados, existindo, ainda, a possibilidade de completo perdão judicial para algum deles.

Pode-se dizer, então, que a colaboração premiada, nos moldes brasileiros, configura verdadeira "negociação" da justiça, feita pelo próprio Estado. Em troca de uma informação, concede-se a atenuação de pena ou até a impunidade. Nessa linha, válidos os dizeres de J. J. Gomes Canotilho e Nuno Brandão, professores da Universidade de Coimbra:

> Dado que, numa lógica utilitarista, o Estado admite negociar aqui a própria Justiça, nomeadamente, a justiça penal que deveria reservar à conduta criminosa do colaborador, com o fim de perseguir criminalmente outras pessoas, afigura-se altamente problemática a compatibilização deste meio de obtenção de prova com o cânone do Estado de direito e dos princípios constitucionais – penais e processuais penais, mas não só – que dele se projectam ou gravitam na sua órbita.[21]

---

19. NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização Criminosa*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 40.
20. BORSELLINO, Paolo. Il pentitismo. In: *Giustizia e verità*: gli scritti inediti del giudice Paolo Brosellino. Quaderni del consiglio regionale delle marche: 2003. Disponível em: [www.consiglio.marche.it/informazione_e_comunicazione/pubblicazioni/quaderni/pdf/117.pdf]. Acesso em: 01.11.2017.
21. CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 133, ano 25, São Paulo: Ed. RT, jul. 2017. p. 146.

Conclui-se, então, que a delação premiada incentiva um comportamento antiético por parte de alguém que, por ele e tendo cometido um crime, receberá até o perdão estatal, em razão da ineficiência estatal de investigação e combate a determinados crimes.

5. A utilização da colaboração premiada na Operação Lava Jato

No âmbito da Operação Lava Jato, a utilização dos acordos de colaboração premiada encontra óbices que vão além daqueles ético-morais outrora mencionados. Não é difícil notar o descumprimento de diversos dos requisitos acima traçados na maioria destes acordos, bem como não é de hoje que se denunciam tais abusos. Renato De Mello Jorge Silveira, quando no início da Operação, alardeou:

> O que não parece minimante aceitável, é que o instituto da colaboração premiada ganhe a dimensão que está a tomar sem regras claras, sem que se diga os limites de pressão que venham a ser impostos aos acusados. Não se pode concordar que a aplicação do chamado dilema do prisioneiro sirva para tudo, sempre, mesmo em absoluta violação dos mais inalienáveis direitos do homem. A pressão assim posta não difere, muito, de um ato de pressão tantas vezes visto em prisões arbitrárias. Incomoda, ainda mais, que o instituto da colaboração venha a se mostrar como a institucionalização de um arbítrio, que antes caminhava apenas pelas sombras.[22]

A respeito do "dilema do prisioneiro", mencionado pelo autor supra, considera-se válida uma breve explicação dada por Alexandre Morais da Rosa, no âmbito da chamada "teoria dos jogos", uma vez exemplificar bem o funcionamento da delação premiada:

> O Dilema do Prisioneiro foi criado por Merrill Flood e Melvin Dresher, em 1950, com repercussões em diversos campos do conhecimento, também no direito processual. É apresentado por Robert Nozik da seguinte forma: "Um delegado oferece a dois prisioneiros que aguardam julgamento as seguintes opões. (A situação é simétrica para os prisioneiros; eles não podem se comunicar para coordenar as ações em resposta à proposta do delegado ou, se puderem, ele não tem nenhum meio para forçar qualquer acordo

22. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A revolta do advogado e a angústia do acadêmico: o emprego que se dá sobre a colaboração premiada. *Portal Jota*. Publicado em 12.03.2015. Disponível em: [https://jota.info/artigos/a-revolta-do-advogado-e-a-angustia-do-academico-12032015]. Acesso em: 24.10.2017.

> que possam desejar). Se um prisioneiro confessar e outro não, o primeiro é liberado e o segundo recebe uma pena de 12 anos de prisão; se ambos confessarem, cada um recebe uma pena de 10 anos de prisão; se nenhum confessar, cada um recebe uma sentença de 2 anos". [...] O Dilema do Prisioneiro demonstra que o resultado coletivo não decorre necessariamente de escolhas individuais egoístas, mas de contingências e interações inerentes ao jogo processual.[23]

Com o exemplo, não fica difícil visualizar a que são submetidos os investigados que posteriormente se sujeitam à delação e o efeito disso nos demais sujeitos envolvidos: dificuldade no exercício da ampla defesa, coação moral, falta de proporcionalidade das penas e desvirtuamento das funções da pena são apenas exemplos.

De fato, o que o decorrer da Operação Lava Jato tem demonstrado é o constante desrespeito a garantias constitucionais dos cidadãos, sob a justificativa inócua de combate ao crime de colarinho branco. Sobre tais aspectos questionáveis, acertada é a visão de Ana Elisa Bechara:

> Nos mesmos moldes do caso Mensalão, a Operação Lava Jato, que atualmente tramita perante a Justiça Federal, busca punir de forma exemplar os agentes supostamente responsáveis pelas práticas delitivas – alguns dos quais já haviam sido anteriormente condenados no primeiro caso mencionado, evidenciando o fracasso da finalidade preventiva da pena –, não só a fim de atingir a ideia de justiça, como também de transmitir à sociedade a necessidade da construção de uma cultura anticorrupção. Nesse sentido, porém, parece ter-se dado um passo além, recrudescendo-se agora sem rodeios a intervenção estatal punitiva, por meio de um processo que quer se mostrar, por si mesmo, um símbolo de combate à corrupção, ainda que o preço a pagar seja o sacrifício de direitos individuais, da separação de poderes e da própria democracia, vistos como meros obstáculos à eficácia penal. Da mesma forma, a mídia, que à época do Mensalão já tinha tido amplo acesso às informações processuais, agora passa a ser interlocutora direta dos operadores do Direito, que se dedicam a explicar, por meio de apresentações elaboradas, cada um dos passos da persecução penal, como estratégia de comunicação.[24]

23. DA ROSA, Alexandre Morais. *Guia compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2013.

24. BECHARA, Ana Elisa Liberatore. Corrupção, crise política e Direito Penal: as lições que o Brasil ainda precisa aprender. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 290, jan. 2017.

A utilização demasiada e desmedida de colaborações premiadas é apenas uma dessas facetas. Adiante, será demonstrado o desrespeito a determinados requisitos impostos pela Lei 12.850/03.

5.1. O requisito da voluntariedade

Dos mais importantes requisitos para validade do acordo de colaboração, encontra-se a voluntariedade, determinada pela disposição psíquica do colaborador. Por isso mesmo, trata-se certamente do requisito de maior dificuldade de aferição.

Juarez Cirino Dos Santos nos ajuda a compreender o significado de voluntariedade, à luz da teoria do crime. O modelo causal de ação (de Liszt, Beling e Radbruch) define esta como produção causal de um resultado no mundo exterior por um comportamento humano voluntário, isto é: ausência de coação – física ou moral.[25]

Utilizando tal critério na colaboração premiada, entende-se que, uma vez que a Lei 12.850/2013 impõe a necessidade de voluntariedade, esta só será válida se ausente qualquer tipo de coação.

No âmbito da Lava Jato, acordos de delação premiada são frequentemente fechados quando o réu se encontra preso, isto é, em situação de coação à liberdade de locomoção. Nesses casos, a ausência de voluntariedade pode nos parecer evidente. Mas é possível afirmar que em todos os casos envolvendo uma pessoa presa, a delação não poderá se concretizar? Ainda, ao alargar o espectro, nos deparamos com diversos outros casos em que o delator não se encontrava sob custódia. Neste caso, como se aferir a voluntariedade?

De fato, entende-se que a voluntariedade deve ser analisada caso a caso. Em cada acordo de colaboração firmado, cada requisito deve ser individualmente ponderado, devendo-se buscar pela verdadeira motivação em colaborar.

Mesmo diante de tal dificuldade, não nos parece exagerado dizer, dado o clima gerado pela Operação Lava Jato, disseminando uma cultura anticorrupção e punitivista, que prisões preventivas estão sendo decretadas com fins de coagir a pessoa presa a delatar. E mais (e ainda que assim não o fosse), a própria ameaça de prisão – direta ou indireta – exclui a voluntariedade da ação. Basta fazer um exercício de suposição ao imaginar quantos acordos seriam

25. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*: Parte Geral. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014. p. 83-84.

fechados se prisões não tivessem sendo decretadas ou altas condenações não estivessem sendo sentenciadas.

Tal cenário possui certa aproximação da tipificação do crime de tortura (art. 1º, I, "a", Lei 9.455/97), uma vez se tratar de constrangimento, mediante ameaça que causa sofrimento mental e/ou físico, com fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima e de terceira pessoa.[26]

Geraldo Prado adverte sobre tal fenômeno: o recrudescimento das penas torna a colaboração premiada atraente:

> A arquitetura da delação premiada, por sua vizinhança com a transação penal, guarda ainda outro elemento que em conexão com uma política criminal de penas cada vez maiores, tem potencial para prejudicar a apuração dos fatos, em processo público e em contraditório. O recrudescimento das penas, ditado pelo movimento de lei e ordem, facilita a "sedução" da delação, esgrimindo-se no campo do concreto com uma pena de efeito simbólico, que de fato nunca caberia ou seria aplicada, mas que, do ponto de vista da estratégia de convencimento, se converte em poderoso aliado.[27]

Assim, pode-se concluir que o delator, seduzido pelos benefícios oferecidos, escolha "voluntariamente" delatar, após a ponderação do custo-benefício[28], entre esperar e correr o risco de ser condenado e preso; não delatar e prolongar a prisão preventiva; e simplesmente delatar (fatos verídicos ou não) e ter os benefícios assegurados.

5.2. O requisito da verossimilhança

Entre as regras colocadas pela Lei 12.850/13 para a validação da utilização de delações como *meio de prova*, está a necessidade de corroboração dos fatos alegados com outros elementos de prova – que não podem ser simplesmente outra delação coincidente. Em seu art. 4º, § 16, está a máxima: "Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador".

---

26. MAFEI, Rafael. Delação premiada, tortura e legalidade. *Portal Jota*. Disponível em: [http://jota.uol.com.br/delacao-premiada-tortura-e-legalidade]. Acesso em: 06.11.2017.
27. PRADO, Geraldo. Da delação premiada: aspectos de direito processual. *Boletim IBCCRIM*, n. 159, fev. 2006.
28. 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*, v. 122, ago. 2016.

Cada declaração prestada em acordos de colaboração deve ser entendida como fraccionável, fazendo-se necessária, para cada uma, a corroboração com demais elementos. Tal exigência, no direito norte-americano, é denominada de *cross examination*. Gustavo Henrique Badaró explica se tratar de uma prova negativa, insuficiente para fins de condenação do alvo da delação, sob pena de violação da presunção de inocência.[29]

Ainda segundo o autor, a valoração da declaração deve atender a requisitos intrínsecos e extrínsecos. Não basta a mera coincidência com outra delação. É preciso analisar a condição do próprio delator, sua credibilidade e personalidade (art. 4º, § 1º, Lei 12.850/03), sobre quem se fala, quais razões o levaram a delatar, a coerência da narrativa e, ainda, a corroboração. Atentos a tais requisitos, poderiam ser evitadas, por exemplo, vinganças pessoais ou tentativas de aniquilamento político de pessoas, evitando injustiças e falsas imputações de crimes aos delatados.

Apesar de expressas em lei tais exigências, a Operação Lava Jato parece constantemente as desrespeitar. São comuns os casos de delações premiadas sem qualquer elemento probatório embasando denúncias e até condenações.

Emblemático é o caso da condenação de João Vaccari Neto, pela 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba/PR, a 15 anos e 3 meses de prisão por lavagem de dinheiro. Quando da apelação no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, foi absolvido por falta de "elementos materiais que pudessem corroborar aquelas declarações", "sob pena de violação de violação ao artigo 4º, § 16, da Lei 12.850/2013".[30]

Falsas imputações são ainda mais estimuladas pelos benefícios generosos dos acordos. Nesse sentido, Thiago Bottino:

29. "[...] trata-se de um regime de prova legal negativa, no qual se determina que somente a delação premiada é insuficiente para a condenação do delatado. O legislador não estabeleceu, abstratamente, o que é necessário para condenar, mas apenas, em reforço à presunção de inocência, o que é insuficiente para superar a dúvida razoável. Trata-se de uma regra de corroboração, exigindo que o conteúdo da colaboração processual seja confirmado por outros elementos de prova. Logo, a presença e o potencial corroborativo desse outro elemento probatório é *conditio sine qua non* para o emprego da delação premiada para fins condenatórios". BADARÓ, Gustavo Henrique. O Valor Probatório Da Delação Premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13. *Consulex*, n. 443, fev. 2015. p. 26-29.

30. TRF4, Apelação criminal 5012331-04.2015.4.04.7000/PR. Relator João Pedro Gebran Neto.

> Nesse cenário, o risco que se apresenta é o de que o criminoso colaborador busque incriminar outras pessoas (inocentes ou com participação de menor importância) a fim de maximizar seus benefícios. Essa hipótese ganha maior força nos casos em que o acusado se vê diante de penas potenciais altíssimas e os benefícios concedidos são muito atrativos (como aqueles que constam dos acordos de colaboração examinados). Afinal, o custo de acrescentar mais alguns anos em sua pena pode ser ínfimo, uma vez que isso aumentará pouco ou mesmo nada no tempo total que permanecerá preso, seja em razão do limite máximo previsto no CP/1940, seja porque mesmo se computando o acréscimo de pena para a contagem de benefícios na execução penal, os efeitos serão, em regra, muito pequenos.[31]

Em 2016, foi feito um levantamento sobre o efeito dos acordos de colaboração nas penas cominadas na 1ª instância da Operação.[32] Até aquele momento, as delações eram capazes de diminuir 28% do total das penas impostas aos sentenciados. Há casos de delatores condenados a penas superiores a 100 anos que tiveram a pena reduzida a menos de 4 anos.[33]

Parece-nos, então, que a falta de checagem dos termos da delação premiada, além de causar enormes injustiças, algumas, inclusive, irreparáveis, torna tal instituto extremamente vantajoso. Tornando-se, assim, verdadeiro negócio e, no cenário atual, arma política.

5.3. O processo midiático e a presunção de inocência

A espetacularização de procedimentos judiciais não é novidade no Brasil. Se há algum tempo, a mídia se ocupava apenas da cobertura de crimes de grande comoção pública, ou coberturas de crimes grosseiros como roubo e sequestro, o cenário está mais diversificado nos dias atuais.

Desde 2003, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal transmite ao vivo suas sessões de julgamento. Casos como o da Ação Penal 470 foram e são acompanhados de perto por toda a população. Se não ao vivo, os noticiários se certificam de repassar os melhores momentos.

---

31. 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*, v. 122, ago. 2016.
32. Disponível em: [http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,delacao-na-lava-jato-ja-reduz-penas-em-326-anos,10000063321]. Acesso em: 07.11.2017.
33. Fonte: [https://brasil.elpais.com/brasil/2017/02/02/politica/1486051264_488519.html]. Acesso em: 07.11.2017.

Não tem sido diferente com a Operação Lava Jato. Os noticiários se ocupam, diariamente, em transmitir os novos passos da megaoperação. Em alguns casos, inclusive, a mídia toma conhecimento de um fato antes mesmo dos sujeitos envolvidos ou de sua defesa. Exemplo paradigmático disto é a cobertura da condução coercitiva do ex-Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva. Sem entrar no mérito da (i)legalidade da medida, os meios de comunicação estavam a postos, no início da manhã, para cobrir o "evento surpresa".

Nessa esteira, outro exemplo merece ser citado, envolvendo a mesma figura pública mencionada anteriormente. O Ministério Público Federal do Paraná, responsável pelas investigações, quando do oferecimento da primeira denúncia contra aquele, convocou uma coletiva de imprensa para transmissão ao vivo da apresentação da acusação através de *power point* com esquematização dos fatos imputados.

De fato, a publicidade consta no rol das garantias constitucionais, assegurando a transparência dos atos públicos. É direito de todo cidadão ter acesso ao e conhecimento sobre o que se passa no Judiciário no brasileiro. Mas, claro, com exceções previstas no próprio excerto constitucional.

Ocorre que a publicidade excessiva de atos judiciais pode se tornar problemática. Isso porque em casos de divulgação massiva, a opinião pública – formada pelas notícias, que podem vir a ser sensacionalistas ou não, integrais ou não – tem poder de influência naqueles atos. Trata-se do *trial by media* ou, ainda, de um verdadeiro *processo midiático*.

Tal conceituação está intimamente conectada com a presunção de inocência, princípio basilar do Estado de Direito, ao qual se conectam diversos outros. Presumir um indivíduo inocente é tratá-lo como tal, conferindo-lhe o *status* de inocente em todas as searas. Para Aury Lopes Júnior, a concretização desse importante princípio impõe "a limitação à publicidade abusiva (para redução dos danos decorrentes da estigmatização prematura do sujeito passivo)".[34]

A divulgação de chamadas sensacionalistas ou de versões dadas por delatores – divulgadas como se verdades fossem –, sem a devida corroboração de provas e de respeito à ampla defesa, acaba levando a população a conclusões não necessariamente verídicas sobre a pessoa envolvida. Em outras palavras, o sujeito é, na maioria das vezes, tido como culpado perante toda a sociedade, antes mesmo de qualquer desfecho judicial.

34. LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 220.

Suponha-se a seguinte situação: uma figura pública (A) fecha um acordo de colaboração premiada com o Ministério Público. Antes mesmo do oferecimento de denúncia, o teor desta é divulgado, por entenderem que bastaria o consenso das partes. Nesta delação, há menção a outra figura pública (B) que, supostamente, na versão do delator, teria incorrido em práticas delituosas. Não foi apresentada nenhuma prova contundente daquilo e a veracidade dos fatos narrados ainda não foi apurada judicialmente. No entanto, os jornais noticiam que "B cometeu tais crimes", "diz delator".

Dada a hipotética situação, não é difícil imaginar suas consequências. Ao transmitir a notícia, não importa nenhuma outra circunstância a não ser aquela imputação. Não há preocupação sobre quais foram os motivos que levaram o colaborador a delatar, quais os elementos probatórios apresentados e qual a veracidade das informações. Pouco importa, por exemplo, e trazendo para a realidade da Lava Jato, se os únicos elementos probatórios da delação foram rascunhos à mão de reuniões cuja própria ocorrência carece de comprovação.[35]

Ainda sobre o tema, nos parece válida uma constatação. Como é sabido, durante a década de 1990 ocorreu na Itália uma vultosa investigação de crimes relacionados à corrupção, denominada "Mani Pulite". Assim como a Lava Jato, a versão italiana é alvo de muitas críticas no que tange ao desrespeito a garantias individuais em detrimento do combate à criminalidade. Entre os meios utilizados na investigação italiana, destacam-se pelo menos duas similaridades com a brasileira: a utilização da colaboração premiada, como meio de obtenção de informações criminosas, e o protagonismo da mídia com a consequente utilização da opinião pública.

Na península europeia, os aqui chamados delatores são chamados de "pentiti" (em tradução livre: arrependidos). Deste termo, derivou-se outro: "professioniti del pentitismo", o que, segundo Eduardo Araújo da Silva, se refere àqueles que, na Itália, comercializavam "meias-verdades" em troca de premiações legais:

35. No caso em comento, após ampla divulgação pela mídia e recebimento de denúncia baseada no termo de delação, o próprio Ministério Público Federal reconheceu – posteriormente – que o delator Delcídio do Amaral havia mentido para satisfazer interesse próprio, imputando falso crime ao ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva. Fonte: [www1.folha.uol.com.br/poder/2017/09/1915016-ministerio-publico-pede-absolvicao-de-lula-e-perda-de-beneficios-de-delcidio.shtml]. Acesso em: 07.11.2017.

> Admitir que o imputado colaborador possa receber o benefício legal sem que seja, previamente, verificada a verossimilhança de suas declarações, significaria estimular o surgimento daqueles indivíduos que os italianos denominaram de "professioniti del pentitismo" (profissionais do arrependimento), ou seja, de pessoas que comercializam meias-verdades em troca de vantagens indevidas.[36]

Colocada eventual similaridade entre as duas investigações, não é de se espantar que, já em 2004, há uma década antes da deflagração da Lava Jato, o juiz responsável pela maioria dos processos desta escreveu um artigo a respeito da operação italiana, transparecendo uma verdadeira inspiração para a operação atual. Neste, o magistrado esboça elogios aos métodos então utilizados, inclusive ao da delação premiada e da utilização da opinião pública como sustentáculo das investigações:

> Sobre a delação premiada, não se está traindo a pátria ou alguma espécie de "resistência francesa". Um criminoso que confessa um crime e revela a participação de outros, embora movido por interesses próprios, colabora com a Justiça e com a aplicação das leis de um país. Se as leis forem justas e democráticas, não há como condenar moralmente a delação; é condenável nesse caso o silêncio. Registre-se que crimes contra a Administração Pública são cometidos às ocultas e, na maioria das vezes, com artifícios complexos, sendo difícil desvelá-los sem a colaboração de um dos participantes. [...] a opinião pública pode constituir um salutar substitutivo, tendo condições melhores de impor alguma espécie de punição a agentes públicos corruptos, condenando-os ao ostracismo.[37]

Feito o paralelo, pode-se dizer que também na Operação Lava Jato, a opinião pública tem funcionado como punição e prévia condenação.

Considerando o alto índice de apoio da população às investigações, as notícias de novas delações e novos delatores frequentemente ganham destaque nos noticiários, sem, contudo, qualquer análise prévia da veracidade de seu teor e, muitas vezes, violando o sigilo legal a ela imputado. Tratando-se de personagens públicos, tal como a maioria dos alvos da operação, antes mesmo de qualquer investigação aprofundada e muito antes de uma sentença condenatória

36. SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime Organizado*: Procedimento Probatório. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 83.

37. MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a operação Mani Pulite. i, Brasília, n. 26, p. 56-62, jul.-set. 2004.

transitada em julgado, estes são revelados como culpados perante toda a sociedade ou, nas palavras do último autor citado, "condenados ao ostracismo".

Pode-se concluir, então, que nesse cenário atual de divulgação ostensiva de atos judiciais, especialmente de delações premiadas, pessoas são condenadas, quase que diariamente, não pelo Judiciário, mas pelas manchetes de jornais que criam no imaginário coletivo um juízo de desvalor prévio sobre aqueles alvos. Assim, não importa se, posteriormente, este venha ser inocentado ou não. Sua reputação já fora destruída.

6. Conclusão

A utilização da colaboração premiada como meio de prova se tornou realidade no ordenamento brasileiro, de forma ainda mais intensa nos últimos anos. Através de tal instrumento, o Poder Judiciário teve acesso a diversas informações sobre grandes esquemas criminosos que, sem o qual, dificilmente alcançaria. O exemplo mais paradigmático desse fenômeno é a Operação Lava Jato.

Através de delações premiadas de executivos, funcionários públicos, políticos e outros, a Operação desvendou esquemas de corrupção, organizações criminosas, lavagem de dinheiro, entre outros crimes, que atingiam níveis alarmantes no País, em diversas searas.

Até o momento, são 177 condenações, contra 113 pessoas, contabilizando 1.753 anos e 7 meses de pena, segundo informações do Ministério Público Federal.[38] O Órgão também anuncia ser a Lava Jato "a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já teve".

Justamente por atingir os "crimes de colarinho branco", pessoas do alto escalão político e empresarial, a Operação é tão bem vista perante a sociedade em geral que clama, cada vez mais, por mais punição, custe o que custar.

O que se propôs no presente artigo foi discutir a qual preço esses resultados estão sendo obtidos. Qual o legado que será deixado pela Lava Jato no mundo das garantias constitucionais, especialmente do devido processo legal e da presunção de inocência?

Pelo exposto, pôde-se concluir que o instituto da colaboração premiada possui problemas para além do paradigma ético. Entre eles – e ao menos – a perda da capacidade intimidatória da pena, a possibilidade de incentivo de

38. Fonte: [www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado]. Acesso em: 08.11.2011.

falsas denúncias em troca de benefícios, a violação do princípio da igualdade e da proporcionalidade, a violação ao *nemo tenetur*, além de violação de diversas garantias processuais dos outros sujeitos acusados, sobretudo a presunção de inocência.

Demonstrou-se que, no campo prático, a utilização de delações premiadas na Operação Lava Jato, ainda, não observa diversos dos requisitos impostos pela Lei de Organização Criminosa, quais sejam o da voluntariedade, verossimilhança e sigilo, por exemplo.

Em se tratando, ademais, de um julgamento com alta cobertura midiática, tais violações se tornam ainda mais preocupantes. É público e notório que o próprio Juiz Federal condutor da Operação faz uso da mídia para autopromoção. Os protagonistas da investigação judicial também estrelam em entrevistas, palestras, livros e até filmes – sobre casos sequer findos.

Enquanto a sociedade conclama juízes, promotores e outros operadores públicos do Direito como heróis – história não inédita no país –, aplaudindo e acobertando abusos e meios espúrios para os fins desejados, o Estado de Direito, desprotegido, se degenera.

Deve-se ter em mente, no entanto, que os abusos hoje cometidos contra os investigados na Operação Lava Jato, travestidos de uma traiçoeira legitimidade, logo serão precedentes contra toda a população.

Não se olvida, de forma alguma, que a corrupção e demais práticas criminosas devem ser combatidas, investigadas e devidamente punidas. O que se propõe, no entanto, é que as sejam dentro do Estado Democrático de Direito, à luz das garantias constitucionais.

7. Bibliografia

BADARÓ, Gustavo Henrique. O Valor Probatório da Delação Premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei 12.850/13, *Consulex*, n. 443, fev. 2015.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas* (Dei delitti e delle pene, 1764). Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2010.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore. Corrupção, crise política e Direito Penal: as lições que o Brasil ainda precisa aprender. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 290, jan. 2017.

BORSELLINO, Paolo. Il pentitismo. In: *Giustizia e verità*: gli scritti inediti del giudice Paolo Brosellino. Quaderni del consiglio regionale delle marche: 2003. Disponível em: [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=-cache:http://www.consiglio.marche.it/informazione_e_comunicazione/pubblicazioni/quaderni/pdf/117.pdf]. Acesso em: 01.11.2017.

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*, v. 122, ago. 2016.

BUREAU OF JUSTICE ASSISTANCE. U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. Plea and Charge Bargaining. *Research Sumary*. Disponível em: [www.bja.gov/Publications/PleaBargainingResearchSummary.pdf]. Acesso em: 08.11.2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 133, ano 25, p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.

CARVALHO, Salo de; LIMA, Camile Eltz de. *Delação premiada e confissão*: filtros constitucionais e adequação sistemática. 2015. Disponível em: [www.esmal.tjal.jus.br/arquivosCursos/2015_05_11_14_08_46_Artigo.Dela+%BA+%FAo.Confiss+%FAo.Constitui+%BA+%FAo.Salo.Carvalho.Camile.Lima.pdf]. Acesso em: 24.10.2017.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*: Parte Geral. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

DA ROSA, Alexandre Morais. *Guia compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2013.

FERREIRA, Regina Cirino Alves. Caso Tiradentes e repressão penal: passado e presente. *Revista Liberdades IBCCRIM*, n. 1, maio-ago. 2009.

GARCIA Roberto Soares. Delação premiada: ética e moral, às favas. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 159, fev. 2006.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MAFEI, Rafael. Delação premiada, tortura e legalidade. *Portal Jota*. Disponível em: [http://jota.uol.com.br/delacao-premiada-tortura-e-legalidade]. Acesso em: 06.11.2017.

MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a Operação Mani Pulite. *R. CEJ*, Brasília, n. 26, p. 56-62, jul.-set. 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização Criminosa*. São Paulo: Saraiva, 2015.

PRADO, Geraldo. Da delação premiada: aspectos de direito processual. *Boletim IBCCRIM*, n. 159, fev. 2006.

RAGUES I VALLES, Ramón. ¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político-criminal. *Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona, n. 364, jul. 2006.

SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime Organizado*: Procedimento Probatório. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A revolta do advogado e a angústia do acadêmico: o emprego que se dá sobre a colaboração premiada. *Portal Jota*. Publicado em: 12.03.2015. Disponível em: [https://jota.info/artigos/a-revolta-do-advogado-e-a-angustia-do-academico-12032015]. Acesso em: 24.10.2017.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. O efeito da Lava Jato nas instituições judiciais brasileiros. *Portal Jota*. 2016. Disponível em: [https://jota.info/colunas/coluna-da-sao-francisco/coluna-da-sao-francisco-o-efeito-lava-jato-nas-instituicoes-judiciais-brasileiras-19072016]. Acesso em: 01.11.2017.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; MELLO, Gabriela Starling Jorge Vieira. A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 189/224, jan.-abr. 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. Crime organizado: uma categoria frustrada. *Discursos Sediciosos*: Crime Direito e Sociedade, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 45.

ZILLI, Marcos. No acordo de colaboração entre gregos e troianos o cavalo é o prêmio. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 300, nov. 2017.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Constitucionalidade da colaboração premiada: indícios de *common law* no processo penal brasileiro – *RDCI* 103/247-265 (DTR\2017\6382);
- Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da operação lava jato – *RBCCrim* 133/133-177 (DTR\2017\1844); e
- Garantias liberais e eficácia repressiva: controvérsias da colaboração premiada na persecução de crimes econômicos no Brasil – *RBCCrim* 137/197-222 (DTR\2017\6621).

A súmula vinculante vincula? Um estudo da eficiência da Súmula Vinculante 24

Does binding precedent really bind? A study of the efficiency of Binding Precedent 24

Thiago Bottino

Pós-Doutor pela Columbia Law School (2014). Doutor (2008) e Mestre (2004) em Direito Constitucional pela PUC-Rio. Professor Adjunto da FGV Direito Rio e da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Professor Visitante da Columbia Law School (2018). Membro efetivo da Comissão Permanente de Direito Penal do IAB.
Thiago.Bottino@fgv.br

Recebido em: 21.09.2017
Aprovado em: 01.12.2017
Última versão do autor: 11.12.2017

Áreas do Direito: Tributário; Penal

Resumo: O artigo aborda a incorporação do instituto da súmula vinculante ao sistema judicial brasileiro, no bojo da Reforma do Judiciário (EC 45/2004). Imaginada como um instrumento para aumentar a eficiência do Poder Judiciário, a súmula vinculante não fazia parte da cultura jurídica brasileira. Realizou-se uma pesquisa empírica para medir a eficiência desse instituto em matéria penal, elegendo-se como objeto de estudo a Súmula Vinculante 24, (estabelece a necessidade de se aguardar o término do processo administrativo antes de se dar início à ação penal por crime tributário). O objetivo era identificar se a SV-24 foi integralmente adotada pelos juízes e tribunais. Os resultados apontam para uma baixa eficácia do instituto devido à incapacidade do Supremo Tribunal Federal de estabelecer um enunciado claro acerca do alcance da súmula e das hipóteses em que ela se aplica.

Palavras-chave: Súmula vinculante – Poder Judiciário – Eficiência – Segurança Jurídica – Crimes tributários.

Abstract: The article examines the incorporation of the institute named "súmula vinculante" (similar to the stare decisis) into the Brazilian judicial system, within the framework of the Judicial Reform (EC 45/2004). Imagined as an instrument to increase the efficiency of the Judiciary, the "súmula vinculante" acts as a binding precedent and was not part of the Brazilian legal culture. An empirical research was carried out to measure the efficiency of this institute in Criminal Law using the "súmula vinculante" #24 (SV-24) as object of study. It establishes that is necessary a final administrative decision concerning the tax claimability before the criminal action for tax crime begins. The aim was to identify whether SV-24 has been fully adopted by judges and courts. The results show a low effectiveness of the institute due to the Brazilian Supreme Court's inability to establish a clear statement about the its scope and the hypotheses in which it applies.

Keywords: Stare decisis – Judiciary – Efficiency – Legal certainty – Tax crimes.

Bottino, Thiago. A súmula vinculante vincula? Um estudo da eficiência da Súmula Vinculante 24. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 143. ano 26. p. 177-219. São Paulo: Ed. RT, maio 2018.

Sumário: 1. Introdução. 2. O uso de súmulas no sistema de *civil law* 3. A súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro. 4. A Súmula Vinculante 24 e a necessidade de se aguardar o término do processo administrativo antes de iniciar o processo penal por crime tributário. 5. A (não) aplicação da Súmula Vinculante 24 pelos tribunais brasileiros. 6. Conclusão. 7. Bibliografia. 8. Anexo.

1. Introdução

A[1] Emenda Constitucional 45/2004 (EC 45/2004), também conhecida como Reforma do Judiciário, foi responsável por profundas modificações no sistema de justiça brasileiro visando ao aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.

Sem a pretensão de enumerar todas as inovações, destaca-se, no quesito celeridade, a inclusão do direito ao prazo razoável de duração do processo no capítulo das garantias fundamentais[2]. Relativamente à qualificação dos profissionais que atuam no sistema judicial, pode-se apontar a exigência de três anos de experiência jurídica prévia para ingresso na Magistratura e no Ministério Público, bem como a criação da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. No que tange à moralidade, os exemplos são a quarentena de três anos para que magistrados aposentados praticassem advocacia perante seus tribunais de origem e a proibição de que membros do Ministério Público exercessem atividade político-partidária. Buscando ampliar o acesso à justiça, a Emenda previu que os Tribunais Regionais Federais (TRFs) – que têm competência sobre diferentes Estados Federados – pudessem instalar a justiça itinerante, realizando audiências e demais funções da atividade jurisdicional fora de sua sede. Por fim, houve ainda a inclusão no texto constitucional de mecanismos de aproximação do sistema judicial brasileiro com o sistema internacional de direitos humanos, como o reconhecimento da competência do Tribunal Penal Internacional e a previsão de que tratados de direitos humanos passassem a ter *status* de norma constitucional.

---

1. A pesquisa que serve de base ao presente trabalho contou com a participação de alunos de graduação da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito Rio) bolsistas de iniciação científica financiados pelo CNPq (Andreia Lavourinha, Alessandra Costa e Silva, Alexandre Magalhães Blois, Daniel Alves Pereira, Lucca Nascimento Souto Machado) e voluntários (Bruno Saraceni, Gabriel Custódio da Silva, João Carlos Cochlar e João Lucas Paschoalim de Mello). Agradeço ainda a José Eduardo Cury e João Henrique Macarini pela a leitura crítica de versões anteriores desse texto.
2. Art. 5º, LXXVIII – "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

No entanto, o maior objetivo da EC 45/2004 era aumentar a eficiência do Poder Judiciário, sendo várias as medidas imaginadas para alcançar esse objetivo:

(1) Criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), encarregado do controle externo do Poder Judiciário na sua atuação de gestão administrativa[3];

(2) Extinção dos Tribunais de Alçada com a incorporação de seus integrantes aos Tribunais de Justiça dos respectivos Estados;

(3) Expansão do efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF)[4];

(4) Estabelecimento da necessidade de reconhecimento de repercussão geral para admissão dos recursos extraordinários[5]; e, por fim,

(5) Criação do instituto denominado súmula vinculante, assim disposto:

> Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.
>
> § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.
>
> § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

3. Também foi criado o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) com atribuições semelhantes.
4. Art. 102, § 2º: "As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal". Até então a Constituição só determinava o efeito vinculante em decisões de mérito do STF em ações declaratórias de constitucionalidade e no âmbito dos Poderes Judiciário e Executivo.
5. Art. 102, § 2º: "No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros".

> § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Este artigo visa a examinar, a partir de estudo empírico, se o instituto da súmula vinculante foi capaz de aumentar a eficiência do Poder Judiciário em matéria penal, evitando a repetição de causas já decididas pelo STF e reduzindo a insegurança jurídica causada por diferentes interpretações sobre determinado dispositivo de lei.

Escolheu-se como objeto específico de análise a Súmula Vinculante 24 (SV-24), editada pelo STF em 2 de dezembro de 2009, cujo teor é extremamente importante na seara penal-tributária[6].

Até a edição da SV-24, discutia-se a necessidade de se aguardar o término do processo administrativo fiscal antes de se dar início à ação penal por crime tributário, tendo a SV-24 estabelecido que "Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no Art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo".

Em breve síntese, a controvérsia tratava da possibilidade de se imputar a prática de determinados crimes tributários que tivessem causado danos ao erário antes da prévia apuração, pelo órgão fazendário, da existência de valor devido pelo contribuinte. A discussão é pertinente porque a decisão definitiva, no âmbito da Secretaria de Fazenda (federal ou estadual) acerca da existência de uma dívida e de seu valor possui repercussões fundamentais para a correta aplicação do direito penal.

Em primeiro lugar, os crimes que exigem a existência de um resultado material dependem da demonstração desse dano concreto para sua consumação. Ou seja, se não há valor devido pelo contribuinte, não se pode caracterizar um dano e inexiste o necessário resultado material para a consumação do crime.

6. Atualmente existem 56 súmulas vinculantes (dados de 1º de dezembro de 2017) e o presente estudo limita-se a examinar apenas uma. Reconhece-se que outras súmulas vinculantes podem apresentar taxas de eficiência diferentes e não se pretende que os resultados relativos à SV-24 sejam generalizados. Não obstante, por existir apenas uma súmula vinculante que trata sobre direito penal, é possível medir a conformidade com o tema por juízes e tribunais. Ademais, acredita-se que a pesquisa empírica aqui empreendida possa estimular trabalhos para o exame de outras súmulas vinculantes.

Em segundo lugar, desde 1995 a lei prevê que o pagamento do valor suprimido (acrescido de multa e juros) tem o efeito de extinguir a punibilidade do crime[7].

Por fim, tanto o STF como outros tribunais aplicam o princípio da insignificância a essa categoria de crimes[8]. Portanto, é preciso saber o valor exato do valor sonegado para determinar se a conduta é típica ou atípica.

O trabalho está dividido em duas partes. Na primeira, serão examinadas a função do instituto da súmula vinculante num sistema de *civil law* (seção2) e sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro (seção 3). Na segunda parte será tratada a edição da SV-24 (seção 4) e será apresentado o estudo específico acerca da sua eficiência (seção 5).

O objetivo era identificar se a SV-24 foi integralmente adotada pelos TRFs[9], pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o próprio STF, bem como pelas partes que atuam no processo penal (Ministério Público e defesa).

Finalmente, concluímos que a adoção da SV-24 não foi implementada de forma eficiente, dado o alto número de casos que ainda discutem aspectos

7. Lei 9.249/95, "Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia" e Lei 10.684/2003, "Art. 9º. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento. § 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva. § 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios".
8. "Crime de Bagatela – Tributo – Configuração. Na dicção da ilustrada maioria, em relação à qual guardo reservas, o fato de o tributo sonegado ser inferior a dez mil reais atrai a teoria da insignificância do ato para efeito penal. Óptica suplantada ante o somatório de valores considerados processos diversos a ultrapassar o montante referido". (HC 97.257 – STF – 1ª Turma. Min. Marco Aurelio. J. 05.10.2010). No mesmo sentido: HC 126.191 – STF – 1ª Turma. Min. Dias Toffoli. J. 03.03.2015; HC 139.393 – STF – 2ª Turma. Min. Ricardo Lewandowski. J. 18.04.2017 e HC 127.173 – STF – 2ª Turma. Min Roberto Barroso. J. 21.03.2017.
9. Não se olvida que a questão também se apresenta no âmbito da Justiça Estadual, vez que há crimes tributários de competência desse ramo da justiça. Não obstante, fez-se uma opção metodológica de realizar o estudo empírico apenas com os TRFs, STJ e STF na medida em que os mecanismos de busca por julgados nas bases de dados desses tribunais é mais completo do que aqueles dos 27 diferentes Tribunais de Justiça dos Estados.

relativos à sua aplicação. A pesquisa aponta que o Supremo Tribunal Federal é o responsável por esse déficit de eficiência na medida em que (1) não respeita a própria Súmula Vinculante que editou, criando hipóteses de mitigação, e (2) não redigiu nem atualizou o texto a fim de consolidar sua própria jurisprudência sobre a matéria.

2. O USO DE SÚMULAS NO SISTEMA DE *CIVIL LAW*

A súmula vinculante pode ser definida como um enunciado cogente, que dispõe sobre a validade, a interpretação e a eficácia de normas acerca das quais há controvérsia, extirpando a multiplicidade de interpretações que acarretariam insegurança jurídica e violação ao princípio da isonomia.

Alguns autores apontam o *stare decisis* americano[10], inexistente no Brasil, como inspiração para a súmula vinculante.

Em Portugal, no período colonial, incidiam, concomitantemente, o direito comum e as leis nacionais. A insegurança jurídica em Portugal, decorrente de dúvidas na aplicação do direito e de decisões díspares, era grande. Criaram-se, por isso, os *assentos* da Casa da Suplicação, "que consistiam em deliberações daquele órgão sobre questões problemáticas do ordenamento português"[11]. A Casa de Suplicação assemelhava-se a um tribunal superior. Em Portugal, os *assentos* eram vinculantes e os juízes estavam obrigados a decidir de acordo com suas implicações. No Brasil Colônia, os *assentos* também eram aplicados.

A instituição de uma interpretação fixa, imponível a todos os órgãos do Estado, foi cogitada durante o Império, embora essa opção não tenha prevalecido. Em 1855, discutiu-se no âmbito do Conselho de Estado a possibilidade de se estabelecer uma medida legislativa, que permitisse a adoção de uma interpretação única, similar aos *assentos* da Casa de Suplicação portuguesa[12].

---

10. "Essa comparação que se faz entre *stare decisis* e súmula vinculante está baseada em algumas circunstâncias comuns a ambos os institutos: i) preocupação exclusiva com casos concretos; ii) necessidade de fazer surgir, a partir de decisões concretas, uma diretriz a ser adotada em outros casos similares (um certo 'processo de objetivação das decisões concretas')". Tal trecho retrata o porquê da menção ao *stare decisis*. TAVARES, André Ramos: *Nova Lei da Súmula Vinculante*: Estudos e Comentários *à* Lei 11.417, de 19.12.2006. São Paulo: Editora Método, 2007. p. 23.

11. NETO, Osly da Silva Ferreira. *Os Assentos no Direito Português e as Súmulas no Direito Brasileiro*: Efetividade, Segurança e Imobilidade. Disponível em: [www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31183-34515-1-PB.pdf]. Acesso em: 29.07. 2017.

12. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 564.

A inspiração no *stare decisis* retornou por ocasião da proclamação da República[13], quando nossa primeira Constituição republicana determinou que os magistrados consultassem a jurisprudência antes de proferir uma decisão acerca da interpretação das leis[14].

Apesar de a ideia datar do início do período republicano, houve contínua resistência na doutrina à incorporação do instituto norte-americano[15]. A não adoção do *stare decisis,* no Brasil, "parece derivar da tentativa, bastante veiculada pelos defensores de ideais liberais do século XIX na Europa, e seus seguidores no Brasil, de que a produção normativa deve ser monopolizada pelo Poder Legislativo"[16].

No direito inglês, os precedentes produzidos pelos tribunais superiores são obrigatórios e imperativos. O modelo do *common law* tem como fundamento o raciocínio concreto e se baseia nas decisões judiciais. Como afirma André Ramos Tavares,

> [...] o chamado precedente (*stare decisis*) utilizado no modelo judicialista, é o caso já decidido, cuja decisão primeira sobre o tema (*leading case*) atua

13. "[...] a figura do *stare decisis* parece influenciar as idéias do Poder Constituinte republicano, conforme formulada no art. 59, § 2º, da Constituição de 1891". LAMY, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Reflexões sobre as súmulas vinculantes. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada.* São Paulo: Editora Método, 2005. p. 300.
14. Art. 59, § 2º, da Constituição de 1891: "§ 2º Nos casos em que houver de applicar leis dos Estados, a justiça federal consultará a jurisprudencia dos tribunaes locaes, e vice-versa, as justiças dos Estados consultarão a jurisprudencia dos Tribunaes Federaes, quando houverem de interpretar leis da União" (*sic*). Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm]. Acesso em: 29.07. 2017.
15. Diogo Tebet registra, contudo, que institutos semelhantes foram utilizados durante um breve período: "Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, a partir dos idos de 1978, em pleno governo militar, o Supremo Tribunal Federal utilizou à sua discrição (por 11 anos) os instrumentos de 'representação interpretativa' (decorrentes do famigerado 'pacote de abril'), tais quais a arguição de relevância, a avocatória e a representação interventiva com efeito vinculante. Há de registrar contudo que os mesmos foram sepultados com o advento da Carta de 1988, como parte do 'entulho autoritário'". TEBET, Diogo. Considerações acerca da súmula vinculante na investigação criminal: o papel do Supremo Tribunal Federal. In: FERNANDES, Márcia Adriana; PEDRINHA Roberta Duboc (Org.). *Escritos transdisciplinares de criminologia, direito e processo penal*: homenagem aos mestres Vera Malaguti e Nilo Batista. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 349.
16. LAMY, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Reflexões sobre as súmulas vinculantes. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada.* São Paulo: Editora Método, 2005. p. 301.

> como fonte para o estabelecimento (indutivo) de diretrizes para os demais casos a serem julgados[17].

Há, porém, nesse sistema jurídico, a possibilidade de as cortes superiores substituírem um determinado precedente por ser considerado ultrapassado ou equivocado[18]. Objetiva-se com isso que o direito evolua.

Por sua vez, o modelo codificado de tradição romano-germânica funda-se no pensamento abstrato e dedutivo. As normas gerais são transpostas à realidade por processos lógicos. No sistema de *civil law*, que adotamos no Brasil, a jurisprudência e as súmulas apresentam-se "como indícios de solução racional e socialmente adequada, como instrumento de persuasão"[19], mas sem caráter

17. TAVARES, André Ramos. *Nova Lei da Súmula Vinculante*: Estudos e Comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006. São Paulo: Editora Método, 2007. p. 22.

18. O mesmo ocorre no Direito Norte-Americano. O tema da segregação racial, nos EUA, é um bom exemplo de como os precedentes judiciais exercem grande força normativa, mas que eventualmente são superados. Em 1857, a Suprema Corte, ao decidir o caso *Dred Scott* – na verdade, *Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857) –, sustentara que os negros não eram e nem poderiam ser considerados cidadãos, razão pela qual não possuíam direitos constitucionais. A Guerra Civil dos Estados Unidos da América durou de 1861 a 1865 e teve como mote principal a questão da escravidão dos negros, um tema que vinha gerando conflitos armados desde 1855. A 13ª emenda, ratificada em 6 de dezembro de 1865, vedou expressamente a prática de escravidão e trabalho involuntário (salvo em caso de condenação criminal) em todo o território nacional. No entanto, a segregação passou a ser promovida de outras formas. Em 1896, a Suprema Corte dos EUA julgou o caso *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), precedente de onde provém a teoria do "iguais, mas separados" (*equal but separate*). O caso concreto versava sobre uma lei da Louisiana de 1890 que fixava a obrigação de que as companhias de trem disponibilizassem acomodações iguais, mas separadas, para brancos e outras raças, barrando pessoas de ocuparem assentos destinados a outra raça. Buscando deliberadamente um pretexto que permitisse o questionamento dessa lei perante a Suprema Corte, Plessy, que tinha ⅛ de sangue negro foi preso, processado e condenado por se recusar a trocar de vagão. Ao peticionar perante a Suprema Corte, Plessy arguiu a inconstitucionalidade da lei da Luisiana por violação da 13ª emenda. A Corte rejeitou o argumento sustentando que a 13ª emenda restringia-se a proibir tentativas de reintroduzir a escravidão – não alcançando todas as distinções baseadas na cor. Afirmou, ainda, que a separação por si só não sugeria que uma raça fosse inferior a outra. Esse entendimento prevaleceu até 1955, quando o precedente estabelecido em *Plessy v. Ferguson* foi substituído pelo de *Brown v. Board of Education* e se iniciou o processo de dessegregação racial nos EUA.

19. LAMY, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Reflexões sobre as súmulas vinculantes. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada.* São Paulo: Editora Método, 2005. p. 305.

obrigatório[20]. Dessa forma, embora pudessem orientar a aplicação da lei, não impediam demandas repetitivas nem asseguravam a igualdade na sua aplicação, questões que reduzem a eficiência do Poder Judiciário (entendida como a capacidade de proferir decisões com celeridade e isonomia, garantindo previsibilidade e segurança jurídica na aplicação da lei).

Nesse sentido, a súmula tem função de uniformizar as decisões, proferidas pelo Poder Judiciário, proporcionando maior segurança jurídica aos jurisdicionados.

Um exemplo é o antigo art. 38, da Lei 8.038/90[21], hoje revogado pelo novo Código de Processo Civil[22] (NCPC). O dispositivo introduziu no ordenamento a "súmula impeditiva", determinando que o relator deveria negar "seguimento a pedido ou recurso que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal". A existência de uma súmula sobre determinada matéria ensejaria a rejeição imediata do recurso que a contrariasse.

Outro exemplo ocorreu com a edição da Lei 9.756/98, que modificou o artigo 557, do antigo CPC, também determinando o indeferimento liminar do recurso que contrariasse alguma súmula[23]. Atribuía, portanto, caráter vinculante às súmulas dos tribunais superiores[24] nos julgamentos em grau de recurso.

---

20. Para que se entenda o conceito da súmula vinculante, é preciso distingui-lo de outros institutos. Jurisprudência é o conjunto de decisões reiteradas proferidas de modo constante e uniforme. A súmula, por outro lado, é um enunciado objetivo, sintético e conciso, oriundo de um consenso no modo de decidir uma determinada questão. Tais institutos, diferentemente da súmula vinculante, não possuem caráter cogente em matéria penal. Consistem apenas numa forma de orientação para a tomada de decisão dos juízes, que podem adotar o entendimento sumulado ou não, seguir a jurisprudência ou não.
21. Art. 38. O Relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou, improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal.
22. Lei 13.105/2015.
23. Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.
24. Posteriormente, a Lei 11.276/2006, criaria nova hipótese de vedação de recurso em desacordo com súmula, ao alterar o art. 518, do CPC: "Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder. § 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal".

Atualmente a questão é tratada pelos artigos 332[25]; 489, § 1º, VI[26]; 927, IV[27]; e, 932, IV, *a* e V, *a*[28], todos do NCPC, aplicando-se tanto nos julgamentos em primeiro grau quanto nos julgamentos em grau de recurso.

Embora as súmulas tenham recebido um grau de obrigatoriedade a partir da reforma do processo civil em 2015, isso não ocorreu em matéria penal.

3. A SÚMULA VINCULANTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Reforma do Judiciário pode ser entendida como o "ápice de um processo de transformações que se iniciam com alterações de direito processual, em nível infraconstitucional, introduzidas ao longo dos últimos dez anos"[29]. Sua inspiração era o efetivo acesso à justiça, a agilização do processo e maior segurança jurídica. No que tange especificamente ao aumento de eficiência a EC 45/2004 trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro a súmula de efeito vinculante.

Aqueles que defenderam a incorporação da súmula vinculante, alegaram que seria necessária a adoção de um sistema de jurisprudência vinculante

25. Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I – enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça.
26. Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.
27. Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: [...] IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional.
28. Art. 932. Incumbe ao relator: [...] IV – negar provimento a recurso que for contrário a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; [...] V – depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal.
29. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Notas sobre algumas recentes inovações no perfil constitucional do Poder Judiciário. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Editora Método, 2005. p. 23.

responsável por proporcionar ao jurisdicionado uma maior segurança[30]. Além disso, o instituto poderia proporcionar maior celeridade, dado que os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública passariam a decidir com base em um enunciado cogente e evitariam, com isso, o prolongamento de um número exagerado de processos sobre questões idênticas. Haveria, desse modo, uma redução do número de processos em julgamento.

Outro argumento favorável à súmula vinculante, de cunho econômico, foi defendido por Joaquim Falcão:

> [...] súmula vinculante não é um instrumento jurídico, é um item orçamentário. O governo não vai mais poder financiar seu caixa protelando ações judiciais com a individualização das demandas. A lentidão da Justiça vai deixar de subsidiar o fluxo de caixa do Tesouro. A lentidão é um dos subsídios invisíveis ao caixa, não somente por causa dos recursos, mas porque as ações são individualizadas, ou no máximo em grupos. É uma perspectiva liberal radical que não se pratica mais em nenhum país capitalista do mundo, pois todos eles têm o seu "class action"[31].

Falcão ressaltava ainda que, com a edição de súmulas vinculantes, haveria uma mudança gradual do comportamento tanto da Advocacia-Geral da União (AGU), como da administração indireta. Isso porque a mentalidade relacionada à necessidade de se recorrer de toda e qualquer ação seria desconstruída. Haveria, dessa forma, uma pressão pela diminuição da demanda, o que corrobora a ideia de agilização do processo e maior segurança jurídica. Nesse sentido, Flávio Dino afirmava que:

> [...] no Brasil, já havia decisões com efeito vinculante, mas agora esse efeito foi ampliado, assim como ocorre em países da Europa e nos Estados Unidos. A agilização dos julgamentos fortalece a crença no judiciário e na democracia[32].

30. VIGILAR, José Marcelo Menezes. A reforma do Judiciário e as súmulas de efeitos vinculantes. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Editora Método, 2005. p. 285-286.

31. Trecho de entrevista concedida por Joaquim Falcão ao jornalista Fernando Teixeira, publicada no "Valor Econômico", no dia 6 de fevereiro de 2005, intitulada "Reforma será focada na demanda". Disponível em: [www.cnj.jus.br/noticias/64269-reforma-sera-focada-na-demanda]. Acesso em: 29.07. 2017.

32. Trecho disponível em reportagem de autoria de Danielle Gurgel, intitulada "Súmula vinculante garante mais agilidade nos julgamentos", no dia 14 de maio de 2005. Disponível em [https://reporternews.com.br/noticia/339846/sumula_vinculante_garante_mais_agilidade_nos_julgamentos]. Acesso em: 29.07. 2017.

Tais finalidades são benéficas ao sistema jurídico como um todo. Entretanto, uma série de críticas foi apresentada à época da votação da emenda. A principal era a afronta ao princípio da liberdade de convicção dos magistrados. Isso porque ao decidirem conforme determina um enunciado cogente, os juízes e tribunais teriam um rol menor de escolhas entre possíveis interpretações e entendimentos. Subordinar-se-iam, necessariamente, ao enunciado e teriam, desse modo, sua independência limitada. Isso engessaria a atividade jurisdicional, limitando o campo de liberdade de decisão de todo o corpo judiciário.

O Ministro aposentado do STF Evandro Lins e Silva, falecido antes da Reforma do Judiciário, era um crítico ferrenho à adoção da súmula vinculante. A súmula vinculante representaria, em sua perspectiva, uma tentativa de submeter os juízes à obediência obrigatória às decisões do STF. Haveria uma

> [...] revivescência dos Assentos do Superior Tribunal de Justiça, na esteira dos Assentos das Casas de Suplicação, considerados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, desde a fundação da República. Súmula "vinculante" seria um novo nome para os velhos Assentos[33].

Outra crítica também merece destaque. A lei deixaria de ocupar seu papel de fonte primária do direito, atribuindo poderes excessivos ao STF. Haveria, nesse sentido, uma clara violação ao princípio da separação de poderes, constitucionalmente garantido. A instância máxima do Poder Judiciário estaria indiretamente usurpando poderes dos órgãos legislativos.

Superado o debate, prevaleceu a tese que reconhece a necessidade de uma jurisprudência que proporcionasse segurança jurídica ao jurisdicionado e celeridade ao sistema judicial. O rol de legitimados para propor a súmula vinculante está previsto no art. 3º, da Lei 11.417/2006, que veio regulamentar a Constituição nessa matéria, autorizando não apenas que proponham a edição de súmulas vinculantes, mas também sua revisão e cancelamento. Desse modo, alterações nas interpretações sumuladas de efeito cogente são possíveis. André Ramos Tavares destaca que:

> [...] as súmulas recém-introduzidas podem sofrer um processo de revisão de seus termos, chegando até mesmo a seu cancelamento. Esse mecanismo é útil, na medida em que evita a ocorrência do temido engessamento do Direito[34].

33. LINS E SILVA, Evandro. Crime de hermenêutica e súmula vinculante. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, v. 1, n. 5, p. 43-45, maio 1997.

34. TAVARES, André Ramos. *Nova Lei da Súmula Vinculante*: Estudos e Comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006. São Paulo: Editora Método, 2007. p. 31.

Deve-se, portanto, analisar empiricamente o funcionamento da SV-24 a fim de se analisar se o instituto alcançou, em alguma medida, seus objetivos.

4. A Súmula Vinculante 24 e a necessidade de se aguardar o término do processo administrativo antes de iniciar o processo penal por crime tributário

Estabelecidos o pressuposto, a finalidade e a forma de aplicação das súmulas vinculantes, o estudo se volta para a análise de uma Súmula específica. Escolheu-se a Súmula Vinculante 24 por se tratar da única súmula vinculante que trata de Direito Penal[35], ramo do direito no qual a limitação do poder do Estado é especialmente importante.

Com efeito, o Direito Penal adequado a um Estado Democrático de Direito pode ser definido como aquele em que há "o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade"[36]. Nesse sentido, controvérsias sobre a aplicação de determinado dispositivo legal podem levar a situações paradoxais como a condenação de um indivíduo pela prática de um fato que outro juízo ou tribunal considerou ser atípico. Segue daí que a utilização de súmulas vinculantes em matéria penal nunca pode limitar o poder dos juízes de proteger a liberdade, embora deva servir para assegurar essa mesma liberdade individual.

No caso, a SV-24 trata exatamente de uma hipótese de maior proteção da liberdade do indivíduo, pois foi editada para solucionar a divergência nos tribunais e limitar a possibilidade de que se processasse criminalmente um indivíduo por sonegação fiscal, antes que o Estado definisse de forma definitiva se havia montante sonegado e qual seria exatamente o valor devido.

A SV-24 trata de uma questão eminentemente jurídica, qual seja, a necessidade de que um procedimento administrativo fiscal instaurado para apurar a existência de um débito fiscal seja concluído antes que se inicie um processo penal imputando o crime de redução ou supressão de tributo. Não se trata de avaliar provas, nem de analisar fatos, mas apenas de limitar a persecução penal aos casos em que já se constatou previamente a materialidade do crime.

A edição do enunciado foi precedida por um debate acerca da relação entre as instâncias administrativa e judiciária, no tocante aos crimes de sonegação

35. Há súmulas vinculantes que tratam de matéria processual penal (SV-11, SV-14, SV-35 e SV-36) e de execução penal (SV-9, SV-26 e SV-56).

36. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: Teoria do garantismo penal. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 30.

fiscal e aos demais crimes contra a ordem tributária. O *leading case* que decidiu a controvérsia (e serviu de base para a edição da SV-24) foi o *habeas corpus* 81.611, julgado pelo STF em 2003[37].

Na ocasião, discutiram-se duas questões centrais. A primeira era se o crime previsto no art. 1º, I, da Lei 8.137/90[38] deveria ser caracterizado como crime material ou formal. O Supremo decidiu que se tratava de um crime material, ou seja, só haveria consumação do crime após a certeza da existência de lançamento definitivo no âmbito tributário que comprovasse uma efetiva lesão patrimonial ao erário (resultado material). Logo, para que a sonegação ocorresse deveria haver, necessariamente, tributo a ser pago.

A segunda questão, decorrente da primeira, estava ligada à possibilidade de extinguir a punibilidade do crime. Afinal, somente após o fim do procedimento administrativo é que o contribuinte terá certeza do valor devido e poderá valer-se do pagamento do tributo para não ser punido. A propositura de ação penal antes do fim do processo administrativo prejudicaria, dessa forma, a possibilidade de extinção da punibilidade pelo pagamento.

No âmbito do direito tributário, sabe-se que o lançamento, ato administrativo vinculado, é responsável pela constituição do crédito tributário[39], por tornar o tributo exigível. A ausência dessa exigibilidade desconstituiria qualquer possibilidade de processamento penal.

Pode-se exemplificar para melhor compreensão. Um processo tramita na instância administrativa, fruto do inconformismo de um contribuinte quanto ao valor cobrado. Paralelamente, o Ministério Público propõe uma ação penal, visando à condenação do réu citado pela supressão do mesmo tributo, mediante a prestação de declaração falsa às autoridades fazendárias (art. 1º, I, Lei 8.137/90).

37. STF – HC 81.611 – Tribunal Pleno. Rel. Min. Sepulveda Pertence. J. 10.12.2003.

38. Lei 8.137/90. "Art. 1º. Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I – omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias".

39. Consoante afirma Luciano Amaro, o lançamento tributário é o "ato jurídico, que se reflete num escrito formal (isto é, um documento escrito, na forma prevista em lei), do qual se deve dar ciência ao sujeito passivo, a fim de que este fique adstrito a, no prazo assinalado (no próprio documento ou na lei), satisfazer o direito do credor, sob pena de serem desencadeados os procedimentos tendentes à cobrança via constrição judicial. Antes da consecução desse ato, embora nascida a obrigação tributária, ela está desprovida de exigibilidade". AMARO, Luciano. *Direito Tributário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 359-360.

O que ocorreria se, no âmbito administrativo, fosse decidido que não há valor devido? Poderia a instância judiciária se posicionar pela condenação do réu, mesmo na ausência de exigibilidade do tributo? Tal possibilidade seria, no mínimo, incoerente. Caso a condenação pelo órgão judiciário fosse possível, haveria grande insegurança jurídica. De nada valeria a decisão administrativa. Todo o corpo administrativo, responsável por analisar casos tributários, teria sua competência esvaziada.

Cabe ressaltar ainda o argumento relacionado à extinção da punibilidade. O tributo só pode ser pago quando devidamente quantificado. O *quantum debeatur* só é definido após a constituição definitiva do tributo, quer em razão do fim do procedimento administrativo, quer em razão do fim do lapso temporal para proposição de qualquer recurso administrativo.

Por essas razões, o STF adotou o entendimento de que "Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo", tornando-o de observância obrigatória por todos os juízes e tribunais por meio da SV-24.

5. A (não) aplicação da Súmula Vinculante 24 pelos tribunais brasileiros

Apesar de ser um instituto cogente, pode-se afirmar que a SV-24 não alcançou plenamente a eficiência pretendida e sua aplicação não é isenta de controvérsias. Essa afirmativa se sustenta na análise dos dados obtidos. A pesquisa utilizou a seguinte metodologia:

(1) Foram pesquisados, na base de dados disponível nos *sites* dos tribunais todos os casos existentes no STF, STJ e nos cinco Tribunais Regionais Federais relacionados à aplicação da SV-24;

(2) A pesquisa compreendeu o período de janeiro de 2010 a dezembro de 2016, utilizando dez diferentes expressões de busca[40];

(3) Foram localizados 2.025 casos, posteriormente reduzidos para 1.026 casos[41] que compõem o universo de pesquisa;

40. As expressões utilizadas foram: "súmula vinculante nº 24"; "súmula vinculante nº 24"; "súmula vinculante 24"; "súmula 24"; "súmula nº 24"; "súmula n. 24"; "SV 24"; "verbete vinculante nº 24"; "verbete vinculante n. 24"; e "verbete vinculante 24".

41. Dependendo do mecanismo de busca em cada site eletrônico de tribunal (já que eles não seguem o mesmo padrão) as buscas retornavam julgados que contivessem apenas uma das expressões. Assim, mesmo restringindo a busca à expressão "súmula

(4) Todos os acórdãos foram lidos e classificados pelos pesquisadores, sob supervisão e orientação do coordenador da pesquisa. Para padronizar as informações no banco de dados foi utilizada uma planilha do programa Excel, na qual privilegiou-se campos obrigatórios (classe do processo, tribunal de origem, parte autora, categoria, ano de julgamento e estado de origem), em detrimento de campos de livre preenchimento, a fim de assegurar uniformidade no tratamento dos dados.

(5) Ao final, os casos foram divididos em nove categorias:

I. Juiz de primeiro grau não aplicou a SV-24. Defesa faz recurso ao tribunal. Tribunal aplica a SV-24 para impedir que o indivíduo seja processado criminalmente (categoria 1A);

II. Juiz de primeiro grau não aplicou a SV-24. Acusação faz recurso ao tribunal. Tribunal aplica a SV-24 para impedir que o indivíduo seja processado criminalmente (categoria 1B);

III. Juiz de primeiro grau aplicou a SV-24. Defesa faz recurso ao tribunal. Tribunal mantém a decisão para impedir que o indivíduo seja processado criminalmente (categoria 2A);

IV. Juiz de primeiro grau aplicou a SV-24. Acusação faz recurso ao tribunal. Tribunal mantém a decisão para impedir que o indivíduo seja processado criminalmente (categoria 2B);

V. Tribunal aplica a SV-24 relativamente à prescrição, afirmando que não se inicia a contagem do prazo prescricional enquanto não terminado o procedimento administrativo fiscal (categoria 3);

VI. Tribunal não aplica a SV-24, apesar de reconhecer a presença dos pressupostos de sua aplicação (categoria 4);

VII. Tribunal não aplica a SV-24, por não estarem presentes os pressupostos de sua aplicação, afirmando que a acusação é de crimes tributários que não exigem resultado material (categoria 5A);

VIII. Tribunal não aplica a SV-24, por não estarem presentes os pressupostos de sua aplicação, afirmando que já houve o exaurimento da via administrativa (categoria 5B);

IX. Apesar de constar a SV-24 na indexação no banco de dados do tribunal, a discussão do caso não trata da aplicação da SV-24 (categoria 6);

---

vinculante 24", o site retornava casos que continham apenas a expressão "súmula" ou "vinculante". Uma vez identificados esses 999 casos (classificados como categoria 8), o universo de exame foi reduzido para 1.026 casos no período pesquisado.

X. Tribunal aplica a SV-24 com base em analogia para crimes tributários diferentes dos originalmente previstos (categoria 7);

XI. Casos em que o site eletrônico do tribunal retornou julgados que não tinham relação com a SV-24, tratando de outras súmulas, por exemplo (categoria 8);

XII. Apesar de indexada no banco de dados do tribunal, não foi possível examinar o inteiro teor do julgado por se tratar de processo no qual foi decretado segredo de justiça (categoria 9).

A hipótese de pesquisa era avaliar se o fato do STF ter editado uma Súmula Vinculante teria o efeito de impedir que casos semelhantes fossem levados aos tribunais. Portanto, num cenário ideal, o número de casos que aplicam a SV-24 em tribunais de segundo grau e tribunais superiores tenderia a zero, sobretudo decorridos vários anos da edição da SV-24. Qualquer resultado que se afastasse disso ensejaria o questionamento acerca da eficiência do instituto, em maior ou menor grau.

Essa afirmação decorre da seguinte premissa: se um tribunal aplica a SV-24 como fundamento para decidir um caso concreto em grau de recurso, isso significa que a Administração Pública – seja o Ministério Público Federal (parte acusatória nos processos criminais nos quais se imputa a prática do crime de sonegação fiscal), seja o Poder Judiciário (no caso, o juiz de primeiro grau) – deixou de observá-la, ou ainda que as defesas interpõem recursos contra a expressa disposição da SV-24.

Afinal, o âmbito de aplicação da SV-24 é restrito e a controvérsia que ela buscou dirimir é simples: se houver decisão definitiva no plano administrativo, é possível iniciar o processo penal para determinados crimes (artigo 1º, incisos I, II, III e IV, da Lei 8.137/90); se não há decisão definitiva, o processo penal não pode ser iniciado. A decisão definitiva no plano administrativo, por sua vez, é algo simples de ser constatado, dado que deriva de um ato formal e documentado da administração pública.

Seguindo tal lógica, seria razoável esperar que logo após a edição da SV-24, em 2009, houvesse um grande número de casos em que esse dispositivo fosse aplicado a partir de 2010, a fim de resolver processos pendentes, diminuindo com o passar do tempo.

No entanto, a pesquisa constatou um aumento progressivo de julgados nos quais houve a aplicação da SV-24 ao longo dos anos, indicando que o estabelecimento dessa Súmula Vinculante pelo STF não foi capaz de reduzir o número de demandas.



Gráfico 1: Processos julgados pelos cinco TRFs, STJ e STF em que se aplica a SV-24, excluída a categoria 8, ano a ano, totalizando 971 casos examinados. Houve 35 casos em que não foi identificada a data de julgamento do recurso, por se tratarem de processos em segredo de justiça.

Entretanto, o alto número de ocorrências, por si só, não revela as causas do problema. Para que se possa fazer um diagnóstico é preciso entender as razões pelas quais esses casos foram levados aos tribunais.

Inicialmente, a hipótese de pesquisa trabalhava com duas possibilidades. Cada vez que um tribunal de segunda instância aplica a SV-24 em grau de recurso como fundamento para julgar um processo penal, isso significa que o Ministério Público iniciou uma ação penal, seguiu-se uma decisão judicial e uma das partes recorreu.

A partir daí, haveria duas possibilidades: (1) o juiz aceita a ação, defesa (1A) ou Ministério Público (1B) recorrem ao tribunal; (2) o juiz rejeita a ação, defesa (2A) ou Ministério Público (2B) recorrem ao tribunal.

Contudo, na medida em que se examinaram os casos, outras possibilidades se apresentaram. Aliás, aquelas inicialmente aventadas (1A, 1B, 2A e 2B) representam uma pequena parte das questões jurídicas discutidas nos processos examinados (apenas 15,6% do universo total de casos, somando 160 casos no período de 2010-2016).

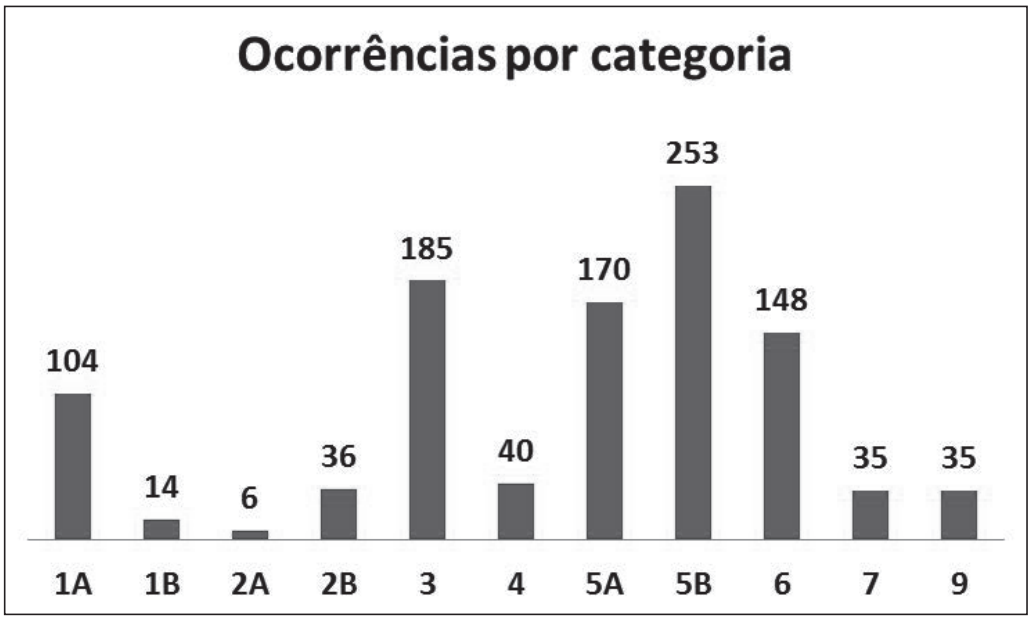


Gráfico 2: Casos em que se aplicou a SV-24, por categoria de análise, no período de 2010--2016, excluída a categoria 8. Número absoluto.

Excluindo-se as categorias 6 (controvérsia não trata da aplicação da Súmula) e 9 (impossibilidade de identificação da controvérsia jurídica por se tratar de processo em segredo de justiça), à semelhança do que foi feito com a categoria 8, passamos a ter um universo de 843 casos. Nesse caso, as categorias iniciais (1A, 1B, 2A e 2B) passam a representar 19%, com os mesmos 160 casos.

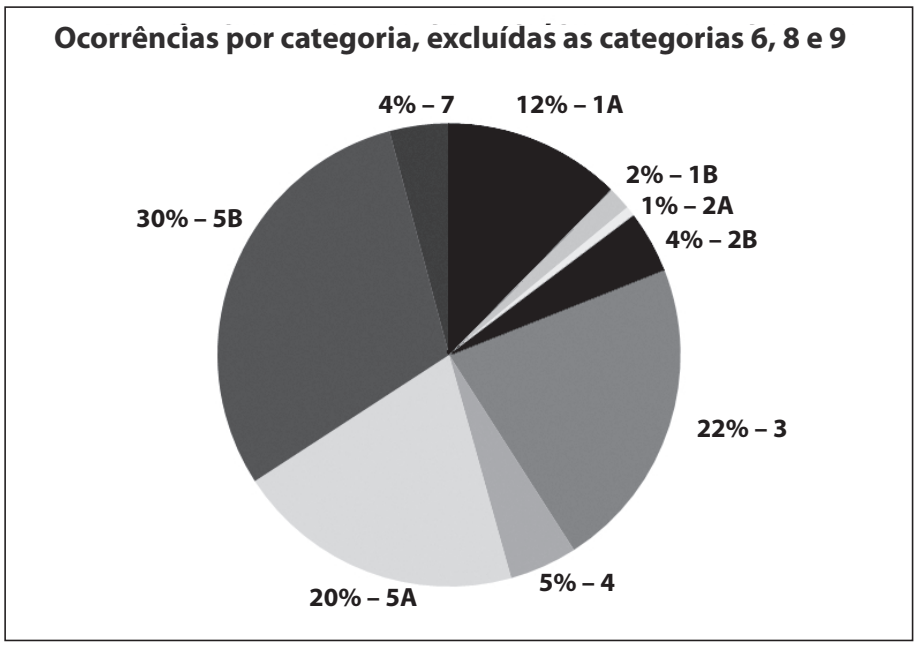


Gráfico 3: Percentual de casos em que se aplicou a SV-24, por categoria de análise, no período de 2010-2016, excluídas as categorias 6, 8 e 9.

Examinando a multiplicidade de ocorrências, apresentaram-se outras hipóteses a serem examinadas. Por que havia tantos casos aplicando a SV-24? Quais as questões ali discutidas? Quais as razões pelas quais a edição da SV-24 não foi capaz de impedir o ajuizamento de todas essas ações e recursos?

Excetuando-se os casos classificados como categoria 6 (casos em que é mencionada a SV-24, mas o conteúdo do julgamento não trata de nenhuma controvérsia relacionada à sua aplicação), categoria 8 (casos em que a base de dados do tribunal retornou julgados que não tinham nenhuma relação com a SV-24, tratando de outros temas) e categoria 9 (quando não foi possível acessar o inteiro teor do julgamento em razão da decretação de segredo de justiça), constata-se um alto número de casos que não deveria ter sido levada aos tribunais. Essa conclusão é alcançada agrupando-se as categorias referidas acima em dois grandes tipos de ocorrências:

- *Ocorrências indesejadas*: casos que foram levados aos tribunais em grau de recurso e que jamais deveriam ter sido propostos pelo Ministério Público ou aceitos pelo Judiciário (afirmação que se faz porque, em sua decisão, o tribunal teria aplicado a literalidade do texto da SV-24). Esse resultado é obtido agrupando-se as categorias:
  - 1A e 1B (quando o juiz não havia seguido a SV-24 e o tribunal reforma a decisão para aplicá-la);
  - 2A e 2B (quando o juiz aplicou a SV-24, mas uma das partes recorre e o tribunal mantém a decisão);
  - 4 (quando o tribunal não aplica a SV-24, apesar de reconhecer sua incidência no caso); e,
  - 5B (quando já houve o término do procedimento administrativo e por isso estava correta a propositura da ação penal).
- *Ocorrências não abrangidas*: situações em que a redação da SV-24 necessitaria de revisão, disciplinando melhor seu âmbito de aplicação. São casos que foram levados ao tribunal porque o texto da SV-24 não foi claro o suficiente para prever todas as situações em que ela deve ser aplicada e como. Foram agrupadas as categorias:
  - 3 (incidência da prescrição, efeito decorrente da SV-24, porém não explicitado no texto da súmula vinculante);
  - 5A (crimes tributários que não exigem resultado material e que não constam expressamente da redação da SV-24), e;
  - 7 (crimes tributários que exigem resultado material, mas não constam expressamente da redação da SV-24).

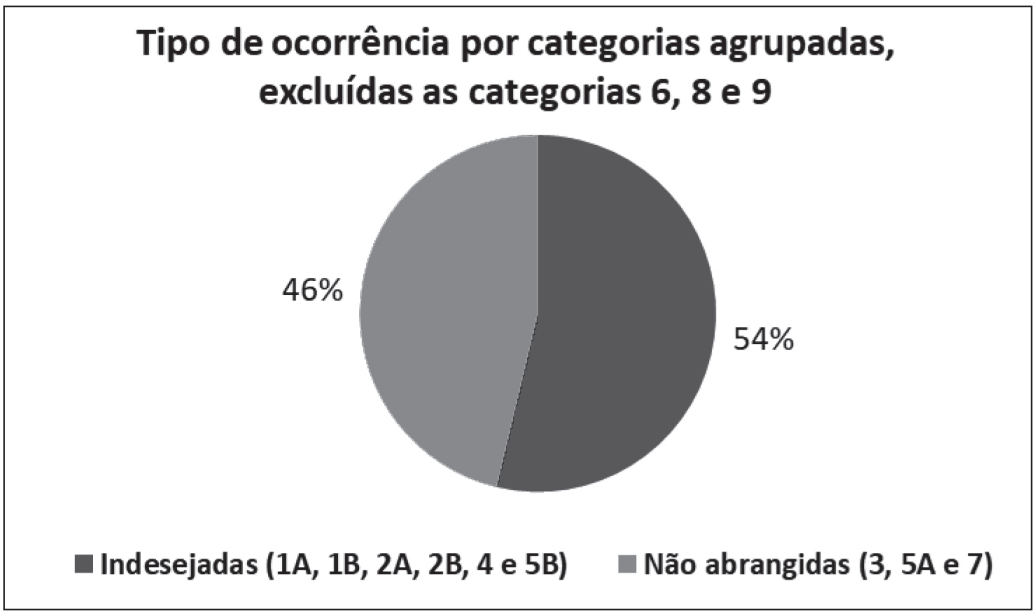


Gráfico 4: Percentual de casos julgados, considerando-se o agrupamento de categorias para fins de análise da necessidade de manifestação dos tribunais, excluídas as categorias 6, 8 e 9, no período de 2010-2016.

O gráfico acima sugere dois tipos de problemas diferentes: o primeiro ligado à não aplicação da SV-24 nas instâncias inferiores (denominado "ocorrências indesejadas") e o segundo relacionado a falta de clareza em sua redação, que não tratou dos efeitos da prescrição e nem foi taxativa acerca do alcance de sua aplicação (rotulado como ocorrências não abrangidas).

No que tange às ocorrências indesejadas (casos que não deveriam ter sido levados ao tribunal) o primeiro passo foi identificar qual parte processual (MP ou defesa) mais tem contribuído para levar aos tribunais causas que não necessitariam ser julgadas em grau de recurso, uma vez que se encontram diretamente no âmbito de aplicação da SV-24.

Trata-se de uma questão relevante, dado que as ocorrências indesejadas representam 56% de todos os casos identificados na pesquisa[42].

Entre as categorias que compõem o grupo de ocorrências indesejadas, sobressai a categoria 5B (quando já houve o encerramento do procedimento administrativo fiscal). Ora, ou bem já houve a decisão definitiva e, portanto, não haveria óbice à propositura da ação penal, ou bem não poderia existir um processo penal em razão da necessidade de se aguardar o término do procedimento administrativo. Em qualquer dos dois cenários, a aplicação da SV-24 pelo

42. Excluídas as categorias 6, 8 e 9.

juiz de 1ª instância não autorizaria que nenhuma das partes (acusação e defesa) levasse o caso aos tribunais em grau de recurso. Essa categoria representa mais da metade de todas as ocorrências indesejadas, como se pode constatar do gráfico abaixo.

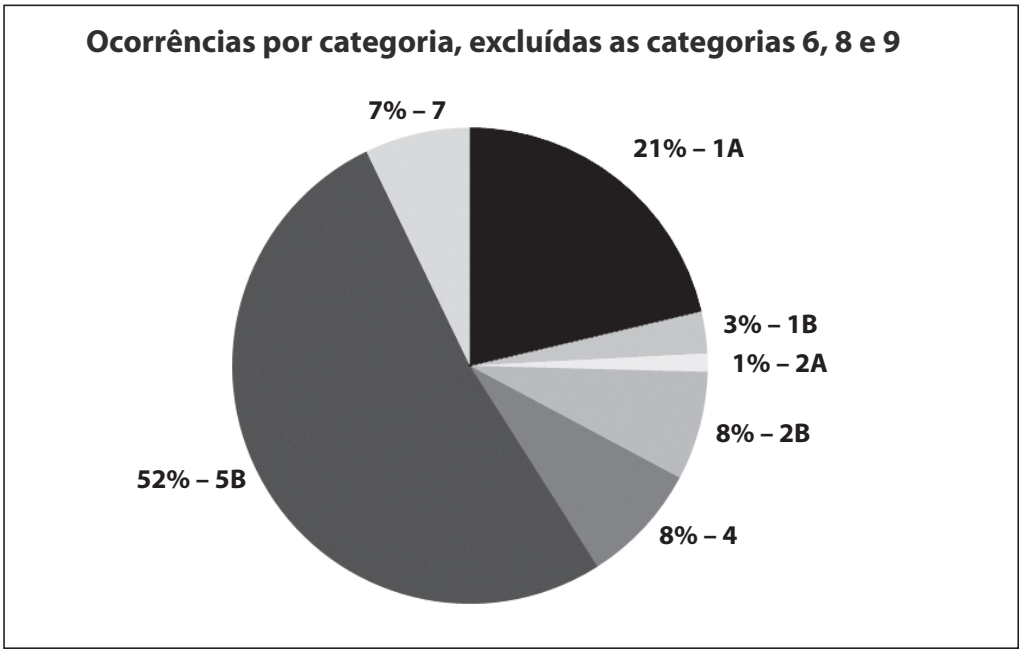


Gráfico 5: Percentual de casos, por categoria de análise, dentro do grupo de ocorrências indesejadas, em que se aplicou a SV-24, no período de 2010-2016.

Cabe, então, analisar qual das duas partes processuais (acusação ou defesa) estaria promovendo recursos contra o texto expresso da SV-24, sobretudo na categoria 5B (quando já houve o encerramento do procedimento administrativo), que representa mais da metade de todos os casos do grupo de ocorrências indesejadas.

Como se constata do gráfico abaixo, a defesa foi responsável por 73,5% dos recursos aos tribunais (ou 77,65%, se considerarmos também os casos em que ambas as partes recorreram).

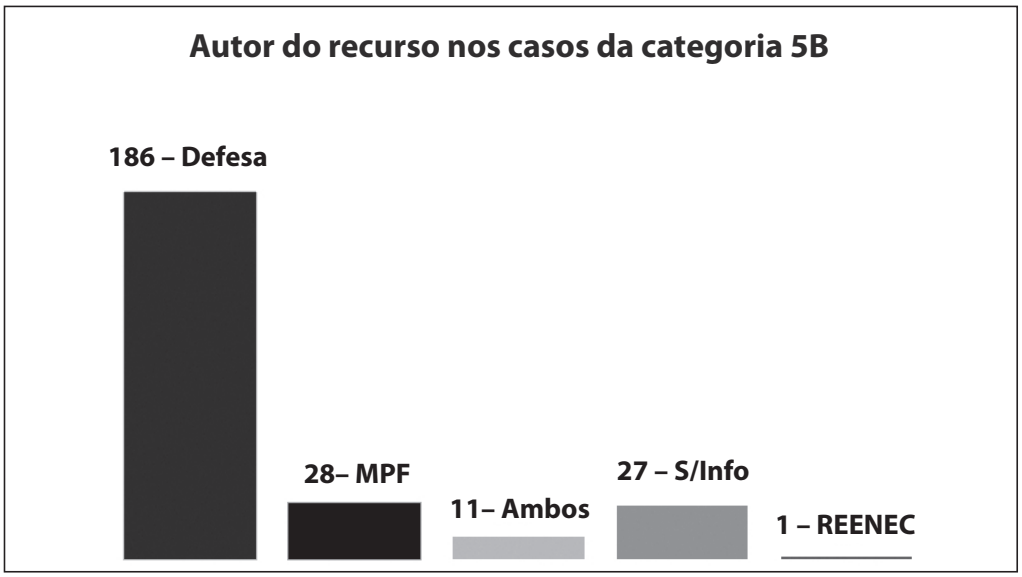


Gráfico 6: Casos, por parte autora dos recursos da categoria 5B, no período de 2010-2016. A classe processual REENEC significa reexame necessário, previsto no art. 574, do Código de Processo Penal, quando um *habeas corpus* é concedido por um juiz de 1ª instância[43].

Uma interpretação apressada seria a de que, mesmo presentes os requisitos para o início da ação penal por crime tributário material (exaurimento da fase administrativa), a defesa estaria recorrendo com a exclusiva finalidade de protelar o julgamento. Contudo, a atuação da defesa deve-se a outro motivo: a inobservância, pelo próprio Supremo Tribunal Federal, da SV-24.

Em dezembro de 2009, quando foi editada a SV-24, o STF fixou o entendimento de que a ação penal não poderia ser iniciada antes do encerramento do procedimento administrativo fiscal. Surpreendentemente, apenas dois meses depois, em fevereiro de 2010, o STF excepcionou a aplicação dessa regra, no julgamento do HC 95.443[44], ao permitir a instauração de inquérito para apurar uma suposta sonegação fiscal.

Se não há crime enquanto não for concluído o procedimento administrativo fiscal, não se poderia iniciar uma investigação (já que não se pode instaurar inquérito para apurar fatos atípicos). Mas não foi essa a decisão da 1ª Turma do STF:

> 1. A questão posta no presente writ diz respeito à possibilidade de instauração de inquérito policial para apuração de crime contra a ordem tributária,

43. Art. 574. Os recursos serão voluntários, excetuando-se os seguintes casos, em que deverão ser interpostos, de ofício, pelo juiz: I – da sentença que conceder *habeas corpus*.

44. HC 95.443 – STF – 2ª Turma. Min. Teori Zavascki. J. 10.03.2015.

> antes do encerramento do procedimento administrativo-fiscal. 2. O tema relacionado à necessidade do prévio encerramento do procedimento administrativo-fiscal para configuração dos crimes contra a ordem tributária, previstos no art. 1º, da Lei nº 8.137/90, já foi objeto de aceso debate perante esta Corte, sendo o precedente mais conhecido o HC nº 81.611 (Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, julg. 10.12.2003). [...] 4. Entretanto, o caso concreto apresenta uma particularidade que afasta a aplicação dos precedentes mencionados. 5. Diante da recusa da empresa em fornecer documentos indispensáveis à fiscalização da Fazenda estadual, tornou-se necessária a instauração de inquérito policial para formalizar e instrumentalizar o pedido de quebra do sigilo bancário, diligência imprescindível para a conclusão da fiscalização e, consequentemente, para a apuração de eventual débito tributário. 6. Deste modo, entendo possível a instauração de inquérito policial para apuração de crime contra a ordem tributária, antes do encerramento do processo administrativo-fiscal, quando for imprescindível para viabilizar a fiscalização. 7. Ante o exposto, denego a ordem de habeas corpus". (STF – HC 95.443 – 2ª Turma – Rel. Min. Ellen Gracie. J. 02.02.2010).

Nas palavras de Diogo Tebet, o Supremo

> [...] se escorou em razões puramente pragmáticas e afinadas com a pauta expansionista penal, e para isso, publicamente, desconsidera o verbete da súmula vinculante. Chega-se a afirmar que caso a ordem fosse deferida equivaleria a "*assegurar a impunidade da sonegação fiscal*" e que a quantia tida como sonegada "*poderia ser destinada para a construção de hospitais e escolas públicas*"[45] (destaque no original).

Apenas um mês depois, em março de 2010, o STF mudou novamente de entendimento, aplicando o teor literal da SV-24:

> I – Os delitos previstos no art. 1º da Lei 8.137/90 são de natureza material, exigindo, para a sua tipificação, a constituição definitiva do crédito tributário para o desencadeamento da ação penal. II – Carece de justa causa qualquer ato investigatório ou persecutório judicial antes do pronunciamento definitivo da administração fazendária no tocante ao débito fiscal de responsabilidade do contribuinte. III – O entendimento fixado na ADI 1.571

45. TEBET, Diogo. Considerações acerca da súmula vinculante na investigação criminal: o papel do supremo tribunal federal. In: FERNANDES, Márcia Adriana; PEDRINHA Roberta Duboc (Org.). *Escritos transdisciplinares de criminologia, direito e processo penal*: homenagem aos mestres Vera Malaguti e Nilo Batista. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 353.

> reafirmou a jurisprudência do STF no sentido de que a constituição definitiva do crédito tributário configura condição necessária para o início da *persecutio criminis*, sendo equivocada a interpretação do julgado em questão pelo primeiro e segundo graus de jurisdição. IV – Entendimento já pacificado por ocasião do recebimento da denúncia e, hoje, consolidado na Súmula Vinculante 24. V – Ordem concedida (STF – HC 97.118 – 1ª Turma – Rel. Min. Ricardo Lewandowski. J. 23.03.2010).

Posteriormente, em novembro de 2011, por ocasião do julgamento do HC 108.037[46], a 1ª Turma do STF relativizou novamente a aplicação da SV-24.

Embora o Supremo tenha mantido a posição de que não poderia haver uma ação penal sem que houvesse o encerramento do procedimento administrativo, dadas as particularidades do caso concreto (uma sonegação fiscal de cerca de 10 milhões de reais, cujo processo penal havia sido iniciado antes da edição da SV-24), o STF deixou de anular uma ação penal que havia sido iniciada antes do lançamento definitivo, mas que, por ocasião da sentença de primeiro grau, já havia sido encerrado[47].

O julgamento do HC 108.037 parece estar fundamentado em razões de ordem pragmática, usando como argumento o fato consumado do lançamento definitivo no momento do exame da questão pelo Tribunal.

Mas o STF ainda retornaria à posição inicial, rejeitando a atuação persecutória penal enquanto não terminado o procedimento administrativo, ao julgar o HC 97.854 em 2014:

---

46. STF – HC 108.037 – 1ª Turma. Rel. Min. Marco Aurelio. J. 29.11.2011.

47. Veja-se, a respeito, trecho do relatório elaborado pelo relator, Min. Marco Aurélio: "Conforme fez ver, de fato, o recebimento da denúncia ocorreu em 16 de maio de 2003 e a inscrição do crédito tributário em Dívida Ativa em 21 de fevereiro de 2004, quando estava em curso a instrução criminal e, portanto, antes da sentença, somente proferida em 4 de agosto de 2005. Realçou que, ajuizada a ação, a defesa teria pedido a suspensão do processo até a constituição definitiva do crédito tributário. O Juízo indeferiu o pleito com base na jurisprudência, então dominante no Superior Tribunal, no sentido de ser prescindível à propositura da ação penal o encerramento do processo administrativo-fiscal, entendimento modificado a partir do julgamento do *Habeas Corpus* nº 81.611/DF, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, na sessão de 10 de dezembro de 2003. Asseverou, em seguida, que, embora tenha sido recebida a denúncia em momento anterior à constituição do crédito tributário, a superveniente inscrição do débito em dívida ativa afastaria a alegação de falta de justa causa para a ação penal, razão pela qual se impunha o aproveitamento dos atos processuais praticados, ante o princípio da economia processual". STF – HC 108.037 – 1ª Turma. Rel. Min. Marco Aurelio. J. 29.11.2011.

> 1. A Súmula Vinculante 24 estabelece que "Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo". 2. Instaurada a persecução penal em momento anterior ao lançamento definitivo do débito tributário, não há como deixar de reconhecer a falta de justa causa para a ação penal. 3. Circunstância que a jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal tem como "vício processual que não é passível de convalidação" (HC 100.333, Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma). Precedentes: HC 97.118, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma; HC 105.197, Rel. Min. Ayres Britto. 4. Superação da Súmula 691/STF. 5. Ordem concedida, ratificada a liminar deferida, para anular o processo-crime instaurado contra o paciente (STF – HC 97.854 – 1ª Turma. Rel. Min. Roberto Barroso. J. 11.03.2014).

O Supremo ainda mudaria mais uma vez sua posição, agora em 2016. Julgando o ARE 936.653, o STF afirmou novamente ser possível a *mitigação* da SV-24:

> 1. Os crimes contra a ordem tributária pressupõem a prévia constituição definitiva do crédito na via administrativa para fins de tipificação da conduta. A jurisprudência desta Corte deu origem à Súmula Vinculante 24, a qual dispõe: "Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no artigo 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo". 2. *Não obstante a jurisprudência pacífica quanto ao termo inicial dos crimes contra a ordem tributária, o Supremo Tribunal Federal tem decidido que a regra contida na Súmula Vinculante 24 pode ser mitigada de acordo com as peculiaridades do caso concreto*, sendo possível dar início à persecução penal antes de encerrado o procedimento administrativo, nos casos de embaraço à fiscalização tributária ou diante de indícios da prática de outros delitos, de natureza não fiscal (STF – ARE 936.653 – 1ª Turma. Rel. Min. Roberto Barroso. J. 24.05.2016). (destaque no original)

A oscilação do STF em torno da SV-24 cria enorme insegurança jurídica. A Súmula Vinculante foi editada em 2009, descumprida em 2010, reafirmada em 2010, novamente descumprida em 2011, novamente reafirmada em 2014 e, por fim, descumprida mais uma vez em 2016.

Ademais, ao afirmar que uma súmula vinculante pode ser mitigada, ou seja, não vincular sempre (só às vezes), o próprio STF cria incentivos para que surjam novos recursos a fim de discutir aspectos particulares de cada caso. Ao deixar de revisar a SV-24, explicitando as situações em que ela não incide, modificando seu texto para que ela se adequasse ao entendimento do Tribunal, o STF contribuiu para o crescimento de processos que não existiriam se a aplicação da Súmula Vinculante fosse clara.

Ao abandonar o teor literal da SV-24, o STF permitiu que a seguinte situação passasse a ocorrer: o Ministério Público instaura a ação penal antes do término do procedimento administrativo, levando a defesa a recorrer ao tribunal (requerendo a aplicação da SV-24 em seu teor literal). Porém, ao examinar a questão em segunda instância ou nos tribunais superiores, se a fase administrativa já estivesse exaurida, os tribunais poderiam aplicar a SV-24, em sua forma *mitigada*.

Porém, como os julgados que mitigaram a SV-24 (HC 95.443, HC 108.037 e ARE 936.653) não possuem efeito vinculante, nada impediria que casos semelhantes fossem decididos de maneiras diferentes pelos vários tribunais. O fato do STF ter reafirmado a SV-24 em outras ocasiões (HC 97.118 e HC 97.854) colabora para o cenário de ausência de previsibilidade e estimula a litigância do Ministério Público (ajuizando ações que não deveriam ser instauradas segundo o teor literal da SV-24) e da defesa (que passa a recorrer aos tribunais de segunda instância e superiores buscando a aplicação da Súmula Vinculante).

A segunda maior categoria de casos do grupo de ocorrências indesejadas (21%) também é produto de recursos apresentados pela defesa. No caso, trata-se da categoria 1A, representativa dos casos em que os juízes de primeiro grau recusaram-se a aplicar a SV-24, sendo essa decisão reformada pelos tribunais.

A recusa dos juízes de primeiro grau em aplicar a SV-24 pode estar ligada à oscilação da jurisprudência do STF e sua decisão de *mitigar* a aplicação da SV-24 em análises casuísticas. Afinal, se a mais alta corte de justiça do país não respeita a própria súmula vinculante, os juízes de primeiro grau também não se sentem obrigados a seguir esse entendimento. Em consequência, a insegurança jurídica aumenta.

A consequência seria a seguinte situação (hipotética, mas provável): dois contribuintes sofrem ações fiscalizatórias idênticas, nas quais se identifica a potencial ocorrência de crime tributário material. Nos dois casos são propostas as respectivas ações penais antes de encerrado o procedimento administrativo fiscal. Nos dois casos os juízes de primeiro grau admitem a ação e permitem o prosseguimento da ação penal. Nos dois casos os dois contribuintes recorrem aos tribunais.

No caso do primeiro contribuinte, o tribunal determina a aplicação da SV-24 (categoria 1A) visto que no momento da instauração da ação penal não havia sido encerrado o procedimento administrativo; já no caso do segundo contribuinte, o tribunal decide *mitigar* a aplicação da SV-24 (categoria 5B) porque no momento do julgamento do recurso o procedimento administrativo havia terminado, embora não o houvesse na ocasião da propositura da ação penal.

O tratamento distinto de situações idênticas produz insegurança jurídica e estimula mais recursos aos tribunais. Justamente o efeito oposto que a súmula vinculante deveria produzir.

O segundo tipo de problema trata das ocorrências não abrangidas, que representam 44% dos casos julgados[48] e dizem respeito às situações em que a controvérsia decorre de falhas na redação da SV-24, já que: (1) não foi precisa ao definir quais são os crimes abrangidos efetivamente e quais não são, nem (2) tratou expressamente dos efeitos da prescrição. Portanto, enfrentada e corrigida a vagueza na redação, o efeito estimado seria uma diminuição de 44% dos casos.

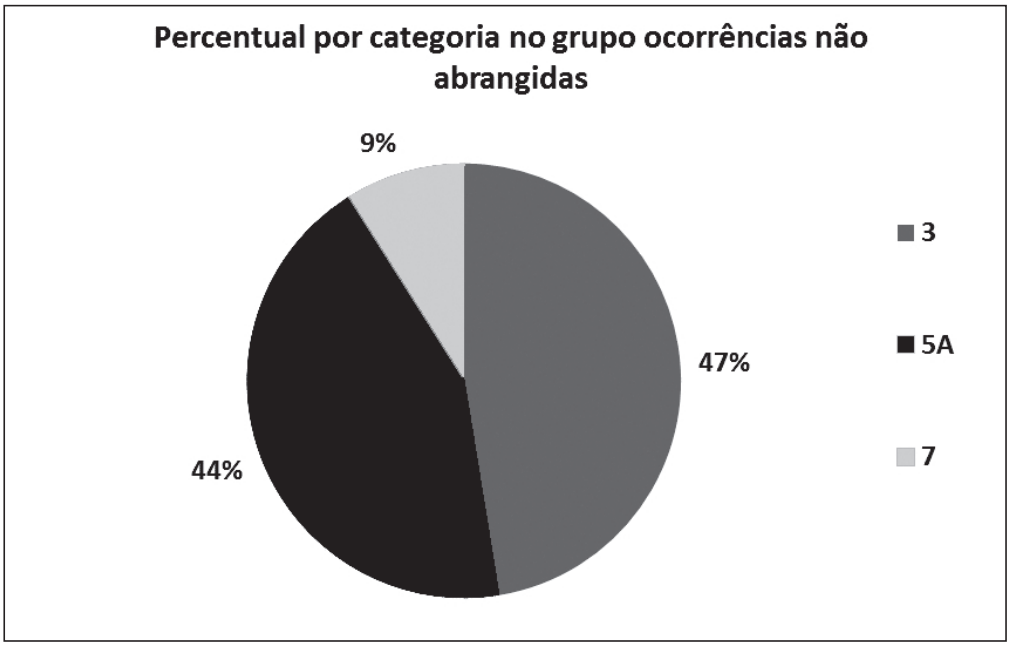


Gráfico 7: Percentual, por categoria de análise, dentro do grupo de ocorrências não abrangidas, no período de 2010-2016.

Atualmente, a legislação prevê dezenove modalidades de crimes tributários, sendo que apenas quatro estão abrangidas expressamente pela SV-24[49]. Nesse ponto, uma definição do STF sobre quais dessas quinze outras modalidades

48. Excluídas as categorias 6, 8 e 9.

49. Há seis modalidades de crime tributário previstas no Art. 1º, da Lei 8.137/90 (das quais apenas quatro estão abrangidas pela SV-24), cinco modalidades previstas no Art. 2º, da Lei 8.137/90 (nenhuma delas abrangida), quatro modalidades previstas no art. 168-A do CP, três modalidades previstas no art. 337-A, do CP e uma modalidade prevista no art. 334, do CP, nenhuma delas abrangidas pela SV-24. Todas essas modalidades são apresentadas no anexo 1.

devem ser abrangidas pela SV-24 (categoria 7, equivalente a 9% desse grupo) e quais não devem (categoria 5A, 44% dos casos desse grupo) eliminaria 53% dos casos desse grupo de ocorrências, correspondente a 388 processos (24% do total de casos, excluindo-se as categorias 6, 8 e 9, conforme gráfico 3, acima).

Com efeito, embora se pudesse interpretar que todos os crimes não mencionados expressamente deveriam ser considerados excluídos do âmbito de aplicação, o fato é que decisões do próprio STF afirmando que há outros crimes materiais contra a ordem tributária estimula que se recorra aos tribunais para discutir a incidência da SV-24 em todos os crimes tributários.

Um exemplo é o crime de sonegação de contribuição previdenciária, artigo 337-A, do Código Penal (incluído no Código pela Lei 9.983/2000), cuja redação é praticamente idêntica à do art. 1º, da Lei 8.137/90:

Art. 1º, I, Lei 8.137/90 (incluído na SV-24)	**Art. 337-A, do Código Penal (não incluído na SV-24)**
Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I – omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias.	Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I – omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços.

Fica claro que, ao não incluir o art. 337-A na SV-24, o STF estimulou que pessoas processadas por esse crime quando ainda não estivesse encerrado o procedimento administrativo fiscal recorressem aos tribunais para receber tratamento semelhante ao daquelas pessoas processadas pelo crime do art. 1º, I, da Lei 8.137/90. Isso ocorre porque, em matéria penal, é um princípio já consagrado a analogia *in bonam partem*, significando que se a lei dá tratamento mais benéfico para um caso, esse tratamento deve ser aplicado também nos casos análogos.

Assim, embora a SV-24 não mencione expressamente o art. 337-A do Código Penal, isso não impediria que os tribunais aplicassem a Súmula Vinculante por reconhecerem que se trata de situação análoga à do art. 1º, I, da Lei 8.137/90.

Aliás, o próprio Plenário do STF afirmou, em julgamento realizado no ano de 2013, que o crime previsto no art. 337-A, do Código Penal, possui as mesmas características do crime do art. 1º, I, da Lei 8.137/90, fazendo incidir a SV-24.

> Passo, então, a analisar a segunda questão posta. Em síntese: a necessidade ou não da constituição do crédito tributário, como condição objetiva de punibilidade, na hipótese de ação penal que tem como objeto o crime de sonegação de contribuição previdenciária, previsto no art. 337-A do Código Penal: [...]. *E, de fato, não consigo encontrar justificativa razoável para sustentar tratamento distinto ao tipo previsto no artigo 1º da Lei 8.137/90 e àquele previsto no art. 337-A do Código Penal.* [...] De fato, o Enunciado nº 24 da Súmula Vinculante desta Suprema Corte não é de aplicabilidade obrigatória à hipótese em tela, uma vez que não versa expressamente sobre o art. 337-A do Código Penal. Contudo, desde o julgamento do Recurso Extraordinário 146.733/SP, de relatoria do Ministro Moreira Alves, esta Corte tem reiteradamente considerado, em seus julgados, que as contribuições devidas à Previdência Social possuem natureza tributária [...]. *Assim, a sistemática de imputação penal por crimes de sonegação contra a Previdência Social deve se sujeitar à mesma lógica aplicada àqueles contra a ordem tributária em sentido estrito* (STF – Inq. 3.102 – Tribunal Pleno – Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 25.04.2013). (destaque no original)

No entanto, mesmo tendo decidido a questão por unanimidade, nenhuma ação foi tomada pelo STF para modificar o texto da SV-24 e incluir esse crime entre aqueles abrangidos pelo enunciado. Dessa forma, manteve aberta a possibilidade de que juízes e tribunais que divergissem desse entendimento adotassem posição contrária à do STF, estimulando recursos aos tribunais.

O mesmo ocorre com o crime previsto no art. 168-A, do Código Penal[50], também criado pela Lei 9.983/2000. Ao julgar o Agravo Regimental no Inquérito 2.537, o Plenário do STF afirmou que o art. 168-A é crime tributário material, não se podendo iniciar a persecução penal enquanto não encerrado o procedimento administrativo fiscal:

> Apropriação Indébita Previdenciária – Crime – Espécie. A apropriação indébita disciplinada no artigo 168-A do Código Penal consubstancia crime omissivo material e não simplesmente formal. Inquérito – Sonegação Fiscal – Processo Administrativo. *Estando em curso processo administrativo mediante o qual questionada a exigibilidade do tributo, ficam afastadas a persecução criminal* e – ante o princípio da não-contradição, o princípio da razão suficiente – a manutenção de inquérito, ainda que sobrestado (STF – Inq. 2.537 AgR – Tribunal Pleno – Rel. Min. Marco Aurélio. J. 10.03.2008). (destaque no original)

50. Crime de apropriação indébita previdenciária, previsto no Código Penal: "Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional".

O julgamento acima ocorreu em 2008, depois do STF haver firmado o *leading case* acerca da necessidade de se aguardar o término do procedimento administrativo para a propositura de ação penal[51], *mas antes da edição da SV-24*.

Logo, uma vez que a natureza material desse crime já fora declarada pelo Supremo, constata-se uma omissão prejudicial à segurança jurídica e à eficiência do Poder Judiciário decorrente de sua não inclusão no rol dos crimes abrangidos pela SV-24. A responsabilidade pelas controvérsias ligadas ao âmbito de aplicação da SV-24 é do STF, a quem cabia ter incluído o crime previsto no art. 168-A, do CP, quando da sua edição, bem como ter alterado a redação para incluir o crime do art. 337-A, do CP, o que o Supremo poderia fazer independentemente de provocação.

Vale ressaltar que, por ocasião da discussão da redação da SV-24, duas alternativas de redação se apresentaram. A primeira era mais genérica, ao passo que a segunda especificava os crimes:

Redação original (proposta)	Redação alternativa (aprovada)
Não se tipifica crime material contra a ordem tributária antes do lançamento definitivo do crédito.	Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.

A opção pela redação mais detalhada tomou por base o caso concreto que serviu de *leading case* para a edição da SV-24. No entanto, ao se elaborar uma Súmula Vinculante, deve-se atentar para sua finalidade, que é evitar demandas repetidas e uniformizar o tratamento de determinada questão jurídica.

Se o STF tivesse optado pela primeira redação talvez houvesse menos casos, pois sempre que se declarasse determinado crime como material não haveria dúvidas acerca da sua inclusão no âmbito de abrangência da SV-24. Por outro lado, se tivesse avançado na discussão para, desde logo, identificar quais os outros crimes que possuem características semelhantes, incluindo-os no âmbito de aplicação da SV-24 e excluindo os demais, o resultado seria ainda melhor, uma vez que a taxatividade da Súmula contribui para a segurança jurídica.

O fato de os juízes poderem ser instados a aplicar a SV-24 em casos semelhantes (dada a lacuna na redação da Súmula) certamente estimula que se busque sua aplicação também nos casos que não foram expressamente previstos, mas que não reclamariam sua aplicação por se tratarem de crimes formais, em que não se exige o resultado material.

51. HC 81.611, julgado em 02.12.2003.

O exemplo a ser utilizado aqui é o do crime de descaminho, previsto no art. 334 do Código Penal, com a seguinte redação: "Art. 334. Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria".

"Iludir no todo" assemelha-se a "suprimir mediante fraude"; já "iludir em parte" se parece com "reduzir mediante fraude", de modo que as condutas previstas no art. 1º, I, da Lei 8.137/90 poderiam ser equiparadas àquelas previstas no art. 334 do Código Penal.

A interpretação literal do tipo penal sugere que o descaminho é um crime tributário material cuja existência depende da existência de um dano ao erário, apurado ao final de um procedimento administrativo. Essa interpretação é reforçada quando se constata que o STF trata o descaminho como crime tributário material, pois aplica aos crimes de descaminho o princípio da insignificância[52]. Ou seja, se o valor apurado no procedimento administrativo for inferior a vinte mil reais, não há crime.

Contudo, ao ser especificamente instado a se manifestar sobre a aplicação da SV-24 ao crime de descaminho, o STF negou a incidência da súmula, ao argumento de se trata de um crime tributário formal, que não depende da existência de um dano para existir[53], o que se mostra incongruente com a posição do próprio STF de aplicar o princípio da insignificância a esse crime.

---

52. O STF decidiu que se aplica o princípio da insignificância ao crime de descaminho desde antes da edição da SV-24, mantendo esse entendimento até atualmente: "[...] III. *Descaminho considerado como 'crime de bagatela'. Aplicação do 'princípio da insignificância'*. Para a incidência do princípio da insignificância só se consideram aspectos objetivos, referentes à infração praticada, assim a mínima ofensividade da conduta do agente; a ausência de periculosidade social da ação; o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; a inexpressividade da lesão jurídica causada (HC 84.412, 2ª T., Celso de Mello, DJ 19.11.04). A caracterização da infração penal como insignificante não abarca considerações de ordem subjetiva: ou o ato apontado como delituoso é insignificante, ou não é. E sendo, torna-se atípico, impondo-se o trancamento da ação penal por falta de justa causa (HC 77.003, 2ª T., Marco Aurélio, RTJ 178/310). IV. Concessão de *habeas corpus* de ofício, para restabelecer a rejeição da denúncia". STF – AI 559.904 QO – 1ª Turma. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. J. 07.06.2005. No mesmo sentido: STF – RE 550.761 – 1ª Turma. Rel. Min. Menezes Direito. J. 27.11.2007; STF – HC 92.740 – 1ª Turma – Rel. Min Cármen Lúcia. J. 19.02.2008 e STF – HC 97.096 – 1ª Turma – Rel. Min. Dias Toffoli. J. 04.05.2010. Mais recentemente: HC 126.191 – STF – 1ª Turma. Min. Dias Toffoli. J. 03.03.2015; HC 139.393 – STF – 2ª Turma. Min. Ricardo Lewandowski. J. 18.04.2017 e HC 127.173 – STF – 2ª Turma. Min Roberto Barroso. J. 21.03.2017.

53. "Ementa: [...] 2. *Quanto aos delitos tributários materiais, esta nossa Corte dá pela necessidade do lançamento definitivo do tributo devido, como condição de caracterização do*

A afirmação, pelo Supremo, de que o descaminho é *mezzo* crime material (porque se torna atípico devido ao pequeno valor apurado ao final do procedimento administrativo) e *mezzo* crime formal (autorizando que se instaure ação penal mesmo sem a caracterização de um dano ao erário) fragiliza a busca pela eficiência e celeridade processual. Permite que se instaure um processo penal por uma conduta que pode, ao final do procedimento administrativo, descobrir-se ser atípica em razão da insignificância do valor devido de tributo.

A indefinição acerca da natureza de crime material ou formal também envolve o art. 2º, inc. I, da Lei 8.137/90. Ao examinar a natureza desse crime, em 2007, as duas Turmas do Supremo, em julgamentos distintos, afirmaram tratar-se de crime material:

> Ordem parcialmente concedida para que a ação penal instaurada na origem seja trancada tão-somente com relação aos delitos de sonegação fiscal (Lei nº 8.137/1990, art. 1º, inciso I e art. 2º, I) que ainda estejam em discussão no âmbito administrativo-fiscal, sem prejuízo, porém, de que a persecução penal persista com relação aos demais tipos imputados ao paciente na denúncia (HC 89.965 – STF – 2ª Turma. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 06.02.2007).
>
> 1. Denúncia carente de justa causa quanto ao crime tributário, pois não precedeu da investigação fiscal administrativa definitiva a apurar a efetiva sonegação fiscal. Nesses crimes, por serem materiais, é necessária a comprovação do efetivo dano ao bem jurídico tutelado. A existência do crédito tributário é pressuposto para a caracterização do crime contra a ordem tributária, não se podendo admitir denúncia penal enquanto pendente o efeito preclusivo da decisão definitiva em processo administrativo. Precedentes. 2. *Habeas corpus* concedido (HC 89.983 – STF – 1ª Turma. Rel. Min. Cármen Lúcia. J. 06.03.2007).

---

crime. Tal direção interpretativa está assentada na ideia-força de que, para a consumação dos crimes tributários descritos nos cinco incisos do art. 1º da Lei 8.137/1990, é imprescindível a ocorrência do resultado supressão ou redução de tributo. Resultado aferido, tão-somente, após a constituição definitiva do crédito tributário (Súmula Vinculante 24). 3. Por outra volta, a consumação do delito de descaminho e a posterior abertura de processo-crime não estão a depender da constituição administrativa do débito fiscal. *Primeiro, porque o delito de descaminho é rigorosamente formal,* de modo a prescindir da ocorrência do resultado naturalístico. Segundo, porque a conduta materializadora desse crime é 'iludir' o Estado quanto ao pagamento do imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria. E iludir não significa outra coisa senão fraudar, burlar, escamotear. Condutas, essas, minuciosamente narradas na inicial acusatória" (STF – HC 99.740 – Segunda Turma – Rel. Min. Ayres Britto, J. 23.11.2010. No mesmo sentido: STF – RHC 123.844 – 2ª Turma – Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 04.11.2014 e STF – HC 122.268 – 2ª Turma – Rel. Min. Dias Toffoli. J. 24.03.2015.

No ano seguinte, em 2008, o Plenário do STF reafirmou esse entendimento:

> Ementa: Recurso ordinário em *habeas corpus*. Crime tributário. Processo administrativo em curso. Inquérito policial. Constrangimento. Precedentes. [...] Recurso julgado parcialmente procedente. 1. Recurso Ordinário em habeas corpus, no qual se pretende o trancamento de inquérito policial instaurado para apuração de possível crime de sonegação fiscal, sob o fundamento de que o procedimento administrativo ainda não foi concluído. Constrangimento ilegal que se verifica na espécie, segundo precedentes desta Corte (RHC 90.532 – STF – Tribunal Pleno – Rel. Min. Joaquim Barbosa. J. 01.07.2008).

Contudo, em 2009, ao julgar os embargos de declaração no RHC 90.532, o STF decidiu de forma distinta:

> Art. 2º, inc. I, da Lei nº 8.137/90. Crime formal. Desnecessidade de conclusão do procedimento administrativo para a persecução penal. Visando os embargos declaratórios à modificação do provimento embargado, impõe-se, considerado o devido processo legal e a ampla defesa, a ciência da parte contrária para, querendo, apresentar contra-razões. O tipo penal previsto no artigo 2º, inc. I, da Lei 8.137/90, é crime formal e, portanto, independe da consumação do resultado naturalístico correspondente à auferição de vantagem ilícita em desfavor do Fisco, bastando a omissão de informações ou a prestação de declaração falsa, não demandando a efetiva percepção material do ardil aplicado. Dispensável, por conseguinte, a conclusão de procedimento administrativo para configurar a justa causa legitimadora da persecução. Embargos declaratórios providos (Embargos de declaração no RHC 90.532 – STF – Tribunal Pleno – Rel. Min. Joaquim Barbosa. J. 23.09.2009).

Todos os quatro casos relacionados ao art. 2º, I, da Lei 8.137/90 foram julgados antes da edição da SV-24, mas nenhum desses julgamentos possui efeito vinculante. Por essa razão, o Supremo deveria ter incluído o referido crime no âmbito de aplicação da súmula ou expressamente rejeitado a inclusão. Não o fez.

Diante de um cenário em que há julgamentos dissonantes sem efeito vinculante, favorece-se a litigância em razão da insegurança jurídica acerca da incidência, ou não, da SV-24 nesse tipo penal.

Ainda no que tange aos problemas de redação, a pesquisa identificou 185 casos em que se discutia o efeito da prescrição (categoria 3, correspondente a 47% do grupo de ocorrências não abrangidas). Trata-se da categoria com a segunda maior taxa de incidência, responsável por 22% dos casos totais.

Quando do julgamento do *leading case* que daria origem à SV-24, HC 81.611, uma das controvérsias tratava dos efeitos da prescrição. Ministros como Ellen Gracie e Joaquim Barbosa demonstraram preocupação com o fato de que aguardar o término do processo administrativo poderia levar à prescrição dos crimes. No entanto, isso não ocorreria, uma vez que a tese jurídica que impedia o início do processo penal era justamente o reconhecimento de que não haveria consumação enquanto não fosse estabelecida a existência de tributo devido.

Em consequência, não verificada a existência de crime, não haveria que se falar em início do prazo prescricional[54], ou em punibilidade da conduta[55].

Aqui é importante fazer um registro acerca da discussão ocorrida durante o julgamento que definiu os termos da SV-24. Dois Ministros do STF (Ellen Gracie e Joaquim Barbosa) defenderam que constasse expressamente na redação como seriam operados os efeitos da prescrição, tendo inclusive votado contra sua aprovação, por entenderem que ela não explicitava totalmente seus efeitos. Veja-se o debate:

> A Senhora Ministra Ellen Gracie (Relatora) – A súmula, a proposta, pelo menos, Ministro Peluso, com a devida vênia, não resume a jurisprudência porque omitiu completamente a questão da prescrição.
>
> O Senhor Ministro Cezar Peluso – Mas essa é outra matéria.
>
> O Senhor Ministro Joaquim Barbosa – Essa matéria foi discutida no *leading case*.
>
> O Senhor Ministro Cezar Peluso – Sim, mas a súmula nada diz sobre prescrição, ou seja, não se trata de uma súmula que negue ou afirme a prescrição. Essa é uma matéria em aberto, que pode ser rediscutida.
>
> A Senhora Ministra Ellen Gracie (Relatora) – Ou seja, vai deixar toda a magistratura na dúvida com relação à matéria.
>
> O Senhor Ministro Cezar Peluso – A magistratura não tem dúvida só sobre isso, tem dúvida permanente sobre tudo, questiona tudo" (PSV 29-DF – STF – Tribunal Pleno. J. 02.12.2009. p. 2-3).
>
> [...]

54. Art. 111 do Código Penal: "Art. 111 – A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr: I – do dia em que o crime se consumou".

55. Art. 116 do Código Penal: "Art. 116 – Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre: I – enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime".

> O Senhor Ministro Joaquim Barbosa – Mas a súmula vai lançar dúvida.
>
> O Senhor Ministro Cezar Peluso – A dúvida já existe na cabeça de alguns, Ministro.
>
> O Senhor Ministro Joaquim Barbosa – E mais, o que estou dizendo é que esse aspecto constou do *leading case* e de vários outros precedentes. Eu não vejo razão para omiti-lo da súmula.
>
> O Senhor Ministro Ricardo Lewandowski – Mas ele pode fazer parte de outra súmula.
>
> O Senhor Ministro Cezar Peluso – Podemos fazer uma súmula com a proposta da súmula.
>
> O Senhor Ministro Joaquim Barbosa – Estão sumulando pela metade (PSV 29-DF – STF – Tribunal Pleno. J. 02.12.2009. p. 23).

Depois de citar diversos precedentes sobre o tema, todos tratando de situações fáticas em que se aplicou o entendimento que viria a ser consolidado na SV-24 e que também abordavam os efeitos da prescrição, o Min. Joaquim Barbosa adverte:

> O Senhor Ministro Joaquim Barbosa – Então, a meu ver, a súmula, a proposta, tal como formulada, é incompleta e trará, sim, problemas nas instâncias inferiores (PSV 29-DF – STF – Tribunal Pleno. J. 02.12.2009. p. 29).

Ao final, prevaleceu a tese defendida pelo Ministro Cezar Peluso[56], de que tais efeitos não deveriam constar da redação, por dois motivos. Em primeiro lugar, a inocorrência de prescrição seria uma consequência necessária da tese jurídica de que não há crime antes do lançamento definitivo, tornando desnecessária a expressa menção a esse efeito. Em segundo lugar, por se tratar de matéria infraconstitucional, não caberia ao STF sumular a matéria.

Porém, observando-se hoje, mais de sete anos depois, constata-se que os alertas dos Ministros Joaquim Babosa ("Então, a meu ver, a súmula, a proposta, tal como formulada, é incompleta e trará, sim, problemas nas instâncias inferiores") e Ellen Gracie ("vai deixar toda a magistratura na dúvida com relação à matéria") estavam corretos.

56. Votaram pela aprovação da SV-24 os Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello, Cezar Peluso, Carlos Britto, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Carmen Lucia e Dias Toffoli. Votaram contra a aprovação os Ministros Marco Aurelio, Ellen Gracie e Joaquim Barbosa.

6. Conclusão

Os números apresentados indicam que a aprovação da SV-24 não foi capaz de dotar o Poder Judiciário de maior eficiência na seara penal. Duas causas se destacam.

A primeira é a vagueza na redação da SV-24 no ponto em que não definiu expressamente todos os crimes tributários sobre os quais ela incide. Das dezenove modalidades de crimes tributários, apenas quatro foram expressamente previstas no texto da Súmula. Entretanto, há outros crimes cuja natureza de crime material atrai a aplicação da SV-24, bem como crimes em que o próprio STF ora trata como crimes formais, ora como materiais. A responsabilidade por um texto incompleto e, portanto, ineficiente, é do Supremo Tribunal Federal.

A vagueza também é responsável pelas discussões relativamente aos efeitos da prescrição. Na medida em que não foi expressamente afirmado que não se inicia a contagem do prazo prescricional enquanto não encerrado o procedimento administrativo, muitos casos são levados aos tribunais para decidir a questão. Novamente, a responsabilidade pela baixa eficiência da SV-24 é do Supremo Tribunal Federal.

A segunda causa foi a decisão do STF de mitigar a aplicação da SV-24. Embora a decisão seja por todos conhecida, não possui efeitos vinculantes nem foi examinada pelo Plenário, de modo que não impede os contínuos questionamentos acerca do momento em que o procedimento administrativo deve estar encerrado: se antes da propositura da ação penal, se antes da sentença condenatória, ou se antes da decisão do tribunal. Ao julgar essa questão em 2011 e 2016, o STF deveria ter alterado a redação da SV-24. Ao deixar de fazê-lo, o Supremo Tribunal Federal torna-se responsável pela ineficiência da SV-24.

Acredita-se que esse trabalho possa contribuir na discussão sobre a incorporação da súmula vinculante no sistema brasileiro de *civil law*, especialmente no que tange à sua elaboração e aplicação pelo STF. Afinal, o povo brasileiro, por meio de uma emenda constitucional, decidiu limitar o poder de interpretação do juiz com a finalidade de eliminar processos repetitivos sobre temas já decididos pela Corte Constitucional. Contudo, esperava-se que o STF fosse capaz de utilizar esse instrumento de forma adequada.

Independentemente de a SV-24 ter sido capaz de impedir um número desconhecido de ações e recursos, o número de julgados existentes que aplicam a súmula vinculante é alto, quando comparado ao cenário ideal, em que inexistiram recursos perante os tribunais discutindo o alcance e os efeitos da SV-24. A pesquisa revelou que 823 processos pesquisados poderiam jamais ter existido, o que proporcionaria mais eficiência para o Poder Judiciário.

O número pode parecer baixo, quando se fala das dezenas de milhares de processos em tramitação nos tribunais. Entretanto, processos criminais normalmente recebem mais atenção e exigem mais tempo de análise por parte dos magistrados, seja porque envolvem a mais grave intervenção do Estado sobre o indivíduo (perda da liberdade), seja porque nenhum processo é exatamente igual ao outro, dadas as particularidades das ações de cada indivíduo.

Relativamente às ocorrências não abrangidas, a solução reside na modificação da redação da SV-24 a fim de incluir os efeitos relacionados à prescrição e a menção expressa aos demais crimes tributários de resultado material. Já no que tange às ocorrências indesejadas, o problema desapareceria caso o STF não desrespeitasse sua própria súmula vinculante em casos individuais, procedendo sua alteração formal quando entender que determinadas situações devem ser excluídas do seu âmbito de aplicação.

Infelizmente, passados oito anos de vigência da SV-24, parece que o Supremo Tribunal Federal ainda não foi capaz de extrair os melhores efeitos do mecanismo introduzido na Constituição pelos representantes do povo, em busca de maior eficiência, celeridade processual e segurança jurídica nos julgamentos do Poder Judiciário.

7. BIBLIOGRAFIA

AMARO, Luciano. *Direito Tributário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

AZEVEDO, Marco Antonio Duarte de. *Súmula vinculante*: o precedente como fonte de direito. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2009.

BALESTERO, Gabriela Soares. A celeridade processual e a padronização das decisões com as Súmulas Vinculantes: o direito ao contraditório. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, v. 15, n. 22, 2011.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Súmula vinculante em matéria penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 17, n. 81, 2009.

DERZI, Misabel Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A Súmula Vinculante no direito penal tributário: uma nota crítica à decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 108.037/ES. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 200, 2012.

ERICKSEN, Lauro. A estruturação das súmulas e precedentes no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 37, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: Teoria do garantismo penal. São Paulo: Ed. RT, 2002.

FISCHER, Douglas. Os paradoxos da Súmula Vinculante nº 24/STF: as contradições, a não-compreensão de como se tipifica o crime material de sonegação

fiscal, a impunidade e a agravação da situação do réu e, determinados casos. In: BASTOS Marcelo L.; AMORIM, Pierre S. M. C (Org.). *Tributo a Afrânio Silva Jardim*: escritos e estudos . Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. A advocacia criminal frente às súmulas vinculantes. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (Org.). *Advocacia criminal, direito de defesa, ética e prerrogativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Notas sobre as súmulas vinculantes em matéria penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 84, 2010.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Direito penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes. São Paulo: Atlas, 2008.

GONZALES, Douglas Camarinha. Apontamentos sobre a *common law* e o sistema romanístico em face das súmulas vinculantes. *Revista Acadêmica da escola de Magistrados da justiça federal da 3ª região – EMAG*, São Paulo, v. 1, n. 1, 2009.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Notas sobre algumas recentes inovações no perfil constitucional do Poder Judiciário. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Editora Método, 2005.

LAMY, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Reflexões sobre as súmulas vinculantes. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Editora Método, 2005.

LINS E SILVA, Evandro. Crime de hermenêutica e súmula vinculante. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, v. 1, n. 5, 1997.

LOVIS, Ângelo Barbosa. Súmula vinculante: exemplo da interpenetração entre os sistemas da *common law* e da *civil law*. In: FÉRES, Marcelo Andrade; CARVALHO, Paulo Gustavo M. *Processo nos tribunais superiores*: de acordo com a emenda constitucional n. 45/2004. São Paulo: Saraiva, 2006.

MACHADO, Hugo de Brito. A ação penal no crime de supressão ou redução de tributo e a Súmula Vinculante 24. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 7, n. 38, 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. A propositura da ação penal no crime de supressão ou redução de tributo e a Súmula Vinculante 24. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 88, 2011.

MAUÉS, Antonio Moreira. Jogando com os precedentes: regras, analogias, princípios. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 2, 2012.

MORAES, Alexandre de. As súmulas vinculantes no Brasil e a necessidade de limites ao ativismo judicial. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, 106/107, 2011/2012.

NETO, Osly da Silva Ferreira. *Os Assentos no Direito Português e as Súmulas no Direito Brasileiro*: Efetividade, Segurança e Imobilidade. Disponível em: [www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31183-34515-1-PB.pdf]. Acesso em: 29.07. 2017.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. Súmulas vinculantes em *terrae brasilis*: necessitamos de uma "teoria para a elaboração de precedentes"? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 17, n. 78, 2009.

TAFFARELLO, Rogério Fernando. Impropriedades da Súmula Vinculante 24 do Supremo Tribunal Federal e insegurança jurídica em matéria de crimes tributários. In: FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael de Souza. *Direito Penal Econômico*: questões atuais. São Paulo: Ed. RT, 2011.

TAVARES, André Ramos. *Nova Lei da Súmula Vinculante*: Estudos e Comentários *à* Lei 11.417, de 19.12.2006. São Paulo: Editora Método, 2007.

TEBET, Diogo. Considerações acerca da súmula vinculante na investigação criminal: o papel do Supremo Tribunal Federal. In: FERNANDES, Márcia Adriana; PEDRINHA Roberta Duboc (Org.). *Escritos transdisciplinares de criminologia, direito e processo penal*: homenagem aos mestres Vera Malaguti e Nilo Batista. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

TEBET, Diogo. *Súmula vinculante em matéria criminal*. São Paulo: IBCCRIM, 2010.

VIEIRA, Renato Stanziola. A propósito da "restrição ilegal" em precedentes afetos aos crimes contra a ordem tributária. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 21, n. 248, 2013.

VIGILAR, José Marcelo Menezes. A reforma do Judiciário e as súmulas de efeitos vinculantes. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Editora Método, 2005.

8. ANEXO

Tipo penal	Natureza
Lei 8.137/90: Art. 1º. Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:	
I – omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;	Material (incluído na SV-24)
II – fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;	Material (incluído na SV-24)

Tipo penal	Natureza
III – falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;	Material (incluído na SV-24)
IV – elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;	Material (incluído na SV-24)
V – negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.	Material (incluído na SV-24)
Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.	Indefinido.
Lei 8.137/90: Art. 2º. Constitui crime da mesma natureza:	
I – fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;	Considerado crime material no HC 89.965 e no HC 89.983. Considerado crime formal no ED RHC 90.532. (não incluído na SV-24)
II – deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;	Indefinido.
III – exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;	Indefinido.
IV – deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;	Indefinido.
V – utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.	Indefinido.
Código Penal, Art. 168-A	
Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional:	Material, conforme decisão no Inq. 2537. (não incluído na SV-24)
§ 1º Nas mesmas penas incorre quem deixar de: I – recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público;	Material, conforme decisão no Inq. 2.537. (não incluído na SV-24)

Tipo penal	Natureza
II – recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços;	Material, conforme decisão no Inq. 2.537. (não incluído na SV-24)
III – pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social.	Material, conforme decisão no Inq. 2.537. (não incluído na SV-24)
Código Penal, Art. 337-A. Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:	
I – omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços;	Material, conforme decisão no Inq. 3.102. (não incluído na SV-24)
II – deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços;	Material, conforme decisão no Inq. 3.102. (não incluído na SV-24)
III – omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias.	Material, conforme decisão no Inq. 3.102. (não incluído na SV-24)
Código Penal, Art. 334.	
Art. 334. Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria.	Já reconhecido como crime formal pelo STF (HC 99.740), mas tratado como crime material para efeito de insignificância pelo STF (HCs 92.740, 97.096, 126.191 e 139.393). (não incluído na SV-24)

Pesquisas do editorial

Veja também Doutrina

- Controvérsias relativas à necessidade de exaurimento das vias administrativas para os crimes contra a ordem tributária – análise jurisprudencial, de Antonio Baptista Gonçalves Bruna Melão Delmondes – *RTrib* 114/273-287 (DTR\2014\42);
- Do exaurimento da via administrativa para persecução penal dos crimes contra ordem tributária (art. 1.º da Lei 8.137/1990): contradições entre a súmula vinculante 24 do STF, e as decisões proferidas no HC 108.037/ES e na MC na RCL 17.303/MA (HC 236.784), em 21.02.2014, pelo STF, de Cláudio Tessari Marcelo Luiz Scariot – *RTrib* 122/267-289 e *Crise Econômica e Soluções Jurídicas* 1 (DTR\2015\6515); e
- Teoria do direito sumular, de Eduardo Higashiyama – *RePro* 200/71-124 (DTR\2011\4005).

Veja também Jurisprudência

Conteúdo Exclusivo Web: JRP\2017\536379; JRP\2017\240237; e JRP\2017\241350.

A prisão domiciliar com monitoramento eletrônico como alternativa ao regime semiaberto: a experiência da Comarca de Porto Alegre

Household arrest with electronic monitoring as an alternative to the semi-open regime: the experience of the Comarca of Porto Alegre

Vanessa Chiari Gonçalves

Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR (2011). Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS (2004). Especialista em Política pela Universidade Federal de Pelotas – UFPel (2000). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande – FURG (1998). Professora Adjunta de Direito Penal e Criminologia da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Pesquisadora-líder do Núcleo de Pesquisa em Direito Penal e Criminologia da UFRGS/CNPq.
Advogada em Porto Alegre-RS.
vanessachiarigoncalves@gmail.com

Recebido em: 13.11.2017
Aprovado em: 23.12.2017
Última versão do (a) autor (a): 04.02.2018

Áreas do Direito: Processual, Penal

Resumo: A ausência de vagas no sistema carcerário é histórica no Brasil, mas tem-se agravado ainda mais na última década. Antes mesmo da publicação da Súmula Vinculante 56 do STF, o juízo de execução da Comarca de Porto Alegre já aplicava a prisão domiciliar com o monitoramento eletrônico para os condenados em regime semiaberto quando não havia vaga nos estabelecimentos convencionais. O objetivo deste artigo é responder à questão: em que medida a adoção da prisão domiciliar com tornozeleira eletrônica, como alternativa ao cumprimento de pena em regime semiaberto, pode contribuir para a redução da reincidência criminal? Para isso, parte-se de uma pesquisa de campo que realizou o acompanhamento, pelo período de um ano, das guias

Abstract: The absence of vacancies in the prison system is historic in Brazil, but has been further aggravated in the last decade. Even before the publication of the Binding Precedent 56 of the STF, the court of execution of the Comarca of Porto Alegre already applied the house arrest with the electronic monitoring for the condemned in semi-open regime when there was no vacancy in the conventional establishments. The purpose of this article is to answer the question: to what extent can the adoption of the house arrest with an electronic ankle brace as an alternative to complying with semi-open prison sentences contribute to reducing criminal recidivism? In order to do so, it is based on a field survey that carried out the follow-up, for a period of one year, of the collection guides of the 568

Gonçalves, Vanessa Chiari. A prisão domiciliar com monitoramento eletrônico como alternativa ao regime semiaberto: a experiência da Comarca de Porto Alegre.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 143. ano 26. p. 221-244. São Paulo: Ed. RT, maio 2018.

de recolhimento das 568 pessoas que cumpriam essa modalidade de pena na data de 28 de outubro de 2015. Adota-se o método indutivo em relação à análise das guias de recolhimento e o método dialético no tocante à abordagem do marco teórico escolhido: a criminologia crítica na perspectiva do minimalismo penal contemporâneo. A pesquisa conclui pela eficiência da prisão domiciliar com monitoramento eletrônico no tocante às possibilidades de reincidência penal.

Palavras-chave: Monitoramento eletrônico – Reincidência penal – Hiperencarceramento – Direitos fundamentais – Prisão domiciliar.

people who fulfilled this modality of pen on the date of October 28, 2015. The inductive method is applied in relation to the analysis of the recollection guides and the dialectical method regarding the approach of the chosen theoretical framework: critical criminology in the perspective of contemporary penal minimalism. The research concludes by the efficiency of the house arrest with electronic monitoring regarding the possibilities of criminal recidivism.

Keywords: Electronic monitoring – Criminal recidivism – Hyper-coercion – Fundamental rights – Household prison.

Sumário: 1. Introdução. 2. A questão carcerária pelas lentes da criminologia crítica. 3. O monitoramento eletrônico na legislação brasileira e a Súmula Vinculante 56 do STF. 4. A experiência das Varas de Execução Criminal da Comarca de Porto Alegre: apresentação dos resultados. 4.1. Resultados em relação à população feminina. 4.2. Resultados em relação à população masculina. 5. Problematização dos resultados e preocupações adicionais. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O sistema carcerário brasileiro vem, paulatinamente, sofrendo as consequências da massificação das penas privativas de liberdade e das prisões provisórias. Essa aposta política no hiperencarceramento não acompanha investimentos correspondentes no âmbito do sistema prisional, de modo que a superlotação desponta como o seu efeito mais visível.

É nesse contexto que devem ser pensados os mecanismos alternativos às penas privativas de liberdade convencionais, tais como: a ampliação das hipóteses legais que autorizam a substituição das penas de reclusão e de detenção por penas restritivas de direitos e a prisão domiciliar com o monitoramento eletrônico. A adoção dessa segunda estratégia se, por um lado, conta com apoiadores, por outro, recebe inúmeras críticas. Desse modo, o objetivo deste artigo é o de problematizar os limites e as possibilidades da prisão domiciliar com tornozeleira eletrônica para os condenados que cumprem pena em regime semiaberto, partindo-se de pesquisa de campo realizada a partir da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre. Tal pesquisa, que contou com o apoio do Poder Judiciário e da Defensoria Pública do Estado, realizou o acompanhamento pelo período de um ano das guias de recolhimento das

568 pessoas que cumpriam pena em prisão domiciliar com tornozeleira eletrônica na data de 28 de outubro de 2015.

A pesquisa realizada procurava responder ao seguinte problema: em que medida a adoção da prisão domiciliar com tornozeleira eletrônica, como alternativa ao cumprimento de pena em regime semiaberto, pode contribuir para a redução da reincidência criminal? Adota-se o método indutivo em relação à análise das guias de recolhimento ou fontes primárias e o método dialético no tocante à abordagem do marco teórico.

Como marco teórico do trabalho, adota-se a criminologia crítica na perspectiva do minimalismo penal contemporâneo. O texto está dividido em quatro partes, nas quais são abordados alguns argumentos relacionados ao marco teórico escolhido, o contexto que levou à edição da Súmula Vinculante 56 do Supremo Tribunal Federal – STF, a experiência com monitoramento eletrônico da Vara de Execução Criminal da Comarca de Porto Alegre, a apresentação dos resultados da pesquisa de campo em relação às populações prisionais masculina e feminina e, por fim, as considerações conclusivas.

2. A questão carcerária pelas lentes da criminologia crítica

Ainda que o foco central do artigo seja o monitoramento eletrônico em prisão domiciliar como substitutivo do encarceramento nas instituições legalmente previstas, é importante que se explique em que medida a criminologia crítica pode contribuir como marco teórico da análise que será apresentada.

Entende-se por criminologia crítica "um estágio avançado da evolução da Criminologia radical norte-americana e da nova Criminologia europeia", que superou os pressupostos teóricos do paradigma do conflito e da reação social a partir do seu aperfeiçoamento intrínseco. Esse aperfeiçoamento se relaciona com uma interpretação materialista dos "processos de criminalização nos países de capitalismo avançado" (ANDRADE, 2012, p. 89-90). Nesse sentido, constitui-se num campo analítico complexo que, na América Latina, adquiriu o sentido de movimento de resistência. Esse movimento permanece vivo e em constante reconstrução diante dos desafios que se apresentam frequentemente ao sistema de justiça criminal, uma vez que não se prende à utopia socialista presente no seu contexto fundacional (ANDRADE, 2012, p. 94-95).

No caminho percorrido pelos criminólogos críticos, foram surgindo alternativas de política criminal que pudessem reverter as contradições históricas observadas no âmbito do direito penal moderno. Entre essas alternativas, destacam-se o abolicionismo penal e o minimalismo contemporâneo.

A concepção minimalista entende que o Direito Penal deve funcionar como o último recurso para a repressão e a prevenção das condutas lesivas aos bens jurídicos mais significativos para a sociedade. Nesse sentido, além de prevenir novos delitos, a pena deve evitar a maior reação informal e arbitrária que, na sua falta, poderia decorrer da "parte ofendida ou das forças sociais ou institucionais com ela solidárias" (FERRAJOLI, 2008, p. 326). O abolicionismo penal, por sua vez, propõe a substituição do sistema de justiça criminal tradicional, centrado na pena privativa de liberdade, por outras modalidades alternativas de solução de conflitos. Desse modo, ainda que uma parte significativa dos criminólogos críticos encontrem refúgio nos ideais abolicionistas, o minimalismo aparece para eles como "um projeto alternativo politicamente viável para o controle penal" sem perder-se de vista o horizonte da superação do atual sistema de justiça criminal (ANDRADE, 2012, p. 101).

Essas propostas estão embasadas na percepção de que as condições estruturais do sistema prisional produzem ambiguidades, uma vez que o mesmo sistema que viola os direitos humanos dos presos também viola os direitos fundamentais dos agentes penitenciários, submetidos a uma regressiva deterioração psíquica e moral. A lógica da punição torna-se, assim, uma lógica genocida, vigorando uma complexa interação entre "controle penal formal e informal, entre público e privado, entre sistema penal oficial (pena pública de prisão e perda da liberdade) e subterrâneo (pena privada de morte e perda da vida)". Interagem, também, nesse contexto, a lógica da seletividade estigmatizante com a "lógica da tortura e do extermínio, a qual transborda as dores do aprisionamento para ancorar na própria eliminação humana, sobretudo dos sujeitos que 'não têm um lugar no mundo', os sujeitos do 'lugar do negro'" (ANDRADE, 2012, p. 106-107).

Para a criminologia crítica é evidente que o controle social sobre os estratos empobrecidos da população tem na polícia o seu agente central e na prisão sua instituição principal. Ambos, prisão e aparato policial, são caracterizados por uma "eficiente ineficiência no controle do crime: o objetivo oculto seria constituir uma ameaça permanente contra as classes sociais objeto de exploração econômica e de dominação política" (SANTOS, 2006, p. 28). Poder-se-ia acrescentar, também, a conivência de segmentos do Ministério Público e do Poder Judiciário com essa estratégia oculta de dominação, visto que atuam como agentes políticos de estabilização das desigualdades sociais e de intimidação dos subcidadãos e dos inimigos políticos dos detentores do poder econômico.

Considerando-se tal cenário, a impressão que se tem é de que não houve uma ruptura entre o período pré-moderno e o período moderno no tocante à matriz inquisitorial do sistema penal brasileiro. Ainda que não estejam

mais previstas na legislação penal as penas corporais e as penas de morte, elas seguem sendo aplicadas nas periferias brasileiras e nos cárceres, informal ou clandestinamente. A violência policial é seletivamente direcionada às populações periféricas e aos movimentos sociais, seguindo a lógica de controle social pela força (GONÇALVES, 2014, p. 156).

Para além das ilegalidades clandestinas, a pena privativa de liberdade se expande a uma velocidade impressionante, na esteira do eficientismo penal contemporâneo. Esse eficientismo, que integra o Movimento de Lei e Ordemno âmbito da política criminal, traduz, segundo Vera Andrade:

> [...] uma subprodução (déficit) de garantismo e uma sobreprodução (excesso) de seletividade/arbítrio e legitimação, cuja violência institucional expressa e mantém um nexo funcional mais profundo com a reprodução das desigualdades e assimetrias sociais, isto é, com a violência estrutural. E deste desequilíbrio resulta a grave crise de legitimidade experimentada pelo moderno sistema penal, não obstante a sobrevivência de sua autolegitimação oficial associada a demandas político-criminais e sociais relegitimadoras de sua intervenção (2012, p. 222).

Salienta-se que a criminologia crítica sempre enxergou com desconfiança as "medidas liberalizantes", tais como "as políticas de substitutivos penais, as prisões abertas, a descriminalização, a despenalização". Decorre esse entendimento porque elas mais pareciam estratégias burocráticas de redução do excedente de presos do que atitudes humanistas (SANTOS, 2006, p. 37). Dessa forma, essas medidas reforçariam o discurso que legitima a prisão como *ultimaratio,* ao mesmo tempo que permite aos mecanismos de controle social alternativos ao encarceramento, em regime fechado, ampliarem-se.

Não obstante a compreensão da pena como um fenômeno político e a consciência de sua ilegitimidade intrínseca, é possível pensar no Direito Penal e no Direito Processual Penal como estratégia de redução de danos (CARVALHO, 2013, p. 268). É justamente nessa perspectiva de reduzir os efeitos perversos do cárcere que este trabalho sobre monitoramento eletrônico se insere.

A preocupação criminológica com os efeitos do encarceramento ganha fôlego a partir dos estudos sobre o fenômeno da prisionização. Isso porque, ao lado das péssimas condições estruturais que contribuem para a degradação do ser humano, decorrentes de má gestão, do desinteresse político e da falta de investimentos no sistema prisional, existem os problemas inerentes à própria natureza da pena privativa de liberdade como o fenômeno da prisionização.

A prisionização pode ser compreendida como "um processo de aculturação" ou, como prefere Erving Goffman, de "mortificação do eu", promovido

por um ambiente que subordina o indivíduo a uma vida em massa, anônima, em que ele passa a ser controlado formal ou informalmente em tempo integral (2007, p. 24). Esse processo desorganiza a personalidade, tendo como efeitos, entre outros, "perda de identidade e aquisição de nova identidade; sentimento de inferioridade; empobrecimento psíquico; infantilização, regressão" (SÁ, 2014, p. 121). Salienta-se que:

> Nenhum ser humano normal aceita naturalmente um poder totalitário que o controla 24 horas por dia. Daí, emergem entre os presos um poder informal e uma cultura paralela, definindo regras, costumes, uma ética própria e até mesmo critérios e condições de felicidade e sobrevivência. Não é descabido conjecturar-se sobre um pacto latente (não verbalizado) entre esses dois sistemas de poder, a fim de se garantir a tranquilidade, ainda que aparente, perante a sociedade e a opinião pública, da instituição prisional. Constitui-se pois, assim, um ambiente artificial, do qual ninguém gosta, num primeiro momento, mas ao qual todos, com o tempo, acabam aderindo, de uma forma ou de outra. Desta adesão, surge a prisionização, a qual pode atingir, não só os presos, como a Direção, os Agentes de Segurança, e, quem sabe, até os próprios técnicos (SÁ, 2014, p. 120).

Desse modo, tomando o minimalismo como horizonte numa perspectiva de redução dos danos do encarceramento por um tempo prolongado, a pesquisa realizada pretende avaliar a conveniência do instituto da prisão domiciliar com monitoramento eletrônico como alternativa ao regime semiaberto. Para isso, tomou-se como referência o instituto da reincidência penal, uma vez que a legitimação democrática e garantista do Direito Penal só encontra justificação se "a prevenção obtida mediante a violência da pena for menor que a violência desencadeada caso esse não existisse" (SCHMIDT, 2001, p. 113). Interessa, portanto, falar em Direito Penal colocando como seu cerne a tutela dos direitos fundamentais que não podem ser lesionados nem pelos delitos nem pelos castigos.

3. O monitoramento eletrônico na legislação brasileira e a Súmula Vinculante 56 do STF

A possibilidade de cumprimento de pena por meio de prisão domiciliar com tornozeleira eletrônica foi introduzida na legislação penal por intermédio da Lei 12.258, de 15 de junho de 2010, que alterou a Lei de Execuções Penais – LEP (Lei 7210/84). O objetivo declarado dessa alteração legislativa foi o de reduzir a população carcerária brasileira sem que essa medida representasse uma diminuição da vigilância sobre o apenado. O diploma é resultado do Projeto de Lei 1288/2007, bem como de diversos debates no Congresso

Nacional, que ocorriam desde 2001, época em que se intensificou a preocupação acerca da superlotação dos presídios e da referida "falência" do sistema prisional (GONÇALVES; DANCKWARDT, 2017, p. 137-138).

É nesse contexto que surge o monitoramente eletrônico. Tal instrumento foi incorporado na Lei de Execuções Penais – LEP (Lei 7210/84) mediante a introdução do artigo 146-B. Esse dispositivo permitiu a adoção do monitoramento eletrônico, na fase de execução, em dois casos: 1) concessão de saída temporária para presos e presas do regime semiaberto e 2) concessão de prisão domiciliar para condenados e condenadas em regime aberto. Observa-se, assim, que houve um movimento legislativo no sentido de ampliar o controle sobre condenados que cumprem pena em sua própria residência. No entanto, por reconhecer a insustentável condição de superlotação carcerária no Estado do Rio Grande do Sul, sobretudo nos estabelecimentos prisionais vinculados à Comarca de Porto Alegre, os juízos de execução optaram por destinar a hipótese de prisão domiciliar com tornozeleira eletrônica para indivíduos que iniciavam o cumprimento da pena em regime semiaberto ou que progrediam do regime fechado para o semiaberto quando não havia vagas suficientes para eles em colônias agrícolas ou industriais como determina o artigo 35, § 1º, do Código Penal. Alguns órgãos do Ministério Público agravavam as decisões dos juízes de execução da Comarca, por entenderem que a concessão de prisão domiciliar com tornozeleira eletrônica para condenados(as) do regime semiaberto não estava amparada por lei, constituindo-se em benefício injustificável. Muitos agravos estavam sendo providos, o que levava à permanência do condenado em prisão domiciliar sem a tornozeleira eletrônica ou ao seu retorno a uma casa prisional compatível com o regime semiaberto, agravando a situação estrutural do sistema[1]. Outros julgados do Tribunal de Justiça do Estado

1. A ementa a seguir exemplifica o argumento desenvolvido: AG 70.066.553.322 M/AG 2.910 – S 08.10.2015-P90 Agravo em execução (art. 197 da LEP). Prisão domiciliar substitutiva do regime semiaberto, com monitoramento eletrônico (tornozeleira). Descabimento. Decisão *a quo* desconstituída com eficácia *ex tunc*. Determinação de expedição demandado de prisão e recolhimento do apenado a estabelecimento penitenciário compatível com o regime semiaberto. No caso, impende desconstituir, com eficácia *ex tunc* à data da sua edição e para todos os efeitos legais no âmbito do PEC ativo 65.998-3, a decisão que deferiu ao apenado o direito de aguardar em casa, sob restrição de liberdade domiciliar e monitoramento eletrônico (tornozeleira), que o Estado-Administração lhe consiga uma vaga em estabelecimento prisional compatível com o regime semiaberto (CPB, art. 33, § 1º, alínea *b*), para só então fazer prevalecer o império da lei e da coisa julgada no interior do aparato penitenciário. O sistema penal trifásico de cumprimento de condenação carcerária definitiva deve ser progressivo e

do Rio Grande do Sul mantinham os condenados em prisão domiciliar com tornozeleira eletrônica[2]. Assim, o Ministério Público do Estado Rio Grande do Sul interpôs o Recurso Extraordinário 641.320 contra um acórdão da Quinta Câmara Criminal do TJRS, o qual deu parcial provimento a um recurso de apelação interposto por um condenado que deveria cumprir pena em regime semiaberto, mas que, diante da ausência de vaga, teve autorizado o cumprimento de sua pena em prisão domiciliar. A relatoria ficou a cargo do Ministro Gilmar Mendes que, no seu longo voto, problematizou uma série de questões relevantes. Destaca-se a parte a seguir da ementa:

> Constitucional. Constitucional. Direito Penal. Execução penal. Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. 2. Cumprimento de pena em regime fechado, na hipótese de inexistir vaga em

---

ressocializante do apenado, sendo obrigação do Estado-Administração prover os recursos materiais e humanos correspondentes à sua instituição, manutenção e desenvolvimento, pena de frustrar-se a sua própria razão de ser em sociedade. Neste passo, é vedado colocar sob regime de restrição de liberdade domiciliar, ainda que submisso a monitoramento eletrônico (tornozeleira), o convicto que deve cumprir a sua pena, ou parte dela, no regime semiaberto(por progressão, regressão ou regime inicial). Em decorrência, o Juízo da Execução Criminal competente deve expedir imediato mandado de prisão e recolhimento da apenado-agravado a estabelecimento prisional compatível com o regime semiaberto. Agravo provido (Agravo70066553322, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aymoré Roque Pottes de Mello, Julgado em 08.10.2015).

2. Ementa: Agravo em execução. Prisão domiciliar. Inclusão do apenado no programa de monitoramento eletrônico. Ausência de vaga em estabelecimento penal adequado ao cumprimento da pena em regime semiaberto. Não taxatividade das hipóteses do art. 117 da LEP. Incidência dos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da individualização da pena. Se o apenado cumpre pena privativa de liberdade em regime semiaberto, o estabelecimento penal ao qual está recolhido deve atender aos requisitos dos arts. 35, § 1º, do CP, e 91 da Lei de Execução Penal. A enumeração contida no art. 117 da Lei das Execuções Penais, que disciplina as hipóteses em que os apenados podem ser beneficiados com prisão domiciliar, não é taxativa, devendo o juiz, diante da análise do caso concreto, aplicar a solução mais adequada, à luz dos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da individualização da pena. Existe uma omissão deliberada e desidiosa do Estado em dar cumprimento à lei, não se podendo atribuir aos apenados os ônus dessa política omissiva. Ademais, a tornozeleira eletrônica possui característica própria de fiscalização, sendo de conhecimento público que o preso é monitorado 24 horas por dia e que, em caso de deslocamento fora da área delimitada, a autoridade fiscalizadora é informada em tempo real, tornando possível a tomada imediata das providências cabíveis. Agravo desprovido (Agravo 70066333212, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Julgado em 01.10.2015).

> estabelecimento adequado a seu regime. Violação aos princípios da individualização da pena (art. 5º, XLVI) e da legalidade (art. 5º, XXXIX). A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso. 3. Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como "colônia agrícola, industrial" (regime semiaberto) ou "casa de albergado ou estabelecimento adequado" (regime aberto) (art. 33, § 1º, alíneas "b" e "c"). No entanto, não deverá haver alojamento conjunto de presos dos regimes semiaberto e aberto com presos do regime fechado. 4. Havendo déficit de vagas, deverão ser determinados: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado. (...) Caso concreto: o Tribunal de Justiça reconheceu, em sede de apelação em ação penal, a inexistência de estabelecimento adequado ao cumprimento de pena privativa de liberdade no regime semiaberto e, como consequência, determinou o cumprimento da pena em prisão domiciliar, até que disponibilizada vaga. Recurso extraordinário provido em parte, apenas para determinar que, havendo viabilidade, ao invés da prisão domiciliar, sejam observados (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada do recorrido, enquanto em regime semiaberto; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado após progressão ao regime aberto (RE 641.320/RS).

No entanto, existem aspectos importantes na fundamentação do voto do Ministro-relator que merecem apreciação, tais como: o número de sentenciados em relação ao número de vagas existentes, os direitos fundamentais dos condenados envolvidos como também a conveniência da prisão domiciliar com monitoramento eletrônico.

O Ministro se reportou ao Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil, de junho de 2014, do Conselho Nacional de Justiça e ao último relatório do Departamento Penitenciário Nacional para referir que a estimativa é de que existam "32.460 (trinta e dois mil, quatrocentos e sessenta) sentenciados em regime fechado, com direito à progressão, aguardando a abertura de vagas no semiaberto". Além disso, havia 104.675 (cento e quatro mil, seiscentas e setenta e cinco) pessoas institucionalizadas nos regimes aberto e semiaberto e 147.937 (cento e quarenta e sete mil, novecentos e trinta e sete), em prisão

domiciliar no País. Desse modo, seria necessário "triplicar a oferta existente de vagas para dar conta da demanda" (RE 641.320/RS, p. 2-3).[3]

Com referência aos direitos fundamentais envolvidos, o voto relembrou que no sistema de execução criminal brasileiro o regime de cumprimento da pena se constitui em "ferramenta central da individualização da sanção". Assim, a "inobservância do direito à progressão de regime, mediante manutenção do condenado em regime mais gravoso, viola o direito à individualização da pena (art. 5º, XLVI)". Ainda que se reconheça o dever do Estado em proteger os bens jurídicos mais importantes e:

> [...] os direitos fundamentais contra agressões injustas de terceiros, como corolário do direito à segurança, é imperioso ter em mente que"a execução de penais corporais em nome da segurança pública só se justifica com a observância de estrita legalidade. Regras claras e prévias são indispensáveis. Permitir que o Estado execute a pena de forma deliberadamente excessiva seria negar não só o princípio da legalidade, mas a própria dignidade humana dos condenados – art. 1º, III. Por mais grave que seja o crime, a condenação não retira a humanidade da pessoa condenada. Ainda que privados de liberdade e dos direitos políticos, os condenados não se tornam simples objetos de direito, mas persistem em sua imanente condição de sujeitos de direitos. A Constituição chega a ser expletiva nesse ponto, ao afirmar o direito à integridade física e moral dos presos (art. 5º, XLIX). Disso concluo que não se pode ponderar o interesse da segurança pública com os direitos à individualização da pena e à legalidade, sem se desconsiderar que os presos também são pessoas, dotadas de imanente dignidade. Dessa forma, não será a ponderação de princípios que autorizará o Estado a deixar de cumprir a lei que confere direitos aos condenados durante a execução das penas. Na medida em que os regimes existem, resta ao Estado disponibilizar vagas em estabelecimentos penais adequados à execução da pena no regime adequado. A jurisprudência atual do Supremo Tribunal também considera impossível manter o condenado no regime mais gravoso (RE 641.320/RS, p. 8-9).[4]

No voto, o relator afirma que o regime aberto enfatiza a autodisciplina, "impondo que os alojamentos não tenham obstáculos físicos contra a fuga – art. 94, da Lei 7.210/84. O mesmo, no entanto, não se aplica ao regime semiaberto".

3. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372]. Acesso em: 06.10.2017.

4. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372]. Acesso em:06.10.2017.

Diante desse impasse, a solução mais racional seria "a monitoração eletrônica dos sentenciados, especialmente os do regime semiaberto". O relator ainda refere que "não se desconhece que a monitoração eletrônica é desconfortável e estigmatizante", no entanto, o condenado tem a oportunidade de não concordar com essa alternativa, podendo preferir cumprir a pena na casa prisional específica.O Ministro sugere que, para os condenados em regime aberto, deveriam estar previstas penas restritivas de direitos, tais como a prestação de serviços à comunidade, que seriam mais oportunas e convenientes do que o regime aberto convencional. Sugere, também, a remição de pena por atividades laborativas e de estudo no regime aberto (RE 641.320/RS, p. 19-21).[5]

De fato, o aumento expressivo da população carcerária na última década deveria estimular a elaboração de uma reforma legislativa que flexibilizasse as formas de cumprimento das penas privativas de liberdade e que ampliasse significativamente as hipóteses de substituição por penas restritivas de direitos. Nesse sentido, em 01.08.2016, foi publicada a Súmula Vinculante 56 do STF, cuja redação determina que: "A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS".

Embora a referida súmula pareça ao olhar mais crítico uma obviedade, representa um avanço importante no que se refere à concretização de uma política penal menos violadora de direitos fundamentais. Recorde-se que a política penal consiste numa "resposta à questão criminal circunscrita ao âmbito do exercício da função punitiva do Estado (lei penal e sua aplicação, execução da pena e das medidas de segurança)", enquanto a política criminal é bem mais ampla, porque implica uma política de "transformação social e institucional", que não se contenta apenas com os substitutivos penais (BARATTA, 2002, p. 201).

4. A experiência das Varas de Execução Criminal da Comarca de Porto Alegre: apresentação dos resultados

A Divisão de Monitoramento Eletrônico da Superintendência de Serviços Penitenciários foi instalada na Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio Grande do Sul em maio de 2013. Inicialmente, havia um número muito reduzido de equipamentos (tornozeleiras) disponíveis. E, diante da completa

5. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372]. Acesso em:06.10.2017.

ausência de vagas no sistema carcerário convencional, os juízos de execução da Comarca de Porto Alegre priorizaram a concessão da prisão domiciliar com tornozeleira eletrônica para os condenados que cumpriam pena em regime semiaberto, em virtude da necessidade de maior vigilância sobre eles na comparação com os presos do regime aberto que poderiam permanecer em prisão domiciliar sem o equipamento.

Inconformados com essa solução, alguns órgãos do Ministério Público Estadual recorriam das decisões do Juízo de Execução, por entenderem que não havia previsão legal que as embasasse, uma vez que o artigo 146-B da Lei 7210/84 prevê o monitoramento eletrônico apenas para os presos do regime aberto em prisão domiciliar e para os apenados do regime semiaberto, no período em que estão usufruindo de saída temporária. Algumas Câmaras do Tribunal de Justiça davam provimento aos agravos em execução ministeriais. Assim, vários condenados eram adaptados ao sistema prisional convencional e outros permaneciam em prisão domiciliar sem a tornozeleira eletrônica.

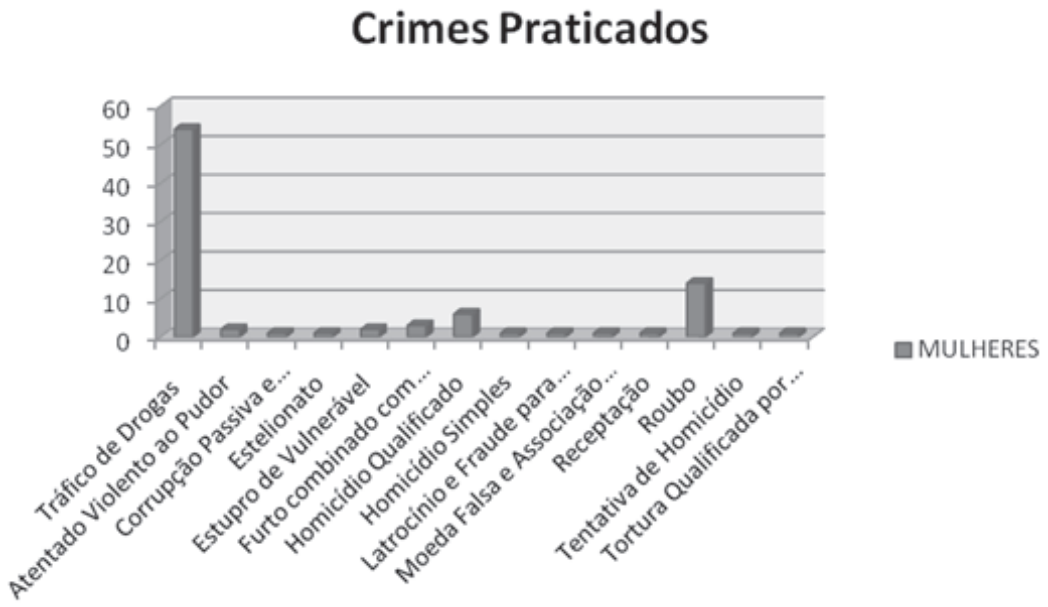
Nesse sentido, a Defensoria Pública do Estado tomou a iniciativa de sugerir uma pesquisa a fim de que a modalidade de prisão domiciliar com tornozeleira eletrônica fosse avaliada. Após conversar com os juízes de execução, com as defensoras responsáveis pela execução criminal e conhecer como funcionava a Central de Monitoramento Eletrônico da Secretaria de Segurança do Estado, no primeiro semestre de 2015, o Núcleo de Pesquisa em Direito Penal e Criminologia da UFRGS/CNPq elaborou o projeto. Ficou decidido que o enfoque da pesquisa seriam as eventuais acusações da prática de novos delitos durante o cumprimento de pena em prisão domiciliar com tornozeleira eletrônica para os condenados do regime semiaberto. Pretendiam-se verificar as probabilidades de reincidência na comparação com o sistema prisional comum. Assim, a pesquisa começou a ser desenvolvida em setembro de 2015, com a participação de 30 estudantes de graduação e de pós-graduação da Faculdade de Direito da UFRGS.

Foram acompanhadas, pelo período de um ano, as guias de recolhimento com a trajetória da totalidade dos condenados que cumpriam pena em regime semiaberto, mediante prisão domiciliar com tornozeleira eletrônica, no dia 28 de outubro de 2015. Ao todo, na ocasião, havia 568 pessoas, sendo 92 mulheres e 476 homens monitorados na Comarca de Porto Alegre. Todas elas tiveram os seus processos de execução acompanhados até 01.11.2016. Passados três meses, em fevereiro de 2017, houve uma nova verificação das guias de execução, a fim de que as eventuais fugas registradas não fossem confundidas com possíveis falhas do equipamento (tornozeleira).

4.1. Resultados em relação à população feminina

Inicialmente, é relevante afirmar que, no universo de 92 mulheres monitoradas eletronicamente, 88% eram primárias, e apenas 12%, reincidentes, tomando como referência a reincidência legal, definida nos artigos 63 e 64 do Código Penal. A natureza dos delitos praticados pelo grupo de mulheres pesquisado aparece ilustrado no gráfico abaixo.

Gráfico 1



Fonte: O gráfico foi elaborado pela própria autora do artigo.

A maioria dos delitos praticados pelas monitoradas envolve o tráfico de drogas (52 casos), seguido de roubo (14 casos), homicídio qualificado (seis casos) e furto (três casos), respectivamente. Os demais tipos penais são praticamente inexpressivos do ponto de vista numérico.

No curso da pesquisa, após o término do período de acompanhamento das guias de execução, optou-se por dividir as monitoradas em dois grupos. No primeiro grupo, ficariam aquelas que haviam progredido do regime fechado para o semiaberto. No segundo, ficariam aquelas que iniciaram o cumprimento da pena em regime semiaberto e que obtiveram a concessão de prisão domiciliar com tornozeleira eletrônica por ausência de vagas no sistema. O objetivo dessa divisão era o de verificar se havia uma diferença significativa nos resultados entre as mulheres que haviam passado por encarceramento em regime fechado e aquelas que não tiveram essa experiência. O quadro, a seguir, demonstra os percentuais.

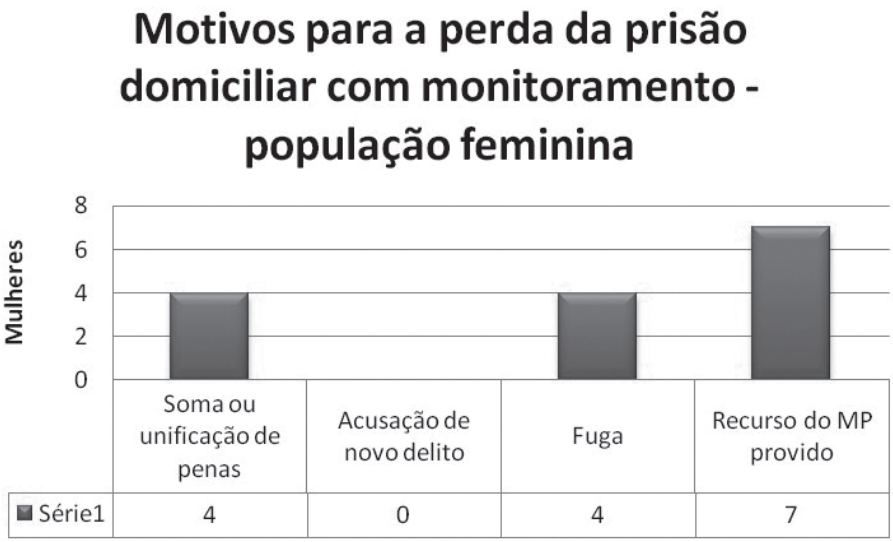
Quadro 1

Regime inicial	Fechado	Semiaberto
Em monitoramento	45%	49%
Em situação mais gravosa	23%	9%
Em situação mais benéfica	32%	42%

Fonte: O quadro foi elaborado pela própria autora do artigo.

É importante referir que por situação mais benéfica entende-se a progressão para o regime aberto, a obtenção de livramento condicional e a extinção da pena por meio de indulto ou de cumprimento integral. Já, a situação mais gravosa significa a regressão de regime prisional. Observa-se, no quadro anterior, que um percentual maior de mulheres que progrediram do regime fechado para o semiaberto perderam a oportunidade de cumprir pena em prisão domiciliar com tornozeleira eletrônica. Mas, conforme será demonstrado no gráfico a seguir, essa diferença não derivou da acusação da prática de novos delitos, mas, sim, do provimento de recursos do Ministério Público ou da soma de nova pena, em decorrência da prática de crime anterior à prisão domiciliar.

Gráfico 2



Fonte: O gráfico foi elaborado pela própria autora do artigo.

Observa-se no Gráfico 2 que quatro condenadas tiveram regressão de regime em virtude da soma de novas condenações por fatos anteriores à obtenção da prisão domiciliar. Outras sete mulheres perderam a oportunidade de continuar cumprindo pena em prisão domiciliar devido ao provimento de recurso do Ministério Público, embora ostentassem bom comportamento e não estivessem sendo acusadas da prática de novos delitos. Além disso, entre as 92 mulheres monitoradas,

apenas quatro romperam a tornozeleira, sendo que duas delas foram recapturadas e regrediram para o regime fechado, e outras duas permaneciam foragidas até o encerramento da pesquisa. No entanto, nenhuma delas foi acusada da prática de novos delitos. O quadro a seguir demonstra essa realidade, mediante a divisão das monitoradas de acordo com o regime inicial de cumprimento de pena.

Quadro 2

Regime inicial	Fechado	Semiaberto
Fuga sem nova acusação	6%	2%
Regularidade	94%	98%

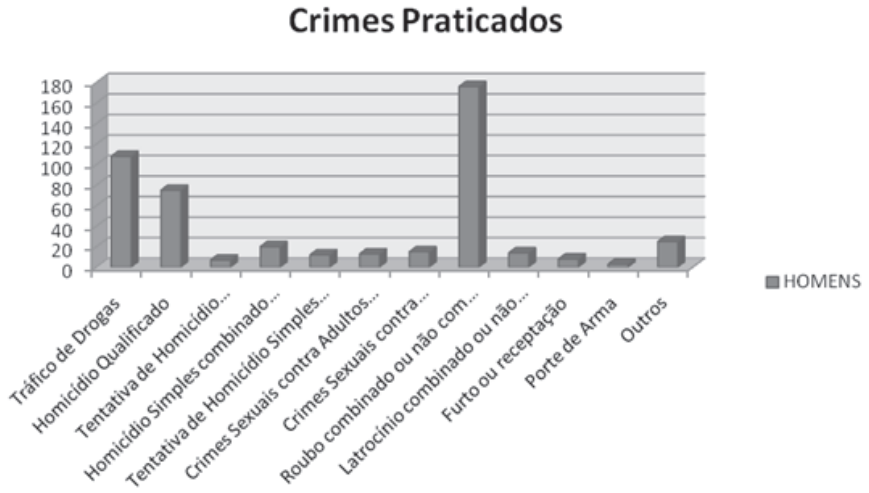
Fonte: O quadro foi elaborado pela própria autora do artigo.

Verifica-se, assim, que, para além das outras motivações para a perda da prisão domiciliar, as quais independem do comportamento das condenadas, houve um percentual um pouco maior de mulheres que romperam a tornozeleira eletrônica, oriundas do regime inicial fechado, ainda que nenhuma delas tenha sido acusada da prática de novo delito durante o período em que permaneceram foragidas.

4.2. Resultados em relação à população masculina

No que se refere aos homens monitorados, que correspondem a um universo de 476, observou-se que 36% eram penalmente reincidentes, e 64% eram primários. A maioria dos delitos praticados por eles foi o roubo combinado ou não com outro delito (176 casos), seguido do tráfico de drogas combinado ou não com outro delito (108 casos) e do homicídio qualificado (75 casos) conforme se observa no Gráfico 3.

Gráfico 3



Fonte: O gráfico foi elaborado pela própria autora do artigo.

Ressalta-se que, da mesma forma como se procedeu com a população feminina, os monitorados foram divididos em dois grupos. No primeiro grupo, ficaram aqueles que haviam progredido do regime fechado para o semiaberto e, no segundo, ficaram os que iniciaram o cumprimento da pena em regime semiaberto e que receberam a concessão de prisão domiciliar com tornozeleira eletrônica. O objetivo dessa divisão era o de verificar se havia uma diferença significativa nos resultados entre os homens que haviam passado por encarceramento em regime fechado e aqueles que não tiveram essa experiência. O quadro seguinte demonstra os percentuais.

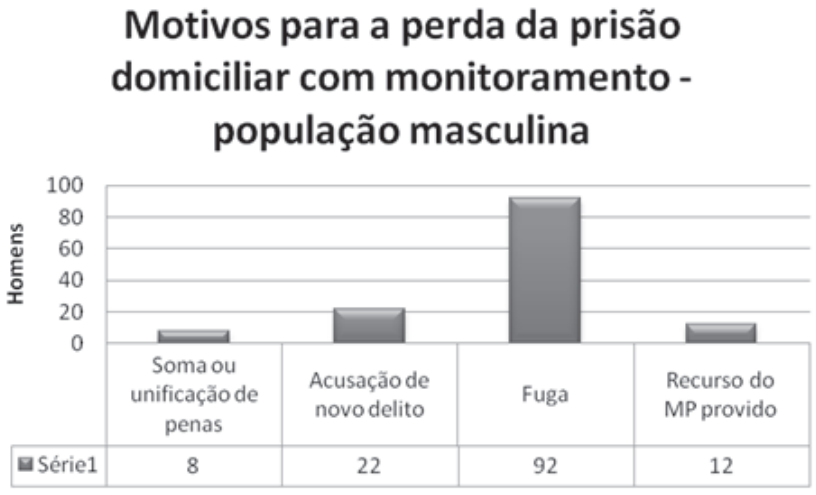
Quadro 3

Regime inicial	Fechado	Semiaberto
Em monitoramento	42%	30%
Em situação mais gravosa	24%	26%
Em situação mais benéfica	34%	44%

Fonte: O quadro foi elaborado pela própria autora do artigo.

Por situação mais benéfica, entende-se a progressão para o regime aberto, a obtenção de livramento condicional e a extinção da pena por meio de indulto ou de cumprimento integral. Já a situação mais gravosa significa a regressão de regime prisional. Verifica-se, no último quadro, que um percentual um pouco maior de homens que progrediram do regime fechado para o semiaberto perdeu a oportunidade de cumprir pena em prisão domiciliar com tornozeleira eletrônica, embora essa diferença seja inexpressiva. O gráfico a seguir demonstra quais foram as causas da perda da prisão domiciliar e do consequente agravamento da situação dos condenados de ambos os grupos.

Gráfico 4



Fonte: O gráfico foi elaborado pela própria autora do artigo.

Observa-se que, num universo de 476 homens, 92 romperam a tornozeleira, tornando-se foragidos. No entanto, entre esses 92 foragidos, apenas 22 foram acusados da prática de novos delitos. Além desses, oito apenados regrediram de regime em virtude da soma de novas condenações por fatos anteriores à obtenção da prisão domiciliar. Outros 12 condenados perderam a oportunidade de continuar cumprindo pena em prisão domiciliar em decorrência do provimento de recurso do Ministério Público, embora ostentassem bom comportamento e não estivessem sendo acusados da prática de novos delitos.

Além disso, entre os monitorados que haviam progredido do regime inicial fechado, 76% cumpriam a pena de forma regular, 18% regrediram de regime por fuga (rompimento da tornozeleira) sem notícia da possível prática de novos delitos e apenas 6% foram acusados do cometimento de novos delitos. Já entre os monitorados que iniciaram o cumprimento da pena em regime semiaberto, verificou-se que 76% cumpriam pena regularmente, sem qualquer ocorrência, 21% regrediram de regime por fuga (rompimento da tornozeleira) sem acusação da prática de novos crimes e apenas 3% foram acusados do cometimento de novos delitos. O quadro a seguir demonstra essa realidade, mediante a divisão dos monitorados de acordo com o regime inicial de cumprimento de pena.

Quadro 4

Regime inicial	Fechado	Semiaberto
Fuga sem nova acusação	18%	21%
Fuga com nova acusação	6%	3%
Regularidade	76%	76%

Fonte: O quadro foi elaborado pela própria autora do artigo.

Verifica-se, assim, que, para além das outras motivações para a perda da prisão domiciliar, as quais independem do comportamento dos condenados, houve um percentual um pouco maior de homens oriundos do regime inicial fechado que, após romperem a tornozeleira eletrônica, foram acusados da prática de novos delitos.

Entretanto, os resultados foram extremamente favoráveis à prisão domiciliar com monitoramento eletrônico. Isso porque a última pesquisa realizada sobre reincidência criminal no Brasil, pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, em 2015, considerando as Unidades Federativas de Alagoas, Minas Gerais, Pernambuco, Paraná e Rio de Janeiro, concluiu que "a taxa de reincidência, calculada pela média ponderada, é de 24,4%" (IPEA, 2015, p. 23).

Embora o Rio Grande do Sul não tenha entrado nesse estudo, é possível que os índices de reincidência penal sejam similares àqueles das demais Unidades

da Federação. De outro lado, entre os monitorados eletronicamente da Comarca de Porto Alegre acompanhados, os resultados são ainda mais favoráveis. Não há uma única mulher acusada da prática de novo delito. Quanto aos homens, apenas 6% (dezesseis indivíduos) daqueles que progrediram do regime fechado e 3% (seis indivíduos) dos que iniciaram o cumprimento da pena em regime semiaberto foram acusados da prática de novos delitos. É importante ressaltar que se está a falar de meras acusações e que os acusados ainda poderão ser absolvidos nas respectivas ações penais em andamento. Assim, ainda não se pode falar em reincidência penal, mas apenas em possibilidades.

Nesse sentido, é importante referir que, diante do "fracasso histórico" do cárcere quanto às finalidades de controlar a criminalidade e de reinserir o infrator, é preciso restringi-lo ao máximo. Para isso, certas etapas precisam ser ultrapassadas. Tais etapas são "constituídas pelo alargamento do sistema de medidas alternativas, pela ampliação das formas de suspensão condicional da pena e de liberdade condicional, pela introdução de formas de execução da pena detentiva em regime de semiliberdade", entre outras medidas importantes (BARATTA, 2002, p. 203). Entende-se que a prisão domiciliar com tornozeleira eletrônica como alternativa ao cumprimento de pena em regime semiaberto se situa nesses esforços.

5. Problematização dos resultados e preocupações adicionais

Como já foi referido na introdução do presente artigo, o período de acompanhamento das guias de execução dos monitorados eletronicamente iniciou em outubro de 2015, tendo sido concluído em fevereiro de 2017. Nesse interregno, foi publicada a Súmula Vinculante 56 do STF. Após a publicação da referida súmula, a totalidade das Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul passaram a admitir a prisão domiciliar com tornozeleira eletrônica para condenados(as) do regime semiaberto, na ausência de vagas em estabelecimento adequado.

Entretanto, observou-se que o Ministério Público Estadual continuou agravando as decisões do Juízo de Execução. Além disso, passou a opor Embargos de Declaração contra as decisões das Câmaras Criminais que negavam provimento aos agravos em execução ministeriais contrários à permanência dos condenados do regime semiaberto em prisão domiciliar com tornozeleira eletrônica. Foram selecionados para problematização quatro dos principais argumentos dos Embargos de Declaração, interpostos após a publicação da referida súmula, no que tange à execução penal. Salienta-se que em todos os casos os apenados haviam sido condenados, na origem, por tráfico de drogas.

O primeiro argumento vincula-se aos condenados que progrediram do regime fechado para o semiaberto e receberam a prisão domiciliar com tornozeleira eletrônica devido à ausência de vagas nos estabelecimentos convencionais. O Ministério Público questiona a ausência de notícia sobre a observância de uma ordem de saída ou progressão antecipada, priorizando aqueles indivíduos que já se encontravam em regime semiaberto há mais tempo, em detrimento dos que acabam de progredir do regime fechado, como determina o RE 641.320/RS que originou a referida súmula vinculante[6].

O segundo argumento aparece quando, nos embargos de declaração, questiona-se a concessão de prisão domiciliar com tornozeleira eletrônica para condenada que já cumpria pena em estabelecimento compatível com o regime semiaberto. Entende o Ministério Público que, nos termos do RE 641.320/RS, tal solução somente seria justificável caso não houvesse vaga no estabelecimento de origem, o que não ocorria no caso concreto porque a condenada estava ocupando a sua própria vaga quando obteve a concessão da prisão domiciliar. O órgão ministerial questionava a ausência de informação sobre a existência de vaga no sistema convencional[7].

Comparando-se os dois primeiros argumentos, verifica-se uma flagrante incoerência. A ausência de vagas no sistema prisional gaúcho é pública e notória. No RE 641.320/RS, uma das soluções apontadas para a ausência de vagas no regime semiaberto foi justamente a prisão domiciliar com monitoramento eletrônico. No primeiro caso, o Ministério Público questionou o fato de um condenado que acabara de progredir do regime fechado ter obtido prisão

6. Segue a ementa do acórdão embargado: Execução. Prisão domiciliar. Apenado no regime semiaberto. Possibilidade. Considerando a Súmula Vinculante 56, cujo enunciado diz "*A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nesta hipótese, os parâmetros fixados no Recurso Extraordinário (RE) 641320*", nega-se provimento ao agravo ministerial que se insurge contra a prisão domiciliar deferida ao agravado, porque há falta de vagas para o cumprimento adequado de sua pena. Decisão: Agravo ministerial desprovido. Unânime (Agravo em Execução 70070553342, Primeira Câmara Criminal – TJRS, 2016).

7. Agravo em execução. Sistema de monitoramento eletrônico de presos. Superlotação carcerária. Regime semiaberto. Viabilidade. Caso concreto.

   Em razão da superlotação das casas prisionais, a jurisprudência vem relativizando o rigor do art. 117 da LEP e admitindo a possibilidade do recolhimento dos apenados em residência particular mediante monitoramento eletrônico. Cabimento da medida diante das particularidades do caso concreto. Recurso desprovido (Agravo em Execução 70069988756, Sétima Câmara Criminal – TJRS, 2016).

domiciliar com tornozeleira eletrônica. Defendia que condenados mais antigos no regime semiaberto tivessem a preferência. Já no segundo caso, houve justamente a concessão de prisão domiciliar com tornozeleira eletrônica para uma condenada que já cumpria pena em regime semiaberto há mais tempo. O argumento foi no sentido de que havia a vaga da própria condenada na casa prisional compatível com o regime semiaberto. Assim, não existe solução possível para o magistrado. Quando ele opta por conceder prisão domiciliar para os condenados que estão há mais tempo cumprindo pena em casa prisional compatível com o regime semiaberto, é questionado. Quando é concedida a prisão domiciliar para quem acaba de progredir do regime fechado, e não há vaga na casa prisional compatível, a decisão também é questionada. É importante referir que, no âmbito da execução penal, o Ministério Público deve atuar como fiscal da lei, e não como órgão acusador. Possui, inclusive, o dever de comparecer mensalmente aos estabelecimentos penais, nos termos dos artigos 67 e 68, parágrafo único, da Lei 7210/84.

Nesse sentido, Eugênio Raúl Zaffaroni afirma que os sistemas penais estão estruturalmente preparados para violar os princípios de legalidade, de humanidade e, sobretudo, de igualdade. No entanto, o que se pode pretender é que a agência judicial "empregue todos os seus esforços de forma a reduzir cada vez mais, até onde o seu poder permitir, o número e a intensidade dessas violações, operando internamente em nível de contradição com o próprio sistema", a fim de que possa obter a constante "elevação dos níveis reais de realização operativa desses princípios" (2001, p. 235).

Os outros dois argumentos aparecem em Embargos de Declaração[8] que já foram julgados e desprovidos pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

8. É válido citar parte do voto do desembargador-relator: "Não se pode confundir julgamento contraditório, obscuro, ambíguo ou omisso com julgamento contrário aos interesses da parte. Em verdade, o que a embargante parece pretender é a rediscussão da matéria e a reforma do julgado, o que não é cabível nos estreitos limites deste recurso. Ressalto que este órgão julgador considerou as informações constantes na decisão combatida de que a prisão domiciliar está sendo concedida não só pela ausência de vagas, mas também em razão das condições mínimas de segurança e fiscalização dos estabelecimentos prisionais da comarca. A decisão recorrida foi prolatada em 02/06/2016, não havendo qualquer razão para duvidar da afirmação do juízo *a quo* quanto à inexistência de vagas em regime adequado ao apenado. Ademais, não cumpre a esta Corte verificar a existência de vaga em estabelecimento prisional, o que seria impossível diante da dinâmica do sistema carcerário. Verifico, aliás, que esta questão não foi alegada no recurso, que fundamentou sua insurgência na impossibilidade de concessão de prisão domiciliar mediante monitoramento eletrônico a presos

O primeiro deles refere que a decisão concessiva de prisão domiciliar seria fruto de uma política penitenciária instituída pelo Poder Judiciário que, além de esvaziar os estabelecimentos de regime semiaberto, contribuiria para que o Estado deixasse de envidar esforços para a construção de novos estabelecimentos penais adequados, por acreditar na sua falência, para investir em monitoramento eletrônico como substitutivo desse regime.

Em relação a esse argumento, sabe-se que a ausência de vagas no sistema carcerário e as condições prisionais violadoras da dignidade humana, em especial na última década, não motivaram o Poder Executivo a realizar os investimentos necessários. Já houve, inclusive, representação na Comissão Interamericana de Direitos Humanos em relação ao Presídio Central de Porto Alegre, por iniciativa de um grupo do qual a Associação de Juízes do Rio Grande do Sul fez parte. Nada disso foi suficiente para que os investimentos fossem realizados. Cabe lembrar que o Ministério Público possui obrigação constitucional de defender a dignidade da pessoa humana, princípio fundante da ordem jurídico-constitucional brasileira, jamais podendo incentivar, por meio de seus órgãos, a sua nãoobservância.

O último argumento diz respeito à suposta violação do artigo 1º, inciso III, e o *caput* do artigo 5º e seus incisos XXXIX e XLVI, da Constituição da República, e da aplicação equivocada das garantias previstas nos incisos XLVII, alínea *e*, e XLIX, também do artigo 5º da Constituição em situações em que a condenada, que já cumpria pena em estabelecimento compatível com o regime semiaberto, obtivera a concessão de prisão domiciliar com tornozeleira eletrônica, solução que somente seria justificável caso não houvesse vaga no estabelecimento de origem. Essa alegação vai ao encontro do segundo argumento já problematizado. O que se pretende discutir aqui é o fato, no mínimo inusitado, de que os princípios e as garantias constitucionais de proteção dos condenados contra o poder punitivo estatal foram utilizados contra os interesses dos próprios condenados. Em síntese, foram mencionados pelo Ministério Público possíveis violações à dignidade da pessoa humana, aos princípios da estrita legalidade e da anterioridade da lei penal, da individualização da pena, da proibição das penas cruéis e do respeito à integridade física e moral dos presos. Tudo isso porque uma condenada que estava em estabelecimento compatível com o regime semiaberto obteve a concessão de prisão domiciliar com tornozeleira eletrônica, o que permitiria sua convivência social com a família e com os seus filhos.

---

do regime semiaberto, pura e simplesmente. Ainda, com a devida vênia, entendo que a decisão não contraria o atual posicionamento do STF" (Embargos de Declaração 70071887855, Sétima Câmara Criminal- TJRS – 2016).

Os direitos fundamentais não podem ser utilizados contra os interesses de seus próprios beneficiários. E, ainda que se esteja aqui a prestigiar a perspectiva subjetiva desses direitos, vinculada à dignidade humana, Ingo Sarlet recorda a importância dos desdobramentos da perspectiva objetiva. Refere que:

> [...] com base no conteúdo das normas de direitos fundamentais é possível extrair consequências para a aplicação e interpretação das normas procedimentais, mas também para uma formatação do direito organizacional e procedimental que auxilie na efetivação da proteção aos direitos fundamentais, de modo a se evitarem os riscos de uma redução do significado do conteúdo material deles. Neste contexto, há que considerar a íntima vinculação entre direitos fundamentais, organização e procedimento, no sentido de que os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo e de certa forma, dependentes da organização e do procedimento (no mínimo, sofrem uma influência da parte destes), mas simultaneamente também, atuam sobre o direito procedimental e as estruturas organizacionais" (SARLET, 2007, p. 176).

Um outro aspecto que parece preocupar os críticos do monitoramento eletrônico está no risco de mercantilização desse sistema por meio de investimento da iniciativa privada. Tal preocupação é pertinente quando se pensa numa expansão do monitoramento eletrônico para os condenados que cumprem pena em regime aberto, da forma como prevê o artigo 146-B da Lei 7210/84. No entanto, da maneira como tem sido aplicado na Comarca de Porto Alegre e com o respaldo da Súmula Vinculante 56 do STF, tem funcionado como um mecanismo alternativo ao encarceramento no regime semiaberto. Essa medida, além de preservar a dignidade do condenado, impedindo a sua vinculação com facções criminosas e demais efeitos perversos da privação da liberdade, assegura o convívio familiar, constituindo-se em medida menos aflitiva do que o cumprimento da pena em estabelecimento convencional. Além disso, os custos do monitoramento eletrônico para o Estado são muito menores, uma vez que o preço de uma tornozeleira no mercado está em torno de R$ 520,00 e o aluguel, aproximadamente, R$ 260,00 por mês. Um preso no sistema convencional custa mais de R$ 1.500,00 mensalmente para o Estado. Em todos os sentidos, a pesquisa demonstra a eficiência do sistema de monitoramento eletrônico para condenados do regime semiaberto.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema de execução criminal convencional precisa de reformas estruturais. O cumprimento de pena privativa de liberdade em colônia agrícola ou industrial como determina o Código Penal e a Lei 7210/84 para condenados

do regime semiaberto, a rigor, não chegou a se tornar realidade em virtude da quantidade insuficiente de estabelecimentos dessa natureza no território nacional. No decorrer dos anos, os juízos de execução foram realizando adaptações a fim de responder à demanda que aumentava significativamente sem qualquer contrapartida em termos de investimentos em novas casas prisionais.

Para além disso, diversos estudos apontam para os fatores criminógenos do sistema carcerário da forma como está estruturado. É nesse contexto que surge a possibilidade de que as penas em regime semiaberto possam ser cumpridas, mediante prisão domiciliar com tornozeleira eletrônica. A pesquisa realizada na Comarca de Porto Alegre demonstrou uma redução muito expressiva da possibilidade de reincidência dentre os monitorados eletronicamente. Além disso, a reintegração social e familiar do condenado é facilitada por meio desse sistema.

Ainda que se tenha avançado com o respaldo da Súmula Vinculante 56 do STF, necessita-se de um esforço conjunto de todos os órgãos que atuam na execução penal: Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Poder Executivo, no sentido de racionalizar o sistema de justiça criminal. É imperioso que os efeitos perversos do encarceramento sejam amenizados em benefício, não apenas dos direitos fundamentais dos condenados e de seus familiares, mas, também, da sociedade civil. A sociedade brasileira merece perceber que os recursos públicos estão sendo investidos em medidas realmente eficazes no enfrentamento da criminalidade, e não em penalidades que só contribuem para o incremento da violência urbana. Há de se ter disposição para ouvir as vozes da ciência e da ética.

7. Referências bibliográficas

ANDRADE, Vera Regina P. de. *Pelas mãos da criminologia*: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*: teoria del garantismo penale. 9. ed. Roma: Editori Laterza, 2008.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. Trad. Dante Moreira Leite. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2007.

GONÇALVES, Vanessa Chiari; DANCKWARDT, Ceres.O monitoramento eletrônico de mulheres na comarca de Porto Alegre. *Revista da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, ano 8, v.17,jan.-abr. 2017, 2017.

GONÇALVES, Vanessa Chiari. *Tortura e cultura policial no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Reincidência criminal no Brasil*: relatório final de atividades da pesquisa sobre reincidência criminal, conforme Acordo de Cooperação Técnica entre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Ipea (001/2012) e respectivo Plano de Trabalho. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: [www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf]. Acesso em: 15.09.2017.

SÁ, Alvino Augusto de. *Criminologia clínica e psicologia criminal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*: a perda de legitimidade do sistema penal. Trad. Vânia Pedrosa e Amir da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Execução penal e o direito penal do futuro: uma análise sobre o sistema de monitoramento eletrônico de presos, de Christiany Pegorari Conte – *RT* 894/401-442 (DTR\2010\192);
- O monitoramento eletrônico e os direitos e garantias individuais, de Juliana Burri – *RT* 904/475-493 (DTR\2011\1186); e
- O sistema de monitoramento eletrônico à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, de Gisele Mendes de Carvalho e Thaís Aline Mazetto Corazza – *RT* 945/197 (DTR\2014\3028).

Veja também Jurisprudência

- Conteúdo Exclusivo WEB: JRP\2017\624327; JRP\2017\724236 e JRP\2014\5207.

Decisões judiciais em matéria de drogas em São Paulo e em Portugal: estudo comparativo de *sentencing*

Judicial decisions on drug matters in São Paulo and Portugal: comparative sentencing research

Jorge Albino Quintas de Oliveira

Doutor em Criminologia. Mestre em Psicologia. Licenciado em Psicologia. Professor Auxiliar e Diretor da Escola de Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.
joliveira@direito.up.pt

João Diego Rocha Firmiano

Mestre em Criminologia. Bacharel em Direito. Advogado. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.
joaodiego@adv.oabsp.org.br

Recebido em: 29.11.2017
Aprovado em: 12.01.2018
Última versão do(a) autor(a): 06.02.2018

Área do Direito: Penal

Resumo: O propósito deste trabalho é apresentar um exercício de criminologia comparada, analisando, por meio de uma amostra de decisões judiciais portuguesas (N=100) e de São Paulo (N=100), as situações de consumo e tráfico de drogas alvo de ação penal, bem como a forma como estas são tratadas nos sistemas de justiça criminal. Os resultados mostram que, nos processos portugueses, há maior complexidade na investigação policial e na apreciação da prova. Os processos de São Paulo decorrem, essencialmente, de revistas por suspeita e da consequente análise em juízo dos depoimentos de policiais e réus. A punitividade é superior em São Paulo, visto que a maioria das condenações é por tráfico de drogas e resulta em penas de prisão efetiva, enquanto em Portugal é preponderante

Abstract: The purpose of this paper is to present a comparative criminological study, analyzing through a sample of judicial decisions from Portugal (N=100) and from Sao Paulo (N=100), drug use and drug trafficking conducts, and the reaction of criminal justice systems to these crimes. The results show that Portuguese trials have a greater complexity in the police investigation and in the assessment of the evidence. São Paulo trials mainly result from routine patrol actions motivated by suspicions and the consequent judicial review of the credibility of police and defendants' testimony. The punitiveness is higher in São Paulo, since most of the convictions are for drug trafficking and they result in effective prison sentences, while in Portugal it is more common the use of lower seriousness trafficking

Oliveira, Jorge Albino Quintas de; Firmiano, João Diego Rocha.
Decisões judiciais em matéria de drogas em São Paulo e em Portugal: estudo comparativo de *sentencing*.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 143. ano 26. p. 245-287. São Paulo: Ed. RT, maio 2018.

o enquadramento legal dos fatos no tráfico de menor gravidade e a utilização de formas de suspensão da pena de prisão. A existência de registo criminal do réu e a quantidade de droga são fatores determinantes da medida da pena aplicada ao tráfico de drogas, enquanto o sexo e o consumo de drogas do réu, o número de tipos de drogas apreendidas e o número de réus no processo não exercem uma influência relevante.

Palavras-chave: Criminologia comparada – *Sentencing* – Sistema de justiça criminal – Consumo de drogas – Tráfico de drogas.

legal framework and the use of the suspended prison sentences. The defendants criminal record and the amount of drug detected are the other relevant factors to the amount of the penalty applied to the different types of drug trafficking. The sex, the drug use of the defendant, the number of drugs types and the number of the defendants in the trial do not exert a relevant influence on the amount of penalty.

Keywords: Comparative criminology – sentencing – Criminal justice system – Drug use – Drug trafficking.

Sumário: 1. Um exercício de criminologia comparada por meio do estudo de *sentencing*. 2. Estudos de *sentencing* sobre drogas. 3. Enquadramento legal das drogas em Portugal e no Brasil. 4. Estudo empírico sobre as decisões judiciais em Portugal e em São Paulo, Brasil. 4.1. Método. 4.1.1. Procedimento. 4.1.2 Amostra. 4.1.3. Instrumento. 4.2. Resultados. 4.2.1. O fenômeno do tráfico e consumo de drogas alvo de ação penal. 4.2.2. O tratamento judicial dos presumíveis crimes. 4.2.3. Recursos. 5. Discussão. 6. Conclusão. 7. Bibliografia.

1. Um exercício de criminologia comparada por meio do estudo de *sentencing*

A análise da forma como diferentes países lidam com as infrações às leis das drogas por meio dos seus sistemas de justiça criminal impulsiona um exercício comparativo. O objetivo da criminologia comparada é precisamente o de verificar, de forma metodologicamente rigorosa, as diferenças e as semelhanças entre jurisdições, na criminalidade e/ou na atuação dos sistemas de justiça criminal. A comparação no âmbito da criminologia é, refira-se, bem mais alargada que a mera comparação jurídico-penal, uma vez que esta se prende apenas com o cotejo de institutos jurídicos, doutrina, jurisprudência ou disposições em ordenamentos jurídicos diversos. O exercício de comparação criminológico permite estudar a forma como um crime é definido, contabilizado e tratado em diferentes jurisdições e, também, a forma como os tipos de controle da criminalidade de um país entram em ressonância com outros aspectos da sua cultura (NELKEN, 2012).

Habitualmente, a prática comparativa criminológica resulta na aquisição de conhecimentos específicos sobre a criminalidade e sobre a atuação dos diferentes sistemas de justiça criminal, obtida por meio da recolha e da disponibilização das chamadas estatísticas sobre crimes e sobre a atuação do sistema de

justiça criminal. Como ponto de partida, utilizam-se as estatísticas oficiais de países, jurisdições ou entidades locais, ainda que devam também ser complementadas com dados provenientes de pesquisas de vitimização e/ou de pesquisas de delinquência autorrevelada, percebidas na atualidade como instrumentos complementares que enriquecem os exercícios comparativos (HERRERO, 2011). Todos esses dados podem possibilitar a compreensão do desvio e do controle social e, por isso, muitos estudos, variando desde o estritamente local até o global, são realizados com intuitos comparativos (PAKES, 2010).

Se a utilização de dados relativos à criminalidade e de estatísticas relativas à atuação dos sistemas de justiça criminal é recorrente em criminologia e constitui a base fundamental para os estudos agregados transnacionais (*e.g. European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics*, para os países da Europa), menos comum será estender intuitos comparativos aos estudos de *sentencing*. Esse campo de pesquisa visa apreciar as decisões judiciais no momento em que o encaixe lógico do que vem a ser chamado de justiça é vista a ser feita (PENNINGTON & LLOYD-BOSTOCK, 1987), permitindo ter em conta o processo de julgamento de forma mais ampla do que a mera "determinação da pena" (LANDREVILLE & PIRES, 1985). A atenção sobre o próprio processo de tomada de decisão constitui um extenso campo de pesquisa[1], mas nesse contexto privilegia-se, sobretudo, o estudo dos fatores que nas decisões judiciais possam predizer o tipo e a medida da pena decidida (TATA, 1997), bem como a apreensão dos fenômenos criminais que estão a ser alvo de decisão.

1. Spohn (2000, p. 480) chama atenção para os consideráveis avanços dos estudos de *sentencing* e a sua contribuição para a análise de atuação do sistema de justiça criminal, referindo que "as entrevistas com os membros dos sistemas de justiça criminal, a análise e observação dos processos criminais, a análise das transcrições das audiências, a análise e observação da leitura das sentenças pelos juízes dão à pesquisa científica substrato para melhor compreensão do complexo processo sentencial no âmbito criminal". No mesmo sentido, Ulmer (2012, p. 33-34), considera necessário: "realizar estudos qualitativos, comparativos e de metodologia mista das comunidades judiciais locais; comparar as condenações dos tribunais em jurisdições que estão submetidas às diretrizes com as jurisdições que não estão submetidas às diretrizes; estudar como os atores da comunidade do tribunal implementam e transformam às políticas de condenação e comparar diferentes comunidades judiciais; empreender mais pesquisa de opinião que tente medir interpretações de preocupações focais e como elas podem estar ligadas a percepções de diferentes tipos de infratores e casos; e novos entendimentos atualizados de como raça, etnia, gênero, classe social, idade e outros fatores extralegais influenciam a avaliação das preocupações focais, por meio de atribuições, de disponibilidade ou de representatividade heurística, ou outros processos cognitivos, e como estes são moldados por maiores contextos culturais locais."

Frise-se, contudo, que o estudo comparativo de decisões judiciais não é comum (ULMER, 2014), e que é ainda mais incomum que se estabeleça com um foco específico em infrações às leis das drogas. De fato, os estudos de *sentencing* sobre drogas são, na sua maioria, de origem estadunidense e focados na problemática das diretrizes de condenação (*guidelines*), elaboradas nesse país para responder à questão da desproporcionalidade das penas (NAGEL, 1983, 1990, 1994), e existem apenas estudos isolados em outros contextos geográficos, incluindo o Brasil e Portugal.

2. Estudos de *sentencing* sobre drogas

A controvérsia sobre as práticas de condenação nos Tribunais Federais dos EUA e a assunção de que as penas variavam muito (disparidade), tinham grande margem de discricionariedade e eram discriminatórias (tendo em atenção especialmente a questão da raça), levaram a que se procurasse criar uma forma de gerar um maior grau de determinação nas condenações. As diretrizes de condenação são apreendidas como um passo para fornecer os meios para reduzir arbítrio individual e, assim, presumivelmente, reduzir a disparidade e a discriminação (BLUMSTEIN, 1984, p. 130). Nessa sequência, o Congresso Americano aprovou a *Sentencing Reform Act* de 1984 e criou a Comissão de Penas dos Estados Unidos (*United States Sentencing Commission* – USCC), designada como uma agência independente do Poder Judiciário com o objetivo principal de estabelecer políticas de condenação uniformes e fornecer indicações práticas aos Tribunais federais.

Omori e Lynch (2014) utilizaram uma análise multinível, dos dados da USSC, entre os anos de 1993 a 2009, provenientes de 89 distritos federais, em uma amostra de 280.954 indivíduos, envolvendo somente casos de condenados pelo crime de tráfico de drogas, com o objetivo de analisar os padrões de condenações. Nesse sentido, as pesquisadoras aferiram que as práticas de condenação ao longo do período em análise variam consideravelmente entre distritos, e que são relativamente estáveis os resultados dentro de cada distrito ao longo do tempo, o que as leva a concluir que as práticas legais locais não só divergem em aspectos importantes em cada lugar, mas também se enraízam ao longo do tempo, de modo que a reforma legal *top-down* é largamente reapropriada e absorvida em práticas estabelecidas localmente.

Mustard (2001) realizou uma revisão dos estudos de *sentencing* que se propuseram a compreender a influência das diretrizes (*guidelines*) nas condenações, concluindo que há estudos que demonstram diversos tipos de resultados: aumento nas disparidades das condenações entre negros e brancos

(MCDONALD & CARLSON, 1993); irrelevância das diretrizes (ALBONETTI, 1997); aumento das penas de prisão e diminuição da disparidade entre os juízes, em alguns Tribunais (PAYNE, 1997); aumento da variação nas condenações atribuíveis ao juiz e na quantidade de fundamentos utilizados (LACASSE & PAYNE, 1999); a perda do poder de apreciação judicial fez aumentar em quase 5% o custo total da prisão dos indivíduos infratores da lei federal de drogas americana (MEADE & WALDFOGEL, 1998); o ritual da condenação tradicional perdeu sua força moral e os juízes têm negado a oportunidade de desenvolvimento de uma jurisprudência principiológica (STITH & CABRANES, 1998). Diante desses estudos, Mustard (2001) concluiu que a restrição da discricionariedade judicial na condenação diminui a capacidade dos juízes para prolatar decisões em casos individuais com circunstâncias singulares (não triviais) e que, por isso, apoiam reformas para fornecer aos juízes mais flexibilidade na aplicação das diretrizes. Acresce que, no geral, a experiência das *guidelines* tem mostrado, em longo prazo, que a tendência para a condenação a penas de prisão dos infratores da lei de drogas dos EUA tem crescido dramaticamente, fazendo dessa nação um verdadeiro *outlier* em matéria de encarceramento por infração às leis das drogas (CAULKINS & CHANDLER, 2006).

Ainda no que respeita à disparidade, Eisenstein, Flemming e Nardulli (1988) examinaram as decisões condenatórias dos juízes em diferentes municípios e diferentes Estados. Os autores verificaram que tanto as condenações médias como a taxa de encarceramento variam de acordo com o juiz. Por exemplo, para os indivíduos condenados por posse de drogas com intenção de entregá-las, a taxa de encarceramento variou de 73,2% a 100%, e a sentença média variou de 44,3 meses a 55,8 meses. As diferenças para posse simples foram ainda mais acentuadas. A taxa de encarceramento para o juiz mais severo foi de 90%, mais do que o dobro da taxa do juiz menos severo, que condenou a pena de prisão 37,5% dos réus. A quantidade média da pena de prisão decretada também foi muito diversa, variando de 14,5 meses a 42,0 meses. Ulmer (1997) comparou as condenações impostas por juízes de diferentes municípios dentro de um único Estado, tendo também verificado que, apesar da existência de normas de condenação iguais para todo o Estado, as penas variavam consideravelmente entre os juízes.

No que respeita à importância do consumo de drogas nas penas, Spohn, Kim, Belenko e Brennan (2014) examinaram o impacto da história do consumo de drogas nas decisões relativas a condenados por tráfico de drogas em três Tribunais Distritais dos EUA. A partir de uma amostra de 2.833 casos, os autores(as) demonstraram que o consumo de droga tem efeito direito e indireto sobre a quantidade da pena. Os indivíduos que, no momento da detenção,

estavam a consumir drogas receberam penas mais longas, quer como consequência do consumo frequente de drogas, quer pelo consumo de drogas no momento da detenção. Ambas as condições aumentaram ainda as probabilidades de prisão preventiva e de agravação das penas. Ademais, os(as) autores(as) mostraram também que os efeitos do consumo de drogas nas penas variaram com o tipo de droga que o indivíduo estava a consumir, bem como com o tipo de crime pelo qual o indivíduo vinha acusado, concluindo que existe um conjunto complexo de relações entre o consumo de drogas e as decisões judiciais.

Spohn e Sample (2013) analisaram as relações entre decisões condenatórias e os estereótipos sobre o crime e etnia do condenado. A pesquisa contemplava a análise de dados dos indivíduos condenados por tráfico de drogas, composta de negros (N=443), brancos (N=705) e hispânicos (N=544), todos do sexo masculino e condenados em três tribunais distritais dos EUA (N=1692). As pesquisadoras procuram testar se a definição estereotipada de traficante perigoso (*dangerous drug offender*), conforme as diretrizes federais antidrogas (homem com condenação anterior por tráfico de drogas e que utilizou uma arma para cometer o crime), visto que é tido como fator agravante que determina a perigosidade do réu e a probabilidade de reincidência criminal, influenciaria a quantidade de pena. Os resultados revelaram que a quantidade de pena para os indivíduos negros foi afetada pelo estereótipo, mas não para os brancos ou latinos, sendo que esse efeito foi mais perceptível nos negros condenados por tráfico de uma droga específica, o crack.

Harper, Harper e Stockdale (2002) realizaram um estudo sobre uma amostra composta de 1.715 indivíduos capturados por transportar drogas por meio do aeroporto de Heathrow, Londres, Inglaterra, entre julho de 1991 e setembro de 1997. O objetivo foi o de analisar se as mulheres estão envolvidas em atividades de maior risco do que os homens na introdução de drogas por via aérea, aproveitando as redes de tráfico o estereótipo de gênero que coloca o tráfico de drogas como uma atividade essencialmente masculina. Partia-se do pressuposto de que as mulheres tenderiam a traficar mais drogas de classe A (por exemplo, cocaína, heroína, crack), de maior valor e em maior quantidade, com base na crença no estereótipo de gênero que minimiza quer a probabilidade de detenção, quer as penas decretadas (acreditando que as mulheres, quando julgadas, vão proceder de modo que o tribunal aceite o fundamento de que foram enganadas e que isso resulta em uma redução da pena). Analisando os dados das sentenças, as mulheres receberam significativamente mais pena de prisão (89%) do que os homens (78%), ainda que os homens tenham recebido, em média, pena de prisão efetiva de cinco anos e seis meses, e as mulheres, cinco anos e três meses.

Fleetwood (2011) entrevistou 16 homens e 15 mulheres (provenientes da América do Norte, Europa, América Latina, África do Sul e Tailândia)

condenados por tráfico de drogas e presos em Quito (Equador) nos anos de 2005 e 2006, procurando problematizar o uso do peso da quantidade de droga como uma medida de seriedade da pena (expressa nas diretrizes de condenação para tráfico de drogas do Reino Unido). Tendo verificado que aqueles(as) que agem como "mulas", transportam maiores quantidades de drogas do que os traficantes profissionais de drogas (os que, para autora, têm um controle do processo de introdução, desde o preparo do disfarce até a maneira como será introduzida), vêm das partes mais marginais do planeta e estão desproporcionalmente mais representadas as mulheres e as minorias étnicas, concluiu que o uso do peso das drogas como critério fundamental para as condenações levará inevitavelmente à penalização desproporcional dos grupos mais vulneráveis. Essa consequência é contrária à iniciativa de rever as diretrizes de condenação para os crimes de drogas, que foi impulsionada por um desejo de diminuir a penalização dos grupos mais vulneráveis.

No Brasil, existem já algumas investigações específicas de *sentencing* sobre infrações às leis das drogas (*e.g.* CAMPOS, 2015; PRADO, ARAÚJO & SANTOS, 2014; MARQUES DE JESUS, OI, ROCHA & LAGATTA, 2011; BOITEUX et al., 2009; RAUPP, 2005), realizados com diferentes focos, mas, sem dúvida, os estudos de maior abrangência são os de Boiteux et al., 2009 e Jesus, Oi, Rocha e Lagatta 2011. Boiteux et al. (2009) realizaram um estudo empírico das decisões judiciais provenientes de Tribunais (estadual e federal) da cidade do Rio de Janeiro (RJ) em comparação com Tribunais do Distrito Federal (DF). O estudo revelou que o perfil típico dos condenados por tráfico de drogas nos tribunais estaduais e do Distrito Federal é de indivíduos do sexo masculino (83,9% no RJ e 73,1 % no DF), primários (66,4% no RJ, ainda que apenas 38% no DF), presos em flagrante (91,9% no RJ e 83,5% no DF) e sozinhos (60,8% no RJ e 60,5% no DF), respondendo em tribunal somente por tráfico (65,4% no RJ e 72,2% no DF), sendo que 14,1% dos condenados no RJ foram condenados em concurso com crime de posse de arma, mas apenas 0,6% no DF são condenados também por posse de arma. No que respeita às penas, ainda que a maior parte dos condenados tenha sido detectada com quantidades relativamente baixas de droga, 53,4% dos condenados por tráfico receberam penas de cinco anos de prisão ou acima do mínimo legal e somente em 46,3% dos casos é que a pena foi aplicada abaixo do mínimo, sendo na esmagadora maioria (97,7%) dos casos aplicada prisão efetiva. A propósito, apontam as autoras que, em relação ao tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006), a sua utilização é controvertida, gerando uma diferença de interpretação dos(as) juízes(as), além de que os(as) juízes(as) estaduais comparativamente com os(as) juízes(as) federais aplicam menos essa forma de redução das penas.

Jesus, Oi, Rocha e Lagatta (2011) empreenderam uma pesquisa com o objetivo de compreender o uso da prisão provisória nos casos de tráfico de drogas na cidade de São Paulo. As pesquisadoras(es) notaram um padrão nos processos criminais de flagrantes de tráfico de drogas, sendo que, em sua maioria: a) os flagrantes são realizados pela Polícia Militar, em via pública e em patrulhamento de rotina; b) é detida maioritariamente apenas uma pessoa por ocorrência e há apenas a testemunha da autoridade policial que efetuou a prisão; c) a média da quantidade das apreensões comuns foi de 66,5 gramas de droga; d) os acusados não têm defesa na fase policial; e) a pessoa detida não estava portando consigo a droga; f) as ocorrências de flagrantes de tráfico de drogas não envolvem violência; g) os acusados representam uma parcela específica da população: homens, jovens entre 18 e 29 anos, pardos e negros, com escolaridade até o primeiro grau completo e sem antecedentes criminais; h) os réus são defendidos pela Defensoria Pública; i) respondem ao processo privados de liberdade; j) os acusados são condenados a pena inferior a cinco anos; k) aos condenados não é dado o direito de recorrer em liberdade.

Em Portugal, existem poucos estudos de *sentencing* – com exceção de Rodrigues (2013), sobre o processo de decisão judicial ou o de Agra, Quintas, Sousa e Leite (2015), sobre as decisões judiciais dos casos de homicídios conjugais – e apenas um sobre a temática específica das drogas (Agra, Fonseca, Quintas e Poiares, 1997). Nesse estudo histórico sobre a aplicação das leis de drogas, analisou-se uma amostra de 79 processos judiciais, que envolviam 152 indivíduos, julgados ao abrigo das Leis de 1926, 1970 e conjuntamente as de 1983/1993. Os autores tinham como objetivo saber como foram, ao longo do tempo, criminalizados os comportamentos de consumo e transação de drogas pelo sistema aplicador da lei, por meio da análise de conteúdo dos processos, e concluíram que: num primeiro momento (decisões proferidas sob a Lei de 26) o(a) julgador(a) assume uma posição julgativa que se sobrepõe a esperada pela lei, ou seja, os(as) juízes(as), diante de uma Lei que primava pela substância em detrimento do(a) consumidor(a), assumem, nos raríssimos casos que chegam à alçada do Tribunal, uma posição inversa privilegiando a análise da situação pessoal do(a) consumidor(a) (e.g. considerando a sua inimputabilidade); num segundo momento (decisões proferidas sob a Lei de 70) o(a) julgador(a), diante de uma lei fortemente criminalizadora do consumo até então não problemático, acaba por optar por medidas não detentivas que privilegiam a integração social do(a) consumidor(a); num terceiro e último momento (decisões proferidas sob a Lei de 83 e 93) o(a) julgador(a) vê-se perante múltiplas situações de tráfico de drogas para as quais tem de aplicar uma lei tendencialmente repressiva, mas não deixa de adequar a sua intervenção, buscando alternativas que lhe permitam distinguir os diversos tipos de tráfico e condenar diferencialmente as pessoas envolvidas.

3. Enquadramento legal das drogas em Portugal e no Brasil

O fato de a legislação em matéria de drogas de cada um dos países ter uma raiz comum em convenções internacionais da ONU de que ambos os países são signatários, afigura-se como um elemento facilitador do esforço comparativo entre Portugal e Brasil. De fato, a partir do início do século XX, na sequência das recomendações da primeira conferência (Conferência de Xangai, 1909) e da primeira convenção (Convenção Internacional do Ópio, Haia, 1912) internacionais, incidiu sobre o milenar uso de substâncias psicotrópicas uma perspectiva proibicionista que interdita todos os atos relacionados com algumas dessas substâncias, com exceção de fins medicinais ou científicos estritamente controlados. Nessa sequência, os estados signatários criaram, durante a primeira metade do século XX, legislação que determina a interdição do uso, da produção e o comércio de extensas listas de substâncias, consideradas drogas ilícitas, e que cria infrações específicas que penalizem todos esses comportamentos. No geral, as primeiras convenções e acordos, incluindo os que ocorreram já no âmbito da Sociedade das Nações (Convenção para limitar a fabricação e regulamentar a distribuição de entorpecentes, Genebra, 1931; Acordo relativo à supressão de fumar ópio, Bangkok, 1931; Convenção de 1936 para a repressão do tráfico ilícito de drogas perigosas, Genebra), estão essencialmente vocacionados para o controle da produção, fabrico e comércio dessas drogas (POIARES, 2002) e dão pouco relevo aos(as) seus(as) consumidores(as). Após a Segunda Guerra Mundial, já no âmbito da ONU, criada em 1945, edificar-se-á a base normativa do Direito Internacional das Drogas vigente, refletida nas três principais convenções multilaterais da ONU, nomeadamente Convenção Única sobre Estupefacientes (1961), Convenção sobre as Substâncias Psicotrópicas (1971) e Convenção das Nações Unidas sobre o Tráfico Ilícito de Drogas Narcóticas e Substâncias Psicotrópicas (1988). Essas convenções prosseguem numa abordagem de controle que visa, primordialmente, à forte repressão de todo tipo de tráfico de drogas, expressão que congrega toda a produção, fabrico e comércio de drogas. Destarte, os países são estimulados a estabelecer severas penalizações para o tráfico de drogas e a criar instrumentos processuais expeditos que, por vezes em contramão com a tradição jurídica de alguns deles, permitem pautar os sistemas de justiça criminal de uma lógica de combate, que pugna pela exclusão agnóstica do(a) traficante (AGRA, 2003, p. 202), que constitui a figura simbólica da personificação do mal (SANTOS, 2004, p. 41). Relativamente ao consumo de drogas, as convenções internacionais distinguem o uso lícito (por exemplo, para fins médicos e científicos) do uso ilícito (AMBOS, 2014, p. 234), estimulando os estados a manter no seu direito interno a interdição do uso de longas listas de substâncias consideradas

potencialmente nocivas. Acresce que as convenções internacionais fornecem aos estados indicações, não imperativas, para que a resposta penal seja a preferencial, com intuitos dissuasivos sobre os potenciais consumidores(as) e, por vezes (cf. Convenção sobre as Substâncias Psicotrópicas, 1971), manifestam ainda a intenção de permitir que o contato com os sistemas de justiça criminal potencie a alavanca terapêutica dos(as) dependentes de substâncias que sejam detectados por atos de consumo.

Aderentes às convenções internacionais, Portugal e Brasil, ainda na primeira metade do século XX, criaram dispositivos legais que estabelecem a penalização das drogas. No Brasil, a *Consolidação das Leis Penaes,* em 14 de dezembro de 1932, após a adesão do Brasil à Convenção Internacional sobre o Ópio, levou a que redação do artigo 159 do Código Penal tivesse sido substancialmente alterada, o que implicou a possibilidade de utilização da pena de prisão de um a cinco anos e multa de 1:000$ a 5:000$000 para quem "vender, ministrar, dar, trocar, ceder, ou de qualquer modo, proporcionar substancias entorpecentes; propôr-se a qualquer desses actos sem as formalidades prescriptas pelo Departamento Nacional de Saude Publica, induzir ou instigar por actos ou por palavras o uso de qualquer dessas substâncias". Posteriormente, a matéria sai do Código Penal e passa a constar numa Lei extravagante, a *Lei de Fiscalização de Entorpecentes* (DL 891, de 25 de novembro de 1938), para regulamentar questões relativas à produção, ao tráfico e ao consumo de substâncias tidas por entorpecente, estabelecendo-se nesse diploma que quem "facilitar, instigar por atos ou por palavras, a aquisição, uso, emprego ou aplicação de qualquer substância entorpecente, ou, sem as formalidades prescritas nesta lei, vender, ministrar, dar, deter, guardar, transportar, enviar, trocar, sonegar, consumir substâncias compreendidas no art. 1º ou plantar, cultivar, colher as plantas mencionadas no art. 2º, ou de qualquer modo proporcionar a aquisição, uso ou aplicação dessas substâncias" será punível com pena de prisão de um a cinco anos e multa de 1:000$000 a 5:000$000.

Na primeira parte do século XX, Portugal acompanhou também as transformações legais do Direito Internacional da Droga. Em 1924, surge a *Lei 1.687, de 09 de dezembro*, do Ministério da Saúde, Direção-Geral da Saúde-Repartição de Saúde, regulamentada pelo *Decreto 10.375 de 09 de dezembro de 1924*, que visa à regulação pública do comércio de ópio, cocaína, morfina e heroína e respectivos sais e prevê, no plano repressivo, a pena de prisão, ainda que somente na hipótese de reincidência. Logo de seguida, publica-se aquela que é conhecida como a primeira lei portuguesa das drogas, *o DL 12.210/26 de 27 de agosto,* do Ministério da Instrução Pública – Direção Geral de Saúde, tendo subjacente uma racionalidade fiscal, que concebe as drogas, fundamentalmente, como uma mercadoria (POIARES, 1996, p. 101), estabelecendo-se que:

> [...] todo aquele que, sem estar autorizado a negociar com drogas medicinais, importe ou exporte, detenha, prepare, compre ou venda, ofereça à venda ou pretenda comprar ou forneça de qualquer modo, mesmo gratuitamente, os produtos designados no artigo 2º.

será punido com prisão correccional de seis meses a um ano e multa de 3.000$ a 5.000$.

Estabelecidas sobre a forma de lei as primeiras proibições relativas as drogas, a análise do subsequente percurso legislativo, no Brasil (Lei 5.726/71; Lei 6.368/1976; Lei 10.409/2002; e Lei 11.343/2006) e em Portugal (DL 420/70, de 03 de setembro, DL 430/83, de 13 de dezembro, DL 15/93 de 22 de janeiro, e Lei 30/2000, de 29 de novembro), ultrapassa o escopo deste trabalho (cf. POIARES, 1996; QUINTAS, 2011 para PORTUGAL E CARVALHO, 2010; CAMPOS, 2015 para o Brasil). Importa apenas sinalizar, antes de apresentar sucintamente as leis em vigor na atualidade, que em ambos os países se estabeleceu uma diferenciação do consumo em relação ao tráfico de drogas e que, relativamente a este último, paulatinamente se estabeleceram crimes diferenciados em razão de seu grau de severidade. Refira-se ainda que a lei das drogas brasileira está construída de forma a definir toda as políticas públicas sobre drogas, incluindo quer as penalizações, quer as formas de organização de serviços, enquanto a leis das drogas portuguesas se limitam a definir as interdições e estabelecer as respectivas penalidades, resguardando-se para outro tipo de diplomas legais formas de organização de serviços especializados e opções de política das drogas.

No Brasil, a atual lei das drogas (Lei 11.343/2006), estabelece como principais crimes:

– Consumo (artigo 28), definido como "quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas". A intenção legislativa é a de não prever pena de prisão para o porte de drogas para consumo individual continuando, porém, a conduta a ser criminalizada e sancionada por meio de outras penas como: (I) advertência sobre os efeitos das drogas; (II) prestação de serviços à comunidade; (III) medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Perante uma apreensão de drogas para aferir se o caso em julgamento é tráfico ou consumo, o(a) julgador(a) não ficando vinculado a uma quantidade específica, precisa atender ao § 2º do art. 28, designadamente "[…] à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente";

– Tráfico (artigo 33), definido por meio de 18 verbos nucleares integrantes do tipo penal. Assim, quem:

> [...] importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

fica sujeito a uma pena de cinco a 15 anos e pagamento de 500 a 1.500 dias-multa. Em seguida, existe uma escala de "redutores da pena" e "causas de aumento da pena" que acabam por incidir na moldura penal a ser aplicada ao caso em concreto;

– Tráfico privilegiado (artigo 33, § 4º), trata-se de causa de redução da pena vinculada aos limites mínimo e máximo previstos no *caput,* assim definido:

> [...] nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

É uma maneira de individualizar a pena para os que vinculados ao *caput* do artigo 33 congreguem as condições indicadas, sendo o tipo penal costumeiramente designado por "tráfico privilegiado".

Em Portugal, a Lei 15/93, estabelece como principais crimes:

– Tráfico e outras atividades ilícitas (artigo 21º), tido como o tipo fundamental de tráfico, definido por:

> Quem, sem para tal se encontrar autorizado, cultivar, produzir, fabricar, extrair, preparar, oferecer, puser à venda, vender, distribuir, comprar, ceder ou por qualquer título receber, proporcionar a outrem, transportar, importar, exportar, fizer transitar ou ilicitamente detiver.

e punível com prisão entre quatro e 12 anos[2]. Existem condições de agravamento da pena previstas, designadamente no n. 2 do artigo 21º e no artigo 24º (agravação), para além da criminalização prevista no artigo 28º (associações criminosas);

2. As penalidades para as substâncias pertencentes à Tabela IV anexa ao diploma têm penalizações menores para todos os tipos criminais de tráfico.

– Tráfico de menor gravidade (artigo 25º), definido de forma abrangente, pelos meios, modalidade da ação e qualidade e quantidade das substâncias (obtido pela apreciação casuística de uma diminuição considerável da ilicitude) e punível com prisão de um a cinco anos;

– Traficante-consumidor (artigo 26º), quando o agente tiver por finalidade exclusiva conseguir plantas, substâncias ou preparações para uso pessoal, com uma limitação relativa às quantidades que não podem ser superiores ao consumo médio individual de cinco dias e punível com prisão até três anos.

– Relativamente ao consumo de drogas, Portugal pela Lei 30/2000, de 29 de novembro (Lei da descriminalização que visa "a proteção sanitária e social das pessoas que consomem tais substâncias sem prescrição médica"), em vigor a partir de 01 de julho de 2001, definiu um novo regime jurídico aplicável ao consumo de todas as drogas que procedeu à revogação do artigo 40º (consumo) da Lei 15/93, exceto quanto ao cultivo. A competência de aplicação da lei é de entidades administrativas (Comissões para a Dissuasão da Toxicodependência – CDT), que procedem à instrução do processo e aplicação das sanções previstas (admoestação, multa e sanções não pecuniárias) e que utilizam diversas formas de suspensão dessas eventuais sanções em razão da proteção do(a) consumidor(a), do encaminhamento para tratamento do(a) dependente de substâncias e da redução dos danos do consumo. Deixaria, assim, de ser punível criminalmente o consumo de drogas. Contudo, a Lei 30/2000 também limitou a quantidade de drogas, destinada ao consumo, alvo de processo contra-ordenacional, à que não exceda o consumo médio individual durante o período de dez dias. Essa limitação gerou, após um período de alguma ambiguidade, uma posição jurisprudencial do Supremo Tribunal de Justiça que, por meio do Acórdão 8/2008, decidiu, não sem alguma polêmica, que se mantém em vigor o crime de consumo "quando a quantidade detetada seja superior ao consumo médio individual durante o período de dez dias" (n. 2 do art. 40. do DL 15/93, de 22 de janeiro), sendo este punível com pena de prisão até um ano.

Os sucessivos relatórios anuais sobre a situação portuguesa em matéria de drogas contêm informações sobre a forma como as leis das drogas têm sido aplicadas, designadamente por via da análise das decisões judiciais e das decisões das CDT que, por lei, são remetidas à instância governamental responsável pela área das drogas e das toxicodependências (atualmente, o Serviço *de Intervenção nos Comportamentos Aditivos e nas Dependências* – SICAD, integrado no Ministério da Saúde). Os Tribunais portugueses apreciam, nos anos 1990, cerca de 1.500 crimes de consumo e aplicam, em cerca de 80% dos casos, multas. As penas de prisão aplicadas

na maior parte dos restantes casos são quase sempre suspensas na sua execução. Após a entrada em vigor da lei da descriminalização no ano 2001, as contra-ordenações por consumo (por ano, decidem-se, em média, cerca de 5.000 processos) aplicadas nas CDT resultam, essencialmente, em formas de suspensão das sanções que possibilitam o envio para tratamento dos dependentes de drogas e ações preventivas indicadas para os(as) consumidores(as) não dependentes de drogas. Nos casos de crime de consumo, raros nos anos mais imediatos à descriminalização do consumo, mas que se tornaram mais frequentes (cerca de 300, em média, por ano) após o Acórdão 8/2008 do STJ, o padrão de condenações dos tribunais mantém-se próximo do dos anos 1990, com uma clara preferência pela aplicação da pena de multa. As condenações por tráfico de drogas tiveram um acentuado incremento entre 1987-1992 e 1993-2000, aumentando de menos de 400 para mais de 1.500 por ano (um aumento de mais de 300%). Entre 2001 e 2013 as condenações aumentam ligeiramente para cerca de 1.800 por ano (aumento de 17%). Refira-se, contudo, que as condenações em pena de prisão efetiva que constituíram a regra até ao ano 2000 (84% entre 1987 e 1992 e 70% entre 1993 e 2000) diminuem sistematicamente, passando a ser de 42% no período após a descriminalização do consumo. Refira-se que esse fato decorre do enquadramento cada vez mais generalizado dos fatos no tipo legal tráfico de menor gravidade em detrimento do tráfico de drogas (cf. QUINTAS, 2011, 2014; QUINTAS & ARANA, 2017).

Relativamente ao Brasil não se conhecem dados de âmbito nacional provenientes diretamente do Poder Judiciário, e particularmente dos Tribunais, que permitam uma análise dos padrões de condenação. Existem apenas registros provenientes do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça, designadamente por meio das sucessivas publicações sobre as informações de todas as unidades prisionais brasileiras (INFOPEN).

Os dados disponíveis que permitem alguma comparação entre Portugal e Brasil são, assim, apenas os que se referem ao sistema prisional. A fonte das informações brasileiras são os dados coletados pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN com as unidades prisionais brasileiras, por referência à situação no dia 31 de dezembro de cada ano, e a fonte das informações portuguesas são os dados da Direção Geral de Reinserção e Serviços Prisionais (DGRSP), também por referência ao final de cada ano e que, entre outros sítios, estão disponíveis na plataforma da Base de Dados de Portugal Contemporâneo (PORDATA). Refira-se, contudo, que no Brasil há sérias dificuldades na apreciação da quantidade de presos por tráfico de drogas, uma vez que esse registro se efetua contabilizando o número de crimes reportados

pelos quais as pessoas estão presas, quando eles são conhecidos, e que muitas das penitenciárias não apresentaram esses dados (cf. INFOPEN, 2014, CARVALHO, PELLEGRINO & ALQUÉRES 2016). Devem, assim, ser apreciados com muitas reservas os números absolutos e as porcentagens de presos(as) por tráfico de drogas.

Conforme se pode verificar na tabela 1, a população prisional brasileira é muito elevada e tem crescido sistematicamente desde 1990. Na última atualização, em junho de 2016, de acordo com a informação disponível, o Brasil contava com 726.712 presos(as), o que corresponde a uma taxa de aprisionamento de 352,6 presos(as) para cada 100.000 habitantes. Quanto à quantidade de presos(as), segundo o relatório INFOPEN de *2014*, o Brasil ocupa a quarta posição em nível mundial, ficando apenas atrás dos EUA (2.228.424, com 698 presos(as) para cada 100.000 habitantes) da China (1.657.812, com 119 presos(as) para cada 100.000 habitantes) e da Rússia (673.818, com 468 presos(as) para cada 100.000 habitantes). No que respeita aos registros informados de todas as ações penais pelas quais respondem as pessoas privadas de liberdade em todo o Brasil (incluindo pessoas que estão sendo processadas ou já foram condenadas por mais de um crime) o tráfico de drogas é, na atualidade, o crime mais frequente. Os 176.691 presos(as) por tráfico de drogas registados, em junho de 2016, correspondem a 28% dos crimes informados, porcentagem que duplicou por comparação com o primeiro ano (2005) com informação disponível (INFOPEN, 2016). Como não existe informação para uma parte relevante da população prisional e existe contabilização de vários crimes para o(a) mesmo(a) preso(a), não é possível determinar com precisão a quantidade de pessoas presas por tráfico de drogas[3]. Sabe-se, contudo, que os crimes previstos na legislação específica sobre drogas são os que mais têm contribuído para o crescimento da população prisional.

3. Em 2014, pela primeira vez, o INFOPEN questiona também sobre a porcentagem de pessoas que respondem por tipo de crime (dado que foi obtido de forma completa para 188.886 pessoas, menos de 1/3 dos(as) presos(as)) e verificou-se que 66.313 pessoas estavam presas no Brasil aguardando julgamento ou condenadas por tráfico de drogas, correspondendo a 35% do total. Se essa porcentagem se mantiver para os(as) restantes presos(as) podemos estimar que estavam presos(as) no Brasil, por tráfico de drogas, em junho de 2016, cerca de 254.000 pessoas.

Tabela 1. Dados do sistema prisional do Brasil e de Portugal

Brasil					Portugal			
Ano	População Prisional	Crimes informados (tentado ou consumado)	Crimes de tráfico	% tráfico (crimes)	População Prisional	Presos condenados	Condenados por tráfico	% tráfico (condenados)
1990	90 000				8 874		1 285	
1991	-				7 877		926	
1992	114.300				9 451		1 145	
1993	126.200				11 000	7 150	1 526	0,21
1994	129.200				10 035	6 403	1 937	0,30
1995	148.800				12 029	7 400	2 220	0,30
1996	-				13 874	8 897	2 566	0,29
1997	170.600				14 361	10 033	3 653	0,36
1998	-				14 598	10 348	3 902	0,38
1999	194.100				12 808	8 756	3 863	0,44
2000	232.755				12 675	8 917	3 829	0,43
2001	233.859				13 025	9 422	3 930	0,42
2002	239.345				13 698	9 553	3 967	0,42
2003	308.304				13 817	10 143	3 558	0,35
2004	336.358				13 152	10 152	2 927	0,29
2005	361.402	229.311	32.880	0,14	12 889	9 845	2 669	0,27
2006	401.236	324.620	47.472	0,15	12 636	9 715	2 650	0,27
2007	422.590	433689	65.494	0,15	11 587	9 260	2 524	0,27
2008	451.429	370.405	77.371	0,21	10 807	8 699	1 849	0,21

Tabela 1. Dados do sistema prisional do Brasil e de Portugal

Brasil					Portugal			
Ano	População Prisional	Crimes informados (tentado ou consumado)	Crimes de tráfico	% tráfico (crimes)	População Prisional	Presos condenados	Condenados por tráfico	% tráfico (condenados)
2009	473.626	417.334	91.037	0,22	11 099	8 958	2 026	0,23
2010	496.251	428.713	106.491	0,25	11 613	9 306	1 950	0,21
2011	514.582	493.275	125.744	0,25	12 681	10 211	2 075	0,20
2012	548.003	545.465	138.198	0,25	13 614	10 953	2 252	0,21
2013	581.507	563.714	146.276	0,26	14 284	11 692	2 290	0,20
2014	622.202	532.959	147.475	0,28	14 003	11 673	2 217	0,19
2015	698.618	608.991	172.338	0,28	14 222	11 919	2 294	0,19
2016[4]	726.712	620.583	176.691	0,28	13 779	11 662	2 208	0,19

Fontes: Infopen (Brasil) e Pordata (Portugal)

4. Os dados do Brasil de 2016 referem-se ao mês de junho e todos os restantes ao final do ano respectivo.

A população prisional portuguesa, em 2016, é de 13.779 habitantes, o que corresponde a uma taxa por 100.000 habitantes de 133, muito menor do que a brasileira. Em termos evolutivos, a população prisional era de 8.874 presos(as) em 1990 e teve uma tendência de crescimento durante toda essa década, ainda que condicionada por efeitos relevantes de três leis da anistia (1991, 1994 e 1999). Após o ano 2000, a população prisional subiu nos primeiros anos da década, tendeu a decrescer de 2004 a 2008, e voltou a crescer a partir desse ano. Essa evolução da população prisional foi, em parte, condicionada pelos padrões de condenação pelos crimes de tráfico de drogas. Os dados disponíveis quanto ao tipo de crime praticado pelos(as) presos(as) portugueses(sas) são relativos aos condenados. Nessa população, no início da década de 1990, existiam nas prisões são cerca de 1.000 pessoas, correspondendo a 1/5 dos(as) reclusos(as) condenados(as). Durante toda a década de 1990, subiu constantemente o número de pessoas encarceradas por tráfico de drogas, aproximando-se dos 4.000 reclusos(as) condenados(as) em 1998, valor que se mantém estável até 2002. Nesses anos, a porcentagem relativa dos(as) condenados(as) por crimes de drogas no conjunto de reclusos(as) condenados(as) atinge mais de 40%. O efeito da contenção do número de pessoas condenadas por tráfico em penas de prisão efetiva produzido no período pós-descriminalização do consumo permitiu, a partir de 2002, quer uma diminuição do número de condenados(as) por crimes previstos nas leis das drogas nas prisões, quer da respectiva porcentagem relativa no conjunto de reclusos(as) condenados(as). Os valores atuais (2016) de reclusos(as) condenados por tráfico de drogas é de 2.208, correspondendo a 19% dos(as) reclusos(as) condenados(as). Ainda que tenha aumentado a população prisional nos últimos anos, esse crescimento seria seguramente muito mais relevante se as condenações por tráfico de drogas continuassem, na maioria das situações, a resultar em prisões efetivas.

4. Estudo empírico sobre as decisões judiciais em Portugal e em São Paulo, Brasil

4.1. Método

O estudo visa comparar, por meio da análise das decisões judiciais em matéria de drogas, o fenômeno do tráfico e consumo de drogas em Portugal e em São Paulo, bem como perceber quais os principais fatores que influenciam as decisões e as penas decretadas. Perante decisões judiciais que constituem textos escritos, enquadrados pela legislação aplicável em cada um dos países, a opção metodológica combina a utilização de formas de análise qualitativa documental e da sua técnica principal – análise de conteúdo – com

análises quantitativas que permitam a correta descrição, comparação e inferência sobre esses materiais.

4.1.1. Procedimento

Privilegiou-se uma abordagem capaz de possibilitar o estudo das decisões judiciais de uma maneira ampla, incluindo todos os tipos legais enquadráveis na legislação sobre drogas e os casos de condenação e absolvição. Para o efeito, fixou-se em 200 os processos judiciais que se pretendia obter, metade dos quais de São Paulo e a outra metade de Portugal Continental e Ilhas, tendo-se escolhido o ano de 2013 como o ano civil, mais recente, para o qual era, no final de 2015, expectável encontrar a esmagadora maioria dos processos decididos. Uma vez selecionado esse universo amostral, procedeu-se à tiragem aleatória de 100 casos de São Paulo e 100 casos de Portugal Continental e Ilhas. Para o efeito, consultados os meios disponíveis que permitissem garantir a aleatoriedade da amostra com objetivos de economia e celeridade no acesso aos materiais, foi efetuada a seleção dos processos judiciais do seguinte modo:

1. Em São Paulo, o sítio do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) tem uma *hiperligação*, que se chama banco de sentenças, em que é possível encontrar todas as decisões de primeiro grau de processos que não estejam em segredo de justiça. Para o ano de 2013, foi selecionado "*Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas*" e a vara criminal "*Foro Central da Barra Funda (1ª Vara Criminal da Capital até 31ª Vara Criminal da Capital*", resultando na apresentação de 2.697 decisões judiciais. Numa primeira fase, pediu-se, por cautela, uma seleção aleatória de 6% dessas decisões, resultando em 147 decisões, todas em formato PDF, das quais, após uma análise inicial, se excluíram nove (meras decisões sobre extinção da pena e outras situações). Das 138 restantes, procedeu-se a uma nova seleção aleatória para obter as 100 decisões judiciais provenientes da comarca de São Paulo – Capital, de responsabilidade das 31 varas criminais da justiça estadual.

2. Em relação a Portugal, não existindo a facilidade de acesso por via informática, o acesso a elas foi solicitado ao Serviço de Intervenção nos Comportamentos Aditivos e nas Dependências – SICAD[5] (no âmbito da colaboração

5. Por força do artigo 64.º, 2, do Decreto Lei 15/93 [Lei da Droga portuguesa]: "2 – Os tribunais enviam ao Gabinete de Combate à Droga do Ministério da Justiça cópia das decisões proferidas em processo crime por infrações previstas no presente diploma". Extinto o organismo referido, as suas competências nesta matéria são atualmente localizadas no *SICAD*.

existente com a Escola de Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e por meio de pedido formal gentilmente deferido[6]). Nos serviços do SICAD, procedeu-se à tiragem aleatória das decisões judiciais dos processos transitados em julgado do ano 2013, tendo-se selecionado aleatoriamente, numa primeira fase, 10% de todas as decisões. Das 214 decisões resultantes, posteriormente, realizou-se nova seleção aleatória para obter as pretendidas 100 decisões.

4.1.2. Amostra

A amostra é composta de 200 decisões judiciais proferidas entre 01 de janeiro e 31 dezembro do ano de 2013 e que tramitaram em 1ª instância na justiça criminal. Dessas, 100 decisões são provenientes das 31 varas criminais da Justiça Estadual da cidade de São Paulo e as outras 100 são provenientes de diversas varas criminais de Portugal Continental, Região Autônoma dos Açores e Região Autônoma da Madeira. As decisões envolvem um total de 388 indivíduos julgados.

4.1.3. Instrumento

Os estudos de *sentencing* sobre drogas supracitados, especialmente os realizados no Brasil (CAMPOS, 2015; PRADO, ARAÚJO & SANTOS, 2014; JESUS, OI, ROCHA & LAGATTA, 2011; BOITEUX, et al., 2009; RAUPP, 2005) e em Portugal (AGRA, FONSECA, QUINTAS & POIARES, 1997) e a análise preliminar, integral e sequencial, dos materiais recolhidos, permitiram a elaboração de uma tabela de análise de conteúdo aplicável às decisões tanto nas decisões provenientes de Portugal como de São Paulo. A análise sucessiva das decisões de cada país exigiu a realização de ajustes pontuais no instrumento para captar a vasta informação constante nas decisões judiciais.

O instrumento resulta, assim, do confronto da literatura com o material empírico recolhido em dois contextos diferentes. A versão final do instrumento designado de "*Instrumento de análise e comparação de decisões judiciais em matéria de droga*" (QUINTAS & FIRMIANO, 2016) contempla as seguintes dimensões: (I) dados relativos aos processos criminais (*localização, número, vara*

6. Agradecimentos especiais ao Dr. João Goulão, Diretor do SICAD e às Drª Carla Ribeiro e Ana Bela Bento da Divisão de Estatística e Investigação pelo pronto atendimento do pedido, pelo cuidado na seleção dos materiais e pela permanente atenção e incentivo à pesquisa empírica.

criminal/tribunal, rito processual, comarca); (II) dados relativos aos indivíduos (*características sociodemográficas, consumo de drogas ilícitas e antecedentes criminais*); (III) dados relativos aos presumíveis crimes (*local, condição, motivo, alegação, policia, droga, conjunto de droga, dinheiro, armas, outros objetos materiais*); (IV) dados relativos à resposta do Sistema de Justiça Criminal (*acusação, advogados, testemunhas e tempo de resposta do sistema*); (V) dados relativos ao desfecho processual (*desfecho, pena, suspensão e substituição*); (VI) dados relativos a considerações dos julgadores (*agravantes, atenuantes e associações*) e (VII) dados relativos ao recurso (*existência, tribunal, tempo de processamento e resultado*).

4.2. Resultados

Os resultados da análise de conteúdo das decisões judiciais em São Paulo e em Portugal são apresentados de forma aproximada à sequência das dimensões constantes no instrumento de recolha de dados anteriormente descrito. Assim, começa-se por caracterizar as 100 decisões de cada grupo quanto ao número de indivíduos. A partir dessa caraterização apresentam-se dados relativos aos indivíduos. Segue-se a descrição dos dados relativos à dinâmica dos presumíveis crimes, basicamente o que ocorreu antes de o caso chegar ao Judiciário. Em seguida, apresentam-se os dados da resposta do Judiciário, que tem início com o despoletar da acusação criminal. Finalmente, descrevem-se as decisões e os seus fundamentos.

As variáveis em cada uma das dimensões da análise merecem, simultaneamente, uma apreciação quantitativa e qualitativa. Quando se trata de variáveis facilmente quantificáveis (*e.g.* sexo do indivíduo), optou-se pela sua adequada exploração descritiva univariada e de diferenciação entre grupos (Portugal e São Paulo). Para esse efeito, utilizam-se, quando apropriado, tabelas que sintetizam os dados recolhidos. Os tópicos codificados por temas, ainda que também possam merecer uma contabilização da sua expressão em cada um dos grupos, necessitam de uma exploração qualitativa mais aprofundada. Para esse efeito utilizam-se, quando apropriado, excertos[7] das decisões que ilustram de forma prototípica a posição que a categoria pretende sintetizar. Por vezes, utilizaram-se ainda excertos para ilustrar casos contrastantes, designadamente para realçar as diferenças entre os grupos. A análise aprofundada das decisões judiciais utilizou, por fim, uma técnica de análise do vocabulário de motivos (RAUPP, 2015) que fez uso da busca e da análise por palavras e termos

7. Os excertos são transcrições literais das sentenças, portanto, poderão conter erros ortográficos.

específicos, designadamente no que se refere à adjetivação dos depoimentos e aos motivos evocados para sustentar as decisões judiciais (*e.g.* atenuantes, agravantes e outras considerações). Finalmente, uma análise de regressão linear permitiu testar a importância de algumas variáveis na determinação da medida da pena de prisão aplicada aos casos de tráfico de drogas.

4.2.1. O fenômeno do tráfico e consumo de drogas alvo de ação penal

4.2.1.1. Decisões e indivíduos

As decisões judiciais envolvem um número maior de indivíduos em Portugal (M=2,64; DP=3,07), do que em São Paulo (M=1,24, DP=0,53), sendo a diferença significativa, t (386) = 4,49; p<0,001. Em consonância com essa diferença, verifica-se que em 60% das decisões em Portugal há mais do que um indivíduo envolvido no processo, e que, na cidade de São Paulo, em apenas 20% dos processos a acusação recai sobre mais do que um indivíduo.

A proporção de indivíduos do sexo masculino e feminino não difere significativamente entre a cidade de São Paulo e Portugal (2=0,58; p=0,447), sendo homens, respetivamente, 84,7% e 87,5% dos indivíduos. Relativamente aos restantes dados sociodemográficos, constata-se que, em São Paulo, não consta qualquer informação em mais de 90% das decisões, em parte, porque é frequente as decisões referirem que o indivíduo já se encontra "qualificado nos autos do processo" e pelo fato de o Código de Processo Penal brasileiro, no seu artigo 381[8], não exigir expressamente a qualificação inicial do indivíduo logo no início da decisão. Em Portugal, os indivíduos alvo de processo judicial têm, em média, 33,20 anos (DP=10,26), sendo o escalão etário mais frequente o dos 20 aos 39 anos, que contêm 69,7% dos indivíduos. Na sua esmagadora maioria, os indivíduos têm escolaridade básica (80,3%) e, em grande parte, são solteiros(as) (57,4%). A porcentagem de indivíduos desempregados é muito alta (51,3%) e a maioria dos indivíduos é de portugueses (81,3%), embora também existam de outras nacionalidades, com destaque para os Cabo-Verdianos (6,1%).

Relativamente ao consumo de droga, verifica-se que quando consta alguma informação sobre o tema na decisão (57,3% dos casos de São Paulo e 75,4%

8. Art. 381. A sentença conterá: I – os nomes das partes ou, quando não possível, as indicações necessárias para identificá-las; II – a exposição sucinta da acusação e da defesa; III – a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão; IV – a indicação dos artigos de lei aplicados; V – o dispositivo; VI – a data e a assinatura do juiz.

de Portugal) cerca de dois terços dos indivíduos são referenciados como consumidores de drogas, não se registrando diferenças significativas ($\chi 2$ =,288; p=0,592) entre São Paulo (69,0%) e Portugal (72,4%). No que respeita aos antecedentes criminais, a maioria dos indivíduos em Portugal apresenta anotações no seu registro criminal prévio (54,3%), enquanto em São Paulo apenas 37,0% têm registro de crimes anteriores, sendo a diferença significativa ($\chi 2$ =8,50; p=0,004).

4.2.1.2. Presumíveis crimes

A maioria dos presumíveis crimes detectados em São Paulo (77,7%) ocorreu em espaços públicos, sendo muito frequente que se referenciem esses locais como territórios psicotrópicos[9], designadamente por meio da utilização de expressões que caracterizam os locais de detenção como "ponto de venda de drogas", "local de venda de drogas", "biqueira de venda de drogas" ou "cracolândia". Em apenas 19,6% das situações a detenção ocorre na residência dos indivíduos e os restantes ocorrem em estabelecimentos prisionais (2,7%).

Em Portugal, pelo contrário, 48,7% dos presumíveis crimes foram detectados pelas autoridades policiais na residência dos indivíduos, sendo comum a descrição pormenorizada sobre a forma como a residência servia para a venda de drogas ou a localização das drogas apreendidas nos diferentes espaços da residência. Em proporção próxima à dos casos detectados em residências, surgem as ocorridas em espaços públicos (47,3%), sendo frequente a menção a estabelecimentos comerciais, nomeadamente cafés e bares, ainda que raramente se caracterizarem esses locais públicos como territórios psicotrópicos. Os restantes casos ocorrem em aeroportos (2,7%) e estabelecimentos prisionais (1,3%).

Constata-se que a descoberta da situação criminal em Portugal foi predominantemente por meio de investigação policial (82,1%), enquanto em São Paulo essa condição de descoberta é muito rara (1,7%). Desse modo, em Portugal, as decisões registram frequentemente a utilização dos meios

9. O conceito de território psicotrópico utilizado é o cunhado por Fernandes (1998, p. 164), de "lugar de concentração de atores sociais das drogas", para dar conta dos espaços que serviam de base às atividades diárias da compra, venda e consumo de substâncias psicoativas ilegais (FERNANDES, 2014, p. 177). Nesse sentido, para efeito da pesquisa, só foi considerado território psicotrópico os locais que foram referenciados pelo(a) julgador(a) como um *lugar de concentração de atores sociais das drogas*.

de obtenção de prova, designadamente os exames, as revistas, as buscas, as apreensões e as escutas telefônicas, como:

> […] no âmbito da investigação que realizou, sendo certo que estes autos tiveram início por meio de informações de outro processo e as escutas iniciaram-se em Setembro de 2011, com uma que se revelou essencial e na qual o telemóvel do arguido […] estava sob escuta em que este, em voz off, transmitiu a um indivíduo não identificado, que se encontrava junto de si, as seguintes expressões "que é bruto...trouxeste 600 gramas de cavalo (heroína), mais cinquenta de coca [...].
>
> (Decisão *278 – Portugal*)

Em São Paulo a maior parte das situações que levam à descoberta da situação criminal decorre por via da revista por suspeita (77,5%), condição de descoberta que é bem menos frequente em Portugal (17,5%). As revistas por suspeita desenvolvem-se, geralmente, em razão de um policiamento rotineiro das forças de polícia, sem envolver qualquer outra técnica de investigação criminal, em situações estandardizadas de abordagem de pessoas na via pública,

> Policiais militares estavam em patrulhamento de rotina, quando avistaram três indivíduos parados com atitude suspeita.
>
> (Decisão *182 – Brasil*)

Acresce que, em São Paulo, a denúncia anônima é expediente frequentemente utilizado (20,8%) para ter conhecimento da possível atividade delituosa, sendo muito rara a referência a essa forma isolada de obter conhecimento do crime em Portugal (0,4%). Note-se que a denúncia anônima como condição inicial para a descoberta, não é em São Paulo sustentada nas decisões na remissão para ofício que dê notícia da mesma, mas sim no depoimento dos polícias, conforme exemplifica o excerto,

> [...] Durante os trabalhos, [...] informou que havia recebido uma denúncia anônima de que em um veículo estacionado próximo havia mais entorpecente [...].
>
> (Decisão *189 – Brasil*)

Desse conjunto de dados sobre a condição de descoberta resulta uma clara diferenciação entre o flagrante delito fruto do trabalho policial ostensivo em São Paulo em contraposição ao trabalho investigativo das polícias predominante em Portugal.

As forças policiais responsáveis pela descoberta das situações criminais são, em São Paulo, a Polícia Militar (72,2%), seguida da Polícia Civil (27,8%). Em Portugal, a Polícia de Segurança Pública (48,8%) e a Guarda Nacional Republicana (41,7%) são responsáveis pela maior parte das descobertas, seguidos de longe pela Polícia Judiciária, pelos Serviços Alfandegários e Serviços Prisionais.

As decisões judiciais referenciam as drogas apreendidas com detalhe na maior parte dos casos, ainda que em 25,4% dos casos de Portugal e em 9,7% dos de São Paulo não seja possível aferir do número de substâncias e respectivas quantidades, especialmente devido à remessa para folhas de exame toxicológico não reproduzido na decisão judicial. Conforme se pode verificar na tabela 2, em São Paulo, 41,1% das decisões são referentes à apreensão de apenas um tipo de droga, mas é frequente que exista apreensão de dois (35,7%) e três (23,2%) diferentes tipos de droga. A droga mais apreendida é a cocaína (75,0%), seguida da maconha (63,4%) e do crack (44,6%). As quantidades apreendidas são maioritariamente inscritas nas categorias entre 10 e 100 g (50,5%) e mais de 100 g (36,9%), sendo menos frequente a apreensão de menos de 10 g (12,6%). Em Portugal, a maioria das apreensões são de apenas uma substância (76,1%). A droga mais apreendida é o haxixe (62,9%), seguido da heroína (25,9%) e da cocaína (25,4%). As quantidades apreendidas são bastante diversas, distribuem-se de forma relativamente uniforme pelas categorias <10 g (33,8%), entre 10 e 100 g (35,4%) e mais de 100 g (30,8%).

Tabela 2. *Apreensão de drogas (N=388)*

Número de tipos de drogas	São Paulo [N=124]		Portugal [N=264]	
	N	%	N	%
1 tipo de droga	46	41,1	150	76,1
2 tipos de drogas	40	35,7	38	19,3
3 tipos de drogas	26	23,2	7	3,6
4 tipos de drogas	0	0,0	2	1,0
Omissos	12	9,7%	67	25,4%
Tipo de drogas		[N=112]		[N=197]
Maconha/liamba	71	63,4	18	9,1
Haxixe	0	0,0	124	62,9
Cocaína	84	75,0	50	18,9
Heroína	0	0,0	51	25,3
Crack	50	44,6	1	0,5
Ecstasy/MDMA	0	0,0	6	3,0

Tabela 2. *Apreensão de drogas (N=388)*

Número de tipos de drogas	São Paulo [N=124]		Portugal [N=264]	
	N	%	N	%
Outros	0	0,0	5	2,5
Quantidade (soma de todas as drogas)	111	89,5	198	75,0
< 10 gramas	14	12,6	67	33,8
≥10 gramas até < 100 gramas	56	50,5	70	35,4
> 100 gramas	41	36,9	61	30,8

Em São Paulo, a maior parte dos indivíduos alega em juízo que a posse das substâncias se deu em razão do seu próprio consumo (43,0%) ou nega ter cometido o crime de que são acusados (41,2%). Admitem vender drogas ou transportá-las apenas 9,6% e 4,4% dos indivíduos, respectivamente. Em Portugal, alegam em juízo que as drogas se destinam a consumo pessoal 36,3% e negam o crime 23,2% dos indivíduos. Contudo, 28% admitem vender drogas, e 11,9%, o seu transporte. São residuais os indivíduos que alegam que as drogas se destinam ao consumo de outrem (1,8% em São Paulo e 0,6% em Portugal).

Foi ainda apreendido dinheiro a 43,5% dos indivíduos de São Paulo e a 36,7% dos de Portugal. Em São Paulo apreendem-se outros objetos a 58% dos indivíduos, incluindo especialmente as sacolas destinadas a transportar as drogas (em 72% desses casos) e materiais destinados ao seu preparo (em 20,8% desses casos). Em Portugal apreendem-se outros objetos a 49,6% dos indivíduos, com destaque para os telemóveis (em 82,4% desses casos) e materiais destinados ao preparo das drogas (em 45,8% desses casos). A apreensão de carros ou motos utilizados nas atividades delituosas ocorre em 2% dos casos de São Paulo e em 7,2% dos de Portugal. Ocorre ainda apreensão de armas (de fogo e/ou facas/soqueiras/bastões) a 2,4% e 12,1% dos indivíduos de São Paulo e de Portugal, respectivamente.

4.2.2. O tratamento judicial dos presumíveis crimes

4.2.2.1. Acusação e situação processual no momento da decisão judicial

Em São Paulo, praticamente todos (99,2%) os indivíduos foram acusados por crime de tráfico de drogas. Em Portugal, pese embora 69,3% de indivíduos terem sido acusados por tráfico de drogas, observa-se que há maior versatilidade das acusações em outras categorias de tráfico, nomeadamente nos 23,9% indivíduos que foram acusados por tráfico de menor gravidade e um caso de acusação de tráfico-consumo. No que respeita ao consumo de drogas, apenas um indivíduo foi acusado por esse crime em São Paulo e, em Portugal, apesar

de a lei da descriminalização abarcar a maior parte das situações, o consumo atinge ainda 4,9% das acusações.

Em São Paulo, 31,1% dos indivíduos foram também acusados de associação criminosa para o tráfico e 23,6% por algum tipo de agravação do tráfico de drogas e esporadicamente, em concurso, por outros crimes, com destaque para corrupção de menores (4%) e detenção de arma proibida (2,4%). Em Portugal, as condições de agravação constam em 21% das acusações, sendo mais frequente a acusação, em concurso, por detenção de arma proibida (15,2%), mas mais rara (4%) a acusação por associação criminosa.

No momento da decisão 89% dos indivíduos de São Paulo encontravam-se em prisão preventiva. Em Portugal, frequentemente as decisões judiciais não permitem aferir a situação processual do réu (71,2%), mas quando se obtém essa informação, a maioria deles encontra-se em prisão preventiva (81,6%).

4.2.2.2. Julgamento

No que respeita à defesa, em São Paulo, existe informação em três quartos dos casos, sendo que, destes, 58,2% foram assistidos pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, 37,4% por advogado particular e 4,4% por advogado oficioso. Em Portugal, em 98,5% dos casos não há informação nas decisões sobre o tipo de defesa.

No que respeita à prova testemunhal, verifica-se que, em São Paulo, na apreciação desse tipo de prova se utiliza somente o confronto das declarações do réu com os depoimentos dos polícias em 66,9% dos casos. Tendo a esmagadora maioria dos indivíduos sido apanhada em flagrante delito os depoimentos dos polícias, nos casos de condenação, são adjetivados como "coesos", "coerentes e unânimes", "comprovado categoricamente", "imparcial", "firmes", "uníssonos e seguros", "idôneos e convincentes", "isentos", "plenamente válido", e habitualmente credibilizados pelos juízes,

> Conveniente acrescentar, ainda, inexistir qualquer problema em se fundamentar sentença penal condenatória em depoimentos de policiais, pois seus testemunhos, como de todo e qualquer cidadão, são dignos de fé [...].
>
> (Decisão *189 – Brasil*)
>
> Pequenas divergências encontradas no cotejo dos depoimentos prestados pelos policiais, sem atingirem o âmago da questão, devem ser desprezadas [...].
>
> (Decisão *63 – Brasil*)

Contrapondo-se com as declarações dos indivíduos, adjetivadas, nos casos de condenação, como "inconvincente", "discrepante", "não encontra eco",

frágil e isolada", "versão fantasiosa", "paira isolada nos autos", "inconclusivos" e tratadas comumente como "versão" que não merece crédito.

> E isso porque, em seu interrogatório judicial o réu não apresentou qualquer versão plausível para sua prisão. Limitou-se a dizer o que todos dizem quando são surpreendidos vendendo drogas em locais conhecidos como ponto de venda de drogas, ou seja, que estava apenas passando, quando a polícia chegou, abordando-o e intrujando droga em sua bermuda e o acusando do crime. (Decisão *325 – Brasil*)

Em Portugal, os casos que são apreciados com base unicamente no confronto com os depoimentos dos polícias são apenas 9,1%. Daí resulta que a prova se sustenta numa mais ampla utilização de outros meios, com destaque para a confissão e para os meios de obtenção de prova resultantes da investigação criminal.

O desfecho do julgamento consta na tabela 3. Na fase de o julgador dar o seu veredito final, em São Paulo, 82,3% dos indivíduos são condenados, e 17,7% absolvidos. Entre os indivíduos condenados verifica-se que 69,6% deles o foram pelo crime de tráfico, outros 22,5% pelo crime de tráfico privilegiado e 7,8% pelo crime de consumo, sendo que, para essa distribuição, concorrem os casos de desclassificação relativamente à acusação. Ademais, dos indivíduos condenados em São Paulo, 11,8% foram condenados numa forma agravada de tráfico, 1%, em concurso, por associação criminosa, e 3,9%, pelo crime de corrupção de menores.

Tabela 3. *Desfecho julgamento (N=388)*

DESFECHO	São Paulo [N=124]		Portugal [N=264]	
	N	%	N	%
Absolvição	22	17,7	35	13,3
Condenação	102	82,3	229	86,7
Consumo (a)	8	7,8	31	13,5
Tráfico de menor gravidade(b)	23	22,5	116	50,7
Tráfico(c)	71	69,6	82	35,8
Condenação em concurso		[N=112]		[N=229]
Agravação do tráfico	12	11,7	0	0,0
Associação criminosa	11	10,7	0	0,0
Corrupção de menores	4	3,9	0	0,0

a) Brasil: art. 28, da Lei 11.343/2006 / Portugal: art. 40 do DL 15/1993; *b)* Brasil: art. 33, §4, da Lei 11.343/2006 / Portugal: art. 25 do DL 15/1993; *c)* Brasil: art. 33, da Lei 11.343/2006 / Portugal: art. 21 do DL 15/1993.

Em Portugal, a porcentagem de condenações é de 86,7%. A distribuição pelos tipos criminais mostra que cerca de metade das condenações é por tráfico de menor gravidade (50,7%), 35,8% por tráfico e 13,5% por consumo. Não se registram quaisquer condenações por tráfico agravado ou por associação criminosa.

No que concerne ao tempo médio de processamento entre a ocorrência do crime de droga que levou o indivíduo a julgamento e o termo final com a prolação da decisão judicial de primeira instância, vê-se que, em São Paulo, em ambas as situações, o tempo médio é de 9,61 meses (DP=9,294) e em Portugal o tempo médio da decisão é de 17,48 meses (DP=10,41), sendo a diferença significativa (t (344) = 7,97; p<,001).

4.2.2.3. Análise das condenações

4.2.2.3.1. As condenações por consumo de drogas

Em São Paulo, dos oito indivíduos condenados por consumo, seis foram sujeitos a medidas de comparência em programa educativo sobre os efeitos nocivos do consumo de drogas e dois a trabalho a favor da comunidade. As considerações dos juízes, genericamente sucintas, permitem relevar a consideração de atenuantes, com relevo para o fato de ser primário (50%), ter confessado (37,5%) e o caso envolver uma quantidade diminutiva de droga (15,6%). Refira-se que, por vezes, a questão da quantidade de droga tem tratamentos diferenciais, chegando um caso que envolvia a apreensão de um "tijolo" de maconha com 864 g de a ser acolhido como mero consumo, "por ausência de referências a uma possível destinação comercial" (Decisão *325 – Brasil*).

Não há em nenhuma das situações de condenação de consumo registro de agravantes, limitando-se as decisões a relevar uma combinação de atenuantes que justificam a aplicação da pena

> [...] cumpre reconhecer que o réu é primário e sem antecedentes (fls. 58), merecedor, por isso, da pena de advertência sobre os efeitos das drogas e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo pelo prazo de três meses.
>
> (Decisão *308 – Brasil*)

Em Portugal, dos 31 indivíduos condenados por consumo, nove (29%) receberam pena de prisão, incluindo dois que não viram a sua pena suspensa e, consequentemente, tiveram penas de prisão efetiva, um dos quais por cúmulo com outros crimes e outro simplesmente pelo crime de consumo, dado

que foi considerado que perante um indivíduo toxicodependente, sem atividade laboral e com passado criminal

> [...] só o cumprimento de prisão efectiva assegura as finalidades da punição, ou seja, só assim se pune suficiente e adequadamente a conduta do arguido e só assim se poderá conseguir a integração do mesmo na comunidade [...].
>
> (Decisão *245 – Portugal*)

A maior parte das decisões (61,3%) utiliza, contudo, a multa como medida penal para os casos de consumo. Além disso, dois casos foram condenados à prestação de trabalhos a favor da comunidade e um a comparecimento em programa de tratamento ou de prevenção.

No que respeita às considerações dos juízes, em Portugal, destacam-se o uso extensivo de uma combinação específica em cada caso de uma lista de atenuantes, designadamente o fato de se estar inserido profissionalmente (45,2%), de ter modesta condição social (41,9%), de ter confessado (37,5%), ser primário (29%), regular condição social (25,8%), desemprego (25,8%), toxicodependência (19,4%) e diminuta quantidade de droga (16,1%). Por exemplo, considera-se que:

> O arguido é primário, tem sentido crítico, assumiu em julgamento a posse do produto estupefaciente, apresenta hábitos de trabalho, vive coma companheira e a filha, encontra-se profissionalmente inserido e tem apoio familiar.
>
> (Decisão *346 – Portugal*)

Por outro lado, em relação às agravantes, verifica-se que se leva em consideração as necessidades de prevenção criminal (61,3%), e ainda se apela à gravidade do crime de consumo (45,2%), motivando designadamente as penas de prisão,

> Não obstante algum arrependimento demonstrado e a confissão dos factos que fez em audiência de julgamento, ainda assim, a gravidade da conduta assumida e as exigências de prevenção geral não se conciliam com a substituição de uma pena de sete meses de prisão por uma mera pena de multa.
>
> (Decisão *181 – Portugal*)

4.2.2.3.2. As condenações por tráfico de menor gravidade e por tráfico privilegiado

Em São Paulo todos os 23 indivíduos que foram condenados por tráfico privilegiado receberam pena de prisão e multa em acúmulo, sendo que a pena de

prisão varia de 18 a 24 meses, com uma média 20,74 meses (DP=1,57) e apenas três (13%) dos indivíduos condenados por tráfico de menor gravidade tiveram suas penas substituídas por trabalho a favor da comunidade, cumprindo os restantes da pena de prisão efetiva.

Nas considerações dos(as) juízes(as), destaca-se entre as atenuantes o maior relevo ao fato de o indivíduo ser primário (78,3%), ter modesta condição social (34,8%), e ter confessado (30,4%), mas as decisões de pena efetiva são, sobretudo, resultado da consideração pelo julgador da gravidade do crime (47,8%), do fato de a droga na posse do indivíduo estar acondicionada de modo típico de venda (43,5%), ou da variedade de droga na posse do indivíduo ser considerada típica de venda (39,1%), numa lógica que toma a prisão como a solução mais adequada para o combate a todo o tipo de tráfico,

> Não parece razoável que o condenado por tráfico de entorpecentes, seja ele de pequeno, médio ou grande porte, seja beneficiado com essa substituição, porque, em todas as suas modalidades, trata-se de delito de extrema gravidade e causador de inúmeros males para a sociedade, desde a desestruturação familiar até o incentivo a diversos outros tipos de crimes gravíssimos, que, não raro, têm origem próxima ou remota no comércio ilegal de drogas, sem falar do problema de saúde pública em que já se transformou.
>
> (Decisão *17 – Brasil*)

Em Portugal, a maioria dos 116 indivíduos condenados por tráfico de menor gravidade recebem uma pena de prisão (93,1%), que varia de cinco a 54 meses, com uma média de 23,17 (DP=11,17), sendo que os restantes são punidos com trabalho a favor da comunidade ou multa. Registre-se, ainda, que 75,9% dos 108 condenados(as) a pena de prisão tiveram a sua pena suspensa.

A grande variabilidade das penas e da decisão de suspensão alicerça-se nas considerações dos juízes que relevam como atenuantes, o fato de o indivíduo ter modesta condição social (83,6%), ser primário (42,2%), ou estar inserido profissionalmente (38,8%):

> [...] a favor do arguido, depõe o facto de não ter antecedentes criminais, ter apenas 21 anos de idade na data dos factos e se mostrar inserido na família e na sociedade.
>
> (Decisão *31 – Portugal*)

Ainda que não deixem, na maior parte dos casos, de registrar como agravantes, a gravidade do crime (81%), e as necessidades de prevenção criminal (81%),

> Atenta a proporção do flagelo ligado ao consumo e tráfico de drogas e os sacrifícios que o mesmo implica para os jovens e famílias e para a segurança

> das pessoas e do Estado justifica-se, aos olhos da lei apesar da ilicitude consideravelmente diminuída do facto, a aplicação de uma reacção jurídico-penal que, podendo ser gravosa do ponto de vista do agente, não deixa de ser, sob a mesma perspectiva, pedagógica e necessária.
>
> (Decisão *387 – Portugal*)

4.2.2.3.3. As condenações por tráfico de drogas

Em São Paulo, os 71 indivíduos condenados por tráfico foram apenados com prisão e multa em acúmulo, sendo que a pena de prisão varia de oito e 144 meses, com uma média de 68,46 meses (DP=27,68). Em nenhum caso se procedeu à suspensão ou substituição da pena de prisão pelo que todas as penas são de prisão efetiva.

Nas considerações do julgador, apenas esporadicamente se enunciam circunstâncias atenuantes, designadamente o fato de o indivíduo ser primário (25,4%), ter confessado (11,3%), fato de o indivíduo ser menor de 21 anos na data do crime ou o de o indivíduo ter sido detectado com uma quantidade diminutiva de droga (7%), Mais habitual para esse tipo de crime é a consideração de circunstâncias agravantes, designadamente a gravidade do crime (77,5%), a droga apreendida ser considerada típica de venda (73,2%), ou o indivíduo estar relacionado com a venda regular de droga (59,2%). A gravidade do crime recebe, em particular, múltiplos discursos emocionalmente carregados de que é exemplo:

> O narcotráfico é vero flagelo da humanidade máxime da juventude. Semeia terror e morticínio. Sustenta portentosíssima organização criminosa. Severamente combatido por todos os povos cultos, merece rotunda resposta estatal.
>
> (Decisão *388 – Brasil*)

Em Portugal foi possível constatar que todos os 82 indivíduos condenados por tráfico receberam penas de prisão, entre 18 e 108 meses, com média de 57,87 meses (DP=13,37), significativamente inferior à apurada para São Paulo (t=2,94; p=0,004). Acresce que 31,7% dos indivíduos condenados por tráfico de droga tiveram as suas penas de prisão suspensas.

As circunstâncias atenuantes de maior relevo são o fato de o indivíduo ser de modesta condição social (78,9%), ser primário (41,5%) e ter confessado (39,0%), voltando a ser de destacar entre as agravantes sobretudo as considerações sobre a gravidade do crime (87,8%), e as necessidades de prevenção criminal (86,6%):

> *In casu*, são muito elevadas as exigências de prevenção geral, atenta a desagregação social causada pelo flagelo da droga e sua danosidade social,

> designadamente pela sua relação tendencial com outras actividades criminosas, verificando-se, consequentemente, uma necessidade acrescida de dissuadir a prática desses factos pela generalidade das pessoas e de incentivar a convicção de que as normas penais são válidas e eficazes. No que às exigências de prevenção especial concerne as mesmas afiguram-se também prementes atendendo aos recentes antecedentes criminais do arguido pela prática de crime da mesma natureza do ora em apreço, ou seja, tráfico de estupefacientes, assumindo-se o arguido como ex-consumidor de heroína, droga esta sobejamente conhecida como uma droga dura, ainda que esteja em fase de recuperação.
>
> (Decisão *240 – Portugal*)

4.2.2.4. Determinantes da medida da pena

Procurou-se, por fim, examinar a importância de algumas variáveis, com suficiente distribuição pelas suas condições, para determinar a quantidade de pena de prisão decretada para os crimes de tráfico de drogas, incluindo o tráfico de menor gravidade e o tráfico privilegiado. Os dados da regressão linear, apresentados na tabela 4, permitem verificar que a quantidade de pena de prisão depende, por ordem decrescente de importância, do tipo de crime, da existência de registo criminal prévio, da região em que o crime ocorre e da quantidade de droga detectada. Assim, como seria de esperar, dado as molduras penais dos crimes nos dois países, a pena de prisão decretada é muito mais elevada quando o crime é de tráfico por comparação (β = ,656; p<,001) com os crimes de tráfico de menor gravidade (em Portugal) ou de tráfico privilegiado (em São Paulo). Quando o réu possui registro criminal a pena de prisão decretada tende também a ser mais elevada perante indivíduos sem registro criminal (β = ,186; p<,001). Em São Paulo, as penas de prisão decretadas para os crimes de tráfico de drogas são superiores por comparação com as aplicadas em Portugal (β = ,159; p=,003). Finalmente, a detecção de quantidades mais elevadas de drogas tende a gerar uma pena de prisão mais elevada (β = ,120; p=,008).

O sexo do réu, o fato de este ser ou não consumidor de drogas, o número de tipos de drogas apreendidas e o número de réus no processo são variáveis que não exercem uma influência relevante na determinação da medida da pena.

Tabela 4. *Regressão linear da quantidade de pena de prisão nos crimes de tráfico de drogas e tráfico de menor gravidade ou tráfico privilegiado.*

	B	SE	β	t	p
Tráfico (sim)	34,785	2,405	,656	14,465	<,001
Região (São Paulo)	8,791	2,915	,159	3,015	,003
Sexo (masculino)	4,433	3,317	,058	1,413	,159

	B	SE	β	t	p
Consumidor (sim)	-1,128	2,271	-,021	-,497	,620
Registo criminal (sim)	9,797	2,277	,186	4,304	<,001
Número de réus	,177	,316	,026	,560	,576
Número de tipos de drogas	-,006	1,614	,000	-,004	,997
Quantidade de droga	4,154	1,543	,120	2,693	,008
Constante	5,197	5,148		1,010	,314

R^2 = ,600; F (8,240) = 47,486; p<,001

4.2.3. Recursos

Em São Paulo, a quantidade de recursos é muito superior (75,8%) em relação a Portugal (13,6%). A média de tempo de processamento do recurso em São Paulo é de 14,59 meses (DP=6,526), em Portugal é de apenas 6,51 meses (DP= 2,478). Conhece-se a decisão de praticamente todos os recursos de Portugal (97,2%), sendo negada provisão em 77,1% deles. Os casos de alteração são de diminuição da pena (cinco), aumento da pena (dois) ou de reenvio para a primeira instância (um). Em São Paulo, apenas se conhece o desfecho do recurso em 74,5% dos casos, sendo que destes em cerca de metade (52,9%) é negada provisão. Dos recursos providos resultam aumentos de pena em 22 casos, diminuição de pena em seis casos, três absolvidos(as) são condenados(as) e dois condenados(as) são absolvidos(as).

5. DISCUSSÃO

O presente estudo empírico permite, por meio da análise das decisões judiciais, descrever o fenômeno do tráfico e consumo de drogas numa perspectiva comparada entre a cidade de São Paulo e Portugal, bem como determinar os principais fatores que influenciam a resposta dos dois sistemas de justiça no que diz respeito às decisões e às penas decretadas para os crimes previstos nas leis das drogas.

Em primeiro lugar, os crimes previstos nas leis das drogas apreciados no Judiciário em São Paulo e em Portugal, possuem diversas similidades e algumas diferenças substanciais. Em ambas as jurisdições as infrações são praticadas por homens, consumidores de drogas em cerca de 2/3 dos casos e, frequentemente, com antecedentes criminais. Essas caraterísticas básicas dos infratores têm correspondência com diversos estudos realizados no Brasil (*e.g.* BOITEAUX et al., 2009; JESUS, OI, ROCHA & LAGATTA, 2011; PRADO et al., 2014) que demonstraram que a ação policial e judicial se dirige a populações

masculinas, previamente envolvidas em atividades desviantes, designadamente aquelas que resultam da interseção entre droga e crime (AGRA, 1998). Acresce que a descrição mais pormenorizada dos(as) infratores(as), apenas disponível em Portugal, mostra que estes(as) têm ainda como caraterísticas o fato de serem pouco escolarizados(as), de se encontrarem frequentemente em situação de desemprego e apresentarem alguns sinais de menor integração social.

As diferenças mais relevantes relativamente às situações criminais dizem respeito, essencialmente, à sua maior complexidade em Portugal comparativamente com a cidade de São Paulo. Nesta metrópole, a maior parte das situações presentes no Judiciário envolve quase sempre apenas um único réu, isto é, como referem Carlos et al. (2012, p.20), possuem uma "limitada coautoria delitiva". Acresce que, à semelhança de estudos realizados em outras cidades do Brasil (JESUS, OI, ROCHA & LAGATTA, 2011, BOITEUX, et al., 2009; MATSUDA, et al., 2012), a esmagadora maioria das detenções ocorre em flagrante delito, na via pública e, frequentemente, nas zonas de comercialização de drogas, na sequência de uma revista por suspeita que conduz à sua apreensão. Trata-se, assim, sobretudo de um trabalho policial ostensivo que sinaliza indivíduos com base no comportamento considerado suspeito pelos policias, especialmente pelos elementos da Polícia Militar. Em Portugal, o trabalho policial e das autoridades judiciais, conducente à detenção de suspeitos(as), ocorre frequentemente em razão de uma muito mais complexa investigação criminal que se traduz numa maior porcentagem de processos que envolvem mais do que um réu, sendo que a detenção e a apreensão de drogas ocorrem muito mais frequentemente em resultado de operações de vigilância sobre residências e outros espaços em que presumivelmente decorre a ação continuada de transação de substâncias. Esses dados estão em consonância com o estudo de Agra, Fonseca, Quintas e Poiares (1997) que constatou que já, nos anos 1980 e 1990, havia uma forte tradição de trabalho de investigação criminal de diversas polícias (não apenas a polícia judiciária) sobre os mercados de venda de drogas ilegais, sendo que "as intervenções das polícias, envolvendo a Polícia de Segurança Pública e a Guarda Nacional Republicana, ocorrem na sequência de apuradas investigações que, por vezes, se prolongam durante períodos alargados de tempo" (AGRA, FONSECA, QUINTAS, e POIARES, 1997, p. 48).

Quanto às drogas apreendidas existem também diferenças relevantes entre São Paulo e Portugal. Em São Paulo é mais frequente a apreensão de mais do um tipo de droga, sendo as mais relevantes a maconha, a cocaína e o crack, de forma consonante com os dados apresentados por Jesus, Oi, Rocha e Lagatta, 2011 e por Boiteux et al. (2009). Em Portugal, a apreensão de um único tipo de droga ocorre em cerca de três quartos das situações e acresce uma quantidade

relevante de indivíduos presumivelmente envolvidos na atividade criminal a quem não é apreendida qualquer droga. As drogas apreendidas mais frequentes em Portugal são o haxixe, seguido de muito longe pela cocaína e pela heroína. Em geral, as quantidades de drogas apreendidas são mais elevadas em São Paulo. Para além da apreensão de dinheiro destaca-se que aos réus de São Paulo são apreendidas as sacolas onde transportam as drogas e que, aos réus de Portugal, apreendem-se frequentemente celulares, presumivelmente utilizados para facilitar o contato que permita a transação das substâncias ilegais. Em ambas as jurisdições são muito raras as apreensões de armas ou de outros utensílios utilizáveis em situações de violência, isso em conformidade com os dados apresentados nos estudos realizados no Brasil por Jesus, Oi, Rocha e Lagatta (2011) e Carlos et al. (2012).

No que respeita à ação judiciária verificam-se, novamente, diferenças significativas entre as jurisdições, com uma muito maior tendência para um enquadramento dos fatos menos gravoso para os réus em Portugal. De fato, tal como em outras cidades brasileiras (*e.g.* BOITEAUX et al., 2009), em São Paulo quase todas as situações detectadas resultam em acusações de tráfico de drogas (art. 33º) e, com alguma frequência, também de associação criminosa a que acresce, por vezes, alguma forma de agravação do crime. Em Portugal, há uma muito maior diversificação das acusações do Ministério Público, incluindo formas legais criadas para situações menores de tráfico, especialmente o tráfico de menor gravidade (art. 25º) o tráfico-consumo (art. 26º) e ainda, por vezes, o crime de consumo (art. 40º, nº 2).

No julgamento, verifica-se em São Paulo que a prova dos fatos se estabelece essencialmente do confronto dos depoimentos dos réus com o dos policiais que procederam à detenção. Nesse mesmo sentido, Raupp (2009, p. 354), em sua análise de processos criminais de tráfico de drogas na cidade de São Paulo, constatou que "a argumentação do processo centra-se em torno do trabalho da polícia: se a prova colhida pela polícia, basicamente os testemunhos dos policiais responsáveis pela diligência que resultou no processo era ou não confiável, merecendo ser acolhida ou não". Esse tipo de provas leva a uma taxa de condenação de 83,3%. Quanto ao enquadramento criminal dos fatos, a condenação por tráfico de drogas ocorre em 69,6% dos casos e a aplicação da alínea b) do art. 33º (tráfico privilegiado) ocorre apenas em 22,5% dos casos. Em concurso aplicam-se formas de agravação em 11,8% dos casos e, de forma mais rara, condenam-se os réus por corrupção de menores e associação criminosa. Em Portugal, com maior complexidade na recolha de provas, a taxa de absolvição é ligeiramente mais baixa (13,3%). Contudo, o enquadramento dos fatos mostra que as percentagens de condenação pelo crime de tráfico de menor

gravidade (50,7%) são superiores às que decorrem pelo tráfico (35,8%). Não há na amostra qualquer condenação por associação criminosa ou qualquer tipo de agravação.

As penas aplicadas em São Paulo são, essencialmente, a comparência em programas educativos para o crime de consumo, penas de prisão maioritariamente efetivas, com uma média de 21 meses para o tráfico privilegiado, e penas de prisão sempre efetivas, com uma média de 68 meses, para o crime de tráfico. A prisão efetiva como pena típica aplicável a todo tipo de tráfico de droga é perfeitamente consonante com outros estudos realizados no Brasil (por exemplo, Boiteux et al., 2009 referenciam penas de prisão efetiva em 97,7% das condenações). Em Portugal, as penas são maioritariamente multa para o crime de consumo, pena de prisão, frequentemente suspensas na sua execução, para o tráfico de menor gravidade e pena de prisão efetiva para cerca de 2/3 dos condenados por tráfico, com uma média de 58 meses. Em relação a Portugal, Quintas (2011) mostra que, com base na análise das estatísticas de condenação por tráfico de drogas (que incluem o tráfico de menor gravidade), entre os anos de 2001 a 2008, a prisão efetiva era de 47%, quando nos anos 1990, o percentual de condenados em prisão efetiva era de 70%. A atualização desses dados, apresentada na primeira parte deste trabalho, mostra que a tendência continua a ser a de diminuição das penas de prisão efetiva, para valores próximos dos 40%. Assim, a suspensão de execução da pena de prisão, especialmente, para o tráfico de menor gravidade, resulta como a resposta preferencial do sistema de justiça português, em claro contraponto com a atuação do sistema judicial brasileiro que aplica por regra penas de prisão efetivas.

No geral, as medidas concretas das penas de prisão são superiores nas condenações por tráfico de drogas, perante o tráfico de menor gravidade ou tráfico privilegiado, em São Paulo em comparação com Portugal, quando aplicadas a indivíduos com antecedentes criminais e quando a quantidade de droga é mais elevadas. A primeira constatação empírica é trivial, resultando de molduras penais mais lenientes para formas de tráfico de droga menos gravosas. A comparação entre as jurisdições mostra uma efetiva maior punitividade em São Paulo e Portugal, pese o fato de a comparação direta não ser isenta de dificuldades (tendo em atenção, designadamente que as situações presentes a julgamento são, em Portugal, tendencialmente mais complexas, mas que, em São Paulo, tendam a ocorrer apreensões de drogas em quantidades mais elevadas). Por fim, a presença de antecedentes criminais dos réus e a maior quantidade de drogas são caraterísticas diferenciadas que resultam em medidas da pena mais gravosas por aplicação de aspectos expressamente presentes na lei. Na ausência de linhas orientadoras existentes nos países anglo-saxônicos visando

à diminuição da disparidade judicial, com efeitos triviais (OMORI & LYNCH, 2014; ULMER, 2001; EISENSTEIN, FLEMMING & NARDULLI, 1988) ou de diminuição da flexibilidade do aplicador da lei (MUSTARD, 2001), acompanhada, frequentemente, pelo incremento da punitividade (MUSTARD, 2001), são dois fatores legais que mais determinam as medidas concretas das penas: os antecedentes criminais e a quantidade de droga apreendida.

Pelo contrário, não têm relevância para a determinação da medida da pena o sexo do réu, o fato de ser ou não consumidor, o número de réus no processo e o número de tipos de droga apreendidas. A ausência de efeitos do sexo do réu enquadra-se nos resultados contraditórios de Harper, Harper e Stockdale (2002) que referenciam uma maior porcentagem de penas de prisão efetivas para as mulheres ainda que acompanhada por uma menor quantidade de pena de prisão, nos dois casos com pequenas diferenciações. No geral, nesse tipo específico de crime não resulta como clara a interferência desse importante fator extralegal, que é considerado relevante para outros tipos de crime (*e.g.* DOERNER & DEMUTH, 2014, SPOHN, 2000). No que respeita ao consumo de drogas, ao contrário dos resultados de Spohn, Kim, Belenko e Brennan (2014) que demonstraram efeitos diretos e indiretos dessa variável nas penas decretadas (ainda que exista bastante complexidade nessas relações em razão do tipo de droga e de crime), em Portugal e em São Paulo a medida dicotômica do uso de drogas não tem um efeito determinante na medida das penas de prisão decretadas para o tráfico de drogas. Ainda que as leis dos dois países possam permitir valorar essa circunstância, não se encontram efeitos claros, agravantes ou atenuantes, do consumo de drogas. Finalmente, a ausência de efeitos na medida da pena do número de réus e do número de tipos de drogas detectadas é um resultado adicional que não encontra confronto direto na literatura internacional.

6. Conclusão

A análise comparativa de decisões judiciais relativas aos crimes previstos nas leis das drogas na cidade de São Paulo e em Portugal permite verificar os tipos de transações que são alvo de ação policial e da justiça nas duas jurisdições, bem como compreender a forma como o Poder Judiciário responde a esses crimes. Os resultados mostram que há uma maior complexidade das infrações às leis das drogas em Portugal e que a sua apreciação judicial tem origem num trabalho de investigação criminal da polícia e das autoridades judiciárias que visa ao estabelecimento de provas por meio de diversos meios legais disponíveis. A maior parte dos processos judiciais de São Paulo, pelo contrário, resulta de um trabalho ostensivo da polícia que aborda, em lugares

públicos, indivíduos julgados suspeitos, sendo que a apreciação da prova se estabelece essencialmente, em julgamento, do confronto de depoimentos de polícias e dos réus, quase sempre valorizando os primeiros. No que respeita às condenações, em São Paulo, estas são maioritariamente enquadradas no crime de tráfico de drogas e resultam em penas de prisão efetivas. Em Portugal, os níveis de punitividade são menores, devido especialmente ao enquadramento dos fatos no crime de tráfico de menor gravidade na maioria das decisões, o que permite a utilização, quando considerado adequada, da suspensão da execução da pena de prisão.

O presente estudo apresenta algumas limitações. Em primeiro lugar, a comparação entre realidades jurídicas e culturais diversificadas não é, por definição, uma tarefa fácil. Os crimes das leis das drogas em comparação não são idênticos na sua definição legal, os sistemas de justiça criminal de cada um dos países estão estruturados de maneira diferente e o próprio processo penal tem particularidades que tornam o paralelismo entre formas de atuação das instâncias formais de controle, nas diferentes fases processuais, um exercício que deve merecer a maior das cautelas. Em segundo lugar, comparamos um país (Portugal) com uma cidade (São Paulo), ainda que com dimensões metropolitanas, para um único ano específico. Os padrões de resultados apresentados não podem, assim, ser garantidamente extrapolados para outros períodos e, muito menos, para outras regiões do Brasil. Em terceiro lugar, há dados relevantes (*e.g.* dados sobre o réu no Brasil ou tipo de defesa em Portugal) que não constam nas decisões judiciais analisadas em ambos os países, por omissão ou, simplesmente, porque se pressupõe constar em outros elementos do processo. Em quarto lugar, a minúcia exigida pela análise das decisões judiciais e a escassez de meios envolvidos nesta pesquisa levam a que a amostra não tenha uma dimensão superior, sendo esse aspecto limitativo de um aprofundamento das análises, especialmente, no aspecto quantitativo.

As decisões judiciais em matéria de drogas de Portugal e de São Paulo permitem apreender uma parte de várias realidades cotidianas que se consubstanciam na transação e uso de substâncias que as leis de ambos os países interditam. Sem prejuízo da necessária permanente reflexão cívica e política sobre a adequação das leis em vigor e, especialmente, sobre os níveis de punitividade que propõe para a regulação legal de comportamentos não violentos, os resultados deste estudo mostram maior flexibilidade do julgador de Portugal, diante dos juízes de São Paulo, na interpretação das leis, quer na fase de enquadramento legal dos fatos, quer na determinação da sanção. Na ausência de qualquer alteração legislativa relevante nas formas de regular os mercados de drogas, e particularmente nas penas propostas para os diversos tipos de

comportamentos enquadráveis no tráfico de drogas, pressupomos que será, em ambos os países, o aprofundamento dos níveis de exigência da prova e a atenção à situação pessoal do réu que pode possibilitar respostas reabilitadoras alternativas ao encarceramento.

7. Bibliografia

AEBI, M.; AKDENIZ, G.; BARCLAY, G.; CAMPISTOL, C.; CANEPPELE, S.; GRUSZCZYNSKA, B.; BORISDOTTIR, R. *European Sourcebook Of Crime And Criminal Justice Statistics 2014*. Helsinki: Heuni.

AGRA, C. Ciencia, ética y arte de vivir. Elementos para un pensamiento crítico sobre el saber y las políticas de la droga. *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, 2003.

AGRA, C.; FONSECA, E. P.; QUINTAS, J.; POIARES, C. *A criminalização da droga: da emergência à aplicação da lei*. Lisboa: Ministério da Justiça – Gabinete de planeamento e de coordenação do combate à droga, 1997.

AGRA, C.; QUINTAS, J.; SOUSA, P.; LAMAS LEITE, A. *Decisões judiciais em matéria de homicídios* conjugaius – Estudo de *sentencing*. Porto: Escola de Criminologia, 2015.

ALBONETTI, C. A. Sentencing under the federal sentencing guidelines: effects of defendant characteristics, guilty pleas, and departures on sentenceoutcomes for drug offenses, 1991-1992. *Law And Society Review*, p. 789-822, 1997.

AMBOS, K. *Treatise on international criminal law*. Oxford: Oup, 2014. v. II: the crimes and sentencing).

BLUMSTEIN, A. Sentencing reforms: impacts and implications. *Judicature*, p. 129-139, 1984.

BOITEUX, L.; VARGAS, B.; OLIVEIRA BATISTA, V.; MASCARENHAS PRADO, G. L.; WIECKO VOLKMER DE CASTILHO, E.; JAPIASSU, C. E. *Tráfico de drogas e Constituição. Um estudo jurídico-social do tipo do art. 33 da Lei de Drogas diante dos princípios constitucionais-penais*. Rio de Janeiro/Brasília: Projeto Pensando O Direito – Ministério da Justiça da República Federativa do Brasil, 2009.

CAMPOS, M. D. *Pela metade: as principais implicações da nova Lei de Drogas no Sistema de Justiça Criminal em São Paulo*. São Paulo: Universidade de São Paulo – FFLCH, 2015.

CARVALHO, I. S.; Pellegrino, A. P.; ALQUÉRES, B. *10 anos da Lei de Drogas: quantos são os presos por tráfico no Brasil?* Fonte: Jota: Disponível em: [https://jota.info/artigos/10-anos-da-lei-de-drogas-quantos-sao-os-presos-por-trafico-no-brasil]. Acesso em: 24.08.2016.

CARVALHO, S. *A política criminal de drogas no Brasil (estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAULKINS, J. P.; CHANDLER, S. Long-run trends in incarceration of drug offenders in the United States. *Crime and Delinquency*, p. 619-641, 2006.

DOERNER, J. K. Gender and sentencing in the federal courts: are womem treated more leniently? *Criminal Justice Policy Review*, p. 242-269, 2014.

EISENSTEIN, J.; FLEMMING, R.; NARDULLI, P. *The contours of justice*: communities and their courts. Boston: Little Brown, 1988.

FLEETWOOD, J. Five kilos penalties and practice in the international cocaine trade. *British Journal Criminology*, p. 375-393, 2011.

HARPER, R. L.; HARPER, G. C.; STOCKDALE, J. E. The role and sentencing of women in drug. *Legal And Criminological Psychology*, p. 101-114, 2002.

HERRERO, C. H. *Fenomenología criminal y criminología comparada.* Madrid: Dykinson, 2011.

INFOPEN. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. Brasília: Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen. Brasília, 2014.

JESUS, M. G.; OI, A. H.; ROCHA, T. T.; LAGATTA, P. *Prisão provisória e Lei de Drogas*: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo. São Paulo: Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, 2011.

LACASSE, C.; PAYNE, A. A. federal sentencing guidelines and mandatory minimum sentences: do defendants bargain in the shadow of the judge? *Journal Of Law And Economics*, p. 245-269, 1999.

LANDREVILLE, P.; PIRES, Á. Les recherches sur les senteces et le culte de la loi. *L´Année Sociologique*, p. 83-113, 1985.

MCDONALD, D. C.; CARLSON, K. E. *Sentencing in the federal courts*: does race matter?. Washington, D.C.: Department Of Justice, 1993.

MEADE, J.; WALDFOGEL, J. *Do sentencing guidelines raise the cost of punishment?*. Cambridge: National Bureau Of Economic Research, 1998.

MUSTARD, D. B. Racial, ethnic, and gender disparities in sentencing: evidence from the U.S. Federal Courts. *Journal of Law and Economics*, p. 285-314, 2001.

NAGEL, I. H. The legal/extra-legal controversy: judicial decisions in pretrial release. *Law and Society Review*, p. 481-515, 1983.

NAGEL, I. H. Structuring sentencing discretion: the new federal sentencing guidelines. *Journal of Criminal Law and Criminology*, p. 883-943, 1990.

NAGEL, I. H.; JOHNSON, B. L. The role of gender in a structured sentencing system: equal treatment, policy choices, and the sentencing of female offenders under the United States sentencing guidelines. *Journal of Criminal Law and Criminology*, p. 181-221, 1994.

NELKEN, D. Comparing criminal justice. In: MAGUIRE, M.; MORGAN, R.; REINER, R. *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford, p. 138-156, 2012.

OMORI, M.; LYNCH, M. Legal change and sentencing norms in the wake of booker: the impact of time and place on drug trafficking cases in federal court. *Law and Society Review*, P. 411-445, 2014.

PAKES, F. *Comparative Criminal Justice.* Cullompton: Willan Publishing, 2010.

PAYNE, A. A. Does inter-judge disparity really matter? an analysis of the effects of sentencing reforms in three federal district courts. *International Review of Law and Economics*, p. 337-366, 1997.

PENNINGTON, D. C.; LLOYD-BOSTOCK, S. *The psychology of sentencing*. Approaches to consistency and disparity. Oxford: British Library,1987.

PIRAGIBE, V. *Consolidação das Leis Penaes*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1938.

POIARES, C. A descriminalização do consumo de drogas: abordagem juspsicológica. *Revista Tóxicodependências*, p. 29-36, 2002.

PRADO, D. N.; ARAÚJO, A. R.; SANTOS, A. M. *Anuário soteropolitano da prática penal*. Salvador: Escola Superior da Defensoria Pública do Estado da Bahia, 2014.

QUINTAS, J. *Regulação legal do consumo de drogas*: impactos da experiência portuguesa da descriminalização. Porto: Fronteira do Caos, 2011.

QUINTAS, J. Estudo sobre os impactos da descriminalização do consumo de drogas em Portugal. In: SHECAIRA, S. S. *Drogas:* uma nova perspectiva. São Paulo: Ibccrim, 2014,

QUINTAS, J.; ARANA, X. Descriminalization, different models in Portugal and Spain. In: SAVONA, E.; KLEIMAN, M.; CALDERONI, F. *Dual markets comparative approaches to regulation*. Switzerland: Springer, 2017.

RAUPP, M. M. *O seleto mundo da justiça. análise de processos penais de tráfico de drogas*. São Paulo: Universidade De São Paulo – FFLCH, 2005.

RAUPP, M. M. O (in)visível tráfico de drogas: um estudo de sociologia das práticas jurídicas. *Revista Brasileira De Ciências Criminais, 80*, p. 347-369, 2009.

RAUPP, M. M. As pesquisas sobre o "sentencing": disparidade, punição e vocabulários de motivos. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, p. 174-191, 2015.

Report of the international opium commission – Shanghai – China. (05.02.1909). Fonte: Unodc – The Shanghai Opium Commission: Disponível em: [www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/bulletin/bulletin_1959-01-01_1_page006.html].

RODRIGUES, A. L. *O processo de tomada de decisão sentencial*: análise de fatores implicados na concretização do direito penal. Porto: Universidade Fernando Pessoa, 2013.

SANTOS, D. (2004). Drogas, globalização e direitos humanos. *Antropolítica: Revista Contemporânea de Antropologia e Ciência*, p. 21-53, 2004.

SPOHN, C. Thirty years of sentencing reform: the quest for a racially neutral sentencing process. In policies, processes and decisions of the criminal justice system. *Criminal Justice*, p. 427-501, 2000.

SPOHN, C. C.; KIM, B.; BELENKO, S.; BRENNAN, P. K. The direct and indirect effects of offender drug use on federal sentencing outcomes. *Journal of Quantitative Criminology*, p. 549-576, 2014.

SPOHN, C.; SAMPLE, L. L. The dangerous drug offender in federal court: intersections of race, ethnicity, and culpability. *Crime and Delinquency*, p. 3-31, 2013.

STITH, K.; CABRANES, J. A. *Fear of judging*: sentencing guidelines in the federal courts. Chicago: University Of Chicago Press, 1998.

TATA, C. Conceptions and representations of the sentencing decision process. *Journal of Law and Society*, p. 395-420, 1997.

ULMER, J. T. *Social worlds of sentencing*: court communities under sentencing guidelines. Albany: State University Of New York Pres, 1997.

ULMER, J. T. Recent developments and new directions in sentencing. *Justice Quarterly*, p. 1-40, 2012.

ULMER, J. T. Sentencing research. In: BRUINSMA, G.; WEISBURD, D. *Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice,* New York, p. 4759-4769), 2014.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Criminalização do porte de drogas para consumo pessoal paternalismo jurídico ou proteção da saúde pública?, de Gérson Faustino Rosa e Gisele Mendes de Carvalho – *RT* 923/327-381 (DTR\2012\450685); e
- Porte de drogas para uso pessoal: direito penal mínimo, paternalismo estatal e uma nova hermenêutica constitucional, de Leandro de Castro Gomes – *RBCCrim* 117/333-361 (DTR\2016\140).

Livramento condicional: panorama e perspectivas

Parole: overview and perspectives

Christiano Fragoso

Doutor em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2011). Mestre em Ciências Penais pela Universidade Candido Mendes (2007). Pós-Graduado em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra (2004). Professor Adjunto de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (desde 2013). Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros (RJ) e do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (SP). Advogado criminalista.
christiano@fragoso.com.br

Recebido em: 26.07.2017
Aprovado em: 01.12.2017
Última versão do (a) autor (a): 26.02.2018

Áreas do Direito: Processual; Penal; Execução Penal

Resumo: O presente artigo, realizando revisão bibliográfica, jurisprudencial e legal, busca fazer um panorama amplo desse instituto, iniciando por seu percurso histórico, e discutindo criticamente os requisitos legais, ou não, que têm sido exigidos pelo Poder Judiciário para sua concessão. Prossegue com discussões sobre questões de alta importância prática no procedimento de concessão e de imposição de condições do livramento para, em seguida, debater a suspensão, a prorrogação e a revogação desse instituto. Por fim, busca discutir as mais recentes propostas legislativas de reforma do livramento condicional e a atual situação do sistema penitenciário brasileiro. À luz da larga análise empreendida, o artigo conclui com considerações sobre as eventuais perspectivas futuras.

Palavras-chave: Execução penal – Pena privativa de liberdade – História da Pena – Livramento condicional – Reforma penal.

Abstract: This article seeks to provide an overview of this institute, starting with its historical background, and critically discussing its requirements, whether legal or not, that have been demanded by the Judiciary Power for granting thereof. It goes on with some discussions regarding issues of high practical importance in the procedure for granting and for imposing conditions for the parole, and, further on, it debates the suspension, extension and revocation of this right. Furthermore, the article discusses the most recent legislative proposals for reform of the parole service and of the current situation of the Brazilian prison system. In light of the comprehensive analysis carried out, the article reaches a conclusion with some considerations on future perspectives.

Keywords: Execution of criminal sanctions – Prison sentences – History of Criminal Sanctions – Parole – Penal reform.

Sumário: 1. Introdução. 1.1. Definição. 2. Percurso histórico da legislação sobre livramento condicional no Brasil. 3. Espécies de livramento condicional, e os requisitos para a sua concessão. 3.1. Requisito objetivo da pena imposta ao condenado. 3.1.1. A controvérsia sobre o art. 75, CP. 3.2. Requisito objetivo do cumprimento de parte da pena imposta. 3.2.1. A hipótese de reincidência específica em crimes hediondos, tráfico de drogas, tortura ou terrorismo. 3.2.2. Militar preso em estabelecimento prisional sujeito à fiscalização da Justiça Comum. 3.2.3. Repercussões da detração, da remição e da falta grave. 3.3. Requisito objetivo da reparação do dano. 3.4. Requisitos subjetivos. 3.4.1. A questão da constatação de condições pessoais que presumam que liberado não voltará a delinquir. 3.4.2. Ainda sobre os requisitos subjetivos: bom comportamento como único critério subjetivo, e a ilegítima denegação por fundamentos apócrifos. 3.4.3. A permanência do exame criminológico. 3.4.4. Presos estrangeiros com processo ou decreto de expulsão. 3.4.5. Transferência internacional de presos e livramento condicional. 4. Direito do apenado ou faculdade do juiz?. 5. Requerimento e tramitação do pedido de livramento condicional. 6. Competência para apreciação do pedido de livramento condicional. 7. Decisão concessiva e prazo de duração do livramento condicional. 7.1. A cerimônia de livramento condicional. 7.2. *Habeas corpus* para discutir concessão de livramento condicional. 7.3. O prazo do livramento condicional. 8. Condições a serem cumpridas pelo liberando. 9. Suspensão do livramento condicional. 10. Prorrogação do livramento condicional?. 11. Revogação do livramento condicional. 11.1. Efeitos da revogação. 12. Extinção do livramento condicional. 13. Perspectivas das propostas legislativas. 13.1. O PLS 513/2012 – Reforma da Lei de Execução Penal. 14. Conclusão. 15. Referências bibliográficas.

1. Introdução

É inequívoca a atualidade da discussão acerca do livramento condicional. Em estabelecimentos superlotados (mais de 89% deles apresentam essa mazela), o Brasil mantém hoje uma população carcerária de mais de 726.000 presos (cf. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, de junho de 2016), decorrente de um *boom* encarcerador que, paradoxalmente, se iniciou a partir do momento em que o País, não sem percalços, retomou os caminhos da democracia política.

O Brasil já tem a terceira maior população carcerária do mundo, ficando atrás apenas dos Estados Unidos da América e da China, sendo certo que o Supremo Tribunal Federal já afirmou que o "sistema penitenciário nacional [pode] ser caraterizado como 'estado de coisas inconstitucional'".[1]

Nesse contexto, afigura-se importante um panorama atual do instituto do livramento condicional, com revisão bibliográfica e exame da jurisprudência pátria, para que se afira quais as atuais divergências relativas à aplicação

1. Pleno, ADPF 347 MC/DF, Min. Marco Aurélio, j. 09.09.2015, *DJ* 19.02.2016.

do instituto, se os marcos legais vigentes estão suficientemente claros para conferir segurança jurídica, e se os juízes têm formulado exigências superiores à lei.

Muito importante também é a análise das propostas legislativas relacionadas com o livramento condicional, que se fará no item 13, *infra*, para que se avalie se a notória situação calamitosa do sistema penitenciário nacional tem sido levada em conta por nossos parlamentares para a atividade legiferante.

1.1. Definição

O livramento condicional consiste na liberação antecipada de um preso, por ter cumprido parte da pena de prisão imposta pelo juiz, e por apresentar certas características subjetivas satisfatórias. Eventualmente (como se detalha à frente, cf. item 3 e respectivos subitens, *infra*), nossas leis penais ainda preveem outros requisitos para a concessão do livramento condicional.

O livramento condicional tem raízes claras no princípio da individualização da pena[2], (hoje inserido no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal), sendo a etapa final do sistema progressivo de execução de penas privativas de liberdade (reclusão, detenção ou prisão simples), o que, entretanto, não implica necessidade de prévia progressão de regime.[3]

Não se aplica o livramento condicional a penas restritivas de direitos nem à pena de multa. O livramento condicional está, fundamentalmente, regulado no Código Penal (arts. 83 a 90) e na Lei de Execução Penal (arts. 131 a 146).

2. Percurso histórico da legislação sobre livramento condicional no Brasil

É controvertida a questão da paternidade do livramento condicional. Alguns dizem tratar-se de obra de Alexander Maconochie (1787-1860), um reformador inglês de prisões que teria, sem sucesso, buscado instituir, na longínqua prisão de Norfolk Island, na Oceania, um sistema de marcas (*mark system*), que substituía o sistema de penas temporalmente determinadas; pelo *mark system*, o condenado era estimulado a recuperar a liberdade a partir de empenho no trabalho. Quanto mais e melhor ele trabalhasse, sua situação melhorava e

2. FREDERICO MARQUES, *Tratado*, III, p. 276.

3. A lei não o exige, não podendo fazê-lo o intérprete. Nesse sentido, cf. MIRABETE, *Execução penal*, 2004, p. 554; e, na jurisprudência, *RT* 768/569 e *RT* 676/350.

mais rápido ele poderia voltar à liberdade.[4] Para outros, o mérito seria de *sir* Walter Crofton (1815-1897), diretor de prisões na Irlanda, que teria logrado instituir um sistema progressivo, na linha da sugestão de Maconochie; e, por isso, apelidado de sistema irlandês.[5] Os autores franceses, em geral, têm a convicção de que Arnould Bonneville de Marsangy (1802-1894), um juiz francês, teria sido o verdadeiro precursor do livramento condicional.[6]

É acidentado o percurso histórico do livramento condicional no Brasil. Em geral, as leis editadas no Brasil tenderam à extensão da incidência do livramento condicional (salvo na redação original do Código Penal de 1940 e, mais recentemente, com a edição da draconiana lei dos crimes hediondos); na prática, todavia, os juízes sempre se mostraram muito refratários à concessão de livramento condicional, frequentemente ampliando os requisitos legais.

O Código Penal de 1890 previu a concessão para o condenado a penas superiores a *seis* anos. O livramento era antecedido por um estágio intermediário: se o condenado tivesse bom comportamento, poderia passar da prisão celular para a penitenciária agrícola; se perseverasse no bom comportamento, "de modo a fazer presumir a emenda", o condenado podia, então, obter o livramento condicional, desde que o restante da pena a cumprir não excedesse dois anos. A concessão do livramento condicional não cabia ao juiz, mas era "ato do poder federal ou dos Estados", mediante proposta, em minucioso relatório, do chefe do estabelecimento penitenciário. O liberado era obrigado a residir no lugar designado no ato de concessão e ficava sujeito à vigilância policial.[7] Entendeu-se

4. BARRY, John Vincent, Pioneers in Criminology – XII. Alexander Maconochie, 1956, p. 145 ss.

5. FRAGOSO, Heleno, *Lições*…, 2006, p. 477.

6. RUOPOLI-CAYET, *Arnould Bonneville de Marsangy (1802-1894): un precurseur de la science criminelle*, 2002, p. 215; COSTA, Armando, *Livramento condicional*, 1934, p. 16-17.

7. "Art. 50. O condemnado a prisão cellular por tempo excedente de seis annos e que houver cumprido metade da pena, mostrando bom comportamento, poderá ser transferido para alguma penitenciaria agricola, afim de ahi cumprir o restante da pena. § 1. Si não perseverar no bom comportamento, a concessão será revogada e voltará a cumprir a pena no estabelecimento de onde sahiu. § 2. Si perseverar no bom comportamento, de modo a fazer presumir emenda, poderá obter livramento condicional, comtanto que o restante da pena a cumprir não exceda de dous annos. Art. 51. O livramento condicional será concedido por acto do poder federal, ou dos Estados, conforme a competencia respectiva, mediante proposta do chefe do estabelecimento penitenciario, o qual justificará a conveniencia da concessão em minucioso relatorio. Paragrapho unico. O condemnado que obtiver livramento condicional será obrigado a residir no logar que

que esses dispositivos não eram autoaplicáveis, eis que faltava regulamentação de diversos aspectos. Costa e Silva relata que o Estado do Pará, pela Lei 679, de 15.03.1900, chegou a disciplinar o livramento condicional, mas o Judiciário estadual resolveu ser inaplicável o instituto, enquanto não se organizasse o regime penitenciário do Código.[8] Oscar de Macedo Soares dizia, em 1907, que "não consta que tenha havido exemplo de applicação dos arts 51 e 52; nem é possível, desde que o livramento condicional faz parte de um regimen penitenciário, para cuja execução não existem estabelecimentos aparelhados"; referia-se ele às penitenciárias agrícolas.[9] Em 04.01.1914, o Estado de São Paulo publica a Lei 1.406, de 26.12.1913, que regula, nos artigos 11 e 12, o livramento condicional, ainda como competência do Poder Executivo (por decreto do presidente do Estado); Costa e Silva diz que "por vezes foi o livramento concedido".[10]

Somente em 1924 é que – sob a autorização do Decreto 4.577, de 05.09.1922 – é editado o Decreto 16.665, de 06 de maio daquele ano[11], que regula e amplia o livramento condicional. Passa a caber livramento condicional para penas não inferiores a quatro anos (art. 1º), desde que o condenado tenha cumprido mais da metade da pena (art. 1º, 1ª), tenha tido, durante o tempo de prisão, bom procedimento indicativo da sua regeneração (art. 1º, 2ª) e tenha cumprido uma quarta parte da pena em penitenciária agrícola ou em serviços externos de utilidade pública (art. 1º, 3ª). É dispensada a prévia transferência a penitenciária agrícola (art. 1º, parágrafo único), se tal transferência não tiver ocorrido por circunstâncias independentes da vontade do condenado, mas, nessas hipóteses, o condenado precisava cumprir dois terços da pena. Não havia diferença entre condenado primário ou reincidente.[12]

---

for designado no acto da concessão e ficará sujeito á vigilancia da policia. Art. 52. O livramento condicional será revogado, si o condemnado commetter algum crime que importe pena restrictiva da liberdade, ou não satisfizer a condição imposta. Em tal caso, o tempo decorrido durante o livramento não se computará na pena legal; decorrido, porém, todo o tempo, sem que o livramento seja revogado, a pena ficará cumprida."

8. COSTA E SILVA, *Código,* p. 124, nota de rodapé 1.
9. *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil*, 1907, p. 149.
10. COSTA E SILVA, *Código,* p. 124, nota de rodapé 1.
11. Esse decreto foi editado a partir de projeto preparado por comissão de juristas composta por Astolpho Rezende, Candido Mendes, Mafra de Laet e Mello Matos. A exposição de motivos está publicada, na íntegra, na Revista do Supremo, LXXVI, p. 833 ss. (COSTA E SILVA, *Código*, 1938, p. 127, nota de rodapé 4).
12. Os projetos de Código Penal durante a Primeira República sempre previram o livramento condicional, naturalmente com algumas variações. O Projeto Galdino Siqueira

Já na Era Vargas, a Consolidação das Leis Penais repete fundamentalmente, em seu art. 50, as disposições do Decreto 16.665/1924. Em 1934, advém o Decreto 24.351, de 06 de junho daquele ano, tornando possível o livramento condicional para penas superiores a *um ano* (art. 5º).

Em 1940, o Código Penal eleva a pena mínima, para a concessão do livramento condicional, para três anos, exigindo o cumprimento de metade da pena (para o primário) e de três quartos (para o reincidente) (cf. art. 60, *caput* e inc. I). Cria-se, com isso, um hiato para as penas entre dois e três anos, que não permitiam *sursis* nem livramento condicional[13]; e só se admitia a soma de penas se uma delas já fosse superior a três anos.[14] Exigia-se, ainda, para a concessão do livramento condicional, que fosse "verificada a ausência ou a cessação da periculosidade, e provados bom comportamento durante a vida carcerária e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto" (art. 60, II).[15] O liberado condicional era submetido por um ano, "pelo menos", a liberdade vigiada (art. 94, II, CP, 1940), que era uma medida de segurança não detentiva (art. 88, § 2º, I, CP 1940). O CPP de 1942 também regulava o livramento condicional, no art. 710 e seguintes, com disposições muito similares às do Código Penal.

Partindo da concepção, então em voga, de que a execução penal era atividade meramente administrativa e, portanto, *não* estava sujeita à proibição de retroatividade da lei penal mais gravosa, surgiram decisões[16] que negavam

(1913) permitia o livramento condicional para penas de reclusão ou detenção, superiores a 4 anos, desde que tivesse sido cumprida mais da metade da pena e o restante de pena a cumprir não excedesse 2 anos (arts. 27 e 31); não se diferenciava primário ou reincidente. O Projeto Sá Pereira (1928) não mencionava patamar mínimo de pena aplicada, mas exigia o cumprimento de dois anos de pena, desde que o primário tivesse cumprido metade da pena, e o reincidente, ao menos, dois terços (art. 95, *caput* e inc. I).

13. Basileu Garcia dizia tratar-se de "contra-senso", que "a lei deveria obviar, ter o réu interesse em ser condenado a pena maior" (*Instituições*…, v. I, t. II, p. 561).

14. Ainda assim, o CP de 1940 era melhor do que o Projeto Alcântara Machado, de 1938, que propunha uma regulamentação mais dura, só permitindo livramento condicional em penas superiores a quatro anos (art. 71), exigindo cumprimento de metade da pena ao primário e de três quartos ao "reincidente, habitual ou por tendência" (art. 71, I).

15. O STF decidia, em meados de 1942, que o livramento condicional deve ser indeferido, "quando haja incerteza sobre a regeneração do liberando" (Pleno, Min. Bento de Faria, HC 28.240, j. 05.08.1942, RF 94/129).

16. *Ad exemplum*, cf. TADF, Rec. Crim. n. 2.127, des. Oliveira Sobrinho, j. 12.02.1942.

ultra-atividade ao Decreto 24.351/1934, mesmo no caso de delitos ocorridos *antes* da edição do então novo CP, que inequivocamente era lei mais severa. Para garantir a ultra-atividade, Getúlio Vargas editou o Decreto 5.214, de 21.01.1943, que estabelecia que:

> [...] o juiz pode conceder livramento condicional ao condenado a uma ou mais penas privativas da liberdade por tempo superior a um ano, quando se tratar de crimes comuns cometidos antes da vigência do Código Penal (Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940), satisfeitos os requisitos dos ns. II e III do art. 60, do mesmo Código. (art. 1º)

Não era incomum, todavia, que pulsões autoritárias levassem a denegação de livramento condicional para certas modalidades de crimes. A Lei 431, de 18.05.1938, que era a lei de crimes contra a segurança do Estado Novo, proibia o livramento condicional a crimes políticos (art. 22).[17] Em sua redação original, a Lei 1.521, de 1951, de crimes contra a economia popular, vedava o livramento condicional para esse tipo de delitos (art. 5º), só passando a admiti-lo a partir da Lei 3.290, de 1957.

Em 1977, com a reforma penal feita pela Lei 6.416, de 24 de maio, passa a ser permitida a soma de penas, ainda que todas fossem inferiores a três anos (cf. nova redação do parágrafo único do art. 60). Com a Parte Geral de 1984, o livramento condicional é novamente ampliado: *(i)* passa a ser permitido o livramento condicional no caso de penas iguais ou superiores a dois anos; e *(ii)* são previstas as frações menores de penas a serem cumpridas (cf. art. 83, CP). Em 1990, a Lei dos Crimes Hediondos inclui o inciso V no art. 83 do Código Penal, passando a exigir, quanto a crimes hediondos, o cumprimento de dois terços da pena, vedado o livramento condicional para reincidentes específicos.

3. Espécies de livramento condicional, e os requisitos para a sua concessão

Nossa lei penal, a depender da hipótese, prevê requisitos diferentes para a concessão do livramento condicional. Atualmente, os requisitos legais para a concessão do livramento condicional estão previstos no art. 83 do Código Penal. Todas as espécies de livramento condicional exigem os seguintes requisitos: *(i)* a pena imposta deve ser igual ou superior a dois anos (art. 83,

17. Em 1943, o STF ratificava que "não cabe livramento condicional ao réu condenado por crime político" (HC 28.367, Min. Aníbal Freire, m.v., j. 27.1.1943, Jurisp. STF, v. 17, p. 203).

caput, CP); *(ii)* o cumprimento efetivo de uma parcela da pena imposta (art. 83, I, II e V, CP); *(iii)* a reparação do dano, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo (art. 83, IV, CP); e *(iv)* a satisfação de circunstâncias subjetivas (art. 83, III, CP).

As espécies de livramento condicional diferem, basicamente, em razão do tempo de pena que o preso deve efetivamente cumprir: *(a)* tratando-se de crimes não hediondos, nem assemelhados, o apenado, se não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes, cumprirá um terço da pena (*livramento especial*), mas, *(b)* se reincidente em crime doloso, deve cumprir metade de pena (*livramento comum*); e *(c),* por fim, em crimes hediondos ou assemelhados, o apenado pode obter o livramento condicional se cumprir dois terços da pena, desde que não seja reincidente específico (*livramento extraordinário*).[18] Para crimes dolosos, cometidos com violência ou grave ameaça, ainda se exige, para a concessão do livramento, que sejam constatadas condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir (art. 83, parágrafo único, CP). Como se verá oportunamente, nem todos os requisitos são compatíveis com um Estado Democrático de Direito, calcado na dignidade da pessoa humana, na prevalência dos direitos humanos e em garantias individuais contra um poder punitivo desenfreado (cf. art. 1º, *caput* e inc. III, art. 4º, inc. II, e art. 5º, incs. XLVII e XLVIII, todos da Constituição Federal).

3.1. Requisito objetivo da pena imposta ao condenado

Entre os requisitos relativos a todas as espécies de livramento condicional, temos, em primeiro lugar, a exigência de que *a pena imposta ao condenado seja igual ou superior a dois anos* (art. 83, *caput*, CP).

Não há mais dúvida – com a previsão expressa do art. 84 do CP – de que, no caso de concurso de crimes, deve ser considerada a pena final (decorrente da soma das penas dos delitos, ou da majoração); assim, se alguém é condenado por dois delitos em concurso material, a penas de um ano e de um ano e meio, a pena final será de dois anos e meio, cabendo o livramento condicional. Não mais se exige que uma das penas seja superior a dois anos, como se fazia na redação original do CP de 1940.[19]

Muito se discute se poder-se-ia conceder livramento condicional na hipótese de penas inferiores a dois anos. Atendo-se à literalidade da lei, o STJ tem

18. Denominações adotadas por CIRINO DOS SANTOS, *Direito Penal*, p. 631; e BUSATO, *Direito Penal,* p. 957.

19. Assim também, MARCÃO, *Curso…*, 2009, p. 187.

decidido no sentido da inadmissibilidade (HC 120.733/RS, 6ª T., des. conv. Celso Limongi, j. 10.02.2009). Advoga-se que, em penas muito curtas, não seria possível adotar progressividade, eis que não haveria tempo para aferir a adesão do apenado aos requisitos necessários à liberação antecipada. Subliminar a essa posição está, ainda, a ideia – que tem dignidade histórica – de um paralelismo com o *sursis*: para penas menores, *sursis*; para maiores, livramento condicional. Não creio, todavia, ser possível que essas circunstâncias possam levar à vedação de livramento condicional para penas menores de dois anos.

O argumento de que a pena seria muito curta *não* convence. Quanto à progressão de regime, *não* existe obstáculo relacionado com o mínimo de pena imposta; segundo a lei, pode-se impor ao reincidente que receba punição de um ano que inicie o cumprimento de pena em regime semiaberto, não havendo óbice a que ele progrida para o regime aberto. Por que, então, vedar quanto ao livramento condicional? Não se pode ignorar, de outro lado, que o tempo na prisão *não* é linear, mas, sim, subjetivo: um pequeno tempo na cadeia pode, sim, levar à adesão do apenado aos requisitos necessários ao livramento condicional.

Quanto ao paralelismo com o *sursis*, há uma diferença de essência, que paralisa esse argumento retórico: no livramento condicional, o condenado é *efetivamente* preso, o que *não* ocorre no *sursis* (no qual, no máximo, o condenado pode cumprir, como condição do *sursis*, uma pena alternativa[20]). Não cabe comparar experiências reais tão diametralmente diferentes. E mais, os requisitos subjetivos diferem: no *sursis*, tomam-se em consideração circunstâncias do crime (ou de periculosidade do agente: personalidade, reincidência, antecedentes e conduta social); já no livramento condicional preponderam aqueles aspectos relativos ao comportamento do preso *durante* o cumprimento da pena e, possivelmente, após sua liberação.[21] A haver paralelismo, como explicar-se-ia, por fim, que, para a pena de exatos dois anos, pode caber *sursis* e também livramento condicional?

20. Essa possibilidade de uma pena alternativa ser condição do sursis também é altamente controvertida: afinal, trata-se de *suspensão* da pena ou de uma *disfarçada substituição* de pena?

21. Embora a reincidência possa ser argumento para exigir mais tempo de cumprimento de pena, não serve para negar o livramento condicional (salvo caso excepcionalíssimo da reincidência específica dos crimes hediondos, engendrado no contexto turbulento da lei respectiva e altamente controvertido). Essa hipótese residual não permite padrão de comparação com o *sursis*, no qual a reincidência em crime doloso impede, *tout court*, o sursis.

Vedar-se o livramento condicional a apenados com sanções inferiores a dois anos viola o *princípio da proporcionalidade*, pois se estabelece um benefício legal que só caberia para condenados a penas mais graves.[22] Isso poderia levar, p.ex., a distorções iníquas: um condenado a pena de um ano e oito meses ficaria *muito* mais tempo preso do que um condenado a pena de dois anos; não duvido que alguns passem a apelar de sentenças mais brandas, para buscar uma pena algo mais alta, já visando ao benefício (o que, aliás, ocorria quando, na vigência do CP 1940, exigiam-se três anos para livramento condicional). É significativo ver que, na lei de drogas, o livramento condicional *não* está condicionado a qualquer quantidade de pena (cf. art. 44, Lei 11.343/2006). Por que não se estender aos condenados por outros delitos? Essa extensão é imperiosa.[23]

3.1.1. A controvérsia sobre o art. 75, CP

Nas hipóteses em que a pena imposta suplanta 30 anos (que é o limite legal para que alguém permaneça *efetivamente* preso, cf. art. 75, CP), o STF editou, em 2003, a Súmula 715, no sentido de que o limite previsto no art. 75 CP *não* se aplica para fins de concessão do livramento condicional.[24] Ou seja, o parâmetro do livramento condicional é a pena efetivamente imposta (seja ela de 20, 50, 100 ou 200 anos), e não é limitada pelo teto de 30 anos. Há pouquíssimas decisões, isoladas e antigas do STF e do STJ, que aplicam o limite de 30 anos como critério para o livramento condicional.[25] A questão se liga à interpretação dos §§ 1º e 2º do art. 75, CP, introduzidos pela Parte Geral de 1984.[26]

---

22. QUEIROZ, *Direito Penal*, 2010, p. 453; ROIG, *Execução penal*, 2014, p. 394;
23. No mesmo sentido, MOURA TELES, *Direito Penal*, I, p. 471.
24. Súmula 715, STF: "A pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução".
25. No STF, encontra-se este aresto, que, todavia, é anterior à Parte Geral de 1984 e se refere ao Direito Penal militar: "Unificação de penas. Prisão em regime aberto. Fixada a pena em trinta anos de reclusão, à vista do art. 81 do CPM – que espelha a norma do art. 55, do Código Penal –, este é o parâmetro cronológico de aferição dos requisitos legais do benefício da prisão em regime aberto" (STF, 2ª T., HC 61.189/SP, rel. *Min. Francisco Rezek*, j. 04.10.83). No STJ, já na vigência da Parte geral de 1984, podemos ver: "RHC – Constitucional – Penal – Pena – Unificação – limite – livramento condicional – CP (art. 75) – O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 anos. O tempo máximo deve ser considerado para todos os efeitos penais. Quando o Código registra o limite das penas projeta particularidade do sistema para ensejara o retorno à liberdade. Não se pode, por

Os argumentos no sentido de que o parâmetro para a concessão do livramento condicional deve ser a pena total imposta (e não o limite de 30 anos) são os seguintes: *(a)* a admissão do limite legal de 30 anos como parâmetro do livramento condicional levaria a que o encarceramento acabe não passando de dez anos; *(b)* interpretação diversa seria estímulo aos criminosos, eis que não haveria diferença em praticar dez ou 20 homicídios; *(c)* a lei deve ser interpretada "não somente à vista dos legítimos interesses do réu, mas dos altos interesses da sociedade, baseados na tranquilidade e segurança social"; *(d)* os §§ 1º e 2º do art. 75 CP não quiseram proclamar o uso desses limites quanto ao livramento condicional, eis que não se crê que, caso quisessem fazê-lo, não teriam sido lavrados em modo tão "sibilino, tortuoso, acanhado".[27]

Não se pode concordar com o argumento de que, com essa regra, o encarceramento acabaria não passando de dez anos. Na quase totalidade de casos de penas *altíssimas* (que são aqueles em que a discussão adquire sentido) estão envolvidos crimes hediondos. Difícil imaginar um caso em que alguém receba essas penas elevadíssimas (p. ex., 40 ou 50 anos) sem que haja crimes hediondos. Ora, no caso de crimes hediondos, como se viu (item 3, *supra*), o condenado tem que cumprir dois terços da pena; em 40 anos, p. ex., serão 26 anos e quatro meses, mas, se se considerar o teto de 30 anos, ele terá de cumprir 20 anos. Praticamente não há hipótese de alguém ter recebido uma pena altíssima

---

isso, suprimir os institutos que visam a adaptar o condenado a vida social, como é o exemplo do livramento condicional. Na Itália, cuja legislação contempla o Ergástulo (prisão perpétua), foi quanto a ele, promovida arguição de inconstitucionalidade. A Corte Constitucional daquele país, todavia rejeitou-a ao fundamento de admissível, na hipótese, o livramento condicional. A Constituição do Brasil veda a pena perpétua (art. 5º, XLVII, b). Interpretação sistemática do direito penal rejeita, por isso, por via infraconstitucional, consagrá-la na prática. O normativo não pode ser pensado sem a experiência jurídica. Urge raciocinar com o tempo existencial da pena. Esta conclusão não fomenta a criminalidade. O artigo 75, par. 2º, CP, fornece a solução. Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á a nova unificação" (STJ, 6ª T., RHC 3.808/SP, rel. *Min. Vicente Cernicchiaro*, j. 26.09.94).

26. "Art. 75. (…) 1. "Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo"; parágrafo 2. "Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido".

27. Esses argumentos aparecem na discussão havida, no Plenário do STF, no julgamento do HC 69.423/SP, relatado pelo Min. Carlos Velloso, no qual o Min. Marco Aurélio ficou vencido.

e conseguir livramento condicional em um terço ou em metade; o fato de tratar-se de crime hediondo exigirá cumprimento de dois terços. O exemplo citado indica, portanto, que, mesmo que se considerasse o teto de 30 anos, o condenado cumpriria, no mínimo, 20 anos.

Não procede o argumento de que a adoção dessa tese constituiria estímulo aos criminosos. É discutível a ideia, subjacente ao argumento, de que a lei penal teria verdadeiro efeito intimidador. Se alguém é novamente condenado, seria feita nova unificação de penas.

A interpretação de uma lei penal deve ser feita à luz da Constituição Federal (que, em dispositivo que interessa ao caso, veda a pena de caráter perpétuo, cf. art. 5º, XLVII, *b*, e à luz da experiência haurida em décadas de experiência de encarceramento de pessoas humanas. Mesmo nos países que adotam a prisão perpétua, admite-se livramento condicional após um tempo razoável de encarceramento: na Alemanha, p. ex., o preso perpétuo pode ter livramento condicional em 15 anos de pena (§ 57 *a*, 1, 1, 1, do CP alemão). Todos sabemos que a prisão é plenamente ineficaz. A própria Exposição de Motivos da Parte Geral de 1984, ao tratar do tema, menciona a "ineficácia dos métodos atuais de confinamento absoluto e prolongado, fartamente demonstrada pela experiência" (item 72). Os "altos interesses da sociedade" não se cingem à manutenção do encarceramento de seus membros; também pode ser (e é) de interesse da sociedade programar, à medida que se vedam as penas de morte e de caráter perpétuo, o retorno deles ao convívio. Ademais, é notório que nossas prisões não garantem, aos presos, os direitos mínimos estatuídos na legislação (cf. art. 41, LEP), que estão permanentemente expostos a riscos e a violações de direitos; esse aspecto de ilegalidade institucionalizada pode e deve indicar – como compensação mínima – uma interpretação mais favorável.[28]

28. Recentemente, aliás, o STF teve ocasião de decidir, na ADPF, que o sistema penitenciário nacional configura um "*estado de coisas inconstitucional*", em decisão assim ementada: "Custodiado – Integridade física e moral – Sistema penitenciário – Arguição de descumprimento de preceito fundamental – Adequação. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. Sistema penitenciário nacional – Superlotação carcerária – Condições desumanas de custódia – Violação massiva de direitos fundamentais – Falhas estruturais – Estado de coisas inconstitucional – Configuração. 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, deve o sistema penitenciário nacional ser caraterizado como "estado de coisas inconstitucional". Fundo penitenciário nacional – Verbas – Contingenciamento. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fun-

Não se compreende que a inserção dos §§ 1º e 2º do art. 75 do CP tenha sido uma alteração anódina. Poder-se-ia ter dito expressamente que a pena unificada valia para todos os efeitos legais; não se fez. Ocorre que a unificação faz desaparecer a pena anterior; se assim é, o legislador tinha de ter sido mais explícito?

Cabe uma outra ordem de indagações. Só se consegue chegar a penas tão altas – e é impossível deixar de considerar esse ponto – em hipóteses de concurso de crimes, via de regra quando se aplica o exemplo do concurso material de crimes (que, como se sabe, leva à soma das penas, cf. art. 69 do CP). No Brasil, a jurisprudência criou dois novos requisitos subjetivos para a configuração do crime continuado, que não existem na lei: (i) a exigência de um dolo unitário, de conjunto; e (ii) a exigência de que o agente não seja um criminoso habitual ou profissional. Se não existe crime continuado, a hipótese é de concurso material de crimes. É bem provável que, em diversos casos de penas altíssimas, esse resultado se deva à aplicação indevida desses requisitos extralegais para o crime continuado.

Esses aspectos devem ser tomados em consideração para definir-se que o limite de 30 anos vale para todos os efeitos penais. Mirabete lecionava que "é sobre o total de trinta anos que deverão ser considerados os eventuais benefícios a que fizer jus o sentenciado (livramento condicional, transferência para regime mais suave, remição, comutação etc.)".[29] Roig também se manifesta contra o uso da pena total imposta ao apenado, por violar a legalidade e a individualização.[30] Não se pode, portanto, admitir, à vista do arcabouço constitucional e legal e da realidade de nossas prisões, a orientação consagrada pela Súmula 715 do STF.

3.2. Requisito objetivo do cumprimento de parte da pena imposta

O segundo requisito objetivo se relaciona com o *cumprimento de parte da pena imposta.* Se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes, deve ele cumprir um terço da pena (art. 83, I, CP); se reincidente em crime doloso, fica obrigado ao cumprimento de metade da pena (art. 83, II, CP). Somente a reincidência dolosa (nunca a culposa) leva ao aumento do

---

do Penitenciário Nacional. Audiência de custódia – Observância obrigatória. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão." (Pleno, ADPF 347 MC/DF, Min. Marco Aurélio, j. 09.09.15, DJ 19.02.16).

29. MIRABETE, *Manual de Direito Penal*, p. 312.

30. *Execução penal*, 2014, p. 395.

tempo de cumprimento da pena.[31] Por analogia *in bonam partem* com o *sursis* (cf. art. 77, § 1º, CP), o livramento condicional pode ocorrer em um terço, se a condenação anterior foi a pena de multa.

Na hipótese do condenado que tem maus antecedentes (mas não é reincidente!), os tribunais têm decidido, com acerto, que se aplica o inciso I do art. 83 do CP, cabendo livramento condicional quando o apenado cumpre um terço da pena.[32] Mirabete entende que o criminoso habitual não pode obter livramento com o cumprimento de um terço de pena[33]; não se pode concordar com esse entendimento: essa categoria do positivismo criminológico simplesmente não tem reconhecimento legal na legislação penal brasileira, além de dar azo a terríveis iniquidades.

Se, todavia, a hipótese for de crime hediondo, tráfico de drogas, tortura ou terrorismo, e o condenado *não* for reincidente específico, é necessário o cumprimento de dois terços da pena imposta (art. 83, V, CP). Com redação semelhante, o art. 44, parágrafo único, da Lei 11.343/2006, ainda inclui, nessa modalidade de livramento condicional, outros delitos ligados a drogas. A exigência de cumprimento de dois terços da pena se mantém, mesmo após a decisão do STF que julgou inconstitucional a vedação da progressão de regime para crime hediondo, tráfico de drogas, tortura ou terrorismo.[34]

3.2.1. A hipótese de reincidência específica em crimes hediondos, tráfico de drogas, tortura ou terrorismo

É polêmica a discussão da hipótese de reincidente específico em crimes hediondos, tráfico de drogas, tortura ou terrorismo. A lei veda, nessa hipótese, o livramento condicional, o que a jurisprudência proclama, maciçamente, ser legítimo.

---

31. Excepcionalmente, em hipótese em que o sentenciado era primário e portador de AIDS em estágio avançado, já se dispensou o cumprimento de um terço da pena (TJSP, 6ª. C. Cr., Ag. 242.888-3/8, rel. Des. Irineu Pedrotti, j. 26.02.1998, RT 752/588).

32. STJ, RHC 12.608, rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJ* 04.08.2003; e *RT* 815/646. No mesmo sentido, STEINER, *Livramento condicional e lacuna da lei*, 1991. p. 339 ss. Em sentido contrário, argumentando que o inciso I do art. 83 exige bons antecedentes, *vide* MIRABETE, *Execução penal*, 2004, p. 553; sem apresentar argumentação, MARCÃO, *Curso,* 2009, p. 188. Na jurisprudência, vide RT 773/689, RT 704/380, RT 787/603.

33. MIRABETE, *Execução penal*, 2004, p. 561.

34. STJ, HC 168.588/SP, 6ª. T., rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 14.12.2010; idem: MARCÃO, *Curso,* 2009, p.189.

Na minha opinião, têm razão aqueles que entendem que há, aqui, violação ao princípio da individualização da pena[35]: a possibilidade de livramento condicional deve ser aferida de acordo com o caso concreto, sendo indevida uma absoluta vedação legal. Tal vedação, ademais, parte de um direito penal de autor, propiciando dupla punição e calcando a pena em aspecto de mera periculosidade presumida.

Para a maioria da doutrina, a prática de dois crimes hediondos já implica a reincidência específica, sendo desnecessário que se trate do mesmo delito.[36] Só se pode considerar haver reincidência específica impeditiva de livramento condicional se ambos os delitos (o da primeira condenação e o da segunda) já eram hediondos na época em que foram cometidos. Esse ponto não perde relevância, dada a frequência com que nosso Poder Legislativo vai ampliando ou cogitando ampliar esse rol. Alguns autores só fazem tal exigência quanto ao segundo crime.[37] Ora, se o grave estatuto jurídico de crime hediondo só foi atribuído ao primeiro crime depois de sua prática, não é possível admitir efeitos retroativos; isso se inclui na vedação de retroatividade da lei penal mais gravosa.[38] Desse modo, para a reincidência específica, ambos os delitos têm de ser hediondos na época em que foram cometidos.

Na hipótese de uma condenação por um crime hediondo (p. ex., homicídio qualificado) e por um crime não hediondo (p. ex., receptação), as frações de cumprimento de pena mantêm-se as mesmas (*dois terços* para o crime hediondo, e *um terço* para o não hediondo).[39] Não é possível que se pretenda estender a fração maior para o outro delito, como pretendem alguns julgados.[40] Isso representa violação frontal ao princípio da legalidade.[41]

---

35. DELMANTO, *Código Penal Comentado*, 2010, p. 343; ROIG, *Execução penal*, 2014, p. 393-4. ROIG ainda considera que a lei 11.464/07, ao regular a progressão de regime para crimes hediondos, teria revogado tacitamente a parte final do art. 83, V, CP.
36. MIRABETE, *Execução penal*, 2004, p. 554.
37. MIRABETE, *Execução penal*, 2004, p. 554; MARCÃO, *Curso,* 2009, p. 189.
38. Assim, *vide* STF, RE 304.385/RJ, 1a. T., rel. *Min. Ilmar Galvão*, j. 23.10.2001; e STJ, HC 15.284/RJ, 5a. T., rel. *Min. Jorge Scartezzini*, j. 05.04.2001.
39. No mesmo sentido, MIRABETE, *Execução penal*, 2004, p. 553; e JUNQUEIRA-VANZOLINI, *Manual,* 2. ed., 2014, p. 603.
40. Assim, alguns julgados do STJ (HC 37.180/RS, 5ª T., rel. Min. Felix Fischer, j. 16.04.2015; EDecl no HC 267.328/MG, 5ª T., rel. Min. Moura Ribeiro, j. 03.06.2014; HC 95.505/RS, 5ª T., rel. Min. Jorge Mussi, j. 29.10.2009).
41. No sentido do texto, *vide STJ*, HC 190.427/SP, 5ª T., rel. Min. Laurita Vaz, j. 07.05.2013; e *STJ*, HC 134.868/RJ, 5ª T., rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 15.03.2012.

3.2.2. Militar preso em estabelecimento prisional sujeito à fiscalização da Justiça Comum

No caso de militar preso em "estabelecimento prisional sujeito à fiscalização da Justiça Comum", aplicam-se os prazos do Código penal comum.[42] Essa orientação decorre de entendimento sumulado de que compete ao Juízo das Execuções Penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados da Justiça Federal, militar ou eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos à administração estadual (cf. Súmula 192 do STJ, editada em 1997). Observe-se que essa orientação é mais favorável ao apenado, eis que o Código Penal militar exige o cumprimento de tempo maior de pena (metade para os primários, e dois terços para o reincidente, cf. art. 89, I, *a* e *b*, CPM). Tem razão Rodrigo Roig quando diz que essa orientação deve ser estendida aos militares presos em estabelecimentos militares, eis que não há lógica alguma na distinção feita, que, portanto, representa violação ao princípio da isonomia.[43]

3.2.3. Repercussões da detração, da remição e da falta grave

Não há dúvida alguma de que eventuais períodos de tempo obtidos a partir de detração (art. 42, CP) ou de remição (art. 126 ss., LEP) são computados para a obtenção do livramento condicional.

Eventual falta disciplinar (ainda que grave) *não* interrompe a contagem do tempo necessário ao livramento condicional, por absoluta ausência de previsão legal[44]; as sanções para faltas graves são apenas aquelas do art. 53, LEP. É importante lembrar, ainda, que o tempo remido será computado para fins de livramento condicional (art. 128, LEP).

3.3. Requisito objetivo da reparação do dano

O terceiro requisito objetivo consiste na *reparação do dano causado pela infração, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo* (art. 83, IV, CP). Rodrigo Roig entende que esse requisito representa imposição transversa de prisão por dívida,

42. STJ, REsp. 1.033.402/MS, Min. Laurita Vaz, j. 19.03.2009.

43. *Execução penal*, 2014, p. 396.

44. Nesse sentido, o STJ editou, em 2010, a Súmula 441: "A falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional". Mais recentemente, em recurso repetitivo, o STJ reiterou essa posição (3ª S., REsp 1.364.192/RS, Min. Sebastião Reis Junior, v.u., DJe 17.09.2014).

fora das hipóteses constitucionais. Se o não pagamento da pena de multa não mais pode levar alguém à prisão, e se, quanto ao *sursis*, há entendimento bem assente de que o não pagamento da multa não conduz à sua revogação, entende ele não ser razoável condicionar o livramento condicional à reparação do dano, até porque o apenado com tempo para livramento condicional já perdeu, há muito tempo, a condição financeira para reparar o dano. [45]

A restituição da coisa vale, igualmente, como reparação do dano. O dano a ser reparado é apenas aquele que, de modo líquido e certo, já tenha sido definitivamente assentado; eventual parte *sub judice* é inexigível. Efetiva impossibilidade de reparar o dano existe, como exemplificava Mirabete, em casos de má situação econômica do apenado, exigência exagerada do ofendido, dificuldade de localizá-lo para o ressarcimento, prescrição civil, perdão, novação da dívida, falta de liquidação da execução da sentença etc.[46] A demonstração de sequestro de todos os bens disponíveis é suficiente à dispensa do requisito.[47]

Não se exige, na lei, espontaneidade ou voluntariedade da reparação, diferentemente do que ocorre, p. ex., no arrependimento posterior (art. 16 do CP). Assim, a reparação do dano não precisa constituir ato espontâneo nem voluntário do apenado; mesmo no caso em que a reparação do dano decorre de penhora determinada em ação judicial, considera-se cumprido o requisito. A reparação *não* precisa constituir ato do próprio apenado, podendo ele se beneficiar de ato praticado por coapenado ou por terceiro. Se o agente demonstra efetiva impossibilidade de reparar o dano, não pode ser negado o livramento condicional, sob pena de constituir prisão por dívida.[48]

3.4. Requisitos subjetivos

Nosso Código Penal prevê diversos requisitos subjetivos para a concessão do livramento condicional. O primeiro requisito subjetivo consiste em *comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena* (art. 83, III, 1ª parte, CP). Não se exige bom comportamento, apenas comportamento satisfatório, sendo significativo comparar a redação do CP de 1940, que exigia "bom comportamento" (art. 60, III, CP 1940). O preso não pode ser prejudicado por fato isolado e

45. ROIG, *Execução penal…*, 2014, p. 397.

46. *Execução penal*, 2004, p. 555.

47. STJ, HC 8.193/RJ, 6a. T., rel. Min. Vicente Leal, j. 18.03.1999.

48. STF, AgRg na Prog. de Regime na Exec. Pn 22/DF, Pleno, Min. Roberto Barroso, j. 17.12.2014.

sem maior gravidade; eventuais faltas graves não podem impedir o benefício.[49] Não se pode usar "falta longínqua", devendo-se considerar apenas "período razoavelmente anterior".[50] O STJ decidiu, todavia, que a consideração apenas dos últimos seis meses da pena representaria negativa de vigência do art. 83, III, CP.[51]

O segundo requisito subjetivo é *bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído* (art. 83, III, 2ª parte, CP). Como bem diz Rodrigo Roig, não é parâmetro racional, eis ninguém pode ser mantido preso por mau desempenho no trabalho.[52] *Aptidão para prover* à *própria subsistência mediante trabalho honesto* é o terceiro requisito subjetivo previsto no Código Penal (art. 83, III, 3ª parte). Não se exige, em todo caso, que o apenado se encontre efetivamente empregado[53], nem que tenha proposta de emprego. A exigência desse requisito oculta a seletividade penal ínsita à criminalização secundária e a dessocialização decorrente do encarceramento, que é a antítese da aptidão para trabalho.[54]

3.4.1. A questão da constatação de condições pessoais que presumam que liberado não voltará a delinquir

Tratando-se de crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça, nosso Código Penal estabelece, ainda, um último requisito: *constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir* (art. 83, parágrafo único). Diz a Exposição de Motivos que "tal exigência é mais uma consequência da extinção da medida de segurança para o imputável" (item 74).

Trata-se, todavia, de pergunta virtualmente irrespondível: não há métodos científicos para se determinar a periculosidade.[55] A resposta a essa indagação é

49. BUSATO, *Direito Penal,* p. 958.

50. ROIG, *Execução penal…,* 2014, p. 398.

51. *STJ,* REsp. 1.325.182/DF, 6ª T., rel. Min. Rogério Schietti, j. 20.02.2014.

52. ROIG, *Execução penal…,* 2014, p. 398.

53. STJ, HC 47.492/SP, *Min. Felix Fischer*, j. 01.06.2006.

54. ROIG, *Execução penal…,* 2014, p. 399.

55. As tentativas de criar critérios para aferição da periculosidade sempre chegam a resultados insatisfatórios e até perigosos. Para uma dessas tentativas, *vide* MARLET, Contribuição para a avaliação, 1994, p. 439 ss. Com toda a razão, Ney Moura Teles critica duramente esse requisito, dizendo: "constitui um dos grandes absurdos jurídicos ainda contemplados no ordenamento penal. Nenhuma ciência, ninguém, jamais, em tempo algum – a não ser que tenha recebido efetivos poderes de Deus, pode, em sã consciência, afirmar que há probabilidade cientificamente concreta de que certa pessoa comete-

um exercício de futurologia; na prática, os antecedentes do réu têm grande importância. A exigência desse requisito ainda é, com razão, altamente criticada por inverter o ônus da prova e por vincular a fruição de direitos a fundamentos morais. Entende Mirabete que a ausência de arrependimento ou de autocensura seria indicativa da presunção de que o apenado voltaria a delinquir[56]; essa presunção esbarra no processo de secularização: não se pode exigir atos de contrição do apenado para a concessão do benefício, sob pena de confusão entre moral religiosa e direito.

No final da década de 1930, Costa e Silva já indicava que semelhante exigência era descabida:

> É necessário que ele (o condenado) deixe patente a sua regeneração, demonstre por atos positivos, que dominou a paixão ou inclinação viciosa que o impeliu à pratica do crime, como quer o código mexicano? Sem dúvida é isso demasiado. Importa exigir do condenado uma prova que ele mui dificilmente poderá oferecer e tornar o livramento quase sem aplicação.[57]

3.4.2. Ainda sobre os requisitos subjetivos: bom comportamento como único critério subjetivo, e a ilegítima denegação por fundamentos apócrifos

No que toca aos requisitos subjetivos para o livramento condicional, parte da doutrina e da jurisprudência adota a defensável posição de que o art. 112, § 2º, LEP (introduzido pela Lei 10.792/2003) revogou o item III e o parágrafo único do art. 83 do CP, transformando o bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, no único requisito subjetivo.[58]

---

rá, ou não, crimes. [...] Ideias como essa, de presunção de que alguém cometerá crime, de periculosidade, estão muito próximas das constatações lombrosianas de criminoso nato, há muito abandonadas pela ciência. [...] Nem mesmo os profissionais da psicologia ou da psiquiatria podem, após o mais profundo exame, concluir pela probabilidade concreta, real, de que o paciente realizará esse ou aquele comportamento. Quando muito, poderão concluir, como o fazem os astrólogos, que o condenado poderá cometer outro crime. Mas isso qualquer pessoa pode concluir acerca de qualquer outra. Ora, a liberdade das pessoas não pode submeter-se a concepções de natureza astrológica, nem a superstições, conjecturas e sonhos" (*Direito penal*, 2004, p. 474-475).

56. *Execução penal*, 2004, p. 563.
57. *Código*, 1938, p. 132-133, nota de rodapé, 16.
58. STJ, HC 138.498/RS, 6ª T., rel. Min. Nilson Naves, j. 15.10.2009.

Essa é a melhor solução, que diminui a extrema subjetividade judicial (veiculadora de altíssimos preconceitos e, assim, intensamente autoritária) na concessão do livramento condicional; essa subjetividade transforma, na prática, todo livramento condicional em faculdade do juiz, solapando a racionalidade teórica de que se trata de direito do apenado (cf. item 4, *infra*). Juarez Cirino dos Santos bem assenta que os requisitos subjetivos são "na prática, uma fonte de arbítrio incontrolável".[59] Lembra Mestieri que o bom comportamento durante a execução penal é o indicador mais seguro da adaptação social do condenado.[60] Em abono à tese, diz Roig – com razão – que, se o livramento condicional é a última fase do sistema progressivo, então devem ser usados os critérios da progressão. Bom comportamento é, complementa ele, comportamento regular (ou seja, sem irregularidade) ou neutro (i.e., sem circunstâncias negativas).

É muito comum que sejam invocados fundamentos apócrifos para a denegação do livramento condicional, tais como a existência de uma longa pena ainda a cumprir, ou a "repercussão", a gravidade abstrata ou outras circunstâncias do crime.[61] A existência de uma longa pena ainda a cumprir jamais pode ser fundamento para denegar o livramento condicional; ora, se o condenado cumpriu a fração legal necessária ao deferimento do benefício, esse argumento é inteiramente ilegal. Questões relativas ao crime cometido pelo agente, se não estiverem contempladas entre os requisitos necessários à obtenção do livramento condicional, não podem ser invocadas para negá-lo. Como já decidiu o TARS, "o importante a verificar, quanto à presença ou ausência dos requisitos é a vida carcerária do condenado, não seu passado ou suas características psicológicas decorrentes de sua natureza, preexistentes ao início do cumprimento da pena" (JTAERGS 88/158).

3.4.3. A permanência do exame criminológico

Com a edição da Lei 10.792/2003, que retirou a menção expressa ao exame criminológico para a progressão de regime, passou-se a discutir se tal exame teria sido extinto. Nossos Tribunais se firmaram no sentido de que não houve extinção; o exame criminológico pode ser realizado, "pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada" (cf. Súmula 439, do STJ, editada em 2010). No ano anterior, na súmula vinculante em que determina seja

59. *Direito Penal*, 2006, p. 618.

60. Manual, 1999, p. 306.

61. No mesmo sentido, MESTIERI, *Manual*, 1999, p. 306.

observada a inconstitucionalidade da norma que impedia progressão de regime prisional em crimes hediondos, o STF já admitia a possibilidade de realização de exame criminológico, desde que por decisão judicial fundamentada (Súm. Vinc. 26, STF).

A discussão passa a ser, assim, quais seriam fundamentos legítimos para a determinação de realização de exame criminológico. A requisição do exame não pode se basear na gravidade abstrata dos crimes praticados, ou em falta grave antiga ou sem menção de data.

É essencial que à defesa seja dada oportunidade para manifestar-se previamente sobre a necessidade de exame criminológico. E, com a vinda do laudo, cabe nova oitiva da defesa, para, querendo, impugná-lo. Na prática, o exame criminológico tem sido determinado apenas *após* o implemento do tempo necessário ao requerimento do livramento, o que é altamente criticável (eis que o apenado acaba ficando preso mais tempo do que o necessário); tal exame deveria ser requisitado com razoável antecedência relativamente ao implemento do tempo.

Além do argumento moralista de que o condenado não se sente culpado (que é inadmissível!), laudos de exame criminológico costumam opinar no sentido da inadmissibilidade do livramento condicional na hipótese de vício em álcool ou em drogas. Não se pode considerar tratar-se de um argumento legítimo; na pior das hipóteses, pode levar à imposição de tratamento (também altamente discutível, pela incompatibilidade de um tratamento obrigatório), mas nunca à vedação do livramento condicional.

3.4.4. Presos estrangeiros com processo ou decreto de expulsão

É controvertida a possibilidade de concessão de livramento condicional a presos estrangeiros contra os quais haja decreto de expulsão ou processo administrativo para tal finalidade. Majoritariamente, nossos tribunais têm proclamado a inviabilidade de concessão do livramento condicional, haja vista a impossibilidade de permanência no país. Considera-se que conceder livramento condicional violaria o interesse nacional.[62] A maioria da doutrina também entende incabível, nessa hipótese, o benefício.[63]

62. *STF*, 2ª T., HC 56.311/SP, Min. Moreira Alves, *DJ* 06.10.1978; *STF*, HC 99.400/RJ, 1ª T., Min. Carmen Lucia, j. 27.04.2010; *STJ,* 6 ª T., HC 173.955/RJ, Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 24.04.2012.

63. MIRABETE, *Execução penal*, 2004, p. 569-570.

Há, todavia, julgados numa corrente minoritária, no sentido de que, mesmo nessa hipótese, o livramento condicional é cabível. Recentemente, o STJ decidiu nesse sentido, argumentando que o decreto de expulsão não impede o livramento condicional, pois as autoridades administrativas podem efetivá-lo, antes ou depois do cumprimento do livramento; pondera-se ainda que, "[do] contrário, estar-se-ia a conceber que a esfera penal se pautasse unicamente no decretado em *âmbito* administrativo".[64] Roig, que adota essa posição, ainda argumenta que a situação de estrangeiro no país é questão administrativa, que não pode transcender para esfera penal.[65] A posição minoritária deve, a meu juízo, prevalecer, até porque inexiste previsão em contrário.

3.4.5. Transferência internacional de presos e livramento condicional

Nas últimas décadas, o Brasil tem firmado diversos tratados bilaterais que disciplinam a transferência e a execução penal de pessoas condenadas a penas privativas de liberdade em outros países.[66] Nessas hipóteses, os tratados costumam dispor que a execução penal de um criminoso transferido será realizada de acordo com as leis e os processos administrativos ou judiciais do *Estado de execução*, que, todavia, poderá, quando decidir sobre livramento antecipado ou condicionado, considerar as disposições legais ou decisões judiciais tomadas no Estado da condenação.

4. Direito do apenado ou faculdade do juiz?

O art. 83 CP e o art. 131 LEP estabelecem que o juiz "poderá" conceder livramento condicional. O verbo "poder", usado desde a primeira regulação pelo CP 1890, tem levado diversos juristas à conclusão de que se trataria de uma mera faculdade do juiz.[67]

64. *STJ*, HC 186.490/RJ, 6ª T., *Min. Maria Thereza de Assis Moura*, j. 15.12.2011.

65. *Execução penal*, 2014, p. 408.

66. Vejam-se, p. ex., os tratados firmados com os Países Baixos (Dec. Leg. 151/2011), Angola (Dec. leg. 3/2008), Paraguai (Dec. Leg. 94/2002) etc.

67. Nesse sentido, SEVERIANO RIBEIRO, *Código,* 1941, p. 238, já sob a égide do CP 1940. COSTA E SILVA, *Código*, 1938, p. 128, considerava o livramento condicional um favor, *cum grano salis*, e parecia estrar seduzido pela ideia contrária: "De *jure condendo*, é discutível se não conviria dar ao condenado o direito de, concorrendo os requisitos legais, obter o benefício. É inegável que com isso lucraria a eficácia do instituto".

Cumpridos os requisitos legais, o livramento condicional é induvidosamente um direito do cidadão apenado.[68] A grande dificuldade reside, na verdade, na aferição do cumprimento dos requisitos legais; os termos amplos e pouco densos em que os requisitos subjetivos são descritos permitem, com facilidade, manter o discurso de que constitui um direito, mas, na prática, contornar sua concessão, transformando, como dito acima, todo livramento condicional em faculdade do juiz. É irrelevante qualquer argumento de ordem subjetiva que não esteja rigorosamente adstrito aos termos da lei. Não se pode impedir o livramento condicional sob o argumento de que o condenado teve indeferido pleito de progressão de regime. Aquele independe desta (*JTAERGS 88/164*).

5. Requerimento e tramitação do pedido de livramento condicional

O livramento condicional pode ser concedido, de ofício, pelo juiz, e também pode ser objeto de requerimento da defesa, do próprio apenado, do seu cônjuge (ou companheiro) e de parente em linha reta. O livramento condicional também pode ser proposto pelo diretor do estabelecimento prisional ou do Conselho Penitenciário (art. 712, CPP). Não há necessidade de que o requerimento seja feito por procurador com capacidade postulatória.

Deve-se oportunizar, ao Ministério Público (art. 131, LEP) e à Defesa, que se manifestem sobre eventuais pedidos de livramento condicional. Sem oitiva da defesa, o livramento condicional não pode ser denegado (art. 112, § 2º, LEP). Caso o livramento condicional tenha sido concedido sem a manifestação do Ministério Público, não pode haver revogação liminar; deve-se manter a medida, até pronunciamento do *parquet*.[69]

6. Competência para apreciação do pedido de livramento condicional

A apreciação do pedido de livramento condicional compete, via de regra, à Vara de Execuções Penais (art. 66, III, alínea *e*, LEP).

No caso de preso provisório, pode haver dúvida quanto à competência (se do juiz do processo de conhecimento ou do juiz da execução penal). Não pode ser objeto de dúvida o cabimento de livramento condicional para o preso provisório, desde que a pena aplicada não mais possa ser majorada. Desde 2003,

68. HUNGRIA, *Novas questões*, 1945, p. 179; FREDERICO MARQUES, *Tratado*, 1966, p. 276; MIRABETE, *Manual,* 1987, p. 323.

69. ROIG, *Execução penal*, 2014, p. 386

o STF assentou, em súmula persuasiva, que é admissível progressão de regime antes do trânsito em julgado de sentença condenatória.[70] Sendo etapa do sistema progressivo, é natural que o livramento condicional possa ser concedido a preso provisório que satisfaça os requisitos legais; ainda que assim não fosse, argumentos de analogia *in bonam partem* e de equidade imporiam solução idêntica. Negar-se tal benefício ao preso provisório poderia funcionar como intolerável coação para que o preso provisório desistisse de exercer direitos recursais.

Via Resolução, o Conselho Nacional de Justiça determina que, no caso de condenação de réu preso, o juízo da condenação, ainda que pendente recurso, expedirá e remeterá à VEP guia provisória de execução da pena de prisão, para que possa haver a checagem dos requisitos (art. 8º, Res. 113/2010, CNJ). A resolução, portanto, aponta no sentido da competência do juiz da Vara de Execuções Penais.

Todavia, o ideal, de modo a dar efetividade e celeridade à concessão do livramento condicional, seria que, no caso de preso provisório, seja competente o Juízo em que se encontra o feito. Essa é a sugestão do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (cf. art. 1º, Resolução MJ/CNPCP 12, de 18.12.2009).

Assim, parece-nos que, quanto ao preso provisório, o livramento condicional *também* pode ser objeto de deliberação pelo juiz do processo de conhecimento, caso a guia de execução não esteja disponível à Vara de Execuções Penais.[71]

7. DECISÃO CONCESSIVA E PRAZO DE DURAÇÃO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL

Muito se discute em que momento se reputa concedido o livramento condicional, havendo três possibilidades: *(i)* no momento em que o apenado adimpliu os requisitos para a concessão; *(ii)* no ato da decisão que concede o livramento condicional; ou *(iii)* somente após a realização da cerimônia do livramento condicional (que é uma audiência, prevista no art. 137, LEP, em que é lida a sentença de concessão do benefício). O STJ tende para a terceira corrente: "réu, antes mesmo de ter conhecimento da concessão do livramento,

70. Súmula 716, STF: "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".

71. ROIG, *Execução penal,* 2014, p. 388.

empreendeu fuga da unidade prisional em que se achava recolhido. Dessa forma, o ato não se aperfeiçoou" (5ª T., HC 11.278/SP, Min. Jorge Scartezzini, j. 15.06.2000).

Alguns autores consideram – com razão – que o direito se aperfeiçoou no momento do preenchimento dos requisitos, e não no da realização de atos judiciais (seja a prolação da decisão judicial, seja a cerimônia). Assim, se houver falta disciplinar após o cumprimento do prazo para livramento condicional, não é obstado o livramento condicional.[72] Se, quanto ao indulto, é assim, porque não quanto ao livramento condicional?

A Lei de Execuções Penais estabelece que, deferido o livramento, será emitida, em *duas vias*, carta de livramento (com cópia integral da sentença), remetendo-se uma à autoridade administrativa incumbida da execução e outra ao Conselho Penitenciário (art. 136, LEP).

7.1. A cerimônia de livramento condicional

A sentença que concede o livramento condicional será lida, ao apenado, numa cerimônia de livramento, que constitui ato solene, designado pelo Presidente do Conselho Penitenciário, no estabelecimento onde está sendo cumprida a pena (art. 137, LEP). Nessa cerimônia, há a entrega de pecúlio (o que é raríssimo!), dos pertences do egresso e de uma caderneta, que ele deve sempre exibir à autoridade administrativa ou judiciária. Essa caderneta (art. 138, LEP) contém identificação do liberado, texto impresso do capítulo da LEP sobre livramento condicional e as condições impostas. Há vários relatos de acossamento policial a quem tem a caderneta, como narra Roig[73], que sugere a substituição por "entrega de carteira de trabalho já assinada por empregador devidamente agenciado pelo estado".

7.2. Habeas corpus *para discutir concessão de livramento condicional*

Nossos tribunais têm sido altamente restritivos quanto à possibilidade de discutir-se, em sede de *habeas corpus*, a concessão de livramento condicional. Quando a questão se cinge à discussão de requisitos objetivos, os tribunais têm, vez por outra, admitido a impetração de *habeas corpus*.[74]

72. ROIG, *Execução penal,* 2014, p. 387.

73. ROIG, *Execução penal*, 2014, p. 406.

74. Assim, *STF*, HC 92.897/SP, 2ª T., rel. Min. Cezar Peluso, j. 20.05.2008.

Havendo necessidade de discutir requisitos subjetivos, a jurisprudência se mostra altamente restritiva.[75]

Essa restrição *não* se justifica. O âmbito cognitivo que se apresenta perante o Juiz das Execuções Penais pode ser facilmente reproduzido, por *prova documental pré-constituída*, perante os Tribunais, não havendo, portanto, sentido em impedir-se a aferição dos requisitos subjetivos em sede de *habeas corpus*. O fato de o requisito ser subjetivo (ou seja, referir-se ao sujeito) não se confunde com a subjetividade, ou não, do juízo acerca de sua presença; é bem possível que o requisito subjetivo esteja incontroversamente comprovado nos autos. O que não se admite em *habeas corpus* é a discussão de controvertida questão de fato; a valoração jurídica de um fato incontroverso, ainda que se refira a um requisito relativo ao sujeito, não está vedada.[76]

São facilmente encontráveis julgados que pretendem impedir o manejo concomitante de recurso de agravo em execução (art. 197, LEP) e de ação de *habeas corpus*, para discutir a concessão de livramento condicional. É inconstitucional (art. 5º, LXVIII, CF) impedir-se o conhecimento da ação de *habeas corpus*, eis que a legislação ordinária *não* pode restringir a garantia constitucional, que não prevê essa restrição. É notório que ações de *habeas corpus* admitem pedidos liminares (o que não ocorre com os recursos de agravo) e têm (ou deveriam ter) tramitação mais célere do que a desses recursos; essas circunstâncias já justificam amplamente a admissão do *writ*. Não se pode concordar com que, como medida de defesa dos tribunais pela abundância de pedidos de *habeas corpus*, criem-se restrições sem respaldo legal e que vulneram o direito fundamental à liberdade de locomoção. O *habeas corpus* é sempre possível, e não apenas na hipótese de demora na apreciação do agravo em execução.

7.3. O prazo do livramento condicional

O prazo do livramento condicional é precisamente o tempo restante de pena. Assim, p. ex., se um cidadão primário é sentenciado a pena de três anos por furto, pode ele obter o benefício após o cumprimento de um ano de pena; consequentemente, o período em que ele ficará em livramento condicional será de dois anos.

75. Vide, *STF*, HC 91.423/DF, 2ª T., rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 19.08.2008; *STF*, HC 126.232/MS, 1ª T., rel. Min. Rosa Weber, j. 17.03.2015.

76. Roig, coerente com sua posição de que o atestado de bom comportamento carcerário, firmado pelo diretor do estabelecimento, deveria ser requisito subjetivo suficiente, não vê óbice a que se faça, em sede de *habeas corpus*, a valoração desse documento (*Execução penal*, 2014, p. 414-415).

8. Condições a serem cumpridas pelo liberando

As condições a serem impostas, ao liberando, serão especificadas na decisão do juiz competente (em regra, o da Vara de Execuções Penais), cf. arts. 85, CP, e 132, LEP. Há condições que, obrigatoriamente, devem ser impostas (*condições obrigatórias*) e outras condições que o juiz pode optar por impor (*condições facultativas*).

A primeira condição obrigatória consiste em *obter ocupação lícita, dentro de prazo razoável, se for apto ao trabalho* (art. 132, § 1º, *a*, LEP). Embora seja legítimo exigir-se que o liberado busque ocupação lícita, não se pode desconsiderar a terrível dificuldade que o egresso terá, além da dura realidade do mercado de trabalho. Essa condição deve ser flexibilizada, sob pena de se estar a criar consequências penais (revogação do livramento condicional) para o desemprego ou até para o emprego informal. Essa condição só pode valer, por evidente, para os aptos a trabalhar.[77] Atrelada a esta, constitui também condição obrigatória *comunicar periodicamente sua ocupação ao juiz* (art. 132, § 1º, *b*, LEP).

Por fim, também constitui condição obrigatória *não mudar do território da comarca do Juízo da execução, sem prévia autorização deste* (art. 132, § 1º, *c*, LEP). A obrigatoriedade de permanecer no território da comarca é condição assaz rígida, significando, p. ex., que alguém que não possa se mudar do Rio de Janeiro para a vizinha Niterói. Seria desejável que se ampliasse a restrição para mudança de Estado da Federação. De outro lado, considerando, inclusive, a sensível melhoria nas comunicações entre órgãos judiciários, a mera comunicação já seria suficiente para os fins de acautelar os fins da execução penal.[78] No caso de o liberado passar a residir em outra comarca, remete-se, via carta precatória (ou outro meio idôneo), cópia da sentença ao Juízo do local em que ele passar a residir; no Juízo deprecado, realiza-se mera fiscalização das condições, mantendo-se a competência do Juízo deprecante para as decisões.[79] Inexistindo vedação expressa, advoga Roig a possibilidade de o liberado mudar-se para outro país, "bastando a anuência das autoridades judiciárias dos dois países".[80]

Entre as condições facultativas (art. 132, § 2º, LEP), está a *proibição de mudar de residência sem comunicação ao juiz e à autoridade incumbida da observação cautelar* (letra *a*). Aqui não se trata de mudança de comarca (situação

77. MOURA TELES, *Direito Penal*, 2004, p. 476.

78. No mesmo sentido, ROIG, *Execução penal*, 2014, p. 402.

79. ROIG, *Execução penal*, 2014, p. 404-405.

80. *Execução penal*, 2014, p. 405.

contemplada como condição obrigatória), mas mera mudança de residência, dentro da mesma comarca. A condição é plenamente razoável.

A condição de *recolher-se* à *casa em hora fixada* (letra *b*) também pode ser facultativamente imposta pelo juiz. A LEP ainda permite, ao juiz, que imponha, como condição do livramento condicional, a obrigação de *não frequentar determinados lugares* (letra *c*). Essa condição facultativa é absurda, eis que constitui pena alternativa (art. 47, IV, CP), sendo inadmissível que uma pena seja condição do livramento condicional (é a mesma lógica da Súmula 493, STJ, de 2012, que estabelece que "é inadmissível a fixação de pena substitutiva (art. 44 do CP) como condição especial ao regime aberto"). Vale, todavia, a observação de Moura Teles de que essa condição deve ter um mínimo de homogeneidade com o delito pelo qual o apenado foi condenado.[81]

O art. 132, § 2º, LEP, ainda estabelece que o juiz poderia impor "outras obrigações" ao condenado. Essa disposição viola, frontalmente, o princípio da legalidade estrita (art. 5º, XXXIX, CF); igualmente, não podem ser impostas condições que constituam verdadeiras penas, até porque representaria excesso na execução.

Por ausência de expressa previsão legal, o monitoramento eletrônico não pode ser imposto como condição para a concessão do livramento condicional. Tal monitoramento só cabe para saída temporária e prisão domiciliar (art. 146-B, LEP). No Estado de São Paulo, todavia, editou-se Lei Estadual 12.906, de 14.04.2008, que permite tal monitoramento eletrônico em casos de concessão de livramento condicional.

9. SUSPENSÃO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL

Se o liberado praticar delito no período de prova, o juiz poderá, ouvidos o Conselho Penitenciário e o Ministério Público, suspender o livramento condicional, cuja revogação, entretanto, ficará dependendo da decisão final. Com a suspensão, o apenado é preso (art. 145, LEP).

A disposição legal é clara no sentido de que *não* se exige nova condenação, só a prática de delito.[82] Essa possibilidade de suspensão *não* viola a presunção

81. "Não se irá proibir um condenado por um crime de natureza tributária contemplado com livramento condicional de frequentar uma boate ou uma casa de prostituição" (*Direito Penal*, 2004, p. 477).

82. *STJ*, HC 148.753/SP, 6ª T., rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 26.04.2011.

constitucional de inocência[83]; todavia, é induvidoso que a suspensão *não* é automática, dependendo de manifestação expressa do juízo, em decisão fundamentada.[84]

O STF tem entendido que, "quando o imponham as circunstâncias", o Conselho Penitenciário pode ser ouvido *após* a determinação de recolhimento do condenado à prisão, e não necessariamente *antes*.[85] Não se prevê que seja ouvido, previamente, o apenado nem sua defesa técnica. O STJ tem decidido que, aqui, não há violação à regra do contraditório, que somente é postergado para momento posterior.[86]

A suspensão é, todavia, uma faculdade do juiz, e não um dever. Deve ele avaliar se, pelas circunstâncias do crime, a suspensão é realmente necessária.[87] Na hipótese de prática de uma contravenção ou de crime que não se revista de gravidade (e que provavelmente não levará, ao final, à imposição de pena privativa de liberdade), não deve ser determinada a suspensão do livramento condicional. A uma, porque, no caso, mesmo a revogação, em caso de condenação, é facultativa (art. 87, *in fine*, CP) e, a duas, porque é inteiramente desproporcional adotar uma cautelar que representa consequência mais grave do que será, em tese, imposta no provimento final.

Na hipótese de descumprimento de qualquer condição ou obrigação imposta (art. 87, *initio*, CP), *não* se aplica a suspensão. A hipótese, quando aplicável,

83. *STF*, Ag Rg no HC 113.213/RS, 2ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. 10.06.2014.

84. *STF*, HC 119.938/RJ, 1ª T., rel. Min. Rosa Weber, j. 03.06.2014. O PL 3699/2015, do Dep. Laerte Bessa, propõe a inserção, no art. 145, LEP, de um parágrafo único, determinando a *automática* suspensão do livramento condicional se o liberado for "preso em flagrante delito pela prática de crime doloso"; essa alteração é de todo inconveniente e injusta: a proposta aumenta excessivamente o poder da polícia (e diminui o direito fundamental de liberdade), funda-se na ideia irracional de plenitude probatória do estado de flagrância, e desconsidera que nem todo crime doloso pode ser considerado motivo suficiente para a grave consequência, mormente automática, de suspensão do livramento condicional. O argumento do PL – fundado em questões de inconveniência administrativa – de que, por vezes, a burocracia estatal leva à não declaração da suspensão durante o período de prova e, consequentemente, à extinção da punibilidade, não pode levar à gravíssima consequência de violação de direito fundamental.

85. *STF*, RHC 61.568/SP, 2ª T., rel. Min. Francisco Rezek, j. 17.02.1984. Observe-se que essa decisão se referia ao art. 732 CPP, que, no que pertine ao ponto, tem redação idêntica ao vigente art. 145, LEP.

86. *STJ*, HC 123.397/RJ, 6ª T., rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 26.04.2011.

87. Nesse sentido, BRITO, *Execução penal*, 2013, p. 349; e ROIG, *Execução penal*, 2014, p. 409.

seria de revogação direta (que, aliás, é facultativa), devendo, obrigatoriamente, ser objeto de prévia manifestação do apenado e/ou de sua defesa. A situação é diferente da prática de delito, eis que existência do crime depende de um processo que demandará tempo e correrá perante outro juízo, enquanto que a aferição do descumprimento de outra condição ou obrigação imposta será feita perante o próprio Juízo que regula o livramento condicional.[88] Não é admissível a criação de novas hipóteses extralegais de suspensão de livramento condicional.

A suspensão é, a qualquer tempo, plenamente revogável (restabelecendo-se o livramento condicional), caso o Juízo chegue, posteriormente, à convicção de sua desnecessidade. Roig exemplifica, com razão, que a revogação da suspensão do livramento condicional deverá ser adotada se o egresso estiver respondendo em liberdade ao outro processo, ou se for absolvido nesse outro processo.[89]

10. PRORROGAÇÃO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL?

O art. 89 estabelece que "o juiz não poderá declarar extinta a pena, enquanto não passar em julgado a sentença em processo a que responde o liberado, por crime cometido na vigência do livramento". Tem-se a impressão de que essa disposição legal teria criado uma hipótese de prorrogação do livramento condicional.

Não é essa a melhor interpretação do dispositivo. Em nenhum momento fala-se, nesse dispositivo legal ou em qualquer outro, nessa figura da prorrogação do livramento condicional, diferentemente do que ocorre, p. ex., com a suspensão condicional da pena (cf. art. 81, §§ 1º e 2º, CP; e arts. 157, § 5º, e 162, LEP). Se se entendesse que haveria *prorrogação* do livramento condicional, o apenado ficaria obrigado a continuar a cumprir as condições impostas por mais tempo do que o máximo da pena imposta, violando a coisa julgada e criando, por via transversa, uma pena temporalmente indeterminada. Isso poderia, ainda, militar contra o uso, por parte da defesa, de recursos no outro processo a que o apenado responde.

Moura Teles entende que existe prorrogação de livramento condicional, mas advoga que o condenado não fica sujeito ao cumprimento das condições.[90]

88. *STJ*, HC 123.040/RJ, 6ª T., rel. *Min. Jane Silva*, j. 06.02.2009.

89. *Execução penal*, 2014, p. 409.

90. *Direito Penal*, 2004, p. 482.

Que livramento condicional é esse, em que não há mais condição alguma? É, a meu juízo, um paradoxo. O juiz simplesmente deverá determinar que o apenado não mais precisa cumprir as condições do livramento condicional, mas a decisão final quanto à extinção do livramento condicional ficará condicionada ao trânsito em julgado da sentença no outro processo.[91]

É de se ver, em todo o caso, que a mera existência de inquérito policial, ainda que o condenado esteja indiciado, não impede que o juiz declare extinta a pena.[92]

11. Revogação do livramento condicional

Nosso Código Penal prevê hipóteses de revogação obrigatória e de revogação facultativa do livramento condicional. Duas são as hipóteses de revogação obrigatória: *(i)* no caso de condenação irrecorrível, a pena privativa de liberdade, por crime cometido na vigência do benefício (art. 86, I, CP); ou *(ii)* no caso de condenação irrecorrível, a pena privativa de liberdade, por crime anterior à vigência do benefício, se, somadas as penas, não se puder manter o livramento (arts. 86, II, e 84, CP).

A palavra *crime*, nessas disposições legais, deve ser interpretada restritivamente, não se incluindo, portanto, a contravenção penal. Aliás, a comparação com o direito anterior (art. 64, III, CP 1940) corrobora essa conclusão.

Por sua vez, as hipóteses de revogação facultativa são*: (i)* se o liberado deixar de cumprir qualquer condição imposta (art. 87, *initio*, CP); ou *(ii)* se o liberando for novamente condenado, irrecorrivelmente, a pena que não seja privativa de liberdade (i.e., a pena restritiva de direitos ou de multa, cf. art. 87, *in fine*, CP).

Alternativamente à revogação facultativa, o juiz pode adotar alguma das seguintes providências: advertência ao liberado ou agravamento das condições (art. 140, parágrafo único, LEP). Essas alternativas devem ser adotadas prioritariamente, só se adotando a revogação quando não pareçam suficientes.[93] Aliás, a possibilidade de alteração das condições do livramento condicional não depende da ocorrência de hipótese de revogação: tal possibilidade (cf. art. 144, LEP) existe e pode ser determinada de ofício, ou por proposta do M.P.,

91. No sentido de que não há amparo legal para esse instituto da prorrogação do livramento condicional, v. ROIG, *Execução penal*, 2014, p. 414.

92. Idem, BUSATO, *Direito Penal*, 2004, p. 963.

93. No mesmo sentido, ROIG, *Execução penal*, 2014, p. 411.

da Defensoria, ou representação do Conselho Penitenciário; evidentemente, o liberado também pode formular pedido nesse sentido.[94]

Discrepa a doutrina quanto à possibilidade de o juiz decretar, de ofício, a revogação do livramento condicional. Essa possibilidade viola o princípio acusatório e a imparcialidade judicial.

É obrigatória a oitiva prévia do liberado (ou seja, do próprio, e não da defesa). O apenado deve ser procurado no endereço por ele fornecido no termo de livramento condicional, não bastando a busca em endereço que constava anteriormente dos autos; a revogação feita sem esse cuidado é nula.[95] Em todo caso, se o liberado não é localizado no seu endereço, deve-se necessariamente ouvir a defesa técnica, antes da decisão acerca da revogação do benefício.[96]

11.1. Efeitos da revogação

A revogação terá, necessariamente, como efeito, a impossibilidade de nova concessão (art. 88, *initio*, CP, art. 142, LEP). Tal impossibilidade se circunscreve ao mesmo crime em que havia sido, antes, concedido o livramento condicional, e não ao crime da nova condenação (ainda que esse tenha sido o motivo da revogação) (art. 141, LEP).

Especificamente quanto à revogação decorrente de nova condenação por crime cometido *na vigência* do livramento condicional, a lei prevê um segundo efeito: *não* é descontado, da pena ainda a cumprir, o tempo em que o condenado ficou em livramento condicional (art. 88, *in fine*, CP, art. 142, LEP). Essa disposição, a meu juízo, não foi recepcionada pela nova ordem constitucional: representa dupla punição (revogação *e* perda do tempo) e é altamente desproporcional.[97] Em todo caso, quando a revogação se deve à nova condenação por crime cometido *antes* do livramento condicional, o tempo em que o condenado ficou em livramento condicional deve ser computado como pena *efetivamente* cumprida.

Nossa lei penal ainda estabelece que a revogação do livramento condicional tem o efeito de impedir que o respectivo período de prova seja computado

94. ROIG, *Execução penal*, 2014, p. 406.

95. STJ, RHC 37.277/RJ, 6ª T., rel. Min. Maria Thereza de Assis *Moura*, j. 18.11.2014.

96. STJ, HC 220.619/RJ, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª T., j. 02.10.2012: "não é exigível que o Juiz das Execuções espere indefinidamente o comparecimento espontâneo do apenado".

97. Assim também, ROIG, *Execução penal*, 2014, p. 412.

para o prazo de cinco anos que impede, no caso de novo crime, a configuração da reincidência (art. 64, I, CP).

12. Extinção do livramento condicional

Como o livramento condicional é etapa do cumprimento da pena, sua extinção se dá com o mero decurso do tempo de pena, desde que não tenha havido revogação ou suspensão (art. 90, CP; art. 146, LEP). A extinção independe de decisão judicial, que é meramente declaratória.

Para que não ocorra a extinção, é indeclinável que, ocorrendo causa de suspensão ou de revogação do livramento condicional, o juiz determine uma dessas providências *ainda durante* o período do livramento. Caso haja retardamento nessa determinação judicial (seja por conhecimento posterior, seja por qualquer outro motivo) e ocorra a fluência do tempo de pena, opera-se irrevogavelmente a extinção. É o que deflui, claramente, do art. 90, CP.[98] Nossos Tribunais têm decidido, acertadamente, nesse sentido, chegando, inclusive, a, por vezes, afirmar que tal extinção é direito do apenado.[99]

13. Perspectivas das propostas legislativas

Tramitam, nas Casas Legislativas do Congresso Nacional, diversos Projetos de Lei *avulsos* que, de algum modo, tencionam alterar a disciplina do livramento condicional, normalmente para endurecer sua concessão e, muitas vezes, até para aboli-lo. Há dezenas de projetos de lei avulsos que tratam do livramento condicional; aqui se fará um exame daqueles apresentados na legislatura atual.

Em 2015, o dep. Alberto Fraga (DEM/DF) apresentou o PL 744/2015, que, entre outras proposições, tenciona impedir livramento condicional para crimes hediondos, consumados ou tentados (art. 2º, II), com justificação em poucas linhas, que proclama pretender "acabar com as lacunas previstas na legislação atual e que têm sido utilizadas para deixar em liberdade, marginais da mais alta periculosidade", para, com isso, "propor um ponto final, na impunidade

98. "Art. 90. Se até o seu término o livramento não é revogado, considera-se extinta a pena privativa de liberdade".

99. *STF*, HC 81.879/SP, 1ª T., Min. Sepúlveda Pertence, j. 06.08.2002; STF, HC 88.610/RJ, 1ª T., rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 05.06.2007; STF, RHC 85.287/RJ, 1ª T., Min. Eros Grau, j. 15.03.2005; STF, RHC 86.317, 2ª T., Min. Joaquim Barbosa, j. 18.10.2005; STJ, HC 251.284/SP, Min. Marco Aurélio Bellizze, 5.ª T., j. 04.06.2013.

dos crimes hediondos, decorrente das falhas legais". A Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, em parecer, de 28.10.2015, relatado pela Dep. Shéridan, opinou pela aprovação do projeto, pontuando: "Uma boa parte do enfrentamento ao crime ocorre no campo psicológico. A sociedade precisa perceber-se segura. Precisa, ainda, perceber que os criminosos não ficam impunes. Então, medidas que permitam o encarceramento de criminosos perigosos são sempre adequadas e desejáveis".

Ainda em 2015, o Dep. Jair Bolsonaro (PP/RJ) propôs, pelo PL 1824/2015, que seja acrescentado um parágrafo 2.º ao art. 83, cuja redação seria: "fica vedada a concessão de livramento condicional ao condenado que seja reincidente por duas vezes"; o congressista importa as Three-strikes Laws americanas e fala em "reduzir a sensação de impunidade de vigora no Brasil". Também para supostamente evitar "mais uma forma de impunidade", o Dep. Laerte Bessa (PR/DF) sugere, no PL 3699/2015, que "preso em flagrante delito pela prática de crime doloso, suspender-se-á, automaticamente, o curso do livramento condicional do liberado", o que tornaria despicienda uma decisão judicial que apreciasse a adequação da suspensão.

O Dep. Valdir Colatto (PMDB/SC) propõe, no PL 2643/2015, que o livramento condicional dependa de uma "avaliação interdisciplinar" (art. 83, VI), sem dedicar uma única palavra, na justificação do projeto, a esclarecer a que se refere. Sempre e sempre, brada-se que "não pode o Poder Legislativo ficar inerte enquanto a sociedade clama pela justa punição daqueles que praticam crimes graves e restam impunes".

Tramita na Câmara dos Deputados o PL 7667/2017, de autoria do Dep. Delegado Waldir (PR-GO), que, mantendo no mais a redação dos arts. 83, V, CP e 44, parágrafo único, Lei 11.343/2006, propõe ampliar o tempo de cumprimento de pena para três quartos (em vez dos atuais dois terços). A justificação do PL invoca a "insegurança que toma conta da sociedade brasileira" e a "benevolência que caracteriza o processo e a execução penal no Brasil"; a justificação é teoricamente rasa e parte de uma lógica de neutralização, ignorando os nefastos efeitos que o prolongamento do tempo de prisão tem sobre o indivíduo que, afinal, voltará a essa mesma sociedade. O PL 9096/2017 (de autoria do Dep. Capitão Augusto, do PR/SP) também propõe – invocando a paz social – a ampliação dos prazos de cumprimento de pena, para a concessão do livramento condicional: de um terço para metade (no caso de condenado primário), de metade para dois terços (se reincidente em crime doloso), e de dois terços para quatro quintos (no caso de crime hediondo ou assemelhado).

No Senado, as propostas legislativas avulsas seguem o mesmo tom restritivo. Em 2014, o Sen. Ruben Figueiró (PSDB/MS) sugere o aumento do prazo

para livramento condicional em crimes hediondos, de dois terços para quatro quintos (PLS 274/2014), sob o argumento de que, "com o endurecimento da resposta penal, a expectativa é a de que criminosos tenham certeza de que suas ações não ficarão impunes". No PLS 188/2015, o Sen. Ronaldo Caiado (DEM/GO) propõe uma nova redação ao *caput* do art. 83, de modo que o livramento condicional só caiba para o "maior de setenta anos, ou por razões de saúde que justifiquem o benefício", alegando que "cidadãos de bem [são] reféns permanentes da bandidagem".

O Projeto de Código Penal (PLS 236/2012) simplesmente não prevê o livramento condicional, o que é altamente preocupante, uma vez que os requisitos para a sua concessão se encontram hoje no Código Penal. Argumenta-se, no relatório final da Comissão, que haveria uma "área de concorrência, se não de superposição, entre a progressão de regime e o livramento condicional". Sua aprovação poderia representar, na prática, a abolição do livramento condicional.

Verifica-se que as tendências legislativas nos projetos de lei avulsos apresentados na presente Legislatura e no Projeto de Código Penal (PLS 236/2012) são amplamente restritivas do livramento condicional, e estão inteiramente alheias à realidade do sistema penitenciário nacional. Os discursos da impunidade, do medo e da defesa social são empregados, especialmente nos projetos de lei avulsos, sem qualquer exame do impacto social e orçamentário que a restrição do livramento condicional terá para agravar profundamente o "estado de coisas inconstitucional", que é notório e que o STF já proclamou. Por outro lado, essas propostas ignoram inteiramente o fato de que o liberado, que se encontra em livramento condicional, está cumprindo uma etapa do sistema progressivo de cumprimento de pena, e está sujeito a diversas condições impostas por lei e pelo Juiz; como dizer-se então que haveria impunidade?

13.1. O PLS 513/2012 – Reforma da Lei de Execução Penal

Merece destaque especial, por outro lado, o Projeto de Lei do Senado 513/2013, recentemente aprovado pelo Senado Federal, e enviado à Câmara dos Deputados (onde, desde novembro de 2017, tramita como PL 9054/2017), que – contrariamente ao que fazem as propostas avulsas – não só mantém, mas amplia o livramento condicional, parecendo estar muito mais conectado com a realidade do sistema penitenciário nacional.

O PLS 513/2013 conserva o livramento condicional previsto no art. 83 do Código Penal e cria *novas* hipóteses de livramento condicional para "crimes sem violência ou grave ameaça"; nesses casos, se o condenado não tiver "condenação anterior em crime doloso" e apresentar "bom comportamento", o juiz "deverá conceder o livramento quando cumprido mais de 1/4 (um

quarto) da pena, nos casos de condenação a pena menor que 8 (oito) anos; ou cumprido mais de 1/3 (um terço) da pena, nos casos de condenação a pena maior que 8 (oito) anos" (art. 131-A, e incs. I e II). Essa proposta merece encômios, não só por ampliar o livramento condicional, mas também por tornar menos insegura a aferição do requisito subjetivo (limitado ao "bom comportamento") e por empregar a palavra "deverá", tornando induvidoso que o livramento condicional é um direito do condenado que cumpre os requisitos legais. O PLS frisa que:

> [...] *o livramento condicional segue como benefício imprescindível* à *dinamicidade e flexibilidade da execução privativa de liberdade, distinto do regime aberto, em sua natureza jurídica e sua operacionalização prática, sendo seu locus de regulamentação a Lei de Execução Pena*l (item 84, da Exposição de Motivos).

Impõe o PLS, nessas novas hipóteses de livramento condicional, que:

> [...] em qualquer situação, durante a primeira metade do prazo de livramento condicional, o réu cumprirá prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, à razão de 7 (sete) horas por semana, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho (art. 131-A, parágrafo único)

E que uma das condições obrigatórias do livramento condicional passaria a ser "frequentar curso de ensino formal ou profissionalizante" (art. 132, § 1º, *d*); o PLS, de modo bem inspirado, afirma que essas condições representarão "ganho em termos de segurança pública e fiscalização".

Buscando obviar dificuldades elementares do liberado, muitas vezes solto sem recursos, o PLS estabelece que "o preso fará jus ao transporte até a cidade da sua residência nas hipóteses de livramento condicional e de término da pena quando não houver rede pública de transportes que atenda a região do estabelecimento prisional" (art. 12).

Por fim, o PLS ainda estabelece medida inovadora, para evitar procrastinação na decisão quanto ao livramento condicional: "o juiz da execução penal será informado, com 30 (trinta) dias de antecedência, da data de soltura do apenado e das datas de progressão e livramento, sendo que, se até esta data não houver manifestação, a liberação do condenado dar-se-á automaticamente" (art. 107, § 3º).

14. CONCLUSÃO

O panorama atual do livramento condicional aponta no sentido de que, na prática, muitos juízes têm dificultado a concessão do livramento condicional,

interpretando duramente as disposições legais (muitas lavradas em termos genéricos) e, por vezes, formulando exigências ilegais.

As perspectivas, inseridas nos projetos de lei avulsos, são funestas, eis que, calcando-se nos discursos da impunidade e do medo, propõem a ampliação de restrições ao livramento condicional, e simplesmente ignoram a insofismável realidade do sistema penitenciário nacional, sem qualquer tipo de exame do impacto social e orçamentário dessas propostas. Por outro lado, o PLS 513/2013, que ora tramita na Câmara dos Deputados como PL 9054/2017, por ampliar, com responsabilidade, as hipóteses de livramento condicional, apresenta propostas muito mais adequadas para enfrentar a realidade do sistema carcerário nacional.

O abandono do livramento condicional aponta para uma política criminal altamente autoritária, típica de regimes ditatoriais, que abandonam a ideia de ressocialização e de regeneração do preso. Embora, de fato, as ideologias *re-* sejam, de um lado, bastante criticáveis, seu abandono completo é ainda mais nefasto; historicamente, seu abandono levou às piores atrocidades contra pessoas presas. Uma pena criminal calcada na mera incapacitação do preso e no reforço aos valores positivos da sociedade pode levar a resultados terríveis, de recrudescimento ilimitado de poder punitivo. Felipe Lima de Almeida afirma, com razão, que a extinção do livramento condicional, principalmente em virtude do déficit de vagas, deve tornar a situação (ainda mais) desesperadora.[100] Como dizia o juiz francês Pierre Cannat, "salta aos olhos que a liberação só ao fim da pena, não permitindo uma intervenção [no liberado] constitui um modo vicioso de retorno à liberdade, enquanto que a liberação condicional, ao prover as transições necessárias, e permitindo essa intervenção, protege mais, a um só tempo, o condenado e a sociedade".[101]

Pensado, inicialmente, como um mero incidente da execução, o livramento condicional teve sua condição de importante medida de política criminal reforçada pela Parte Geral de 1984[102] e tem extraordinária importância na transição dos egressos do sistema penitenciário. Nossos tribunais têm, todavia, criado grandes entraves à concessão de livramento condicional, formulando, como se procurou mostrar, ao longo do texto, exigências inteiramente ilegais.

100. ALMEIDA, *O anteprojeto do Código Penal*, 2013.

101. CANNAT, Assouplissement de la liberátion conditionell", 1954, p. 785.

102. DOTTI, As novas linhas do livramento condicional, 1985, p. 295 ss.

Essas perspectivas de restrição à concessão de livramento condicional se tornam ainda mais nefastas quando se tem em mente o fato indiscutível de que, no Brasil, os direitos dos presos, embora legalmente instituídos carecem de efetividade. Eventual discussão acerca da diminuição de benefícios legais (tais como o livramento condicional) só legítima no momento em que os direitos dos presos adquirirem efetividade. Ao cabo dessas reflexões sobre o livramento condicional, é difícil esquecer a frase lapidar de *Roberto Lyra*: "*A Justiça só terá tranquilidade e segurança para punir, quando a execução das penas que ela aplica não for mais criminosa que o crime*".

15. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Felipe de Lima. O anteprojeto do Código Penal e a extinção do livramento condicional. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 245, abr. 2013.

BARRY, John Vincent. Pioneers in Criminology – XII. Alexander Maconochie . *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 47, n. 2, p. 145 ss., 1956 .

BRITO, Alexis Couto de. *Execução penal.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRUNO, Aníbal. *Comentários ao Código Penal.* Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. II.

BUSATO, Paulo. *Direito penal*. São Paulo: Atlas, 2013.

CANNAT, Assouplissement de la liberátion conditionelle. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, n. 3, p.785-787, jul.-set. 1954.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, ICPC, 2006.

COSTA, Armando. *Livramento condicional*. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, 1934.

COSTA E SILVA, Antonio José. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil (comentado)*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1938.

DELMANTO, Celso et alli. *Código Penal comentado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

DOTTI, René Ariel. As novas linhas do livramento condicional e da reabilitação . *Revista dos Tribunais*, n. 593, p. 295 ss., mar. 1985.

FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de* Direito Penal: parte geral. 17. ed. rev. e atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FREDERICO MARQUES, José. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1966. v. III.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, s/d. v. I. t. II.

HUNGRIA, Nelson. *Novas questões jurídico-penais*. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1945.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de direito penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACEDO SOARES, Oscar de. *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Garnier, 1907.

MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARLET, José Maria. Contribuição para a avaliação das condições pessoais dos candidatos a livramento condicional enquadrados no parágrafo único do art. 83, do Código Penal . *Revista dos Tribunais*, n. 704, p. 439 ss., jun. 1994.

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

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal*. São Paulo: Atlas, 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1987. v. I.

MOURA TELES, Ney. *Direito penal*. São Paulo: Atlas, 2004. v. I.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal*. São Paulo: Gen, Forense, 2017. v. I.

QUEIROZ, Paulo. *Direito penal*: parte geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ROIG, Rodrigo. *Execução penal: teoria crítica*. São Paulo: Saraiva, 2014.

RUOPOLI-CAYET, *Arnould Bonneville de Marsangy (1802-1894)*: un precurseur de la science criminelle. Paris: L´Harmattan, 2002.

SEVERIANO RIBEIRO, Jorge. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil (comentado)*. Rio de Janeiro: Jacintho, 1941. v. II.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. Livramento condicional e lacuna da lei. *Revista dos Tribunais*, n. 669, p. 399 ss., jul. 1991.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Entre a disciplina e a liberdade: a necessidade de limitação temporal e material da análise do comportamento carcerário como requisito subjetivo do livramento condicional, de Gisela Aguiar Wanderley e Rafael da Escóssia – *RBCCrim* 123/331-360 (DTR\2016\24041);
- I – Livramento condicional, em face do novo direito penal, de Noé Azevedo – *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 6/933-938 (DTR\2012\450395);
- Livramento condicional e lacuna da lei, de Sylvia Helena de Figueiredo Steiner – *RT* 669/399-402 e *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 2/1291-1296 (DTR\1991\138); e
- Livramento condicional, de Rogério Lauria Tucci – *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 6/1093-1112 (DTR\2012\450374).

93629

A violência de gênero e a atuação do Estado entre o "ser" e o "dever-ser": estudo dos termos de compromisso adotados pela polícia judiciária nos casos de violência doméstica contra a mulher

Gender violence and State action between "being" and "should be": study of the terms of commitment adopted by the judicial police in cases of domestic violence against women

Edwar de Alencar Castelo Branco

Pós-Doutor em História pela Universidade de Lisboa (2014). Doutor em História pela Universidade Federal de Pernambuco (2014). Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. Professor Associado na Universidade Federal do Piauí.
edwar2005@uol.com.br

Juliano de Oliveira Leonel

Defensor público. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília (2012). Especialista em Direito penal e processual penal pela Universidade Federal do Piauí (2006). Professor Assistente de Direito Processual Penal na Faculdade Santo Agostinho e no Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais Professor Camilo Filho, é Docente convidado da Escola Superior da Magistratura do Estado do Piauí, da Escola Superior da Defensoria Pública do Maranhão e da Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Piauí.
julianoleonel@hotmail.com

Recebido em: 10.08.2017
Aprovado em: 05.12.2017
Última versão do (a) autor (a): 02.01.2017

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente trabalho reflete sobre o papel que as instituições estatais no Brasil desempenharam na conformação daquilo que, em termos universais, Foucault chamou de *ortopedia social*, fenômeno consistente na emergência da sociedade disciplinar em substituição às sociedades penais. O principal argumento empírico do estudo são os termos de compromisso

Abstract: The present work reflects on the role that the state institutions in Brazil played in the conformation of what, in universal terms, Foucault called "social orthopedics", a phenomenon consisting in the emergence of the disciplinary society in substitution of criminal society. The main empirical argument of the study is the terms of commitment adopted by the judicial

adotados pela polícia judiciária nos casos de violência doméstica contra a mulher, acentuadamente no contexto de emergência da Lei Maria da Penha. A partir da análise de termos de compromisso de ajustamento de conduta realizados por Delegacia Especial da Mulher, na cidade de Timon, no Estado do Maranhão, o trabalho indicou o descompasso existente entre a legislação penal extravagante – no presente caso a Lei Maria da Penha – e a histórica atividade judicante da polícia.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal – Lei Maria da Penha – Violência de gênero – História do direito.

police in cases of domestic violence against women, especially in the context of the emergence of the *Lei Maria da Penha*. Based on the analysis of terms of conduct adjustment carried out by the Special Women's Police Station in the city of Timon, in the State of Maranhão, the work indicated the lack of matching between extravagant criminal legislation – in this case the *Lei Maria da Penha* – and the historical judicial activity of the police.

KEYWORDS: Criminal law – Lei Maria da Penha – Gender violence – History of criminal law.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Os termos de bem viver como primórdios da ação judicante da polícia. 3. A reconfiguração do campo e o desperdício da novidade. 4. Conclusão. 5. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Sublinhemos[1], em princípio, um traço histórico que para o caso brasileiro foi quase sempre balizador da formulação e execução de políticas públicas: a camada social e politicamente hegemônica durante todo o processo de construção do Estado Nacional foi historicamente constituída por homens brancos, ricos e católicos. Disso resultou, como espécie de subproduto da violência *lato sensu* que marcou o soerguimento das instituições nacionais, a violência de gênero como marca distintiva da sociedade brasileira.

Entretanto, em que pese ser esse um traço bastante antigo da formação social brasileira, a violência de gênero, mormente a violência contra as mulheres, continua sendo uma marca do nosso presente. E isso decorre do fato de que, sendo um problema sociológico complexo, a violência doméstica não pode ser reduzida à esfera criminal. Mas, lamentavelmente, em que pese tal demanda vir, desde os anos 1990, sendo concebida como um problema de saúde lastreado nas relações de gênero[2], não fomos ainda capazes de dar o passo de-

1. O presente trabalho contou com apoio do CNPq, por meio da concessão de bolsa de produtividade em pesquisa.

2. Cf. SCHRAIBER, Lilia Blima; D'OLIVEIRA, Ana Flávia; FRANÇA JÚNIOR, Ivan; PINHO, Adriana. Violência contra a mulher: estudo em uma unidade de atenção primária à saúde. *Rev. Saúde Pública* [*on-line*], v. 36, n. 4, 2002. p.470-477.

cisivo no sentido de, nessa matéria, alçarmo-nos para além das questões meramente policiais. Disso resulta que mesmo avanços legiferantes, tais como a Lei 11.340/06, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, tendem a não ultrapassar a esfera penal, o que representa um desperdício de oportunidade para um amplo e eficaz enfrentamento do problema da violência doméstica. Ainda que a referida lei represente:

> [...] um passo significativo para assegurar à mulher o direito à sua integridade física, psíquica, sexual e moral, (...) ao se restringir à penalização dos culpados, abrange apenas uma parte da questão. O risco é que pode levar a um desestímulo à reflexão e à busca de alternativas de transformação das situações de violência vivenciada pelas mulheres. Iniciativas como esta, ainda que fundamentais, devem ser articuladas a outras que garantam informações e reflexões sobre a violência doméstica nos vários espaços onde transitam as mulheres. Isso porque a violência doméstica continua invisível para grande parte da sociedade, apesar do espaço que tem ocupado inclusive na mídia de uns tempos para cá[3].

Fato é que a violência de gênero permanece como marca do presente da sociedade brasileira, mesmo diante de mudanças na maneira pela qual o Estado se posiciona diante da violência doméstica. Os movimentos das mulheres, mormente os movimentos feministas, vêm num crescente, desde o final da década de 1960 e com grande ênfase na década de 1990, procurando interferir politicamente nesse quadro, do que resulta o fato de que atualmente a violência contra a mulher é tratada como um problema social, e não mais apenas como um assunto restrito à esfera privada da família. Dessa forma, a atuação do aparelho policial, com o advento em 2006 da citada Lei Maria da Penha, recebeu especial atenção do legislador, a fim de que a ação policial seja adequada ao novo direcionamento do sistema especial de proteção aos direitos humanos das mulheres.

No entanto, a passagem das intenções legislativas à efetiva prática garantista dos referidos direitos humanos das mulheres tem se revelado problemática, o que, do ponto de vista do presente trabalho, decorre de uma marca da formação histórica da sociedade brasileira, como se verá a seguir.

3. ANDRADE, Clara de J. M; FONSECA, Rosa Maria G. S. Considerações sobre violência doméstica, gênero e o trabalho das equipes de saúde da família. *Revista Escola de enfermagem da USP*, São Paulo, v. 42 n. 3, set. 2008. p. 592.

2. OS TERMOS DE BEM VIVER COMO PRIMÓRDIOS DA AÇÃO JUDICANTE DA POLÍCIA

De origem grega, a palavra polícia advém do termo *politeia,* ligado ao conceito de *polis* grega e apresentando relações semânticas com o termo latino *Civita* – cidade como unidade política. *Politia,* por sua vez, assume o sentido de "governo de uma cidade, administração, forma de governo"[4]. A literatura historiográfica aponta ser possível extrair dessas relações etimológicas e semânticas entre os termos polícia e política ligações entre a ação policial e a incidência sobre essa de uma orientação política, direcionada para a preservação de estruturas de poder e *status* social dominantes, vez que a polícia parece ter sido instituída como um instrumento estatal a serviço do controle de comportamentos considerados "indesejáveis".

Não é outra, por exemplo, a conclusão a que chega Guimarães[5], para quem a polícia sempre esteve atrelada à segurança, não da sociedade como um todo, mas, sim, dos grupos hegemônicos. Assim, o trabalho da polícia era visto como tarefa de baixo nível e impura, em que o único atributo necessário era a força, de forma que a Corporação em atividade pudesse constituir uma barreira física que garantisse a tranquilidade dos grupos a ser protegidos e, com isso, separasse os bons dos maus. Como a atividade policial era considerada um serviço sujo, de 2ª classe, era trabalho para ser executado pelas classes inferiores, em condições precárias e com salários desprezíveis. Por muito tempo, a Instituição Policial foi desprezada pelas classes que privilegiava, e, também, por todos os outros segmentos, que a viam como instrumento de repressão e de violência daquelas.

Cumpre ressaltar que, vistas na longa duração, "as polícias brasileiras nasceram distantes do que, atualmente, pode-se considerar como função policial na preservação da segurança pública"[6]. Do mesmo modo, constata-se que durante o Brasil Colônia não havia estrutura de uma polícia profissional e uniformizada, separada do sistema judicial e das unidades militares, o que terminava por estabelecer uma confusão de fronteiras que dava aos funcionários policiais

4. AMARAL, Luiz Otávio de O. *Direito e segurança pública* – A juridicidade operacional da polícia. Brasília: Consulex, 2003. p. 45.

5. GUIMARÃES, L. A. B. Modelos de polícia: a polícia de proteção ao cidadão/comunidade. *Revista Unidade*, n. 47, 2001. p. 51.

6. SALES, L. M. de M.; ALENCAR, E. C. O. de; FEITOSA, G. R. Mediação de conflitos sociais, polícia comunitária e segurança pública. *Sequência. Revista do curso de pós-graduação em Direito da UFSC*, ano XXVIII, n. 58, jul. 2009. p. 283.

"o controle judicial sobre os crimes menores"[7]. Na realidade, na estrutura do Brasil colonial, que aderiu ao modelo policial medieval português, reuniram-se as funções de polícia e de judicatura de maneira complementar[8].

No início do século XIX, com a vinda da família real para o Brasil e com a consequente militarização da Corte, exigida pela necessidade de ser estabelecida uma rede de comando no centro da colônia, que abruptamente se tornava sede da monarquia portuguesa, tem início uma série de alterações na estrutura policial, com a criação, inclusive, da Guarda Real de Polícia, por Dom João VI, em 1809[9]. No entanto, o aparato policial permanecia ainda a serviço das elites, direcionado para a manutenção do sistema escravocrata e, com isso, para a conservação da submissão da população escrava, repressão das fugas e recaptura dos cativos mais fugidios.

De 1808 a 1827 as funções policiais e judiciárias mantiveram-se cumulativamente ocupadas, sendo que no Brasil Independente, de 1822, permaneceu inalterada a base social, fundamentalmente escravocrata e baseada na posse da terra.

Por essa época, diversas atribuições policiais foram consignadas aos juízes de paz, considerados, em princípio, autoridades policiais do Império, conforme a lei Orgânica Imperial de 1827[10]. Com a criação do Código de Processo Criminal do Império, em 1830, ocorreria em paralelo uma descentralização da organização policial, conferindo atribuições policiais aos juízes municipais. O Código de Processo Criminal do Império também ampliava os poderes dos juízes de paz, aos quais passaria a ser atribuída competência para prender e julgar pessoas acusadas de cometer pequenas infrações[11].

Em 1841, no início do Segundo Reinado, a Lei Imperial 261/1841 alteraria o Código de Processo Criminal, instituindo em cada província a figura do chefe de

7. HOLLOWAY, Thomas H. *Polícia no Rio de Janeiro*: repressão e resistência numa cidade do século XIX. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997. p. 43.
8. Cf. SCHWARTZ, Stuart. B. *Burocracia e sociedade no Brasil Colonial*: a Suprema Corte da Bahia e seus juízes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
9. Cf. NEVES, Genival S. das. *A presença da policial feminina com características afro-descendentes na polícia militar da Bahia*. Salvador, Programa de Pós-Graduação em Estudos Étnicos e Africanos, UFBA, 2008.
10. Cf. VIEIRA, R. M. *O juiz de paz*: do Império aos nossos dias. Brasília: Editora da UnB, 2002. p. 217.
11. Cf. FLORY, T. *El juez de paz y el jurado en el Brasil imperial*. México: Fondo de Cultura Económica, 1986.

polícia, nomeado pelo Ministro da Justiça, criando-se, assim, os cargos de delegado e subdelegado em paróquias e em municípios. Disso, por sua vez, decorreria a absorção da maioria das atribuições policiais dos juízes de paz.

Especificamente em relação às atribuições dos Juízes de Paz o Código de Processo Criminal do Império trazia a seguinte previsão:

> Art. 12. Aos Juizes de Paz compete:
>
> § 1º Tomar conhecimento das pessoas, que de novo vierem habitar no seu Districto, sendo desconhecidas, ou suspeitas; e conceder passaporte ás pessoas que lh'o requererem.
>
> § 2º Obrigar a assignar termo de bem viver aos vadios, mendigos, bebados por habito, prostitutas, que perturbam o socego publico, aos turbulentos, que por palavras, ou acções offendem os bons costumes, a tranquillidade publica, e a paz das familias. (Grifou-se).
>
> § 3º Obrigar a assignar termo de segurança aos legalmente suspeitos da pretenção de commetter algum crime, podendo cominar neste caso, assim como aos comprehendidos no paragrapho antecedente, multa até trinta mil réis, prisão até trinta dias, e tres mezes de Casa de Correcção, ou Officinas publicas.
>
> § 4º Proceder a Auto de Corpo de delicto, e formar a culpa aos delinquentes.
>
> § 5º Prender os culpados, ou o sejam no seu, ou em qualquer outro Juizo.
>
> § 6º Conceder fiança na fórma da Lei, aos declarados culpados no Juizo de Paz.
>
> § 7º Julgar: 1º as contravenções ás Posturas das Camaras Municipaes: 2º os crimes, a que não esteja imposta pena maior, que a multa até cem mil réis, prisão, degredo, ou desterro até seis mezes, com multa correspondente á metade deste tempo, ou sem ella, e tres mezes de Casa de Correcção, ou Officinas publicas onde as houver.
>
> § 8º Dividir o seu Districto em Quarteirões, contendo cada um pelo menos vinte e cinco casas habitadas.

Nota-se que o Código de Processo Criminal do Império fez emergir, como instrumento ao mesmo tempo de controle e de disciplina social, os "termos de bem viver", os quais deveriam ser adotados diante de delitos então tidos como menos gravosos. Mas o que deve ser ressaltado, em relação aos "termos de bem viver", é menos o espectro delituoso que eles deveriam abarcar e mais os próprios termos como parte de um amplo processo de apossamento do aparelho judiciário pelas elites imperiais.

Uma nação necessitava ser erigida sobre os escombros de um passado colonial que precisava ser esquecido e superado. Instaura-se, então, uma

incongruência entre uma nação povoada, imagem abstrata de um povo, e um aparelho jurídico policial que, por necessitar atender às necessidades da elite imperial, terá que ser erigido como um estranho ao povo[12].

Nesse processo de estranhamento entre a população e o aparelho judiciário serão indispensáveis práticas discursivas que, antes mesmo da criação da lei e como forma de justificá-la, naturalizam certos jargões, tais como "vadiagem", "sossego público", "boas famílias" etc. Com esse processo de naturalização dos sujeitos "vadios" e ao mesmo tempo de estabelecimento do "outro" desses vadios – as boas famílias, o sossego púbico etc. –, a elite imperial arremata o processo histórico de apossamento do cotidiano das pessoas, dando forma a um amplo processo de controle e disciplina social. Fenômeno histórico, aliás, que não é exclusivo da formação social brasileira, pois, como aponta Foucault[13], "em fins do século XVIII e início do século XIX a sociedade contemporânea merece o nome de sociedade disciplinar devido à reforma, e à organização do sistema judiciário e penal nos diferentes países da Europa e do mundo".

Eis em que, juridicamente falando, consistiam os termos de bem viver:

> Documentos processuais expedidos pela "polícia" do Império contra aqueles indivíduos encontrados fora de certo padrão de tolerância, exigido pelo Código do Processo Criminal de 1832. Estes processos não diziam respeito às infrações consideradas criminosas, eram essencialmente normatizadores da ordem pública, portanto, podia-se fazer prender no caso da reincidência da sua assinatura[14].

Como se percebe, os termos de bem viver eram um instrumento preventivo, sancionatório e coercitivo, utilizado para "corrigir vadios, mendigos, bêbados por vício e outras pessoas sem ocupação definida que perturbassem o sossego público"[15] com atos que agredissem os costumes e a paz das boas famílias. Em caso de desobediência os compromissados sujeitavam-se a diversas penas, todas cominadas na Lei Imperial 261 e em regulamentos específicos.

12. Cf. Martins, Eduardo. Os termos de bem viver: discurso da vadiagem no Império do Brasil. *Revista de Divulgação Cultural: RDC*, Blumenau, Universidade Regional de Blumenau, v. 14, n. 44, p. 61-69, abr.-jul. 1991.
13. FOUCAULT, M. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 2013. p. 79.
14. MARTINS, Eduardo. *Os pobres e os termos de bem viver*: novas formas de controle social no Império do Brasil. Dissertação de Mestrado, Assis, Faculdade de Ciências e Letras da UNESP, 2003. p. 95.
15. VIEIRA, R. M. *O juiz de paz*: do Império aos nossos dias. Brasília: Editora da UnB, 2002. p. 220.

Tais termos podiam ser celebrados por ato de ofício ou por queixa particular. Os termos instaurados de ofício eram escritos pelo escrivão, assinados pelo juiz, pelas testemunhas e partes – conforme comando do art. 130 do Código de processo criminal – e lavrados em livro especial destinado a esse fim, existente no Juízo de Paz[16]. Já na hipótese do termo aberto por queixa particular, a par da divergência, predominava o entendimento de que quem fosse perturbado por mendigos, vadios, bêbados e sem ocupação poderia apresentar petição ao juiz de paz, sendo o procedimento subsequente similar ao lançado de ofício.

Historicamente, por conseguinte, os termos de compromisso eram mecanismos de controle social que deveriam incidir sobre "vidas desqualificadas", pois, embora pretextassem prevenir crimes, a sua real finalidade era a de controlar camadas sociais. Afigura-se-nos, portanto, que a repressão policial, em diferentes momentos, foi muitas vezes institucionalizada como reflexo das perversões da realidade social.

Ao longo de nossa história, é inegável que as leis penais e a atividade policial funcionaram como mecanismos de controle sobre a força de trabalho, incidindo sobre determinados grupos sociais, cujos comportamentos poderiam comprometer a ordem estabelecida. Além do mais, a atividade policial quase sempre foi pautada pela desigual distribuição de poder e de riquezas, refletida na forma pela qual o Estado tratava ou destratava os indivíduos.

Thomas H. Holloway assevera que a Polícia representa "[...] uma das instituições fundamentais do mundo moderno, através da qual o poder do Estado invadiu o espaço público para controlar e dirigir o comportamento das pessoas.[17]" Dessa forma, é inegável a importância da Polícia para a preservação de práticas sociais toleradas e necessárias para a manutenção das diversas hierarquias e desigualdades sociais.

Converge no mesmo sentido a proposição de Foucault, para quem "o controle dos indivíduos, essa espécie de controle penal punitivo dos indivíduos, não pode ser efetuado pela própria justiça, mas por uma série de outros poderes laterais, à margem da justiça, como a polícia"[18].

Essa função policial de "adequação de comportamentos" efetivou-se, principalmente, por meio dos termos de compromisso, utilizados como instrumental definidor das condutas avaliadas como "próprias (ou impróprias),"

16. VIEIRA, R. M. *O juiz de paz*: do Império aos nossos dias. Brasília: Editora da UnB, 2002. p. 221.

17. HOLLOWAY, Thomas H. *Polícia no Rio de Janeiro*: repressão e resistência numa cidade do século XIX. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997. p. 19.

18. FOUCAULT, M. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 2013. p. 87.

visto que o indivíduo, submetido ao controle, deveria comprometer-se a atender a determinados padrões de comportamento, sob pena de ser preso sem necessidade de respeito a maiores garantias processuais, ou mesmo, que se configurasse afronta a tipos penais especificamente previstos.

A título de exemplo, um ébrio em local público, por estar supostamente perturbando a ordem, seria conduzido à presença da autoridade policial e liberado somente mediante assinatura do termo de ajuste de conduta, no qual reconheceria sua "má conduta", comprometendo-se a não repeti-la. Em caso de repetição, caberia a privação da liberdade através da prisão.

Essa atuação da polícia evidenciava, dessa forma, um instrumento de controle social e de costumes sobre os mais pobres por meio do regramento do comportamento dos indivíduos nas suas relações privadas, para tanto adotando os termos de bem viver como expediente de controle da mobilidade dos pobres livres. Não é outra, por exemplo, a conclusão de Koerner[19] para quem os citados termos visavam à obtenção de "promessas de bom comportamento, relacionadas à sua vida conjugal, a problemas de vizinhança, aos conflitos de mercado, em torno da propriedade de pequenos valores e outros".

Tais ações policiais centravam-se nos homens acusados de vadiagem, de perturbação da ordem social e da paz das famílias, bem como nas ditas "prostitutas escandalosas" que violavam a discrição necessária ao exercício da profissão e, como os demais de comportamentos impróprios, deveriam assinar termos de bem viver, comprometendo-se a se adequar ao papel social destinado às mesmas[20].

Assim, a utilização desses termos de compromisso, quando a atuação policial recaía sobre as mulheres, visava ao domínio dos costumes e à imposição de adequação ao papel social e cultural esperado para as mulheres, durante o Império e parte da República. Tratava-se, portanto, mais do que de um regulamento social, de uma prescrição social. O ambiente policial não existia, à época, para as mulheres, quando vítimas de violência no espaço doméstico. Tais situações não eram consideradas como assunto de polícia, passível da intervenção do Estado, mas como assuntos que seriam "pacificados" no âmbito doméstico. A presença das mulheres no espaço público/policial sobrevinha apenas em alguns casos, em particular, na hipótese de prostituição[21].

19. KOERNER, A. *Habeas corpus, prática judicial e controle social no Brasil*. São Paulo: IBCCrim, 1999.

20. KOERNER, A. Habeas corpus, *prática judicial e controle social no Brasil*. São Paulo: IBCCrim, 1999. p. 33.

21. KOERNER, A. Habeas corpus, *prática judicial e controle social no Brasil*. São Paulo: IBCCrim, 1999. p. 47.

3. A RECONFIGURAÇÃO DO CAMPO E O DESPERDÍCIO DA NOVIDADE

Antes da entrada em vigência da Lei Maria da Penha, como reflexo da demonstrada atividade judicante que marca a ação policial brasileira desde o processo histórico de formação do Estado Nacional, era comum nos Distritos Policiais, após o registro da ocorrência, a autoridade policial designar uma audiência para fins de "pacificação e preservação da família", por meio de assinatura de termos de compromisso. A isso se soma o fato de que, até meados de 2006, os crimes cometidos contra mulheres, em sua maioria, eram tidos como crimes de menor potencial ofensivo, o que tornava possível a sua apuração por meio de procedimentos informais e com a utilização de institutos despenalizadores, tais como a composição civil e a transação penal, por força da Lei dos Juizados Especiais – Lei 9.099/95.

Esse quadro seria profundamente alterado a partir daquele ano de 2006, quando, por meio da Lei 11.340/2006, reconhecendo o legislador a complexidade da violência contra a mulher, foi instituída uma política integrada de atendimento composta por três eixos: prevenção, assistência e repressão.

Ressalte-se, prefacialmente, que até 2006 o Brasil, diversamente de 17 outros países da América Latina, não dispunha de legislação específica a respeito da violência contra a mulher. Até então, aplicava-se, para a maioria dos casos de violência doméstica, a Lei 9.099/95, que disciplinou os Juizados Especiais Criminais e definiu as chamadas infrações de menor potencial ofensivo, consistentes em crimes de menor relevância.

A referida ausência de leis específicas para o enfrentamento da violência contra a mulher afrontava aquilo que, no início dos anos 1990, fora convencionado no âmbito da "Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher", subscrita por países-membros da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, na cidade de Belém do Pará em 1994 e que passou à história com a alcunha de "Convenção de Belém do Pará". Diante da citada omissão legislativa do Estado brasileiro, adveio a condenação internacional do Brasil pelo Sistema Interamericano de proteção aos Direitos Humanos[22], o que acabou por culminar na edição da Lei Maria da Penha.

22. Em 2001, de forma inédita, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos condenou o Estado brasileiro por negligência e omissão em relação à violência doméstica, com fundamento na violação, pelo Estado, dos deveres assumidos em virtude da ratificação da Convenção de "Belém do Pará", a qual recomendava o prosseguimento e intensificação do processo de reforma legislativa, a fim de romper com a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra a mulher.

A análise da Lei Maria da Penha permite assinalar sete inovações que, ao menos idealmente, reconfiguraram o complexo campo da violência doméstica contra a mulher:

(i) mudança paradigmática consistente na inabilitação da lei dos juizados especiais para o enfrentamento dos crimes de violência contra a mulher. Nesse particular, a extensão da pena deixou de ser critério para a definição da gravidade do crime, conforme comando do artigo 41 da nova lei, que textualmente determina que "aos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995";

(ii) instauração da perspectiva de gênero como critério para a intelecção dos delitos de violência doméstica e familiar contra a mulher, inclusive com a previsão de criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher;

(iii) incremento da ótica repressiva, rechaçando penas de natureza pecuniária nos casos de violência contra a mulher e, bem como a substituição da pena que implique no pagamento isolado de multa;

(iv) contemplação de uma ótica preventiva, integrada e multidisciplinar, por meio de um conjunto articulado de ações da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e de ações não governamentais;

(v) harmonização do direito interno com aquilo que fora convencionado na citada Convenção de "Belém do Pará";

(vi) reconfiguração, no âmbito legal, do conceito de família, ampliando-o de modo a alcançar a livre orientação sexual;

(vii) estímulo à criação e integração de bancos de dados sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Como se pode ver, a Lei Maria da Penha representou um significativo avanço no campo legislativo, mormente erigindo e articulando os três eixos anteriormente mencionados – prevenção, assistência e repressão. Entretanto, como se sabe, a lei não altera a realidade social por si só. Ela apenas potencializa novas condições existenciais. Faz-se mister, para a efetividade da lei, que as forças sociais, as quais se transmutam em forças políticas justamente no processo de constituição das normas de coexistência social, mobilizem-se no sentido da efetivação daquilo que a lei estabelece como norma e potencializa como devir social.

No caso da Lei Maria da Penha, em que pese a demonstrada redefinição do campo normativo, pode-se aventar a um desperdício da novidade, à medida que, na prática, a rotina nas delegacias da mulher permaneceu inalterada.

Para efeito da afirmação apresentada foi desenvolvido estudo de caso tomando como argumento empírico os Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) firmados em delegacias da cidade de Timon, Estado do Maranhão, em fevereiro de 2015. Supôs-se, para a definição desse universo empírico, que, decorrida quase uma década da edição da lei, a análise dos TAC, tomados em termos de seu incremento ou de sua diminuição, ofereceria adequada resposta à indagação sobre o impacto da Lei Maria da Penha nas ocorrências de violência doméstica contra a mulher e, bem como, sobre eventuais mudanças nas práticas policiais.

Por outro lado, a cidade de Timon – conglomerado urbano com mais de 200.000 habitantes situada na região da Grande Teresina, no Piauí – apresenta altos índices de violência doméstica, figurando com o terceiro maior índice de assassinatos de mulheres no Maranhão, segundo dados da Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República (SPM-PR).

Do estudo realizado resultou a constatação de que persiste, na prática policial, a utilização dos termos de compromisso, os quais, registre-se, não mais estão previstos no Direito positivo, sendo originários do Código de Processo Criminal do Império, quando, conforme demonstrado, eram utilizados para ajustar o comportamento de vadios, mendigos, bêbados habituais e prostitutas escandalosas que atentassem contra o sossego público, os bons costumes e a paz das famílias.

Preliminarmente à análise, propriamente, dos Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta, registre-se que dentro da estrutura especializada da Polícia Civil, órgão integrante do Sistema de Segurança Pública de cada unidade da Federação, existem as DEAM[23], as quais são responsáveis pelas "ações de prevenção, registro de ocorrências, investigação e repressão de atos ou condutas baseadas no gênero que configurem crime e infrações penais cometidos contra mulheres em situação de violência", conforme preceitua Norma Técnica de Padronização das Delegacias Especializadas de Atendimento às Mulheres, editada em 2006 e atualizada em 2010. Tal norma estabelece que o "atendimento deve ser conduzido por profissionais policiais previamente capacitados em violência de gênero e doméstica contra a mulher", além de prever a oferta de cursos aos profissionais de segurança pública.

Tal matéria foi objeto de apreciação no âmbito do processo legislativo que culminou na Lei Maria da Penha, do que resultou disciplina trazida por essa lei e segundo a qual existem princípios básicos que devem orientar a atuação das DEAM. Entre tais princípios destacam-se a primazia dos direitos humanos,

23. Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher.

a igualdade, a não discriminação o direito a uma vida sem violência, o atendimento integral e a celeridade no acesso à justiça.

A citada Norma Técnica de Padronização das Delegacias Especializadas de Atendimento às Mulheres também prevê que essas unidades distritais especializadas devem funcionar em horário ininterrupto e possuir profissionais capacitados em número suficiente para prestar atendimento de qualidade aos usuários, realizando acompanhamento individualizado em cada caso. Idealmente, segundo prevê a norma, numa cidade de até 100.000 habitantes uma DEAM seria composta de dois delegados(as), 21 agentes, dois apoios e um auxiliar de serviços gerais.

Estabelece também a normatização técnica que tais unidades distritais precisam dispor de equipamentos (comunicação, transporte, armamento, informática e diversos), mobiliários (com sinalização adequada dos ambientes, móveis funcionais que atendam às necessidades das atividades desenvolvidas e que ofereçam conforto aos servidores e às mulheres que venham efetuar seus registros) e de um espaço físico com instalações amplas, com fachadas iluminadas e sinalizadas, além de acessibilidade, devendo contar, no mínimo, com oito áreas: área de recepção, composta de duas salas, sendo uma para espera do agressor e outra da vítima; área de registro, composta de cartório, sala de espera e sala de registro de ocorrências; área de assistência judiciária, composta de duas salas, uma para advogados e outra para espera; área para equipe técnica, que deve ter três salas, sendo uma para equipe de investigação, uma para comunicação e outra para reconhecimentos (com espelho Gesell); área para coordenação com três salas, sendo uma para delegados, uma para espera e outra para reunião; área de apoio, composta de quatro salas (almoxarifado, estar dos servidores, equipamento de proteção e armamento, e detenção provisória) e uma copa-cozinha; áreas comuns (dois estacionamentos de veículos – público geral e viaturas, banheiros, vestiários e alojamentos masculinos e femininos, sala de audiência, sala de reuniões e uma sala específica para crianças).

Relativamente a esse aspecto – recursos materiais, humanos e intelectuais para as delegacias especializadas da mulher, é bastante interessante a opinião de Wania Pasinato, pesquisadora do Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo/NEVUSP e autora de vários artigos relacionados à violência contra as mulheres e a implementação da Lei Maria da Penha. Em 2002, antes da implementação da Lei Maria da Penha, a especialista emitia a seguinte opinião sobre as Delegacias de Defesa da Mulher (DDM):

> Parece ser unânime entre os diferentes setores da sociedade – militantes feministas, estudiosos do tema, políticos, operadores do direito – o reconhecimento

> de que essas delegacias deram visibilidade ao problema da violência contra a mulher, garantindo-lhe *status* de problema social e público, em contraposição ao caráter pessoal e privado que lhe era atribuído anteriormente. Apesar desse reconhecimento, coloca-se atualmente uma série de questionamentos a respeito do funcionamento e das práticas adotadas nas DDM, seja quanto à carência de recursos humanos e materiais – problema comum a toda a organização policial – seja quanto à capacitação dos profissionais para que realizem o atendimento e acolhimento das denúncias, de modo que essa não seja uma tarefa apenas burocrática de registro, mas permita às mulheres conhecer seus direitos e os mecanismos para que sejam respeitados[24].

Em 2011, após a entrada em vigência da Lei Maria da Penha, atestou Pasinato que, diante do aumento de atribuições da polícia em decorrência da implementação da lei, esperava-se dos governos estaduais um comprometimento no sentido de realizarem:

> [...] investimentos criando melhores condições de funcionamento para as delegacias de polícia, em especial para as DEAMS. Estas reformas deveriam incluir mudanças de infraestrutura, melhoria nos recursos materiais e técnicos, melhor gestão de recursos humanos e capacitação para o trabalho [...]. A pesquisa nas 40 DEAMS em funcionamento nas capitais mostrou que esse comprometimento do poder público, na maior parte das vezes, não ocorreu ou vem ocorrendo de forma tímida e com resultados pontuais. As DEAMS enfrentam muitas limitações em seu funcionamento, com problemas relacionados à inadequação da infraestrutura e limitações de recursos materiais e técnicos e baixa qualificação dos recursos humanos[25].

Constata-se, portanto, a partir da leitura do excerto transcrito, que, em que pese a geral expectativa de que a Lei Maria da Penha, ao redefinir o campo normativo da violência doméstica contra a mulher, reconfigurasse também as práticas de gestão do campo, mormente a atividade policial, o que se constata, segundo a mesma especialista, é a persistência de um quadro em que:

> [...] o atendimento se baseia no senso comum que não reconhece a violência contra a mulher como violação dos direitos humanos e não percebe os

24. PASINATO, Wânia Pasinato. Delegacias de Defesa da Mulher e Juizados Especiais Criminais: contribuições para a consolidação de uma cidadania de gênero. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 40, 2002. p. 283.

25. PASINATO, Wânia. Avanços e obstáculos na implementação da Lei 11.340/2006. In: CAMPOS, Carmem H de. *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 125.

> desafios que são enfrentados pelas mulheres para sair da situação de violência, persistindo uma distância muito grande entre os conteúdos programáticos e a prática policial[26].

É à luz desses pressupostos conceituais que se passa, agora, à análise dos termos de compromisso de ajustamento de conduta realizados por Delegacia Especial da Mulher, na cidade de Timon, no Estado do Maranhão. Foram coletados, durante o mês de fevereiro de 2015, 28 termos de compromisso.

Para a realização da análise foram metodologicamente adotadas sete variáveis, de maneira que a suposta implementação da Lei Maria da Penha foi investigada (i) quanto à assistência jurídica, (ii) quanto à presença de testemunhas, (iii) quanto à descrição fática das ocorrências, (iv) quanto à tipificação legal, (v) quanto à autoridade responsável pela celebração dos termos de compromisso, (vi) quanto à identificação do agressor e da vítima e (vii) quanto à natureza dos compromissos.

Relativamente ao primeiro aspecto, no momento de celebração dos termos de compromisso foi considerada relevante a presença ou não de advogado/defensor público, a fim de perquirir sobre a importância e solenidade conferida a esses procedimentos, a existência da devida assistência técnica às partes envolvidas, da presença de alguém capaz de averiguar a adequação do procedimento policial adotado, assim como o resguardo das garantias processuais dos envolvidos e, mesmo, da observância do disposto no art. 28 da Lei Maria da Penha, sobre o direito da vítima de ser assistida por profissional do Direito, desde a seara policial. Dos 28 termos de compromisso analisados, em nenhum foi constatada a presença de advogado/defensor público no ato de sua confecção.

Pode-se inferir que a ausência desses profissionais (advogado/defensor público) é proposital, vez que o procedimento realizado pela polícia, denominado "termo de compromisso de ajustamento de conduta," carece de supedâneo jurídico e ainda desrespeita a legislação pertinente, afrontando a Lei 11.340/06, que preceitua os procedimentos policiais a serem seguidos após o registro da ocorrência e, em momento algum, prevê a prerrogativa do Delegado de Polícia em tratar do interesse da vítima de violência de forma "simplificada."

Quanto à presença de testemunhas, tomou-se essa variável como relevante para a aferição da formalidade conferida ao ato de firmamento dos termos,

26. PASINATO, Wânia. Avanços e obstáculos na implementação da Lei 11.340/2006. In: CAMPOS, Carmem H de. *Lei Maria da Penha Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 131.

supondo indispensável a presença de alguém capaz de atestar perante terceiros a existência de tais procedimentos.

Dos 28 termos de compromisso analisados, em apenas três se deu a constatação da presença de testemunha no ato de sua confecção. Conclui-se, diante desse dado, que a ausência de testemunha contribui para tornar invisíveis os termos de compromisso, favorecendo a subestimação de suas repercussões sociais e, por consequência, enrijecendo o campo e o prevenindo contra eventuais avanços, tais como aqueles preconizados pela Lei Maria da Penha.

A descrição dos fatos, por sua vez, na sistemática prevista pela legislação penal e processual penal é requisito mínimo para a elaboração de qualquer documento que se destine a representar o registro de uma conduta criminosa. Até porque, no campo do Direito, uma descrição fática, relatando as especificidades de cada uma das hipóteses de violência noticiadas é o que poderá ensejar um atendimento policial especializado e a adoção dos procedimentos jurídicos pertinentes à situação.

No entanto, observou-se que dos 28 termos analisados, nenhum traz a descrição dos fatos. Assombrosamente, a autoridade policial não fez constar no registro das ocorrências dados relevantes e elementares, tais como o parentesco do autor do fato com a vítima, a natureza das agressões praticadas, a existência de vestígios materiais, os meios de execução, as consequências do crime, entre outros.

Quanto à tipificação legal, o critério adotado para a análise disse respeito à adequação típica da conduta, ou seja, à subsunção do fato à norma. Nesse particular, conforme se depreende dos 28 termos de compromisso analisados, nenhum possui a tipificação da conduta, demonstrando tratar-se de meros formulários padronizados em que a alteração verificada se subsume à identificação do agressor e da vítima. Aliás, os formulários verificados não demonstram, sequer, espaço físico para a descrição esmiuçada no caso concreto.

A autoridade policial, ao adotar esse procedimento, demonstra o desejo de livrar-se rapidamente da presença incômoda da mulher no ambiente policial, exclamando a condição de vítima. Em vez de iniciar o procedimento criminal – em regra, com a abertura do Inquérito Policial – contra o agressor, coleta em um formulário genérico um compromisso que, se descumprido, não possibilita o prosseguimento da apuração da violência e formalização do procedimento policial previsto em Lei, perante a ausência de descrição fática e de capitulação jurídica.

Assim, a própria polícia atua no sentido de impedir ou, no mínimo, dificultar a adoção de providências pela vítima no sentido de futuramente responsabilizar judicialmente o agressor, principalmente em caso de descumprimento dos termos. Além disso, o comportamento da autoridade policial em não registrar

os fatos e o enquadramento legal da conduta evidencia que essa autoridade está a contribuir, deliberadamente ou não, para a ocultação da violência e, por consequência, para o afastamento da intervenção do judiciário, do Ministério Público e de advogados/defensores públicos, contrariando expressas disposições e o próprio espírito da Lei Maria da Penha. Essa situação acaba por colher como resultado a desqualificação da agressão sofrida pelas mulheres e o comportamento tolerante da polícia, mesmo diante do tratamento penal mais severo e formal estabelecido pela Lei Maria da Penha.

Relativamente à autoridade responsável pela celebração dos termos de compromisso, dos 28 termos analisados constata-se que a autoridade policial, em regra um delegado de polícia, foi o responsável pela celebração em todos eles, conforme se atesta pelas assinaturas.

A esse respeito a Lei Maria da Penha preceitua, em seu art. 12, que o procedimento a ser adotado pela autoridade policial em casos de violência doméstica e familiar contra a mulher deveria ser iniciado com as declarações da vítima e com o registro do boletim de ocorrência, seguido pela realização de exame de corpo de delito, oitiva de testemunhas e do agressor, coleta da representação, pedido das medidas protetivas de urgência no prazo de 48 horas e encaminhamento, no prazo legal, do Inquérito Policial ao juiz e ao Ministério Público.

Nenhum dispositivo da Lei Maria da Penha ou do Código de Processo Penal prevê a realização de termos de compromisso ou de procedimento similar pela autoridade policial. Portanto, ao iniciar uma audiência para a realização dos respectivos termos, o delegado de polícia desobedece completamente ao procedimento estabelecido no mencionado art. 12 da Lei Maria da Penha, não instaurando o Inquérito Policial quando faticamente encontra-se diante da ocorrência de um fato delituoso.

Quanto à quinta variável – identificação do agressor e da vítima – trata-se de aspecto relevante porque demonstra que, se descumprido o pactuado nos legalmente desamparados termos, haveria ou não condição de prosseguir na *persecutio criminis*. Dos 28 termos analisados, constatou-se que a identificação procedida pela autoridade policial é, em regra, incompleta. Identificaram-se termos nos quais não se tem sequer o endereço do agressor. Em cinco dos 28 termos analisados estão ausentes os números do Registro Geral (RG) dos agressores. E o desleixo chega ao ponto de em apenas um dos termos a autoridade policial ter feito constar o Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) do agressor.

Das inadequações constatadas pode-se inferir que, em muitos casos, inexistirá a possibilidade de a autoridade policial localizar a vítima, meses depois, para indagar acerca da efetividade ou não do compromisso firmado na delegacia de polícia.

A análise dos 28 termos nos permite apontar, portanto, a permanência da estrutura de dominação masculina, a despeito do avanço legislativo. E essa permanência, como já foi percebido, termina por apagar a mulher como sujeito social, pois trata-se, tal permanência, de uma:

> [...] opressão como forma de 'invisibilização' [que] traduz uma recusa à existência legítima, pública, isto é, conhecida e reconhecida, sobretudo pelo Direito, e por uma estigmatização que só aparece de forma realmente declarada quando o movimento reivindica a visibilidade[27].

Além dessa "invisibilização" da mulher, é possível que a própria vítima, após a percepção da ineficácia do procedimento realizado na delegacia, possa sentir-se desestimulada a retornar para comunicar a ocorrência de novos casos de agressão, à consequente e natural descrença quanto à eficácia da ação policial para protegê-la.

Relativamente ao conteúdo dos termos e ao modo como vincula as partes – agressor e vítima – verifica-se, nos 28 termos analisados, que os compromissos foram firmados tanto pelo agressor quanto pela mulher vitimizada, a qual procurou a autoridade policial para relatar a violência doméstica, a fim de que se respeitem, vivam em harmonia e paz, sem ofensas morais, ameaças, agressões físicas, atentados à dignidade humana, à honra e à intimidade dos compromissados e de seus familiares.

A autoridade policial, por sua vez, desconsiderando o delito praticado contra a mulher, fez com que os envolvidos firmassem determinado compromisso desprovido de relação com a situação de violência que motivou a ida da mulher ao distrito, consolidando, dessa feita, sua revitimização[28]. Ora, pelo termo que, repita-se, não tem amparo legal, a mulher, que foi vítima de violência doméstica, contraditoriamente é conduzida a assumir um pacto de não mais agredir/ofender aquele que lhe agrediu/ofendeu. Nada mais contraditório e paradoxal. Ademais, o termo de compromisso é um formulário-padrão que se repetiu nos 28 termos analisados, independentemente do crime praticado, ou seja, sem nenhuma conexão com o caso concreto e com a realidade fática. No limite, tal situação representa um evidente desperdício da novidade do avanço potencial oportunizado pela Lei Maria da Penha.

27. BOURDIEU, P. *A dominação masculina*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011. p. 143-44.

28. Na doutrina pátria o termo é utilizado para nomear dano secundário decorrente da intervenção de profissional.

4. Conclusão

É inegável que a autoridade policial – delegado –, sendo Bacharel em Direito e tendo ingressado na carreira por meio de concurso público, detém considerável conhecimento do aparato legal e, por consequência, ciente está de que os documentos que elabora – tais como os analisados termos – não possuem validade jurídica alguma e de que, caso sejam descumpridos, não será possível instaurar o devido procedimento policial, impor sanção ao transgressor, ou mesmo obrigá-lo a passar a cumprir o que foi estabelecido.

Assim, a desigualdade entre os gêneros, considerada pela Lei Maria da Penha, encontra resistência nas práticas que integram a seara de aplicação da lei, entre elas, a policial, pois mesmo ciente da disciplina fixada pela Lei Maria da Penha, a autoridade policial elege os termos de compromisso como instrumento "adequado" para apurar o fato delituoso noticiado e reprimir a conduta violenta. Ao assiná-los, perante o agressor e a vítima, induz as partes a acreditar que o acordo celebrado tem validade jurídica, simulando-se a existência, a partir daquele instante, de um documento com força de título executivo e, como tal, a mulher, em especial, é induzida a crer que o desrespeito ao termo acarretará diversas sanções processuais, ou, mesmo, que resguardam o direito de, posteriormente, requerer a instauração do procedimento policial apto para desencadear a aplicação da sanção penal, na esfera judicial.

Conclui-se que, do ponto de vista legal, não poderia a autoridade policial encerrar preliminarmente a apuração de qualquer fato criminoso, ainda que fosse crime de menor potencial ofensivo. Com maior razão, não poderia encerrar em uma audiência com a lavratura de "Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta" a investigação de fato criminoso praticado contra a mulher vítima de violência doméstica e familiar, quando teria o dever legal e constitucional de agir estabelecido no art. 144, IV e § 4º da Constituição Federal; no art. 12 e seguintes da LMP; e no art. 5º e seguintes do CPP.

Mas o levantamento demonstrou que os impedimentos legais anteriormente referidos são ignorados e que dessa ignorância resulta todo um desperdício da novidade potencializada pela edição da Lei Maria da Penha. Esse dado, por sua vez, demonstra que a questão da violência de gênero, no Brasil é uma questão histórica, com raízes fincadas no próprio processo de formação da sociedade brasileira e que seu enfrentamento demanda o engajamento de entes estatais, paraestatais e, especialmente, da sociedade.

Somente assim, à luz do que se poderia imaginar ser uma sociedade pacificada em torno de um heterogênero como argumento conceitual capaz de quebrar a lógica da hegemonia do par heterossexual, talvez pudéssemos aproveitar condições

existenciais renovadas como aquelas potencializadas pela Lei Maria da Penha. Isso porque os problemas de ordem histórica que nos interpelam em termos de homem e mulher têm "contornos plurais, construídos a cada instante"[29].

Ao analisar os termos de compromisso, feitos ao arrepio e mesmo contra a Lei Maria da Penha, não pudemos deixar de lembrar uma sólida teoria social que afirma que a socialmente consagrada divisão entre homem, mulher e criança funciona como potente representação social que, na ordem do discurso, instaura a família como espécie de eixo:

> [...] em torno do qual giram as pesadas engrenagens das relações sociais. [...] Estas representações formam sistema e dão lugar a "teorias" espontâneas, versões da realidade encarnadas por imagens ou condensadas por palavras, umas e outras carregadas de significação. Estas definições partilhadas [...] constroem uma visão consensual da realidade[30].

Nossa expectativa, ao realizar este estudo, é de que a identificação do desperdício existencial daquilo que a Lei Maria da Penha oportunizou nos permita emergir para além da linguagem normativa que nos inventa e reinventa diariamente. Isso porque "enquanto a diferença for colocada entre mulher e homem no cultural e no biológico, o referente será inevitavelmente o masculino e a cadeia de representações continuará a se desenvolver"[31], reinstituindo na história, seguidamente, a recitação do masculino dominante.

5. BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Luiz Otávio de O. *Direito e segurança pública* – A juridicidade operacional da polícia. Brasília: Consulex, 2003.

ANDRADE, Clara de J. M; FONSECA, Rosa Maria G. S. Considerações sobre violência doméstica, gênero e o trabalho das equipes de saúde da família. *Revista Escola de enfermagem da USP*, São Paulo, v. 42, n. 3, p. 580-584, set. 2008.

FLORY, T. *El juez de paz y el jurado en el Brasil imperial*. México: Fondo de Cultura Económica, 1986.

FOUCAULT, M. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 2013.

29. SWAIN, Tânia Navarro. Heterogênero: Uma categoria útil de análise. *Educar em revista*, n. 35, 2009. p. 29.
30. JODELET, Denise. (Dir.). *Représentations sociales*. Paris: PUF, 1989. p. 35.
31. SWAIN, Tânia Navarro. Heterogênero: uma categoria útil de análise. *Educar em revista*, n. 35, 2009. p. 30.

GUIMARÃES, L. A. B. Modelos de polícia: a polícia de proteção ao cidadão/ comunidade. *Revista Unidade*. n. 47, p. 62-78, 2001.

HOLLOWAY, Thomas H. *Polícia no Rio de Janeiro*: repressão e resistência numa cidade do século XIX. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997.

JODELET, Denise. (Dir.). *Représentations sociales*. Paris: PUF, 1989.

KOERNER, A. Habeas corpus, *prática judicial e controle social no Brasil*. São Paulo: IBCCrim, 1999.

MARTINS, Eduardo. *Os pobres e os termos de bem viver*: novas formas de controle social no Império do Brasil. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Ciências e Letras da UNESP, Assis, 2003.

MARTINS, Eduardo. Os termos de bem viver: discurso da vadiagem no Império do Brasil. *Revista de Divulgação Cultural: RDC*, Blumenau, v. 14, n. 44, p. 61-69, abr.-jul. 1991.

NEVES, Genival S. das. A presença da policial feminina com características afro-descendentes na polícia militar da Bahia. Programa de Pós-Graduação em Estudos Étnicos e Africanos, UFBA, Salvador, 2008.

SALES, L. M. de M.; ALENCAR, E. C. O. de; FEITOSA, G. R. Mediação de conflitos sociais, polícia comunitária e segurança pública. *Sequência. Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC*, ano XXVIII, n. 58, p. 281-296, jul. 2009.

SCHRAIBER, Lilia Blima; D'OLIVEIRA, Ana Flávia; FRANÇA JÚNIOR, Ivan; PINHO, Adriana. Violência contra a mulher: estudo em uma unidade de atenção primária à saúde. *Rev. Saúde Pública* [on-line], v. 36, n. 4, p. 470-477, 2002.

SCHWARTZ, Stuart. B. *Burocracia e sociedade no Brasil Colonial*: a Suprema Corte da Bahia e seus juízes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SWAIN, T. N. Heterogênero: uma categoria útil de análise. *Educar*, Curitiba, n. 35, p. 23-36, 2009. p. 29.

VIEIRA, R. M. *O juiz de paz*: do Império aos nossos dias. Brasília: Editora da UnB, 2002.

Cenários de violência sexual infantil: uma análise de indicadores de sentença condenatória

Scenarios of child sexual violence: an analysis of indicators of enforceable judgment

Francisco Silveira Benfica

Mestre em Medicina pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Especialista em Medicina Legal pela Sociedade Brasileira de Medicina Legal – SBML. Professor Adjunto de Medicina Legal da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Professor Emérito de Medicina Legal da Academia de Polícia do Estado do Rio Grande do Sul – ACADEPOL-RS. Perito Médico-Legista Aposentado do Departamento Médico Legal de Porto Alegre – RS.
fsbenfica@yahoo.com.br

Ana Luisa Rodrigues da Silva

Bacharel em Direito.
analuisa.rdasilva@gmail.com

Recebido em: 01.12.2017
Aprovado em: 14.01.2018
Última versão do(a) autor(a): 25.01.2018

Áreas do Direito: Penal; Processual; Infância e Juventude

Resumo: O presente estudo aborda o problema da violência sexual infantil, na perspectiva da produção de prova nesse tipo de delito, e os indicadores utilizados para determinação de uma sentença condenatória. Para tanto, foram revisados todos os expedientes envolvendo violência sexual sentenciados no ano de 2016 pelo Juízo da Terceira Vara Criminal do município de São Leopoldo/RS. Analisaram-se os meios de prova produzidos nos processos e aqueles que influenciaram, de forma significativa, no julgamento desse tipo de crime. De acordo com o sistema vigente em nosso País, não há hierarquia entre as provas, devendo o magistrado fundamentar sua

Abstract: The present study addresses the child sexual violence issue, on the perspective of producing evidence in this type of crime and the indicators used to determine a conviction. Therefore, all cases involving sexual violence sentenced in 2016 by the Third Criminal Court of the city of São Leopoldo / RS were reviewed. The evidence produced in the lawsuits and those that significantly influenced the judgment of this type of crime were analyzed. According to the current system in our country, there is no hierarchy between the evidence, and the magistrate must base his decision according to the evidence that are in the records. However, in this study,

Benfica, Francisco Silveira; Silva, Ana Luisa Rodrigues da. Cenários de violência sexual infantil: uma análise de indicadores de sentença condenatória.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 143. ano 26. p. 353-383. São Paulo: Ed. RT, maio 2018.

decisão de acordo com as provas contidas nos autos. Neste estudo, no entanto, considerando a amostra analisada, na avaliação das provas que efetivamente contribuíram para a fundamentação do magistrado, os indicadores estudados demonstraram que uma sentença condenatória se baseou principalmente na palavra da vítima, que ocupou lugar de destaque em todos os casos, associada a pelo menos mais um outro meio de prova constante nos autos. E neste segundo elemento de prova não está incluída a perícia médico-legal, que, apesar de ser muito valorizada para constatação da materialidade desse tipo de evento, não se mostrou efetiva em qualquer dos casos, visto que os abusos praticados não deixaram lesões físicas.

Palavras-chave: Violência sexual infantil – Meios de prova – Indicadores de sentença.

considering the analyzed sample, in the evaluation of the evidence that effectively contributed to the justification of the magistrate, the studied indicators demonstrated that a conviction was based on the victim's testimony, who occupied a prominent place in all cases, associated to at least one other way of constant evidence in the file. And this second element of evidence does not include medical-legal examination, which despite being highly valued in order to verify the materiality of this type of event, was not effective in any of the cases, since the abuses did not leave physical injuries.

Keywords: Child sexual violence – Means of proof – Sentence Indicators.

Sumário: 1. Introdução. 2. Estudo de caso. 2.1. Método. 2.2. Resultados. 3. Discussão. 3.1. Da análise dos dados epidemiológicos. 3.2. Da análise dos indicadores de sentença. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. Introdução

A violência sexual infantil apresenta números elevados em termos estatísticos e tem como vítimas milhares de infantes anualmente no mundo. Entretanto, quantificar sua existência é um dilema, já que apenas uma pequena parcela relata os fatos, dificultando o estabelecimento de um panorama geral e realístico do que se está enfrentando. É de amplo conhecimento que o silêncio e o constrangimento envolvem a vítima em timidez e, em decorrência disso, não chega às autoridades públicas grande parte das ocorrências (BENFICA; VAZ, 2015).

Em 2013, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) aplicou um questionário sobre vitimização sexual no âmbito do Sistema de Indicadores de Percepção Social (SIPS). Por meio das respostas, estimou-se que, anualmente, em nosso país, 0,26% da população sofre algum tipo de evento relacionado com violência sexual. Ou seja, por ano, temos 527 mil casos de estupros (tentados ou consumados), o que estabelece a cifra de 1.444 casos por dia. Todavia, apenas 10% são levados à Delegacia de Polícia (CERQUEIRA; COELHO, 2014).

Conforme informações do *site* da Secretaria Especial dos Direitos Humanos, somente nos quatro primeiros meses do ano de 2016 o disque-denúncias (disque 100) recebeu 4.953 denúncias sobre exploração e abuso sexual de crianças e adolescentes (BRASIL, 2016).

O presente trabalho utiliza exatamente esse problema da violência sexual, mais especificamente a que envolve crianças e adolescentes, como um estudo de corte para análise, criação e valoração de indicadores que possam servir de fundamentação para sentenças exaradas pelos Magistrados de uma Vara Criminal.

A demanda por indicadores para acompanhamento de determinados cenários sociais ou para avaliação e monitoramento de ações e políticas públicas torna-se cada vez maior. A profissionalização da gestão nas diferentes áreas gera uma demanda crescente por análises padronizadas e objetivas de resultados ou de mudanças ocorridas a partir de alguma intervenção. Ou mesmo para o acompanhamento de determinada situação considerada problemática (DESLANDES; MENDES; LUZ, 2014).

Por outro lado, em relação à violência sexual envolvendo crianças e adolescentes, a literatura atual é inconclusiva sobre a natureza causal dos dados epidemiológicos da vítima e do agressor, bem como sobre os elementos de análise que influenciam de forma significativa no julgamento desse tipo de crime. O crescente número de estudos epidemiológicos descrevendo características das vítimas e circunstâncias da violência não avança na análise do desfecho dessas variáveis nos julgamentos. Além disso, os estudos não sugerem indicadores razoáveis que possam promover alternativas a serem buscadas num processo de avaliação quanto à autoria desses eventos.

Para trabalhar nesse cenário, o presente trabalho utiliza o "estudo de caso" como modalidade de pesquisa. O seu delineamento segue as quatro fases propostas quando da realização desse tipo de pesquisa: a) delimitação da unidade-caso; b) coleta de dados; c) seleção, análise e interpretação dos dados; d) elaboração das conclusões (GIL, 1995).

Como referencial para o estudo, foram analisados todos os processos que tiveram, como natureza do delito, o crime de estupro contra vulnerável, julgados na Terceira Vara Criminal da Comarca de São Leopoldo, no ano de 2016.

Para atingir esse objetivo, inicialmente o trabalho procurou validar um protocolo de registro de dados, no qual foram pesquisadas informações obtidas dos processos de uma Vara Criminal. Com a criação e a aplicação desse protocolo, foi possível desenvolver um estudo epidemiológico das vítimas de violência sexual infantil e seus agressores, bem como das características ambientais e

das relações sociais entre os protagonistas desse delito, comparando os dados com referências na literatura nacional e internacional, que desenvolveram estudos semelhantes. Pesquisou-se, ainda, os meios de prova que foram levantados nos processos e o seu grau de valoração no estabelecimento das sentenças. Trata-se de um estudo de casos em que o eixo de delineamento baseia-se numa análise retrospectiva sobre o problema da violência sexual e sua condução na esfera de uma Vara Criminal. Os resultados encontrados foram tabulados e apresentados de forma descritiva. Ainda, foram analisados os meios de prova e a consequente fundamentação das sentenças prolatadas pelas Magistradas da Vara Criminal, que foram comparados com outros estudos semelhantes.

2. Estudo de caso

O estudo de caso, como instrumento de investigação, é uma modalidade de pesquisa que pode ser aplicada em diversas áreas do conhecimento, com abordagens quantitativas e qualitativas. Quando trabalhamos com estudos de caso, podemos optar por observar os casos extremos, identificando-se estudos agregados, com a intenção de examinar o próprio universo, ou podemos optar por estudar uma unidade ou parte desse todo. No entanto, em ambas as formas o estudo de caso, deve-se ter sempre a preocupação de buscar perceber o que o caso sugere a respeito do todo, e não o estudo apenas daquele caso (VENTURA, 2007).

Neste trabalho, definiu-se por estudar uma unidade jurídica, de um município do Estado do Rio Grande do Sul, com a perspectiva de avaliar indicadores que possam servir de fundamentação para sentenças exaradas pelos Magistrados de uma Vara Criminal. Escolheu-se o Município de São Leopoldo, considerando a representatividade de sua população, estimada em 229.678 habitantes (IBGE, 2016), e a facilidade de acesso aos casos de interesse. Na Comarca existe um Fórum, composto por oito Varas, sendo cinco Varas Cíveis e três Varas Criminais. No ano de 2016, os processos que possuíam como natureza a violência sexual e como autores do delito indivíduos maiores de 18 anos, não cometidos no âmbito da Lei Maria da Penha, foram distribuídos, em igual proporção, entre as três Varas Criminais.

2.1. Método

Foram analisados todos os processos envolvendo violência sexual infantil sentenciados pela Terceira Vara Criminal da Comarca de São Leopoldo no ano de 2016, totalizando oito expedientes. Importante salientar que um desses processos possui duas vítimas, razão pela qual o número de vítimas é nove.

No ano de 2016, nessa Vara, foram sentenciados 477 processos, sendo 72 sentenças absolutórias e 402 condenatórias. Desses 477, oito envolveram o delito de violência sexual, representando apenas 1,67% dos expedientes sentenciados no referido ano. Todos os processos possuem como vítimas menores de 14 anos.

Os dados para análise foram retirados do Sistema de Acompanhamento Virtual (SAV), no item "relatório de sentenças", no período compreendido entre 01.01.2016 e 31.12.2016.

Nesse período duas magistradas atuaram na Vara, sendo uma delas a titular e a outra a substituta, esta última tendo atuado durante o período de licença da titular. Não foram analisadas nesse estudo variáveis de desempenho e avaliação pessoal dos magistrados.

Além disso, é importante destacar que os dados observados foram referentes aos processos sentenciados por Juiz singular (Terceira Vara Criminal). Os recursos interpostos perante o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não foram objetos de análise deste trabalho. Para fins de registro, até o dia 20.03.2017 apenas dois processos tiveram seus recursos julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado. Ambos confirmando a sentença condenatória original.

Inicialmente, criou-se um protocolo piloto, no qual foram inseridos dados julgados importantes, tendo como base outros trabalhos revisados na literatura. Esse protocolo piloto foi testado em três processos. Após uma análise rigorosa de viabilidade, novas variáveis foram acrescentadas e algumas melhor delimitadas, resultando no protocolo definitivo, que foi, então, aplicado nos demais processos. Dentre os dados analisados, foram destacados os meios de provas utilizados para fundamentação das sentenças, a pena aplicada e o tempo de tramitação dos processos.

Para definição de testemunhas utilizou-se a classificação de Lopes Júnior (2013), sendo possível identificar as seguintes testemunhas nos processos analisados: a) presenciais; b) informantes; c) indiretas; e d) abonatórias.

Quando da apreciação dos resultados, o meio de prova testemunhal foi desmembrado em prova testemunhal e testemunha presencial, considerando os relatos de literatura, que indicam uma atenção específica para a testemunha presencial.

Para evitar vícios de seleção e garantir uma melhor representatividade, todos os processos foram analisados. Isso também se mostrou necessário tendo em vista o tamanho reduzido da amostra estudada. Nesse sentido, para o presente estudo, a amostra estudada corresponde a toda a população prevista.

2.2. Resultados

Em relação às vítimas, todas eram do sexo feminino, com idade, na época dos fatos, variando de cinco a 14 anos. Vejamos: duas vítimas com cinco anos de idade; uma vítima com seis anos de idade; uma vítima com sete anos de idade; duas vítimas com oito anos de idade; duas vítimas com dez anos de idade; e uma vítima com 13 anos de idade.

Pertinente à escolaridade das vítimas, todas elas eram, à época de suas oitivas, estudantes do ensino fundamental, o que está compatível com as suas idades.

Em relação aos agressores, todos eram do sexo masculino, com idade média de 49 anos e três meses, sendo que o indivíduo mais novo possuía 29 anos e o mais velho, 63.

A baixa escolaridade chama a atenção, visto que, de oito agressores, quatro possuíam ensino fundamental incompleto e dois, ensino fundamental completo. Em duas situações, o grau de escolaridade não constou nos autos.

Igualmente, quanto à profissão, metade dos acusados, ou seja, quatro, laborava na construção civil, de maneira informal. Já os outros possuíam as seguintes profissões: técnico em manutenção, guarda da construção civil, motorista – mas já aposentado à época dos fatos – e, por fim, um deles "dono do areião".

Nenhum achado relacionado ao histórico de doença mental dos réus foi encontrado nos expedientes analisados.

Três acusados possuíam histórico de uso abusivo de álcool e um de uso de crack. Com relação aos outros quatro, nada referente a histórico de uso de álcool ou outras drogas constou nos autos.

O motivo da denúncia, em 100% dos casos, foi o relato da vítima. Deve-se frisar que em cinco casos o relato da vítima surgiu como elemento isolado para a denúncia. Nos outros quatro casos (três processos), aliados ao relato da vítima, foi possível identificar também o relato da irmã das vítimas; o relato de testemunhas de acusação que já desconfiavam dos abusos; e as mensagens enviadas pelo acusado. Em todos os casos, os fatos foram registrados na Delegacia de Polícia por familiares da vítima.

Analisando a relação do agressor com a vítima, os dados evidenciaram que em apenas um dos casos o agressor era uma pessoa desconhecida. Neste caso, um indivíduo que, conforme relato da vítima e do próprio réu, estava sob efeito de crack e era morador de rua. Nos demais casos, o agressor possuía um vínculo com a vítima. Com efeito, os agressores foram em três processos (quatro casos) o próprio pai da vítima (sendo dois biológicos e um adotivo); em três casos, um vizinho; e, por fim, em um caso, o padrasto.

Foi possível constatar que os abusos ocorreram, em cinco casos, na casa do réu e da vítima (casa em comum); em um caso, no corredor do prédio onde residiam o réu e a vítima; em dois casos, na casa do réu; e, por fim, em um caso, em via pública.

Pertinente ao número de vezes em que os abusos ocorreram, em quatro casos foi possível identificar ao menos uma oportunidade em que a vítima foi abusada. Em um caso, foi possível constatar que se tratou de um fato isolado, já que a vítima passava na rua, quando, então, foi violentada por indivíduo desconhecido. Já nos demais casos (quatro) os abusos ocorreram em diversas oportunidades, não sendo possível quantificar o número de vezes.

Quatro acusados não possuíam histórico de abuso sexual prévio. Com relação aos outros quatro, muito embora nenhum deles tenha sido condenado por crime sexual antes dos fatos, foi possível encontrar notícias de abusos praticados contra outras vítimas.

Em relação à pesquisa sobre o desempenho da Perícia Médico-Legal, observou-se que quatro vítimas sequer realizaram o exame pericial de conjunção carnal e ato libidinoso diverso da conjunção carnal. E as demais – cinco vítimas – realizaram o mencionado exame, sendo que todos apresentaram resultados negativos.

Avaliações psicológicas foram realizadas apenas em duas vítimas. Já em outro expediente, duas vítimas irmãs foram atendidas pelo Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS), que emitiu um relatório. No presente estudo, considerando suas características, esse relatório foi inserido no campo das avaliações psicológicas. Nas demais, esse tipo de avaliação não foi realizado.

A oitiva de testemunhas foi realizada em todos os processos, sendo utilizada em sete casos na fundamentação judicial.

Apenas dois processos contaram com testemunhas presenciais. Com efeito, em um dos casos um desconhecido estava passando em via pública quando, ao perceber o ocorrido, deu carona à vítima. Contudo, essa testemunha não foi ouvida. Já em outro, foi a própria genitora da vítima que serviu como testemunha. Todavia, em juízo, esta negou a informação, referindo que o réu jamais abusou da menor.

O tempo médio de duração dos processos, aqui considerado o período compreendido entre o recebimento da denúncia oferecida pelo Ministério Público e a data da prolação da sentença, foi de aproximadamente um ano e quatro meses. Entre esses marcos (recebimento da denúncia e prolação da sentença), o processo com tramitação mais ágil teve a duração de cinco meses e 27 dias, e o mais demorado três anos, 11 meses e quatro dias.

O tempo médio entre o evento criminoso e o recebimento da denúncia pela magistrada foi de um ano, oito meses e sete dias. Já a média entre o fato e a sentença foi de três anos e um mês.

Todas as sentenças exaradas, tanto pela Magistrada titular (chamada de Juíza A) quanto pela Magistrada substituta (Juíza B), por ocasião da substituição, possuíram natureza condenatória. As penas variaram de dois anos e oito meses a 15 anos.

Procedeu-se à escuta das vítimas nos oito processos analisados (100% dos casos), e, em todos eles, as vítimas foram ouvidas por meio do sistema tradicional e confirmaram os abusos.

Em sete dos oito processos analisados os réus foram interrogados. Em um dos casos foi decretada a revelia do acusado, que mudou de endereço sem comunicar o Juízo. Quanto aos acusados que foram ouvidos, todos negaram as acusações. Frisa-se que, muito embora tenham negado, dois deles referiram que podem ter praticado o delito "sem querer" e um deles confirmou as mensagens nas quais relatou os abusos, negando, contudo, que eles tenham ocorrido.

Os seguintes argumentos foram utilizados pelos réus para a negação da prática da violência sexual: "conluio" familiar para prejudicá-lo; desavença com a genitora da vítima, que "instruiu" a menor a acusá-lo injustamente; e "confusão" acerca da autoria do delito.

3. Discussão

A interpretação estatística dos dados levantados deve considerar que, na prática, é muito difícil se ter um plano amostral perfeito quando avaliamos situações na área jurídica em que é impossível contar com todos os processos nos quais se tem interesse. Nesse sentido, usou-se um plano amostral de conveniência, envolvendo apenas uma Vara Criminal, de um município de porte médio do Estado do Rio Grande do Sul. Para tirar conclusões válidas dessa população, devemos considerar a real representatividade dessa amostra.

Chamou atenção o baixo número de processos dessa natureza sentenciados no ano de 2016, principalmente se levarmos em consideração os processos de outras naturezas e a população do município em estudo. Todavia, considerando os fatores que envolvem esse tipo de violência, sobretudo quando o abuso é cometido no âmbito familiar, é cediço que muitos casos sequer são descobertos. Além disso, quando descoberto, o medo e a falta de confiança no sistema legal são alguns dos empecilhos para a notificação da violência sexual (RIBEIRO; FERRIANI; REIS, 2004).

Nesse sentido, o pequeno número de casos está de acordo com o previsto na literatura para esse tipo de crime. Reforçando esse achado, em 2015, ano anterior ao analisado, foram sentenciados apenas cinco processos dessa natureza na Vara em análise, ou seja, três a menos que em 2016, razão pela qual podemos inferir que, efetivamente, poucos são os casos de violência sexual infantil que chegam ao Judiciário, na realidade em estudo.

3.1. Da análise dos dados epidemiológicos

Em relação às vítimas, observou-se que estas, em sua totalidade, foram do sexo feminino, o que está em consonância com a literatura e com as demais pesquisas realizadas, que mostram uma prevalência importante do sexo feminino nesse tipo de caso.

Campos e Shor (2008), ao analisarem o perfil sociodemográfico-epidemiológico da população atendida no Núcleo de Atendimento Imediato à Vítima de Violência Sexual do Conjunto Hospitalar de Sorocaba no período de julho de 2003 a dezembro de 2005, constataram que 86,5% das vítimas eram do sexo feminino. Gava, Pelisoli e Dell'Aglio (2013), ao revisarem as fichas documentais do arquivo do Centro de Referência no Atendimento Infantojuvenil de Porto Alegre, referente ao período de 2002 a 2006, observaram que 75% das vítimas eram do sexo feminino. Habigzang et al. (2005), ao examinarem processos denunciados pelas Promotorias Especializadas na Infância e Juventude de Porto Alegre entre 1992 e 1998, também constataram a prevalência de vítimas do sexo feminino (80,9%).

Mesmo na literatura internacional, esse cenário se repete. Uma pesquisa realizada por Silva (2010), ao analisar 138 exames de natureza sexual efetuados no Serviço de Clínica Médico-Legal do Instituto de Medicina Legal de Coimbra, no período entre 2004 e 2008, apontou que 75,36% das vítimas foram do sexo feminino.

Outra análise importante leva em conta o critério disposto no artigo 2º do ECA, que considera criança a pessoa até 12 anos de idade incompletos e adolescente aquele entre 12 e 18 anos de idade. No nosso estudo, oito vítimas (quase 90%) eram crianças e uma, adolescente. A média de idade das vítimas foi de oito anos.

Utilizando esse mesmo critério, Campos e Shor (2008) constataram a predominância de vítimas crianças (42%) e adolescentes (36%), com média de 13 anos de idade, cinco anos mais alta em relação ao presente estudo. A pesquisa realizada por Gava, Pelisoli e Dell'Aglio (2013) mostrou maior variação na idade das vítimas. Contudo, as faixas etárias de cinco a 12 anos incluíram 53,5%

das vítimas. No estudo de Habigzang et al. (2005), as vítimas consideradas crianças representam 66% dos casos.

No mesmo sentido do presente estudo, Azambuja (2011) constatou que a maioria das vítimas (81,71%) contava com idade igual ou inferior a 12 anos e 18,29% estavam na faixa etária de 13 a 16 anos. De acordo com a autora (2011, p. 143): "Esta preferência pode estar relacionada à maior fragilidade frente ao adulto e à maior dificuldade para entenderem o caráter ilícito da conduta a que são estimuladas". A prevalência maior de crianças no nosso estudo, acima da incidência dos demais, pode estar relacionada ao pequeno número de casos analisados. Um aumento da amostra talvez permitisse uma aproximação desses números em relação aos demais modelos, mas fica claro que estamos diante de um tipo de violência que, em todos os estudos, demonstra um viés significativo para o comprometimento de crianças.

Pertinente ao sexo do agressor, nos processos analisados, todos eram do sexo masculino. No mesmo toar, Silva (2010) constatou que 94,33% dos agressores eram do sexo masculino. Habigzang et al. (2005) e Azambuja (2011), da mesma forma, constataram o predomínio de agressores do sexo masculino (98,8% e 98,78%, respectivamente).

Nesse contexto, Ribeiro, Ferriani e Reis (2004, p. 360) assim dispõem:

> Não é apenas o desejo sexual o fator proeminente na motivação dos agressores sexuais, mas também o gênero, pois crianças e adolescentes fazem parte da categoria dominada e sujeita ao poder exercido pelo mais velho sobre o mais novo e do masculino sobre o feminino.

A idade média dos agressores nos processos analisados foi de 49 anos e três meses, sendo que o indivíduo mais novo possuía 29 anos e o mais velho, 63.

Nos achados de Habigzang et al. (2005), a maioria dos agressores possuía idade entre 31 e 40 anos (52,2%). Azambuja (2011) identificou a prevalência de abusadores (30,49%) com idade entre 30 e 39 anos; 19,51% tinham entre 18 e 29 anos e 7,32% possuíam mais de 14 e menos de 17 anos. Aqui, insta registrar que na Vara analisada não tramitam processos que tratam de crimes cometidos por adolescentes (atos infracionais).

Muito embora exista um pensamento coletivo de que a violência sexual infantil seja mais praticada por desconhecidos da vítima, na maioria dos casos, trata-se de pessoa identificável por esta (CAMPOS; SHOR, 2008).

Isso se confirma no presente estudo, no qual em apenas um dos casos o acusado era desconhecido da vítima, sendo que, nos demais, o agressor possuía um vínculo com esta. Em quatro casos (três processos) o agressor foi o

próprio pai da vítima (sendo dois biológicos e um adotivo); em três casos foi caracterizado o vizinho como responsável; e, por fim, em um caso, o padrasto. Em consonância, Campos e Shor (2008) constataram que em 76% dos casos os agressores foram informados como identificáveis pelas vítimas. Também Ribeiro, Ferriani e Reis (2004) verificaram que os pais e padrastos foram os agressores sexuais mais frequentes, sendo que os pais foram os maiores responsáveis pelas agressões cometidas contra crianças e os padrastos, pelas agressões perpetradas contra adolescentes. Nessa pesquisa tios e irmãos também aparecem como agressores sexuais.

Pelisoli et al. (2010), ao analisarem os dados contidos nas fichas de atendimentos do Centro de Referência no Atendimento Infantojuvenil (CRAI), entre os anos de 2002 e 2006 (4.294 atendimentos), identificaram os padrastos e pais como principais agressores sexuais (19% e 17,1%, respectivamente), seguidos por vizinhos e conhecidos (15,4%), desconhecidos (7,3%), tios (4,9%) e avôs (4,2%). Habigzang et al. (2005), na mesma esteira, concluíram que em 57,4% dos casos o agressor era o pai biológico da vítima e em 37,2% dos casos, era o padrasto ou o pai adotivo desta.

Quanto à profissão dos agressores, metade dos acusados tinha profissão definida, e os demais trabalhavam na construção civil, de maneira informal.

Habigzang et al. (2005), em seu estudo, observaram que 43,2% dos agressores estavam empregados no momento do fato. Mas a maioria estava desocupada ou em trabalho eventual, sendo que 32,1% estavam desempregados e 16% estavam fazendo biscates. Complementando, 6,2% eram aposentados e 2,5% eram autônomos. Com base nesses dados, os autores apontaram o desemprego como fator de risco para a violência sexual. No presente estudo, nenhum dos acusados referiu estar desempregado, mas foi possível verificar o trabalho informal como fonte de renda em 50% dos casos.

O nível de escolaridade do agressor também foi apontando por Habigzang et al. (2005) como um fator de risco. No estudo realizado pelos autores, dos poucos casos em que constava a informação, 40,6% dos agressores tinham primeiro grau incompleto, 25% possuíam primeiro grau completo, 15,6% eram analfabetos, 15,6% tinham segundo grau incompleto e 3,1% possuíam terceiro grau incompleto.

No presente estudo, de oito agressores, quatro possuíam ensino fundamental incompleto e dois, ensino fundamental completo. Em duas situações, o grau de escolaridade não constou nos autos. Esse resultado aponta o baixo nível de escolaridade dos agressores sexuais, de acordo com os trabalhos revisados na literatura. Pesquisa realizada por Azambuja (2011) também constatou

que a maioria dos agressores sexuais apresentava baixa escolaridade, uma vez que 62,19% haviam concluído apenas o ensino fundamental.

Nos processos analisados, foi possível identificar efetivamente o uso de drogas por parte do acusado na metade dos casos (quatro). Nos demais, nada constava nos autos sobre o consumo de substâncias psicoativas. Esta é uma questão que merece uma melhor avaliação, já que não foi possível, em 50% dos casos, identificar se o agressor era ou não usuário de drogas. Quando consideramos que o uso de drogas é um evento prevalente em todas as formas de violência, é estranho que num processo desse tipo não haja referência sobre isso.

Habigzang et al. (2005) constataram que 53,2% dos agressores sexuais eram usuários de álcool, enquanto 27,7% abusavam de outras substâncias psicoativas.

Já Silva (2010) apresentou resultado semelhante ao nosso quanto à coleta de dados, tendo conseguido reunir essa informação em 44,2% dos casos. Diferentemente do esperado, constatou, ainda, que um número importante dos suspeitos agressores não apresenta comportamentos desviantes, como uso de álcool ou drogas (65 casos – 47,10%).

Outro elemento que chama a atenção no nosso trabalho diz respeito ao fato de que, muito embora Croce e Croce Júnior (2015) afirmem que deva ser atentado para o estado mental do agressor, nenhum dos acusados foi submetido a qualquer exame com esse objetivo diagnóstico.

Nesse mesmo sentido, na análise realizada por Azambuja (2011), em 95,12% dos casos os réus não foram submetidos à avaliação psicológica e a avaliação psiquiátrica não foi realizada em 91,46% dos acusados.

É importante salientar que a não identificação das condições psíquicas do abusador torna difícil a prevenção de novos abusos, já que se desconhece o perfil do agressor sexual (AZAMBUJA, 2011).

Nesse contexto, somente penalizar o agressor não pode ser considerada uma forma adequada de encaminhamento. É necessário que este também receba um tratamento clínico adequado, nos casos diagnosticados, para que não existam novas vítimas (CRUZ, 2004).

Quanto à análise de local, foi possível constatar que os abusos ocorreram, em cinco casos – quatro processos –, na casa do réu e da vítima (casa em comum); em um caso, no corredor do prédio onde residiam o réu e a vítima; em dois casos, na casa do réu; e, por fim, em um caso, na via pública.

Silva (2010), da mesma forma e num resultado muito semelhante ao nosso, constatou que a maior parte dos abusos ocorreu na casa em comum (31,88%),

seguido da casa do agressor (21,01%). Habigzang et al. (2005) identificaram a própria casa da vítima como o principal local de ocorrência dos abusos (66,7%), sendo que os fatos ocorreram quando a vítima estava sozinha com o agressor.

Pertinente ao número de vezes em que os abusos ocorreram, em um caso foi possível constatar tratar-se de um fato isolado, já que a vítima passava na rua quando, então, foi violentada por indivíduo desconhecido. Já em quatro casos os abusos ocorreram em diversas oportunidades, não sendo possível quantificar o número de vezes em dois casos. Chama a atenção que, nesses casos em que os abusos ocorreram em mais de uma oportunidade, dois foram praticados pelo pai (sendo um biológico e outro adotivo) e um pelo padrasto. No outro caso, foi praticado por um vizinho, com quem a vítima costumava brincar em seus momentos de lazer.

Assim, é possível inferir que o fato de ser pai, ou exercer o papel de cuidador, permite ao agente atuar como um facilitador de práticas abusivas, já que o agressor é também o responsável pelo menor durante grande parte do tempo, oportunizando a ocorrência de abusos e favorecendo sua continuidade por longos períodos (HABIGZANG et al., 2005) (AZAMBUJA, 2011).

Segundo Habigzang et al. (2005), nos expedientes em que constava a informação sobre o número de vezes que a violência sexual ocorreu (45,7%), os autores constataram que, na maioria dos casos (79,1%), a violência sexual estabeleceu-se mais de uma vez e, em 41,9% destes, a ocorrência era diária.

Igualmente, quanto ao histórico de abuso sexual pelo agressor, muito embora nenhum deles tenha sido condenado por crime sexual antes dos fatos, em quatro deles (50%) foi possível encontrar notícias de outros abusos. Em um dos processos, salienta-se que duas irmãs (filhas do réu) figuram como vítimas. Em outro processo existe a notícia, trazida por testemunhas e pelas mensagens obtidas do aparelho celular do réu, que o acusado abusou de outras duas enteadas (de outros dois relacionamentos anteriores). Em outro expediente, uma das testemunhas, neta da esposa do acusado, informou que foi abusada por este quando criança. Por fim, em outro processo, uma das testemunhas – irmã da vítima e filha do acusado –, em juízo, relatou que foi abusada por este quando tinha aproximadamente a mesma idade que a vítima. Dessa maneira, nos expedientes analisados (37,5%), foi possível constatar a incidência de abusos em outros membros familiares.

Em sentido diverso, nos estudos realizados por Ribeiro, Ferriani e Reis (2004), a violência sexual envolveu, em 86,7% dos casos, apenas uma vítima na família. Habigzang *et al.* (2005), ao investigarem a existência de outras vítimas nos mesmos processos, verificaram que, em 37,2% dos casos, o agressor havia abusado sexualmente de outras pessoas no mesmo contexto doméstico.

Pertinente à vida pregressa dos acusados, na presente análise, nenhum dos acusados era reincidente ou possuía antecedentes. Em consonância, Habigzang *et al.* (2005) observaram que, em 80,9% dos casos, o agressor não apresentava antecedentes criminais. De acordo com os autores, esse fator pode fazer com que os profissionais considerem o relato da vítima fantasioso. Aparentemente, as ações sexuais não guardam correlação com outros tipos de crime, podendo ser este um viés específico do comportamento do agressor.

3.2. Da análise dos indicadores de sentença

A Promotora Helen Crystine Corrêa Sanches, presidente da Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude (ABMP), em 2011, ao ser questionada acerca da porcentagem de casos de violência sexual infantil, em entrevista pública no *site* da Organização Childhood, referiu que, diante das características da violência sexual infantil, normalmente sem testemunhas e de difícil obtenção de provas, poucos são os agressores condenados (CHILDHOOD, 2011).

Nosso estudo, no entanto, mesmo tendo analisado apenas os processos sentenciados no ano de 2016, em sentido diverso, identificou que todas as sentenças foram condenatórias.

Nos poucos casos que chegam até o Judiciário, tem-se a questão da problemática na produção de provas, diante da ausência de vestígios físicos e de testemunhas presenciais (BRITO; PEREIRA, 2012). Nesses casos, a palavra da vítima aparece como o principal meio de prova para formação da convicção do magistrado na elaboração da sentença condenatória, já que, por vezes, é a única prova possível de ser produzida.

Nos processos analisados foi possível constatar a produção dos seguintes meios de prova: declarações da vítima e prova testemunhal (em todos os processos), interrogatório do acusado (sete processos), reconhecimento pessoal (um processo), exames periciais (quatro processos), exames psicológicos (três processos) e prova documental (um processo). Salientamos que, conforme explicitado anteriormente, um dos processos contou com relatórios efetuados pelo CREAS. Esse dado foi tabulado juntamente com a avaliação psicológica, devido às suas características em comum. Outrossim, conforme referido na metodologia, a prova testemunhal foi desmembrada na tabela, para um melhor entendimento.

No quadro a seguir apresentamos um modelo com os indicadores de prova identificados em cada caso, e considerados, pela literatura, como fatores importantes para definição de uma sentença.

Quadro 1. Meios de provas encontrados nos processos analisados

	CASO 1	CASO 2	CASO 3	CASO 4	CASO 5	CASO 6	CASO 7	CASO 8	Total
Depoimento da Vítima	X	X	X	X	X	X	X	X	8
Interrogatório	X	X	X		X	X	X	X	7
Prova Testemunhal	X	X	X	X	X	X	X	X	8
Testemunha Presencial						X	X		2
Perícia Médico-Legal			X	X	X		X		4
Perícia Psicológica			X	X	X				3
Reconhecimento Pessoal						X			1
Prova Documental					X				1
Sentença Condenatória	*X*	*X*	*X*	*X*	*X*	*X*	*X*	*X*	*8*

Fonte: Dados coletados dos processos analisados.

Sete dos oito agressores foram interrogados e todos eles negaram a prática do delito. Em todos os casos foram analisados os relatos dos acusados contrapondo sua versão com as demais provas, sobretudo o relato da vítima. Em dois casos (25%), o próprio relato do interrogado foi utilizado para fundamentação de sua condenação, pois, muito embora tenham negado, referiram poder ter praticado o fato de maneira não intencional. Ainda, em um dos casos, o acusado confirmou que mandou as mensagens por telefone, nas quais revelava os abusos, negando, porém, a veracidade das mensagens.

Morales e Schramm (2002, p. 269), baseados na experiência de um dos autores como médico forense atuante na Unidade de Atenção a Menores do Instituto Nacional de Medicina Legal e Ciências Forenses na Colômbia, referem que "[...] uma constante dos acusados de abuso sexual intrafamiliar é a negação e racionalização do fato".

Habigzang *et al.* (2005) também observaram, em seu estudo, que a maioria dos agressores negou a prática do delito sexual. Nesse trabalho os autores

encontraram, em 64 casos (68%), registros de argumentos oferecidos para a defesa do agressor, que incluíam, além da negação do fato, a culpabilização da vítima. Os principais argumentos citados foram negação de violência (56,3%), calúnia da mãe por vingança, raiva, desavenças com o agressor (17,2%), parentes e amigos induzindo a vítima a denunciar para retirá-la de casa ou por detestarem o agressor (14,1%), calúnia da vítima para não se submeter às ordens e regras do agressor (10,9%), responsabilização da vítima pela violência (10,9%), responsabilização de outras pessoas pela violência sexual (19,9%), mal-entendido (6,3%) e atribuição dos sintomas da violência ao afastamento da mãe do lar (3,1%). De acordo com os autores, a negação do abuso sexual, bem como a culpabilização da vítima são grandes desencadeadores de problemas psicológicos na criança ou no adolescente, principalmente quando o agressor é um membro da família.

Apenas em dois dos processos temos a notícia de testemunhas presenciais (25%). Em um dos casos, a testemunha não foi ouvida nos autos e no outro, a testemunha, esposa do réu e mãe (adotiva) da vítima, negou que tivesse visualizado qualquer cena de abuso. Em convergência, no estudo realizado por Silva (2010), 84,6% dos casos não foram testemunhados por qualquer pessoa.

Dias e Joaquim (2013) apontam para a dificuldade da prova testemunhal nesse tipo de delito, praticado, nos mais das vezes, na clandestinidade, bem como para sua importância na comprovação dos fatos, especialmente quando não for possível a realização de exame pericial.

Nos processos analisados, muito embora não tenham presenciado os fatos, foi possível observar a valoração das testemunhas indiretas e de informantes quando estas mantiveram um diálogo com a vítima sobre os abusos. É o caso das declarações da mãe da vítima.

Merece destaque a valorização dos relatos das profissionais que atenderam as vítimas: em um caso, assistentes sociais do CREAS; em outro caso, psicóloga da casa de acolhimento e conselheira tutelar; e, por fim, no outro caso, psicólogas do CREAS. Verificamos que o relato dessas profissionais foi utilizado como suporte da sentença condenatória, servindo como referência para tradução dos sentimentos das vítimas, demonstrado durante os atendimentos.

No que tange à prova testemunhal, Pelisoli e Dell'Aglio (2014), ao entrevistarem cinco juízes de direito, cinco promotores de justiça e cinco defensores públicos que tiveram atuação em processos de violência sexual infantil em cinco municípios do Rio Grande do Sul, constataram que os operadores do Direito consideraram relevantes os relatos dos familiares da vítima, observando as reações e comportamentos destes. Conflitos anteriores à denúncia, por exemplo, foram considerados como um indicador de menor credibilidade ao relato.

Já testemunhas arroladas pela defesa foram ouvidas em seis casos. Conforme a classificação de Lopes Júnior (2013), trata-se de testemunhas abonatórias, que serviram apenas para abonar a conduta do réu, afirmando que este é "pessoa trabalhadora". Importante considerar que, na maior parte dos casos, os agressores sexuais são "[...] pessoas 'acima de qualquer suspeita', não havendo, aparentemente, nada em seu comportamento que chame a atenção" (CORDEIRO, 2006, p. 6). Assim, a oitiva dessas testemunhas não foi capaz de modificar o entendimento esposado pelo magistrado, qual seja, de que o réu, em todos os casos, foi o autor do delito.

De acordo com o artigo 202 do CPP, toda pessoa possui capacidade de ser testemunha, inclusive menores e incapazes (BRASIL, 1941). Todavia, nem todas as pessoas contribuem para a formação da convicção do magistrado, cabendo a este avaliar a relevância e a confiabilidade de cada relato (OLIVEIRA, 2016). Nos processos analisados, observamos a valoração apenas das testemunhas arroladas pelo Ministério Público.

Somente um dos processos analisados contou com prova documental, que foi valorada na fundamentação da sentença. Trata-se de mensagens retiradas do aparelho celular do réu, nas quais este confirmou e contou detalhes dos abusos praticados contra a vítima. Morales e Schramm (2002) alertam para a ocasionalidade desse meio de prova em delitos sexuais, sobretudo quando praticados no meio familiar.

Em relação à oitiva das vítimas, todas foram ouvidas em Juízo pelo sistema tradicional, muito embora Balbinotti (2009, p. 11) defenda que o magistrado, "Se conduzir a oitiva da vítima-infantil de abuso sexual da mesma forma que procede aos demais crimes, não conseguirá penetrar no universo desta criança".

Fröner e Ramires (2009, p. 69), ao analisarem as concepções de 15 profissionais da área da saúde e do Direito atuantes no Judiciário do Rio Grande do Sul, observaram que a maioria dos participantes, incluindo os próprios operadores do Direito, acredita que os profissionais do Direito não possuem "[...] preparação técnica e emocional para realizar a escuta da criança abusada sexualmente".

Nesse sentido, em que pese a sala de audiência "comum" não ser o local adequado para se ouvir os menores nesse tipo de situação (BALBINOTTI, 2009), todas as vítimas foram ouvidas nessas circunstâncias, apesar da baixa idade (média de oito anos). Neste ponto, importante ressaltar que a Lei não prevê idade mínima para o depoimento infantil. No mesmo aspecto, Brito e Pereira (2012) não constataram idade mínima para a oitiva das crianças na pesquisa por eles realizada.

Azambuja (2011), em seu estudo, apurou que a inquirição das vítimas foi realizada em 90,24% dos processos analisados, ou seja, quase na totalidade dos casos. A autora verificou que 81,08% das vítimas foram ouvidas pelo método tradicional, 12,16%, pelo método de depoimento sem dano, e 6,76% das vítimas foram ouvidas duas vezes, ou seja, tanto pelo método tradicional quanto pelo depoimento sem dano.

Obter o relato de uma criança sobre situações de abuso sexual é uma tarefa complexa, que dificulta a conclusão de um diagnóstico, baseado em indicadores concretos. Mesmo o depoimento sem dano apresentando-se como uma alternativa, segundo Dobke (2001), que visa impedir os chamados danos secundários e a revitimização das crianças e adolescentes vítimas do abuso sexual, esse instrumento não foi aplicado em qualquer dos casos no nosso estudo.

Nos processos analisados, foi possível estabelecer uma correlação entre a palavra da vítima e a sentença condenatória, já que as vítimas foram ouvidas (em juízo) em todos os processos e a palavra destas foi usada na fundamentação da sentença também em todos os processos. Ainda, foi possível perceber que a palavra da vítima assumiu destaque na fundamentação judicial em todos eles.

Na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) é possível perceber que a palavra da vítima, quando coerente e uniforme e em convergência com as demais provas dos autos, também vem sendo amplamente valorizada.

Em relação à pesquisa sobre o desempenho da Perícia Médico-Legal, observou-se que quatro vítimas (44%) não realizaram o exame pericial de conjunção carnal e ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Já as demais (cinco – 56%) realizaram o mencionado exame, que resultou negativo em todos os casos.

No estudo realizado por Azambuja (2011), 79,27% das vítimas foram encaminhadas ao Departamento Médico Legal (DML) para realização do exame de corpo de delito e 20,73% não se submeteram à perícia. Ainda, dentre as vítimas submetidas ao exame, 50,77% apresentaram resultados negativos; 40%, resultado positivo; e, em 9,23% dos casos, os resultados restaram prejudicados, diante da demora na realização do exame.

No mesmo toar, Guimarães e Vilella (2011), em um estudo realizado com 303 crianças e adolescentes vítimas de violência sexual direcionadas ao Instituto Médico Legal (IML) de Maceió no período compreendido entre agosto de 2008 e fevereiro de 2009, constataram que 55,2% dos menores não apresentaram sinais de violência física detectáveis pelo exame médico.

Ainda quanto à perícia médico-legal, Drezett et al. (2011) analisaram 137 prontuários de adolescentes entre 12 e 17 anos vítimas de estupro, em um período compreendido entre janeiro de 1995 e dezembro de 2004, com processo sentenciado pela justiça estadual de São Paulo. O resultado da perícia resultou negativo em 78,1% dos casos, sendo positivo em apenas 21,9% destes.

Esses autores observaram que o percentual de condenação dos agressores sexuais foi maior nos casos em que a perícia médico-legal apresentou resultado positivo. Nesse cenário, 83,3% dos acusados foram condenados. Já nos casos em que a perícia apontou resultado negativo, 63% dos acusados foram condenados, ou seja, um número menor, mas ainda elevado.

Os resultados apontados pelos estudos de Drezett *et al.* (2011, p. 195) sugerem que:

> [...] a responsabilização do autor da violência sofre a influência do resultado do exame pericial, embora a ausência de elementos comprobatórios não impeça a condenação de parte expressiva dos acusados de crimes sexuais, com base em outros meios de convencimento admitidos pela justiça.

Drezett *et al.* (2011, p. 195) constataram que, na ausência de testemunhas presenciais, a palavra da vítima, quando coerente, firme e em consonância com as demais provas contidas nos autos, assumiu grande relevância na decisão judicial condenatória. Outrossim, quando presentes nos processos, a perícia psíquica e o estudo social "[...] foram citados como elementos de convencimento em diversas sentenças com o exame médico legal negativo". Esses achados são muito semelhantes aos encontrados no nosso estudo.

De acordo com França (2015, p. 13),

> [...] a finalidade da perícia é produzir prova, e a prova não é outra coisa senão o elemento demonstrativo do fato. Assim, tem ela a faculdade de contribuir com a revelação da existência ou da não existência de um fato contrário ao direito, dando ao magistrado a oportunidade de se aperceber da verdade e de formar sua convicção.

Todavia, em atos libidinosos que não deixem vestígios, é admissível que a perícia não seja realizada. Assim, nos casos em que resta evidente que os abusos não deixaram marcas físicas, não há razão para que a vítima seja encaminhada para a perícia médica, visto que resta claro que resultará negativa (CROCE; CROCE JÚNIOR, 2014).

Na análise realizada no nosso estudo, os resultados negativos dos exames periciais de conjunção carnal e ato libidinoso diverso da conjunção carnal não

influenciaram na decisão, porque, conforme salientado, a maior parte dos abusos sofridos pelos menores não deixa lesões físicas passíveis de serem constatadas pelo referido exame (BENFICA; VAZ, 2015).

Conforme referido, os estudos de Drezett et al. (2011) concluíram que o percentual de condenação dos agressores foi maior nos casos em que a perícia médico-legal resultou positiva. No presente estudo, todos os exames resultaram negativos, razão pela qual não foi possível, nesse cenário, comparar os nossos resultados com aqueles encontrados pelos autores. Chama a atenção, no entanto, o fato de que, mesmo sem evidências diagnosticadas (exames positivos), diversamente dos resultados apontados por Drezett *et al.*, a responsabilização penal dos acusados, no nosso estudo, não sofreu influência da perícia médico-legal.

Todavia, no que tange aos demais meios de prova utilizados na fundamentação da sentença condenatória, em casos em que a perícia apresentou resultado negativo, os resultados encontrados no presente trabalho são semelhantes àqueles apresentados por Drezett *et al.* (2011) em alguns aspectos. Nesse sentido, assim como esses autores, identificamos que a palavra da vítima apresentou papel fundamental na condenação do acusado, quando em convergência com as demais provas produzidas no processo. Além disso, avaliações psíquicas também foram citadas na fundamentação judicial, em ambos os estudos. Já a avaliação psicossocial apontada por Drezett et al. não foi encontrada em qualquer dos expedientes analisados.

Da mesma forma, Azambuja (2011), ao analisar os dados colhidos em sua pesquisa, concluiu que, quando o resultado da perícia foi negativo, a condenação baseou-se na oitiva da vítima, que assumiu mais valor que a prova pericial. Conforme referido, esse resultado foi muito semelhante ao encontrado no nosso trabalho.

Sobre a perícia psicológica, muito embora autores como Dias e Joaquim (2013) defendam ser esta, em delitos sexuais, o meio mais eficaz de saber se os fatos realmente ocorreram, no nosso estudo, apenas quatro vítimas foram submetidas a exame psicológico, em um total de três processos (37,5%). Esse número pode ser considerado baixo quando comparado com a pesquisa realizada por Azambuja (2011), em que a avaliação psicológica da vítima foi realizada em 51,22%. Já a avaliação psiquiátrica foi realizada em apenas 26,83% dos casos.

Eloy (2012, p. 239), ao explorar 51 processos judiciais associados ao abuso sexual de crianças e adolescentes de três Comarcas de cidades do interior paulista, entre os anos 2000 e 2006, e que contavam com a elaboração de laudo psicológico, constatou que, em 38 deles, aproximadamente 74,5%, os pareceres psicológicos "[...] apresentaram elementos favoráveis para a confirmação

da vitimização sexual ou, ainda, para a vivência de uma relação de caráter abusivo na esfera da sexualidade". Já nos outros 13 processos (25,5%), os laudos foram inconclusivos, pois mostraram a relutância da vítima em falar sobre o ocorrido; a negação por parte desta; e também a falta de fatores psicológicos comumente encontrados em vítimas sexuais.

Nos processos analisados por Eloy (2012, p. 241), as avaliações psicológicas só foram valoradas quando "[...] constataram danos psicológicos, reações potencializadas nas vítimas, ou mesmo quando ratificaram os depoimentos documentados nos autos processuais".

No presente estudo, conforme referido, duas vítimas foram submetidas a perícia psicológica. Em um dos casos, a perícia atestou que a vítima não apresentava "falsa memória" ou sinais de indução, ao contrário, estaria ela rememorando tudo de forma livre. Assim, concluiu-se que as informações oferecidas pela vítima correspondiam a uma recordação realmente vivenciada. No outro caso, o relato da vítima foi descrito como confiável e foram identificados sintomas compatíveis com a hipótese de abuso sexual, concluindo que, muito provavelmente, as situações relatadas foram realmente vivenciadas pela vítima. Dessa forma, diante dos resultados que corroboraram o que foi relatado pela vítima, as perícias psicológicas, nos dois casos, foram utilizadas na fundamentação da magistrada para condenação dos réus, merecendo, inclusive, um lugar de destaque na sentença.

Ainda, duas irmãs que figuram como vítimas em um mesmo processo, foram atendidas pelo CREAS, que emitiu um relatório. De acordo com o relatório, os discursos das menores foram coerentes e consistentes no que se refere aos abusos. Além disso, os desenhos reproduzidos pelas menores durante os atendimentos, associados aos relatos, revelaram-se sugestivos do histórico de abuso sexual. Nesse caso, o relatório também estava em consonância com os relatos das vítimas, razão pela qual foi utilizado na fundamentação para condenação do réu.

Tanto os profissionais da saúde quanto os profissionais do Direito entrevistados por Fröner e Ramires (2009) apontaram para a necessidade da escuta da vítima nos delitos sexuais. Contudo, de maneira diversa daquela realizada por adultos. Os profissionais da saúde destacam as avaliações psicológicas como o meio mais adequado de proceder à escuta das crianças, em respeito à proteção integral do menor. Já os profissionais do Direito consideraram a escuta especializada por profissionais da saúde como facilitadora do depoimento infantil, possibilitando a proteção das vítimas e a responsabilização penal do agressor. Ademais, ambos os grupos profissionais consideraram a importância do trabalho interdisciplinar em processos dessa natureza.

Drezett *et al.* (2011, p. 194) afirmam que tanto a avaliação psicológica da vítima quanto o estudo social da família da vítima e do réu "[...] deveriam

ser incorporados ao processo como elementos probatórios tão importante quanto o exame pericial".

Granjeiro e Costa (2008), em casos envolvendo a violência sexual infantil, defendem a realização de um estudo psicossocial da vítima em três momentos distintos: a) antes da atuação judicial, logo após o registro da ocorrência policial, para que haja encaminhamento a tratamento especializado e aplicação de medidas judiciais adequadas ao caso concreto; b) durante o processo legal, com o objetivo de verificação dos fatos alegados pela vítima e rechaçados pelo réu, a par do acompanhamento psicológico das pessoas envolvidas no conflito; e c) depois do fato judicial, a fim de ajudar as pessoas na compreensão da situação apresentada.

As autoras argumentam que deve haver uma conexão entre o Direito e a Psicologia, estabelecendo um diálogo entre os profissionais, o que se tornaria realizável diante da criação de Varas Especiais na própria Delegacia de Proteção à Criança e ao Adolescente.

Contudo, observa-se que a realização de estudos psicossociais ainda está longe da realidade, visto que em nenhum dos processos analisados no nosso estudo foi realizado o referido *estudo*. No mesmo sentido, 81,71% dos processos analisados por Azambuja (2011) não contaram com estudos sociais ou psicossociais.

Quando analisamos os elementos utilizados para fundamentação das sentenças proferidas, nosso estudo constatou a valorização da palavra da vítima na totalidade dos casos. Em todos, cotejou-se o relato da vítima com outros meios de prova.

Azambuja (2011) estabeleceu uma relação entre a oitiva da vítima e a sentença proferida, sendo que, do total de casos analisados pela autora, em que ocorreu a inquirição, 72,97% apresentaram sentença condenatória. A autora destacou, ainda, que foi dada maior credibilidade às oitivas realizadas por meio do depoimento sem dano, visto que, em todos os casos em que a vítima foi ouvida por meio desse sistema, a sentença foi condenatória, ao passo que, nos casos em que a vítima foi ouvida por meio do sistema tradicional, a incidência de sentenças condenatórias reduziu para 69,23%.

Brito e Pereira (2012) pesquisaram junto à jurisprudência emitida por três Tribunais brasileiros (Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e São Paulo) o posicionamento dos desembargadores quando do julgamento dos acórdãos no que tange ao relato infantil em processos que apuravam a ocorrência de abuso sexual emitidos entre agosto de 2009 e março de 2010. Nesse sentido, verificaram quais os argumentos utilizados para a valoração do depoimento de crianças apontadas como vítimas de delitos sexuais e encontraram as seguintes justificativas: inexistência de outras provas; baixo número de condenações;

consistência e solidez dos relatos infantis; presunção da veracidade do depoimento infantil; e valor secundário das provas materiais.

No presente estudo, os argumentos utilizados para valoração da palavra da vítima foram os seguintes: a) "riqueza de detalhes" no relato da vítima; b) "firmeza e coerência" na palavra da vítima; c) nenhuma justificativa para imputação de falso crime ao réu; e d) "clandestinidade" dos delitos sexuais.

Na análise dos julgados que não aceitaram o depoimento infantil, Brito e Pereira (2012, p. 289) identificaram os seguintes motivos: existência de contradições entre a palavra da vítima e outros elementos probatórios, notadamente depoimento de outras testemunhas e informantes; versão da suposta vítima considerada fantasiosa ou como forma de represália ao réu; divergências em pontos importantes do depoimento infantil; pouca idade do depoente; deficiência mental da criança; verbalização que não demonstrou firmeza; prova que não se resume apenas ao depoimento da criança.

Mônica Jacinto (2009), ao analisar julgados dos Tribunais de Justiça de Santa Catarina, Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Distrito Federal e Paraná, bem como do Superior Tribunal de Justiça, concluiu que a palavra da vítima influencia a decisão do magistrado quando coerente e corroborada por outras provas constantes dos autos, sendo raras as situações em que decidem com base unicamente no seu depoimento.

Para Melhem e Rudy (2014), se existe apenas o relato da vítima e a este relato é dado valor superior às demais provas produzidas, estaremos diante do retorno da prova tarifada.

De acordo com Ribeiro, Ferriani e Reis (2004, p. 461), raramente uma criança mente deliberadamente sobre um abuso, exceto para negá-lo num processo em que a verdade é contida por meio de ameaças e seduções.

Sobre o tempo médio de duração dos processos, considerado como período compreendido entre o recebimento da denúncia oferecida pelo Ministério Público e a data da prolação da sentença, no nosso estudo, esse período foi de aproximadamente um ano e quatro meses. A média entre o evento criminoso e o recebimento da denúncia pelo juiz foi de um ano, oito meses e sete dias. Já a média entre o fato e a sentença foi de três anos e um mês.

Estudos demonstram que, em muitos casos, entre o fato criminoso, a revelação do segredo e o ajuizamento da ação penal, transcorre mais de um ano, o que acaba desqualificando a prova e expondo a vítima, que, muitas vezes, permanece morando no mesmo local que o agressor. Conforme Balbinotti (2009, p. 14), é "Difícil para o julgador extrair o correto e isento exame de mérito da acusação, decorrido muito tempo entre o abuso e o oferecimento da denúncia para tramitação do processo criminal judicial".

Nesse contexto, a autora aponta como possível solução a produção antecipada de provas, justificando que a coleta de informações da vítima logo após a revelação do segredo, além de minimizar os efeitos da revitimização, "[...] potencializaria a verdade dos fatos [...]" (BALBINOTTI, 2009, p. 14).

Assim, em que pese todos os meios de prova sejam aptos ao convencimento do magistrado, foi possível identificar, no nosso estudo, que apenas alguns deles foram efetivamente utilizados na fundamentação da sentença condenatória.

Com efeito, o sistema da persuasão racional, também chamado de livre convencimento motivado, é o sistema vigente em nosso País. No referido sistema não existe hierarquia entre as provas, ou seja, todas possuem o mesmo valor, devendo o magistrado, de acordo com as provas contidas nos autos do processo, fundamentar sua decisão (RANGEL, 2016).

Neste toar, deve o magistrado analisar todos os meios de provas constantes nos autos, devendo "[...] declinar as razões que o levaram a optar por tal ou qual prova [...]" (OLIVEIRA, 2016, p. 344).

Quando tornamos as variáveis qualitativas em indicadores categóricos, conseguimos identificar uma tendência de importância entre os fatores que efetivamente estão presentes como fatores preditivos numa sentença condenatória.

No presente estudo, o número mínimo de indicadores que contribuíram para a condenação do acusado foi dois, estando o depoimento da vítima presente em todos. Assim, em que pese a palavra da vítima ter assumido um papel de destaque em todas as sentenças exaradas, o relato da ofendida, em todos os casos, foi corroborado, ao menos, por outro meio de prova constante nos autos, o que implica dizer que em nenhum dos casos a sentença condenatória foi fundamentada unicamente na palavra da vítima.

No quadro a seguir, apresentamos os meios de prova que, após análise qualitativa, efetivamente foram considerados como importantes na fundamentação para a condenação dos réus, em cada caso.

Quadro 2. Meios de prova utilizados na fundamentação da sentença condenatória.

	CASO 1	CASO 2	CASO 3	CASO 4	CASO 5	CASO 6	CASO 7	CASO 8	Total
Depoimento da Vítima	X	X	X	X	X	X	X	X	8
Interrogatório	X		X						2

	CASO 1	CASO 2	CASO 3	CASO 4	CASO 5	CASO 6	CASO 7	CASO 8	Total
Prova Testemunhal	X	X	X		X	X	X	X	7
Testemunha Presencial									0
Perícia Médico-Legal									0
Perícia Psicológica			X	X	X				3
Reconhecimento Pessoal						X			1
Prova Documental					X				1

Fonte: Dados retirados dos processos analisados.

Na entrevista realizada por Pelisoli e Dell'Aglio (2014, p. 923), juízes, promotores e defensores públicos "[...] afirmaram que, ao refletirem sobre se um caso ocorreu ou não, avaliam provas documentais, testemunhais e, além disso, aspectos de ordem não tão objetiva, que acabam percebendo no decorrer do processo judicial".

Desse modo, apesar de encontrarmos no presente estudo justificativas para a condenação, baseadas em indicadores objetivos utilizados na fundamentação da sentença, é importante destacar que percepções íntimas, influências morais e todas as demais questões de cunho subjetivo, que não foram externadas na fundamentação das sentenças, podem estar atuando nesse resultado.

Assim, muito embora no sistema do livre convencimento motivado o julgador deva fundamentar sua decisão, as questões internas do magistrado, e que não são passíveis de constatação objetiva, de acordo com Cruz (2004), atuam indiretamente nas decisões.

4. Considerações finais

É importante observar que as variáveis que influenciam em uma sentença são essencialmente qualitativas e, devido ao pequeno número de ocorrências, é

difícil agrupar ou descartar algumas categorias. Também é difícil definir a categoria de referência de cada variável, o que compromete a construção de variáveis indicadoras. Assim, os parâmetros utilizados neste estudo fazem parte de uma etapa de modelagem, que busca determinar quais são os indicadores categóricos que influenciam numa sentença em casos de crimes sexuais.

A amostragem utilizada é pequena, contudo compreende 100% dos processos sentenciados na Vara Criminal em análise. Dessa forma, o modelo apresentado retrata efetivamente o perfil dos casos envolvendo violência sexual infantil sentenciados pela Terceira Vara Criminal da Comarca de São Leopoldo no ano de 2016. Nesse sentido, as considerações apresentadas têm validade interna para esse cenário.

Em que pese o caráter universal da violência sexual, já que atinge todas as idades, sexos e classes sociais, no presente estudo verificou-se que somente o sexo feminino foi atingido. Ainda, observou-se a tenra idade das vítimas, com média de oito anos. Já os agressores foram, em sua quase totalidade, homens, que exerciam um papel de cuidador ou vínculo com a ofendida. Nos locais dos abusos, prevaleceu o ambiente doméstico, e a continuidade da violência foi um fator observado. Assim, questões de gênero e poder restaram claramente evidenciadas no presente estudo, diante do perfil da vítima e do agressor e da relação entre estes. O ambiente familiar, que deveria ser sinônimo de segurança para as crianças e adolescentes, demonstrou favorecer esse tipo de delito, praticado, na maior parte das vezes, sem testemunhas presenciais.

Esses fatores contribuem para o silêncio e a clandestinidade desse tipo de violência, e conduzem a uma necessidade da valoração da palavra da vítima nesse tipo de evento, todavia de maneira diversa da que vem sendo realizada. Nesse sentido, a falta ou precariedade de algumas evidências não poderia estar supervalorizando a importância de outras?

Este trabalho busca, neste sentido, ampliar a discussão e estimular a realização de pesquisas que avaliem os critérios relevantes que influenciam na tomada de decisão em casos de violência sexual no nosso meio. Existe uma carência de estudos que envolvam indicadores de análise para avaliação das tomadas de decisões em julgamentos e definição de autoria desses eventos.

Dos oito casos estudados, em quatro (50%) a sentença condenatória baseou-se em apenas dois indicadores. Mesmo que o estudo tenha construído um modelo para análise de pelo menos oito indicadores, todos com referência na literatura jurídica e médico-legal, os procedimentos condenatórios basearam-se na existência efetiva de apenas dois, sendo que um, necessariamente, foi o depoimento da vítima, indicador presente em todos os casos. Esse resultado,

sem dúvida, merece uma análise mais aprofundada por parte dos ordenadores do Direito.

É cediço que grande parte dos abusos praticados contra crianças e adolescentes não deixa vestígios físicos. No presente estudo, quando realizadas as perícias médico-legais, todas mostraram resultados negativos. Mesmo assim os acusados foram condenados. Isso pode ser explicado pelo fato de o exame, mesmo resultando negativo, não significar que os abusos não tenham efetivamente acontecido. Conforme ressaltado, grande parte dos abusos não são detectáveis pelo referido exame. É possível concluir, portanto, que em nenhum dos processos analisados o exame pericial foi um indicador utilizado na fundamentação judicial, tanto para condenação quanto para absolvição.

Esse resultado, como já discutido na literatura, nos permite questionar a validade do encaminhamento de rotina das vítimas para a perícia médico-legal, principalmente quando consideramos o trauma que esse tipo de exame agrega à vítima e as sequelas que ele pode gerar. Talvez esses exames devessem ficar restritos aos casos recentes de violência, quando alguns vestígios ainda podem ser passíveis de identificação.

Neste estudo ficou evidente que o encaminhamento das vítimas para avaliação pericial gera, na realidade, exames que acabam se mostrando desnecessários, pois, além de não contribuírem para a revelação da materialidade do delito, resultam em mais um constrangimento à vítima, não representam um indicador eficiente na orientação de uma sentença e revitimizam crianças e adolescentes, maior grupo de incidência para esse tipo de violência.

A perícia psíquica, apontada pela literatura como um fator muito importante para a determinação da existência dos delitos sexuais, mostrou-se eficiente, porém pouco utilizada nos processos analisados. Fica o questionamento sobre os motivos da não realização desse tipo de avaliação, já que tanto a literatura quanto o nosso estudo demonstram a importância desse indicador. Nesse sentido, em cenários nos quais a violência sexual não deixou marcas físicas, o encaminhamento da vítima para o exame psicológico/psíquico certamente tornaria mais eficaz a avaliação do caso do que a realização da perícia médico-legal. Um maior acesso a esse tipo de avaliação, por parte dos operadores que conduzem a investigação, deveria ser um objetivo preferencial das políticas que tratam da violência sexual contra crianças e adolescentes, já que esse indicador se mostrou relevante no estabelecimento das sentenças condenatórias.

Não foi objeto de análise neste estudo, mas é evidente que, quanto maior o tempo entre o fato e a sentença, mais difícil será a apreciação das provas. A redução desse prazo permitiria uma melhor apreciação dos meios de prova pelo

magistrado, sobretudo quanto à prova testemunhal e relatos da vítima. Nesse contexto, a produção antecipada de prova pode ser um meio eficaz para a resolução das questões temporais.

Ainda como esclarecimento, na análise dos resultados é importante ressaltar que as questões de caráter interno, como questões morais e pessoais do magistrado, não expostos na decisão, não foram passíveis de avaliação.

Finalmente, não podemos afirmar que o modelo de indicadores de condenação descrito nessa amostra possa ser ampliado para outras varas do Judiciário. Novos estudos devem ser feitos nesse sentido, repetindo essa modelagem de pesquisa em outros cenários, estabelecendo estudos comparativos e fazendo análises de regressão logística.

Por outro lado, não podemos desconsiderar que, no nosso trabalho, a amostra analisada corresponde à população a que se destina o estudo. Mesmo que o número de casos estudado seja pequeno em números absolutos, ele representa a totalidade dos casos sentenciados e, portanto, reflete a realidade do intervalo estudado. Além disso, todos os indicadores avaliados estão descritos e consagrados na literatura. E estudos semelhantes, realizados por diferentes autores, avaliando diferentes populações, encontraram resultados muito semelhantes aos nossos.

Nesse sentido, os autores recomendam que novas pesquisas nessa área sejam realizadas, com o intuito de ampliar a validade interna deste estudo.

5. Referências

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. A justiça criminal e a proteção da criança. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 68, p. 135-156, jan.-abr. 2011.

BALBINOTTI, Cláudia. A violência sexual infantil intrafamiliar: a revitimização da criança e do adolescente vítimas de abuso. *Direito & Justiça: Revista de Direito da PUCRS*, Porto Alegre, v. 35, n. 1, p. 5-21, jan.-jun. 2009.

BENFICA, Francisco Silveira; VAZ, Márcia. *Medicina legal*. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

BRITO, Leila Maria Torraca de; PEREIRA, Joyce Barros. Depoimento de crianças: um divisor de águas nos processos judiciais? *Psico USF*, Bragança Paulista, v. 17, n. 2, p. 285-293, maio-ago. 2012.

CAMPOS, Maria Angela Mirim da Rosa e; SCHOR, Néia. Violência sexual como questão de saúde pública: importância da busca ao agressor. *Saúde e Sociedade*, São Paulo, v. 17, n. 3, p. 190-200, 2008.

CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danil Santa Cruz. *Estupro no Brasil*: uma radiografia segundo os dados da saúde (versão preliminar). 2014. Disponível em:

[www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/03/IPEA_estupronobrasil_dadosdasaude_marco2014.pdf]. Acesso em: 10.04.2017.

CHILDHOOD. *Maioria dos casos de violência sexual infantojuvenil* não resulta em condenação. São Paulo, 15.04.2011. Disponível em: [www.childhood.org.br/maioria-dos-casos-de-violencia-sexual-infantojuvenil-nao-resulta-em-condenacao]. Acesso em: 18.02.2017.

CORDEIRO, Flávia de Araújo. *Aprendendo a prevenir*: orientações para o combate ao abuso sexual contra crianças e adolescentes. Brasília: Promotoria de Justiça de Defesa da Infância e da Juventude, 2006. Disponível em: [www.mpdft.mp.br/portal/pdf/imprensa/cartilhas/cartilha_aprendendo_a_prevenir.pdf]. Acesso em: 03.04.2017.

CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. *Manual de medicina legal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CRUZ, Rúbia Abs da. A prova material nos crimes sexuais. *Revista do Ministério* Público, Porto Alegre, v. 1, n. 53, p. 185-204, 2004.

DESLANDES, Suely Ferreira; MENDES, Corina Helena Figueira; LUZ, Eliane Santos da. Análise de desempenho de sistema de indicadores para o enfrentamento da violência familiar e exploração sexual de crianças e adolescentes. *Ciência e Saúde Coletiva*, São Paulo, v. 19, n. 3, p. 865-874, 2014.

DIAS, Thaisa Mangnani; JOAQUIM, Evandro Dias. O problema da prova nos crimes contra a dignidade sexual. *Revista JurisFIB*, São Paulo, v. 4, p. 291-310, dez. 2013.

DOBKE, Veleda. *Abuso sexual*: a inquirição das crianças, uma abordagem interdisciplinar. Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor, 2001.

DREZETT, Jefferson et al. A influência do exame médico-legal na responsabilização do autor da violência sexual contra adolescentes. *Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano*, São Paulo, v. 21, n. 2, p. 189-197, 2011.

ELOY, Consuelo Bianchi. A credibilidade do testemunho da criança vítima de abuso sexual no contexto judiciário. *Psicologia: Ciência e Profissão*, Brasília, v. 32, n. 1, 2012.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina legal*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2015.

FRÖNER, Janaína Petry; RAMIRES, Vera Regina Röhnelt. A escuta de crianças vítimas de abuso sexual intrafamiliar na concepção de profissionais que atuam no âmbito do judiciário. *Psicologia em Revista*, Belo Horizonte, v. 15, n. 3, p. 60-81, ago. 2009.

GAVA, Lara Lages; PELISOLI, Cátula; DELL'AGLIO, Débora Dalbosco. A perícia psicológica em casos de suspeita de abuso sexual infanto-juvenil. *Avaliação Psicológica*, Itatiba, v. 12, n. 2, p. 137-145, ago. 2013.

GIL, A. C. *Como elaborar projetos e pesquisa*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

GRANJEIRO, Ivonete Araújo Carvalho Lima; COSTA, Liana Fortunato. O estudo psicossocial forense como subsídio para a decisão judicial na situação de abuso sexual. *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, Brasília, v. 24, n. 2, p. 161-169, abr.-jun. 2008.

GUIMARÃES, João Alfredo Tenório Lins; VILLELA, Wilza Vieira. Características da violência física e sexual contra crianças e adolescentes atendidos no IML de Maceió, Alagoas, Brasil. *Cadernos da Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 27, n. 8, p. 1647-1653, ago. 2011.

HABIGZANG, Luísa F. et al. Abuso sexual infantil e dinâmica familiar: aspectos observados em processos jurídicos. *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, Brasília, v. 21, n. 3, p. 341-348, set.-dez. 2005.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *IBGE: cidades: São Leopoldo*. Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: [http://cidades.ibge.gov.br/xtras/perfil.php?codmun=431870]. Acesso em: 18.03.2017.

JACINTO, Mônica. O valor da palavra da vítima nos crimes de abuso sexual contra crianças nos julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, n. 2206, jul. 2009. Disponível em: [https://jus.com.br/artigos/13130/o-valor-da-palavra-da-vitima-nos-crimes-de-abuso-sexual-contra-criancas-nos-julgados-do-tribunal-de-justica-de-santa-catarina]. Acesso em: 11.03.2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Provas no processo penal*: estudo sobre a valoração das provas penais. São Paulo: Atlas, 2015. Livro eletrônico.

MORALES, Álvaro E.; SCHRAMM, Fermin R. A moralidade do abuso sexual intrafamiliar em menores. *Ciência & Saúde Coletiva*, São Paulo, v. 7, n. 2, p. 265-273, 2002.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 20. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016. Livro eletrônico.

PEDERSEN, Jaina Raqueli; GROSSI, Patrícia Krieger. O abuso sexual intrafamiliar e a violência estrutural. In: FERREIRA, Maria Mariante; AZAMBUJA, Maria Regina de. *Violência sexual contra crianças e adolescentes*. Porto Alegre: Artmed, 2011. Livro eletrônico.

PELISOLI, Cátula et al. Violência sexual contra crianças e adolescentes: dados de um serviço de referência. *Temas em Psicologia*, Porto Alegre, v. 18, n. 1, p. 85-97, 2010.

PELISOLI, Cátula; DELL'AGLIO, Débora Dalbosco. As contribuições da psicologia para o sistema de justiça em situações de abuso sexual. *Psicologia: Ciência e Profissão*, Brasília, v. 34, n. 4, p. 916-930, dez. 2014.

PFEIFFER, Luci; SALVAGNI, Edila Pizzato. Visão atual do abuso sexual na infância e adolescência. *Jornal de Pediatria*, Porto Alegre, v. 81, n. 5, nov. 2005.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 24. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016. Livro eletrônico.

RIBEIRO, Maria Aparecida; FERRIANI, Maria das Graças Carvalho; REIS, Jair Naves dos. Violência sexual contra crianças e adolescentes: características relativas à vitimização nas relações familiares. *Cadernos da Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 2, p. 456-464, mar.-abr. 2004.

SHAEFER, Luiziana Souto; ROSSETTO, Silvana; KRISTENSEN, Christian Haag. Perícia psicológica no abuso sexual de crianças e adolescentes. *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, Brasília, v. 28, n. 2, p. 227-234, abr.-jun. 2012.

SILVA, Karen Elódia Brito da. Abuso sexual de crianças: aspectos jurídicos a ponderar no âmbito da perícia médico-legal. 2010. 92 f. Dissertação (Mestre em Medicina Legal e Ciências Forenses) – Faculdade de Medicina, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010. Disponível em: [https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/18424/1/TESE%20ABUSO%20SEXUAL%20DE%20CRIAN%C3%87AS.pdf]. Acesso em: 19.03.2017.

VENTURA, Magda Maria. O estudo de caso como modalidade de pesquisa. *Revista da SOCERJ*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 5, p. 383-386, set.-out. 2007.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Abuso sexual infantil e a palavra da criança vítima: pesquisa científica e a intervenção legal, de Osnilda Pisa e Lilian Milnitsky Stein – *RT* 857/456-477 (DTR\2007\207);
- As várias facetas da violência sexual infantojuvenil e a necessidade de efetivação das normas nacionais e internacionais, de Alencar Frederico Margraf e Andrélis Christine de Meira – *RT* 982/185-210 (DTR\2017\2947);
- Atenção no âmbito da justiça e da clínica psicológica às vítimas e familiares em situação de violência sexual, de Alessandra de Lima Araújo, Maria das Graças Oliveira Pinto e Eliane Maria Bezerra – *RDIJ* 4/345-358 (DTR\2014\21002); e
- Do depoimento de crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual, de Orlando Haddad Neto – *RDIJ* 3/173-187 (DTR\2014\2170).

Justiça sem crime e punição? Segurança, dano e compensação em um mundo neoliberal

Justice without crime and punishment? Security, harm and compensation in a neoliberal world

Pat O'Malley

Distinguihed Honorary Professor, College of Arts and Social Science
Australian National University (ANU).
pat.o'malley@anu.edu.au

Tradução de Leandro Ayres França

Doutor em Ciências Criminais pela PUCRS e Professor da Faculdade Estácio – Rio Grande do Sul
leandro@ayresfranca.com

Augusto Jobim do Amaral

Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS; Doutor em Altos Estudos (Ciência Política, História das Ideias e Estudos Internacionais Comparativos) pela Universidade de Coimbra (Portugal).
guto_jobim@hotmail.com

Área do Direito: Penal

Resumo: A proposta deste trabalho é interrogar o nexo entre criminologia, criminalização e punição. Para tanto, propõe um movimento em direção à "zemiologia", quer dizer, o deslocamento no campo justiça criminal para o âmbito do *dano* em vez da ênfase tradicionalmente dada ao *delito*. Tem por objetivo uma abordagem alternativa com relação ao dano: sustenta uma crítica da criminalização, menos focada no infrator, mais interessada nas consequências danosas dos crimes e destinada a compensar a lesão causada à parte prejudicada. Em suma, busca desenvolver uma agenda sobre uma justiça baseada no dano que dispense crime e punição.

Abstract: The proposal of the work is to interrogate the nexus between criminology, criminalization and punishment. To do so, it proposes a move towards "zemiology", that is, the shift in the criminal justice field to the scope of *harm* rather than the emphasis traditionally given to *crime*. It aims at an alternative approach to harm: it sustains a critique of criminalization, less focused on the offender, more interested in the harmful consequences of crimes and intended to compensate for the injury caused to the injured party. In short, it seeks to develop an agenda on a justice based on harm that dispenses crime and punishment.

O'Malley, Pat; Amaral, Augusto Jobim do. Justiça sem crime e punição? Segurança, dano e compensação em um mundo neoliberal.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 143. ano 26. p. 385-406. São Paulo: Ed. RT, maio 2018.

Palavras-chave: Abolicionismo – Criminologia – Justiça Criminal – Neoliberalismo – Zemiologia.

Keywords: Abolicionism – Criminology – Criminal Justice – Neoliberalism – Zemiology.

Sumário: 1. Introdução. 2. Dinheiro, crimes e danos. 3. Compensação monetária e dano na história legal moderna. 4. Justiça compensatória e seguro. 5. Infrações de trânsito, seguro e precificação dos riscos: dissuasão sem punição. 6. Rumo a uma justiça compensatória viável. 7. O sistema de sanções monetárias é mais rigoroso com os pobres?. 8. Conclusão. 9. Referências.

1. Introdução

Recentemente[1], abriu-se um considerável debate com relação a *se* e *até que ponto* um foco no dano, a assim chamada "zemiologia", deveria substituir a criminologia. Argumenta-se que a maior parte da justiça criminal se concentra em eventos insignificantes que causam pouco ou nenhum dano, e que a categoria *crime* exclui muitos danos graves e, em particular, exclui a crítica categórica aos "crimes de estado". Consequentemente, uma disciplina – cuja agenda é estabelecida pela definição estatal da categoria *crime* – é analiticamente imprestável.[2]

Além disso, como a criminalização não provou ser uma maneira eficaz de controlar ações danosas, uma ênfase na justiça criminal como uma técnica de governança é improvável de ser produtora de inovação progressiva. Em parte, argumenta-se que isso é assim porque a justiça criminal e sua subordinada "ciência do crime" têm o efeito de individualizar o comportamento infrator, que pode ser mais bem entendido em termos de condições sociais de pobreza, exploração e expropriação. Argumenta-se que até mesmo a criminologia

1. O texto é produto do Seminário dado junto ao Programa de Pós-Graduação (mestrado/doutorado) em Ciências Criminais da PUCRS em 23 de outubro de 2017. Para maiores aprofundamentos na temática, de forma sistematizada, cf. O'MALEY, Pat. *Criminologia e governamentalidade*. Série Ciências Criminais (1). AMARAL, Augusto Jobim do; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (orgs. do volume). Florianópolis: Empório do Direito, 2017 (NT).

2. No original, *analytically hamstrung*. O verbo *hamstring* pode ser literalmente traduzido como cortar os jarretes, que são os tendões dos músculos posteriores da coxa. No sentido figurado, jarretar tem a peculiar acepção de inviabilizar, tornar impossível. Alguns registros históricos, como no Antigo Testamento, indicam que a prática de se cortar os tendões dos músculos posteriores da coxa de cavalos tinha por fim torná-los inaptos para o trabalho ou para a guerra. (NT)

crítica, ao passo que procura rejeitar a individualização, reforça involuntariamente esses problemas ao validar a categoria de crime (HILLYARD; TOMBS, 2017, p. 286-287).

Mais importante para os interesses deste artigo é o nexo entre criminologia, criminalização e punição. A criminalização foca em punir o infrator em vez de atender o dano sofrido pela vítima. Mais precisamente, o dano é meramente a justificativa para a punição em vez de uma preocupação em compensar a lesão causada à parte prejudicada. Embora a criminologia tenha sido recentemente confrontada por novas disciplinas críticas, como a "vitimologia", isso permitiu que, muito pelo contrário, a criminologia se tornasse ainda mais focada no infrator e menos nas consequências danosas dos crimes. Mesmo quando as vítimas são reconhecidas, a justiça criminal se tornou uma extensão angustiante e um lugar para vingança. Até mesmo quando supostamente se dá atenção ao dano causado à vítima, ela se dá com sua participação em um processo voltado à punição do infrator. Sugere-se, portanto, que uma política de redução de danos precisa se afastar da criminalização e, assim, da criminologia.

Como esperado, esse movimento em direção à *zemiologia* tem sido criticado por substituir o *crime* por um vago conceito de *dano*. Todavia, argumento que o fato de a categoria *dano* não ser claramente definida pode ser entendido como uma vantagem em vez de um problema, uma vez que não subordina uma política de danos a uma pretensa *expertise*. Em vez de acadêmicos montando um conjunto de definições, derivadas "teoricamente", para compreender o dano, um debate público democrático e muito mais extenso sobre o dano deveria ser encorajado. Em muitos aspectos, isso é análogo ao que os criminologistas críticos gostariam de ver acontecer com o próprio conceito de crime – por exemplo, para incluir "crime de Estado", "crime ambiental", "crime genocida", e assim por diante. Neste ponto, a "criminologia crítica" e a "zemiologia" parecem convergir – ambas buscando ir além das atuais definições de crime.

No entanto, muitos criminologistas críticos procuram manter os discursos e práticas de criminalização e punição, visando somente ampliar seus escopos para incluir criminosos "poderosos" (*e.g.*, FLOYD, 2015). A criminalização, então, torna-se ainda mais abrangente. Essas manobras criminológicas críticas falham em superar os problemas mapeados anteriormente. De fato, poderia ser argumentado que a criminalização não provou ser uma estratégia eficaz *especialmente* contra agentes poderosos, como as corporações, precisamente porque elas são capazes de explorar defesas processuais, como as regras restritivas de provas e a exigência de suficiência probatória no direito processual penal

(O'MALLEY, 2009a). É exatamente por isso que governos que promovem a persecução de criminosos corporativos têm inovado em tais técnicas, como no caso do "ilícito civil", que depende do processo civil com suas regras e exigências mais flexíveis (FREIBERG; O'MALLEY, 1984).

Este artigo continuará a crítica à criminalização e, por consequência, questionará até a utilidade da criminologia crítica, primeiramente concentrando-se em como nós podemos desenvolver uma justiça que dispense o crime e a punição. Mas como tal agenda pode se tornar viável hoje? Hillyard e Tombs (2017, p. 291-94) levantam uma série de obstáculos a intervenções progressivas focadas no dano, no século XXI. Eles sugerem que a era atual é aquela em que formas neoliberais do capitalismo são "quantitativa e qualitativamente mais danosas do que outras formas" (HILLYARD; TOMBS, 2017, p. 291). Ao mesmo tempo, eles não veem qualquer chance de um retorno aos anos dourados do Estado social-democrata do segundo pós-guerra. O efeito disso é acabar por produzir não apenas um cenário profundamente pessimista, mas um que negue esperança para qualquer tipo de intervenção pragmática ou praticável. Segundo eles, as forças do neoliberalismo não estão somente paramentadas contra a reforma, mas sugerem que quaisquer modificações pragmáticas e gradativas correm o risco de ser capturadas e exploradas por ideologias conservadoras.

Esse pessimismo tem um efeito profundamente conservador, restringindo discussões de alternativas ao *status* de utopias irrealizáveis (HILLYARD; TOMBS, 2007, p. 296-297). O objetivo deste artigo, ao contrário, é considerar como uma abordagem alternativa com relação aos danos – especialmente aqueles atualmente entendidos como crimes – pode ser realizável ao explorar linhas de fuga encontradas em marcas atualmente dominantes pelo neoliberalismo, notadamente pelo neoliberalismo americano da "Escola de Chicago". Uma simples visão binária de política "progressiva" *versus* "conservadora" corre o risco de ignorar oportunidades que existem dentro de práticas e discursos de racionalidades políticas atualmente dominantes. Em vez de restringir a análise crítica àquilo que Walters (2003, p. 39), com correção, denomina como "saber acadêmico e idealista de pouca utilidade prática" – em busca de alguma forma de pureza política –, eu sugiro que podemos detectar aberturas e pontos de influência por meio dos quais as transformações podem ser efetivadas. Com isso em mente, o ponto de partida para minha análise é a identificação do pensamento neoliberal que favorece um afastamento com relação à criminalização e ao aprisionamento, rumo a uma justiça baseada no dano.

Ao buscar essa agenda, desejo me juntar a uma ressurgente política abolicionista penal (RUGGIERO, 2010) (VAN SWAANINGEN, 2013). Entretanto,

diferente do abolicionismo penal *mainstream*, não desejo focar somente na ineficácia ou nas injustiças da prisão. Em vez disso, quero relacionar a atual e vastamente exagerada escala de aprisionamento com a racionalidade da punição. Em uma justiça baseada no dano, o aprisionamento deve ser mantido, mas nunca como punição. As principais respostas da justiça devem ser a redução de danos e a compensação. A punição deve e pode ser imposta dentro de um referencial de justiça baseado no dano. Embora a prisão sobrevivesse nele numa escala muito reduzida, seria apenas como uma forma derradeira de minimização de danos. Um foco – afastado do crime e dirigido ao dano, e distante do aprisionamento e voltado às sanções compensatórias – não é algo tão original como sugerem esses debates. Foi um grande avanço realizado por Jeremy Bentham, dois séculos atrás – algo que os neoliberais da Escola de Chicago recuperaram mais recentemente.

2. Dinheiro, crimes e danos

Embora Jeremy Bentham seja mais frequentemente associado à prisão panóptica, em seus trabalhos posteriores, ele deixara de pensar sobre prisões, punição e prisioneiros. Em vez disso, seu foco se tornara o potencial oferecido pelas sanções "pecuniárias" (BENTHAM, 1962a, p. 468-470). Em sua abordagem, a compensação monetária se tornou a racionalidade central do sistema de justiça. Com a compensação adequada, sugeriu ele, seria "como se não tivesse ocorrido qualquer dano". Nisso, Bentham é claro: na passagem final dos *Princípios*, ele conclui que, "por meio de boas leis, quase todos os crimes podem ser reduzidos a atos que podem ser reparados com uma simples compensação pecuniária; e que, quando for esse o caso, o mal decorrente dos crimes pode ser quase inteiramente cessado" (BENTHAM, 1982, p. 580).

Bentham argumentou que, quando indivíduos particulares fossem prejudicados por ações ilícitas, então o perpetrador lhes pagaria uma compensação monetária na forma de indenização equivalente ao dano sofrido. Quando o Estado fosse prejudicado, a compensação tomaria a forma de multas, igualmente calibradas, pagas ao Estado. Com efeito, o crime deixou de ser uma categoria de grande importância para Bentham, que passou a considerar a distinção civil/criminal meramente como uma diferença procedimental. O crime envolvia dano ao Estado, em vez de dano aos indivíduos. E, uma vez que a ênfase era na reparação de danos, a punição se tornou uma questão de menor importância e não poderia ser usada para distinguir multas de indenizações. Na sua opinião, tanto as multas quanto as indenizações (igualmente) compensavam vítimas e puniam infratores – como um efeito de perder dinheiro ao ter que prover uma compensação (O'MALLEY, 2010b).

A "punição", desse modo, começa a passar por uma sutil, porém importante, mudança. Não é mais tanto uma racionalidade de justiça, mas simplesmente uma certa (e dispensável, defendo eu) maneira de conceber o impacto da compensação no beneficiário. Retornarei a essa importante questão adiante.

Em uma tal justiça de dano e compensação, haveria pouca necessidade ou justificativa para a criminologia como uma ciência de criminosos. Não há ciência daqueles que causam danos por meio da violação de outras leis, tais como a Lei dos contratos ou a Lei dos acidentes (responsabilidade civil), e, ainda assim, elas funcionam ao menos tão bem quanto a justiça criminal. Como é bem conhecido, para Bentham, os criminosos são simplesmente atores com escolha racional, não uma classe especial de pessoas que exige sua própria antropologia ou uma ciência de infratores. A "criminologia" desse tipo apareceu muito depois, em grande parte casualmente, e nunca foi parte do esquema de Bentham (FOUCAULT, 1977). Desse modo, Bentham oferece um ponto de partida para uma crítica fundamental da criminalização, da punição e da criminologia.

No direito civil, a responsabilidade pelo dano é atribuída de acordo com doutrinas (por exemplo, a da negligência) que não definem classes de pessoas como desviantes: o foco é na ação e no dano. Demonstra pouco interesse pelos motivos ou pelo caráter do infrator. Normalmente, diz-se que o dano ilícito se origina por meio de um sujeito comum que falha em agir como uma pessoa "razoável" – isto é, alguém exercendo previsão normal (O'MALLEY, 2000). Se estendêssemos esse modelo de justiça civil para governar todos os danos por meio de multas e indenizações compensatórias, haveria pouca necessidade de um conjunto de dispendiosas instituições punitivas ou correcionais baseadas em uma pretensa ciência que divide o criminoso do não criminoso. A prisão se tornaria marginal, encarcerando a pequena proporção de indivíduos que são violentos demais para serem deixados soltos. E, ainda que haja espaço para uma criminologia entender como essas pessoas podem ser impedidas de cometer mais violência, grande parte dessa pretensa ciência se tornaria redundante. Nesse aspecto, portanto, a "segurança" não deixa de envolver a proteção de indivíduos contra a violência, mas seu foco primário muda. A segurança se torna muito mais intimamente identificada com a compensação por danos sociais.

Essa forma de pensar foi captada e desenvolvida a fundo por membros da Escola de Chicago. Em sua reformulação e revisão do pensamento de Bentham, Gary Becker (1974, p. 33) argumentou que:

> Antes de tudo, o principal objetivo de todos os procedimentos legais se tornaria o mesmo: não a punição ou a dissuasão, mas simplesmente a avaliação do "dano" causado pelos acusados. Grande parte do direito penal tradicional

> se tornaria um ramo da responsabilidade civil, algo como "responsabilidade social", dentro do qual o público processaria por dano "público". Uma ação "criminal" seria "criminal" precisamente porque ela resulta em um "dano" sem compensação aos outros. O direito penal cobriria todas essas ações, enquanto a responsabilidade civil cobriria todas as outras ações (civis).

Embora se mantenha uma noção residual de crime, não há qualquer presunção de que os criminosos formam uma distinta classe "antropológica" de pessoas que precisa ser cientificamente explicada. No entanto, é claro, há problemas com essa formulação – aprisionar pessoas apenas porque elas são pobres é questionável e, em muitas jurisdições, aqueles muito pobres para pagar não podem ser aprisionados somente por esse fato (O'MALLEY, 2009a). Outras maneiras de lidar com essas questões precisam ser discutidas adiante. Para o momento, é suficiente ver a potencial atratividade de um modelo de sanções monetárias para os neoliberais, e reconhecer que a possibilidade de um receptivo ambiente neoliberal não é tão remota quanto se tem presumido.

Algo similar foi defendido mais recentemente por Richard Posner (1986), colega de Becker na Escola de Chicago. Ele argumenta que, de um ponto de vista econômico, nenhuma sanção deveria ser aplicada quando ninguém tivesse sofrido dano. Também:

> (...) de um ponto de vista econômico, a utilização de multas deveria ser encorajada em relação ao aprisionamento. Não só o aprisionamento não gera qualquer receita para o Estado como o fazem as multas, mas os custos sociais do aprisionamento excedem aqueles da coleta de multas de réus solventes... Muito pode ser feito para tornar mais eficazes as punições alternativas ao aprisionamento. As multas podem ser pagas em prestações. Elas podem se tornar proporcionais aos, e pagas a partir dos, salários, em vez de serem uma quantia fixa em dólar (POSNER, 1986, p. 208-209).

Efetivamente, Posner se alinha com Becker: a prisão permanece a sanção apenas para aqueles incapazes de pagar as sanções monetárias. Isso reforça o ponto de que importantes tendências da teoria e da política neoliberais são receptivas à substituição substancial da criminalização e do aprisionamento por sanções monetárias.

3. Compensação monetária e dano na história legal moderna

As propostas originais de Bentham de um sistema dominado por compensação monetária para os crimes podem parecer radicais. Historicamente falando, entretanto, isso não é de modo algum um esquema novo ou fantasioso, como

estão perspicazmente cientes Becker e Posner. Deve-se reconhecer que, ao final do século XIX, as leis que governavam danos acidentais e quebras de contrato tinham passado a desenvolver um sofisticado sistema de compensação que era notavelmente similar ao proposto por Bentham.

Em meados do século XIX, o direito civil nos países da *common law* se tornara uma estrutura na qual era fundamental a compensação monetária *desprovida de punição*. A nascente Lei dos remédios buscava pôr em prática a ideia de que a compensação outorgada pelas cortes deveria colocar a parte prejudicada na mesma posição que ela deveria estar se o mal não tivesse ocorrido.[3] A punição estava formalmente separada dos remédios civis: mantida somente para danos mais graves – por exemplo, quando a malícia estivesse envolvida (SCHLUETER; REDDERN, 1995). Mesmo essa penalidade bastante rara ainda era paga em dinheiro na forma de "indenização punitiva": permanece central o valor pago como compensação à vítima. Nem o aprisionamento, nem uma ciência desses infratores eram necessários.

Como já sugerido, o pressuposto do direito civil era de que a maioria dos danos surgia como efeito de uma falha em exercitar a previsão. A Lei dos acidentes, por exemplo, desenvolveu especificações relativamente claras sobre o que um "homem razoável" deveria ter previsto como as consequências de suas ações. A negligência era a falha em agir de tal maneira, e isso estabeleceu a responsabilidade legal por danos que apareceu em seguida. Assim, por exemplo, nos anos 1800, um empregado cuja negligência resultasse em dano a um colega de trabalho estaria sujeito a pagar uma compensação monetária à pessoa ofendida. O comerciante cujas mercadorias previsivelmente pudessem causar dano ao cliente – por exemplo, quando a lesão resultasse da natureza da mercadoria ou de sua manufatura defeituosa – pagaria igualmente uma compensação (O'MALLEY, 2000, 2010a).

Esses cálculos poderiam se tornar altamente complexos, e vieram a englobar não apenas os danos materiais, mas também os danos físicos e psicológicos. O princípio básico passou a ser que uma quantia de dinheiro seria paga em compensação julgada pelo tribunal como capaz de comprar o consolo da pessoa ofendida, equivalente ao dano sofrido (LUNTZ, 1990). Os limites

3. Os casos-chave são *Robinson v. Harman 1848 (1 Ex 850)* no direito contratual, e *Livingstone v. Raywards Coal Co 1880 (5 App Cas 2)* na responsabilidade civil. Nesse último, a compensação foi definida na p. 39 como "aquela soma de dinheiro que colocará a parte que foi prejudicada na mesma posição que ela estaria se não tivesse sofrido o mal pelo qual ela está agora obtendo sua compensação ou reparação". Deve-se notar que a ação danosa ainda é definida como um "mal".

dessa forma de compensação foram reconhecidos, mas os tribunais argumentaram repetidamente que isso era o melhor que eles podiam fazer (O'MALLEY, 2009a). Certamente, a maioria dos causadores de danos não estava em posição de oferecer uma compensação adequada – e o mesmo seria verdade se estendêssemos o modelo para tratar atualmente dos infratores "criminais". Historicamente, o direito civil resolveu isso por meio da instituição do *seguro*, algo que Bentham também previu. Do último século em diante, a maior parte das indenizações foi paga por seguradoras. Um modelo similar poderia e deveria ser estabelecido para os danos criminais atuais?

4. Justiça compensatória e seguro

Por todo o século XIX, argumentara-se que a Lei dos acidentes falhou em produzir compensação justa ou adequada porque ela dependia da demonstração de negligência por alguma das partes. Então, a Lei especificou que, quando um colega de trabalho fosse negligente, todavia pobre, ele ou ela seria responsável. Como resultado, geralmente nenhuma compensação podia ser oferecida. Também, quando o trabalhador negligentemente contribuísse para sua própria lesão, nenhuma ação, então, poderia ser proposta contra qualquer outra parte. Bentham teria concordado com essa lei, e a considerado como "justa" e eficaz, pois a negligência tinha de ser desencorajada e a falha em tomar o devido cuidado não deveria ser compensada. Desse modo, imaginou-se que os requisitos legais oitocentistas para a negligência proporcionavam um poderoso estímulo para o exercício da previsão. No entanto, nos anos finais do século XIX, essa moralidade começou a ser minada por pressões em criar um sistema que proporcionasse compensações mais adequadas.

Entre as primeiras dessas mudanças, a negligência passou a ser mais ou menos dispensada em relação aos danos no ambiente de trabalho. Como visto, muitos trabalhadores ficaram sem compensação, tanto porque nenhuma parte pôde ser considerada negligente como porque as partes negligentes não podiam pagar as indenizações. A solução a essa perceptível injustiça foi introduzir um sistema de seguro contra acidentes sem culpa, pago geralmente pelos empregadores, em cujo serviço o lesionado, como uma classe, trabalhava. Na realidade, esse seguro funciona como uma forma de autosseguro socializado pago por trabalhadores e consumidores – uma vez que os custos dos prêmios de seguro são repassados ao custo das mercadorias. Em suma, os riscos foram distribuídos pela população de trabalhadores, e o custo da compensação efetivamente socializado (O'MALLEY, 2009a).

Mais ou menos na mesma época, argumentou-se também que as evidências não apoiavam a ideia de que negar remédio jurídico àqueles que negligentemente

se lesionaram estimulava a adequada previsão. Estatísticas industriais foram reunidas para mostrar que as indústrias tinham taxas específicas de acidentes que persistiam por longos períodos de tempo. De uma maneira muito durkheimiana, concluiu-se que a causação de acidentes não decorria da negligência, mas das características *sui generis* das indústrias. Diferentes indústrias tinham maiores ou menores taxas de lesão ou morte, e essas taxas relativas mantinham-se constantes ao longo de muitos anos. "Punir" os indivíduos ao lhes negar remédio jurídico não proporcionaria, portanto, a maior segurança, que era a pretensa justificativa das leis de negligência (O'MALLEY, 2009a). Qualquer ímpeto em compreender a negligência por meio de uma ciência de características individuais estava, assim, em curto-circuito; e a racionalidade por trás da punição estava ainda mais minada.

A compensação se tornou quase o princípio absoluto para os acidentes industriais e o seguro assumiu uma característica *sem culpa*. Ainda que o interesse de Bentham em punir a negligência e a falha via sanções monetárias tenha sido relegado à história nesse campo, sua perspectiva de assegurar contra danos e proporcionar compensação monetária estava sendo realizada.

Na medida em que a sociedade de consumo se desenvolveu, também aumentou a demanda por compensação monetária aos consumidores lesados por produtos e serviços. Novamente, o requisito legal da negligência oferecia uma barreira a essa compensação, uma vez que a complexidade do mundo industrial tornava difícil rastrear todos os danos a algum ato próximo de negligência. Muitos produtos não podiam ser individualmente examinados pelos produtores (um caracol em uma botija de cerveja de gengibre, por exemplo); muitas falhas eram resultado de mão de obra ruim, invisível a um empregador, que geralmente estava muito distante da fábrica; complexas cadeias de suprimentos de componentes complicavam a atribuição de negligência. Em suma, nas sociedades industriais, era difícil provar a negligência e, consequentemente, dificultada era a compensação. Os tribunais responderam de várias maneiras a fim de remediar juridicamente essa questão. Por exemplo, alguns produtos (como os automóveis, por exemplo) foram rotulados como inerentemente perigosos, e assim os produtores poderiam ser considerados rigorosamente responsáveis mesmo quando não houvesse culpa (SIMON, 1998). Outras mercadorias foram consideradas muito complexas para que os consumidores entendessem o que houve, no sentido de que não poderiam ser necessariamente identificados como contribuidores da negligência, sendo-lhes, assim, negada compensação (O'MALLEY, 2009a). Em outras manobras legais, adotou-se a ideia de que, em uma sociedade moderna, fabricantes ou distribuidores tinham um dever de cuidado para com todos que previsivelmente poderiam utilizar seus produtos (O'MALLEY, 2000).

Quaisquer que fossem os argumentos legais envolvidos, o direito à compensação monetária se tornou amplamente disponível, e a necessidade de se estabelecer a negligência se tornou cada vez menos importante. Como resultado, passou a ser um requisito *de facto* (e, muitas vezes, legal) que fabricantes, comerciantes e prestadores de serviços se assegurassem contra os danos que suas mercadorias poderiam criar. De novo, porque os prêmios para essas apólices de seguro seriam incorporadas ao preço das mercadorias, isso significou que os consumidores efetivamente asseguravam a si próprios contra muitos danos resultantes desse consumo.

Agora pode ser visto até que ponto o direito civil se afastou de um regime negativo de punição. Não somente a falha do causador do dano se subordinou à vontade de compensar, como também não necessariamente o causador do dano seja aquele que pagará as indenizações. Em vez disso, o direito civil funciona como um tipo de aparato, em larga escala, de gerenciamento de risco, no qual a compensação monetária flui por meio de um seguro socializado, custeado pela aquisição de mercadorias (ou, às vezes, pelo pagamento de tributos). Em resumo, o direito civil *precifica riscos e danos* e procura gerenciá-los por meio de sua capitalização na forma de seguro. No processo, fica claro que a própria responsabilidade civil se torna problemática. Se o seguro é tão crucial, então por que não remover o intermediário – a responsabilidade civil – e ter simplesmente um programa securitário? Dado que muitas pessoas não teriam condições para intentar ações nos tribunais, o seguro há muito tem sido considerado como uma opção muito mais prática para lidar com a justiça pelo dano. Mas, e quanto à justiça criminal?

5. Infrações de trânsito, seguro e precificação dos riscos: dissuasão sem punição

Deve ser observado que um modelo de precificação de risco já domina a governança das infrações de trânsito – o maior campo da justiça criminal em relação ao volume absoluto de questões submetidas ao processo legal. Aqui, as multas monetárias são, esmagadoramente, a sanção principal. Elas são muito amplamente justificadas em termos da governança de riscos e danos. Argumenta-se que as multas e o conjunto eletrônico de câmeras de velocidade e "segurança", ao qual elas estão ligadas, reduzem as taxas de lesões, mortes e danos materiais (O'MALLEY, 2009b). Além disso, as multas aumentam com a potencialidade de risco da infração (assim medida pela velocidade, nível de álcool no sangue etc.). A imposição de multas funciona, então, como um sistema que precifica o risco com o objetivo de minimizar os danos.

Apesar de óbvias diferenças, o seguro precifica riscos da mesma forma. É o nível de risco que determina o prêmio do seguro, assim como é o nível de risco que determina a dimensão da multa. O paralelo com o seguro também é explicado pelo fato de as multas (e os danos) compartilharem com o seguro uma característica comum: o infrator não precisa ser a pessoa que paga. Cônjuges, pais, empregadores podem todos pagar multas em nome de um infrator, assim como eles podem pagar pelo seguro de outrem. As sanções monetárias são, portanto, literalmente, e não apenas figurativamente, preços.

Assim, nesse sentido, as multas não punem infratores individuais: elas regulam os danos ao precificar riscos. É uma forma mercantil de dissuasão geral, não diferente, em essência, da regulação de preços que tenha por objetivo reduzir a demanda por outras mercadorias de risco, como cigarros ou álcool. Porque estamos tão profundamente enredados em discursos de punição, isso pode parecer um argumento artificial. Contudo, devemos também reconhecer que essa combinação de precificação e dissuasão é intimamente assemelhada às práticas do seguro. Aqueles que criam riscos podem ser "penalizados" ao serem cobrados por prêmios de seguro mais caros. Em muitos casos, isso toma a forma de prêmios mais caros para grupos de riscos mais altos – como pessoas com menos de 25 anos de idade. Isso não é uma "punição", embora, logicamente, possa *se parecer* com uma punição coletiva afligida a um grupo etário por suas transgressões coletivas. Trata-se meramente de precificação de risco para esse grupo.

É também o caso do seguro automotivo que cobra prêmios mais caros de indivíduos em resposta aos seus registros de acidentes (que são indicadores de risco), e igualmente cobra prêmios mais caros de indivíduos se condenados por certas infrações de trânsito, incluindo excesso de velocidade, dirigir alcoolizado e furar sinais vermelhos. Esses casos não são punições, embora eles pareçam assumir a mesma forma. Os prêmios mais caros são um efeito da precificação dos riscos: esses motoristas representam um risco maior para futuros acidentes e, portanto, custos maiores para as seguradoras. Todavia, do mesmo modo que multas de trânsito precificam riscos e se utilizam disso como dissuasão, apólices de seguro fazem praticamente o mesmo. Mas, em ambos os casos, trata-se de *dissuasão sem punição*, porque em ambos os casos o preço não precisa ser suportado pela pessoa culpada.

Nós vemos o lado inverso disso quando se reconhece que quase todas as seguradoras oferecem descontos para motoristas "seguros" por meio de "bônus". Em outras palavras, a condução segura parece ser "recompensada". No entanto, isso é uma decisão econômica – não uma questão de recompensa e punição. Descontos são oferecidos precisamente porque as seguradoras querem manter

o negócio desses condutores de baixo risco. E elas podem oferecer descontos por causa da baixa probabilidade de que esses motoristas (coletivamente) se envolvam em acidentes e façam reclamações. A estrutura para governança, em outros termos, não é moral, mas sim econômica. Esse ponto voltará à tona em breve: ele é de grande importância para a reconfiguração da justiça em um mundo neoliberal.

A estreita correspondência entre multas de trânsito e prêmios de seguro automotivo é instrutiva, pois eles funcionam, em conjunto, para governar riscos e danos por meio de mecanismos de preço. Quer pretendam ser punições ou não faz muito pouca diferença. De fato, o paralelo pode ser ainda mais aprofundado. A "sanção" máxima das seguradoras é recusar o seguro – cancelar as apólices daqueles considerados como sendo riscos inaceitáveis. Dessa maneira, esses condutores são removidos do conjunto de riscos da seguradora. De novo, pelo menos para muitos motoristas, isso é uma penalidade pesada, uma vez que agora é o motorista quem deve aceitar todos os riscos. E, novamente, isso talvez possa ser considerado como uma punição. Porém, essa não é a intenção ou a preocupação da seguradora – cujo objetivo é puramente uma decisão econômica baseada em um cálculo de risco-dano.

Igualmente, de uma perspectiva do dano, as multas objetivam a redução dos riscos – e esse é o principal motivo declarado dos reguladores. Tais infrações e as estratégias de governo relacionadas têm pouco a ver com o indivíduo, sua "alma" ou "personalidade" ou sua questão científica. Não há uma ciência de criminosos que funcione para corrigir a ampla maioria dos infratores no trânsito. Embora haja muitas pesquisas sobre por que as pessoas "correm", esses sujeitos não são classificados em um tipo criminológico. A miríade de campanhas publicitárias que buscam reduzir a velocidade é dirigida a pessoas "comuns", "homens e mulheres razoáveis". A justiça – tanto preventiva quanto compensatória – é alcançada, em grande parte, sem criminalização ou uma ciência do criminoso.

6. Rumo a uma justiça compensatória viável

Um modelo sugerido pelas discussões *supra* seria manter a justiça criminal e o aprisionamento apenas para lidar com aqueles causadores de dano que comprovadamente, além da dúvida razoável, representem um significativo risco de violência a seus concidadãos. As sentenças seriam preventivas em vez de punitivas, o que implicaria a possibilidade de regimes correcionais, mas não a sua necessidade. Todos os outros danos seriam governados por uma forma de seguro socializado contra danos que afetem indivíduos, um sistema de multas

quando os danos afetem o Estado (embora isso pudesse cair no mesmo programa de seguro) e multas preventivas quando o objetivo fosse redução de danos.

O melhor modelo conhecido de tal seguro é disponibilizado pelo sistema de seguro estatal contra todos os riscos instituído na Nova Zelândia, e proposto, mas não promulgado, na Austrália e no Reino Unido (O'MALLEY, 2009a). Ele substituiu parcialmente a responsabilidade civil por uma série de razões. Fora dos casos de compensação de trabalhadores e de responsabilidade pelo produto, nos quais o seguro já predominava, as pessoas pobres não podiam arcar com a proposição e a manutenção de ações judiciais. Devido aos atrasos envolvidos em levar as ações ao tribunal, mais obstáculos eram colocados no caminho dos demandantes pobres. De uma perspectiva nacional, os custos litigiosos da ação de indenização (isto é, o custo do aparato legal e dos procedimentos exigidos para negociar a compensação) tornaram nacionalmente ineficaz a dependência de indenizações como um meio de governar danos. Por fim, as indenizações são pagas em pagamento único, ao passo que a natureza contínua de muitos danos tornava difícil avaliar seu impacto em longo prazo. O seguro resolveu muitos desses problemas.

Nesse aspecto, o modelo sugerido por Becker e Posner, que contava com aqueles prejudicados pleiteando indenizações, não pode realmente ser considerado como um modelo praticável para um sistema de justiça baseado em dinheiro. O seguro ocupa o espaço deixado vago. A *Lei de Compensação por Acidente da Nova Zelândia*[4] (1972) substituiu a responsabilidade civil e proporcionou compensação para a maioria das lesões acidentais, incluindo a maior parte das lesões associadas à violência criminal (PALMER, 1994). Claro, qualquer extensão de tal modelo para cobrir todos os danos a pessoas e propriedades atualmente reconhecidos pela responsabilidade civil e pelo direito penal exigiria uma considerável contribuição do Estado. Ainda que isso fosse viável por meio do aumento da tributação e da canalização de multas e multas preventivas para o fundo securitário, isso também seria eficaz e fortemente subsidiado pelo substancial encolhimento do aparato do sistema prisional e da justiça criminal. Acrescente a essa canalização para o programa os prêmios de seguro já existentes, pagos por empregadores, fabricantes e comerciantes, e é bastante possível que o custo líquido adicional do sistema de justiça estatal fosse mínimo.

Nesse sentido, tanto a responsabilidade civil quanto a justiça criminal encolhem drasticamente; a primeira, quase completamente. Além da massiva redução de custos associados apenas com um aparato prisional residual para a

4. No original: *The New Zealand Accident Compensation Act*. (NT)

detenção preventiva dos perigosos, a justiça compensatória seria alcançada por meio do seguro; e a redução preventiva do dano seria gerenciada, como agora, por um sistema de multas baseadas na precificação dos riscos.

7. O sistema de sanções monetárias é mais rigoroso com os pobres?

Poderia ser razoavelmente argumentado que um sistema de justiça que é mais rigoroso com os pobres tem a pretensão comprometida com relação à ideia de redução de danos. Certamente serão os pobres os menos aptos a pagar compensações: o foco nas sanções monetárias os levaria, individual e coletivamente, a uma classe devedora. É verdade que um programa de seguro suportaria o principal ônus financeiro. É também verdade que, em muitos aspectos, pouco mudaria, uma vez que esse já é o caso em que as multas são a principal sanção que incide sobre os pobres. Contudo, haveria um ônus adicional aos pobres porque as sanções monetárias expandem – na medida em que o escopo de danos a serem compensados é ampliado e as sentenças de aprisionamento são progressivamente abolidas.

Uma resposta direta seria dizer que, entretanto, as multas têm menos impacto sobre os pobres do que o aprisionamento. O aprisionamento interrompe os recebimentos dos prisioneiros quando os infratores são empregados, e é claro que ex-prisioneiros enfrentam sérios problemas em reingressar na força de trabalho. Também, como apontaram Harris e seus colegas (2010), surgem cada vez mais ex-prisioneiros, provenientes do confinamento nos Estados Unidos, endividados com o Estado em razão das custas com o seu aprisionamento. Não pode ser argumentado, portanto, que o endividamento seria o efeito novo e único de um sistema de justiça baseado no dinheiro, pois o endividamento já é um resultado do aprisionamento. Em muitos aspectos, um sistema de sanções monetárias torna claros os custos econômicos aos infratores (e a suas famílias), ao passo que estes são ocultos no caso de aprisionamento e existem além da implicada privação da liberdade. E, enquanto muitos dos aprisionados já estão desempregados, aqueles com trabalhos os perdem: os sentenciados a sanções monetárias mantêm, ao menos, a chance de pagar sua sanção e conservar seu emprego.

A incapacidade dos pobres em pagar multas surgiu como um problema há mais de um século, quando elas foram elaboradas como o substituto padrão para breves períodos de aprisionamento (O'MALLEY, 2009a). As técnicas para lidar com essa incapacidade incluíram conceder mais tempo para pagar, pagamento em parcelas, levar em consideração os meios do infrator ao se estabelecer a multa – e, no Brasil, por exemplo, há o sistema do "dia-multa", que

calibra a sanção monetária de acordo com a renda ou a situação econômica. Contudo, como desaparece a opção de aprisionamento pela omissão em pagar, os Estados têm sido forçados a introduzir sanções alternativas para tratar do não pagamento. Nem todas são boas. Apreensão e leilão de bens do infrator com a finalidade de reduzir a multa provaram-se altamente problemáticos, especialmente porque os recursos gerados são geralmente muito aquém do custo de substituição. Assim, a prática representa *de facto* um aumento na penalidade. O serviço comunitário é uma outra opção, já amplamente adotada, na qual alguma taxa nominal de pagamento converte a multa em horas de serviço. E, claro, a justiça restaurativa já oferece uma séria resposta alternativa aos danos. Aqui, o dinheiro é frequentemente o remédio buscado – apontando, novamente, para a viabilidade de uma justiça compensatória. Contudo, as quantias envolvidas raramente são grandes, e podem, em geral, ser compensadas ou substituídas por remédios alternativos negociados entre as partes. Pareceria que uma justiça baseada no dano, em tais formas, cria um espaço para, até mesmo uma necessidade de, mais inovação.

O fato de que haverá uma alta taxa de não pagamento de multas também não é algo novo. Na prática, isso já é um problema, e tem sido por mais de um século. Na Austrália, por exemplo, calculou-se que, apenas no estado de *New South Wales*, os tribunais não arrecadaram cerca de 80% de todas as multas impostas, enquanto o *Departamento de Recuperação de Dívidas do Estado*[5] registrava mais de 291 milhões de dólares australianos (cerca de R$ 737 milhões) em multas não pagas. Enquanto muitas dessas multas não pagas são relacionadas a infrações de trânsito, para as multas impostas por tribunais, estima-se que somente cerca de 15 por cento delas são recuperadas (NSW SENTENCING COUNCIL, 2006, p. 42-44). Apesar do fato de que, na maioria das jurisdições, relativamente poucas multas são efetivamente executadas e existem somas substanciais envolvidas em multas não arrecadadas, a justiça parece seguir sem um colapso grave.

Isso é um ponto significativo, e duas importantes considerações surgem dele. Primeiro, o funcionamento da justiça não depende da perfeita execução da sanção. Isso é facilmente reconhecido com relação às sentenças de prisão, em que apenas uma minoria cumpre o tempo total determinado pelo juízo. Com as multas, não parece ter importância sequer se uma ampla maioria de infratores deixa de pagar suas multas. É certo que muitos daqueles que não pagam são normalmente submetidos a formas de acompanhamento procedimental (serviço comunitário, confisco de propriedade, ordens para comparecer em juízo e

5. No original: *State Debt Recovery Office*. (NT)

suspensão da habilitação para dirigir). Contudo, o sistema de precificação aparentemente mantém sua função. À luz disso, a questão que surge não é somente até que ponto as pessoas pobres precisam sofrer persecução por multas, mas se essa realidade deveria ser ponderada no sistema formal.

A segunda consideração está intimamente relacionada a isso. Em sua análise do modelo de justiça neoliberal de Gary Becker, Foucault (2007) demonstra que, embora Becker empreste muito de Bentham, aquele se difere em um ponto-chave. Para Bentham, o crime era uma questão moral e, assim, era importante, dentro do possível, extirpá-lo. Entretanto, para Becker, um enquadramento econômico era primordial. Uma vez que a questão-chave em sua visão de justiça é minimizar os danos, o objetivo, então, não é tanto eliminar o crime, já que os custos de fazê-lo, sem dúvidas, excederão os custos para prover compensação, agravando, assim, o dano. Ao substituir uma perspectiva moral por uma perspectiva econômica, Becker trocou a extirpação pelo equilíbrio entre custos econômicos e benefícios da justiça. Quando os custos de obter a compensação (os custos do litígio) excedem o valor da compensação buscada, então a busca pela compensação se esgota. Continuar além deste ponto, dentro de uma perspectiva econômica, significaria que mais danos líquidos (custos) estariam sendo criados. Em suma, dentro de uma abordagem neoliberal de justiça, não há qualquer demanda "moral" necessária para garantir que todas as sanções monetárias sejam pagas. Em grande medida, isso implica que o espectro de endividamento dos pobres não é um efeito necessário das sanções monetárias.

Portanto, há uma incógnita legal. As multas são a sanção predominante no direito penal; mas elas são arrecadadas em uma minoria (bastante pequena) de casos. Os custos esperados de se aumentar a taxa de pagamento são provavelmente proibitivos. Todavia, não foi sugerido que o sistema de multas fosse abandonado, nem parece que a desordem seja uma consequência. Em aspectos fundamentais, por isso, a imposição de multas para a maioria dos infratores parece ser simbólica. Na melhor das hipóteses, poderia ser dito que, contanto que a desordem seja contida dentro de limites aceitáveis, a sanção monetária já se aproximou do modelo "econômico" de justiça de Becker: foi atingido um equilíbrio entre os custos de executar a justiça e os custos dos danos que a justiça previne. Na medida em que os pobres são os prováveis beneficiários desse algoritmo, essa forma de justiça funciona a seu favor.

8. Conclusão

Ainda que a extensão das sanções monetárias existentes para substituir a maior parte do aprisionamento e para contribuir com a compensação paga às

vítimas de danos ilícitos possa parecer uma improvável transformação da justiça, há escopo para mudanças dentro de uma economia massificada neoliberal. Isso já foi visto nos escritos dos advogados e economistas da Escola de Chicago. Junto com o fato de que as sanções monetárias já são a principal sanção da maioria dos sistemas legais, pode parecer, ao contrário, que "transformação" é um termo um tanto radical para descrever os tipos de mudanças consideradas neste artigo. Todavia, para uma crítica do neoliberalismo, o modelo proposto parece reforçar o sistema de fetichismo mercantil, que é a marca dos regimes neoliberais (SOUTH, 2015). E o faz de uma maneira que reforça a individualização do "crime" e a compensação, em vez de reconhecer o aspecto social do dano (HILLYARD; TOMBS, 2017, p. 301). Colocado de forma mais crítica, ao tentar tornar viável, em um ambiente neoliberal, a justiça baseada no dano, o esquema inteiro simplesmente reforça a justiça neoliberal e a torna mais palatável. Esses pontos são vitais e devem ser tratados.

Primeiro, admite-se que um sistema de sanções monetárias funciona por meio da mercantilização. As multas "funcionam" – mesmo quando olhamos para a dissuasão sem punição – porque elas reduzem a capacidade de adquirir mercadorias desejadas. As indenizações são entendidas, no direito, como algo a proporcionar os meios para adquirir mercadorias: sejam como compensação pela perda de renda ou propriedade, sejam como compensação por dor ou sofrimento (LUNTZ, 1990). Contudo, precisa ser reconhecido que a compensação monetária não trata de ganhar nova fortuna para a aquisição de mercadorias que, de outro modo, não seriam adquiridas. Em vez disso, é uma *compensação por perda*. Em um grande número de casos, o pagamento às vítimas de crimes envolveria compensação por perda material (de propriedade, de custos de recuperação de lesões, de perda de rendimentos etc.), que teria de ser compensada de alguma outra forma – ou simplesmente teria de ser suportada pela vítima. Este já é o caso na maioria das jurisdições criminais que proporcionam um pouco de conforto às vítimas em vez de uma desagradável quantia módica de vingança.

Segundo, existe a questão da individualização. Poderia parecer que o sistema de justiça proposto foca em causadores de danos individualizados e vítimas individualizadas, e ignora as questões estruturais que estão por trás de muitos danos. A resposta para isso se concentra na natureza "social" do aparato inteiro de compensação imaginado.

Foi enfatizado que centralizar no dano e na compensação refocaliza a atenção para longe da identidade do causador do dano. Causadores de danos contribuem para a compensação conforme suas condições, mas não são o centro da atenção. Nem se exige qualquer "criminologia" de indivíduos desviantes.

Consequentemente, a individualização de causadores de danos é diminuída em vez de mantida. Um outro ponto é que no modelo de seguro, central a essa justiça baseada no dano, causadores de danos aparecerão como membros de categorias de risco atuarialmente identificadas, e não como indivíduos. Talvez a primeira reação a essa observação seria aumentar o espectro da justiça criminal atuarial ou baseada no risco como uma composição de justiça que tem trabalhado extensivamente em detrimento de infratores pobres (FEELEY; SIMON, 1992, 1994). No entanto, essa forma de justiça baseada no risco é fundada no direito penal. Como os zemiologistas têm enfatizado, em uma perspectiva de justiça baseada no dano, outras categorias sociais e econômicas podem começar a aparecer atuarialmente como os principais causadores de danos: corporações, por exemplo, são capazes de gerar muito mais danos disseminados e devastadores do que indivíduos isolados. A justiça pode reconcentrar-se dentro de um nexo dano-risco – como já visto, por exemplo, em ações populares contra corporações e governos. A mudança contemplada, em outras palavras, abre um espaço no qual uma nova política de justiça poderia emergir com um perfil baseado no risco, muito diferente, mas social, daquele temido pela criminologia crítica. Dito isso, não há qualquer resultado necessário que possa ser antecipadamente especulado: como com a própria política de dano, uma justiça baseada no dano é um projeto político – que oferece uma saída ao lameiro da criminalização individual e do aprisionamento em massa.

Mas, e quanto à individualização das vítimas? O modelo de seguro considerado é, em grande parte, claramente social em natureza. Financiado parcialmente pelo Estado, parcialmente pela receita das multas e parcialmente pelo redirecionamento de prêmios de seguro público de responsabilidade civil existentes de fabricantes e comerciantes, tal programa de seguro efetivamente revigora formas sociais e coletivas de governança. Na medida em que o programa de seguro gerenciado pelo Estado mitiga e aperfeiçoa os danos, seu funcionamento começa a tomar a forma de seguros sociais da era do Estado de bem-estar[6]. Ao precificar riscos e minimizar danos, começa a surgir um regime que é profundamente coletivista em seu alcance enquanto pratica seu coletivismo por meio de formas de justiça monetária que ressoam com racionalidades neoliberais.

É importante ver que o futuro sob tal regime de justiça se torna mais aberto: mais incerto, até mais perigoso, mas também contendo talvez uma promessa de algo completamente diferente. Mas isso não é um projeto para uma "criminologia", seja ela crítica ou não. Ironicamente, as criminologias de todos os

6. No original: *welfare state*. (NT)

tipos perpetuam discursos e práticas de criminalização e da justiça criminal. Em vez disso, os novos problemas e promessas confrontam uma teoria mais positiva e a prática de uma justiça compensatória que oferece segurança por meio de precificação preventiva de riscos e compensação monetária por danos.

Permanece uma questão final, talvez retórica. Não importa quantas críticas particulares possam ser levantadas para contrapor essa abordagem, monetária e baseada no dano, da justiça; pois, é possível ser ela pior que o sistema de vingança, punição e encarceramento em massa que é a essência da justiça criminal contemporânea?

9. Referências

BECKER, G. Crime and punishment: an economic approach. In: BECKER, G.; LANDES, W. (eds.). *Essays in the Economics of Crime and Punishment*. New York: Columbia University Press, 1974.

BENTHAM, j. *An introduction to the principles of morals and legislation*. London: Methuen, 1982.

BENTHAM, j. Principles of penal law. In: BOWRING, j. (ed.). *The works of Jeremy Bentham*. New York: Russell and Russell, 1962a. v. 1.

BENTHAM, j. Principles of the civil code. In: BOWRING, j. (ed.). *The works of Jeremy Bentham*. New York: Russell and Russell, 1962b. v. 1.

FEELEY, M.; SIMON, j. Actuarial justice: the emerging new criminal law. In: NELKEN, D. (ed.). *The futures of criminology*. New York: Sage, 1994.

FEELEY, M.; SIMON, j. The new penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications. *Criminology*, v. 30, p. 449-474, 1992.

FLOYD, R. Environmental security. The case against rethinking criminology as "security-ology". *Crime and Criminal Justice*, v. 15, p. 277-282, 2015.

FOUCAULT, M. *Discipline and punish*. London: Peregrine Books, 1977.

FOUCAULT, M. *Security, territory, population*. London: Palgrave MacMillan, 2007.

FREIBERG, A.; O'MALLEY, p. State intervention and the civil offense. *Law and Society Review*, v. 18, p. 373-394, 1984.

HARRIS, A.; EVANS, H.; BECKETT, K. Drawing Blood from Stones: legal debt and social inequality in the contemporary U.S. *American Journal of Sociology*, v. 115, n. 6, p. 1755-1799, 2010.

HILLYARD, P.; TOMBS, S. From "crime" to social; harm? *Crime, Law and Social Change*, v. 48, p. 9-15, 2007.

HILLYARD, P.; TOMBS, S. From crime to social harm. *Crime, Law and Social Change*, v. 48, p. 9-15, 2013.

HILLYARD, P.; TOMBS, S. Social harm and zemiology. In: LIEBLING, A; MARUNA, S.; MACARA, L. (eds.). *The Oxford Handbook of Criminology*. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2017.

HUGHES, G. Book review: "Beyond criminology: taking harm seriously". *Social and Legal Studies*, v. 15, p. 157-159, 2006.

LOADER, I.; SPARKS, R. *Public criminology*? London: Routledge, 2011.

LUNTZ, H. *Assessment of damages for personal injury and death*. 3. ed. Sydney: Butterworths, 1990.

MUNCIE, j. Book review: "Beyond criminology: taking harm seriously". *Crime, Law and Social Change*, v. 43, p. 199-201, 2005.

NEW SOUTH WALES SENTENCING COUNCIL *The effectiveness of fines as a sentencing option: Court imposed fines and penalty notices*. Sydney: NSW Government Printing Office, 2006.

O'MALLEY, p. Jeremy Bentham. In: MARUNA, S.; MOONEY, J.; HAYWARD, K. (eds.). *Fifty key criminological thinkers*. London: Routledge, 2010b.

O'MALLEY, p. Politicizing the case for fines. *Crime and Public Policy*, v. 10, p. 547-553, 2011.

O'MALLEY, p. Simulated justice. Risk, money and telemetric policing. *British Journal of Criminology*, v. 50, p. 795-807, 2010a.

O'MALLEY, p. *The currency of justice*. Fines and damages in consumer society. London: Routledge/Cavendish, 2009a.

O'MALLEY, p. Theorizing fines. *Punishment and Society*, v. 11, p. 67-83, 2009b.

O'MALLEY, p. Uncertain subjects. Risk, liberalism and contract. *Economy and Society*, v. 29, p. 460-484, 2000.

PALMER, G. The New Zealand accident compensation scheme. Twenty years on. *University of Toronto Law Journal*, v. 44, p. 223-273, 1994.

POSNER, R. *Economic analysis of law*. Boston: Little, Brown, 1986.

RUGGIERO, V. *Penal abolitionism*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

SCHLUETER, L.; REDDEN, K. *Punitive damages*. 3. ed. Charlottesville Va.: Butterworth, 1995.

SIMON, j. Driving governmentality, automobile accidents, insurance and the challenge to social order in the inter-war years 1919-1941. *Connecticut Insurance Law Journal*, v. 4, p. 522-588, 1998.

SOUTH, n. Anticipating the anthropocene and greening criminology. *Crime and Criminal Justice*, v. 15, p. 270-276, 2015.

VAN SWAANINGEN, R. Penal abolitionism. *The Wiley-Blackwell Encyclopaedia of Social and Political Movements*. New York: Wiley, 2013.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Breves notas sobre o abolicionismo penal, de Bruna Angotti – *RBCCrim* 80/247-279 (DTR\2009\520); e
- Da crítica à solução: a criminologia e as *community boards* como alternativas ao sistema penal, de Bruno Seligman de Menezes, Mateus Rech Graciano dos Santos e Vanessa Cerezer de Medeiros – *RBCCrim* 132/219-246 (DTR\2017\1430).