

Editorial

O Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura

No dia 25 de julho a presidenta Dilma Rousseff nomeou os membros do Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura – CNPCT (Lei 12.847/2013). O Comitê é composto por 23 integrantes, sendo 11 do Poder Executivo Federal e 12 indicados por organizações da sociedade civil, escolhidas por meio de uma consulta pública promovida pela Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH). O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais foi escolhido para indicar dois membros ao Comitê,⁽¹⁾ um titular e um suplente, tendo indicado duas pesquisadoras integrantes de seu Núcleo de Pesquisas.

A criação do CNPCT representa um momento histórico no Brasil, especialmente porque o país ainda não conseguiu superar a cultura de tolerância institucional à tortura – violência indigna e cruel que há décadas faz parte do dia a dia de unidades de privação de liberdade e de abordagens policiais em todo o país.

Atualmente o Brasil ostenta a terceira posição entre as populações carcerárias do mundo, apresentando mais de meio milhão de pessoas presas. A falta de vagas e as condições prisionais contribuem para diversas violações de direitos humanos, dentre elas torturas, maus tratos, abusos, falta de assistência à saúde e deficiente assistência judiciária. Tortura e maus tratos têm sido documentados também em outros locais, tais como manicômios e hospitais psiquiátricos, bem como durante inúmeras abordagens policiais, prisões em flagrante e investigações policiais.

Assim, a necessidade e conveniência política do Comitê é inequívoca. Este órgão apresenta um papel central, em âmbito nacional, nas políticas de prevenção e combate à tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, acompanhando, avaliando e propondo aperfeiçoamentos de ações, programas, projetos e planos de prevenção e combate à tortura.

O Comitê também é responsável por acompanhar, avaliar e colaborar para o aprimoramento da atuação de órgãos de âmbito nacional, estadual, distrital e municipal cujas funções estejam relacionadas com suas finalidades; acompanhar a tramitação dos procedimentos de apuração administrativa e judicial; avaliar e acompanhar os projetos de cooperação firmados entre o governo brasileiro e organismos internacionais; recomendar a elaboração de estudos e pesquisas e incentivar a realização de campanhas; apoiar a criação de comitês ou comissões semelhantes na esfera estadual e distrital para o monitoramento e a avaliação das ações locais; bem como construir e manter banco de dados com informações sobre a atuação pertinente de órgãos governamentais e não governamentais.

A primeira grande ação do Comitê será a de escolher os onze peritos que irão compor o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura – MNPCT, órgão que realizará visitas permanentes a unidades de privação de liberdade, como prisões e hospitais psiquiátricos. Outra ação importante neste início de atividades dos membros do Comitê será a de elaborar o regimento interno do órgão.

O combate à tortura e a toda forma de tratamento cruel e degradante é uma das principais bandeiras do IBCCRIM, que frequentemente enfrenta o tema em suas publicações, seminários e mesas de estudos e debates. Um exemplo desse engajamento é o de que, até o momento, foram publicados pelo Instituto aproximadamente 50 artigos sobre a temática no *Boletim* e um trabalho monográfico inteiramente a respeito; ademais, apenas no último Seminário Internacional, um painel e uma audiência pública sobre temas que tangenciam a tortura fizeram parte da programação. Nunca é demais lembrar que o próprio momento da fundação do IBCCRIM, em outubro de 1992, remonta ao compromisso originário de seus idealizadores com o combate à tortura e à violência institucional, porquanto se deu no contexto do Massacre do Carandiru e almejou, entre outros fins, sensibilizar a comunidade jurídica e acadêmica em geral em relação às recorrentes violações dos direitos humanos praticadas no Sistema de Justiça Criminal.

Ressaltamos a importância da participação do IBCCRIM na nomeação do CNPCT por sua experiência, pelos estudos já desenvolvidos sobre o tema da tortura e pelas possibilidades de contribuir para a construção e aprimoramento de políticas públicas de prevenção e combate à tortura no país. Fazer parte desse momento histórico, além de constituir reconhecimento dos serviços prestados à cidadania ao longo de mais de vinte anos de história, significa honrar a missão do Instituto de defender os princípios e a efetiva concretização do Estado Democrático e Social de Direito.

Notas:

- (1) Além do IBCCRIM, oito organizações da sociedade civil, duas representantes de conselhos de classe e profissionais e uma representante de entidade de trabalhadores puderam, igualmente, indicar representantes para a composição do órgão, conforme consta no *Diário Oficial da União* de 25.07/2014:

(ver: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=2&pagina=1&data=25/07/2014>).

| Editorial

Habeas Corpus nos Tribunais Superiores: pontos para reflexão e debate

Thiago Bottino _____ 2

Beccaria (250 anos) e o drama do castigo penal

Luiz Flávio Gomes _____ 4

O juiz natural e a irretroatividade das leis modificadoras de competência

Gustavo Badaró _____ 6

Limites da pena-base e a equivocada Súmula (231) do STJ

Cezar Roberto Bitencourt _____ 8

Coordenação interinstitucional e performance do sistema de justiça em casos de corrupção

Maira Rocha Machado _____ 9

Crime de cartel e suspensão condicional do processo após a entrada em vigor da Lei 12.529/2011

Ana Paula Martinez _____ 11

As permanências autoritárias no sistema punitivo brasileiro e a práxis de resistência da criminologia crítica

Salo de Carvalho _____ 12

Nulidades no processo penal brasileiro?

Ricardo Jacobsen Gloeckner _____ 15

Ainda sobre a “quebra da cadeia de custódia das provas”

Geraldo Prado _____ 16

| PROJETO DE CÓDIGO PENAL EM DEBATE

Um centro filosófico do sistema penal

Miguel Reale Júnior _____ 17

| DESCASOS

Minha primeira causa criminal

Alexandra Lebelson Szafir _____ 19

| Caderno de Jurisprudência

| O DIREITO POR QUEM O FAZ

Tribunal Regional Federal ____ 1781

| JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal ____ 1785

Superior Tribunal de Justiça ____ 1786

Tribunal Regional Federal ____ 1787

Tribunal de Justiça ____ 1788

Habeas Corpus nos Tribunais Superiores: pontos para reflexão e debate

Thiago Bottino

Introdução

Em 2013, o STF julgou mais de 5 mil *habeas corpus* (HCs) e cerca de 800 recursos de *habeas corpus* (RHCs). No STJ, a situação se mostrou ainda mais dramática: mais de 31 mil HCs e cerca de 6 mil RHCs julgados em 2013. Tais números se revelam extraordinariamente altos. Incompatíveis com uma prestação jurisdicional célere e qualificada. Uma situação insatisfatória para jurisdicionados, advogados e julgadores.

A forma como os Tribunais Superiores, inicialmente, reagiram à questão foi questionável: restringir o manejo dessa ação constitucional. No STF e no STJ houve julgados com o entendimento de que o HC substitutivo de RHC (ou de qualquer outro recurso) não deveria ser conhecido. Essa solução recebeu fortes críticas na medida em que reproduzia as limitações à utilização do HC utilizadas pela ditadura militar, quando o Ato Institucional 6 alterou a Constituição para suprimir a impetração de HC substitutivo de RHC.

Essa tendência jurisprudencial acabou perdendo força no STF (no RHC 118.993/ES, 1.ª T., rel. Min. Rosa Weber, DJ 22.04.2014, o STF determinou que o STJ examinasse HC sobre questão já impugnada em via de recurso especial) e no STJ, onde, embora não conhecidas as ordens impetradas em substituição a outros recursos, concedem-se ordens de ofício (HC 231.737/PE, 6.ª T., rel. Min. Sebastião Reis Junior, DJ 26.04.2013).

No entanto, o problema do alto número de processos persiste e gera efeitos perversos. De um lado, a demora no julgamento de ações que são, por sua própria natureza, urgentes. Considerados todos os HCs e RHCs impetrados entre 2008 e 2012, estavam ainda pendentes de julgamento em 2013 cerca de 9% no STF e 11% no STJ. Também é alto o percentual de HCs e RHCs que, quando chegam ao julgamento, são considerados prejudicados: cerca de 20% no STF e de 25% no STJ, considerando o período entre 2008 a 2012. Somadas, as taxas de “injustiça pela demora” correspondem a quase um terço de todas as impetrações.

De outro lado, a fim de acelerar a prestação jurisdicional, os Ministros passaram a julgar os HCs e RHCs de forma monocrática. Entre 2008 e 2012, os julgamentos monocráticos representaram 68,8% do total de casos julgados pelo STF e 59,4% no STJ. Essa solução tem o efeito danoso de concentrar os julgamentos nos Ministros Relatores, privilegiando um modelo de decisões monocráticas em vez de decisões colegiadas. Além disso, viola o direito ao juiz natural e introduz um mecanismo que afeta a isonomia dos julgamentos. Finalmente, impede a formação de uma jurisprudência dominante no âmbito dos Tribunais Superiores.

Percebendo a necessidade de compatibilizar a garantia de acesso à justiça por meio do HC e a prestação jurisdicional célere, o Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (Ipea), em parceria com a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ), financiou pesquisa para coletar dados empíricos e, com base nos resultados, apresentar propostas de enfrentamento da questão. Realizada entre 2013/2014, a pesquisa fornece subsídios importantes para o debate.

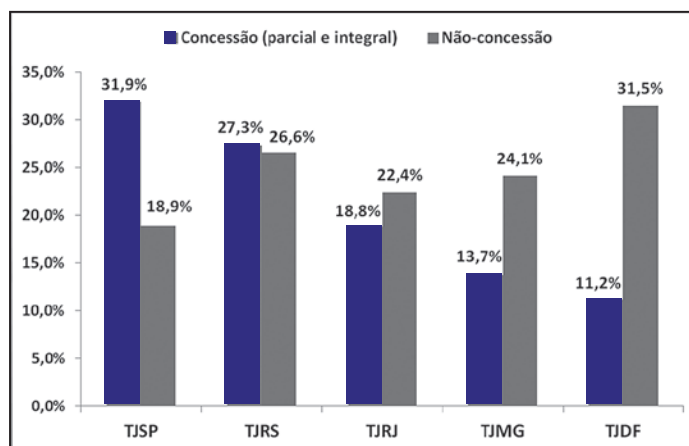
O presente artigo se propõe a apresentar alguns números relativos às variáveis sobre origem, impetrante, questões jurídicas (quais crimes e temas ocorrem com maior frequência) e resultado, colhidos das impetrações realizadas entre 2008 e 2012, e apresentar pontos para reflexão e debate.

1. Origem dos HCs e RHCs

Constatou-se que os casos oriundos do TJSP representam 43,8% de todos os HCs e RHCs impetrados perante o STJ. Esse percentual não é compatível com os números de população demográfica nem população carcerária, ao contrário dos outros quatro tribunais que aparecem em seguida como principais origens de casos, como se demonstra na tabela abaixo.

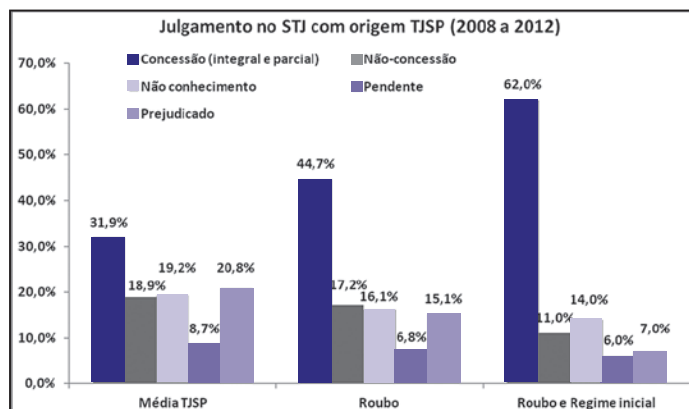
Estado	Percentual População	Percentual População Carcerária	HCs e RHCs no STJ
São Paulo	21,72%	34,60%	43,80% (TJ/SP)
Minas Gerais	10,24%	9,00%	9,40% (TJ/MG)
Rio de Janeiro	8,14%	7,00%	7,40% (TJ/RJ)
Rio Grande do Sul	5,55%	6,00%	6,70% (TJ/RS)
Distrito Federal	1,39%	5,65%	4,40% (TJ/DF)

No que tange ao resultado, os HCs e RHCs impetrados contra decisões do TJSP apresentam altas taxas de sucesso (isto é, reversão das decisões pelo STJ). Dentre os cinco maiores Tribunais de Justiça em números de HCs e RHCs no STJ, o TJ/SP é o que apresenta a maior taxa de concessão (parcial ou integral) e a menor taxa de não concessão.



Como o TJSP é responsável por quase 45% de todas as impetrações perante o STJ e apresenta uma taxa de concessão superior às dos demais Tribunais de 2.ª instância, optou-se por fazer um exame mais detalhado desse Tribunal no que tange às variáveis “crime”, “tema” e “julgamento”.

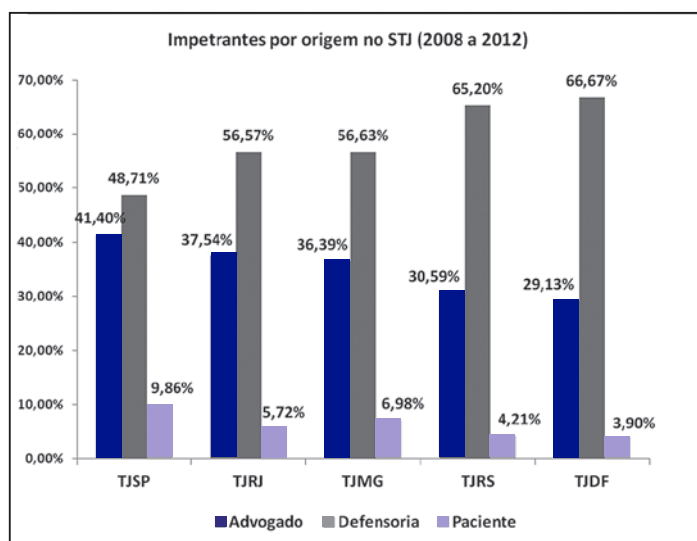
Constatou-se que o tipo penal de maior predominância é roubo (simples e majorado) e, nesse crime, o tema mais recorrente refere-se à fixação do regime inicial. Verifica-se, na tabela abaixo, que as taxas de concessão crescem justamente naqueles recortes de maior concentração. Enquanto a taxa média de concessão nos HCs e RHCs oriundos do TJSP é de 31,9%, quando se isola a variável “crime de roubo” a taxa de concessão se eleva para 44,7% e cresce ainda mais, para 62%, quando se discute eventual erro na fixação do regime inicial em crime de roubo.



Essa constatação surpreende, na medida em que há súmulas tanto do STF (718 e 719, de 2003) como do STJ (440, de 2010) que tratam do tema. Qual a razão pela qual tantos *HCs* e *RHCs* são deferidos pelo STJ em situações já pacificadas no âmbito da jurisprudência dos Tribunais Superiores? A leitura dos acórdãos revela uma resistência do TJSP em aplicar o entendimento sumulado.

2. Impetrantes dos *HCs* e *RHCs*

Muito se fala da suposta explosão de *HCs* e *RHCs* causada pela instalação da Defensoria Pública de São Paulo (DPESP). Imputa-se aos defensores a responsabilidade pelo crescimento do número desses processos nos Tribunais Superiores. No entanto, como se verifica no gráfico abaixo, a participação da DPESP é percentualmente inferior às participações das Defensorias Públicas em atuação nos outros quatro Tribunais de Justiça que se destacam como maior origem de *HC* e *RHC* no STJ.



Assim, ainda que, em números absolutos, a Defensoria Pública de São Paulo impetre mais *HCs* e *RHCs* do que suas congêneres de outros Estados, não se pode falar em participação excessiva da DPESP nas impetrações perante os Tribunais Superiores.

Um dado importante diz respeito às características de cada impetrante. Se examinados os três crimes com maior incidência de *HCs* e *RHCs* impetrados nos Tribunais Superiores, verifica-se que o percentual de ações ajuizadas pelas Defensorias Públicas ocorre de forma concentrada em determinados temas.

TABELA DE PREDOMINÂNCIA DE IMPETRAÇÕES NOS CRUZAMENTOS DE CRIMES E TEMAS COM MAIOR INCIDÊNCIA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES			
Cruzamento "Crime" e "Tema" por impetrante	Defensoria	Advogado	Paciente
Roubo x Regime Inicial	80%	19%	1%
Roubo x Dosimetria	86%	11%	3%
Roubo x Prisão Cautelar	31%	63%	6%
Furto x Insignificância	86%	11%	3%
Furto x Regime Inicial	73%	27%	0
Furto x Prisão Cautelar	52%	42%	6%
Tráfico x Regime Inicial	67%	29%	4%
Tráfico x Prisão Cautelar	26%	69%	5%
Tráfico x Excesso de prazo	12%	74%	14%

Nesse sentido, a redução dessas impetrações deve ser buscada a partir da maior segurança jurídica trazida pela uniformização da jurisprudência, e não na limitação à atuação das Defensorias Públicas.

3. Principais crimes e temas dos *HCs* e *RHCs*

A pesquisa identificou as dez questões jurídicas de maior frequência nos tribunais superiores. Esse dado resulta da análise conjunta dos seguintes fatores: (1) tipos penais que mais ensejam impetrações; (2) temas associados a esses tipos penais (questões ligadas a direito material, processual ou de execução penal); e, (3) teses jurídicas que se discutem nesses casos.

Cinco questões já foram objeto de intensa discussão e, atualmente, encontram-se pacificadas na jurisprudência dos Tribunais Superiores. Portanto, o fato de ensejarem tantas impetrações decorre da resistência de Tribunais de 2.ª instância de aplicarem esse entendimento. São elas:

- 1) Não se pode impor regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso do que o previsto no Código Penal sem que haja fundamentação concreta, não bastando a referência à gravidade em abstrato do delito (*Súmula 440 do STJ e Súmulas 718 e 719 do STF*).
- 2) Aumento de pena decorrente de duas ou mais majorantes precisa ser fundamentado com base em argumentos concretos, não bastando a simples referência à presença das majorantes (*Súmula 443 do STJ*).
- 3) Inquéritos e ações penais em andamento não podem ser utilizados para aumentar a pena base (*Súmula 444 do STJ*).
- 4) É possível a concessão de liberdade provisória para acusados da prática do crime de tráfico de drogas (*decisão do Plenário do STF no HC 104.339 declarando a inconstitucionalidade da vedação constante no art. 44 da Lei 11.343/2006*).
- 5) É possível o cumprimento de pena por crime de tráfico de drogas em regime inicial diferente do fechado (*decisão do Plenário do STF no HC 111840 declarando a inconstitucionalidade da imposição constante no art. 44 da Lei 11.343/2006*).

Outras quatro questões ainda necessitam ser objeto de maior debate pelos Tribunais Superiores, pacificando a jurisprudência:

- 1) É possível aplicar a causa de aumento prevista no art. 157, § 2.º, I, do CP quando não comprovada pela acusação a potencialidade lesiva da arma empregada?
- 2) É possível aplicar o princípio da insignificância a condutas praticadas por agente sobre o qual pesam suspeitas da prática de fatos semelhantes, que seja reincidente ou que possua maus antecedentes?
- 3) Existe um valor objetivo – expresso em percentual do salário mínimo vigente no momento da conduta – que possa ser utilizado no juízo sobre a tipicidade do crime de furto?
- 4) É cabível a prisão preventiva em crimes de furto, uma vez que a pena máxima cominada ao crime admite a substituição por medida restritiva de direitos, ou se trata de vedação absoluta? Elementos como periculosidade do agente, inquéritos ou ações penais em andamento, existência de condenação anterior ou ainda indícios de prática continuada dessa conduta podem embasar a decisão de custódia cautelar?

Por fim, há a questão sobre a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência na segunda fase da dosimetria da pena que, embora já pacificada no âmbito do STJ (no julgamento do EREsp 1.154.752, pela 3.ª Seção do STJ), ainda suscita posicionamentos diferentes no STF, onde há decisões a favor (*HC 101.909*) e contra (*HC 112.774*) a compensação, preponderando essa segunda orientação.

4. Conclusão

Não se considera necessária, nem apropriada, qualquer restrição à impetração de *habeas corpus* substitutivo de qualquer recurso. Afinal, o crescimento dos casos de não conhecimento por esse fundamento também foi acompanhado pelo crescimento de concessões de ordem *ex officio*. No STJ, 22,22% de todas as concessões de ordem *ex officio* foram proferidas em casos de *HCs* não conhecidos por serem substitutivos de recursos. Já

no STF, o percentual de concessão de ordem *ex officio* em casos de *HCs* não conhecidos por serem substitutivos de recursos alcança 25,67%.

Sabe-se também que o sistema processual penal brasileiro é lento e que essa lentidão se agrava no sistema de recursos, seja perante os Tribunais de 2.^a instância, seja perante os próprios Tribunais Superiores. Um recurso pode demorar anos até ser apreciado e essa questão não pode ser ignorada. Portanto, não obstante os Tribunais Superiores tenham buscado impedir a utilização de *HC* como substituto de *RHC* (no caso do STF) ou de qualquer outro recurso cabível (no caso do STJ), a medida aparenta ser um “remédio” ainda mais perigoso do que a “doença”.

Por fim, historicamente, as mais importantes decisões em matéria de direito penal, processual penal e de execução penal foram travadas em sede de *HCs*. Os *leading cases* e as principais discussões constitucionais em matéria penal (gerando significativas mudanças legislativas a partir de declarações de inconstitucionalidade) foram proferidas em *HCs* e *RHCs* que chegavam livremente aos Tribunais Superiores. Nesse aspecto, pode-se dizer que, em matéria penal, o *habeas corpus* é mais relevante para o sistema penal do que as próprias ações de controle concentrado de constitucionalidade.

Some-se a isso o fato de que não há, tampouco, debate no âmbito do Poder Legislativo acerca de modificações relevantes desse instituto. Considerando-se projetos apresentados nos últimos vinte anos, só há quatro Projetos de Lei em tramitação na Câmara dos Deputados que tratam de *habeas corpus*, sendo dois deles (PL 8.045/2010 e 7.987/2010) projetos de reforma integral do Código de Processo Penal. O PL 3.789/2008 estabelece a preferência do julgamento dos *habeas corpus* na pauta dos tribunais e a PEC 180/2007 modifica a Constituição para admitir *habeas corpus* para punições disciplinares militares. No Senado não existe qualquer Projeto de Lei que pretenda limitar a utilização do *habeas corpus*.

No meio acadêmico o *habeas corpus* também não é objeto de controvérsias doutrinárias. Na ocasião em que esse artigo foi finalizado (3 de agosto de 2014) a base de dados do CNPq registrava a existência

de apenas um grupo de pesquisa sobre o tema no Diretório dos Grupos de Pesquisa do Brasil: justamente o que foi constituído para a realização dessa pesquisa.

O fato de que algumas das principais questões levadas a julgamento perante os Tribunais Superiores tenham sido pacificadas durante o período pesquisado indica que o STJ e o STF têm sido parcialmente capazes de lidar organicamente com o crescimento do número de casos, identificando as questões recorrentes e sumulando seu entendimento (ainda que os Tribunais de 2.^a instância resistam em seguir a jurisprudência). No entanto, parte significativa dessas questões ainda precisa ser enfrentada de modo a sinalizar, com clareza, para as instâncias inferiores, o entendimento a ser seguido.

Por todo o exposto, as propostas para reflexão e debate que se pretende colocar são as seguintes:

- 1) Criação de um mecanismo de acompanhamento dos *HCs* e *RHCs* nos Tribunais Superiores cuja análise contribuirá para identificar, com agilidade, os crimes, temas e questões jurídicas mais recorrentes, padronizando-se o entendimento por meio de súmulas.
- 2) Reforço nos casos já pacificados por meio de transformação de súmulas do STJ em súmulas vinculantes pelo STF.
- 3) Pacificação, pelos Tribunais Superiores, dos temas ainda controversos e que geram maior número de impetrações de *HCs* e *RHCs*.

Thiago Bottino

Doutor em Direito.

Professor adjunto da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito RIO) e da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO).

Coordenador da Pesquisa “Panaceia universal ou remédio constitucional? – *Habeas corpus* nos Tribunais Superiores”.

Beccaria (250 anos) e o drama do castigo penal

Luiz Flávio Gomes

Depois de oito meses de intensa pesquisa e ávida exploração de um manancial bibliográfico profícuo, revisei inteiramente a clássica e reverenciada obra de **Beccaria**, *Dos delitos e das penas*, que está completando 250 anos. Pode parecer estranho escrever um livro sobre outro já publicado há tanto tempo. Mas não é. Tratando-se do insuperável **Beccaria**, ontem, hoje e amanhã sempre será oportuno revisitá-lo, porque o estado de polícia (inquisitivo e medieval) que ele criticou duramente em sua obra continua mais vivo do que nunca (aliás, jamais existiu Estado de direito sem a sombra do estado de polícia – ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2012, p. 165 e ss.).

Sob a ótica das ciências penais no terceiro milênio comentamos todas as ideias reformistas (para muitos, revolucionárias) defendidas por **Beccaria** em 1764, de forma anônima. **Beccaria** foi o mais contundente crítico do sistema penal medieval do Antigo Regime, que confundia o delito com o pecado e processava todos os acusados de qualquer delito consoante as aberrantes formas inquisitivas fundadas na denúncia anônima, prisão cautelar imediata e tortura para confessar e delatar. A pena frequente era a de morte, imposta pelo mesmo “juiz” que investigava de maneira secreta e sem direito de defesa. Contra todas essas inomináveis arbitrariedades se insurgiu **Beccaria**, baseando-se no

Iluminismo dos séculos XVII e XVIII assim como nas lições de eméritos filósofos (**Voltaire**, **Montesquieu**, **Diderot**, **D’Alambert**, **Locke**, **Hume**, **Rousseau** etc.), que contestavam o estágio retrógrado em que se encontrava a Justiça daquela época.

Beccaria expôs criticamente os fundamentos do direito de castigar, os princípios estruturantes que o limitam, os requisitos mínimos da imputação penal, alguns aspectos dos crimes mais graves do seu tempo, as sanções cruéis aplicadas e o procedimento desumano e degradante que se adotava. Por ser filho de uma família nobre, escapou da pena de morte, mas não da perseguição da Igreja, que colocou seu livro no *Index* das obras proibidas.

Ele foi mais um político criminal que penalista, mais filósofo que jurista, mas, sobretudo, um economista. Viveu uma vida conturbada com seu pai, com os irmãos Verri (que o ajudaram muito na elaboração da obra) assim como com sua primeira esposa (**Beccaria** era extremamente ciumento, melancólico, tímido e preguiçoso, como dizem seus biógrafos). Escreveu, no entanto, um livro genial (maravilhoso “opúsculo”, disse **Calamandrei**), adotando estilo direto e sem muita erudição, que continua mais atual que nunca, sobretudo nesta era de tantas violações dos direitos fundamentais, recordando a Justiça (do século XXI), em vários momentos, o mundo da Inquisição dos séculos XV-XVIII.

A leitura do nosso livro colocará o leitor em contato com muitos “Beccarias”: o *iluminista*, que criticou duramente o poder monárquico e sua justiça inquisitiva; o *secular*, que pugnou pela separação entre a Igreja e o Estado, a religião e o direito e o delito e o pecado; o *racionalista*, que partia da premissa de que o humano deveria fazer uso da razão e se libertar das crenças e superstições, das religiões estabelecidas assim como dos costumes autoritários; o *contratualista* (o poder político é fruto de um mitológico acordo, de um pacto entre as pessoas, consoante lições de **John Locke, Hobbes e Rousseau**); o *crítico* do sistema medieval, que pregava, com **Montesquieu**, que toda pena desnecessária é tirânica; o *garantista* e sistematizador dos princípios orientadores do moderno sistema penal; o *humanista*, que censurava a tortura e a pena de morte assim como as arbitrariedades judiciais, reivindicando um sistema punitivo mais suave, mas certo e infalível; o *utilitarista*, que aceitava a ideia de que a pena tem por finalidade a prevenção de crimes; o *“socialista”*, que postulava reformas socioeconômicas e educacionais; o *“burguês”*, porque acabou contribuindo para a construção do novo poder punitivo comandado pela burguesia ascendente após a Revolução Francesa de 1789.

Em pleno terceiro milênio, **Beccaria** continua muito atual, porque ainda não foi resolvido o drama do castigo entre a barbárie e a civilização. **Beccaria** recebeu críticas dos conservadores (da Igreja, sobretudo) assim como dos progressistas (que contestavam sua posição diante do direito de propriedade). Sua doutrina, especialmente na América Latina, no entanto, sempre foi muito bem recepcionada. Na Europa não são poucos os seus críticos, destacando-se o professor alemão **Naucke**, que nega que **Beccaria** fosse um humanista (na medida em que ele defendeu a pena de prisão junto com a pena de servidão, a impossibilidade de recurso contra as sentenças condenatórias, a discriminação dos condenados pobres etc.). **Beccaria** também é severamente criticado por ter admitido a finalidade preventiva da pena (que está na base de todos os excessos punitivos do atual populismo penal, que acredita na severidade da pena como solução para a criminalidade). De todas as críticas, devidamente analisadas no nosso livro, a mais desconcertante é a que imputa a **Beccaria** o surgimento do novo poder punitivo burguês, que é extremamente injusto e desigual.

No nosso livro ainda procuramos evidenciar o que surgiu depois de **Beccaria**, realçando não somente o novo Direito Penal (fundado em regras muito mais civilizadas bem como nos princípios garantistas da legalidade, proporcionalidade, necessidade da pena etc.) assim como a nova dogmática penal, alinhada com a ideia de que o poder punitivo deve ter limites (e que não pode ser exercido arbitrariamente). A dialética existente entre o poder de polícia e o Estado de Direito foi devidamente enfrentada pelos doutrinadores do final do século XVIII e primeira metade do século XIX (**Pagano, Feuerbach, Carrara, Lardizával, Melo Freire** etc.).

Depois de 250 anos, o velho Direito Penal liberal está apresentando sinais de intensa confrontação, ganhando força a ideia do sufocamento do Estado de Direito, sobretudo diante das ofensivas neopunitivistas, centradas no populismo penal (veja nosso livro *Populismo penal* midiático, Saraiva). O poder punitivo burguês desviado do Estado de Direito, desde o princípio, se lançou contra os proletários “perigosos” (primeira metade do século XIX). A discriminação, assim como a negação do Estado de Direito, se agravou com a escola positiva italiana (final do século XIX) e se tornou irreversível com os fascismos e o nazismo na primeira metade do século XX. Na segunda metade do século XX surgiram o neopunitivismo

norte-americano (movimento da lei e da ordem etc.), a doutrina da sociedade de risco e do Direito Penal do risco, bem como o movimento internacional punitivista. Tudo isso se resume no populismo penal, de cunho destacadamente midiático. O velho Direito Penal liberal está caído sob destroços, depois de tantos ataques.

O quadro é muito preocupante e desalentador, mas, nós, doutrinadores, professores ou juízes não temos o direito de nos sucumbir perante o estado de polícia nem tampouco à degeneração moral generalizada. Até o último dia da nossa vida temos que lutar pelo Estado de Direito, porque ele é civilização, enquanto o estado de polícia e a degeneração moral são bárbaries, atrasos, opressão, violência, extermínio e corrupção.

Como bem sublinha **Zaffaroni**, “a ciência penal (o doutrinador, o professor e assim também o juiz) deve sempre empurrar em direção ao ideal do estado de direito; enquanto deixa de fazê-lo, avança o estado de polícia. Se trata de uma dialética que nunca se detém, de um movimento constante, com avanços e retrocessos. Na medida em que o direito penal (ou seja: a doutrina, o professor), como programador do poder jurídico de contenção do estado de polícia, deixe de cumprir essa função, ou seja, na medida em que legitime o tratamento de inimigo a algumas pessoas, renuncia ao princípio do Estado de direito e com isso abre espaços de avanço do poder punitivo sobre todos os cidadãos e ainda dá ensejo ao estado de polícia, isto é, cede terreno em sua função de contenção ou de dique em permanente resistência” (ZAFFARONI, 2012: p. 168-169).

Chamo a atenção também para a última parte do livro, em que analisei a brilhante contribuição emanada do **Beccaria**, fundador da Política criminal. **Beccaria** defendia (para a prevenção do crime) a certeza da pena mais suave possível, mais medidas extrapenais, que nunca foram implantadas pela burguesia dominante em várias partes do planeta. De forma bastante original enfocamos os vários modelos de capitalismo, para concluir que mais degenerados se encontram os países de capitalismo selvagem (como o Brasil), cuja política criminal (penal, deveríamos dizer), bastante equivocada, se caracteriza pela ausência de medidas extrapenais (Estado reativo, não preventivo; governança da reação simbólica, não dos riscos reais) assim como pela política da severidade da pena (intimidação por meio da pena prevista na lei, da aplicação e da execução exemplares), pela falta da certeza do castigo, pelo clima de guerra e de medo, pela exploração da emocionalidade da sociedade de massas ressentidas (conforme doutrinava **Durkheim**); pela predisposição da sociedade para um Direito Penal autoritário; pela edição de leis penais severas e alopradas (emergenciais); pelo encarceramento massivo sem critérios justos; pela frouxidão no controle dos órgãos repressivos; pela cultura da violação massiva dos direitos humanos das vítimas e dos réus e pelo desrespeito ao devido processo legal e proporcional.

Nosso livro tem o propósito de proporcionar ao acadêmico, professor ou profissional de múltiplas áreas (ciências jurídicas, criminologia, história, filosofia, sociologia etc.) o proveitoso encontro ou reencontro, sob a ótica do terceiro milênio, com centenas de ideias incrivelmente atuais, embora lançadas em 1764, por um autor genial, que tinha apenas 25 anos de idade quando as escrevera de forma lúcida, clara e brilhante. Boa leitura!

Luiz Flávio Gomes

Jurista.

Diretor-presidente do Instituto Avante Brasil.



DIRETORIA DA GESTÃO 2013/2014

DIRETORIA EXECUTIVA

Presidente: Mariângela Gama de Magalhães Gomes

1.ª Vice-Presidente: Helena Regina Lobo da Costa

2.ª Vice-Presidente: Cristiano Ávila Maronna

1.ª Secretária: Heloisa Estellita

2.ª Secretário: Pedro Luiz Bueno de Andrade

1.º Tesoureiro: Fábio Tofic Simantob

2.º Tesoureiro: Andre Pires de Andrade Kehdi

Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e

Estaduais: Eleonora Rangel Nacif

CONSELHO CONSULTIVO

Ana Lúcia Menezes Vieira

Ana Sofia Schmidt de Oliveira

Diogo Rudge Malan

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

Marta Saad

OUVIDOR

Paulo Sérgio de Oliveira

O juiz natural e a irretroatividade das leis modificadoras de competência^(*)

Gustavo Badaró

A Constituição brasileira assegurou a garantia do juiz natural em dupla vertente: em seu aspecto negativo, veda a criação de tribunais de exceção (art. 5.º, XXXVII), já em sua face positiva, garante que toda pessoa tem o direito de ser julgada pelo órgão jurisdicional competente fixado por lei. O art. 5.º, LIII, da Constituição, assegura que: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Esse aspecto positivo do juiz natural, por sua vez, pode ser tratado sob uma ótica estática e outra dinâmica.

O aspecto *estático* do juiz natural equivale ao direito ao juiz *determinado* por lei. Juiz competente deve ser aquele que seja legitimado para julgar determinado caso concreto. Trata-se, pois, do juiz objetivo, territorial e funcionalmente competente, independentemente de esses critérios estarem previstos na Constituição, em leis federais ou em leis de organização judiciária dos Estados. É, pois, o juiz determinado segundo todos os critérios e todas as fontes normativas, que deverão utilizar critérios gerais, abstratos e objetivos de determinação de competência, fixados em lei e não passíveis de escolhas discricionárias de quem quer que seja.

Com isso, estar-se-á assegurando a imparcialidade do julgador, ou melhor, nas palavras de **Romboli**, haverá certeza de que não se tratará de um juiz escolhido especificamente para aquele processo e, portanto, um juiz que não seja, seguramente, parcial.⁽¹⁾ Em última análise, a garantia do juiz natural assegura a objetividade ou a não manipulação na individualização do juiz.

O objeto do presente artigo é a garantia do juiz natural em sua perspectiva *dinâmica*. Não basta que o juiz natural seja *determinado* por lei. É necessário que ele seja também *predeterminado* por lei. Isto é, ao longo do desenvolvimento do processo, especialmente no que toca à sucessão de leis no tempo que tenham por objeto a alteração da competência estabelecida pela lei anterior.

Trata-se do que **Figueiredo Dias** denomina “ponto de referência temporal”, isto é, um “*princípio de irretroatividade: a fixação do juiz e da sua competência tem de ser feita por uma lei vigente já ao tempo em que foi praticado o facto criminoso que será objecto do processo*”.⁽²⁾

Em isso está previsto na maioria das constituições modernas em que são encontradas expressões como, por exemplo, “*pré-constituído*” (no art. 25, comma 1.º, da Constituição italiana), ou “*predeterminado*” (no art. 24.2 da Constituição espanhola), ou ainda, de forma mais explícita, “*fixado por lei anterior*” (art. 32.9 da Constituição portuguesa).

Embora a Constituição brasileira, no inc. LIII do art. 5.º, apenas se refira à “autoridade competente”, sem utilizar qualquer expressão equivalente àquelas supracitadas, não há como deixar de reconhecer que a autoridade competente deve ser uma autoridade competente, “estabelecida anteriormente por lei”. Isso porque, a Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu art. 8.1 garante o direito a ser julgado por um juiz “competente ... estabelecido anteriormente por lei”. Tal norma indica, com clareza, que a competência não pode ser definida por qualquer lei, mas somente por uma lei anterior, prévia, ou preexistente.

Aliás, já bastaria a hierarquia legal superior da norma convencional para que se afastasse, de uma vez por todas, o argumento baseado em um positivismo simplista, que considera ser possível aplicar às leis modificadoras de competência o art. 2.º do CPP, e sua regra de direito intertemporal *tempus regit actum*,⁽³⁾ a garantia do juiz natural prevista no art. 5.º, LIII, da CF, integrada pelo art. 8.1 da CADH, que assegura o direito ao juiz competente predeterminado pela lei, vigente ao momento do delito. O conflito intertemporal envolvendo leis que definem competência penal deve ser resolvido segundo a regra *tempus criminis regit iudicem*.

A evolução histórica da garantia indica que seu aspecto temporal, impondo a irretroatividade sobre leis que alterem a competência, ainda é fundamental para assegurar um julgador imparcial. Num primeiro momento, a garantia do juiz natural, ou juiz assinalado pela lei, visava evitar a interferência arbitrária do monarca na administração da justiça, que nomeava comissões extraordinárias para julgar seus inimigos políticos. Passou-se a exigir, então, que o juiz competente fosse determinado por lei. Ou seja, quem determinava o juiz era o Poder Legislativo e não mais o rei. Posteriormente, porém, percebeu-se que não era suficiente exigir a mera disciplina legal para assegurar o juiz natural. Se a lei nova que alterasse as regras sobre competência pudesse atingir processos em curso, tendo por objeto fatos ocorridos antes do início de sua vigência, a imparcialidade continuaria em risco. A ingerência continuaria e a possibilidade de escolha de um juiz parcial permaneceria, apenas mudando o sujeito a temer: antes o Executivo, agora, o Legislativo.

Uma situação em que se tem admitido a “flexibilização” da exigência de que as leis sobre competência somente disponham *pro futuro* é admitir a retroação de leis modificadoras de competência que tenham *caráter geral e abstrato*. Isto é, se a lei nova não tiver por escopo realizar a alteração de competência para um caso específico e de acordo com critérios subjetivos,⁽⁴⁾ ou de qualquer outra forma não permita que critérios discricionários de determinação de competência ponham em risco o direito do acusado a uma justiça independente e imparcial, deverá ser aplicada aos processos em curso.

Uma lei nova que mude os critérios de competência somente não seria aplicável aos crimes anteriormente cometidos se transferisse a competência de uma causa ou grupo individualizado de causas para um tribunal de exceção, ou se fosse uma lei casuística ou de encomenda, para determinado caso concreto.

O raciocínio é sedutor: se a lei nova parece ser destinada a governar a generalidade dos casos, e não um caso individualmente preordenado, em princípio, ela não atentaria contra a independência e a imparcialidade do julgador, não havendo porque a garantia do juiz natural obstar sua aplicação aos casos passados. Todavia, cabe indagar: como determinar, no caso concreto, se a lei é ou não geral e abstrata?

Com base em **Bobbio**, é possível considerar que uma lei é *geral* quando atinge uma classe de sujeitos ou pessoas. Nesse caso, a generalidade da lei se opõe à *individualização*, que ocorre quando atinge um único sujeito individualmente considerado, hipótese em que será considerada uma lei individual.⁽⁵⁾ Por outro lado, uma lei será considerada *abstrata* quando prevê uma “ação-tipo” ou uma classe de ação, isto é, situação reproduzível no futuro.⁽⁶⁾ A norma *concreta*, por sua vez, regula uma ação singular, isto é, prevista para uma só ocorrência, sem possibilidade de sua renovação.⁽⁷⁾

Porém, distinguir, de um lado, as normas *gerais* das *individuais*, e de outro, as normas *abstratas* das *concretas*, torna-se mais complicado quando se passa para a análise das leis efetivamente postas. É preciso muito cuidado para identificar “a maliciosa aparência de generalidade ou abstração” pois, como adverte **San Tiago Dantas**, “o legislador, desejando ferir, com uma provisão arbitrária, certa pessoa ou certo caso particular, sempre pode disfarçar o aspecto individual da medida, endereçando-a a uma classe arbitrária ou a um gênero que, na verdade, se reduz a um determinado ou determinados indivíduos”.⁽⁸⁾ Não se pode excluir, portanto, que por meio de *lex generalis*, que não diga respeito a um único processo ou a um acusado, se altere o sistema de competência com a finalidade de subtrair um acusado (ou grupo de acusados) do juiz competente segundo a lei do *tempus commissi delicti*.⁽⁹⁾

Diante de tal risco, é de se indagar: como saber se a lei modificadora

da competência, aparentemente regular, é uma lei boa, com fim realmente geral, de uma melhor e mais eficaz prestação jurisdicional, ou é má, visando alterar o órgão julgador para atingir determinado resultado processual?

A resposta é difícil e insegura, sendo que a aparente solução do problema, na verdade, apenas cria um novo: como distinguir uma lei geral de uma lei singular ou excepcional? Não se pode esquecer que há inúmeras leis que, mesmo sendo formalmente abstratas, têm endereço certo e finalidade específica, de transferir a causa para juízes mais “interessantes”.

Bastam dois exemplos da história recente brasileira. O primeiro foi o Ato Institucional 2, de 27.10.1965, que alterou a redação originária do § 1.º do art. 108 da Constituição de 1946, para que passasse a ser da competência da Justiça Militar os crimes contra a “segurança nacional”. O segundo exemplo foi a Lei 9.299, de 07.08.1996, ao modificar a competência do julgamento dos crimes dolosos contra a vida praticados por militares contra civil. Inegavelmente, tratou-se de leis gerais e abstratas. Mas alguém negaria que tiveram finalidade específica e muito bem determinada: no primeiro caso, transferir para a Justiça Militar os processos dos crimes políticos; na segunda situação, transferir da Justiça Militar para a Justiça Comum Estadual o processo – e consequentemente – o julgamento dos policiais militares acusados pelo chamado “Massacre de Eldorado dos Carajás”, em 17.04.1996, decorrente da ação da Polícia Militar do Estado do Pará.

A aceitação de leis retroativas sobre competência, sob o fundamento de se tratarem de leis gerais e abstratas, gera “*um casuismo intolerável*”⁽¹⁰⁾ que, a pretexto de maior eficácia da organização judiciária, deixa uma porta aberta para vulneração do direito ao juiz natural. Ao mais, tal posicionamento também não explica porque uma disciplina geral, *ex post factum*, não pode concretizar um arbítrio em prejuízo do cidadão.

Como adverte **Diez-Picazo Gimenez**, as garantias constitucionais existem para evitar riscos, não para impedir resultados, e se existisse um critério fixo que permitisse estabelecer quando uma lei fosse atentatória à imparcialidade, a predeterminação legal do juiz seria uma garantia supérflua, porque o valor da imparcialidade, ao proteger-se em si mesmo, não necessitaria de garantias.⁽¹¹⁾

A experiência secular está a demonstrar que inexistente tal critério, é necessário estabelecer uma garantia – o juiz natural predeterminado por lei – para impedir que leis modificadoras da competência coloquem em risco a imparcialidade do juiz.

A prioridade legal na determinação do juiz competente é inerente à garantia do juiz natural, que implica “uma referência temporal”. Sem isso, a garantia não teria operatividade perante o Poder Legislativo que, mediante a aprovação de uma lei posterior ao caso, poderia criar um órgão ou juiz e atribuir-lhe poder jurisdicional, ou, de forma mais sutil, alterar a competência estabelecida por lei anterior, permitindo que a modificação *ex post factum* se traduza na determinação de um órgão *ad hoc*.⁽¹²⁾

Em conclusão, a garantia do juiz natural, assegurada no inc. LIII do art. 5.º da Constituição, integrada pela previsão do art. 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, tem um aspecto temporal, que assegura a irretroatividade das leis que alterem critérios de competência, o que se

impõe mesmo no caso de modificações provocadas por lei com caráter geral e abstrato. O acusado deverá ser julgado pelo juiz competente predeterminado por lei, isto é, pela lei vigente ao tempo em que foi praticado o fato objeto do processo penal.

Notas:

- (*) O presente trabalho é parte da pesquisa desenvolvida com maior profundidade e agora publicada pela Editora Revista dos Tribunais: Gustavo Henrique Badaró, *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: RT, 2014.
- (1) Roberto Romboli, *Il giudice naturale*. Studi sul significato e la portata del principio nell’ordinamento costituzionale italiano. Giuffrè, Milão, 1981, p. 132.
- (2) Jorge Figueiredo Dias, *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1974, v. 1, p. 323.
- (3) Muito menos é de se aceitar a aplicação, por analogia (CPP, art. 3.º) da regra da *perpetuatio iurisdictionis*, estabelecida no art. 87 do CPC. Não há lacuna a ser suprida. O processo penal tem a regra própria do art. 8.1 da CADH.
- (4) Nesse sentido: Frederico Marques, *Tratado de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1980, vol. 1, p. 243; Rogério Lauria Tucci, *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, 2. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 110 e 114. Na jurisprudência: STF, *HC 88.660/CE*, Pleno, rel. Min. Carmen Lúcia, j. 15.05.2008, m.v.; *HC 91.253/MS*, 1.ª T., rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 16.10.2007, m.v.; *HC 85.060/PR*, 1.ª T., rel. Min. Eros Grau, j. 23.09.2008, v.u.; *HC 91.509/RN*, 2.ª T., rel. Min. Eros Grau, j. 27.10.2009, v.u.; *HC 94.146/MS*, 2.ª T., rel. Min. Ellen Gracie, j. 21.10.2008, v.u.
- (5) Norberto Bobbio, *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti, Bauru: Edipro, 2001, p. 178-181.
- (6) *Idem*, *ibidem*, p. 181.
- (7) Celso Antônio Bandeira de Mello, *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 26.
- (8) Francisco Clementino de San Tiago Dantas, Igualdade perante a lei e “due process of law” (Contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo), *Problemas do Direito Positivo*. Rio de Janeiro: Forense, 1953, originariamente publicado em *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, n. 126, p. 357-367, abr. 1948, p. 45-46.
- (9) Vittorio Grevi, Norme modificatrici delle circoscrizioni giudiziarie e garanzia del giudice naturale precostituito per legge. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1967, p. 1013, nota 11.
- (10) A expressão é de María Luisa Escalada López, El derecho al juez legal en el ordenamiento constitucional alemán. *Revista de Derecho*, v. XIX, jul. 2006, p. 9.
- (11) Ignácio Diez-Picazo Gimenez, El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por ley. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 31, jan.-abr. 1991, p.112.
- (12) María Luisa Escalada López, *Sobre el juez ordinario predeterminado por la ley*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 8.

Gustavo Badaró

Livre-docente, Doutor e Mestre em
Direito Processual Penal pela USP.

Professor associado do Departamento de
Direito Processual, Faculdade de Direito da USP.
Advogado.

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661

COORDENADOR-CHEFE: Rogério Fernando Taffarello

COORDENADORES ADJUNTOS: Cecília de Souza Santos, José Carlos Abissamra Filho e Matheus Silveira Pupo.

CONSELHO EDITORIAL:

Acácio Miranda da Silva Filho, Alberto Alonso Muñoz, Alexandre Pacheco Martins, Alexandre Soares Ferreira, Anderson Bezerra Lopes, André Azevedo, André Ricardo Godoy de Souza, André Pires de Andrade Kehdi, Andrea Cristina D’Angelo, Antonio Baptista Gonçalves, Átila Pimenta Coelho Machado, Bruno Salles Pereira Ribeiro, Bruno Redondo, Caroline Braun, Cecília de Souza Santos, Cecília Tripodi, Cláudia Barrilari, Christiany Pegorari, Conrado Almeida Corrêa Gontijo, Daniel Allan Burg, Daniel Del Cid, Daniel Kignel, Danilo Dias Ticami, Danyelle da Silva Galvão, Dayane Fanti, Décio Franco David, Douglas Lima Goulart, Eduardo Augusto Paglione, Edson Roberto Baptista de Oliveira, Eleonora Rangeli Nacif, Fabiana Zanatta Viana, Felipe Mello de Almeida, Fernanda Carolina de Araújo, Fernanda Regina Vileas, Fernando Gardinali, Flávia Guimarães Leardini, Gabriel Huberman Tyles,

Guilherme Lobo Marchioni, Hugo Leonardo, Ilana Martins Luz, Jacqueline do Prado Valles, Jamil Chaim Alves, José Carlos Abissamra Filho, José Roberto Coelho de Almeida Akutsu, Karlis Mirra Novickis, Larissa Palermo Frade, Leopoldo Stefano Gonçalves Leone Louveira, Marcel Figueiredo Gonçalves, Marco Aurélio Florêncio Filho, Maria Carolina de Moraes Ferreira, Maria Jamile José, Mariana Chamelette, Matheus Silveira Pupo, Milene Maurício, Octavio Augusto da Silva Orzari, Paola Martins Forzenigo, Pedro Augusto de Padua Fleury, Pedro Beretta, Rafael Carlsson Gaudio Custódio, Rafael Fecury Nogueira, Rafael Lira, Rafael Tiago da Silva, Renato Stanzola Vieira, Ricardo Caiado Lima, Rodrigo Nascimento Dall’Acqua, Sérgio Salomão Shecaira, Taísa Fagundes, Tatiana de Oliveira Stoco, Thais Paes, Theodoro Balducci de Oliveira e Vinicius Lapetina.

COLABORADORES DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA:

Bruna Torres Caldeira Brant, Bruno Maurício, Cássio Rebouças de Moraes, Gabriela Rodrigues Moreira Soares, Giancarlo Silkunas Vay, Greycy Tisaka, Guilherme Suguimori Santos, José Carlos Abissamra Filho, Leopoldo Stefano Leone Louveira, Mariana

Helena Kapor Drumond, Matheus Silveira Pupo, Michelle Pinto Peixoto de Lima, Milene Maurício, Paula Mamede, Pedro Luiz Bueno de Andrade, Renato Watanabe de Moraes, Roberta Werlang Coelho Beck, Sâmia Zattar, Stephan Gomes Mendonça, Suzane Cristina da Silva e Vivian Peres da Silva.

PROJETO GRÁFICO: Lili Lungarezi - lililungarezi@gmail.com

PRODUÇÃO GRÁFICA: Editora Planmark - Tel.: (11) 2061-2797
planmark@editoraplanmark.com.br

Impressão: Ativaonline - Tel.: (11) 3340-3344

O Boletim do IBCCRIM circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas. O conteúdo dos artigos publicados expressa a opinião dos autores, pela qual respondem, e não representa necessariamente a opinião deste Instituto.

Tiragem: 11.000 exemplares

ENDEREÇO DO IBCCRIM:

Rua Onze de Agosto, 52 - 2.º andar, CEP 01018-010 - S. Paulo - SP
Tel.: (11) 3111-1040 (tronco-chave)
www.ibccrim.org.br

Limites da pena-base e a equivocada Súmula (231) do STJ

Cezar Roberto Bitencourt

1. Pena-base: exame das circunstâncias judiciais

Para se encontrar a *pena-base*, devem-se analisar todos os moduladores relacionados no art. 59 do CP, correspondendo, como refere **Paganella Boschi**, “à pena inicial fixada em concreto, dentro dos limites estabelecidos a priori na lei penal, para que, sobre ela, incidam, por cascata, as diminuições e os aumentos decorrentes de agravantes, atenuantes, majorantes ou minorantes”.⁽¹⁾ O Código não estabelece quais devem ser considerados favoráveis ou desfavoráveis ao réu, atribuindo tal função à natureza dos fatos e das circunstâncias, e conferindo ao juiz o dever de investigá-los durante a dilação probatória e, posteriormente, individualizá-los e valorá-los, na sentença. Na realidade, todos, conjuntamente, e quaisquer deles, isoladamente, podem ser favoráveis ou desfavoráveis ao réu. Por isso, embora formem um conjunto, devem ser analisados individualmente, sendo insuficiente, consoante reiterada jurisprudência, considerações genéricas e superficiais, ou mesmo conclusões sem embasamento legal.

A ausência de fundamentação ou de análise das circunstâncias judiciais ou mesmo a sua análise deficiente gera nulidade absoluta da decisão judicial. Há, no entanto, um entendimento jurisprudencial majoritário de que a falta de fundamentação na fixação da pena não gera nulidade se aquela for fixada no mínimo legal.⁽²⁾ Esse é um entendimento que necessita ser revisto urgentemente ou, pelo menos, merece detida reflexão. É, no mínimo, uma posição questionável entender que a favor do indivíduo tudo é permitido, esquecendo-se que no outro polo da relação processual encontra-se a sociedade, representada pelo Ministério Público, que também tem o direito de receber um tratamento isonômico. A fixação da pena no limite mínimo permitido, sem a devida fundamentação, viola o *ius accusationis* e, principalmente, frauda o princípio constitucional da *individualização* da pena, que, em outros termos, significa dar a cada réu a sanção que merece, isto é, necessária e suficiente à prevenção e repressão do crime. Assim, deve-se entender que a ausência de fundamentação gera nulidade, mesmo que a pena seja fixada no mínimo, desde que haja recurso da acusação, logicamente.⁽³⁾

Se todas as operadoras do art. 59 forem favoráveis ao réu, a pena-base deve ficar no mínimo previsto. Se algumas circunstâncias forem desfavoráveis, deve afastar-se *um pouco* do mínimo; se, contudo, o conjunto for desfavorável, pode aproximar-se do chamado termo médio, que, segundo a velha doutrina nacional, é representado pela média da soma dos dois extremos, quais sejam, limites mínimo e máximo cominados. De regra, o cálculo da pena deve iniciar a partir do limite mínimo e, só excepcionalmente, quando as circunstâncias do art. 59 revelarem especial gravidade, justifica-se a fixação da pena-base afastada do mínimo legal.

Não se pode olvidar, por fim, que o art. 59 reúne oito moduladores que orientam a definição da pena-base, podendo-se atribuir, hipoteticamente, de um total máximo de dez pontos para o conjunto, apenas um e 25 para cada um, ou seja, um oitavo para cada modulador, significando que duas operadoras desfavoráveis, por exemplo, representam dois e meio negativos, restando sete e meio em favor do acusado. Enfim, esses critérios devem orientar o julgador, que não pode ignorar a totalidade de elementos relacionados no dispositivo referido, que, repita-se, devem ser analisados no seu conjunto.

2. Pena provisória: agravantes e atenuantes

Encontrada a pena-base, em seguida passa o julgador ao exame das circunstâncias legais, isto é, das atenuantes e agravantes, aumentando ou diminuindo a pena em certa quantidade, que resultará no que chamamos *pena provisória*.

Nesta segunda operação se devem analisar somente as circunstâncias legais genéricas, enfatizando-se as *preponderantes*, quando concorrerem agravantes e atenuantes. Nenhuma circunstância atenuante pode deixar

de ser valorada, ainda que não seja invocada expressamente pela defesa, bastando que se encontre provada nos autos.

Acompanhamos no passado a corrente tradicional, segundo a qual as atenuantes e as agravantes não podiam levar a pena para alguém ou para além dos limites estabelecidos no tipo penal infringido, sob pena de violar o primeiro momento da *individualização* da pena, que é legislativo, privativo de outro poder, e é realizada por meio de outros critérios e com outros parâmetros, além de infringir os *princípios da reserva legal* e da *pena determinada* (art. 5.º, XXXIX e XLVI, da CF), recebendo a pecha de inconstitucional, por aplicar pena não cominada. Quando a pena-base, segundo esse entendimento, estivesse fixada no mínimo, impediria sua diminuição, ainda que se constatasse *in concreto* a presença de uma ou mais atenuantes, sem que isso caracterizasse *prejuízo* ao réu, que já teria recebido o mínimo possível.

Já há algum tempo revisamos nosso entendimento, acompanhando a melhor orientação doutrinária (e parte da jurisprudência), voltada para os postulados fundamentais do Estado Democrático de Direito, que não transige com responsabilidade penal objetiva e tampouco com interpretações analógicas *in malam partem*; assim, acompanhamos o entendimento que sustenta a possibilidade de as *circunstâncias atenuantes* poderem trazer a pena aplicada para *além do mínimo legal*, especialmente quando, *in concreto*, existam causas de aumento.

3. Pena além do mínimo: uma garantia constitucional

O entendimento contrário à redução da pena para alguém do mínimo cominado partia de uma *interpretação equivocada*, que a dicção do atual art. 65 do CP não autoriza. Com efeito, esse dispositivo determina que as *circunstâncias atenuantes* “sempre atenuam a pena”, independentemente de já se encontrar no mínimo cominado. É irretocável a afirmação de **Carlos Canibal**⁽⁴⁾ quando, referindo-se ao art. 65, destaca que “*se trata de norma cogente por dispor o Código Penal que ‘são circunstâncias que sempre atenuam a pena’... e – prossegue Canibal – norma cogente em direito penal é norma de ordem pública, máxime quando se trata de individualização constitucional de pena*”. A previsão legal, definitivamente, não deixa qualquer dúvida sobre sua *obrigatoriedade*, e eventual interpretação diversa viola não apenas o *princípio da individualização da pena* (tanto no plano legislativo quanto judicial) como também o *princípio da legalidade estrita*.

O equivocado entendimento de que “circunstância atenuante” não pode levar a pena para alguém do mínimo cominado ao delito partiu de *interpretação analógica* desautorizada, baseada na proibição que constava no texto original do parágrafo único do art. 48 do CP de 1940,⁽⁵⁾ não repetido, destaque-se, na Reforma Penal de 1984 (Lei 7.209/1984). Ademais, esse dispositivo disciplinava uma *causa especial* de diminuição de pena – quando o agente quis participar de crime menos grave –, mas impedia que ficasse abaixo do mínimo cominado. De notar que nem mesmo esse diploma revogado (parte geral) estendia tal previsão às *circunstâncias atenuantes*, ao contrário do que entendeu a interpretação posterior à sua revogação. Lúcido, também nesse sentido, o magistério de **Canibal** quando afirma: “*É que estes posicionamentos respeitáveis estão, todos, embasados na orientação doutrinária e jurisprudencial anterior à reforma penal de 1984 que suprimiu o único dispositivo que a vedava, por extensão – e só por extensão – engendrada por orientação hermenêutica, que a atenuação da pena por incidência de atenuante não pudesse vir para alguém do mínimo. Isto é, se está raciocinando com base em direito não mais positivo*”.⁽⁶⁾

Ademais, naquela orientação, a nosso juízo superada, utilizava-se de uma espécie *sui generis* de interpretação analógica entre o que dispunha o antigo art. 48, parágrafo único, do CP (parte geral revogada), que disciplinava uma causa especial de diminuição, e o atual art. 65, que elenca as circunstâncias

atenuantes, todas estas de aplicação obrigatória. Contudo, a não aplicação do art. 65 do CP, para evitar que a pena fique aquém do mínimo cominado, não configura, como se imagina, *interpretação analógica*, mas verdadeira *analogia* – vedada em Direito Penal – para suprimir um Direito Público subjetivo, qual seja a *obrigatória* (circunstância que sempre atenua a pena) atenuação de pena. Por outro lado, a *analogia* não se confunde com a *interpretação analógica*. A *analogia*, convém registrar, não é propriamente forma ou meio de *interpretação*, mas de *aplicação* da norma legal. A função da analogia não é, por conseguinte, *interpretativa*, mas *integrativa* da norma jurídica. Com a analogia procura-se aplicar determinado preceito ou mesmo os próprios princípios gerais do direito a uma hipótese não contemplada no texto legal, isto é, com ela busca-se colmatar uma lacuna da lei. Na verdade, a *analogia* não é um *meio de interpretação*, mas de *integração* do sistema jurídico. Nessa hipótese, que ora analisamos, não há um texto de lei obscuro ou incerto cujo sentido exato se procure esclarecer. Há, com efeito, a ausência de lei que discipline especificamente essa situação.⁽⁷⁾ Na verdade, equipararam-se coisas distintas, dispositivos legais diferentes, ou seja, artigo revogado (art. 48, parágrafo único) e artigo em vigor (art. 65); aquele se referia a uma *causa de diminuição* específica; este, às circunstâncias *atenuantes genéricas*, que são coisas absolutamente inconfundíveis; impossível, conseqüentemente, aplicar-se qualquer dos dois institutos, tanto da analogia quanto da interpretação analógica. A finalidade da *interpretação* é encontrar a “vontade” da lei, ao passo que o objetivo da *analogia*, contrariamente, é suprir essa “vontade”, o que, convenhamos, só pode ocorrer em circunstâncias carentes de tal vontade.

Concluindo, o paralelo que poderia ser traçado, limitar-se-ia ao que dispunha o art. 48, parágrafo único, na redação original do CP de 1940, com o art. 29, § 2.º, da redação atual, pois ambos disciplinam a mesma situação: se o agente *quis* participar de crime menos grave – com a seguinte diferença: o dispositivo revogado adotava a *responsabilidade objetiva*, e o atual dá tratamento diferenciado ao *desvio subjetivo de condutas*; aquele proibia que a redução trouxesse a pena para aquém do mínimo cominado, ao passo que o atual determina expressamente que o agente responde pelo crime menos grave que quis cometer. Logo, tanto a analogia quanto a interpretação analógica são igualmente inaplicáveis.⁽⁸⁾

Enfim, deixar de aplicar uma *circunstância atenuante* para não trazer a pena para aquém do mínimo cominado nega vigência ao disposto no art. 65 do CP, que não condiciona a sua incidência a esse limite, violando o *direito público subjetivo* do condenado à pena justa, legal e individualizada. Essa ilegalidade, deixando de aplicar norma de ordem pública, caracteriza uma inconstitucionalidade manifesta. Em síntese, não há lei proibindo que, em decorrência do reconhecimento de circunstância atenuante, possa ficar aquém do mínimo cominado. Pelo contrário, há lei que determina (art. 65), preempitoriamente, a diminuição da pena em razão de uma atenuante, sem condicionar seu reconhecimento a nenhum limite; e, por outro lado, reconhecê-la na decisão condenatória (sentença ou acórdão), somente para evitar nulidade, mas deixar de efetuar sua atenuação, é uma farsa, para não dizer fraude, que viola o princípio da reserva legal. Seria igualmente desabonador fixar a pena-base acima do mínimo legal, ao contrário do que as circunstâncias judiciais estão a

recomendar, somente para simular, na segunda fase, o reconhecimento de atenuante, previamente conhecida do julgador. Não é, convenhamos, uma operação moralmente recomendável, beirando a falsidade ideológica.

Por fim, e a conclusão é inarredável, a Súmula 231 do STJ, *venia concessa*, carece de adequado fundamento jurídico, afrontando, inclusive, os princípios da individualização da pena e da legalidade estrita.⁽⁹⁾

Outro grande fundamento para admitir que as atenuantes possam trazer a pena para aquém do mínimo legal é principalmente a sua posição topográfica: são valoradas antes das causas de aumento e de diminuição; em outros termos, após o exame das atenuantes/agravantes, resta a operação valorativa das causas de aumento que podem elevar consideravelmente a pena-base ou provisória. Ademais, o texto atual do Código Penal (Lei 7.209/1984) não apresenta qualquer empecilho que impossibilite o reconhecimento de qualquer atenuante, ainda que isso possa significar uma pena (base, provisória ou definitiva) inferior ao mínimo cominado no tipo penal.

Notas:

- (1) BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 187.
- (2) RTJ, RHC 59.820.
- (3) BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte geral. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 783.
- (4) CANIBAL, Carlos Roberto Lofego. Pena aquém do mínimo: uma investigação constitucional-penal. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, v. 77, p. 82.
- (5) “Art. 48. (...) Atenuação especial da pena Parágrafo único. Se o agente quis participar de crime menos grave, a pena é diminuída de um terço até metade, não podendo, porém, ser inferior ao mínimo da cominada ao crime cometido.”
- (6) CANIBAL, op. cit., p. 82.
- (7) Definição de analogia, que trabalhamos no Capítulo VIII de nosso *Tratado de direito penal*, v. 1.
- (8) O recurso à analogia não é ilimitado, sendo excluído das seguintes hipóteses: (a) *nas leis penais incriminadoras* – como essas leis, de alguma forma, sempre restringem a liberdade do indivíduo, é inadmissível que o juiz acrescente outras limitações além daquelas previstas pelo legislador. Em matéria penal, repetindo, somente é admissível a analogia quando beneficia a defesa; (b) *nas leis excepcionais* – os fatos ou aspectos não contemplados pelas normas de exceção são disciplinados pelas de caráter geral, sendo desnecessário apelar a esse recurso integrativo (que pressupõe a não contemplação em lei alguma do caso a decidir); (c) *nas leis fiscais* – estas têm caráter similar às penais, sendo recomendável a não admissão do recurso à analogia para sua integração.
- (9) Súmula 231: “A incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

Cezar Roberto Bitencourt

Doutor em Direito Penal pela Universidade de Sevilla.

Professor Licenciado do Programa de

Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUC-RS.

Advogado.

Coordenação interinstitucional e performance do sistema de justiça em casos de corrupção⁽¹⁾

Maira Rocha Machado

Há quase duas décadas o tema da corrupção ocupa enorme espaço em arenas políticas, jurídicas, econômicas e sociais. Na esfera internacional, diversos organismos mobilizaram-se para negociar convenções e tratados, elaborar recomendações, criar mecanismos de controle e acompanhamento de mudanças legislativas. Em virtude disso, estabeleceram um amplo conjunto de normas, procedimentos e instituições (além de um grande número de consultores e *experts*) para atuar no enfrentamento da corrupção.⁽²⁾

No Brasil, fortemente influenciado pela dinâmica internacional, assistimos a reconfiguração tanto da legislação quanto do desenho institucional do sistema de justiça, entendido aqui em sentido amplo.⁽³⁾

Dirigindo-se a problemas multifacetados que assumem diferentes configurações, a depender dos setores econômicos e dos tipos de atores envolvidos em atos ou operações, sob o tema “corrupção”, aloca-se frequentemente uma lista muito variável de condutas ilícitas para as

quais o ordenamento jurídico brasileiro mobiliza as áreas penal, civil e administrativa. Pessoas físicas e jurídicas, no setor público e privado, estão sujeitas a sanções prisionais, econômicas e restritivas de direitos. Em virtude desta fragmentação no plano normativo, novas instituições foram criadas e setores especializados foram estabelecidos em instituições já existentes. É importante notar que a atuação concreta das instituições dificulta a descrição do marco normativo e institucional estabelecido para enfrentar a corrupção de forma apartada do marco criado para a lavagem de dinheiro.⁽⁴⁾ O que amplia o repertório de instituições voltadas a monitorar, investigar e processar atos de corrupção – além de favorecer desdobramentos internacionais relacionados à tipificação de condutas envolvendo agentes econômicos estrangeiros, às exigências de produção probatória em mais de uma jurisdição e, especialmente, aos mecanismos de recuperação de ativos.

Com exceção das alterações recentes da Lei 12.846/2013, que trouxe mudanças importantes no que diz respeito à responsabilização civil e administrativa de pessoas jurídicas, é possível dizer que o marco normativo e institucional de enfrentamento à corrupção já se encontra plenamente estabelecido no Brasil. Já é possível, portanto, concentrar esforços humanos, intelectuais e institucionais na qualidade da prestação jurisdicional, ou ainda mais amplamente, na performance do sistema de justiça em casos de corrupção.

Esta abordagem coloca uma série de questões tanto aos operadores do sistema, quanto à opinião pública e aos pesquisadores em direito e ciências sociais. Os dados produzidos e disponibilizados pelo sistema de justiça são adequados e suficientes para subsidiar o debate público sobre sua própria atuação? Como enfrentar, na opinião pública e no ambiente jurídico, a predominância da resposta prisional como indicador central de respostas estatais a condutas consideradas ilícitas? E, ainda, no campo da pesquisa, como construir novos parâmetros e critérios para avaliar a qualidade da prestação jurisdicional e, a partir desses resultados, contribuir para a proposição de reformas e alterações nas normas, nas instituições e nas formas de pensar a punição na sociedade contemporânea? Trata-se, é claro, de uma tarefa a ser empreendida coletivamente, por instituições jurídicas e políticas, movimentos sociais e grupos de pesquisa.

É nesse contexto que a questão da coordenação interinstitucional se coloca. Em um cenário marcado pela multiplicidade de normas de conduta, de normas de sanção, de normas de processo e de instituições competentes para aplicá-las, a questão da interação entre elas, isto é, do modo como se coordenam, sobrepõem-se, dialogam ou se ignoram mutuamente torna-se central. Na pesquisa em direito, há várias formas de acessar essa questão. É possível, por exemplo, desenvolver estudos de caso que selecionem uma transação ou operação específica e a partir dela busque identificar de que modo as instituições que operam em diferentes áreas do direito reagiram ao mesmo fato. Não é incomum, no campo da corrupção, mas também em vários outros, que as esferas penal, civil e administrativa atuem de modo sucessivo ou simultâneo sobre o mesmo “caso”.⁽⁵⁾

Tomemos o Caso TRT, por exemplo.⁽⁶⁾ Se considerarmos como “fato” desde o processo licitatório até a suspensão do repasse de verbas para as construtoras, bem como os desdobramentos relacionados aos valores localizados no exterior, é possível observar que atores públicos e privados foram responsabilizados por intermédio de procedimento administrativo no âmbito do Tribunal de Contas da União (TCU), ação civil pública por improbidade administrativa e ação penal pública, as duas últimas no âmbito do Poder Judiciário Federal. Se ampliarmos um pouco mais o espectro da atuação do sistema de justiça em relação ao caso, é possível observar também um processo de cassação de mandato no Senado Federal, procedimentos de recuperação de ativos na Suíça e nos Estados Unidos, além dos processos de falência em face da construtora que teve os bens indisponibilizados logo no início da ação civil pública. E ainda, para garantir a execução da sanção imposta pelo TCU, a celebração de acordo pela Advocacia Geral da União garantiu o mais elevado ressarcimento aos cofres públicos em casos de corrupção.

Ainda que singular em inúmeros aspectos e incapaz, pelas próprias características do método de estudo de caso, de subsidiar qualquer tipo de generalização para os demais casos de corrupção que tramitam atualmente em nossas instituições, o Caso TRT oferece subsídios importantes para a reflexão sobre a performance do sistema de justiça quando vários atores são igualmente competentes para intervir sobre os mesmos fatos. Nos limites

deste texto, merece destaque o fato de que os diferentes procedimentos integraram-se apenas fisicamente – por intermédio da juntada de cópias – o que contribuiu substancialmente para a formação de autos com dezenas de volumes e milhares de páginas e, de certa forma, comprometeu a atuação das partes e a qualidade do processo decisório. Ao mesmo tempo, observando as sentenças proferidas nos diferentes processos, é possível perceber que as decisões fazem referências aos demais procedimentos em curso ou concluídos, mas ignoram seus resultados para fins de determinação tanto das sanções aplicáveis quanto da imposição de outras obrigações, como o dever de reparar o dano. Reparação do dano e multas foram impostas na sentença criminal, na sentença civil e na decisão administrativa proferida pelo Tribunal de Contas da União. Nenhuma dessas decisões levou em consideração as sanções proferidas pelas demais esferas. Não se pode deixar de mencionar, ademais, que a esfera penal, com a utilização de múltiplos crimes para tipificar o fato, impôs penas de prisão próximas a 30 anos.

Vale a pena frisar, por fim, que a questão da coordenação interinstitucional não pode ser suficientemente descrita e discutida sem considerar o ambiente jurídico no qual os mecanismos de coordenação serão chamados a operar. Este nível observa não apenas a interação entre as instituições do sistema de justiça, mas os fluxos processuais, a possibilidade de conduzir investigações conjuntas, emprestar provas e, até mesmo, levar em consideração sanções previamente impostas na definição de sanções aplicáveis por outras autoridades. A reflexão sobre essas questões passa necessariamente pelo debate sobre as regras que organizam a relação entre as diferentes esferas do direito e sobre o princípio *ne bis in idem*. E para ser adequadamente equacionada, a questão da performance do sistema de justiça, em casos de corrupção, precisa observar e ponderar a garantia dos direitos da defesa, a maximização dos recursos estatais na prestação jurisdicional e administrativo-sancionatória e os mecanismos de controle público do sistema de justiça pela sociedade civil.

Notas:

- (1) Este texto apresenta brevemente alguns aspectos da pesquisa “Coordination of Legal Responses to Political Corruption” desenvolvida pela autora, Kevin Davis (New York University) e Guillermo Jorge (University San Andres) com financiamento do IDRC (International Development Research Center). No Brasil, a pesquisa conta com a inestimável colaboração do pesquisador Bruno Paschoal. Comentários e críticas são bem vindos em maira.machado@fgv.br.
- (2) Para um panorama deste novo cenário, ver DAVIS, Jorge; MACHADO. *Transnational anti-corruption law in action: cases from Brazil and Argentina. Law and Social Inquiry* (no prelo).
- (3) Desde a Constituição Federal de 1988, que equiparou os processos judiciais e administrativos no que diz respeito à exigência de contraditório e ampla defesa, torna-se conceitualmente possível e até mesmo desejável incorporar à noção de “sistema de justiça” os órgãos e instituições que não integram o Poder Judiciário, mas que atuam direta e indiretamente em processos de responsabilização. Este é o conceito de “sistema de justiça” adotado neste texto. Para uma visão geral dos diferentes órgãos que atuam no enfrentamento da corrupção no Brasil, ver Power & Taylor. *Corruption and Democracy in Brazil. The struggle for accountability*. Indiana: University of Notre Dame Press, 2011.
- (4) Sobre as interfaces, no campo da regulação penal e internacional, da regulação dirigida à lavagem de dinheiro e à corrupção, ver MACHADO, Maira. Similar in their differences: transnational Legal processes addressing Money laundering in Brazil and Argentina. *Law and Social Inquiry* 37, 2, 2012, p. 330-366.
- (5) Para um debate mais amplo sobre os desafios metodológicos desta abordagem, ver: MACHADO, Maira. Contra a departamentalização do saber jurídico: a contribuição dos estudos de caso para o campo direito e desenvolvimento. In: SILVEIRA, Vladimir; SANCHES, Samyra; COUTO, Monica. (Org.). *Direito e desenvolvimento no Brasil do século XXI*. v.1. Brasília: Ipea, 2013, p. 177-200.
- (6) A brevíssima síntese apresentada aqui trata de maneira indistinta os réus que figuram nos procedimentos civis, penais e administrativos. Para detalhes sobre o Caso TRT e sua tramitação no sistema de justiça, ver MACHADO, Maira; FERREIRA, Luísa. *Corrupção e sistema de justiça: estudos sobre o Caso TRT*. São Paulo: Acadêmica Livre (no prelo). Uma versão preliminar do estudo de caso, atualizada até 2011, encontra-se disponível na *Revista Jurídica da Presidência*. v. 14, n. 103, 2012.

Maira Rocha Machado

Professora da Escola de Direito de São Paulo
(FGV Direito/SP).

Crime de cartel e suspensão condicional do processo após a entrada em vigor da Lei 12.529/2011

Ana Paula Martinez

Em 29 de maio de 2012 entrou em vigor a nova lei de concorrência no Brasil, Lei 12.529, de 30.11.2011, após longo processo de tramitação legislativa. Entre outras relevantes mudanças, a lei alterou as penas previstas para os crimes contra a ordem econômica tipificados no art. 4.º da Lei 8.137, de 27.12.1990.⁽¹⁾ A nova lei afastou o caráter alternativo da pena de multa, sendo hoje cumulativa à pena restritiva de liberdade (a sanção passou a ser reclusão de dois a cinco anos e multa, ao invés de, ou multa).

Muitos viram na alteração do texto legal de “ou multa” para “e multa” a impossibilidade de continuar celebrando, para crimes de cartel, suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei 9.099/1995,⁽²⁾ uma vez que a pena mínima teria passado a ser superior a um ano de reclusão. Como a redação anterior previa a multa como pena alternativa à reclusão, considerava-se que a pena era inferior a um ano, o que autorizaria a suspensão.⁽³⁾

Antes da alteração legislativa, o instituto foi proposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em conexão com um expressivo número de investigações criminais de cartel,⁽⁴⁾ que ganharam relevância a partir da investigação do chamado cartel da pedra britada, em 2003.⁽⁵⁾ No geral, entre as condições para a suspensão condicional do processo, estavam comparecimento periódico ante o juízo e pagamento de prestação pecuniária por período de dois anos. Excepcionalmente, foram incluídas condições como a proibição de comparecer a restaurantes e eventos sociais sem prévia autorização do juízo.⁽⁶⁾

Apesar dessa primeira reação acerca do afastamento do instituto para crimes de cartel, é possível sustentar a tese de que permanece a possibilidade para celebrar suspensão condicional do processo devido à brecha legislativa. Isso porque a Lei 8.137/1990, lei especial em matéria de cartéis, prevê em seu art. 9.º que, nos casos dos crimes previstos no art. 4.º, a pena de reclusão pode ser convertida em pena de multa, independentemente do número de anos da condenação. Note-se aqui o que parece ser uma falha de técnica legislativa: o melhor termo técnico seria *substituição* de pena ao invés de *conversão*, visto que esta última é tradicionalmente entendida como uma substituição que se dá no curso da execução da pena e não no momento de sua fixação pelo juiz. A Lei 7.210, de 11.06.1984,⁽⁷⁾ prevê em seu art. 180, a conversão de penas privativas de liberdade apenas em penas restritivas de direitos – e desde que a pena privativa de liberdade não seja superior a 2 (dois) anos, entre outras condições.⁽⁸⁾ Já quanto à substituição de penas, o Código Penal prevê em seu art. 44, § 2.º, que apenas na condenação igual ou inferior a 1 (um) ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos.⁽⁹⁾ Ainda, em 1996, o STJ emitiu súmula com o seguinte entendimento: “*Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativa de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa*”,⁽¹⁰⁾ em interpretação da regra geral de substituição de penas do Código contida no art. 44, §2.º.

Fato é que estamos diante de lei especial posterior à reforma penal de 1984 que criou regra especial – e, ao que nos parece, sem precedentes no ordenamento jurídico pátrio – quanto à conversão de pena privativa de liberdade em multa. Nessa linha, juízes tem feito uso do art. 9.º no momento da fixação da pena, e não (apenas) no da execução.⁽¹¹⁾

Essa regra específica vale apenas para os crimes contra a ordem econômica e contra as relações de consumo, e não abrange os crimes

contra a ordem tributária, segunda expressa disposição do art. 9.º da Lei 8.137/1990. Isso quer dizer que, em tese, a pena aplicável para o crime de cartel poderia ser apenas a de multa, o que voltaria a autorizar a possibilidade da suspensão condicional do processo. Ainda que não pareça ter sido o desejo do legislador quando da reforma da Lei 8.137/1990 empreendida em 2011, parece-nos que a tese é factível. Isso não significa, por óbvio, que o Ministério Público estará obrigado a oferecer suspensão condicional do processo em todas as investigações por conduta de cartel, não havendo que se falar em direito subjetivo do réu à sua aplicação.⁽¹²⁾

Não temos conhecimento que esta tese – possibilidade de suspensão condicional do processo após a nova redação do art. 4.º da Lei 8.137/1990 – tenha sido até o momento apreciada pelo Poder Judiciário dada a recente alteração no texto legal.

Notas:

- (1) “Art. 4.º Constitui crime contra a ordem econômica: I – Abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas; II – Formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.”
- (2) DALL’ACQUA, Rodrigo Nascimento. Aspectos processuais do crime de formação de cartel. In: BRANCHER, Paulo; ZANOTTA, Pedro (Orgs.). *Desafios atuais do direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2008, p. 57: “Com a retirada do vocábulo ‘ou’, será criado um intransponível empecilho jurídico para a aplicação tanto da transação penal como da suspensão condicional do processo ao delito de cartel, já que sua pena mínima será exclusivamente a reclusão por dois anos”.
- (3) Nesse sentido, já decidiu o STF ao apreciar crime previsto no art. 7.º da Lei 8.137/1990: “(...) quando para o crime seja prevista, alternativamente, pena de multa, que é menos gravosa do que qualquer pena privativa de liberdade ou restritiva de direito, tem-se por satisfeito um dos requisitos legais para a suspensão condicional do processo” (STF, HC 83.926-6/RJ, rel. Min. Cezar Peluso, DJ 14.09.2007). Na mesma linha, segue o STJ: “Processo penal. Habeas corpus. Art. 7.º, IX, da Lei 8.137/1990. Pena privativa de liberdade. Mínimo cominado superior a um ano. Previsão alternativa de pena de multa. Suspensão condicional do processo. Possibilidade. Quando para o crime seja prevista, alternativamente, pena de multa, que é menos gravosa do que qualquer pena privativa de liberdade ou restritiva de direito, é cabível a aplicação do art. 89 da Lei 9.099/1995 (Precedente do STF). Ordem concedida” (STJ, HC 109.980/SP, rel. Min. Felix Fischer, 5.ª T., j. 04.12.2008, DJe 02.03.2009).
- (4) Para lista dos processos em que houve suspensão condicional do processo, vide MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e direito penal*. São Paulo: Singular, 2013, apêndice IV.
- (5) Entre os 19 casos identificados relativos a crime de cartel no Brasil denunciados com base na Lei 8.137/1990, em que houve prolação de sentença definitiva, transação penal ou suspensão condicional do processo (166 indivíduos denunciados), sete resultaram em condenação (43 indivíduos), cinco resultaram em absolvição (42 indivíduos), cinco foram suspensos condicionalmente (52 indivíduos), um foi alvo de transação penal (20 indivíduos) e em um último processo houve extinção da punibilidade por declaração antecipada de prescrição penal (8 indivíduos). Em um dos processos classificados como de absolvição, um dos indivíduos teve declarada extinta a punibilidade devido a falecimento (Justiça Federal, Processo 2005.61.81.900422-3, 9.ª Vara Criminal de São Paulo). Para lista

dos processos, vide MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis...* cit.

- (6) O processo apenas pode ser suspenso após o recebimento da denúncia, sob determinadas condições, como (i) reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; (ii) proibição de frequentar determinados lugares; (iii) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz; e (iv) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. A suspensão será obrigatoriamente revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano. A suspensão também poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta. Expirado o prazo sem revogação, o juiz declarará extinta a punibilidade, sendo que não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo. Nos termos da Súmula 243 do STJ, o benefício não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, formal ou continuidade delitiva quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de 1 (um) ano. Daí é importante não haver excesso acusatório na denúncia, sob pena de afastar possibilidade de celebração da suspensão.
- (7) Lei de Execuções Penais.
- (8) As outras condições são: (i) o condenado a esteja cumprindo em regime aberto; (ii) tenha sido cumprido pelo menos 1/4 (um quarto) da pena; e (iii) os antecedentes e a personalidade do condenado indiquem ser a conversão recomendável (Lei 7.210/1984, art. 180).
- (9) Prevê, ainda, o Código Penal em seu art. 12: “As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso.”
- (10) STJ Súmula 171, de 23.10.1996, DJ 31.10.1996.
- (11) Na apreciação da ApCrime 70018118026, o TJRS, após fixar a pena base de cinco acusados em dois anos de reclusão por participarem de cartel na revenda de combustíveis no município de Santa Maria, substituiu a pena em multa com base na previsão do art. 9.º da Lei 8.137: “*Atualmente, tendo em vista o disposto no art. 9.º da Lei 8.137/1990, converto as penas privativas de liberdade em multa no valor 200.000 (duzentos mil) BTNs, para cada um dos acusados. Ressalto que aos acusados J.H. e J.C.*

não foi possibilitada a conversão, pelo magistrado a quo, em face das circunstâncias judiciais, já que detinham cargos de destaque na associação dos proprietários de postos de combustível, exercendo evidente liderança sobre os demais.” (TJRS, ApCrime 70018118026, rel. Des. José Eugênio Tedesco, j. 24.05.2007). Vide também TJPE, ApCriminal 0196609-6, 8.ª Vara Criminal, rel. Des. Cláudio Jean Nogueira Virgínio, j. 16.06.2010 (o processo refere-se a crime contra relações de consumo). Por fim, vide Processo 1068/08, 27.ª Vara Criminal da Capital, j. 29.01.2014, em que indivíduo foi condenado a 10 anos e 3 meses de reclusão por participação em cartel de carga aérea. No momento da fixação da pena, foi considerada a pertinência da conversão da pena em multa, nos seguintes termos: “*Não é caso de conversão da pena de reclusão em multa, conforme o art. 9.º da Lei 8.137/1990, considerando as circunstâncias judiciais desfavoráveis e as causas de aumento de pena acima mencionadas (...)*”.

- (12) Vide, e.g., HC 83250/SP (STF), rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 12.03.2004. “*Habeas corpus. Suspensão condicional do processo (Lei 9.099/1995, art. 89). Requisito objetivo e continuidade delitiva. Inexistência de direito subjetivo à suspensão condicional do processo. Súmula 696. Ordem denegada. 1. Em se tratando de crimes idênticos em continuidade delitiva, o requisito objetivo para a suspensão condicional do processo deverá ser calculado pela pena mínima cominada em abstrato, majorada em um sexto. 2. A suspensão condicional do processo tem natureza jurídica de transação processual, daí porque inexistente direito subjetivo do réu a sua aplicação. 3. Se o Ministério Público expressa e motivadamente deixa de oferecer a suspensão condicional do processo, e o juiz homologa essa manifestação, não há que se aplicar a Súmula 696 do Supremo Tribunal Federal.*”

Ana Paula Martinez

Doutora em Direito Penal pela USP e

Mestre em Direito por Harvard e USP.

Ex-Diretora do Departamento de Proteção

e Defesa Econômica da Secretaria de

Direito Econômico/Ministério da Justiça.

Professora de Direito Econômico da FGV-Direito Rio.

As permanências autoritárias no sistema punitivo brasileiro e a práxis de resistência da criminologia crítica^(*)

Salo de Carvalho

“*Todo ataque dirigido contra o obscurantismo é impressionante por aquilo que nos mascara, e a rejeição dos medievais para fora da modernidade (do ponto de vista do discurso sobre o Poder), continua sendo uma extraordinária trapaza. Leia, então, Kafka: o glosador reaparece nele com todas as letras e vem ordenar a fuzilaria. Vamos parar de rir da Idade Média, de suas técnicas de obscurecimento, sempre eludidas, sempre presentes.*” (LEGENDRE)

“*Mudam os sinais, mas não a lógica de um sistema totalitário e por isso repressivo de toda e qualquer diferença.*” (LEONARDO BOFF)

1. **Sérgio Buarque de Holanda**, em *As raízes do Brasil*, ao avaliar as pretensões aristocráticas do patriarcado colonial, afirma que “*nos domínios rurais, a autoridade do proprietário de terras não sofria réplica. Tudo se fazia consoante sua vontade, muitas vezes caprichosa e despótica. O engenho constituía um organismo completo e que, tanto quando possível, se bastava a si mesmo.*”⁽¹⁾

Segundo o autor, na colônia, o princípio da autoridade do senhor

de engenho se consolidou como a base e o centro da organização social. Trata-se, pois, de um princípio fundante da ordem que legitima um poder privado irrestrito e inquestionável que, em sua soberania, não se submete a qualquer outro princípio de natureza superior ou externa: “*nessa ambiente, o pátrio poder é virtualmente ilimitado e poucos freios existem para sua tirania.*”⁽²⁾

A consolidação da autoridade soberana do patriarcado colonial modela um sistema punitivo marcado pela continuidade entre os poderes do príncipe (público) e os do senhor de engenho (privado). **Niló Batista**, ao investigar as *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro*, indica como característica da *matriz de continuidade público-privado* a existência de um *Direito Penal doméstico* (de profundas raízes romanas e germânicas) autônomo, no qual era comum a aplicação de castigos corporais a partir de determinações senhoriais que ignoravam quaisquer tipos de procedimentos legais. A autoridade doméstica, portanto, não se submetia diretamente ao controle público, inexistindo quaisquer garantias efetivas contra os abusos privados.⁽³⁾

A *matriz de continuidade público-privado*, herança da tradição

ibérica, foi facilitada, conforme apontam **Zaffaroni** e **Batista**, em razão da ausência de uma estrutura burocrática mínima, da política escravagista e do modelo das capitâneas hereditárias, resquícios da organização feudal no Brasil colonial – “na reminiscência feudal sobrevive a superposição entre o eixo jurídico privado (dominium) e o público (imperium)”.⁽⁴⁾

As hipóteses de **Holanda** e de **Zaffaroni** e **Batista** permitem perceber o movimento de consolidação desta mentalidade “casa-grande”, que ultrapassa as fronteiras rurais e invade as cidades⁽⁵⁾ e, ao mesmo tempo, atravessa a colônia presentificando as práticas violentas e autoritárias do Direito Penal doméstico mesmo após a Independência, a abolição da escravidão e a proclamação da República.⁽⁶⁾ A naturalização das práticas violentas pelo sistema punitivo brasileiro, das quais são exemplares o apego inquisitório à tortura e a compulsão policialesca pelo encarceramento seletivo da juventude negra da periferia, parece ser o legado insolúvel que se infiltrou em nossas instituições jurídicas e políticas e que, ao longo do século passado, foi potencializado nas trágicas experiências das Ditaduras Civil-Militares.

2. Pensar as permanências autoritárias do sistema penal brasileiro que emergem da *matriz de continuidade público-privado* colonial a partir dos procedimentos e do conteúdo punitivo doméstico, implica indagar o tipo de racionalidade que sustenta estas práticas violentas, desumanas, excludentes. Neste aspecto, é a *forma mentis* inquisitória, aposta no texto do *Malleus Maleficarum* (1487), que parece conglobar os vários elementos que caracterizam um sistema totalitário de gestão do crime e da criminalidade.

Conforme **Zaffaroni** e **Batista**, o *Malleus Maleficarum* é a obra fundacional do primeiro sistema de ciências criminais, pois unifica três teorias ou campos de intervenção: a Criminologia, o Direito Penal (e a penologia) e o processo penal (e a criminalística). Desde a criminologia consolida um *modelo etiológico* que marca a inferioridade do sujeito e sua predestinação para o delito; na esfera penal apresenta versões extremadas de *direito penal do autor* fundada na lógica da periculosidade; no âmbito processual edifica o *sistema inquisitorial* a partir do protagonismo da figura do julgador, do uso da tortura como mecanismo de busca da verdade e da redução máxima das possibilidades de defesa (contraditório). Assim, “o *Malleus expressa as constantes de qualquer teoria de defesa social ilimitada*”.⁽⁷⁾

No preciso diagnóstico de **Anita Novinsky**, em investigação na qual nomina as vítimas dos esquecidos processos inquisitoriais que ocorreram no Brasil, “na *Inquisição está o modelo ideal da implantação de regimes totalitários, dos seus métodos de tortura, de como são tratados dissidentes políticos e sociais, de como isolar milhares de pessoas proibidas de conhecer suas origens culturais, da miséria dos condenados ao silêncio e à incomunicabilidade, do racismo mascarado em novas ideologias e da apropriação de bens como fiança desses crimes*”.⁽⁸⁾

A *forma mentis* inquisitória, cujo sistema dogmático encontra sua maior expressividade no *Malleus Maleficarum*, representa, portanto, o tipo ideal (**Weber**) da racionalidade persecutória. E na qualidade de estereótipo do punitivismo totalitário, a lógica inquisitória apresenta-se de forma transversal nas discontinuidades históricas, i.e., transborda as fronteiras do medievo e é presentificada em cada experiência punitiva autoritária individual, institucional, estrutural ou simbólica, embora, no campo das ciências criminais, as lentes sejam direcionadas fundamentalmente para as experiências normativa, policial, jurisdicional, carcerária e manicomial.

Não por outro motivo **Umberto Eco**, ao traçar os distintos modos de sonhar o medievo – pois não se pode tratar de forma homogênea aquilo que não o é –, alerta que “a *Idade Média representa o crisol da Europa e da civilização moderna. A Idade Média inventa todas as coisas com as quais ainda estamos ajustando as contas*”.⁽⁹⁾

3. O erro, portanto, é pensar ingenuamente que a *forma mentis* inquisitória, em oposição à institucionalidade da sua permanência, está superada ou possa ser eliminada. Após as contribuições da Escola de Frankfurt (**Horkheimer**, **Adorno**, **Benjamin**) – inclusive na especificidade da teoria crítica na crítica das instituições punitivas (**Rusche**, **Kirchheimer**, **Neumann**) que se desdobra na posterior

consolidação do pensamento criminológico crítico –, restou evidente que a violência totalitária do sistema punitivo é *estrutural* e não meramente *conjuntural*. A *inquisitio* configura e se confunde com o sistema punitivo, razão pela qual o autoritarismo é permanente e ineliminável. A *forma mentis* e o agir inquisitórios não representam fluxos descontínuos que emergem desestabilizando a constância de um sistema penal democrático que tutela de forma efetiva os direitos (ou os bens jurídicos) fundamentais. Ao contrário, o sistema penal carrega em si uma potência violenta que, no cotidiano, é transformada em ato.

Se na definição contemporânea do garantismo penal **Ferrajoli** revelou a *falácia politicista do princípio da regularidade dos atos do poder punitivo* e os perigos da crença em um “bom poder” que se concretizaria em sintonia com os direitos humanos,⁽¹⁰⁾ é fundamental lembrar que os discursos jurídicos de encobrimento da brutalidade do sistema penal já haviam sido denunciados na crítica de **Marx** às funções do direito liberal burguês.⁽¹¹⁾

A violência genocida e seletiva do sistema penal não se caracteriza, portanto, como uma espécie de *resto* medieval (pré-moderno) que tende a ser suprimido pelas instituições da Modernidade. Violência e sistema penal se confundem; não são opostos, são o mesmo; constituem-se como uma unidade totalitária. Nesse sentido, é fundamental reconhecer como a crítica marxista e pós-marxista é precisa no diagnóstico acerca das funções de velamento da realidade operadas pelos distintos discursos do Direito Penal moderno, em suas mais variadas perspectivas (inclusive o do garantismo clássico, fundado no modelo do contrato). Não por outra razão, **Foucault** irá demonstrar, à exaustão, que não há ruptura, mas continuidade nas práticas punitivas do poder de castigar, e “a *reforma do direito criminal deve ser lida como uma estratégia de remanejamento do poder de punir, de acordo com modalidades que o tornam mais regular, mais eficaz, mais constante e mais bem detalhado em seus efeitos; enfim, que aumentem os efeitos diminuindo o custo econômico*”.⁽¹²⁾ Trata-se de uma *economia política do poder de punir* de alta maleabilidade, pois se ajusta funcionalmente aos objetivos de *defesa social*: “o *direito de punir deslocou-se da vingança do soberano à defesa da sociedade*”.⁽¹³⁾ Na diagramação dos poderes nas sociedades ocidentais, os fluxos que orientam os discursos sobre a penalidade variam conforme estas necessidades de governabilidade (defesa) social: poder soberano (sociedade pré-moderna), poder disciplinar (sociedade moderna) e poder biopolítico (sociedade de controle, securitária ou pós-moderna).⁽¹⁴⁾

A partir destas conclusões, e traduzindo em *ideologia* a ideia foucaultiana de *defesa social*, **Pavarini**⁽¹⁵⁾ e **Baratta**⁽¹⁶⁾ irão demonstrar o equívoco de interpretar como rupturas a superveniência dos modelos técnico-jurídicos (dogmática jurídico-penal) aos etiológicos (Escola Positiva) e destes aos liberais-racionalistas (Escola Clássica). A aparente oposição cumpre funções *epistemológicas*, de adequação discursiva aos parâmetros do positivismo científico, e *ideológicas*, de legitimação dos modelos teóricos a partir de finalidades aparentemente humanitárias. Mas se o estatuto científico será problematizado pela teoria crítica, notadamente em razão da sua pretensão de neutralidade, a perspectiva humanitária será igualmente desestabilizada pela criminologia crítica, ao serem confrontados os discursos de justificação com as funções reais que o sistema punitivo exerce.

4. O objetivo central do texto foi o de tentar demonstrar como a *forma mentis* inquisitória é transversal na história e se materializa e se reatualiza de inúmeras maneiras nas ciências, nas práticas institucionais e no senso comum através das teorias do cotidiano (*everyday theories*). **Vera Malaguti Batista** demonstra, p. ex., como, ao longo do século passado, esta lógica inquisitória recebeu *status* de ciência e se converteu em uma cultura a partir do pensamento positivista – “o *positivismo é uma grande permanência no pensamento social brasileiro, seja na criminologia, na sociologia, na psicologia ou no direito. Muito mais do que uma escola de pensamento, constituiu-se numa cultura (...). Representa uma atualização, um continuum e até uma sofisticação dos esquemas classificatórios, hierarquizantes, produzidos pela colonização do mundo pelo capital*”.⁽¹⁷⁾

Assim, se a lógica inquisitória é uma constante na configuração dos sistemas penais, ao invés de dicotomizar teoricamente modelos ideais autoritários e democráticos (Direito Penal do fato *versus* direito

penal do autor; sistema acusatório *versus* sistema inquisitório, p. ex.), uma alternativa possível seria a de identificar diferentes *graus* de inquisitorialismos presentes na regularidade dos distintos discursos de justificação. Ao investigar as práticas punitivas, a metodologia weberiana dos tipos ideais parece não produzir um resultado eficaz de denúncia da violência inerente ao sistema de controle penal. Pelo contrário, tende a idealizar um modelo penal aparente e formalmente democrático, mas que é, em todas as suas dimensões, sobretudo na realidade periférica da América Latina, substancialmente autoritário e *genocida em ato*.

A historiografia das práticas penais tem demonstrado que *a regra do poder penal é o inquisitorialismo*, que se apresenta, conforme a conjuntura política e econômica, em maior ou menor intensidade (inquisitorialismos de alta ou de baixa intensidade). Os discursos garantistas representaram, no máximo, variáveis insensatas na estrutura das formas de poder, rupturas acidentais na constância de violências, uma espécie de poesia diletante e romântica de um projeto imaginado, mas nunca usufruído.⁽¹⁸⁾

Neste cenário, a resistência democrática é possível apenas a partir de uma *práxis crítica* – *práxis* nos termos projetados por **Marx** e **Engels** na décima primeira das *Teses sobre Feuerbach*.⁽¹⁹⁾ No campo geral da teoria do direito, **Michel Mialle** irá confrontar o pensamento positivista⁽²⁰⁾ definindo os rumos da crítica: “*assim funciona o que eu chamo o pensamento crítico: ele merece este qualificativo neste sentido em que, suscitando o que não é visível, para explicar o visível, se recusa a crer e a dizer que a realidade se limita ao visível. Ele [o pensamento crítico] sabe que a realidade está em movimento, quer dizer, que qualquer coisa para ser apreendida e analisada tem de ser no seu movimento interno; não se pode, pois, abusivamente reduzir o real a uma das suas manifestações, a uma das suas fases*”.⁽²¹⁾ Mas para além da demonstração do processo de falseamento da realidade operado pelo(s) positivismo(s), **Mialle** apresenta a segunda etapa da crítica, a *práxis*, a transformação da teoria em ação emancipatória: “*a teoria crítica permite não só descobrir os diferentes aspectos escondidos de uma realidade em movimento, mas sobretudo abre, então, as portas para uma nova dimensão: a da ‘emancipação’ (...)*”.⁽²²⁾

Notas:

- (*) Para Mari, que cresceu ouvindo os mais velhos discutir *práxis*. Para Inês, que repetirá esta história.
- O artigo apresenta os resultados parciais da pesquisa de Pós-Doutorado realizada junto ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia da PUC-RS, sob a orientação do Prof. Ricardo Timm de Souza, intitulada *A contribuição filosófica da teoria crítica na compreensão das relações entre Estado, pena e estrutura social: o legado de Neumann, Rusche e Kirchheimer*.
- (1) HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 80.
- (2) Lembra Sérgio Buarque de Holanda que “*não raros os casos como o de um Bernardo Vieira de Melo, que, suspeitando a nora de adultério, condena-a à morte em conselho de família e manda executar a sentença, sem que a Justiça dê um único passo no sentido de impedir o homicídio ou de castigar o culpado, a despeito de toda a publicidade que deu ao fato o próprio criminoso*.” (HOLANDA, Sérgio Buarque. *Op. cit.*, p. 82.)
- (3) BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do sistema penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 126-128.
- (4) ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 412.
- (5) “*Estereotipada por longos anos de vida rural, a mentalidade da casa-grande invadiu assim as cidades e conquistou todas as profissões, sem exclusão dos mais humildes. É bem típico o caso testemunhado por um John Luccock, no Rio de Janeiro, do simples oficial de carpintaria que se vestia à maneira de um fidalgo, com tricórnio e sapatos de fivela, e se recusava a usar das próprias mãos para carregar as ferramentas de seu ofício, preferindo entregá-las a um preto*.” (HOLANDA, Sérgio Buarque. *Op. cit.*, p. 87.)
- (6) “*Apredominância de um poder punitivo doméstico, exercido desreguladamente por senhores contra seus escravos, é facilmente demonstrável e constituirá remarcável vineta nas práticas penais brasileiras, que sobreviverá à própria abolição da escravatura*.” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Op. cit.*, p. 414.)
- (7) *Idem, ibidem*, p. 515.

- (8) NOVINSKY, Anita. *Inquisição: rol dos culpados*. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1992, p. XI.
- (9) ECO, Umberto. Dez modos de sonhar a Idade Média. In: Eco, Umberto. *Sobre os espelhos e outros ensaios*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989, p. 78.
- (10) FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 5. ed. Roma: Laterza, 1998, p. 985-187. CARVALHO, Salo. *Antimanual de criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 163-164.
- (11) No *Debate sobre a Lei contra o Furto de Madeira*, publicado em 1842 na Gazeta Renana, Marx apresenta uma das suas primeiras e mais específicas reflexões sobre controle social punitivo (MARX, Karl. Dibattiti sulla Legge Contro i Furti di Legna. In: CINGOLI, Mario; MERKER, Nicolao (curatori). *Karl Marx*. Roma: Riuniti, 1980, p. 222-264). Alguns importantes excertos sobre o tema estarão presentes, ainda na obra do jovem Marx, na *Crítica da filosofia do direito de Hegel*, em *Sobre a questão judaica* e na *Sagrada Família*.
- No entanto, uma análise concreta das dinâmicas de criminalização da pobreza será encontrada no capítulo XXIV (*A assim chamada acumulação primitiva*), do livro I de *O capital*. Conforme aponta Lea, a análise concreta das dinâmicas da criminalização presente em *O capital* possibilita pensar o problema da violência do sistema penal de forma macrocriminológica (análise da criminalização) e são exatamente estes processos e estas dinâmicas que serão apropriadas pela criminologia crítica a partir de Rusche, Kirchheimer e Neumann. Neste sentido, MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. Livro I, t. II. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 339-381 e LEA, John. Karl Marx. In: HAYWARD, Keith; MARUNA, Shadd; MOONEY, Jayne. *Fifty Key Thinkers in Criminology*. London: Routledge, 2010, p. 21.
- (12) FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 75.
- (13) *Idem, ibidem*, p. 83.
- (14) Em precisa síntese, BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. Sobre control y lógicas del castigo en el capitalismo postfordista. In: SOTO, Luis G. et al. *La globalización en crisis: gubernamentalidad, control y política de movimiento*. Málaga: Cedma, 2009, p. 29-45.
- (15) PAVARINI, Massimo. *Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. 2. ed. Madrid: Siglo XXI, 1988, p. 49-54.
- (16) BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1997, p. 49-54.
- (17) BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 41.
- (18) CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 168-169.
- (19) “*Os filósofos apenas interpretaram o mundo de diferentes maneiras; porém, o que importa é transformá-lo*” (MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 539).
- Conforme Konder, “*para Marx, era preciso superar duas unilateralidades opostas (a do materialismo e a do idealismo) e pensar simultaneamente a atividade e a corporeidade do sujeito, reconhecendo-lhe todo o poder material de intervir no mundo. Nessa intervenção consistia a práxis, a atividade ‘revolucionária’, ‘subversiva’, questionadora e inovadora, numa expressão extremamente sugestiva ‘crítico-prática’. A práxis é a atividade concreta pela qual os sujeitos humanos se afirmam no mundo, modificando a realidade objetiva e, para poderem alterá-la, transformando-se a si mesmos. É a ação que, para aprofundar de maneira mais consequente, precisa da reflexão, do autoquestionamento, da teoria; e é a teoria que remete à ação, que enfrenta o desafio de verificar seus acertos e desacertos, cotejando-os com a prática*” (KONDER, Leandro. *O futuro da filosofia da práxis: o pensamento de Marx no século XXI*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p.115).
- (20) “*Designarei por positivista um pensamento que se limita a descrever o que é visível, a mostrar que uma dada coisa existe se apresenta desta ou daquela maneira com estas ou aquelas características*” (MIALLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. Lisboa: Editorial Estampa, 1989, p. 22).
- (21) *Idem, ibidem*, p. 22.
- (22) *Idem, ibidem*, p. 23.

Salo de Carvalho

Pós-Doutor em Criminologia (Universidade Pompeu Fabra/Espanha e Universidade de Bolonha/Itália).
Mestre (UFSC) e Doutor (UFPR) em Direito.
Professor dos Programas de Pós-Graduação (Mestrado) em Direito da Unilasalle e da UFSM.

Nulidades no processo penal brasileiro?⁽¹⁾

Ricardo Jacobsen Gloeckner

O tema das nulidades no processo penal constitui-se como um daqueles espaços nos quais doutrina e jurisprudência parecem estar fadadas a uma linguagem completamente diversa. Na tradição anglo-americana seria possível falar-se da dicotomia *law in books* e *law in action*. Apesar de no Brasil não ser completamente descurado pela doutrina, o tema da forma no processo penal constitui-se como um campo no qual imperam as análises vinculadas à teoria geral do processo.

À evidência, esta filiação faz da teoria das nulidades uma refém da pretensa assepsia política herdada da teoria geral do processo. Para além deste problema (que por si só recomendaria uma completa revisão conceitual), o tratamento dispensado à forma no processo penal interage muito pouco com um conjunto de significantes que constitui o que se pode denominar processo acusatório. A análise da estrutura das formas processuais, portanto, se poderia dizer, em primeiro lugar, “despolitizada”. Em um segundo plano, a transposição de conceitos do processo civil (por seu turno traduzidos do direito privado – mais especificamente da teoria do ato jurídico) implica uma cosmovisão processual, para dizer o mínimo, limitada.

Para listar uma série de impropriedades, no processo penal articulam-se categorias como inexistência, nulidade relativa, prejuízo e outras tantas que povoam o imaginário jurídico. O ponto fundamental é que a conjunção de uma categoria insculpida num cenário de pretensa “assepsia política” com a variedade de conceitos politicamente autoritários (como é o caso do processo penal brasileiro) permite a justaposição do pior dos cenários: de um lado, conceitos imprestáveis para o processo penal (porque cuidam de outra realidade); de outro, a subserviência a um modelo autoritário de processo penal. Neste entre-lugar é que aparece a teoria das nulidades no Brasil.

O principal equívoco no desajuste de realidades (embora não seja um erro órfão) possibilitado pela adesão da teoria das nulidades à teoria geral do processo diz respeito à inexistência de qualquer – por menor que seja – interesse privado no processo penal. Independentemente da teoria que explique o objeto do processo penal, a sentença condenatória tem como substrato uma pena, que não possui qualquer relação com os fenômenos da vida privada. Haverá, é claro, quem, no intuito de sofismar o argumento aqui utilizado, afirme: mas o processo penal não encontra existência apenas na ação penal pública. De fato! Mas mesmo a ação penal privada (que se rege por princípios como os da oportunidade e disponibilidade) possui conteúdo naturalmente público. Partindo deste pressuposto – elementar –, não havendo interesse exclusivamente privado ou particular no processo penal (lembrando que é interesse do Estado, assim como obter a punição do culpado, com muito mais propriedade, a absolvição do inocente), não se pode falar, como consequência, em nulidade relativa.

Aliás, de fato, a dicotomia *nulidade absoluta x nulidade relativa* se inicia com um injustificável equívoco. Ambos os conceitos são geralmente oferecidos pela doutrina a partir das características que uma e outra categoria possuiriam. Para dar um exemplo comezinho, é comum encontrar-se definições de nulidade relativa a partir da seguinte estrutura semântica: “nulidade relativa é aquela que não pode ser declarada de ofício pelo magistrado, que está sujeita à preclusão e à convalidação, que depende da demonstração de prejuízo, tendo em vista que regula interesse meramente privado das partes”. A nulidade absoluta seria o anverso destas características. O primeiro grave erro é a definição de um instituto pelas suas características: retirando a categoria “interesse meramente privado” da definição, o conceito se esvazia por completo. E para além disso, percebe-se que todas as características apresentadas à nulidade relativa giram em torno do “interesse privado”, sabidamente inexistente no processo penal. A prática ou não de um ato processual seria um interesse exclusivamente privado? Neste ponto que ingressa a teoria da carga probatória (objetiva e subjetiva). É claro que a conveniência para a prática de um ato processual se encontra numa esfera privada (chamada

por **Rosenberg** de carga subjetiva). Entretanto, a carga dita objetiva (e que alguns doutrinadores denominam de ônus) não é compartilhada no processo penal (sendo integralmente da acusação). Desta forma, a análise acerca do “interesse privado” nas nulidades peca por confundir ambos os níveis de carga no processo penal, o que significaria dizer que a nulidade relativa seria aquela atinente à prática de um ato cuja conveniência estaria jungida à esfera privada (carga subjetiva) de valoração da parte. Entretanto, como já mencionado, trata-se de um erro crasso, cujo exemplo pode ser encontrado na Súmula 523 do STF.

Não obstante este quadro de referências absolutamente incompatível com o processo penal, o casuismo que impregna as decisões sobre nulidades no processo penal, especialmente no âmbito do STF, permite, por exemplo, falar-se em demonstração de prejuízo nas nulidades absolutas. Levando-se em consideração, por exemplo, o *HC* 85.155/SP, julgado em 22.03.2005, de relatoria da Min. Ellen Gracie, no corpo do acórdão se verifica o seguinte: “o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades – pas de nullité sans grief – compreende as nulidades absolutas”. Como se pode constatar facilmente, há aqui uma falta de sintonia entre o que a doutrina entende por nulidade relativa e o que o STF entende como nulidade absoluta, já que o órgão julgador asseverou que todas as espécies de nulidades requerem a demonstração de prejuízo, minando a definição e classificação doutrinária.

Em primeiro plano, esta decisão, afirmando que o princípio da instrumentalidade das formas é a viga mestra do sistema de nulidades – e que, portanto, o prejuízo deve ser demonstrado em qualquer uma das espécies de invalidades – acaba não apenas por tornar indistinguíveis as categorias (nulidade relativa e absoluta) como por torná-las, à luz da usual caracterização doutrinária, nulidades relativas. A exigência de demonstração de prejuízo na arguição de nulidade absoluta (aquela cujo prejuízo é presumido) demonstra não apenas a falibilidade da classificação tradicional das nulidades, mas também expõe a suscetibilidade da forma processual penal às culturas acusatória e inquisitória. **Cordero** afirma que uma das características do sistema inquisitorial é a tendência ao amorfismo. Este amorfismo congênito não equivale à ausência de formas. O pensador italiano ilustra através de inúmeros exemplos como a forma também poderia ser utilizada em detrimento do acusado (para a captura de mais elementos de prova, v.g). Amorfismo é esta oscilação entre rigor e flexibilidade originada no que se entenda deva ser a finalidade do processo. Quanto mais nos aproximarmos da conclusão de que o processo penal é nada mais do que o caminho necessário para a pena, mais oscilantes os regimes que a forma processual sofre.

Num segundo momento, a utilização do termo interesse privado, como elemento que desempenha um papel importante na questão da forma processual, apesar de imprópria, não é o maior dos problemas. O amorfismo congênito, exteriorizado na “demonstração de prejuízo”, está a indicar a presença de uma série de significantes afeitos ao autoritarismo processual penal, como a supremacia do interesse público sobre o individual (ou privado), a flexibilização da forma processual através de significantes que introduzem um corte neoliberal no processo (veja-se, por exemplo, economia processual), ou, ainda, como pode ser constatado nas palavras de **Francisco Campos**, um “frívolo curialismo” responsável pelos atrasos processuais.

A política das formas processuais penais, no Brasil, introduz justamente a maleabilidade necessária para que a instrumentalidade constitucional do processo seja perdida. O sistema de nulidades é o respiradouro das garantias fundamentais. De nada adianta um rol infundável de direitos e garantias fundamentais se admissíveis (através do saneamento) as mais variadas formas de sua transgressão. Os efeitos da declaração de invalidade não podem ser pensados como facultativamente ligados ao “querer” do julgador. Sendo a invalidade uma declaração,

a ineficácia do ato processual é a sua consequência necessária (e não acessória, como compreendido pela jurisprudência citada, que separa os dois fenômenos). Prejuízo e instrumentalidade das formas são categorias preexistentes à Constituição da República e para além disso, vitais para a constituição dos sistemas neoinquisitoriais contemporâneos, que se caracterizam, dentre outros aspectos, pela desformalização progressiva das formas e pelo esvaziamento das garantias processuais.

No Brasil, a negligência com que se tem enfrentado este tema demonstra a prevalência de um processo penal disforme, amórfico. A transformação progressiva das nulidades em nulidades relativas (demonstração de prejuízo) coincide com a relativização das garantias fundamentais (tome-se como exemplo a limitação dada às intervenções corporais no caso de identificação genética). Além disso, a cultura inquisitória predominante no Brasil ainda não se deu conta de que o processo somente pode ser caracterizado como instrumento se qualificado (pelas garantias, das quais o sistema de nulidades é parte integrante).

A fim de evitar um processo penal amórfico, deve-se elaborar uma reestruturação completa das nulidades, que não esteja contaminada seja por categorias genealogicamente ligadas ao autoritarismo processual penal (uma breve análise histórica é capaz de demonstrar tais raízes no denominado princípio da instrumentalidade das formas), seja por categorias anacrônicas ou pertencentes a outros ramos do direito. Para concluir nosso sucinto artigo, vale a pena transcrever as palavras de ninguém menos do que **Luigi Carelli** e **Rafaele Garofalo** sobre o tema das nulidades, em especial sobre instrumentalidade das formas e sua aderência ao processo penal inquisitorial:

“abbiamo inoltre cercato di dileguare un equivoco generalmente diffuso, che può menare alle più assurde conseguenze. La sacramentalità delle forme di procedure, che fu sancita da altre istituzioni e fu osservata in altri tempi, è un concetto che oggi

ripugna alle istituzioni processuali, le quali sono forme vive, ed hanno un scopo pratico e concreto. Secondo noi, come all'imputato non si chiede conto se materialmente egli abbia trasgredito le sanzioni della legge, ma se ne violò il contenuto, così per petere riconoscere la nullità di un atto, bisogna vedere, se lo scopo delle legge è stato in fatto raggiunto, se dalla lieve trascuranza di forma è venuta realmente meno quella garanzia di legge, dettata nell'interesse dell'imputato o della difesa sociale”.⁽²⁾

Deixaremos aos próprios leitores as conclusões sobre a adequação da repristinação dessas categorias – extraídas do núcleo do processo penal fascista – ao seio de um processo penal minimamente democrático.

Notas:

- (1) A fim de dar dinâmica – obedecendo ao que se espera de um artigo sucinto – e assim evitar ao máximo possível as referências bibliográficas, utilizo aqui os argumentos detalhadamente apresentados em minha tese de doutorado: GLOECKNER, Ricardo J. *Nulidades no processo penal: uma introdução principiológica à teoria do ato processual penal irregular*. Salvador: JusPodium, 2013. Aqui o leitor poderá consultar em extensão e em verticalização alguns dos temas abordados neste artigo, igualmente referenciados.
- (2) GAROFALO, Rafaele; CARELLI, Luigi. *Riforma Della Procedura Penale in Italia: progetto di un nuovo codice*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1889, p. CXIII.

Ricardo Jacobsen Gloeckner

Doutor em Direito pela UFPR.

Professor do Programa de Pós-Graduação
em Ciências Criminais da PUC-RS.

Coordenador da Especialização em
Ciências Penais da PUC-RS.

Ainda sobre a “quebra da cadeia de custódia das provas”⁽¹⁾

16

Geraldo Prado

Recentemente tive a oportunidade de publicar o livro intitulado *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*,⁽²⁾ que desenvolveu a tese enfrentada pela 6.ª T. STJ no julgamento do HC 160.662/RJ.

Em votos lapidares dos eminentes Ministros **Assusete Magalhães** e **Rogério Schietti** a questão da preservação da cadeia de custódia das provas mereceu talvez a primeira abordagem sistêmica no âmbito dos tribunais brasileiros.

A matéria, no entanto, não é desconhecida dos sistemas jurídicos que mais recentemente aperfeiçoaram os procedimentos criminais em busca da melhor qualidade da prestação jurisdicional.

No fim dos anos 1990 e início deste século, na América do Sul, o Chile saltou de um processo penal de clara e aberta adesão ao modelo inquisitorial para outro, fundado em um paradigma acusatório, mais condizente com as exigências do Estado de Direito, mas também mais preocupado com o acerto da decisão judicial.

No campo das provas uma das questões sensíveis consistiu em estabelecer critérios de um sistema de controles epistêmicos que seja o sistema, por si, capaz de assegurar a “autenticidade” de determinados elementos probatórios, documentos e objetos, empregados como base dos argumentos das partes para convencer o juiz acerca da existência de certos fatos penalmente relevantes.

Sobre a matéria ressaltam os juristas chilenos **Andrés Baytelman** e **Maurício Duce**⁽³⁾ que documentos e objetos têm a cada dia maior importância na decisão das causas penais, no lugar da antes preponderante

prova testemunhal e, como estes elementos probatórios se prestam a indicar a veracidade dos argumentos manejados pelas partes, resulta fundamental preservar-lhes as condições de credibilidade.

Destacam os cultos professores chilenos que “armas, contratos, vídeos”, têm em comum, como elementos probatórios, o fato de: (a) serem produzidos, por definição, sem intermediação, isto é, a sua existência autônoma, relativamente ao juiz, diferentemente do depoimento da testemunha por este colhido, não está cercada da garantia da presença do juiz no momento de formação da prova; (b) não há contraditório no ato de formação da prova. O contraditório operará, com exclusividade, por ocasião do ingresso do elemento probatório no processo.⁽⁴⁾

No contexto do processo penal colombiano a previsão de métodos de “autenticação” da prova remonta ao Dec. 786, de 16.04.1990, mas apenas com os Códigos de Processo Penal de 2000 e 2004 (capítulo IV, denominado “Da Cadeia de Custódia”) a matéria mereceu tratamento sistemático.⁽⁵⁾

Comentando o assunto Juan Carlos Urazán Bautista salienta que “a autenticidade do elemento [probatório] constitui segurança para a administração da justiça, pois esta se desenvolve com fundamento na realidade, não em meios de conhecimento que não a reproduzem”.⁽⁶⁾

Daí, sublinha o Diretor do Centro de Estudos da Fundação Lux Mundi, em Bogotá, a cadeia de custódia fundamenta-se no princípio universal de “autenticidade da prova”, definido como “lei da mesmidade”, isto é, o princípio pelo qual se determina que “o «mesmo» que se encontrou na cena [do crime] é o «mesmo» que se está utilizando para tomar a decisão judicial”.⁽⁷⁾

Compreende-se, pois, que a formação e preservação do elemento probatório sejam cercadas de cuidados, independentemente da previsão expressa de regras processuais penais no direito ordinário.

Trata-se de uma questão epistêmica, que se traduz, com precisão, nas palavras dos autores chilenos **Baytelman** e **Duce**,⁽⁸⁾ por um princípio processual de desconfiança:

“Estas características traen como consecuencia que el mero objeto o documento no sea, en sí mismo, información de calidad suficiente, al menos porque no podemos estar seguros de que sean lo que efectivamente la parte que los presenta dice que son. Nadie, incluidos los jueces, tiene por qué depositar ninguna confianza especial en dicha parte. Ésa es toda la gracia del juicio: no hay confianzas preestablecidas. El fiscal tiene una carga probatoria, el defensor puede jugar a desacreditar el caso del fiscal hasta hacerlo caer por debajo del estándar, o bien puede acreditar su propia defensa afirmativa; pero, en todo caso, todo se remite al lenguaje de la prueba y de la credibilidad concreta de la misma; fuera del mundo de la prueba, no tiene por qué haber concesiones para nadie (tanto al fiscal como al defensor les pagan para decir lo que están diciendo), y eso incluye también a las proposiciones fácticas que dicen ‘este objeto (o documento) es aquello que yo afirmo que es’”.

O cuidado que envolve o tema da formação da prova leva em consideração questões de ordem prática como, por exemplo, a manipulação indevida do elemento probatório com o propósito de incriminar ou isentar alguém de responsabilidade e, também interroga no plano teórico, as condições concretas do melhor conhecimento judicial. Em outras palavras, trata-se de perseguir a melhor qualidade da decisão judicial e reduzir ao máximo os riscos de incriminação imprópria.

Essa é a razão pela qual as ordens jurídico-processuais, que se ajustaram constitucionalmente ao modelo acusatório de processo, regulam o procedimento probatório e cuidam não apenas de assegurar a produção do elemento probatório – neste sentido existe pouca diferença em relação ao modelo inquisitorial reformado – mas também as condições para a demonstração de que estes elementos estão preservados para a perícia e eventual exibição em audiência.

Releva notar que os princípios da “mesmidade”⁽⁹⁾ e da “desconfiança” são fundamentais para garantir o juízo mediante a redução dos riscos de erro judiciário.

Últimas palavras destas breves considerações.

A experiência contemporânea de preservação da «cadeia de custódia» impõe que “a cadeia de custódia deve estar conformada pelo menor número de custódias possível; o menor número faz com que o elemento seja menos manipulado; a menor manipulação o expõe menos; ao expor-se menos, se está protegendo o elemento, se lhe está defendendo”.⁽¹⁰⁾

Notas:

- (1) Texto extraído de parecer emitido em atenção à solicitação do advogado Henrique Pereira Baptista.
- (2) São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- (3) BAYTELMAN A., Andrés; DUCE J., Mauricio. *Litigación penal: juicio oral y prueba*. México: FCE, 2005, p. 283.
- (4) *Idem, ibidem*.
- (5) BAUTISTA, Juan Carlos Urazá. *La Cadena de Custodia em el Nuevo Codigo de Procedimiento Penal*. Disponível em: <<http://fundacionluxmundi.com/custodia.php>>. Acesso em: 30 jul. 2014.
- (6) *Idem, ibidem*.
- (7) *Idem*.
- (8) BAYTELMAN A., Andrés; Duce J., Mauricio. *Op. cit.*, p. 284.
- (9) Emprego o termo em sua forma aproximada à língua espanhola, porque não há correspondente adequado em português, não se tratando de “mesmice”, pois que em português o uso coloquial desta palavra remete a outro significado. O uso do termo “identidade” igualmente não resolveria a questão, embora talvez seja mais propício que “mesmice”.
- (10) BAUTISTA, Juan Carlos Urazá. *Op. cit.*, p. 3. Tradução livre.

Geraldo Prado

Professor da Universidade Federal do Estado do

Rio de Janeiro – UFRJ.

Consultor Jurídico.

PROJETO DE CÓDIGO PENAL EM DEBATE

Um centro filosófico do sistema penal

Miguel Reale Júnior

O Projeto de novo Código Penal, apresentado por **José Sarney**, cujo relator é o Senador **Pedro Taques**, em sua versão original dava a seguinte conceituação do que denominou fato criminoso:

“O fato criminoso

Art. 14. A realização do fato criminoso exige ação ou omissão, dolosa ou culposa, que produza ofensa, potencial ou efetiva, a determinado bem jurídico.

Parágrafo único. O resultado exigido somente é imputável a quem lhe der causa e se decorrer da criação ou incremento de risco tipicamente relevante, dentro do alcance do tipo”.

Nos artigos seguintes dispunha sobre o nexos de causalidade:

“Causa

Art. 15. Considera-se causa a conduta sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Superveniência de causa independente

Art. 16. A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou”.

Em seu substitutivo, após a realização de audiências públicas e o recebimento de inúmeras emendas, o Relator resolveu modificar o texto

original para, segundo sua opinião, consagrar por inteiro, em sua pureza, sem concessões, a denominada teoria da imputação objetiva.

Assim, justifica a alteração promovida com a seguinte ponderação:

“Para que não parem dúvidas na interpretação, é importante deixar expresso que a produção de risco juridicamente relevante já basta para caracterizar o tipo criminoso. E o resultado exigido pelo tipo só pode ser imputado a quem criou ou aumentou o risco juridicamente relevante.

O Projeto criou uma contradição lógica ao inovar com o art. 14 e manter o sistema causal nos arts. 15 e 16. Um trata do conceito de causa e o outro da causa superveniente. Os dois sistemas não podem conviver. A imputação objetiva foi eleita pela Comissão de Juristas como o centro filosófico do sistema penal. E um de seus efeitos é libertar o Direito Penal do nexos causal. Daí a exclusão desses dois dispositivos. O art. 14 é bastante”.

“Fizemos uma adaptação da redação do art. 18 (inc. I) ao que dispõe o art. 14, com o objetivo de estabelecer a coerência teórica entre os dois dispositivos. Os arts. 14, 18 e 38 precisam estar em uma sintonia fina, pois são a base filosófica do novo sistema penal. Também substituímos a expressão ‘tipo penal’ por ‘elementos do tipo criminoso’ (inc. I), bem como a expressão ‘fato típico’ (inc. II) pela expressão ‘elementos do tipo criminoso’. A razão da alteração é meramente de rigor técnico. O agente não realiza o fato ou o tipo penal, mas, para o direito, os elementos do tipo, que descreve uma conduta criminosa”.

Destarte, o texto ora proposto para a definição de fato criminoso passou a ser o seguinte:

“O fato criminoso

Art. 14. A realização do fato criminoso exige ação ou omissão, dolosa ou culposa, que produza **risco juridicamente relevante** ou ofensa a determinado bem jurídico.

Parágrafo único. O resultado exigido somente é imputável a quem lhe der causa e se decorrer da **criação ou aumento de risco juridicamente relevante**”.

Cumpra também reproduzir o disposto nos arts. 16, I, e 36, referentes ao dolo e ao concurso de pessoas, que o Relator considera deverem ter sintonia com o art. 14.

O art. 18, I, do Projeto, relativo ao dolo, passou a ser o art. 16, I.

Na primeira versão dispunha-se:

“Dolo e culpa

Art. 18. Diz-se o crime:

I – doloso, quando o agente quis realizar o tipo penal ou assumiu o risco de realizá-lo, consentindo ou aceitando de modo indiferente o resultado”.

Agora, no substitutivo, o dolo veio a ser assim conceituado:

“Dolo e culpa

Art. 16. Diz-se o crime:

I – doloso, quando o agente, realizando os elementos do tipo criminoso, quis ofender o bem jurídico protegido, ou, assumindo o risco de realizá-los, consentiu ou aceitou de modo indiferente a ofensa ao bem jurídico”.

Quanto ao concurso de pessoas, o Projeto original estabelecia no art. 38, que passou a ser o 36:

“Concurso de pessoas

Art. 38. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1.º Concorrem para o crime:

I – os autores ou coautores, assim considerados aqueles que:

- a) executam o fato realizando os elementos do tipo;
- b) mandam, promovem, organizam, dirigem o crime ou praticam outra conduta indispensável para a realização dos elementos do tipo;
- c) dominam a vontade de pessoa que age sem dolo, atipicamente, de forma justificada ou não culpável e a utilizam como instrumento para a execução do crime; ou
- d) aqueles que dominam o fato utilizando aparatos organizados de poder.

II – partícipes, assim considerados:

- a) aqueles que não figurando como autores, contribuem, de qualquer outro modo, para o crime; ou
- b) aqueles que deviam e podiam agir para evitar o crime cometido por outrem, mas se omitem”.

No substitutivo, esta norma veio a ter o seguinte teor:

“Concurso de pessoas

Art. 36. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1.º Consideram-se:

I – coautores aqueles que:

- a) ofendem o bem jurídico mediante acordo de condutas;
- b) mandam, promovem, organizam, dirigem o crime ou praticam outra conduta indispensável para a ofensa ao bem jurídico;
- c) usam, como instrumento para a execução do crime, pessoa que age de forma atípica, justificada ou não culpável; ou
- d) usam aparatos organizados de poder para a ofensa ao bem jurídico.

II – partícipes aqueles que:

- a) não figurando como coautores, contribuem, de qualquer outro modo, para o crime; ou

b) deviam e podiam agir para evitar o crime cometido por outrem, mas se omitem”.

A pretensão do Relator, até ingênua, é “*libertar o direito penal do nexa causal*”, motivo pelo qual busca adotar em sua pureza, sem quaisquer resquícios da causalidade, integralmente, a teoria da imputação objetiva, que qualifica como sendo “*o centro filosófico do sistema penal*” (sic).

O nexa causal é um dado inafastável da realidade, do qual ninguém e nenhuma ciência relativa às condutas humanas se libertam, por óbvio. Bastaria lembrar o que diz, recentemente, **Edgardo Alberto Donna**: “*Es obvio que especialmente en los delitos de resultado, la relación causal es necesaria e imprescindible; en ésta, dado un hecho necesariamente debe darse una consecuencia*” (La acción libre como base de toda imputación penal. *Estudios em homenagem a Juarez Tavares – Direito Penal como crítica da pena*. São Paulo: Marcial Pons, 2102, p. 185).

Nem a maioria dos autores adeptos da teoria da imputação objetiva pretende que esta substitua o nexa de causalidade, pois sempre há de haver a imputação física, a *imputatio facti*, a ser limitada pela imputação objetiva, pois como observa **Luís Greco** “*por primeiro deve-se observar o que efetivamente ocorreu, mais especificamente o bem lesionado e o curso causal de que resultou essa lesão*” (*Um panorama da teoria da imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 104).

A imputação objetiva constitui, portanto, um critério normativo que se soma ao nexa causal (veja-se nosso *Instituições de direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 238 e *Direito penal - Jurisprudência em debate*. vol. 1. Rio de Janeiro: GZ, p. 4 e ss.) antes para excluir a imputação do que para a constituir, como aliás destaca **Juarez Tavares** (*Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2.000, p. 211).

Claus Roxin (*Derecho penal: parte general*. t. I. Madrid: Civitas, 1999, trad. Luzón-Peña *et al*, p. 347 e ss. e p. 363) formulador inicial da teoria da imputação objetiva, não defende que venha esta a substituir o nexa de causalidade, pois apenas entende que a um resultado *causado* pelo agente só se pode imputar ao tipo objetivo se a conduta do autor criou um perigo ao bem jurídico não coberto por um risco permitido e esse perigo também se realizou no resultado concreto.

A supressão do nexa de causalidade a ser substituído por uma teoria normativa, como a da imputação objetiva, é inaceitável, como assinala **Juarez Tavares** no prefácio ao livro de **Luís Greco** acima citado (*Um panorama... cit.*, p. XV e ss.), segundo o qual, se no campo dos crimes omissivos deva-se recorrer a critérios mais normativos do que empíricos, isso não implica que a teoria da imputação passe a se converter em uma teoria da causalidade.

Já **Janaína Paschoal** adverte que se é deletério o abandono da relação de causalidade nos crimes comissivos, nos crimes comissivos por omissão o prejuízo é imensurável (*Ingerência indevida*. Porto Alegre: Fabris, 2011, p. 136).

Em face destas considerações cumpre, mesmo que brevemente, examinar como se pretendeu fazer a “*libertação*” do Direito Penal do nexa de causalidade com a criação de um sistema penal cujo centro filosófico é a teoria da imputação objetiva.

Primeiramente, como ressalta o professor mineiro e de todos nós, **Jair Leonardo Lopes**, em análise ao Projeto (*Anteprojeto de reforma da parte geral do Código Penal: uma visão crítica*. Belo Horizonte: Forum, 2014, p. 75), código de nenhum país adota a teoria da imputação objetiva, sujeita ainda a muitas controvérsias, razão pela qual não se tenha ainda formulado uma teoria geral da imputação objetiva.

De outra parte, pratica-se um equívoco grave ao se estatuir no art. 14 que o fato criminoso exige ação ou omissão, dolosa ou culposa, que produza **risco juridicamente relevante** ou ofensa a determinado bem jurídico.

Ora, risco juridicamente relevante é tanto o risco permitido como o proibido. É **Roxin** que observa haver no risco permitido uma conduta que cria um risco juridicamente relevante, porém que de um modo geral está permitida (*op. cit.*, p. 371). Igualmente **Urs Kindhäuser** que não afasta a causalidade, mas a esta acrescenta risco não permitido: “*Por otra parte, la causación de un resultado solamente puede ser*

objetivamente imputable cuando en la producción del resultado se realice precisamente el riesgo no permitido creado por el autor, pues jurídico-penalmente no se puede pedir cuentas a nadie por las consecuencias de un comportamiento permitido” (Imputación objetiva y subjetiva en el delito doloso. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 21, n. 100, jan.-fev. 2013, p. 155-174).

Assim, constitui erro grave definir “fato criminoso” como a ação ou omissão que produza risco juridicamente relevante.

De outra parte, surpreende o texto do parágrafo único do art. 14, ao estabelecer a causalidade, *que a final não se suprime e da qual não se liberta*, como critério da imputação, mas condicionada à criação ou aumento de um risco juridicamente relevante: “*o resultado exigido somente é imputável a quem lhe der causa e se decorrer da criação ou aumento de risco juridicamente relevante*” (grifei).

Dessa forma, para a imputação não basta se ter produzido um resultado, ao qual se deu causa, pois se acrescenta, de forma incompreensível, como condição de imputação, que este resultado seja *decorrente da criação ou aumento de risco juridicamente relevante*.

Como risco juridicamente relevante nada diz com o ilícito, com o proibido, pois o risco juridicamente relevante é também o permitido, fica-se sem saber se recorreram à terminologia da imputação objetiva para se declarar que constitui o “centro filosófico do sistema penal”, mesmo que não se tenha sistema penal, dada a confusão estabelecida.

Cabe, mesmo brevemente, verificar o disposto acerca do dolo e do concurso de pessoas, que o Relator destaca deverem estar em sintonia, já

que se pretende construir um sistema penal.

Segundo o Substitutivo, o crime é doloso quando o agente, realizando os elementos do tipo criminoso, quis ofender o bem jurídico protegido.

Não há, portanto, o pretendido paralelismo com o constante do art. 14, pois para a configuração do dolo basta querer ofender o bem jurídico protegido, sem qualquer menção a querer criar ou aumentar um risco juridicamente relevante, razão pela qual se estabelece a seguinte contradição: para configurar o fato delituoso, exige-se apenas a ofensa ao bem jurídico, olvidando-se ter se conceituado que fato criminoso é também a produção de risco juridicamente relevante, conforme edita *in fine* o art. 14.

No art. 36 do Substitutivo, edita-se que o Concurso de Pessoas se dá quando concorrem para o crime, sendo coautores aqueles que ofendem o bem jurídico mediante acordo de condutas. Novamente se faz exclusivamente referência a um aspecto causal – ofendem o bem jurídico mediante acordo – sem qualquer menção ao constante da definição de Fato Criminoso consistente em produzir um risco juridicamente relevante.

Como se vê, parafraseando o dístico inscrito na praça central da USP, cujos dizeres são “*no universo da cultura o centro está em toda parte*”, pode-se afirmar: no pretense Sistema Penal o “centro filosófico” não está em parte alguma.

Miguel Reale Júnior

Professor Titular aposentado da Faculdade de Direito da USP.
Advogado.

DESCASOS

Minha primeira causa criminal

Alexandra Lebelson Szafir

Era o final de 1992 e eu estava de plantão no Departamento Jurídico do Centro Acadêmico XI de Agosto (conhecido como DJ), onde eu estagiava (trabalho do qual muito me orgulho e provável motivo de eu, até hoje, jamais recusar clientes só por não poderem pagar honorários), quando conheci dona Geraldina, mulher extremamente humilde, a quem faltavam os dentes da frente.

O seu pedido era bem simples e direto: o seu filho Nilton tinha estado no famigerado Pavilhão 9 durante o massacre do Carandiru, onde ainda permanecia, e ela queria que eu o tirasse de lá.

Confesso que tive receio de “pegar” o caso. Para quem não sabe, no DJ, o estagiário fazia tudo praticamente sozinho – o advogado responsável se limitava a supervisionar as petições e comparecer às audiências, nas quais era orientado pelo estagiário (verdadeiro “dono” do caso) sobre os fatos do processo⁽¹⁾ – e, até aquele momento, eu achava (acertadamente, penso até hoje) que, dada a minha inexperiência, seria irresponsabilidade assumir casos em que estava em jogo a liberdade de alguém. Até ali, eu só cuidara de pedidos de reconhecimento de paternidade ou revisionais de aluguéis.

Mas ponderei comigo mesma que, neste caso em particular, era impossível piorar a situação de Nilton e, embora os estagiários do plantão não fossem obrigados a cuidar dos casos que atendiam, apenas a encaminhá-los, assumi o caso. Por algum motivo, dona Geraldina queria a mim como “advogada” do seu filho e senti por ela empatia imediata. Quem a conhecesse saberia do que estou falando.

Deu trabalho – ele era claramente culpado do roubo a ele atribuído –, mas eu o tirei da prisão. E o seu foi o testemunho mais eloquente que ouvi a respeito do que houve ali: embora Nilton fosse boa praça e conversador, de sorriso fácil, quando eu perguntei a respeito do que tinha ocorrido em 2 de outubro, o seu rosto se transformou, adquirindo uma expressão sombria, e ele simplesmente não conseguia falar.

Não insisti mais.

Era impossível não gostar de Nilton. Talvez por isso, eu o tenha defendido quando foi preso novamente, por roubo. Ao visitá-lo numa carceragem de Distrito Policial, ele me avisou, com o sorriso de sempre, que na próxima vez que eu viesse, ele não estaria mais ali. Quando externei a minha preocupação com os riscos da empreitada, ele novamente abriu um sorriso e disse: “*doutora, a senhora acha que eu sou trouxa?*”. Pensei, mas não falei: “*claro; por isso você está aqui!*”

Obviamente, não avisei ao Delegado sobre o projeto, pois isso seria traír a confiança do meu cliente e, ademais, não é difícil prever a reação dos outros presos se soubessem que a fuga fora frustrada por causa de Nilton. E, de fato, pouco tempo depois, ele fugiu.

Quando ele foi absolvido, lembro-me que foi necessária a intervenção do juiz para que a chefe do Cartório me entregasse o contramandado de prisão. O argumento dela era de que ele tinha fugido e tinha de se apresentar. Tive vontade de dizer: “*é claro, sua idiota estúpida, por isso é um contramandado, e não um alvará de soltura!*” Mas me controlei e achei mais prudente falar com o juiz e ver a cara de tacho dela ao ser obrigada a me entregar o documento.

Nilton foi encontrado morto meses depois, seu corpo crivado de balas.

Agradeço eternamente à juíza que, após uma audiência, permitiu que os filhos pequenos de Nilton entrassem e vissem o pai sem algemas.

Nota:

(1) Não sei se é assim até hoje.

Alexandra Lebelson Szafir

Advogada.

(aleszafir@uol.com.br)



A PROVA DE QUE A **SARAIVA** PUBLICA OS MELHORES LIVROS SOBRE CIÊNCIAS CRIMINAIS.

CIÊNCIAS CRIMINAIS
Saraiva



5 volumes

TRATADO DE DIREITO PENAL
VOL. 1 – PARTE GERAL
Cezar Roberto Bitencourt
20ª edição



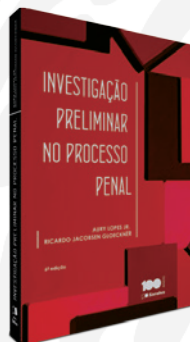
COLEÇÃO ESQUEMATIZADO®
DIREITO PENAL ESQUEMATIZADO®
PARTE ESPECIAL
Victor Eduardo Rios Gonçalves
4ª edição



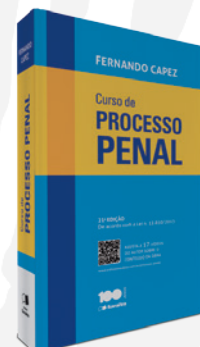
ANTIMANUAL DE
CRIMINOLOGIA
Salo de Carvalho
5ª edição



COLEÇÃO SABERES CRÍTICOS
POR QUE ESTAMOS INDIGNADOS?
DAS BARBÁRIES DOS PODERES
À ESPERANÇA DE CIVILIZAÇÃO,
JUSTIÇA SOCIAL E DEMOCRACIA DIGITAL
Luiz Flávio Gomes
1ª edição



INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR
NO PROCESSO PENAL
Aury Lopes Jr.
Ricardo Jacobsen Gloeckner
6ª edição



CURSO DE PROCESSO PENAL
Fernando Capez
21ª edição

COMPRE JÁ!
www.saraiva.com.br

Mantenha-se informado
sobre as novidades da Saraiva:

