

# BOLETIM

Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

ISSN 1676-3661



**IBCCRIM**

ANO 31 - Nº 373 - DEZEMBRO/2023



## EDITORIAL

1 Segurança pública: uma agenda de toda a sociedade brasileira

## CADERNO DE DOCTRINA

5 A lei antimanicomial: um modelo revolucionário de saúde mental  
Juarez Cirino dos Santos

10 Sobre os critérios quantitativos para diferenciar a imputação no Direito Penal das drogas

Salo de Carvalho  
Mariana de Assis Brasil e Weigert

14 A nova sistemática de execução da multa penal: uma política perversa de aprofundamento da miséria

Bruno Shimizu  
Mariana Borgheresi Duarte

17 A proposta epistemológica da Criminologia do sul: um campo em expansão  
Érica Babini Lapa do Amaral Machado

20 O uso do *malware* na investigação criminal: pontos de tensão e limites

Helena Costa Rossi  
Leandro Musa de Almeida

24 O juiz de garantias e o Supremo Tribunal Federal: uma vitória de Pirro

Danielle Nogueira Mota Comar  
Marco Aurélio Nunes da Silveira

## LAUT

27 31 anos do massacre do Carandiru: memorialização e ressignificação da casa de detenção de São Paulo

Luisa Mozetic Plastino  
Carolina Cutrupi Ferreira

## CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

TEMA: TIPIFICAÇÃO DE CRIMES ENVOLVENDO CRIPTOMOEDAS

30 Tribunais Estaduais

31 Superior Tribunal de Justiça

33 Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

## NORMAS DE PUBLICAÇÃO



# SEGURANÇA PÚBLICA: UMA AGENDA DE TODA A SOCIEDADE BRASILEIRA

*PUBLIC SECURITY: AN AGENDA FOR THE ENTIRE BRAZILIAN SOCIETY*

**Resumo:** O PL 3.045/2022 acaba de ser aprovado pelo Senado Federal sem debates e mudanças relevantes, mantendo a vinculação das polícias ao comando do exército, na contramão da desmilitarização. Houve também a apresentação da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 57, que sugere a transformação das Guardas Municipais em Polícias Municipais. As recentes proposições legislativas merecem atenção e ampla discussão pela sociedade sobre o rumo das políticas públicas do Brasil.

**Palavras-chave:** Polícia Civil; Polícia Militar; Forças Armadas; Desmilitarização; Guarda Municipal.

**Abstract:** Bill 3,045/2022 has just been approved by the Federal Senate without relevant debates and changes, maintaining the police under the control of the army, in the opposite direction of demilitarization. There was also presented the Constitutional Amendment Bill 57, which suggests that Municipal Guards should be turned into Municipal Police. The society must pay attention on these recent legislative proposals and discuss the paths of public policies in Brazil.

**Keywords:** Civil Police; Non-investigative Police; Army; Demilitarization; Municipal Guard.

O projeto de lei (PL) 3.045/2022, que trata da “Lei Orgânica Nacional das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios”, foi aprovado no Senado Federal no dia 7 de novembro de 2023, sem alterações no texto oriundo da Câmara dos Deputados (PL 4.363/2001) e sem muitas condições de discussão e debate durante sua tramitação. No momento, aguarda sanção presidencial. A julgar pelo apoio que uniu governistas e opositores em ambas as Casas Legislativas e pelas manifestações favoráveis do Poder Executivo Federal, apesar das divergências internas, é possível arriscar a previsão de que não haverá muitos vetos — quem sabe ali, talvez, onde as inconstitucionalidades são mais salientes, indicando a necessidade de maior contenção do legislador, em respeito às normas e aos princípios constitucionais.

Há inúmeros defeitos e problemas no texto. Apontá-los ultrapassaria os limites de um simples editorial. Certo é que

a oportunidade de construir uma nova lei sobre as forças de segurança pública que, numa palavra, avançasse em termos da desmilitarização, foi completamente desperdiçada. O sistema aprovado mantém a lógica de vinculação das polícias ao Comando do Exército, em reforço ao modelo estabelecido durante a ditadura militar pelo Decreto-Lei 667/1969 que, naquele período, e com base no Ato Institucional 5/1968, transferiu às Forças Armadas o controle e a coordenação das Polícias Militares dos Estados — aqui vale lembrar que o referido Decreto-Lei de 1969 nem sequer foi revogado, mas apenas pontualmente modificado. Assim, em linha de continuidade com o modelo que nem mesmo a Constituição de 1988 conseguiu ultrapassar, está, por exemplo, a manutenção da Inspeção-Geral das Polícias Militares, a IGPM criada em 1967, agora IGPM/BM, Inspeção-Geral das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares, em manifesto desacordo com o que dispõe o Sistema Único de Segurança Pública (SUSP) instituído pela Lei 13.675/2018. Após mais de meio século da

edição do Decreto-Lei 677/1969, o Estado brasileiro perdeu a oportunidade de instituir uma lei única, ainda no marco do SUSP, capaz de regular, sob normas de caráter geral, as Polícias Cíveis, Militares e outras forças de segurança pública, de forma integrada e coordenada. Há, enfim, muitos outros pontos que merecem atenção, entre os quais destacam-se a possibilidade de subordinação das Ouvidorias de Polícia ao Comandante-Geral da Polícia Militar e o avanço da militarização para outras áreas do setor público, como a do meio ambiente.

O texto inicial correspondente ao projeto que tramitou na Câmara dos Deputados data de março de 2001 foi uma iniciativa do Poder Executivo Federal, sob a chefia do então Presidente Fernando Henrique Cardoso. Somente no ano de 2020 o tema retornou à pauta política, fortemente impulsionado pela onda de politização das forças de segurança, em um ano que registrou um dos maiores motins levado a efeito pela Polícia Militar no Estado do Ceará. A tônica era conferida pelo discurso de “autonomia das polícias” em relação aos governos estaduais. No período, ideias como lista tríplice para a escolha de comandante-geral da PM e “porta-giratória”, em favor do retorno à atividade de policiais eleitos para mandatos político-eleitorais, chegaram a integrar por um tempo o texto da proposta sob relatoria do Deputado Capitão Augusto, do Partido Liberal de São Paulo. O governo Bolsonaro chegou ao fim sem que o projeto fosse aprovado na Câmara dos Deputados, o que acabou por acontecer nos últimos dias do ano legislativo de 2022.

O tema da organização, da competência e atuação das polícias, do controle de suas atividades e até mesmo de sua valorização como instituições de Estado é de grande relevância numa Democracia e deveria ter sido conduzido de maneira a possibilitar maior participação da sociedade e de outras organizações, além das associações representativas das Polícias Cíveis e Militares. Infelizmente, não foi o que aconteceu. É necessário responder por que razão não foi possível avançar no sentido da desmilitarização — embora aqui não seja o lugar para o desenvolvimento de uma análise dessa natureza —, mas também é preciso seguir em frente, diante do fato consumado. Como reconhecem especialistas da área de segurança pública, há pontos positivos na lei que está para ser aprovada. Apesar da manutenção do modelo militarizado, existem novas possibilidades e novas experiências no horizonte.

Entre as iniciativas na área de segurança pública que se deram em novembro, merece destaque também a apresentação da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 57, de transformação das Guardas Municipais em Polícias Municipais. A demanda da categoria das Guardas Municipais para integrar o sistema de segurança pública com atribuições típicas de polícia não é nova e já conta com decisão favorável do Supremo Tribunal Federal, no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 995, no sentido de afastar as

interpretações judiciais que retiravam das guardas as atribuições típicas de segurança pública. A nova PEC altera os artigos 40 e 144 da Constituição da República para inserir definitivamente as Guardas Municipais como órgãos integrantes do sistema de segurança pública, alterando, inclusive a nomenclatura da carreira para Polícias Municipais. A consequência direta da proposição, caso seja aprovada nas duas Casas Legislativas, é a possibilidade de criação de mais de cinco mil órgãos de polícias nos municípios brasileiros, com os desafios e as contradições que são típicos do manejo e da gestão da segurança pública nacional. Há posições no sentido de que as guardas já exercem o poder de polícia e tal cenário é uma realidade. Ainda não parece claro, no entanto, quais serão os mecanismos de controle externo e de controle social sobre os quais as novas polícias municipais estarão submetidas, bem como as balizas de atribuições que possam atender a um só tempo, de um lado, as especificidades de cada município, mas de outro uma atuação articulada e coordenada entre os entes da federação.

Diante da evidente mobilização em torno do tema, surge a oportunidade para estudiosos, pesquisadores, ativistas e sociedade civil organizada aprofundarem a discussão sobre os rumos das políticas públicas de segurança, entendendo que sua formulação não pode se resumir às corporações policiais.

Se estivermos diante de um desejo nacional de mais agentes de segurança pública nas ruas, aculturados aos abusos de autoridade, violência, opressão e disputas de poder, sem dúvida aprofundaremos ainda mais a distância entre o cidadão e o poder público, com graves repercussões na legitimidade própria do exercício da força pelo Estado. Por outro lado, se se apresentar um cenário no qual as Polícias Municipais projetarão o modelo idealizado do policiamento comunitário, com respeito a cidadania, dignidade e Direitos Humanos, a aproximação desses agentes com a população poderá indicar um novo paradigma na segurança pública. Por isso, são fundamentais as experiências exitosas, merecedoras de destaque, e a identificação de práticas que já não são mais aceitáveis, uma vez reafirmada a escolha democrática por uma sociedade mais justa e solidária.

Assim, o debate sobre as políticas de segurança pública definitivamente não pode se encapsular nas corporações policiais. É um desafio muito mais amplo, que exige de toda a sociedade brasileira o compromisso e a disposição para a pavimentação de um caminho que seja de encontro e concertação.

# Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

## EDITORIAL

2. **Segurança pública: uma agenda de toda a sociedade brasileira**

## CADERNO DE DOCTRINA

5. **A lei antimanicomial: um modelo revolucionário de saúde mental**

Juarez Cirino dos Santos

10. **Sobre os critérios quantitativos para diferenciar a imputação no Direito Penal das drogas**

Salo de Carvalho e Mariana de Assis Brasil e Weigert

14. **A nova sistemática de execução da multa penal: uma política perversa de aprofundamento da miséria**

Bruno Shimizu e Mariana Borgheresi Duarte

17. **A proposta epistemológica da Criminologia do sul: um campo em expansão**

Érica Babini Lapa do Amaral Machado

20. **O uso do *malware* na investigação criminal: pontos de tensão e limites**

Helena Costa Rossi e Leandro Musa de Almeida

24. **O juiz de garantias e o Supremo Tribunal Federal: uma vitória de Pirro**

Danielle Nogueira Mota Comar e Marco Aurélio Nunes da Silveira

27. **LAUT**

**31 anos do massacre do Carandiru: memorialização e ressignificação da casa de detenção de São Paulo**

Luisa Mozetic Plastino e Carolina Cutrupi Ferreira

30. **CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA**

30. **Tribunais Estaduais**

31. **Superior Tribunal de Justiça**

33. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios**

# A LEI ANTIMANICOMIAL: UM MODELO REVOLUCIONÁRIO DE SAÚDE MENTAL

THE ANTI-ASYLUM LAW: A REVOLUTIONARY MENTAL HEALTH MODEL

**Juarez Cirino dos Santos**

Professor de Direito Penal da UFPR. Presidente do Instituto de Criminologia e Política Criminal. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3590883518608901>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5135-523X>

[juarezcirinodeasantos@gmail.com](mailto:juarezcirinodeasantos@gmail.com)

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.10186062>

**Resumo:** A Lei 10.216/01 instituiu novo modelo de saúde mental no Brasil, reconhecendo direitos revolucionários aos portadores de transtorno mental, a designação atual da antiga doença mental. A chamada lei antimanicomial revogou as medidas de segurança e extinguiu o conceito de perigosidade criminal, porque é incompatível com a lei anterior e porque regulou inteiramente a matéria daquela. A edição da Res/CNJ 487/2023 instituiu a nova Política Antimanicomial do Poder Judiciário e encerrou o período catatônico de uma lei plena de sabedoria humanista: o direito à saúde integral em ambiente terapêutico não asilar, com os meios menos invasivos e a proibição de isolamento compulsório ou de alojamento impróprio para portadores de transtorno mental ou de deficiência psicossocial. A responsabilidade do Estado pela política de saúde mental está subordinada a três regras: a internação psiquiátrica pressupõe insuficiência de recursos extra-hospitalares, portadores de transtorno mental não podem ser internados em instituições asilares e toda internação psiquiátrica depende de laudo médico circunstanciado, com indicação dos motivos da internação. A regra básica do sistema é o tratamento ambulatorial, mediante interlocução judicial com as equipes de saúde para reavaliações, reversão para tratamento em liberdade ou extinção do tratamento. A decisão judicial de internação garante direitos dos acusados, mas é condicionada pela avaliação multidisciplinar da equipe biopsicossocial competente.

**Palavras-chave:** Política antimanicomial; Transtorno mental; Avaliação multidisciplinar; Equipe biopsicossocial; Tratamento ambulatorial.

**Abstract:** Law 10.216/01 established a new model of mental health in Brazil, recognizing revolutionary rights for people with mental disorders, the current designation of the former mental illness. The so-called Anti-Asylum Law revoked security measures and extinguished the concept of criminal danger, because it is incompatible with the previous law and because it entirely regulated its subject matter. The edition of Res/CNJ 487/2023, instituted the new Anti-Asylum Policy of the Judiciary and ended the catatonic period of a law full of humanist wisdom: the right to comprehensive health in a non-asylum therapeutic environment, with the least invasive means and prohibition of compulsory isolation or inappropriate accommodation for people with mental disorders or psychosocial disabilities. The State's responsibility for mental health policy is subject to three rules: psychiatric hospitalization presupposes insufficient extra-hospital resources, people with mental disorders cannot be admitted to nursing homes, and all psychiatric hospitalization depends on a detailed medical report, indicating the reasons for hospitalization. The basic rule of the system is outpatient treatment, through judicial dialogue with health teams for reassessment, reversion to free treatment or termination of treatment. The judicial decision of hospitalization guarantees the rights of the mental disorders but is conditioned by the multidisciplinary assessment of the competent biopsychosocial team.

**Keywords:** Anti-asylum policy; Mental disorder; Multidisciplinary assessment; Biopsychosocial team; Outpatient treatment.

## 1. Introdução

A Lei 10.216, de 06 de abril de 2001, instituiu um dos mais avançados modelos de saúde mental do mundo ocidental, ao definir os direitos das pessoas portadoras de **transtornos mentais**, bem como os deveres do Estado pela implementação da nova política de saúde mental, mediante ações concretas de assistência e promoção da saúde psíquica do portador de transtorno mental, em

estabelecimentos psiquiátricos com características *não asilares*, tudo em conjunto com a sociedade e a família do paciente (Cirino dos Santos, 2022, p. 656-670). O simples enunciado de alguns dos principais direitos do portador de *transtorno mental* (a moderna designação da antiga *doença mental*) é suficiente para avaliar a natureza revolucionária do novo modelo — por exemplo, os direitos (i) de *acesso ao melhor tratamento* do sistema de saúde, (ii) de

tratamento com *humanidade e respeito*, no interesse exclusivo do portador de transtorno mental, mediante inserção na família, no trabalho e na comunidade, (iii) de *proteção* contra qualquer abuso e exploração, (iv) de esclarecimento médico sobre a *necessidade* de internação involuntária, (v) de máxima informação sobre a *doença* e o *tratamento*, (vi) de ambiente *terapêutico de tratamento*, com os meios *menos invasivos* possíveis, (vii) de tratamento preferencial em *serviços comunitários de saúde mental* etc. (Art. 2º, Lei 10.216/2001).

## 2. Mudanças legais no quadro jurídico institucional

### 2.1. Critérios de validade de leis penais no tempo

Resistências institucionais inexplicáveis determinaram a vigência decorativa da Lei 10.216/2001, que entrou em vigor na data de sua publicação, mas não teve eficácia social por ausência de aplicação judicial — exceto a isolada, mas inovadora aplicação judicial estadual do Programa de Atenção Integral ao Louco Infrator (Paili), do estado de Goiás —, a experiência brasileira de maior êxito no tratamento de portadores de transtorno mental autores de fatos definidos como crimes.<sup>1</sup> Não obstante, no âmbito de validade das leis penais no tempo, a principal consequência legal da vigência da Lei 10.216/2001 — também conhecida como lei antimanicomial — foi a revogação das normas correspondentes da legislação penal anterior, por razões jurídicas indiscutíveis, conforme disciplina a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:

a) primeiro, porque as leis têm vigor até que outra a modifique ou revogue, na forma do art. 2º da Lei 4.657/42 — e a lei antimanicomial modificou a legislação correspondente do Código Penal;<sup>2</sup>

b) segundo, porque a lei antimanicomial (i) constitui lei posterior, inteiramente incompatível com a lei anterior do Código Penal, e (ii) regula inteiramente a matéria da legislação anterior do Código Penal — como dispõe o art. 2º, §1º da mesma lei.<sup>3</sup>

Além disso, na hipótese alternativa de conflito aparente de normas penais — uma hipótese desnecessária em face dos critérios legais indicados —, o princípio da especialidade resolveria o conflito em favor da Lei 10.216/2001, que constitui norma especial com efeito excludente da norma geral do Código Penal.

### 2.2. Revogação das medidas de segurança da lei penal

Assim, a Lei 10.216/2001 instituiu um novo sistema de medidas de proteção de pessoas portadoras de transtorno mental, aplicável ao cidadão comum nas hipóteses de internação voluntária e involuntária (art. 6º, I-II), e aplicável ao cidadão autor de fatos definidos como crimes na hipótese de internação compulsória (art. 6º, III), com tácita revogação das normas contrárias da legislação penal (Cirino dos Santos, 2022, p. 447-448). As inovações mais importantes da lei antimanicomial são o abandono do conceito de perigosidade criminal e a consequente extinção das medidas de segurança do velho positivismo criminológico (Cirino dos Santos, 2022, p. 661-662).

#### 2.2.1.

A primeira mudança é o abandono do conceito amorfo de periculosidade criminal, que não pode mais ser atribuído aos portadores de transtorno mental — nem por presunção legal, no caso de autores inimputáveis (art. 26 e 97, CP), nem por determinação judicial, no caso de autores semi-imputáveis necessitados de especial tratamento curativo (art. 26, parágrafo único, e 98, CP).

#### 2.2.2.

A segunda mudança é a revogação das anacrônicas medidas de segurança, ineficazes para defesa da sociedade contra ações agressivas de sujeitos portadores de doenças mentais, agora substituídas por medidas de proteção da saúde mental de pessoas portadoras de transtorno mental, cumpridas em instituições ou unidades de saúde pública não asilares, diversas dos desumanos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTPs).

### 2.3. Tomada de posição científica pela lei antimanicomial

Inspirado na tese de doutorado de Thayara Castello Branco (2016),<sup>4</sup> publiquei uma análise sistemática da Lei 10.216/2001, pregando a urgente eficácia social de uma lei forjada com sabedoria humanista, mas esquecida pela Jurisprudência dos Tribunais e pela literatura especializada.<sup>5</sup>

## 3. A nova Política Antimanicomial do Poder Judiciário

### 3.1. A Resolução 487/2023 do CNJ

Finalmente, a Ministra Rosa Weber, então Presidente do Supremo Tribunal Federal, assinou a Res/CNJ 487/2023, que encerrou o período catatônico de uma lei magnífica: a) instituiu a Política Antimanicomial do Poder Judiciário e estabeleceu procedimentos e diretrizes para implementar a Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência e a Lei 10.216/2001, no âmbito do processo penal e da execução das medidas de segurança (art. 3º); b) definiu as diretrizes da política antimanicomial para as audiências de custódia (arts. 4º a 8º); c) disciplinou o tratamento de saúde na prisão preventiva ou outra medida cautelar (arts. 9º e 10); d) instituiu a avaliação biopsicossocial para tratamento da saúde em medidas de segurança (art. 11 e parágrafo único); e) definiu a prioridade do tratamento ambulatorial para portadores de transtorno mental ou de deficiência psicossocial (art. 12 e §§); f) restringiu o cumprimento das medidas de internação aos Hospitais Gerais, com exclusão (i) de unidades prisionais, (ii) de enfermarias de prisão ou (iii) de instituições asilares (arts. 13 e 14); g) garantiu o tratamento da saúde mental durante a execução da pena (art. 15); h) fixou o prazo de seis meses para a desinstitucionalização dos HCTPs, com extinção das medidas (de segurança) e a progressão dos portadores de transtorno mental para tratamento ambulatorial em regime aberto (arts. 16 a 18), e outros detalhes.

### 3.2. Um imenso sofrimento evitável

Hoje, depois da entrada em vigor da Res/CNJ 487/23 (em 27 de maio de 2023), o conteúdo histórico real desses vinte e dois anos de negativa de eficácia da Lei 10.216/2001 configura um resultado terrível: milhares de intermináveis torturas psíquicas, ou de agressões físicas, ou de doenças dolorosas, ou de lágrimas sentidas, de desespero, solidão, loucura e morte legalmente evitáveis, ocorreram todos os dias nos asilares, opressivos, violentos e ilegais HCTPs, os ainda atuais manicômios judiciários brasileiros. A produção diária desse sofrimento atroz, dessa barbárie inútil, dessa destruição lenta de seres humanos sensíveis e afetuosos, apenas portadores de transtorno mental ou de deficiência psicossocial, confinados no ambiente patológico desses hospitais de mera custódia e nenhum tratamento psiquiátrico, deverá pesar na consciência de psiquiatras, psicólogos, assistentes sociais, advogados criminais, promotores de justiça, juízes de Direito e autoridades do Estado, em geral, todos mais ou menos responsáveis pela imensa desumanidade

contra cidadãos incapazes de se defender de uma agressão oficial programada, desnecessária e cruel. A pesquisa criminológica futura mostrará a extensão da culpa dos atores da justiça criminal brasileira pelo trágico destino de inimputáveis autores de crimes internados nessas instituições sepulcrais.

### **3.3. Os novos conceitos de transtorno mental e de deficiência psicossocial**

A relevância jurídica da Res/CNJ 487/23 aparece na conceituação da pessoa objeto de tratamento, agora definida como sujeito dos direitos garantidos pela Lei 10.216/2001: são as pessoas portadoras de transtorno mental ou de qualquer deficiência psicossocial, com algum comprometimento ou dificuldade psíquica, intelectual ou emocional, em qualquer fase do ciclo penal e independente de exame médico-legal ou medida de segurança em curso (art. 2º, Res/CNJ 487/23). Como se vê, a lei antimanicomial moderniza a denominação científica de patologias psíquicas tradicionais, substituindo a designação antiga de doença mental pela moderna designação internacional de transtorno mental, assim como trocando a imprecisa definição de perturbação da saúde mental pela definição moderna de deficiência psicossocial. A práxis judiciária, com a contribuição de psicólogos, psiquiatras, assistentes sociais, operadores do Direito e profissionais da Justiça Criminal, deverá aprofundar o significado semântico e o conteúdo científico dessas novas definições.

### **3.4. Direitos dos portadores de transtorno mental ou de deficiência psicossocial**

O art. 3º da Res/CNJ 487/23, ao definir os princípios e diretrizes para o tratamento de pessoas com transtorno mental ou deficiência psicossocial na Justiça Penal, enfatiza:

- a) a adoção da política antimanicomial na execução das medidas de segurança;
- b) o interesse exclusivo na reabilitação psicossocial por inclusão social mediante (i) reconstrução dos laços/referências familiares/comunitários, (ii) valorização das habilidades pessoais e (iii) acesso à proteção social, de renda, trabalho e tratamento de saúde;
- c) o direito à saúde integral, mediante cuidados em ambiente terapêutico de estabelecimento de saúde não asilar, com os meios menos invasivos possíveis, e proibição de medidas (i) de contenção física, mecânica ou farmacológica desproporcional ou prolongada, (ii) de isolamento compulsório ou (iii) de alojamento em ambiente impróprio.

### **3.5. Direitos impossíveis em prisão processual**

Antes de tudo, a Res/CNJ 487/23 reconhece que os direitos de portadores de transtorno mental ou de deficiência psicossocial são impossíveis de serem cumpridos em situação de prisão processual, por força da contradição entre a Lei 10.216/2001 e a legislação tradicional.<sup>6</sup>

## **4. Internações psiquiátricas**

### **4.1. Requisitos legais**

A responsabilidade do Estado pela política de saúde mental condiciona a internação psiquiátrica a três regras principais, segundo a Res/CNJ 487/23: a) toda internação pressupõe insuficiência de recursos extra-hospitalares (art. 4º); b) portadores de transtorno

mental não podem ser internados em instituições asilares (art. 4º, § 3º); c) toda internação psiquiátrica depende de laudo médico circunstanciado, com indicação dos motivos da internação (art. 6º).

A Res/CNJ 487/23 também (a) limita a internação psiquiátrica ao exclusivo tratamento da saúde, com o privilégio de avaliação do paciente por equipe multiprofissional, (b) ratifica o pressuposto de insuficiência de recursos extra-hospitalares para a internação psiquiátrica e (c) reproduz a absoluta vedação de instituições asilares, com especial menção ao HCTP e demais congêneres psiquiátricos (art. 3º, VIII, da Res/CNJ 487/23).

### **4.2. As novas modalidades de internação psiquiátrica**

A Lei 10.216/2001 (art. 6º) instituiu três modalidades de internação psiquiátrica: a) a internação voluntária, com consentimento do paciente; b) a internação involuntária, sem consentimento do paciente, por decisão da família ou do médico responsável pelo tratamento; c) a internação compulsória, por determinação judicial, considerando a segurança do estabelecimento, a proteção do paciente, dos demais internados e dos funcionários (art. 9º).

Todas as modalidades de internação da nova política antimanicomial estão subordinadas ao laudo biopsicossocial da equipe multidisciplinar: a) na internação voluntária, o laudo é necessário porque não basta a vontade do paciente; b) na internação involuntária, o laudo é necessário porque não basta a vontade da família contra a vontade do paciente; c) na internação compulsória, o laudo é necessário porque o Juiz não pode determinar internações não autorizadas por laudo biopsicossocial — ou seja, a internação compulsória depende da autorização do laudo multidisciplinar, que atribui a decisão de internação aos especialistas da área, na linha da mais moderna política de saúde mental contemporânea.

## **5. O laudo médico circunstanciado e a indicação dos motivos da internação**

### **5.1. A avaliação biopsicossocial multidisciplinar**

O objetivo da avaliação biopsicossocial multidisciplinar é produzir um laudo circunstanciado capaz de indicar os motivos da internação psiquiátrica do paciente (art. 6º, Lei 10.216/2001). A maior confiabilidade científica de um laudo multidisciplinar é óbvia: o psiquiatra examina as psicoses, o psicólogo analisa as neuroses, o sociólogo estuda a inserção da ação pessoal nas relações sociais, o advogado pesquisa a relação da conduta com as normas jurídicas — e o conjunto das abordagens configura uma imagem integral dos componentes biológicos, psicológicos, afetivos e sociais do ser humano.

### **5.2. O pressuposto empírico do laudo: insuficiência de recursos extra-hospitalares**

O laudo circunstanciado, com a indicação dos motivos da internação, sempre pressupõe a insuficiência de recursos extra-hospitalares, sem a qual a internação psiquiátrica não pode existir. Sobre essa questão e seus desdobramentos, também manifestamos nossa posição (Cirino dos Santos, 2022, p. 663–664), no local acima citado:

A inovação mais radical da lei antimanicomial consiste na necessidade de caracterização dos motivos da internação psiquiátrica de portadores de transtorno mental, em laudo médico circunstanciado, em todas as hipóteses de internação (art. 6º). Assim, não basta a constatação do transtorno mental em laudo médico

circunstanciado: é necessário que o laudo psiquiátrico indique os motivos que recomendam ou justificam a internação psiquiátrica. Portanto, a simples descrição do transtorno mental, sem indicação dos motivos que recomendam ou justificam a internação psiquiátrica do paciente, não autoriza nenhuma forma de internação de pessoas com transtorno mental, nem mesmo na hipótese de internação compulsória prevista na lei. E o detalhe revolucionário: a decisão científica de internação psiquiátrica compete exclusivamente ao laudo médico circunstanciado, através da motivação respectiva (art. 6º, III), embora a determinação de internação, no caso da internação compulsória, por razões de necessária judicialização, dependa de ato formal do Juiz criminal competente. Como se vê, a caracterização dos motivos da internação psiquiátrica compulsória representa o oposto da presunção de perigosidade criminal da internação compulsória do inimputável, na legislação penal (art. 97, CP).

### **5.3. A reavaliação da necessidade e da adequação de prisões processuais**

A Res/CNJ 487/23 atribui à autoridade judicial a tarefa de reavaliar a necessidade e a adequação de prisões processuais, para início ou continuidade do tratamento na Rede de Atenção Psicossocial (Raps), cujo significado humanitário e social é incontestável (art. 9º, parágrafo único). A necessidade da prisão processual refere-se às alternativas legais da privação de liberdade, enquanto a adequação verifica a relação da prisão com a singularidade do acompanhamento pessoal e a priorização da saúde mental do portador de transtorno mental ou de deficiência psicossocial em situação de prisão.

## **6. Os novos critérios de imputabilidade: condições e limites da decisão judicial**

### **6.1. A imputabilidade presumida da legislação penal**

Como se sabe, a imputabilidade penal é presumida: é imputável pessoa maior de 18 anos (art. 27, CP), portador de aparelho psíquico saudável — portanto, alguém “capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento” –, atributos presumidos no cidadão comum, necessários para o juízo de reprovação penal da culpabilidade. Mas defeitos do aparelho psíquico podem (i) excluir a imputabilidade, no caso de pessoa incapaz da referida compreensão ou determinação (art. 26, CP), ou (ii) reduzir a imputabilidade, no caso de pessoa sem a plena capacidade dessa compreensão ou determinação (art. 26, parágrafo único, CP) (CIRINO DOS SANTOS, 2022, p. 320–326). Por causa disso, no âmbito do Código Penal, situações de exclusão ou de redução da imputabilidade têm sido determinadas em exame psiquiátrico realizado por perito oficial, mediante incidente de sanidade mental instaurado pela autoridade judicial, ou de ofício ou a requerimento das partes.

### **6.2. A imputabilidade na nova Política Antimanicomial do Poder Judiciário**

Mudanças radicais no critério legal de determinação da (in) imputabilidade penal foram introduzidas pela lei antimanicomial: a) primeiro, o exame psiquiátrico do perito oficial foi substituído por informações sobre o atendimento e o tratamento da pessoa nos serviços aos quais está vinculada (art. 9º, da Lei 10.216/2001; b) segundo, o incidente de sanidade mental foi considerado oficialmente como prova pericial constituída em favor da defesa e,

portanto, a oposição da Defesa impede a determinação compulsória do incidente de sanidade mental (art. 10, parágrafo único, da Res/CNJ 487/23).

As novas disposições legais da política antimanicomial implicam a necessidade de compreender a relação entre (i) a função da equipe multidisciplinar e (ii) a decisão da autoridade judicial sobre internação do portador de transtorno mental ou de deficiência psicossocial (art. 6º, da Lei 10216/2001, e art. 11, e parágrafo único, da Res/CNJ 487/23).

## **7. O parecer da equipe multidisciplinar e a judicialização da decisão**

### **7.1. A judicialização da decisão de internação psiquiátrica**

A decisão de internação do portador de transtorno mental ou de deficiência psicossocial no processo penal continua judicializada, mas o papel judicial de garantir os direitos constitucionais e legais dos acusados está limitado à escolha da modalidade mais indicada ao tratamento de saúde da pessoa acusada, considerando (i) a avaliação biopsicossocial, (ii) a realização de outros exames na fase instrutória e, (iii) finalmente, ratificando a preponderância da avaliação biopsicossocial, a ênfase sobre os cuidados a serem prestados em meio aberto (art. 11, Res/CNJ 487/23). É fácil compreender que a lei antimanicomial, como indica o próprio nome, nada tem a ver com os HCTPs, de triste e opressiva memória, agora em processo de tardia, mas inexorável extinção.

### **7.2. A preponderância das equipes multidisciplinares**

A nova política antimanicomial enfatiza a natureza decisiva dos pareceres das equipes multiprofissionais, responsáveis pela avaliação biopsicossocial dos portadores de transtorno mental ou de deficiência psicossocial, que condicionam as decisões da autoridade judicial.<sup>7</sup>

## **8. A regra básica do novo sistema: prioridade do tratamento ambulatorial**

### **8.1. O tratamento ambulatorial como ideia central do sistema**

A ideia condutora da nova Política Antimanicomial do Poder Judiciário é o tratamento ambulatorial: o art. 12 da Res/CNJ 487/23 (i) exclui internações psiquiátricas para pessoas com transtorno mental ou deficiência psicossocial e (ii) destaca a natureza prioritária do tratamento ambulatorial, acompanhado pela autoridade judicial através dos fluxos entre Poder Judiciário e Raps, com auxílio da equipe multidisciplinar (art. 12, Res/CNJ 487/23): a) a ausência de apoio familiar não é condição de imposição, manutenção ou cessação do tratamento ambulatorial nem de desinternação condicional (§ 3º); b) os recursos terapêuticos (inclusive internação) não devem ter caráter punitivo nem determinar conversões do tratamento ambulatorial em medida de internação (§ 4º); c) avaliação da autoridade judicial sobre extinção da medida de segurança, requerida pela Defesa ou indicada pela equipe de saúde, independe do término do tratamento de saúde mental (§ 5º).

### **8.2. A medida de segurança de internação como exceção do novo sistema**

A medida de segurança de internação é uma absoluta exceção do novo sistema, como contraponto da regra do tratamento

ambulatorial, a ideia fundante da Política Antimanicomial do Poder Judiciário (art. 13, e §§).

### 9. A internação psiquiátrica e a interlocução judicial com equipes multidisciplinares

A Res/CNJ 487/23 define as condições de internação, de execução e de cessação da internação psiquiátrica, garantidas pela interlocução judicial com as equipes de saúde mental.

#### 9.1. Condições de internação

A internação psiquiátrica como recurso terapêutico deve ser (i) adequada ao projeto terapêutico singular, (ii) necessária ao restabelecimento da saúde da pessoa e (iii) prescrita por equipe de saúde da Raps (art. 13).

#### 9.2. Condições de execução

A execução da internação deve ser cumprida em leito de saúde mental de Hospital Geral, ou referenciado pelo Centro de Atenção Psicossocial (Caps) da Raps. No âmbito da execução de internações, o Poder Judiciário deve impedir a internação de pessoas com transtorno mental ou deficiência psicossocial (i) em unidade prisional, (ii) em enfermaria de prisão ou (iii) em instituições com características asilares, como o HCTP ou congêneres (art. 13, § 1º).

### 9.3. Condições de cessação

A internação psiquiátrica cessa pela demonstração de sua desnecessidade, a critério da equipe multidisciplinar, mas sempre comunicada à autoridade judicial e com possível acompanhamento psicossocial em meio aberto, pela Raps (art. 13, § 2º).

### 9.4. Interlocução judicial com as equipes biopsicossociais

A interlocução da autoridade judicial com as equipes de saúde (EAPs)<sup>8</sup> tem por objetivo avaliações biopsicossociais periódicas, para reverter o tratamento em condições de liberdade ou extinguir o tratamento (art. 13, § 3º). Os direitos do paciente durante a internação incluem oportunidades (i) de reencontro com a comunidade, a família e seu círculo social, (ii) de exercício de atividades em meio aberto (se possível), sem excluir o mundo do trabalho — e tudo sem obstruções administrativas (art. 14).

### 10. Conclusão

Esse é o novo modelo da Política Antimanicomial do Poder Judiciário instituído pela Lei 10.216/2001 e pela Res/CNJ 487/23, de tratamento da saúde mental de autores de fatos puníveis portadores de transtornos psíquicos ou de deficiências psicossociais, determinantes de inimizabilidade ou de semi-imputabilidade penal, que deverá libertar o País da odiosa tortura legal dos HCTPs.

#### Notas

- <sup>1</sup> O Programa Paili foi criado em 26 de agosto de 2006, por iniciativa do Promotor de Justiça do Estado de Goiás Haroldo Caetano da Silva.
- <sup>2</sup> Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.
- <sup>3</sup> Art. 2º. § 1º. A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.
- <sup>4</sup> Tese de doutorado, que examinei e aprovei como membro da Banca Examinadora, na PUC/RS.
- <sup>5</sup> Ver Cirino dos Santos (2022, p. 656–670), capítulo reproduzido desde a 8ª edição (2018), com o seguinte destaque: “À primeira vista, a ausência de revogação específica das normas do Código Penal pela lei antimanicomial parece indicar a coexistência de dois modelos distintos: a) o antigo modelo das medidas de segurança do Código Penal para autores inimputáveis de fatos definidos como tipos de injusto; b) o novo modelo das medidas de proteção da reforma antimanicomial para cidadãos comuns portadores de transtornos psíquicos, sob as novas diretrizes de saúde mental. Contudo, uma leitura sistemática da lei produz resultado surpreendente: o legislador não teve audácia para revogar as normas conflitantes sobre medidas de segurança do Código Penal (em especial, o art. 97 e seus parágrafos), mas a lei antimanicomial instituiu um novo sistema de medidas de proteção de pessoas portadoras de transtorno mental, aplicável ao cidadão comum nas hipóteses de internação voluntária e involuntária (art. 6º, I-II), e aplicável ao cidadão infrator na hipótese de internação compulsória (art. 6º,

III), com tácita revogação das normas contrárias da legislação penal”.

- <sup>6</sup> Ver Cirino dos Santos (2022, p. 657–658): “Esse novo modelo, em evidente contradição com o sistema e o regime de execução das medidas de segurança do Código Penal, demoliu os fundamentos epistemológicos e os objetivos práticos do anacrônico modelo do hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, em processo de desintegração irremediável por seus próprios e insuperáveis defeitos”.
- <sup>7</sup> A Raps é composta de serviços e equipamentos de atenção à saúde mental, representados pelos (i) Centros de Atenção Psicossocial (Caps), (ii) Serviços Residenciais Terapêuticos (SRT), (iii) Centros de Convivência e Cultura e as Unidades de Acolhimento (UAs), (iv) leitos de atenção integral de Hospitais Gerais – todos responsáveis pelos objetivos sociais da Lei 10.260/2001 em matéria de (i) Atenção Básica de Saúde, (ii) Atenção Psicossocial Estratégica e nas Urgências, (iii) Atenção Hospitalar Geral, assim como na desinstitucionalização, com (i) as Residências Terapêuticas, (ii) o Programa de Volta para Casa (PVC) e (iii) estratégias de reabilitação psicossocial.
- <sup>8</sup> A sigla EAP significa “Equipe de Avaliação e Acompanhamento das Medidas Terapêuticas Aplicáveis à Pessoa com Transtorno Mental em Conflito com a Lei” — segundo o disposto na Res/CNJ 487/23 — e é constituída de uma equipe multidisciplinar para acompanhar o tratamento em todas as fases do procedimento criminal, com o objetivo de apoiar todas as ações e serviços de atenção à pessoa com transtorno mental em conflito com a lei, na Rede de Atenção à Saúde, para viabilizar o acesso à Raps.

#### Referências

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 487, de 15 de fevereiro de 2023*. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original2015232023022863fe60db44835.pdf>. Acesso em: 7 nov. 2023.

BRASIL. *Lei n. 10.216, de 6 de abril de 2001*. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Brasília: Presidência da República, 2001. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/110216.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110216.htm). Acesso em: 7 nov. 2023.

[planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/110216.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110216.htm). Acesso em: 7 nov. 2023.

CASTELLO BRANCO, Thayara. *A (des)legitimação das medidas de segurança no Brasil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal*: parte geral. 10. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

#### Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

**Declaração de conflito de interesses:** o autor confirma que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de autoria:** todos e somente os pesquisadores que cumprem os requisitos de autoria deste artigo são listados como autores; todos os coautores são totalmente responsáveis por

este trabalho em sua totalidade. **Declaração de originalidade:** a autora garantiu que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; ela também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplagio.

#### Como citar (ABNT Brasil)

CIRINO DOS SANTOS, J. A lei antimanicomial: um modelo revolucionário de saúde mental. *Boletim IBCCRIM*, [S. l.], v. 31, n. 373, [s.d.]. DOI: 10.5281/zenodo.10186062. Disponível

em: [https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim\\_1993/article/view/828](https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/828). Acesso em: 22 nov. 2023.

Autor convidado

# SOBRE OS CRITÉRIOS QUANTITATIVOS PARA DIFERENCIAR A IMPUTAÇÃO NO DIREITO PENAL DAS DROGAS

ON THE QUANTITATIVE CRITERIA FOR DIFFERENTIATING IMPUTATION IN THE CRIMINAL LAW OF DRUGS

## Salo de Carvalho

Mestre em Direito pela UFSC e Doutor em Direito pela UFPR. Professor adjunto de Direito Penal na UFRJ e na UERJ. Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unilasalle/RS. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4997752549394373>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2006-9916>

[salo.carvalho@uol.com.br](mailto:salo.carvalho@uol.com.br)

## Mariana de Assis Brasil e Weigert

Mestre em Criminologia e Execução Penal pela Universidad Autónoma de Barcelona; Mestre em Ciências Criminais pela PUC-RS; Doutora em Psicologia Social e Institucional pela UFRGS. Professora permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro. Psicanalista.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2599484357873815>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7023-3833>

[marianaweigert@gmail.com](mailto:marianaweigert@gmail.com)

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.10185639>

**Resumo:** A partir da retomada do julgamento da repercussão geral sobre a constitucionalidade da criminalização do porte de drogas para consumo pelo Supremo Tribunal Federal, o artigo enfrenta o tema da determinação de critérios quantitativos para imputação. Fundamenta a análise em dados sobre as formas de processamento dos acusados e a discricionariedade das agências punitivas na classificação das condutas, desde o acúmulo prático-teórico fornecido pela Criminologia Crítica brasileira.

**Palavras-chave:** Política Criminal de Drogas; Descriminalização; Criminologia crítica.

**Abstract:** Based on the resumption of the judgment of the general repercussion on the constitutionality of the criminalization of drug possession for consumption by the Supreme Court, the article tackles the issue of determining quantitative criteria for imputation. It bases its analysis on data on the ways in which the accused are processed and the discretion of punitive agencies in classifying conduct, from the practical-theoretical accumulation provided by Brazilian Critical Criminology.

**Keywords:** Criminal Policy of Drugs; Decriminalization; Critical criminology.

## 1. Introdução

O Supremo Tribunal Federal (STF) retomou em agosto de 2023, com o voto do Ministro Alexandre de Moraes, o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 635.659/SP, no qual foi levantada Repercussão Geral (Tema 506) sobre a constitucionalidade da criminalização do porte de drogas para consumo próprio (Brasil, 2023a). Em setembro de 2015, antes do pedido de vista do ex-Ministro Teori Zavascki, o Ministro Gilmar Mendes (Relator) já havia se manifestado para dar provimento à tese da inconstitucionalidade, acompanhado dos votos-vista dos Ministros Roberto Barroso e Edson Fachin, que davam parcial provimento para (a) determinar critérios quantitativos e (b) diferenciar usuários e traficantes de maconha.

Ao retomar o julgamento, o Ministro Alexandre de Moraes seguiu a linha dos votos-vista para propor os critérios adequados para fixação de quantidades específicas para definição do usuário

de maconha. Em sua decisão, o Ministro acompanhava, no caso concreto, o voto do Relator para atribuir interpretação conforme e excluir a incidência do tipo do art. 28 da Lei de Drogas à conduta do recorrente, absolvendo-o. Com relação à Repercussão Geral, considerou: (a) a atipicidade do porte de maconha para consumo pessoal; (b) a presunção de uso no porte de 25,0 a 60,0 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas, “dependendo da escolha mais próxima do tratamento atual dado aos homens brancos, maiores de 30 anos e com nível superior”; e (c) o afastamento da presunção quando presentes “outros critérios caracterizadores do tráfico de entorpecentes” (Brasil, 2023a).

A referência aos “homens brancos, maiores de 30 anos e com nível superior” flagrados com “25 g a 60 g de maconha ou seis plantas fêmeas” decorre, sobretudo, das evidências acerca do tratamento diferenciado dado pelas polícias nos flagrantes envolvendo drogas em razão da etnia, instrução, renda, idade ou local da prisão. Os

dados apresentados são decorrentes do levantamento feito pelo julgador sobre o volume médio de apreensão de drogas no estado de São Paulo, entre 2006 e 2017, e do estudo conjunto realizado com a Associação Brasileira de Jurimetria, com abrangência de mais de 1,2 milhão de ocorrências com drogas. Destacou o Ministro que, em inúmeros casos, o porte de pequena quantidade foi tipificado como tráfico em razão dos marcadores indicados (Brasil, 2023b).

## 2. Lacunas, contradições e dobras de legalidade

A conclusão, embora não seja novidade nas investigações realizadas pela Criminologia Crítica brasileira nas últimas décadas (Batista, N. 1998, Batista, V., 2003; Boiteux *et al.*, 2009; Carvalho, 2016; Karam, 2009; Matos; Barreto, 2020; Mayora, 2011; Semer, 2019; Shecaira, 2014; Valois, 2016; Weigert, 2009; Zaccone, 2007, entre outros), é a de que as agências punitivas conferem tratamento mais severo aos grupos vulneráveis (negros, pobres e periféricos); ao passo que, em situações fáticas semelhantes, mas que envolvem grupos privilegiados (“homens brancos, maiores de 30 anos e com nível superior”), a resposta é suavizada. Em consequência, o Poder Judiciário produz um encarceramento seletivo (desigual), desproporcional e massivo da juventude negra.

Conforme já apontado pela crítica criminológica desde a sucessão da Lei 6.368/76, apesar de o art. 28 da Lei 11.343/06 ter realizado a descaracterização do porte para uso pessoal — não se trata de despenalização porque o preceito secundário do tipo prevê espécies de penas restritivas de direitos —, a falta de critérios objetivos para diferenciar os casos nos quais incide o art. 33 provocou um aumento significativo do decisionismo. Em especial, porque o § 2º do art. 28, que deveria dar as diretrizes para a imputação e reduzir a discricionariedade judicial, ampliou as margens interpretativas:

para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

Trata-se de uma cláusula genérica que, no cotidiano da “guerra às drogas”, alarga os espaços de punitividade e permite o tratamento diferenciado apontado pelo Ministro Alexandre de Moraes.

O problema é agravado por uma técnica de incriminação que reproduz dubiedades e contradições, em especial pelo fato de as condutas previstas no art. 28 serem reproduzidas no art. 33. Como demonstrado em outro momento (Carvalho, 2014), os vazios (lacunas) e as dobras de legalidade (conflitos) presentes na Lei de Drogas parecem ser propositais. Estruturas normativas abertas, contraditórias ou complexas que criam zonas dúbias a serem preenchidas por punitividade.

A dobra de legalidade é perceptível na reprodução dos verbos nucleares nos dois artigos que estruturam a política criminal de drogas brasileira. Cinco condutas idênticas (adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo) impõem consequências jurídicas radicalmente diversas: o enquadramento no art. 28 constitui infração de menor potencial ofensivo e submete o autor a penas restritivas de direito; a imputação do art. 33 impõe pena privativa de liberdade entre 5 e 15 anos e os demais efeitos decorrentes da

sua qualificação como “crime hediondo”. O diferencial: o especial elemento subjetivo do tipo “para consumo pessoal” previsto no art. 28, *caput* — ou seja, qualquer outra finalidade, diversa do consumo, implica responsabilidade pelo art. 33, independentemente de haver ou não atividade comercial envolvida, ou seja, “tráfico” propriamente dito. O critério diferenciador: a cláusula genérica do § 2º do art. 28. A consequência: a aplicação racializada e seletiva do art. 33.

Os argumentos apresentados pela Criminologia crítica e as informações levantadas pelo Ministro Alexandre de Moraes em seu voto foram recentemente atualizados por uma ampla pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) sobre as pessoas processadas pela Lei de Drogas no Brasil. Nas Justiças Estaduais, o perfil predominante indica “86% são homens; 71,26% têm 30 anos ou menos; 65,7% são pessoas negras; e 68,4% não chegaram a cursar o ensino médio” (IPEA, 2023, p. 96). Na esfera federal, apesar de o perfil racial (65,7%) ser idêntico ao observado na Justiça Estadual, o réu típico “é pouco mais velho, mais escolarizado e entre esses réus há menor proporção de desempregados, comparativamente aos réus da Justiça Estadual” (IPEA, 2023, p. 73).

Pesquisa da Secretaria Nacional de Política Sobre Drogas (Senad), apresentada neste ano (*apud* Semer, 2023), conclui que o processamento no Direito Penal das drogas segue uma “lógica de cilindro” na qual poucos filtros operam entre o flagrante e a condenação: reduzido número de arquivamentos de inquéritos, escassas rejeições de denúncias, alto número de condenações. O resultado da investigação mostra uma constância no julgamento dos casos. Destacamos, porém, um quadro bastante diferente daquele presente em outros microssistemas do Direito Penal, como no denominado Direito Penal Econômico, em que os filtros tendem a ser mais eficazes, em uma “lógica de funil” — pensemos, dentre outros, nos critérios para aplicação do princípio da insignificância e nos mecanismos de extinção da punibilidade pela reparação do dano (Carvalho, 2015).

A Agência Pública analisou 22.500 sentenças de primeiro grau relacionadas à imputação do art. 33 da Lei de Drogas, no ano de 2017, nas Comarcas da Justiça Estadual de São Paulo. Na linha da “lógica do cilindro” apresentada pela Senad, houve procedência integral da denúncia em 70,4% dos processos. Em 15,8% dos casos houve procedência parcial, normalmente absolvições das imputações de associação para o tráfico (art. 35) com condenação pelo art. 33. Em apenas 6% houve desclassificação para o art. 28 e em 7,9% dos casos, absolvição (Domenici; Barcelos, 2018).

## 3. Depoimentos policiais e a “lógica do cilindro”

Semer (2023) percebe que essa ínfima filtragem está associada à preponderância da palavra policial em todas as fases da persecução:

a prova testemunhal é a peça de resistência dos processos de tráfico, e é a palavra da polícia que domina as instruções processuais, seja pelo volume (está presente em praticamente todas as audiências) seja pela aceitação dela como uma verdade quase absoluta.

Pesquisa da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, que analisou 2.591 sentenças envolvendo acusados de infringir a Lei 11.343/2006, proferidas entre agosto de 2014 e janeiro de 2016, indicou que 53,79% das condenações são fundamentadas exclusivamente nos

depoimentos dos agentes que efetuaram a prisão. Além disso, em 62,33% dos processos, os policiais responsáveis pela prisão foram as únicas testemunhas. O número total de processos nos quais agentes de segurança atuam como testemunhas foi de 94,98% (Rio de Janeiro, 2018).

No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em razão da Súmula 70, o depoimento dos agentes da polícia ganha contornos de prova tarifada, densificando a inquisitorialidade de origem e que ainda marca o processo penal brasileiro: "o fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação". Embora existam contundentes críticas à atuação da polícia carioca na "guerra às drogas" e constante questionamento sobre sua confiabilidade (Lemgruber; Cano; Musumeci, 2017), a Súmula 70 acaba por transformar essa prova testemunhal em prova plena. Apesar da demonstração de graves desvios na repressão ao tráfico — como o recebimento de dinheiro de organizações criminosas e a prisão de usuários como traficantes para o atingimento das "metas do batalhão" (Heringer; Marinatto, 2017) —, a fala do policial é absorvida como prova inquestionável pelos juízes.

Em um plano ideal, a Súmula 70 seria válida por pressupor que os agentes policiais pautam suas ações em estrita observância aos princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade. Ocorre que, na realidade do funcionamento das instituições policiais fluminenses, seu valor absolutizado conduz, em número expressivo de casos, à legitimação do arbítrio (Carvalho; Weigert, 2021, p. 58 *et seq.*). A Súmula 70 contribui, portanto, para que os depoimentos dos policiais integrem o processo como enunciados de verdade e de poder dotados de suprallegalidade. Tais presunções são inerentes aos depoimentos em função dos sujeitos que enunciam. Em síntese, uma "espécie de privilégio em relação a qualquer outro relatório ou depoimento, por serem enunciados por um funcionário juramentado da polícia" (Foucault, 2002, p. 14).

O fato de a Lei 11.343/06 ter estabelecido penas restritivas de direito aos casos envolvendo o art. 28 e vedado, no seu art. 48, § 2º, a prisão em flagrante, resolveu apenas aparentemente o tratamento punitivo menos severo aos usuários. Isso porque, ao não estabelecer critérios objetivos para diferenciar as condutas dos artigos 28 e 33, conferiu ampla discricionariedade às agências penais para realizar o enquadramento típico. E, na "lógica do cilindro", imputado o "tráfico" no início da persecução, dificilmente a conduta será desclassificada, sobretudo quando os acusados são negros, pobres e de baixa escolaridade.

Nesse aspecto, o voto do Ministro Alexandre de Moraes é paradigmático, pois reconhece a seletividade histórica do sistema punitivo brasileiro e sua configuração racista e hostil às classes desfavorecidas (pretos e pobres) — racismo e aporofobia estruturais, em síntese. Não por outro motivo, por exemplo, na maioria das decisões a questão social sequer é enfrentada pelo Poder Judiciário (Franco, 2018; Rio de Janeiro, 2018, p. 41-42).

O excesso de discricionariedade para diferenciar usuários de traficantes gera, portanto, distorções quanto à necessidade de tratamento isonômico, pois os flagrantes demonstram haver sobrecargas punitivas conforme os marcadores de classe e de raça.

Por isso, o voto sustenta que "o STF tem o dever de exigir que a lei seja aplicada identicamente a todos, independentemente de etnia, classe social, renda ou idade" (Brasil, 2023a).

Dada a necessidade de parâmetros objetivos que reduzam o decisionismo, já é consenso no Tribunal a fixação de critérios quantitativos. Isso porque a divergência apresentada pelo Ministro Zanin foi com relação à declaração de inconstitucionalidade do art. 28. Adere, porém, à tese da delimitação de quantidades para enquadramento da conduta (Brasil, 2023a). Assim, maioria formada (seis votos) para o estabelecimento de uma quantidade-limite para presumir o usuário de maconha.

#### 4. Considerações finais: perigosas relativizações

Os esforços apresentados no campo do Direito Penal das drogas para o estabelecimento de cláusulas de barreira, conforme indica o julgamento do RE 635.659/SP pelo STF, pretendem, em síntese, blindar o usuário dos sérios efeitos da imputação do art. 33 da Lei de Drogas. Mas se é altamente salutar o esforço dogmático (doutrinário e jurisprudencial) para fixar parâmetros objetivos, os desdobramentos do voto do Ministro Alexandre de Moraes são problemáticos. Isso porque ao critério quantitativo é aliada uma fórmula relativizadora, não muito distinta daquela do art. 28, § 2º da Lei 11.343/06.

Segundo a proposição, "nas hipóteses de prisão em flagrante por quantidades inferiores à fixada [...]" a autoridade judicial, na audiência de custódia, poderia afastar a presunção de porte para consumo desde que, de forma motivada, apontasse circunstâncias caracterizadoras do tráfico como

[...] a forma de acondicionamento, a diversidade de entorpecentes, a apreensão de outros instrumentos como balança, cadernos de anotação, celulares com contatos de compra e venda (entrega 'delivery'), locais e circunstâncias de apreensão, entre outras características que possam auxiliar na tipificação do tráfico (Brasil, 2023a).

Identificamos, porém, alguns equívocos no argumento. Em primeiro, porque é fundamental manter preservada a regra de garantia do art. 48, § 2º da Lei 11.343/06, que estabelece que, nas condutas previstas no art. 28, não se imporá prisão em flagrante. O procedimento é o de que o autor do fato seja imediatamente encaminhado ao juízo competente ou que se lavre termo circunstanciado de compromisso de comparecimento. Os fatos enquadrados no art. 28 são processados e julgados perante os Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95). Descabível, portanto, falar em prisão em flagrante e audiência de custódia. A regra aplicável é a do art. 48 da Lei 11.343/06 e não a do art. 310 do Código de Processo Penal.

Em segundo, e mais grave, é relacionado ao próprio conteúdo da fórmula relativizadora. Sobretudo porque chamamos atenção para o fato de que, nas práticas judiciais que envolvem o tema, há uma desproporcional e injustificada preponderância da prova testemunhal, mais especificamente do testemunho dos próprios responsáveis pela colocação da "guerra às drogas" em marcha.

O problema foi bem pontuado por **Semer** (2023):

[...] a centralidade da palavra da polícia indica que a decisão do STF,

se de fato convergir pela descriminalização do porte e a fixação de um limite mínimo de droga para a presunção do tráfico, pode não ter o efeito desejado: afinal, o próprio ministro Alexandre de Moraes já indicou que, além do volume, outras circunstâncias vão ser levadas em conta, como denúncias anônimas, local de apreensão, apetrechos etc. — todos elementos que chegam ao juízo exclusivamente pelos relatos da polícia.

Apesar de ser importante a definição de parâmetros objetivos como os quantitativos, as relativizações invariavelmente apontam no sentido de interpretações punitivistas — e não garantistas, como ingenuamente afirmam aqueles que pressupõem como regulares e respeitadoras dos direitos os atos das agências repressivas. A teoria crítica do Direito Penal evidencia, há décadas, que é nos vácuos normativos e nas relativizações dos direitos que a violência institucional se materializa. E o Direito Penal das drogas, informado pela lógica beligerante e genocida da política de guerra, é o maior exemplo (nesse sentido, Carvalho, 2010, 2016).

## Referências

- BATISTA, Nilo. A penalização do prazer. In: SABINA, Maria (Org.). *Maconha em debate*. São Paulo: Brasiliense, 1985. p. 107-117.
- BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, v. 5/6, 1998.
- BATISTA, Vera. *Díficeis ganhos fáceis*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- BOITEUX, Luciana et al. (Orgs.) *Tráfico de drogas e Constituição*. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, 2009. (Série Pensando o Direito).
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 635.659/SP*. Rel. Ministro Gilmar Mendes, voto-vista Ministro Alexandre de Moraes, Publicado: 02/08/2023a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>. Acesso em: 19 out. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ministro Alexandre de Moraes propõe critério para diferenciar usuários de traficantes de maconha. *Portal Supremo Tribunal Federal*, Brasília, 02/08/2023b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=511645>. Acesso em: 19 out. 2023.
- CARVALHO, Salo; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. "Making a drug dealer": o impacto dos depoimentos policiais e os efeitos da Súmula 70 do TJERJ na construção do caso Rafael Braga. *Revista Eletrônica ESA-SC*, Florianópolis, v. 1, 2, 2021. <https://doi.org/10.37497/esa-sc.v1i.2>
- CARVALHO, Salo. *A política criminal de drogas no Brasil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CARVALHO, Salo. Nas trincheiras de uma política criminal com derramamento de sangue. In: LOPES, Lucília Elias; BATISTA, Vera Malaguti (Orgs.). *Atendendo na guerra: dilemas médicos e jurídicos sobre o crack*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 113-134.
- CARVALHO, Salo. O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 67, p. 623-652, 2015. <https://doi.org/10.12818/P.0304-2340.2015v67p623>
- CARVALHO, Salo. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo: o exemplo privilegiado da aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- DOMENICI, Thiago; BARCELOS, Iuri. Como a Justiça paulista sentenciou negros e brancos para tráfico. *El País*, Brasil, 6 dez. 2018. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2018/12/05/politica/1544039812\\_987576.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/12/05/politica/1544039812_987576.html). Acesso em: 19 out. 2023.
- FOUCAULT, Michel. *Os anormais*. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FRANCO, Luiza. Maioria dos jovens do RJ entra no tráfico para ajudar a família. *Época Negócios*, Brasil, 31 jul. 2018. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Brasil/>

Pelo fato de ser um tema extremamente delicado na política criminal, as diretrizes legais e jurisprudenciais no direito penal das drogas devem ser claras e taxativas, sem dubiedades e sem relativizações, sob pena de serem produzidas contrarreformas, legislativas e judiciais, que tornam inefetivos os (poucos) avanços. A comprovação desta hipótese ocorreu de forma imediata com a proposta de Emenda Constitucional pelo Senado Federal.

Por fim, lembramos uma importante advertência de **Nilo Batista** (1985, p. 115) sobre a criminalização das drogas, antes mesmo do novo marco constitucional: "os serviços policiais e judiciários-criminais, no Brasil, não têm nenhuma aptidão para contribuir de qualquer modo construtivo mesmo em casos de dependentes físicos de drogas pesadas." A "contribuição" das agências punitivas nesse campo produz, invariavelmente, mais danos individuais e sociais do que aqueles gerados pelas próprias drogas.

noticia/2018/07/jovens-do-rj-entram-no-traffic-para-ajudar-familia-e-ganhar-muito-dinheiro.html. Acesso em: 19 out. 2023.

HERINGER, Carolina; MARINATTO, Luã. PMs prendiam usuários de drogas como traficantes para alcançar meta do batalhão. *Jornal Extra*, Casos de Polícia, 1 jul. 2017. Disponível em: <https://extra.globo.com/casos-de-policia/pms-prendiam-usuarios-de-drogas-como-trafficantes-para-alcancar-meta-do-batalhao-21542860.html>. Acesso em: 19 out. 2023.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. *Perfil do processado e produção de provas nas ações criminais por tráfico de drogas*: Relatório Analítico dos Tribunais Estaduais de Justiça Comum. Brasília: IPEA/MJ, 2023. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/12376>. Acesso em: 19 out. 2023.

KARAM, Maria Lúcia. *Proibições, riscos, danos e enganoso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LEMGRUBER, Julita; CANO, Ignacio; MUSUMECI, Leonarda. *Olho por olho? O que pensam os cariocas sobre 'bandido bom é bandido morto'*. Rio de Janeiro: Cesec/UCAM, 2017.

MATOS, Lucas Vianna; BARRETO, Ana Luisa Leão de Aquino. Guerra às drogas e produção do espaço urbano. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 28, n. 165, p. 245-271, 2020.

MAYORA, Marcelo. *Entre a cultura do controle e o controle cultural*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RIO DE JANEIRO (Estado). Defensoria Pública do Estado. Sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e na região metropolitana do Rio de Janeiro: relatório final. Rio de Janeiro: DPERJ, 2018. Disponível em: <https://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/23d53218e06a49f7b6b814afb3d9617.pdf>. Acesso em: 19 out. 2023.

SEMER, Marcelo. A guerra às drogas é uma guerra contra jovens negros. *Le Monde Diplomatique Brasil*, Descriminalização, 26 set. 2023. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/a-guerra-as-drogas-e-uma-guerra-contra-jovens-negros/>. Acesso em: 19 out. 2023.

SEMER, Marcelo. *Sentenciando tráfico*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). *Drogas: uma nova perspectiva*. São Paulo: IBCCrim, 2014.

VALOIS, Luis Carlos. *O Direito Penal das drogas*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. *Uso de drogas e sistema penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ZACCONI, Orlando. *Acionistas do nada*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

## Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

**Declaração de conflito de interesses:** o autor confirma que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de autoria:** todos e somente os pesquisadores que cumprem os requisitos de autoria deste artigo são listados como autores; todos os coautores são totalmente responsáveis por

este trabalho em sua totalidade. **Declaração de originalidade:** a autora garantiu que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; ela também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

## Como citar (ABNT Brasil)

CARVALHO, S.; ASSIS BRASIL E WEIGERT, M. Sobre os critérios quantitativos para diferenciar a imputação no Direito Penal das drogas. *Boletim IBCCRIM*, [S. l.], v. 31, n. 373,

[s.d.]. DOI: 10.5281/zenodo.10185639. Disponível em: [https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim\\_1993/article/view/784](https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/784). Acesso em: 22 nov. 2023.

Autor convidado

# A NOVA SISTEMÁTICA DE EXECUÇÃO DA MULTA PENAL: UMA POLÍTICA PERVERSA DE APROFUNDAMENTO DA MISÉRIA

*THE NEW SYSTEM FOR THE EXECUTION OF CRIMINAL FINES: A PERVERSE POLICY OF DEEPENING MISERY*

**Bruno Shimizu**

Doutor e Mestre em Direito Penal e Criminologia pela USP.  
Membro da Diretoria Executiva do IBCCRIM (2023/2024).  
Defensor Público do Estado de São Paulo.  
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9148279862910228>  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6587-2158>  
[shimex@hotmail.com](mailto:shimex@hotmail.com)

**Mariana Borgheresi Duarte**

Mestra em Direito Penal e Criminologia pela USP. Coordenadora do Núcleo Especializado de Situação Carcerária da Defensoria Pública de São Paulo (2023/2024). Defensora Pública do Estado de São Paulo.  
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1565944761688895>  
ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-7818-4536>  
[mari.borgheresi@gmail.com](mailto:mari.borgheresi@gmail.com)

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.10188054>

**Resumo:** O artigo apresenta uma reflexão crítica, a partir de um viés criminológico, acerca da nova sistemática de execução da multa penal estabelecida por decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF). A partir de pesquisa teórica e de dados oriundos das Varas de Execução obtidos pela Defensoria Pública de São Paulo, via ofício, junto ao Tribunal de Justiça de São Paulo, verifica-se que a alteração da competência e do órgão legitimado à execução, bem como a não declaração de extinção da punibilidade mesmo após o cumprimento da pena principal, vem gerando um contingente de pessoas marginalizadas e impedidas de exercerem direitos políticos, pleitearem benefícios assistenciais ou de obterem qualquer trabalho formal, diante da ausência de quitação eleitoral e da ausência de declaração de extinção da punibilidade.

**Palavras-chave:** Pena de Multa; Execução Penal; Seletividade Penal; Execução Fiscal; Direitos Políticos.

**Abstract:** The paper presents a critical approach, from a criminological standpoint, about the new system of execution of criminal fines established by decision of the Brazilian Supreme Court. Based on theoretical research and data obtained by the Public Defender's Office of São Paulo from the Court of Justice of São Paulo, it appears that the alteration of the competence and of the legitimated actor for the execution, as well as the non-declaration of extinction of the penalty, even after the fulfillment of the main sentence, has been generating a contingent of marginalized persons, unable to exercise their political rights, to claim for assistance benefits, as well as to obtain any formal job, given the absence of electoral acquittal and declaration of extinction of the penalty.

**Keywords:** Criminal Fine; Criminal Execution; Criminal Selectivity; Tax Execution; Political Rights.

## 1. Introdução

Em 13 de dezembro de 2018, o Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.150, por maioria de votos, deu interpretação conforme a Constituição ao artigo 51 do Código Penal (CP), estabelecendo que a multa constitui sanção de natureza penal, a ser executada pelo Ministério Público perante o Juízo das Execuções Penais. Muito embora o STF tenha declarado a constitucionalidade do artigo 51 do CP, no que ele prevê a conversão da multa em dívida de valor, entendeu que a execução deve se dar prioritariamente pelo Ministério Público, em detrimento da Procuradoria da Fazenda. Deixaram-se, assim, de se aplicar aos casos concretos os limites mínimos internamente estabelecidos para a execução de valores fiscais,<sup>1</sup> que evitavam a execução da maioria das multas criminais perante as Varas da Fazenda, de valor relativamente baixo e que custariam ao Sistema Judiciário mais que aquilo que eventualmente seria arrecadado.

Com a posterior alteração da redação do artigo 51 do CP pela Lei Federal 13.964/19, tal entendimento foi incorporado à legislação. Como consequência, desde então, o inadimplemento da pena

de multa configura impeditivo para a extinção da punibilidade da pessoa condenada, ainda que, no caso de multa cumulativa, seja integralmente cumprida a pena principal.

Do que consta do voto do Ministro Relator, Roberto Barroso, o entendimento da maioria foi fortemente influenciado pelo julgamento da Ação Penal n. 470, oriunda das investigações relativas ao esquema que ficou conhecido como "Mensalão": Em matéria de criminalidade econômica, a pena de multa há de desempenhar papel proeminente. Mais até do que a pena de prisão — que, nas condições atuais, é relativamente breve e não é capaz de promover a ressocialização —, cabe à multa o papel retributivo e preventivo geral da pena, desestimulando, no próprio infrator ou em infratores potenciais, a conduta estigmatizada pela legislação penal. Por essa razão, sustentei no julgamento da Ação Penal 470 que a multa deveria ser fixada com seriedade, em parâmetros razoáveis, e que seu pagamento fosse efetivamente exigido (Brasil, 2019, p. 40).

Deve-se recordar, ainda, que o trâmite da ADI 3.150 se deu ainda no contexto da repercussão da "Operação Lava-Jato" e do respectivo ativismo judicial no "combate à corrupção". Ocorre que, ainda que mirando a criminalidade econômica, a decisão do STF acabou por atingir a dignidade e a possibilidade de reintegração social de

milhares de pessoas pobres, majoritariamente racializadas,<sup>2</sup> sem qualquer condição de pagarem a multa penal.

Diante da decisão do STF, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) superou o entendimento anteriormente firmado, que admitia a declaração de extinção da punibilidade com o cumprimento da pena principal, ainda que inadimplida a multa. Ao cabo, houve a revisão do Tema 931 do Rito dos Recursos Repetitivos, fixando-se o entendimento de que o inadimplemento da multa penal não obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade para aqueles que comprovadamente não puderem efetuar o pagamento.

Entretanto a divergência jurisprudencial quanto às provas necessárias para tal fim não impediram a cobrança contra milhares de pessoas hipossuficientes, como será visto a seguir com a apresentação de dados do estado de São Paulo. O próprio STJ tem decidido que o fato de a pessoa ser assistida pela Defensoria Pública não permite a presunção de pobreza.<sup>3</sup> Em se tratando de prova negativa, assim, a análise da capacidade ou não de pagar a multa assume contornos extremamente subjetivos ou mesmo arbitrários.

A Defensoria Pública de São Paulo obteve, junto ao Tribunal de Justiça do Estado, dados acerca do ajuizamento de execuções de multas penais perante as Varas de Execução Criminal desde a alteração da sistemática acima referida. Com base nesses dados, bem como a partir de alguns casos paradigmáticos e de pesquisa bibliográfica, pretende-se demonstrar que a forma atual de execução das multas criminais resultou em uma política pública deletéria, que aprofunda a miséria e a marginalização, para além de redundar em prejuízo ao erário.

## **2. Dados sobre a irracionalidade das execuções das multas penais**

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em resposta a ofício da Defensoria Pública de São Paulo,<sup>4</sup> indicou que havia, em outubro de 2022, 185.371 processos de execução da pena de multa em andamento nas Varas de Execução Criminal do Estado.

Tendo como base a 1ª Vara das Execuções Criminais da Capital do Estado de São Paulo, onde tramitavam mais de 45.000 execuções da pena de multa, aproximadamente 70% dos processos buscavam a cobrança de valores inferiores a R\$ 1.000,00, sendo que 52% correspondiam a valores inferiores a R\$ 500,00. Desse universo, em apenas 6.464 havia movimentação de bloqueio ou penhora de bens. Ou seja, aproximadamente 14% dos processos contavam com medidas executórias diretas em andamento, sabendo-se que, ainda assim, elas provavelmente não serão frutíferas ou capazes de garantir o adimplemento da dívida. Além disso, havia o registro de apenas 19 processos extintos em virtude do pagamento integral do débito, ou seja, menos de 0,05% do total analisado.

Uma visão panorâmica dos processos de execução de multa penal demonstra a irracionalidade e a perversidade do quadro. Verificam-se, a partir de análise dos processos informados, casos de penhora de eletrodomésticos, móveis e de motocicletas utilizadas para o trabalho, chegando-se inclusive à penhora de valores em conta recebidos a título de política assistencial. O STJ ainda tem admitido a penhora de até 25% do saldo do pecúlio das pessoas presas, em prejuízo da sua subsistência e de sua família. Ainda assim, como visto, o número de execuções “bem-sucedidas” é ínfimo, diante da pobreza e da evidente exclusão social da enorme maioria da população criminalizada.

Dentre os casos analisados e atendidos pela Defensoria Pública paulista, cita-se o exemplo de Adicia,<sup>5</sup> condenada pela prática de tráfico de drogas à pena de 5 anos de reclusão em regime inicial fechado e ao pagamento de 500 dias-multa. O Ministério Público ajuizou execução da multa, no valor de R\$ 17.618,22. Depois de progredir ao regime aberto, Adicia compareceu ao atendimento da Defensoria Pública porque seu benefício assistencial, de apenas

cerca de R\$ 200,00 mensais, foi bloqueado em razão da pendência do pagamento da multa penal. O processo de execução da pena de multa ainda está em curso, com determinação de penhora *on-line* em contas e aplicações financeiras, obviamente inexistentes, já que se trata de pessoa atendida pela Defensoria Pública, que teve a pena de multa fixada no valor mínimo legal, que possui um filho menor de um ano de idade e que é beneficiária de programa assistencial que lhe garantia (antes do referido bloqueio) uma renda mensal que corresponde a 15% do salário mínimo.

## **3. Efeitos perversos da nova sistemática da execução das multas penais**

Nos casos de insolvência, o sistema criminal parece garantir que a pessoa não tenha mais qualquer possibilidade de reintegrar-se socialmente. Para além da penhora e do protesto do nome do sentenciado, medidas comumente determinadas por diversos juízes da execução, a negativa de declaração de extinção da punibilidade gera efeitos trágicos na vida do egresso.

Ocorre que, em 2014, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) assentou-se sobre o entendimento de que “a pena de multa imposta na sentença penal condenatória é suficiente para a aplicação do disposto no art. 15, III, da Constituição Federal” (Brasil, 2014). Assim, para além da impossibilidade de exercer seus direitos políticos (votar e ser votada),<sup>6</sup> a pessoa egressa passa a sofrer violações “em cascata” e a ser, cada vez mais, marginalizada, diante de todas as consequências da dificuldade de regularização da situação eleitoral. Apenas em 2021, o TSE editou a Resolução 23.0659, que previu que a suspensão dos direitos políticos não obsta o cadastro eleitoral e o alistamento, sanando, assim, parcialmente esse aspecto do problema. Contudo há ainda entraves burocráticos para essa regularização, com a exigência de documentos e certidões de difícil obtenção, especialmente à parcela menos escolarizada dos jurisdicionados.

Sem a quitação eleitoral ou mesmo a emissão do título de eleitor, a pessoa não conseguirá renovar ou obter segunda via de seus documentos básicos de identificação, o que, por consequência, a impede de exercer qualquer atividade econômica formal, quer no setor público, quer no privado.

Se, por um lado, fica obstada a sua empregabilidade, por outro, também fica inviável que a pessoa seja contemplada por qualquer benefício assistencial. A pendência da multa pode assumir, assim, o caráter de empecilho ao ingresso em programas que exijam, para cadastro, um CPF válido, como Bolsa-Família, Minha Casa, Minha Vida, Tarifa Social de Energia Elétrica e Benefício de Prestação Continuada. Para as pessoas que eventualmente já recebam algum benefício assistencial ou consigam essa regularização após o cumprimento da pena principal, por outro lado, como no caso de Adicia, relatado acima, há o risco da penhora dos valores recebidos em conta.

Como se vê, o ajuizamento de milhares de execuções de multas pelo MP, em sua maioria irrisórias para quem cobra — mas inexecutáveis para quem paga —, sem a respectiva extinção da punibilidade, converte-se em um enorme problema social, eis que se estão despendendo recursos para aprofundar a miséria e a exclusão social dos egressos, sem que sequer haja qualquer retorno financeiro ao erário com essas execuções irracionais.

Para muito além do deslocamento de competência para o ajuizamento da execução, verifica-se um contínuo processo de produção de miséria e reafirmação da exclusão contra as pessoas egressas e aquelas ainda em situação de prisão, que são em sua maioria negras e pobres em sua quase totalidade,<sup>7</sup> criando novos espaços carcerários a partir de antigas práticas de punição.

**Jackie Wang** (2022) recorda o exemplo distópico da cidade de Ferguson,<sup>8</sup> em que a aplicação excessiva e a cobrança de multas e taxas prisionais transformaram o “bairro negro” da cidade em um

verdadeiro espaço carcerário, marcado por um ciclo de medos e dívidas, miséria financeira e jurídica e limitação de circulação das pessoas vulneráveis no espaço público. A atual importação desse modelo ao Brasil tem gerado severas privações de ordem psíquica, física e material às pessoas selecionadas pelo sistema penal e às suas famílias, em evidente transcendência das penas.

#### 4. Conclusão

A alteração da forma de execução da multa foi decorrência direta dos posicionamentos adotados pelo STF na Ação Penal 470 e levados a efeito no contexto político do julgamento das ações oriundas da "Operação Lava-Jato". Assim, afigura-se como exemplo claro de como o ativismo judicial no "combate à corrupção", tencionando recrudescer o tratamento penal da criminalidade do "colarinho branco", acabou por atingir os mesmos sujeitos de sempre — a juventude racializada, pobre e periférica. Tal constatação parece inserir a nova sistemática de execução da multa no contexto do que a Ciência Política vem denominando "lavajatismo". O termo "lavajatismo" é definido por **Albuquerque** (2021, p. 23) como um fenômeno brasileiro no qual houve "a transformação de uma operação judicial em um movimento político", caracterizado pela associação entre os ideais de combate à corrupção e uma agenda política conservadora, levando a uma relação quase automática, desde essa perspectiva ideológica, entre "corrupção e esquerda política". Essa disputa ideológica e narrativa, contudo, vem fazendo milhares de vítimas silenciosas: egressos prisionais condenados

a uma vida de miséria, pedindo esmolas em semáforos ou sendo absorvidos por mercados ilegais, em que se tornam ainda mais vulneráveis a serem novamente selecionados pelas agências penais.

Assim, sob o manto da moralidade pública e do combate à corrupção, criou-se uma política pública (custosa e sem retorno econômico ao erário) que tem como efeito quase exclusivo o aprofundamento da miséria, da desigualdade social, da discriminação racial e da marginalização, caminhando em sentido diametralmente oposto aos objetivos da República estampados no artigo 3º da Constituição Federal. É urgente, portanto, que o Poder Judiciário retome a discussão sobre a execução da multa, sob pena de afluência e expansão de mais um estado de coisas inconstitucional vinculado à Administração da Justiça penal.

Afirma a máxima atribuída por **Eduardo Galeano** (2009) ao Monsenhor Oscar Romero, Arcebispo de San Salvador, que a Justiça é como as serpentes, só morde os descalços. Se essa metáfora traduz uma verdade, o que vem sendo largamente demonstrado pela crítica criminológica, assentada sobre a seletividade como traço estrutural e central do sistema penal, a perversidade na nova sistemática da cobrança das multas criminais afigura-se como um caso exemplar a confirmar essa hipótese. Tentar valer-se do sistema criminal para o enfrentamento da "criminalidade dos poderosos" atinge invariavelmente alvo diverso daquele alegadamente almejado, de modo que a espada da Justiça recai sempre sobre as mesmas cabeças.

#### Notas

- 1 No estado de São Paulo, por exemplo, não há o ajuizamento pela Procuradoria do Estado de processos de execução de débitos fiscais de até R\$ 41.112,00. No âmbito federal, esse valor corresponde a até R\$ 20.000,00.
- 2 De acordo com o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2022, a população carcerária brasileira compõe-se de 68,2% de pessoas negras, havendo, portanto, sobre-representação em relação à população total brasileira, que é composta por 56% de pessoas negras (Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023, p. 284).
- 3 Nesse sentido, p. ex.: "O fato de o reeducando ser assistido pela Defensoria Pública não faz presumir, por si só, a sua completa e absoluta impossibilidade de adimplir a sanção pecuniária. A demonstração da incapacidade econômica de pagamento da multa criminal, como requisito para a extinção da punibilidade, deve ser comprovada, exigindo instrução específica" (Brasil, 2023).
- 4 Ofício CPA 110.019/2022, do Departamento Estadual de Execuções Criminais (DEEX) do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, datado de 19/10/2022 e acessível mediante o disposto na Lei de Acesso à Informação.
- 5 Pseudônimo. Adícia é a deusa da injustiça na mitologia grega.
- 6 Para uma análise completa sobre as consequências da retirada dos direitos políticos em função de condenações criminais, cf. Ferrarini (2019, p. 145): "Logo, como conclusão, torna-se claro que além daqueles condenados e enviados ao cárcere possuem características de raça, escolaridade e socioeconômicas bem

demarcadas, pode-se supor a existência de uma seletividade política, indicada pela grande disparidade existente entre o perfil de voto dos apenados e da população em geral. Ademais, vê-se que, para aqueles afetados pelo afastamento dos direitos políticos, sua suspensão significa a exclusão social total, a retirada de sua cidadania e a impossibilidade de se poder pleitear pela satisfação de necessidades, sejam suas ou de suas famílias".

- 7 Sobre o caráter seletivo das agências penais, cf. Baratta (2002, p. 176-177): "Os processos de criminalização secundária acentuam o caráter seletivo do sistema penal abstrato. Têm sido estudados os preconceitos e os estereótipos que guiam a ação tanto dos órgãos investigadores como dos órgãos judicantes, e que os levam, portanto [...] procurar a verdadeira criminalidade principalmente naqueles estratos sociais dos quais é normal esperá-la".
- 8 Cf. Wang (2022, p.174): "Em Ferguson, a aplicação excessiva de multas e taxas para a geração de receita teve um impacto extremamente negativo na qualidade de vida da população negra da cidade — criando uma atmosfera de medo, perturbando e enredando a vida as pessoas num ciclo de miséria financeira e jurídica e limitando sua mobilidade. A cobrança municipal das multas é muito mais do que um mero método desagradável para aumentar a receita; ela essencialmente transforma o espaço em que os moradores vivem em espaço carcerário".

#### Referências

ALBUQUERQUE, Afonso de. *Populismo, elitismo e democracia: reflexões a partir da Operação Lava-Jato*. *Mediapolis*, Coimbra, n. 12, p. 17-30, 2021. [https://doi.org/10.14195/2183-6019\\_12\\_1](https://doi.org/10.14195/2183-6019_12_1)

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. *Agravo Regimental no Recurso Especial n. 2039577/MG*. Rel. João Batista Moreira. DJe: 27 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3150/DF*. Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. para o acórdão Min. Roberto Barroso. DJe: 05 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Agravo Regimental em Recurso Ordinário n. 10006-38/SP*. Rel. Min. Dias Toffoli. DJe: 13 maio 2014.

FERRARINI, Luigi Giuseppe Barbieri. *Cárcere e voto: a morte social pela suspensão dos direitos políticos do condenado*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública - 2023*. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>. Acesso em: 25set. 2023.

GALEANO, Eduardo. *Desculpem a moléstia*. Tradução: Emir Sader. *Fundação Perseu Abramo*, 11 maio 2009. Disponível em: <https://fpabramo.org.br/2009/05/11/desculpem-a-molestia-por-eduardo-galeano/>. Acesso em: 21 set. 2023.

WANG, Jackie. *Capitalismo carcerário*. Tradução: Bruno Xavier Martins. São Paulo: Ingré Kniga, 2022.

#### Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

**Declaração de conflito de interesses:** o autor confirma que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de autoria:** todos e somente os pesquisadores que cumprem os requisitos de autoria deste artigo são listados como autores; todos os coautores são totalmente responsáveis por

este trabalho em sua totalidade. **Declaração de originalidade:** a autora garantiu que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; ela também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

#### Como citar (ABNT Brasil)

SHIMIZU, B.; BORGHERESI DUARTE, M. A nova sistemática de execução da multa penal: uma política perversa de aprofundamento da miséria. *Boletim IBCCRIM*, [S. l.], v. 31, n. 373,

[s.d.]. DOI: 10.5281/zenodo.10188054. Disponível em: [https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim\\_1993/article/view/706](https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/706). Acesso em: 22 nov. 2023.

Recebido em: 29.08.2023 - Aprovado em: 21.09.2023 - Versão final: 08.11.2023

# A PROPOSTA EPISTEMOLÓGICA DA CRIMINOLOGIA DO SUL: UM CAMPO EM EXPANSÃO

*THE EPISTEMOLOGICAL PROPOSAL OF SOUTHERN CRIMINOLOGY: AN EXPANDING FIELD*

**Érica Babini Lapa do Amaral Machado**

Doutora em Direito pela UFPE. Professora da Universidade Católica de Pernambuco.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7784333143703014>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6930-6284>

[ericababini@hotmail.com](mailto:ericababini@hotmail.com)

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.10188319>

**Resumo:** O trabalho maneja o conceito de campo de controle do crime de David Garland, ao mesmo tempo que discute suas limitações e potencialidades, a partir das teorizações da Criminologia do sul. A perspectiva epistemológica crítica o manejo de estudos criminológicos advindos do norte global, que têm a pretensão de explicações universalistas e generalizantes, e propõe que as peculiaridades locais políticas, históricas, econômicas e culturais sejam consideradas. Seguindo essa perspectiva, aponta o texto que o ponto de partida da análise das questões criminais é essencial, porém a sociologia brasileira há muito já aponta caminhos no mesmo sentido, de modo que o racismo é uma estrutura reatualizada no sistema de justiça criminal que impede se falar de mudança no sentido do punitivismo, indicando permanências.

**Palavras-chave:** Decolonialidade; Permanências; Encarceramento em massa; Ciências sociais.

**Abstract:** The paper work with David Garland's concept of crime control field, while discussing its limitations and potential, using theorizations of southern criminology. The epistemological perspective criticizes the handling of criminological studies coming from the global north, which aim at universalist and generalizing explanations, and proposes that local political, historical, economic and cultural peculiarities be considered. Following this perspective, the text points out that this starting point for the analysis of criminal issues is essential, but that Brazilian sociology has long pointed out paths in the same direction, so that racism is a reupdated structure in the criminal justice system that it prevents us from talking about a change in the direction of penal populism, indicating permanence.

**Keywords:** Decoloniality; Permanence, Mass incarceration; Social sciences.

O Brasil ocupa a terceira posição mundial no *ranking* de taxas de encarceramento e diversos modelos explicativos procuram refletir sobre esse fenômeno, porém é preciso contextualizá-los para dar conta de sua complexidade.

A temática do encarceramento em massa apresenta vários elementos de análise que reúnem o conceito de campo do controle

do crime, inicialmente desenhado por **David Garland** (2008) a partir da concepção multidimensional da punição.

A proposta de **Garland** (2008) de considerar a punição como uma instituição social implica reconhecer que práticas penais representam conteúdos sobre o mundo social, como em uma espécie de espelhamento entre sentimentos sociais e políticas oficiais. Isto

é, a punição atua não apenas como controle social físico, mas também como regulação de significados, pensamentos e atitudes sociais. “Tal qual outras instituições sociais, a pena apresenta uma série de funções e riquezas de significados que são suficientes para questionar o enfoque o sociológico exclusivo” (Garland, 1999, p. 14).

Parte-se, portanto, de conceitos-chave de mentalidades e sensibilidades, que dão uma ferramenta de interpretação: a questão de transcender o central (causas remotas, ligadas a estruturas) para o local (causas próximas, ligadas às questões próprias da política, da cultura, da economia, etc.), indicando a necessidade de conhecer o mais próximo.

Enfim, a amplitude da reflexão engloba micro- e macroabordagens (Salvesberg, 2020) — sem que o autor explique como é feita essa tradução, que permanece sendo, para alguns críticos, uma pergunta ainda sem resposta —, visando compreender diversas práticas, generalizações amplas e esquemas que moldam essas transformações.

No entanto, *“Garland comete un error fundamental en el uso del método comparativo: un análisis eficaz demanda concentrarse específicamente tanto en las similitudes como en las diferencias”* (Young, 2003, p. 230).

Nesse sentido, **Garland** (2008) teria exagerado na congruência entre discursos culturais e políticas governamentais com sensibilidades culturais e políticas estatais, ignorando a ambivalência dos sentimentos populares. Além disso, incorreria em uma contradição, na medida em que subestima a importância dos discursos políticos da esfera pública na formação dessas sensibilidades. Por exemplo, ao tempo em que analisa o desenvolvimento das políticas para minorias raciais, sua análise causal não enfatiza raça e os significados raciais como influência sobre a consciência popular e, assim, ignora diversas evidências sobre atitudes raciais (Beckett, 2020).

Apesar de diversas críticas acerca do trabalho, enquanto proposta de elaboração de tipos ideais, na tradição weberiana, a obra tem valor teórico, a despeito do preço que se paga de perder conotações particularizadas do fenômeno estudado. Afinal, “identificar características unificadoras é importante” e a capacidade de sintetizar as mudanças na vida social, econômica e política “é extraordinária e quase sem paralelo” (Zedner, 2020, p. 93).

No sentido do trabalho de Garland, que analisa as sociedades norte-americana e inglesa, várias outras chaves analíticas partem do eixo norte global para apresentarem explicações generalizantes e universalistas sobre uma mudança no campo do controle do crime. Por exemplo, explicações de ascensão do neoliberalismo e queda do modelo de Estado de bem-estar social (Wacquant, 2001).

No entanto essas concepções precisam ser aprofundadas e contextualizadas, quando se trata da observação do cenário nacional, pois aqueles esquemas teóricos implicam perda de percepção de fenômenos locais (Fonseca, 2021), e ignoram “viagens culturais” (Sozzo, 2003).

Por exemplo, no Brasil, o sistema de justiça criminal sempre foi brutal e as desigualdades sociais sempre estiveram presentes, de modo que é preciso problematizar: é possível falar em mudanças no campo do controle do crime ou vivemos permanências que remetem ao processo colonizador e que ambiguidades da sociabilidade

brasileira são resultado/persistência das heranças culturais?

Desde há muito, **Victor Nunes Leal** (1986) apontava que o coronelismo é um resíduo de poder privado do período monárquico que coexistia com o novo modelo de representatividade da Primeira República. **Maria Sylvia de Carvalho Franco** (1969), por meio de análise de processos criminais, desenhou a sociedade da escravista, apontando, dentre algumas características, uma que para este ensaio parece fundamental: “os ajustamentos realizados por meio da força, em que a violência apresenta-se como um padrão corrente no meio social” (Franco, 1969, p. 23), uma espécie de “elemento constitutivo das relações mesmas” (Franco, 1969, p. 15).

Portanto, temos uma cultura política que reconhece a violência como linguagem rotineira e uma forma de vida consolidada como ordem social em que a força é “meio de obtenção de interesses, no próprio princípio de regulação das relações sociais estabelecidas” (Silva, 2004, p. 39). Mais do que isso, as permanências de um projeto colonial neurótico (Gonzalez, 1988) naturalizam mortes da população estratificada à zona do não ser (Carneiro, 2005) e superação desse pacto histórico da branquitude (Bento, 2002) demanda vários rompimentos políticos, dentre eles uma compreensão epistemológica de um racismo estrutural (Almeida, 2019).

A perspectiva criminológica de considerar as peculiaridade locais, causas próximas na linguagem de **Garland** (2008), segue a trilha de uma Criminologia do sul (Carrington; Hogg; Sozzo, 2015), segundo a qual as inércias do passado apresentam-se no presente.

Isto é, considerar permanências, como proponho aqui, é seguir o argumento de **Sozzo** para “sulizar” o debate, fazendo com que “causas próximas” (Garland, 2008) tenham um peso importante para compreensão das questões criminais, especialmente o encarceramento em massa. Desse modo, deve-se considerar não somente a hierarquização produzida pela expansão comercial, mas colocar a colonização no centro do debate (Aliverti *et al.*, 2021).

Essa brasileirização criminológica (Andrade, 2012) visa identificar a cultura da morte (Zaffaroni, 2012) e do racismo que impera no sistema de aplicação da lei no Brasil (Carvalho; Duarte, 2017), como mostram tanto os números de jovens negros que são encarcerados e exterminados neste País.<sup>1</sup>

Em outras palavras, a partir dos conhecimentos criminológicos no Norte Global, nossas formas escolásticas de fazer um estudo criminológico impedem a capacidade para identificar “efeitos do imperialismo e do colonialismo, nas suas diferentes formas, ao longo da história, seja nas políticas penais, instituições, discursos e práticas, bem como nas formas de analisar as questões criminais” (Dal Santo; Sozzo, 2023, p. 6). De modo que a ruptura é urgente.

Enfim, a abordagem epistemológica das criminologias do sul discute a “penalidade periférica” moldada pelas formas econômicas, sociais, políticas, institucionais e culturais (Sozzo, 2018, p. 670), causas próximas, na linguagem de Garland; e que, no Brasil, tais permanências têm sido indicadas há muito pelas ciências sociais.

Na “América Ladina” (Gonzalez, 1988, p. 76), denuncia-se que o racismo retirou a potencialidade política dos negros, limitando questões culturais, territoriais, linguísticas e ideológicas. Essa é a “inadequação social” do contingente negro em toda a região (Flauzina, 2006, p. 33), uma “matriz de dominação” (Carneiro, 1995,

p. 548) que demarca a pobreza, o feminino e a negritude em um local de opressão e controle.

A acuidade observatória de **Carolina Maria de Jesus** (2014, p. 58; 64), a partir da vivência da fome, denuncia há muito tempo os estereótipos para evitar imputações criminais: “[...] Eu sou vagabunda, mas não sou ladra”, o que não tem sucesso porque recai sempre no “é uma pena você ser preta”.

Portanto, a relação entre racismo e sistema penal precisa ser tomada como pressuposto para afastar qualquer forma de harmonia e problematizar os privilégios sobre os quais a elite (leia-se, branquitude) não reflete, garantindo, assim, a manutenção das formas de dominação. **Flauzina e Thula** (2020) sintetizam as permanências com vários exemplos da “naturalização da barbárie pelo Supremo Tribunal Federal”.

## Notas

<sup>1</sup> O relatório anual oficial de segurança pública do Brasil (2018), com base em dados de 2017, relatou um total de 63.880 homicídios dolosos no Brasil (uma categoria que inclui homicídio, morte ocorrida durante um assalto, morte como resultado de intervenção policial e lesões corporais com morte), o que representa um aumento de 2,9% relativamente ao ano anterior. A diferença na mortalidade entre os afro-brasileiros e o resto da população atingiu níveis históricos. Entre 2004 e 2014, o número de mortes entre afro-brasileiros aumentou 19,8%, enquanto o número de vítimas entre indivíduos de outras raças diminuiu 13,7% (Cerqueira, 2018). Percebe-se

## Referências

ALIVERTI, Ana; CARVALHO Henrique; CHAMBERLEN, Anastasia; SOZZO Máximo. Decolonizing the criminal question. *Punishment & Society*, v. 23, n. 3, p. 297-316, 2021. <https://doi.org/10.1117/14624745211020585>

ALMEIDA, Sílvia Luiz de. *Racismo estrutural*. São Paulo: Pólen, 2019.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da Criminologia: O controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BECKETT, Katherine. Delito e controle na cultura da modernidade tardia. In: SOZZO, Máximo (Org.). *Para além da cultura do controle? Debates sobre delito, pena e ordem social* com David Garland. Porto Alegre: Aspas, 2020. p. 510.

BENTO, Maria Aparecida Silva. Branqueamento e branquitude no Brasil. In: CARONE, Iray; BENTO, Maria Aparecida Silva; PIZA, Edith (Orgs.). *Psicologia social do racismo: estudos sobre branquitude e branqueamento no Brasil*. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 218.

CARNEIRO, Aparecida Sueli. *A construção do outro como não-ser como fundamento do ser*. 2005. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/001465832>. Acesso em: 3 nov. 2023.

CARNEIRO, Sueli. Gênero, raça e ascensão social. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 3, n. 2, p. 544-552, 1995. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/16472>. Acesso em: 3 nov. 2023.

CARRINGTON, Kerry; HOGG, Russell; SOZZO, Máximo. Southern Criminology. *British Journal of Criminology*, Londres, v. 56, n. 1, p. 1-20, 2015. <https://doi.org/10.1093/bjc/azv083>

CARVALHO, Salo de; DUARTE, Evandro Piza. *Criminologia do Preconceito*. São Paulo: Saraiva, 2017.

CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo Santa Cruz. *Democracia racial e homicídios de jovens negros na cidade partida*. Texto para discussão: 2267. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/7383>. Acesso em: 21 set. 2023.

CERQUEIRA, Daniel (Org.). *Atlas da Violência 2018*. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/8398>. Acesso em: 21 set. 2023.

DAL SANTO, Luiz; SOZZO, Máximo. Introduction: Punishment in global peripheries. *Theoretical Criminology*, Thousand Oaks, v. 27, n. 4, p. 529-537, 2023. <https://doi.org/10.1177/13624806231199758>

FLAUZINA, Ana Luíza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

FLAUZINA, Ana Luíza Pinheiro; PIRES, Thula. Supremo Tribunal Federal e a naturalização da barbárie. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, p. 1211-1237, 2020. <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/50270>

FONSECA, David S. Mais além do giro punitivo. Expansão, padronização e densificação no sistema penal brasileiro (1980-2014). In: FONSECA, David S.; CANÊDO, Carlos (Orgs.). *Estado e punitividade: problemas de governança penal democrática*. Brasília: Editora da

que a cor da pele de uma pessoa está diretamente correlacionada com a probabilidade de essa pessoa ser morta e, assim, desde que o homicídio se tornou um fato trágico da vida no Brasil, o País está dividido por um “racismo que mata” (Cerqueira; Coelho, 2017). Isto constitui uma espécie de “epidemia de indiferença”, de cunho marcadamente autoritário, com claras conotações raciais e grande número de mortes entre aqueles (negros, pobres e jovens) que historicamente foram oprimidos, tornados invisíveis e parecem não existirem no Brasil, exceto para a gratificação de uma sociedade opressora, excludente, hedonista e individualista (Ribeiro; Couto, 2017).

UNB, 2021. p. 431-472. <https://doi.org/10.7476/9786558461579>

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2018. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/03/Anuario-Brasileiro-de-Seguranca%CC%A7a-Pu%CC%81blica-2018.pdf>. Acesso em: 3 nov. 2023.

FRANCO, Maria Sílvia de Carvalho. *Homens livres na ordem escravocrata*. São Paulo: Instituto de Estudos Brasileiros, 1969.

GARLAND, David. *A cultura do controle do crime: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GARLAND, David. A contradições da “sociedade punitiva”: O caso britânico. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 13, p. 59-80, 1999. <https://doi.org/10.1590/S0104-44781999000200006>

GONZALEZ, Léila. A categoria político-cultural de amefricanidade. *Tempo Brasileiro*, Rio de Janeiro, n. 92/93, p. 69-82, 1988.

JESUS, Carolina Maria de. *Quarto de despejo: Diário de uma favelada*. São Paulo: Ática, 2014.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 5 ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1986.

SILVA, Luiz Antonio Machado da. Sociabilidade violenta: por uma interpretação da criminalidade contemporânea no Brasil urbano. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 19, n. 1, p. 53-84, 2004. <https://doi.org/10.1590/S0102-69922004000100004>

SAVELSBERG, Joaquim J. As culturas do controle nas sociedades contemporâneas. In: SOZZO, Máximo (Org.). *Para além da cultura do controle? Debates sobre delito, pena e ordem social* com David Garland. Porto Alegre: Aspas, 2020. p. 423-445.

SOZZO, Máximo. “Traduttore traditore”. Traducción, importación cultural e historia del presente de la criminología en América Latina. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencial Penal*, v. 7, n. 13, p. 353-427, 2003.

SOZZO, Máximo. *Beyond the ‘neo-liberal penalty thesis’? Punitive turn and political change in South America*. The Palgrave handbook of criminology and the Global South. [s.l.]: Springer International, 2018.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

YOUNG, Jock. Searching for a New Criminology of Everyday Life: A Review of ‘The Culture of Control’ by David Garland (New York: Oxford University Press, 2001, 300 pp. £19.99 hb). *The British Journal of Criminology*, Londres, v. 43, n. 1, p. 228-243, 2003. <https://doi.org/10.1093/bjc/43.1.228>

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZEDNER, Lucia. Os perigos das distopias na teoria penal. In: SOZZO, Máximo (Org.). *Para além da cultura do controle? Debates sobre delito, pena e ordem social* com David Garland. Porto Alegre: Aspas, 2020. p. 320-345.

## Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

**Declaração de conflito de interesses:** o autor confirma que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de autoria:** todos e somente os pesquisadores que cumprem os requisitos de autoria deste artigo são listados como autores; todos os coautores são totalmente responsáveis por

este trabalho em sua totalidade. **Declaração de originalidade:** a autora garantiu que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; ela também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplagio.

## Como citar (ABNT Brasil)

BABINI LAPA DO AMARAL MACHADO, Érica. A proposta epistemológica da Criminologia do Sul: um campo em expansão. *Boletim IBCCRIM*, [S. l.], v. 31, n. 373, [s.d.].

DOI: 10.5281/zenodo.10188319. Disponível em: [https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim\\_1993/article/view/749](https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/749). Acesso em: 22 nov. 2023.

Autora convidada

# O USO DO MALWARE NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: PONTOS DE TENSÃO E LIMITES

MALWARE IN CRIMINAL INVESTIGATIONS: TENSIONS POINTS AND LIMITS

**Helena Costa Rossi**

Mestranda em Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da USP.

Associada ao IBCCRIM. Advogada.

Link Lattes: <https://lattes.cnpq.br/6022530640899053>

ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-3436-9807>

[helena.costa.rossi@gmail.com](mailto:helena.costa.rossi@gmail.com)

**Leandro Musa de Almeida**

Mestrando em Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da USP.

Procurador da República.

Link Lattes: <https://lattes.cnpq.br/9427288378613350>

ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-0798-9121>

[leandromusa@outlook.com](mailto:leandromusa@outlook.com)

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.10188525>

**Resumo:** O avanço das técnicas de investigação de provas digitais tensiona o sistema de garantias dos direitos fundamentais. Em atenção a essa questão, o presente artigo busca analisar aspectos sensíveis sobre a técnica de investigação de provas digitais conhecida como *malware*. Com base em estudo doutrinário, amparado pelo exame da legislação espanhola e das disposições contidas no projeto de novo Código de Processo Penal (CPP), o presente trabalho busca averiguar se o emprego desse novo meio de obtenção de prova seria possível no Brasil e identificar parâmetros a serem observados pelo legislador brasileiro a fim de compatibilizar o uso da medida com os direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Técnicas de investigação; Provas digitais; Direitos fundamentais; Parâmetros legais; Métodos Ocultos.

**Abstract:** The development of special investigation techniques aiming to obtain digital evidence impacts fundamental rights. In attention to this issue, this article seeks to analyze sensitive aspects of the technique known as *malware*. Based on a doctrinal study, supported by the examination of the Spanish legislation and the provisions of the project for the new Brazilian Penal Procedure Code, this work seeks to ascertain whether the use of this new means of obtaining evidence would be possible in Brazil and to identify parameters to be observed by the Brazilian legislator to make the measure compatible with fundamental rights.

**Keywords:** Special investigation techniques; Digital evidence; Fundamental rights; Legal parameters; Hidden method.

## 1. Introdução

As possibilidades de sistematização de toda espécie de informações em formato digital vêm modificando os métodos de investigação e a busca de provas no processo penal. Diante da grande capacidade de armazenamento de dados digitais em servidores globais, importa discutir pontos de tensão com os direitos fundamentais, bem como os limites que devem ser impostos às medidas de obtenção de provas digitais, com vistas a garantir efetividade no combate às modernas formas de criminalidade com uma adequada tutela da privacidade.

O presente artigo trabalha com a hipótese de que as técnicas investigativas de obtenção de provas digitais avançam em velocidade superior à atualização legislativa, de modo que a ausência de parâmetros legais claros para essas medidas abre espaço para um cenário de insegurança jurídica e falta de garantias.

Nesse aspecto, volta-se o foco da análise à utilização de uma técnica específica de aquisição das provas digitais, o *malware*, para então buscar compreender as tensões e os limites do uso dessa técnica investigativa, ainda não prevista em lei no Brasil.

Como meio de obtenção de prova que é, o *malware* implica na restrição a direitos fundamentais. Além de permitir a obtenção de dados estáticos ou em fluxo, o *malware* possibilita a ativação de funcionalidades, como GPS, câmera e microfone, viabilizando o monitoramento de atividades em tempo real. Assim, o uso dessa técnica atinge informações que integram o âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual, da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade.

Em vista da capacidade de restrição a direitos fundamentais, o presente artigo busca discutir os limites que devem ser impostos à utilização do *malware*, com vistas a garantir efetividade no combate às modernas formas de criminalidade, sem violação ou supressão de direitos.

A fim de alcançar o objetivo analítico do presente trabalho, adotou-se como metodologia o estudo crítico da doutrina especializada e das leis sobre a matéria. Especificamente, realizou-se uma análise mais detida da legislação espanhola e das disposições contidas no projeto de novo Código de Processo Penal (CPP).

## 2. O uso do *malware* na investigação criminal

O termo *malware* advém da conjunção das palavras em língua inglesa *malicious* e *software* e consiste em técnicas de invasão a dispositivos informáticos por meio da instalação de *software* oculto (Ramalho, 2019, p. 318-319).

A utilização de *malware* como meio de obtenção de prova está compreendida no que se denomina de *hacking* governamental (*government/lawful hacking*), que consiste na exploração de vulnerabilidades preexistentes nos sistemas (*backdoors*), além da utilização de outros programas maliciosos, pelas autoridades, para acessar determinadas informações contidas em dispositivos eletrônicos no contexto de investigações criminais.<sup>1</sup>

O *malware* permite recolher dados armazenados e monitorar a atividade do usuário em ambiente digital, inclusive com a ativação de funcionalidades de *hardware* como GPS, câmera e microfone, incluindo, ainda, todo o tipo de programas instalados de forma sub-

reptícia que podem comprometer as funções de um dispositivo informático, corromper ou alterar dados (Ramalho, 2019, p. 313-314).

Assim, é certo que o uso dessa técnica atinge informações que integram o âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual, da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade, constituindo informações protegidas pelo sigilo constitucional (Silva, 1996, p. 202).

Apesar da severa afetação a direitos fundamentais, o elevado potencial de recolher elementos de provas digitais faz com que alguns ordenamentos jurídicos consagrem o uso do *malware*, seja de forma legal ou jurisprudencial. A fim de ilustrar esse uso na prática das investigações criminais, identificando possíveis pontos de tensão, o presente artigo se baseia na experiência espanhola.

Em 2015, a Espanha promulgou a *Ley Orgánica 13/2015*, que passou a autorizar expressamente a utilização de *malware* para fins investigativos. Até a mencionada norma, o cenário espanhol era muito semelhante ao nosso, já que não existia naquele ordenamento jurídico a previsão da utilização dessa técnica para recolha de provas no âmbito digital (Espanha, 2015). Mesmo sem autorização legal expressa, os tribunais espanhóis começaram a autorizar o uso de técnicas avançadas de investigação criminal, interpretando extensivamente a legislação até então existente e a própria Constituição.<sup>2</sup>

Especificamente quanto ao uso de programas-espiões, o art. 588 *septies* (a) (1) da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (LECRIM), introduzido pela reforma de 2015, estabelece que o juiz competente poderá autorizar a instalação de *softwares*, que permitam, de forma remota e telemática, o exame à distância do conteúdo de um computador, aparelho eletrônico, sistema de computador, dispositivo de armazenamento de dados de computador em massa ou banco de dados, sem que o proprietário ou usuário tenha conhecimento.

O mencionado dispositivo legal traz um rol de crimes que autorizam a técnica,<sup>3</sup> o qual não está isento de críticas. Uma parcela da doutrina considera a hipótese prevista na alínea e demasiadamente aberta, o que daria margem à utilização de analogia para permitir a utilização de programas-espiões em um número ilimitado de crimes, conforme a discricionariedade e a criatividade do magistrado espanhol.

Ainda para essa corrente, em razão do alto grau de invasividade, a medida deveria ser reservada apenas para os crimes mais graves e não para todos aqueles cometidos por meio de ferramentas informáticas (Blanco, 2021, p. 450). Há autores, como Winter (2017, p. 23-24), por outro lado, que entendem que o legislador trouxe essa hipótese em razão da peculiaridade dos crimes informáticos, que, em geral, não podem ser descobertos sem a utilização da tecnologia. Isso não significa, contudo, que qualquer delito cometido por meio de sistemas informáticos admite o uso de *malware*, uma vez que a medida sempre demanda a avaliação da proporcionalidade por parte do juiz.

Por sua vez, o art. 588 *septies* (a)(2) da LECRIM estabelece os elementos que a decisão judicial deverá conter, especificamente: (a) a indicação dos computadores, dispositivos eletrônicos, sistemas informáticos sujeitos à medida;<sup>4</sup> (b) o alcance da medida; (c) a forma como os dados ou arquivos informáticos pertinentes ao caso serão acessados e apreendidos; e (d) a indicação do *software* por meio do qual será executado o controle das informações.

A descrição na decisão judicial da forma como funciona o *software* empregado é de extrema importância porque permite uma análise posterior sobre a proporcionalidade da medida e da legitimidade na ingerência nos direitos fundamentais do sujeito afetado (Blanco, 2021, p. 454).

A decisão também deverá especificar os agentes que estarão autorizados a executar o procedimento, a eventual autorização para fazer e manter cópias de dados informáticos, bem como as medidas para a preservação da integridade, inacessibilidade e eliminação dos dados armazenados. Por fim, o art. 588 *septies* (c) estabelece que a medida terá a duração máxima de um mês, prorrogável por iguais períodos até um máximo de três meses.<sup>5</sup>

A Espanha, portanto, a partir de 2015, regulamentou de forma expressa e detalhada a possibilidade da utilização de *softwares-espiões* para fins de investigação penal. Evidentemente que a legislação não é imune a críticas, mas representa uma evolução no tratamento da matéria, servindo de orientação para o legislador nacional.

### 3. Previsões legislativas no novo CPP

No atual processo penal brasileiro, inexistente autorização legal para o uso do *malware*. A medida é tanto incompatível com a busca e a apreensão de objetos físicos quanto com a interceptação telemática, uma vez que possibilita a coleta da integralidade das informações armazenadas nos dispositivos acessados, bem como o monitoramento em tempo real de dados que não necessariamente derivam das telecomunicações, possibilitando ainda a própria manipulação dos dados (Grego; Gleizer, 2019, p. 1483-1518). Tampouco é possível fundamentar a medida combinando os elementos de normas procedimentais próximas, diante da natureza de invasividade e da especificidade da medida.

Em 2009, teve início no Senado Federal o Projeto de Lei 156, com o objetivo de elaborar um novo CPP brasileiro. O projeto foi aprovado pelo plenário daquela casa legislativa e, em 2010, foi remetido à Câmara dos Deputados, onde tramita até os dias atuais sob o número 8.045/10.

No dia 13 de abril de 2021, o então relator-geral da Comissão da Câmara dos Deputados que analisava as mudanças no CPP apresentou novo parecer (Brasil, 2010), substituindo o apresentado por ele em 2018, incorporando cerca de 30 novas propostas pensadas ao projeto de lei original (PL 8.045/10) que foi enviado pelo Senado. Nesse novo parecer, o relator-geral sugeriu, dentre outras coisas, a regulamentação da utilização de provas digitais.

O relatório sugere a inclusão no CPP de um capítulo integralmente dedicado às provas digitais. Dentre os dispositivos que consideramos relevantes para o objeto deste trabalho está o art. 304, que estabelece o rol dos meios de obtenção de prova digital. Conforme o texto da referida norma, constituem meio de obtenção de prova:

- I - a busca e apreensão de dispositivos eletrônicos, sistemas informáticos ou quaisquer outros meios de armazenamento de informação eletrônica, e o tratamento de seu conteúdo;
- II - a coleta remota, oculta ou não, de dados em repouso acessados à distância;
- III - a interceptação telemática de dados em transmissão; IV - a coleta por acesso forçado de sistema informático ou de redes de dados;
- V - o tratamento de dados disponibilizados em fontes abertas, independentemente de autorização judicial.

Cumprido destacar que em nenhum momento o novo capítulo sobre provas digitais prevê expressamente a utilização de *softwares* para obtenção de provas. O art. 304, II, do projeto de novo CPP apenas prevê como meio de obtenção de prova a coleta remota, oculta ou não de dados estáticos. Isso, contudo, não gera a conclusão de que essa coleta pode se dar por meio de *malware*, uma vez que a coleta também é viável sem a utilização de programas-espiões. Basta

imaginar a situação da autoridade que, por algum motivo, possui a senha de acesso a um dispositivo informático e nele ingresse remotamente, tal como ocorre em manutenções remotas feitas em computadores.

O mencionado dispositivo também não deixa claro se é possível pelas autoridades a ativação de funcionalidades de *hardware* como GPS, câmera e microfone. Com efeito, a utilização de programas maliciosos vai muito além da mera coleta de dados do dispositivo-alvo, podendo chegar ao ponto de tomar o controle total do equipamento sem que o utilizador note.

O inc. IV do art. 304, que trata do acesso forçado, também não é claro quanto a possibilidade da utilização de *malware*. Conforme art. 307 do projeto, a coleta por acesso forçado a dispositivo eletrônico, sistema informático ou redes de dados, ocorrerá somente após prévia desobediência de ordem judicial determinando a entrega da prova pretendida ou quando impossível identificar o controlador ou provedor em território nacional, e compreenderá os métodos de segurança ofensiva ou qualquer outra forma que possibilite a exploração, isolamento e tomada de controle. O dispositivo, além de não tratar expressamente de programas-espiões, não esclarece se o acesso forçado pode ser remoto e se também abrange dados dinâmicos.<sup>6</sup>

Importante notar que, embora a utilização de *malware* pareça viável com fundamento nos dispositivos acima mencionados, seria melhor que o legislador tomasse uma posição mais clara a respeito da medida e previsse expressamente a possibilidade da utilização de *softwares-espiões*, como fez o legislador espanhol.

O relatório também não traz um rol de crimes em que o método pode ser utilizado. Conforme já exposto acima, devido ao grau de intrusão que a medida implica na esfera de privacidade das pessoas, a utilização de *malware* só deve ser recomendada para crimes graves devidamente especificados pelo legislador.

Quanto à abrangência da medida, o projeto prevê expressamente no art. 308, § 2º, que a obtenção da prova digital pode se dirigir a uma terceira pessoa, desde que haja indícios de que o investigado utilize o dispositivo eletrônico, ou quaisquer outros meios de armazenamento de informação eletrônica, com ou sem o conhecimento do proprietário.<sup>7</sup>

Embora já seja um avanço, entendemos que o legislador brasileiro deve tomar uma posição clara no novo CPP quanto à possibilidade da utilização de *malware*. Em sendo aceita, deveria seguir a linha das legislações que já adotam a medida, tais como a Alemanha,<sup>8</sup> a Itália<sup>9</sup> e a Espanha, estabelecendo um rol específico de crimes que autorizam o acesso remoto por programa-espião. O legislador brasileiro também deveria tomar como parâmetro o projeto *Harmonization of ICT Policies, Legislation and Regulatory Procedures in the Caribbean*, lançado pela Comissão Europeia e a *International Telecommunication Union* com o propósito de fomentar a uniformização da legislação nos países do Caribe em nove áreas relacionadas com tecnologias de informação (Ramalho, 2019, p. 336-337). O art. 27 do projeto, por exemplo, trata especificamente do uso de *malware* para fins de investigação criminal, impondo diversas restrições para a sua utilização, como uma forma de compatibilizar direitos fundamentais dos investigados com eficiência da persecução penal.

#### 4. Pontos de tensão

Caso o texto do novo CPP seja aprovado de acordo com a redação atual, será imperativo que se observem limites mínimos para a sua utilização. A observância desses requisitos possui dupla finalidade: por um lado, proteger os direitos do imputado, e por outro, evitar que elementos de prova essenciais se tornem ineficazes por terem sido obtidos de modo irregular (Winter, 2017, p. 84).

A propósito da obtenção dos dados digitais, cumpre destacar que esses dados são caracterizados pela sua imaterialidade, uma vez que não são constituídos em linguagem natural, mas em sinais binários.<sup>10</sup> Por não possuírem uma materialidade imediatamente constatável, é imprescindível que o método empregado para coleta da prova garanta a integridade do dado digital, sem o qual não terá qualquer valor epistêmico. Como visto, uma vez instalado, o *malware* permite monitorar toda atividade ocorrida no sistema informático em tempo real. Ainda, permite acessar indistintamente todos os dados armazenados, além de afetar a própria integridade e confidencialidade do sistema (Ramalho, 2019, p. 350). Assim, o *malware* possui grau de invasividade ainda maior do que outras medidas já positivadas no ordenamento jurídico brasileiro, tais como a busca e a apreensão e as interceptações telefônicas e telemáticas, de sorte que as previsões procedimentais contidas nos dispositivos que regem essa medida não serão suficientes para autorizar uma aplicação analógica dessas regras (Winter, 2017, p. 6-7).

O seu maior grau de invasividade demanda, pois, um controle mais rígido desse meio de obtenção de prova e gera, naturalmente, a necessidade de limitar o seu escopo de aplicação e estabelecer condições para que seja utilizada de forma excepcional (*ultima ratio*) (Liguori, 2021, p. 259), de acordo com um procedimento claro que garanta a devida documentação da cadeia de custódia da prova.<sup>11</sup> Ainda considerando a gravidade da medida, entende-se que a lei deveria prever um rol taxativo de tipos penais (baseados em sua gravidade) que autorizem o uso da técnica.

Uma vez que certas ferramentas podem garantir ao invasor privilégios administrativos do sistema, com a possibilidade de alterações das informações ali contidas, é necessário garantir que os meios de prova colhidos não tenham sido alterados. Nesse sentido, propõe-se que seja realizado um relatório técnico da utilização desse meio de obtenção de prova, a fim de que se verifique se não se está diante de prova contaminada ou com deficiências técnicas (Ramalho, 2019, p. 352).

Por fim, a invasão não deve colocar em risco o funcionamento do sistema invadido, nem implicar em eventuais riscos para terceiros, considerando que o uso do *malware* pode contaminar dispositivos informáticos de pessoas inocentes. Assim, deve-se garantir que o programa invasor não produza danos colaterais desnecessários.

#### 5. Conclusão

O avanço das técnicas de investigação, com especial atenção ao uso do *malware*, tensiona o sistema de garantias dos direitos fundamentais, no limiar entre a eficiência e o garantismo (Fernandes, 2008, p. 26).

Como se sabe, o procedimento probatório previsto na legislação representa uma garantia ao indivíduo, assegurando, ainda, a capacidade epistêmica da prova e seu caráter racional.

Com vistas a conferir segurança e objetividade aos meios de obtenção de provas digitais, com especial atenção ao uso do *malware*, pondera-se que a legislação deve avançar na positivação dos meios de pesquisa de prova já conhecidos na prática das investigações, prevendo-se também um procedimento próprio a ser adotado para a execução dessa medida (não bastando que seja apenas nomeada na legislação).

Nesse aspecto, o princípio da proporcionalidade deve ser observado rigorosamente, sendo ainda preciso insistir no caráter excepcional da medida, que somente será legítima depois de ser claramente positivada no ordenamento jurídico brasileiro, limitada a situações de violações graves a bens juridicamente tutelados.

## Notas

- <sup>1</sup> O *hacking* governamental pode ser utilizado como alternativa à criptografia. Trata-se de modalidade de investigação extremamente invasiva, tanto da perspectiva das informações acessíveis quanto da segurança dos dispositivos explorados. Segundo Carlos Liguori (2022, p. 258), a ausência de um arcabouço jurídico que o operacionalize em conformidade aos direitos fundamentais e ao devido processo legal impõe desafios ao seu uso e suas características particulares requerem o desenvolvimento de regulação jurídica específica para sua utilização.
- <sup>2</sup> Exemplificativamente, o Supremo Tribunal Espanhol permitiu a utilização de dispositivos eletrônicos denominados *IMSI Catchers* ou *Cell Site Simulators* para obter, a partir da localização física de determinados celulares e da sua proximidade das antenas que lhes proporcionavam a rede telefônica, não só a localização física do equipamento, mas também o seu número IMSI (*International Mobile Subscriber Identity*) e, com base neles, o número do celular ao qual estava associado. A admissibilidade da utilização desses dispositivos foi encontrada pela Corte interpretando o regime que regulamentava a coleta e tratamento, para fins policiais, de dados pessoais por forças de segurança (art. 22 da *Ley Orgánica 15/1999*, de 13 de dezembro, sobre proteção de dados pessoais. Cf. Ramalho, 2019, p. 195-243).
- <sup>3</sup> A saber: a) *Delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales*. b) *Delitos de terrorismo*. c) *Delitos cometidos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente*. d) *Delitos contra la Constitución, de traición y relativos a la defensa nacional*. e) *Delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación o servicio de comunicación*. Cf Espanha (2015).
- <sup>4</sup> O dispositivo, contudo, não é claro se é possível ao juiz autorizar o acesso a computadores que não os do investigado, mas que estão sendo por ele utilizados para comunicação ou para armazenar dados, ou mesmo equipamentos que não estão sendo utilizados pelo suspeito, mas que contêm dados importantes para a investigação. Lorena Bachmaier Winter (2017, p. 12) entende possível o acesso a outros equipamentos que não os do investigado, utilizando por analogia as regras da art. 588 bis (h) da LEC que permite a interceptação das comunicações que afetem terceiros, na medida em que o acesso remoto a um dispositivo por meio de um *software* implica sempre uma das comunicações. Hernán Blanco (2021, p. 45) também entende possível a medida, sem, contudo, recorrer as normas regulam a interceptação das comunicações. Este último autor cita Ortiz Pradillo (2009, p. 1-9) como opositor dessa interpretação.
- <sup>5</sup> *Artículo 588 septies c. Duración. La medida tendrá una duración máxima de un mes, prorrogable por iguales períodos hasta un máximo de tres meses*. Cf. Espanha (2015).
- <sup>6</sup> Art. 307. A coleta por acesso forçado a dispositivo eletrônico, sistema informático ou redes de dados, ocorrerá somente após prévia desobediência de ordem judicial determinando a entrega da prova pretendida ou quando impossível identificar o controlador ou provedor em território nacional, e compreenderá os métodos de segurança ofensiva ou qualquer outra forma que possibilite a exploração, isolamento e tomada de controle (Brasil, 2010).
- <sup>7</sup> Com isso, é suprida a divergência que existe na doutrina espanhola gerada em razão da ausência de previsão normativa quanto o alcance da medida em relação a terceiros, cf. nota de fim 5.
- <sup>8</sup> Em julho de 2017, o legislador inseriu no CPP alemão (*Strafprozeßordnung* ou StPO) a norma do § 100b, que autoriza a infiltração *online*, nomeada *online Durchsuchung* e limita a medida a um rol de crimes graves previstos em lei no § 100b (2). Como referência dogmática acerca da previsão legal de *malware* no ordenamento alemão, confira: Grego e Gleizer (2019).
- <sup>9</sup> Em fevereiro de 2020, por meio da Lei 7, o CPP italiano consagrou expressamente, em seu art. 266 2 e 2-bis, a admissão da técnica denominada de *captatore informatico*. De forma sintética, a medida é admitida: a) nas infrações penais que envolvam organizações criminosas e condutas assemelhadas, como terrorismo, por exemplo; b) em crimes contra a Administração Pública cometidos por funcionários público e dirigentes do serviço público; e c) em crimes comuns específicos descritos no código italiano. Como referência dogmática acerca da previsão legal de *malware* no ordenamento, cf. Diddi (2020, p. 2).
- <sup>10</sup> O termo "prova digital" pode ser entendido como conjunto de "dados em forma digital (no sistema binário) constantes de um suporte eletrônico ou transmitidos em rede de comunicação, os quais contêm a representação de fatos ou ideias" (Vaz, 2012, p. 63). Eduardo de Urbano Castrillo (2009, p. 47) oferece outra definição, que enfatiza os suportes físicos, conceituando a prova digital permite comprovar factos através dos meios de reprodução de palavras, sons e imagens, bem como dos instrumentos que permitem arquivar e conhecer ou reproduzir palavras, dados, números e operações matemáticas realizadas para fins contábilísticos ou outros.
- <sup>11</sup> Segundo Geraldo Prado (2014, p. 80), a cadeia de custódia é o dispositivo que objetiva assegurar os elementos probatórios em sua integridade. Trata-se de uma garantia constitucional contra a prova ilícita. Na visão de Carlos Edinger (2016, p. 242), a cadeia de custódia pode ser compreendida como uma sucessão de elos, tidos como qualquer pessoa que tenha manejado o vestígio. Nas palavras de Antonio Eduardo Ramires Santoro (2020, p. 297), "deve ser preservada a cadeia de custódia para permitir o rastreio às fontes de prova", o que é especialmente sensível com relação às provas digitais, cujo manuseio indevido pode comprometer a capacidade epistêmica da prova.

## Referências

- ALEMANHA. *Strafprozeßordnung* [Código de Processo Penal]. de 7 de abril de 1987. Disponível em: <https://dejure.org/gesetze/StPO>. Acesso em 17 set. 2023.
- BLANCO, Hernán. El hackeo con orden judicial en la legislación procesal española a partir de la Ley Orgánica 13/2015 del 5 de octubre. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 1, p. 431-501, 2021. <https://doi.org/10.31009/InDret.2021.i115>
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 8.045, de 22 de dezembro de 2010*. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codetext=1998273&filename=Tramitacao-PL%208045/2010](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codetext=1998273&filename=Tramitacao-PL%208045/2010). Acesso em: 20 jul. 2022.
- CASTRILLO, Eduardo de Urbano. *La valoración de la pueba Eletronica*. Valência: Tirant lo Blanch, 2009.
- DIDDI, Alessandro. Le novità in materia di intercettazioni telefoniche. *Penale Diritto e Procedura*. *Penale Diritto e Procedura*, 31 ago. 2020. Disponível em: <https://penaledp.it/le-novita-in-materia-di-intercettazioni-telefoniche/>. Acesso em: 7 nov. 2021.
- EDINGER, Carlos. Cadeia de custódia, rastreabilidade probatória. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 24, n. 120, p. 237-257, maio/jun. 2016.
- ESPAÑA. *Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre*. Boletín Oficial del Estado 239, de 6 out. 2015. Disponível em: <https://www.boe.es/boe/dias/2015/10/06/pdfs/BOE-A-2015-10725.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2022.
- FERNANDES, Antonio Scarance. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; GAVIÃO DE ALMEIDA, José Raul; ZANOIDE DE MORAES, Maurício (Orgs.). *Sigilo no processo penal*. Eficiência e garantismo. São Paulo: RT, 2008. p. 9-28.
- GREGO, Luís; GLEIZER, Orlandino. A infiltração online no processo penal: notícia sobre a experiência alemã. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 5, n. 3, p. 1483-1518, set./dez. 2019. <https://doi.org/10.21297/rb DPPv5i3.278>
- LIGUORI, Carlos. *Direito e Criptografia: direitos fundamentais, segurança da informação e os limites da regulação jurídica na tecnologia*. São Paulo: Saraiva, 2022.
- ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. El 'remote forensic software' como herramienta de investigación contra el terrorismo. *ENAC, E-Newsletter en la lucha contra el cibercrimen*, n. 4, p. 1-9, 2009.
- PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- RAMALHO, David Silva. *Métodos ocultos de investigação criminal em ambiente digital*. Coimbra: Almedina, 2019.
- RAMALHO, David Silva. O uso de malware como meio de obtenção de prova em Processo Penal. *Revista de Concorrência e Regulação*, v. IV, n. 16, p. 195-243, 2013.
- SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. A cadeia de custódia na interceptação telefônica. In: BRITO CRUZ, Francisco; FRAGOSO, Nathalie (Orgs.). *Direitos fundamentais e processo penal na era digital*. São Paulo: InternetLab, 2020, v. 3, p. 290-325.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- VAZ, Denise Provasi. *Provas digitais no processo penal: formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório*. 2012. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.
- WINTER, Lorena Bachmaier. Acusatorio versus inquisitivo. Reflexiones acerca del proceso penal. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. (Org.) *Sistemas processuais penais*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 57-93.
- WINTER, Lorena Bachmaier. Registro remoto de equipos informáticos y principio de proporcionalidad en la Ley Orgánica 13/2015. *Boletín del Ministerio de Justicia*, ano LXXI, n. 2.195, p. 3-36, jan. 2017.

## Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

**Declaração de conflito de interesses:** o autor confirma que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de autoria:** todos e somente os pesquisadores que cumprem os requisitos de autoria deste artigo são listados como autores; todos os coautores são totalmente responsáveis por

este trabalho em sua totalidade. **Declaração de originalidade:** a autora garantiu que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; ela também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

## Como citar (ABNT Brasil)

COSTA ROSSI, H.; MUSA DE ALMEIDA, L. O uso do malware na investigação criminal: pontos de tensão e limites. *Boletim IBCCRIM*, [S. l.], v. 31, n. 373, [s.d.]. DOI: 10.5281/zeno-

do.10188525. Disponível em: [https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim\\_1993/article/view/693](https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/693). Acesso em: 22 nov. 2023.

Recebido em: 15.08.2023 - Aprovado em: 12.09.2023 - Versão final: 23.10.2023

# O JUIZ DE GARANTIAS E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA VITÓRIA DE PIRRO

## THE PRELIMINARY JUDGE AND THE SUPREME COURT: A PYRRHIC VICTORY

### Danielle Nogueira Mota Comar

Doutoranda em Direito do Estado pela UFPR. Mestre em Processo Penal pela USP. Juíza de Direito da 9ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6950638714701265>

ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-3080-2262>

[dnogueiramota@yahoo.com.br](mailto:dnogueiramota@yahoo.com.br)

### Marco Aurélio Nunes da Silveira

Doutor em Direito do Estado pela UFPR. Docente Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR. Professor de Direito Processual Penal e Criminologia da UFPR. Professor titular do Doctorado en Ciencias Penales da Universidad San Carlos de Guatemala. Presidente fundador do Observatório da Mentalidade Inquisitória (Gestão 2016-2020).

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6931615599694788>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1375-3920>

[marconuneschw@gmail.com](mailto:marconuneschw@gmail.com)

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.10188775>

**Resumo:** A Lei 13.964/2019 introduziu a figura do juiz das garantias na persecução penal brasileira. Após período de eficácia suspensa, o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou a constitucionalidade do instituto, porém com ressalvas. A reforma legal aprovada já se mostrava insuficiente e as limitações operadas pelo STF reduziram, ainda mais, o potencial do novel instituto. O presente texto analisa os desacertos da decisão e defende o contínuo aperfeiçoamento ao juiz de garantias, com a ampliação de sua atuação também no que deve ser a fase intermediária da persecução penal, como medida redutora de potenciais danos à imparcialidade e promotora de melhor racionalidade no emprego de tempo e recursos públicos.

**Palavras-chave:** Processo penal; Sistema de duplo juiz; Etapa intermediária da persecução penal; Juízo de admissibilidade da acusação; Imparcialidade jurisdicional.

**Abstract:** The promulgation of the Law 13,964/2019 introduced the role of the preliminary judge in the Brazilian criminal prosecution. After a period of suspended effectiveness, the Supreme Court declared the constitutionality of the institute; however, with reservations. The approved legal reform was already insufficient and the limitations operated by the Supreme Court further reduced the potential of the new institute. This text analyzes the mistakes in the decision and defends the continuous improvement of the preliminary judge, with the expansion of their role also in what should be the intermediate phase of criminal prosecution, as a measure to reduce potential damage to impartiality and promote better rationality in the use of public time and resources.

**Keywords:** Criminal proceedings; Double-judge system; Intermediate phase of criminal prosecution; Judgment of admissibility of the accusation; Judicial impartiality.

## 1. Introdução

Entre diversas alterações processuais, a Lei 13.964/2019 (mais conhecida como “Pacote Anticrime”) introduziu a figura do juiz das garantias (artigos 3º-B a 3º-F do Código de Processo Penal – CPP), com previsão de atuação na primeira fase da persecução penal, devendo zelar pelo controle da legalidade da investigação, pelos direitos e garantias fundamentais de todos os participantes dessa primeira fase da persecução penal, bem como de realizar o juízo de admissibilidade da acusação. Sua eficácia, todavia, permaneceu suspensa por força de medida liminar concedida nos autos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF, que foram finalmente julgadas em agosto de 2023, declarando-se a constitucionalidade do juiz das garantias, porém com ressalvas e importantes alterações no conteúdo normativo do instituto.

O texto aprovado pelo Congresso Nacional, mesmo antes da intervenção do Supremo Tribunal Federal (STF), já não se tratava da reforma ideal da legislação Processual Penal pátria, mas podemos dizer que era a reforma possível para o momento, ou seja, a redação era insuficiente e passível de críticas, porque poderia ter avançado em vários aspectos.

Todavia, após as alterações promovidas pelo STF, o juiz das garantias brasileiro — que, repisamos, já não era o ideal, se comparado a figuras semelhantes em outros ordenamentos jurídicos — se tornou mais longínquo, ainda, do que deveria ser. A Suprema Corte, a pretexto de promover interpretação conforme a Constituição, acabou por atuar como legislador positivo e deu um passo atrás em relação ao que deveria ser o juiz das garantias.

Nesse contexto, o presente texto traz à tona a necessidade de debater a introdução de uma fase intermediária atenta às necessidades de aperfeiçoamento da persecução penal brasileira, a partir da compreensão

do mais amplo papel possível para o juiz das garantias, e não só como garantidor da legalidade da fase de investigação, como resultou da decisão da Corte Constitucional.

## 2. A introdução do juiz das garantias pela Lei 13.964/2019: a reforma possível, mas não a ideal

A aprovação do juiz de garantias foi, sem dúvida, um grande avanço para o sistema Processual Penal brasileiro. Porém o modelo adotado ficou aquém do potencial que o novo ator processual poderia desenvolver.

Sua implantação tem sido discutida na academia brasileira, pelo menos, desde 2009, quando idealizado no anteprojeto de reforma global do novo CPP, ainda que não seja uma invenção brasileira e tenha chegado por aqui, aliás, muito tardiamente.

Em perspectiva comparada, guardadas as peculiaridades de cada sistema, vale dizer que ordenamentos tais como os da Itália (que contempla dois juízes com atuação prévia ao juízo de mérito: *giudice per le indagini preliminari* e *giudice dell’udienza preliminare*), Portugal (juiz de instrução), Espanha (*juez de instrucción*), Chile (*juez de garantía*), Uruguai (*juez de garantía*) e México (*juez de control*), sem prejuízo de diversos outros, adotam o sistema do “duplo juiz”, inclusive com competências mais amplas do que aquelas previstas na Lei 13.964/2019.

No âmbito dos códigos processuais penais reformados latino-americanos, a título de exemplo, nos quais se implementou a verdadeira etapa intermediária, além de realizar o juízo de admissibilidade da acusação, o juiz de garantias também promove a preparação do juízo de mérito, função que se desdobra em três principais aspectos: delimitação do conteúdo do processo, controle da atividade probatória das partes e saneamento processual.

Assim, naqueles ordenamentos, cabe ao juiz de garantias, na etapa

intermediária, além de receber a denúncia, entre outras funções: a) estabelecer os limites do mérito do caso penal, a partir das teorias do caso propostas pelas partes (o que delimita as fronteiras de cognição durante a etapa processual); b) garantir que as partes tiveram amplo acesso aos elementos de conhecimento produzidos durante a investigação; c) controlar a admissibilidade das provas que as partes pretendem apresentar em juízo, o que permite que a exclusão de eventuais provas ilícitas seja feita na fase intermediária, de modo que o juiz do processo sequer tenha contato com (e conheça) a ilicitude probatória; d) resolver definitivamente eventuais nulidades ocorridas até o encerramento da etapa intermediária (como as relativas à peça acusatória e à citação), o que reduziria, em alguma medida, o número de recursos e *habeas corpus*.

Vale ressaltar, ainda, que nos ordenamentos jurídicos reformados da Hispanoamérica, a etapa intermediária ocorre em audiência, de modo que os debates contraditórios sobre os temas envolvidos se realizam de forma imediata, com soluções muito rápidas e adequadas aos interesses das partes e da jurisdição.

Contudo, para além do juízo de admissibilidade da acusação, nenhuma daquelas competências típicas da etapa intermediária (segundo a experiência estrangeira) estava contemplada no texto da Lei 13.964/2019, razão pela qual sustentamos que o juiz de garantias brasileiro (e o que seria a recém-inaugurada etapa intermediária de nosso CPP) representava a “reforma possível e não a reforma ideal” (Nunes da Silveira, 2019, p. 215).

Apesar disso, o texto da Lei 13.964/2019 assegurava a separação entre as fases de investigação e do processo, uma vez que previa o juízo de admissibilidade da acusação promovido pelo juiz de garantias. Assim, nos moldes da experiência estrangeira, adotava-se o consagrado sistema do “duplo juiz”, tudo com vistas a assegurar a imparcialidade do julgador do mérito, na forma preconizada por **Francesco Carnelutti** (1962, p. 57-58), já nos anos 1960, quando propôs que deveria existir um “diafragma” entre a fase preliminar e a fase definitiva.

Com efeito, décadas depois de *il Maestro udinese* ter apresentado aquela lição, outros campos do saber contribuíram para demonstrar a indispensabilidade do diafragma entre as fases da persecução penal. De fato, a psicologia cognitiva, para citar apenas um exemplo, explica como, no processo decisório humano, quando há a necessidade de optar por uma dentre várias alternativas, a irracionalidade pode se fazer presente.

Faz parte do senso comum a noção de que os seres humanos decidem sempre de forma racional e objetiva, quando, em verdade, nossos processos decisórios estão marcados por indelével subjetividade e por fenômenos capazes de prejudicar (às vezes de forma severa) aquela pretensa racionalidade.

Assim, uma vez que o juiz também é um ser humano, é certo que está sujeito a heurísticas e vieses no processo de tomada de decisão. Ainda que atue imbuído, como deve ser, pela força ética condutora da imparcialidade, jamais estará imune a valer-se de atalhos cognitivos (heurísticas) quando da tomada de decisão, que podem conduzir a erros de julgamento (vieses) e, assim, colocar em xeque a própria imparcialidade e, conseqüentemente, afetar a qualidade da instrução e a legitimidade da decisão judicial.

São vários os exemplos de heurísticas e vieses estudados pela psicologia cognitiva que podem influenciar o processo decisório. Assim, a heurística da disponibilidade, heurística da representatividade, heurística do excesso de confiança, o viés de confirmação, viés de ancoragem e ajustamento, viés do trancamento (*lock-in effect*), viés de custo perdido (*sunk cost bias* ou viés de custo afundado), escalada do comprometimento e viés de aversão à perda, entre outros, podem ocorrer — e ocorrem — no processo penal, fato que justifica, desde saberes extrajurídicos, a implementação do juiz das garantias e a exclusão dos autos da investigação preliminar da fase processual (Comar, 2022, p. 252).

Tais incidências não operam no plano da consciência e são potencializadas pela própria arquitetura dos procedimentos penais brasileiros, uma vez que desprovidos de separação entre as fases preliminar e do processo e/ou de efetivo debate entre as partes na fase investigatória.

É inumano exigir do juiz que, simplesmente, esqueça tudo que já analisou na fase investigativa e adentre à fase processual livre de prejulgamentos (Zanoide de Moraes, 2010, p. 22). Só com uma “lobotomia epistêmica” (Gallardo Frías, 2018, p. 58) é que se poderia esperar um juiz com *virgin mind* (Silveira Filho, 2015, p. 56), isento de qualquer prévio conhecimento parcial marcadamente do órgão acusatório. Não há tábua rasa.

Nessa linha, a adoção de um sistema de duplo juiz ao longo da persecução penal (um para a investigação e juízo de admissibilidade e outro para a instrução e julgamento) é mecanismo “precaucional antienviesante, em reforço à imparcialidade objetiva no âmbito do processo penal” (Costa, 2018, p. 161). É, portanto, um mecanismo de proteção do próprio magistrado contra possíveis decisões enviesadas (Comar, 2022, p. 253).

A atuação do juiz do processo na fase da investigação, portanto, pode acabar funcionando como um *nudge* (em português, “dar um empurrãozinho”, “cutucar”) ou um estímulo (*trigger*) enviesador, que pode prejudicar a correta realização da instrução e conduzir à tomada de decisões tendenciais e potencialmente parciais. A imparcialidade é uma meta a ser alcançada (Coutinho, 2019, p. 37), um ideal esperado na atuação do julgador, contudo não se pode ignorar as inúmeras circunstâncias que podem dirigir, de forma não intencional, o entendimento do julgador.

Avançando na compreensão dessa dimensão, o legislador brasileiro optou, dentro de sua esfera constitucional legislativa, por uma nova divisão funcional de competência: um juiz para a fase de investigação (o juiz das garantias) e outro juiz para a fase de instrução e julgamento. O legislador, também estritamente dentro de suas esferas de atribuições, optou por atribuir, como termo final de atuação do juiz das garantias, o recebimento ou a rejeição da ação penal, de modo a concretizar o diafragma carneluttiano no processo penal brasileiro.

Esse último avanço, lamentavelmente, foi afastado pelo STF, que manteve o juízo da acusação nas mãos do juiz de instrução e julgamento. Passamos, então, a analisar a decisão da Corte Constitucional.

### **3. O STF como legislador positivo: deixa de existir a etapa intermediária no Processo Penal brasileiro**

A Lei 13.964/2019 textualmente atribuía ao juiz das garantias a análise do recebimento da peça acusatória, ao dispor, no art. 3º-C do CPP, que sua competência “abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código”. E, ainda, no art. 3º-B, inciso XIV, ao dispor que lhe competia “decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código”.

Todavia o STF, agindo como verdadeiro legislador positivo, alterou substancialmente tal previsão, ao antecipar o término das atribuições do juiz das garantias. Por maioria de votos, declarou a inconstitucionalidade do inciso XIV do art. 3º-B, do CPP, da expressão “recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código” e do termo “recebida” contida no art. 3º-C, § 1º, do CPP, para, em suma, atribuir interpretação conforme e assentar que a competência do juiz das garantias cessa com o “oferecimento” da denúncia.

Com isso, promoveu-se uma tremenda involução no ponto que, certamente, era a coluna-mestra do novo instituto.

Lamentavelmente, ao deixar de observar a esmagadora maioria das considerações doutrinárias, a Corte retirou do rol das atribuições do juiz das garantias o juízo de admissibilidade da ação penal, atribuindo-o ao juiz de instrução e julgamento. Já alertamos, em mais de um escrito, como também o fizeram diversos outros autores, que a Lei 13.964/2019, acertadamente, atribuía ao juiz das garantias o juízo de admissibilidade da peça acusatória, evitando a contaminação do juiz de instrução e julgamento com os elementos unilaterais da investigação (Comar, 2022, p. 450; Nunes da Silveira, 2019, p. 212).

Como consequência, o STF também declarou a inconstitucionalidade, com redução de texto, dos §§ 3º e 4º, do art. 3º-C, do CPP, e atribuiu “interpretação conforme” para entender que os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias (em outras palavras, os autos da investigação preliminar) serão, sim, remetidos ao juiz de instrução e julgamento.

Em suma, caberá ao juiz de instrução e julgamento a análise quanto ao recebimento ou a rejeição da ação penal, com acesso à integralidade dos autos de investigação.

Nesse ponto, foi uma vitória de Pirro! Tanto esforço acadêmico e legislativo para, ao final e ao cabo, o centro nevrálgico justificador do juiz das garantias ser destruído: aniquilou-se o diafragma carneluttiano que deveria ter sido inserido na legislação brasileira.

Partindo da premissa de que o objetivo da criação de atuação dos juizes é reforçar a imparcialidade, blindando o julgador do mérito da influência dos

elementos de informação colhidos na fase preliminar, a atribuição do juízo de admissibilidade ao juiz de instrução e julgamento fere toda a lógica de não contaminação.

De fato, para que o magistrado do processo exerça adequadamente o juízo de prelibação, ele deverá ter um olhar atento sobre as condições da ação Processual Penal. Ocorre que, para tal mister, o que se dispõe, até o momento da persecução, é única e exclusivamente o caderno investigatório inquisitivo embasando a acusação oferecida. Nesse cenário, a dinâmica da contaminação persistirá, mesmo com a cisão de julgadores, considerando que o juiz da instrução e do julgamento deverá se debruçar sobre os elementos de informação para aferir a existência ou não de lastro probatório mínimo.

No fim das contas, após decisão do STF, remanescem apenas, como principais atribuições do juiz das garantias, as competências de zelar pelo controle da legalidade da investigação e pelos direitos e garantias fundamentais de todos os envolvidos na investigação. Isso é importante, mas é muito pouco para toda a potencialidade desse órgão julgador.

Embora não se desmereça o enorme avanço no processo penal brasileiro, é preciso (agora mais ainda) lapidar a ideia da reforma e seguir promovendo o debate de propostas para o futuro aperfeiçoamento e melhor aproveitamento de todo o potencial do juiz das garantias.

#### 4. Considerações finais

O processo penal brasileiro é, na essência, inquisitório (Coutinho, 2018, p. 25 *et seq.*). Não há separação entre as fases de investigação e do processo, o que permite automatismos e passamentos acrílicos de uma fase para a outra; o juiz tem ampla liberdade probatória, inclusive antes do processo;<sup>1</sup> o juiz tem liberdade sobre a gestão do conteúdo do processo e algumas medidas cautelares podem ser determinadas de ofício.

A reforma parcial promovida com a inclusão do juiz das garantias, na moldagem alinhada na Lei 13.964/2019, pretendeu fixar um sistema com estrutura acusatória e minimizar os riscos de parcialidade, com a implementação do juiz das garantias. Quando se previu ao juiz das garantias a competência pelo juízo de admissibilidade da acusação e a exclusão dos autos de investigação preliminar da fase processual, criou-se, ainda que de forma incipiente, uma fase intermediária na persecução penal brasileira.

Tudo isso caiu por terra quando a Corte Constitucional, ao atribuir interpretação conforme, reduziu o rol de atribuições de juiz das garantias, conferindo ao juiz de instrução e julgamento a competência quanto ao juízo de admissibilidade da acusação e o acesso integral aos autos da investigação preliminar. Portanto, a antes incipiente fase intermediária agora é vazia e inexistente.

A despeito da frustrante limitação ao juiz das garantias pela moldagem dada ao instituto pelo STF — o que nesse ponto é uma vitória de Pirro — ainda é possível dizer que avançamos, embora a passos tímidos e muito tardiamente, para um sistema que pretende preservar a imparcialidade judicial. Ao menos consagrou-se a constitucionalidade do juiz das garantias.

Uma das frentes em busca de um processo penal democrático e adequado aos axiomas constitucionais segue sendo a defesa da plena adoção de um procedimento trifásico, com a introdução de uma fase intermediária entre a fase de investigação e a fase de instrução e julgamento. As duas primeiras devem ser conduzidas pelo juiz das garantias, cuja competência, a despeito do entendimento da Corte Constitucional, deve cessar com o recebimento da denúncia.

Urge, portanto, estender suas funções para o juízo de admissibilidade da acusação e, para além disso, agregar outras competências capazes de favorecer ainda mais a imparcialidade jurisdicional, como a filtragem probatória, a delimitação do conteúdo do processo penal, de acordo com as teorias do caso das partes e o saneamento processual.

Como já defendemos, um juiz de garantias ideal — e uma etapa intermediária ideal — poderia ter ido muito além do próprio texto da Lei 13.964/2019 (Comar, 2022, p. 529 *et seq.*; Nunes da Silveira, 2019, p. 212 *et seq.*), inclusive como forma de racionalizar os temas e tempos da persecução penal, valorizar a atuação jurisdicional de primeira instância, reduzir o número de recursos, entre outros avanços.

Diferentemente do que os debates no STF fizeram parecer, as competências do juiz de garantias para a etapa intermediária (juízo de admissibilidade da acusação e preparação do juízo de mérito) não se restringem apenas a reduzir o risco de parcialidade, mas podem contribuir para uma evolução substancial da persecução penal no Brasil.

#### Notas

<sup>1</sup> O STF demonstrou, nos julgamentos das ADIs que questionavam a constitucionalidade do juiz das garantias, nutrir uma incondicional confiança na atuação do magistrado brasileiro, ao atribuir interpretação conforme ao art. 3º-A do CPP. A redação dessa inovação positivava a estrutura acusatória, vedando a iniciativa do juiz na fase de

investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. Mas o STF assentou que o magistrado pode determinar a realização de diligências suplementares, para o fim de dirimir dúvida sobre questão relevante para o julgamento do mérito.

#### Referências

CARNELUTTI, Francesco. *Intervento (Atti del Convegno La riforma del processo penale, Venezia, 1961)*. In: DE LUCCA, Giuseppe. *Primi problemi della riforma del processo penale*. Florença: Sansoni, 1962, p. 57-58.  
COMAR, Danielle Nogueira Mota. *Imparcialidade e juiz das garantias*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.  
COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Salvador: JusPodivm, 2018.  
COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da *et al.* (Orgs.). *Observações sobre os sistemas processuais penais: escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*, v. 1. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 25-62.  
COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. In: NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da *et al.* (Orgs.). *Observações sobre a propedêutica processual penal: escritos do Prof. Jacinto*

Nelson de Miranda Coutinho, v. 2. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019, p. 25-66.  
GALLARDO FRÍAS, Eduardo. Conferencia Inicial del Tercer mentalidade inquisitoria. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Orgs.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: Estudos sobre a reforma do CPP no Brasil*. v. 4. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 49-66.  
NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. A etapa intermediária e o juiz de garantias no processo penal brasileiro: um passo importante e insuficiente. *Revista Justiça do Direito*, Passo Fundo, v. 33, n. 3, p. 189-221, 2019. <https://doi.org/10.5335/rjd.v33i3.10515>  
SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Introdução ao Direito Processual Penal*. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.  
ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Quem tem medo do "juiz das garantias"? *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, ano 18, ed. especial, 2010, p. 22.

#### Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

**Declaração de conflito de interesses:** o autor confirma que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de autoria:** todos e somente os pesquisadores que cumprem os requisitos de autoria deste artigo são listados como autores; todos os coautores são totalmente responsáveis por

este trabalho em sua totalidade. **Declaração de originalidade:** a autora garantiu que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; ela também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

#### Como citar (ABNT Brasil)

NUNES DA SILVEIRA, M. A.; NOGUEIRA MOTA COMAR, D. O juiz de garantias e o Supremo Tribunal Federal: uma vitória de Pirro. *Boletim IBCCRIM*, [S. l.], v. 31, n. 373, [s.d.],

DOI: 10.5281/zenodo.10188775. Disponível em: [https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim\\_1993/article/view/781](https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/781). Acesso em: 22 nov. 2023.

Autores convidados

# 31 ANOS DO MASSACRE DO CARANDIRU: MEMORIALIZAÇÃO E RESSIGNIFICAÇÃO DA CASA DE DETENÇÃO DE SÃO PAULO

31 YEARS SINCE THE CARANDIRU MASSACRE:  
MEMORIALIZING AND RESIGNIFYING THE SÃO PAULO DETENTION HOUSE

## Luisa Mozetic Plastino

Doutoranda e Mestre em Direito e Desenvolvimento pela Escola de Direito da FGV Direito SP com bolsas "Mário Henrique Simonsen" e CAPES PROSUP.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5972444292587765>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3475-1331>

[luisa.plastino@gmail.com](mailto:luisa.plastino@gmail.com)

## Carolina Cutrupi Ferreira

Doutora em Administração Pública e Governo pela Escola de Administração de Empresas de São Paulo da FGV. Mestre em Direito e Desenvolvimento pela FGV Direito SP. Professora de Direito na Unifesp.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5248198753109750>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3190-7257>

[carolinacutrupi@gmail.com](mailto:carolinacutrupi@gmail.com)

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.10189033>

**Resumo:** O presente ensaio objetiva refletir, no marco dos 31 anos do Massacre do Carandiru, a trajetória dos usos de espaços de repressão, tortura e morte a partir da desativação da Casa de Detenção de São Paulo. Ao revisitar os acontecimentos de 2 de outubro de 1992, as disputas narrativas e as lutas de familiares e sobreviventes por memória, verdade e reparação, argumenta-se pela reocupação do Espaço Memória Carandiru por educadores sobreviventes do sistema penitenciário como forma singular de memorialização e processamento da violência estatal.

**Palavras-chave:** Casa de Detenção; Massacre; Memória; Espaço Memória; Reparação.

**Abstract:** On the 31st anniversary of the Carandiru Massacre, this essay aims to reflect on the trajectory of the use of spaces of repression, torture and death since the deactivation of the São Paulo House of Detention. By revisiting the events of October 2, 1992, the narrative disputes and the struggles of family members and survivors for memory, truth and reparation, an argument is made for the reoccupation of the Carandiru Memory Space by educators who are survivors of the prison system as a unique form of memorialization and processing of state violence.

**Keywords:** Detention Center; Massacre; Memory; Memory Center; Reparation.

A linha azul do metrô de São Paulo atravessa centros de detenção relevantes para a compreensão da história do País, nem todos eles devidamente identificados por placas ou avisos oficiais. Em um trajeto de menos de uma hora entre as estações Paraíso, Tiradentes e Carandiru é possível contabilizar, ao menos, quatro espaços conhecidos de privação de liberdade, torturas e mortes: o antigo DOI-CODI, na Rua Tutóia, número 921; o portal do Presídio Tiradentes, abrigando uma agência do Banco do Brasil, na Avenida Tiradentes, número 421; o edifício do DEOPS, hoje Memorial da Resistência, ao lado da Estação Pinacoteca; e a desativada Casa de Detenção de São Paulo, área convertida em 2003 no Parque da Juventude Dom Evaristo Arns. A estação Carandiru ainda é uma das portas de chegada para as Penitenciárias Femininas de Santana e da Capital e um dos pontos de partida de carros e kombis que atravessam as estradas do estado de São Paulo rumo às penitenciárias dos "fundões" nos dias de visita.

Mapear e demarcar socialmente centros de detenção, tortura e extermínio tem sido uma prática adotada em processos de justiça de transição e democratização latino-americanos, graças a reivindicações da sociedade civil, em especial de sobreviventes e familiares vítimas de graves violações de Direitos Humanos (Guglielmucci; López, 2019). De acordo com **Ana Guglielmucci e Loreto López** (2019, p. 59), ao estudarem as ditaduras argentina e chilena, os sítios de memória se referem a

artefatos memoriais que foram desenvolvidos a partir do processo de refuncionalização de antigos centros de detenção

e que servem a uma variedade de usos - judiciais, testemunhais, patrimoniais, pedagógicos, etc. — associados ao processamento da violência passada.

Os lugares de memória são, assim, resultado de processos de reivindicação social que podem ser ou não convertidos em políticas públicas.

No âmbito federal, a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (Brasil, 2023) criou um banco de dados que georreferenciou 222 lugares de memória ligados à ditadura militar brasileira (1964-1985). Na cidade de São Paulo, iniciativas de memorialização de lugares de detenção e cemitérios clandestinos, também da ditadura militar, são listadas no *site* da Secretaria Municipal de Direitos Humanos e Cidadania (São Paulo, 2016). Apesar do primeiro Pavilhão do Carandiru ter sido inaugurado em 1956 (Ribeiro; Massola, 2003, p. 251) e do espaço prisional ter sido utilizado ativamente durante a ditadura militar (Villaméa, 2023, p. 194), não há menção em nenhum dos projetos — federal ou municipal — à Casa de Detenção e muito menos ao massacre ocorrido 31 anos atrás.

É importante lembrar que no dia 2 de outubro de 1992, o Pavilhão 9 da Casa de Detenção "Flamínio Fávero" foi palco de um dos mais letais massacres prisionais da história do País. De acordo com relatório produzido pela Anistia Internacional (1993, p. 1-2), agentes da Polícia Militar de São Paulo entraram na Casa de Detenção aos gritos de "chegou a morte" e após 11 horas de operação foram contabilizados

111 mortos e outras centenas de pessoas privadas de liberdade que sofreram lesões corporais graves resultantes de espancamentos, ferimentos de balas e mordidas de cachorro.

O número de vítimas fatais é contestado por familiares e sobreviventes que, além de terem carregado os cadáveres de companheiros, também foram obrigados a limpar as celas e as provas das cenas de extermínio. Os números são também nomes e rostos, a maioria deles negros, com famílias e histórias ainda pouco documentadas, como recentemente lembrado por sobreviventes, familiares e aliados das lutas por reparação em ato parlamentar em memória aos 31 anos Massacre do Carandiru.<sup>1</sup> Ainda não é possível saber quem são todos os sobreviventes do Massacre — seriam aqueles que sofreram apenas lesões físicas ou podemos considerar todos aqueles que presenciaram e carregam consigo um grande sofrimento psíquico pelo que viram —, mas os poucos que tornam públicas suas falas relatam o medo e a insegurança de sofrerem intimidações e ameaças por sua relação com o sistema prisional e o dia 2 de outubro.

O Massacre foi denunciado perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos pela Comissão Teotônio Vilela e pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional, petição na qual se requer a responsabilização do estado brasileiro pelas falhas na divulgação do número de pessoas mortas, pela adoção de práticas que dificultaram a identificação de presos pelos familiares e a coleta de evidências médicas, além de condução da investigação “falha levada a cabo por funcionários nomeados e membros da mesma força diretamente responsável pelas atrocidades”.<sup>2</sup>

Em três oportunidades o estado brasileiro foi instado a se manifestar sobre a denúncia e as providências que estavam sendo adotadas. Na resposta encaminhada no ano de 1994, limitou-se a informar que os processos criminais contra os policiais militares envolvidos estavam em andamento e alguns pedidos de indenização haviam sido julgados a favor dos familiares. No ano 2000, a resposta se limitou ao envio de uma tabela com o nome de 62 familiares e o respectivo andamento processual de seus pedidos de indenização. Àquele ano, apenas 26 processos estavam em fase de liquidação dos valores. A última resposta, de julho de 2006 (quatorze anos após o Massacre e dezessete anos atrás) é a que apresenta mais elementos sobre as mudanças nas dinâmicas, na expansão e na interiorização do sistema penitenciário paulista.

A resposta detalha o processo de desativação e implosão de alguns dos prédios e na transferência de mais de 7 mil pessoas que ali residiam para unidades prisionais localizadas no interior do estado de São Paulo (e longe da capital). Anuncia ainda que mais de 8 mil vagas foram criadas nos novos estabelecimentos, destinados, em sua maioria, às pessoas condenadas em regime fechado. Além disso, encaminha a relação atualizada de 59 processos de indenização que estavam em andamento e um conjunto de documentos com fotos da implosão dos prédios, croquis e fotos do parque que foi construído no local, como forma de “homenagear a sociedade”, como aparece no título do documento. Nada é dito sobre a imputação de responsabilidade criminal aos agentes públicos envolvidos.

Em 2001, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2000) produziu “Relatório de Recomendações” que reconheceu a responsabilidade do Brasil sobre os fatos ocorridos no Massacre do Carandiru. Na ocasião, recomendou-se ao Brasil que realizasse investigação imparcial para identificar e processar as autoridades e os funcionários responsáveis, que adotasse medidas para identificação das vítimas do massacre para a adequada indenização das famílias, bem como desenvolvesse medidas de não repetição voltadas à diminuição da população carcerária e ao treinamento dos profissionais de segurança pública. Contudo tais recomendações nunca foram cumpridas (Matsuda; Sellani; Rolemberg, 2015, p. 351).

Com relação às reparações individuais, levantamento publicado em setembro de 2022, com análise de 75 processos judiciais de indenização aos familiares das vítimas fatais do massacre, identificou que 69 ações foram julgadas procedentes, mas somente em 25 delas constatou-se o

pagamento total dos valores arbitrados a título de indenização (Ferreira; Machado, 2022). A média de tramitação do início ao arquivamento do processo (não necessariamente houve o pagamento) é de 22 anos e 6 meses. Sabe-se que 37 ações foram ajuizadas pelas mães das vítimas. Em 16 casos, as mães não viveram tempo suficiente para receber qualquer valor e foram substituídas no processo por outros filhos/irmãos, em um total que já ultrapassa 40 pessoas à espera de alguma forma de reparação.

A morosidade e a ineficiência do Poder Público em assegurar a reparação das vítimas também foram constatadas em estudo realizado pela Clínica de Acesso à Justiça da FGV-SP sobre as ações de reparação civil ajuizadas por 10 famílias vítimas do Massacre (Asperti *et al.*, 2020, p. 20-21).

E, se no âmbito individual as recomendações de indenização pecuniária das vítimas ainda não foram garantidas, do ponto de vista coletivo, uma reparação pública capitaneada pelo próprio Estado, por meio de políticas de memória e verdade, ainda não foi sequer cogitada. Ao contrário, o silenciamento e os apagamentos sobre o Massacre têm se dado de muitas formas nas últimas três décadas.

O processo de demolição dos edifícios da Casa de Detenção de São Paulo teve início em 8 de dezembro de 2002. Vinte anos depois, em dezembro de 2022, no marco dos 30 anos do Massacre, foi inaugurado pelo Governo de São Paulo, sobre a área do antigo Pavilhão 9, um circo (Governo..., 2022). A imagem de um circo no cemitério, de forma desarticulada com atividades de memória, resume bem o processo de “desativar, demolir, cimentar e transformar em parque” descrito por **Bianca Tavolari, Maíra Machado e Vitor Nisida** (2022, p.11). Como destacam os autores, as formas de uso e ocupação da antiga Casa de Detenção, a despeito da existência de um processo administrativo de tombamento,<sup>3</sup> têm sido marcadas por escolhas políticas e jurídicas que apagam os vestígios e as memórias da prisão e de seus acontecimentos.

No mesmo sentido, o relatório “Reparação Integral e Direito à Memória no Massacre do Carandiru” — produzido no primeiro semestre de 2023 pela Clínica de Acesso à Justiça e Advocacia de Interesse Público da FGV-Direito/SP — documenta e denuncia as maneiras pelas quais o estado de São Paulo tem propagado os fatos do Massacre do Carandiru por meio de exposição permanente no Museu Penitenciário Paulista (Asperti *et al.*, 2023). Ao nomear o Massacre como “Motim no Pavilhão 9”, a linha do tempo exposta no Museu Penitenciário nega e legitima as violações de Direitos Humanos perpetradas por agentes de segurança pública, ao mesmo tempo que produz a responsabilização das próprias vítimas pelos acontecimentos (Cf. Bandeira; Angotti; Machado, 2020).

Nesse contexto de disputas narrativas, o Espaço Memória Carandiru (EMC),<sup>4</sup> previsto há 16 anos por meio do Decreto Estadual 52.112, de 30 de agosto de 2007, é importante cenário de reivindicação de política pública de memória sobre os acontecimentos de 2 de outubro de 1992 e de outros episódios de massacre e violência que foram levados a cabo no Complexo Penitenciário Carandiru.

Sob a guarda do Centro Paula Souza e vinculado desde 2011 à Secretaria Estadual de Desenvolvimento, Ciência e Tecnologia, o EMC se situa dentro do antigo Pavilhão 4, utilizando uma pequena sala do edifício que abriga hoje as Escolas Técnicas Parque da Juventude e das Artes. O pequeno espaço expositivo conta com uma apresentação fixa derivada do acervo constituído para a mostra “Sobrevivências: Uma Exposição Sobre Vivências Carandiru”, realizada em 2014 no Museu da Casa Brasileira, com curadoria de **Maureen Bisilliat** (2014).

Para um visitante desavisado no Espaço Memória, o Massacre do Carandiru poderia passar despercebido. Afinal, a linha do tempo disposta na parede de entrada do espaço expositivo simplesmente apaga o ano de 1992 da cronologia oficial, saltando de 1978 para o ano de 2002. Até outubro deste ano, o silêncio sobre o Massacre era quebrado quando se tinha a sorte de cruzar o caminho com os educadores especialistas e sobreviventes do sistema prisional responsáveis por criar o Programa Educativo Acessível do Espaço Memória Carandiru em 2022 a partir de um edital do ProAC.

A ocupação do EMC por educadores sobreviventes do sistema penitenciário contribuiu de maneira singular para os processos de memorialização e ressignificação da Casa de Detenção. A partir da realização de visitas mediadas pelos próprios sobreviventes e de rodas de conversa presenciais e virtuais protagonizadas por eles, foi possível dar centralidade aos testemunhos e às narrativas resistentes e de denúncia à violência estatal. Além disso, a sensibilização do público por meio do contato direto com pessoas que vivenciaram o cárcere contribuiu para a diminuição de estigmas sociais e para o fortalecimento da rede de vítimas e familiares de vítimas da violência do Estado.

Desde o dia 6 de outubro de 2023, contudo, o Programa Educativo Acessível encerrou suas atividades no Espaço Memória Carandiru por ausência de previsão orçamentária (Duarte, 2023). A não continuidade do projeto e a saída dos educadores também significou um fechamento significativo do local ao público, já que, agora, segundo nota oficial do Centro Paula Souza, as visitas precisam ser agendadas.

Os antigos educadores do Espaço Memória Carandiru continuam desafiando o silêncio e a inércia estatal, realizando agora voluntariamente e de forma independente roteiros de memória pelo Parque da Juventude e arredores no bairro do Carandiru.<sup>5</sup> É preciso, contudo, continuar reivindicando que o Poder Público garanta a existência e a continuidade do trabalho desenvolvido por educadores-sobreviventes do sistema prisional no Espaço Memória Carandiru, que realize o repasse permanente de verbas públicas e, principalmente, que reconheça esse como um lugar central de memória e da história de São Paulo.

### Agradecimentos

Gostaríamos de agradecer imensamente as professoras Maíra Rocha Machado e Maria Cecília de Araújo Asperti pelas trocas e contribuições ao ensaio. Sem elas e as pesquisas que desenvolvem, nenhuma das reflexões teriam sido possíveis.

### Notas

- 1 Audiência pública foi organizada pela deputada estadual Monica Seixas do Movimento Pretas (PSOL) na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo no dia 24 de outubro de 2023. A íntegra do ato está disponível em: Alesp (2023).
- 2 Petição inicial do Centro pela Justiça e Direito Internacional sobre o massacre na Casa de Detenção à Comissão Interamericana de Direitos Humanos no caso 11.291, de 21 de outubro de 1992.

### Referências

ALESP. Ato Parlamentar em memória dos 31 anos do Massacre Carandiru - 24/10/2023. YouTube, 24 out. 2023. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=yWTmrBrljw>. Acesso em: 19 nov. 2023.

ANISTIA INTERNACIONAL. "Chegou a Morte": Massacre na Casa de Detenção de São Paulo. [s.l.] AI Index: 1993. Disponível em: <https://www.amnesty.org/en/documents/amr19/008/1993/pt/>. Acesso em: 18 nov. 2023.

ASPerti, Maria Cecília de Araújo et al. (Não) Acesso à justiça nos casos de indenização dos familiares das vítimas do massacre do Carandiru. In: BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão. *Violência de Estado: controle externo da atividade policial, sociedade e sistema de justiça*. Brasília, DF: MPF, 2020. p. 308-340.

ASPerti, Maria Cecília de Araújo et al. *Reparação integral e direito à memória no massacre do Carandiru*. São Paulo: FGV Direito SP, 2023. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10438/34208>. Acesso em: 18 nov. 2023. (Coleções Clínicas de Prática Jurídica - CPJ Relatórios).

BANDEIRA, Ana Luiza Villela de Viana; ANGOTTI, Bruna; MACHADO, Maíra Rocha. "Não posso usar a palavra massacre": um ensaio sobre espaços de memória, violência e disputas de narrativas. In: DUARTE, Clarice Seixas; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; SMANIO, Gianpaolo Poggio (Orgs). *A crise do Estado Social e a proteção dos direitos humanos*. São Paulo: Eseni, 2020. p. 326-345.

BISILLIAT, Maureen. *Sobrevivências: Uma Exposição Sobre Vivências Carandiru*. São Paulo: Museu da

Casa Brasileira, 2020. Disponível em: [https://mcb.org.br/wp-content/uploads/2020/10/maureen-miolo\\_AF\\_bx.pdf](https://mcb.org.br/wp-content/uploads/2020/10/maureen-miolo_AF_bx.pdf). Acesso em: 18 nov. 2023.

BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Lugares de Memória*. Brasília, DF: MDH, 2023. Disponível em: [https://cemdp.mdh.gov.br/modules/lugares\\_memoria/search.php](https://cemdp.mdh.gov.br/modules/lugares_memoria/search.php). Acesso em: 19 nov. 2023.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório 34/00, CASO 11.291 (CARANDIRU)*. Brasil: CIDH, 13 abr. 2000.

DUARTE, Catarina. *Governo Tarcísio extingue projeto que resgata memória de massacre do Carandiru*. Ponte Jornalismo, 12 out. 2023. Disponível em: <https://ponte.org/governo-tarcisio-extingue-projeto-que-resgata-memoria-de-massacre-do-carandiru/>. Acesso em: 19 nov. 2023.

FERREIRA, Carolina Cutrupi; MACHADO, Maíra Rocha. *Indenizações aos familiares das vítimas do Carandiru*. São Paulo: Núcleo de Estudos Sobre O Crime e A Pena - FGV

Direito SP, 2022. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/sites/default/files/2022-09/indenizacoes-carandiru-site-fgv-direitosp.pdf>. Acesso em: 23 out. 2023.

GOVERNO de SP inaugura o Mundo do Circo SP, novo programa cultural do estado de SP. Portal do Governo do Estado de São Paulo. Últimas Notícias, 20 dez. 2022. Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.gov.br/ultimas-noticias/governo-de-sp-inaugura-o-mundo-do-circo-sp-novo-programa-cultural-do-estado-de-sp/>. Acesso em: 19 nov. 2023.

GUGLIELMUCCI, Ana; LÓPEZ, Loreto. La experiencia de Chile y Argentina en la transformación de ex centros clandestinos de detención, tortura y exterminio en lugares de memoria. *Hispanic Issues On Line*, v. 22, p. 57-81, 2019. Disponível em: <https://hdl.handle.net/11299/212913>. Acesso em: 19 nov. 2023.

MATSUDA, Fernanda Emy; SELLANI, Natália; ROLEMBERG, Brenda. Carandiru e outros massacres à população prisional no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. In: MACHADO, Maíra Rocha; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (Coords.). *Carandiru não é coisa do passado: um balanço sobre os processos, as instituições e as narrativas 23 anos após o Massacre*. São Paulo: FGV Direito SP, 2015. p. 331-351. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/13989>. Acesso em: 19 nov. 2023.

RIBEIRO, Sandra Maria Patrício; MASSOLA, Gabriel Martineli. Complexo Penitenciário Professor Flamínio Fávero. In: BISILLIAT, Maureen (Org.). *Aqui dentro, páginas de uma memória: Carandiru*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2003. p. 250-257.

SÃO PAULO (Cidade). Secretaria Municipal de Direitos Humanos e Cidadania. *Lugares de Memória*, 2 ago. 2016. Disponível em: [https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/direitos\\_humanos/direito\\_a\\_memoria\\_e\\_a\\_verdade/programas\\_e\\_projetos/index.php?p=221740](https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/direitos_humanos/direito_a_memoria_e_a_verdade/programas_e_projetos/index.php?p=221740). Acesso em: 19 nov. 2023.

SÃO PAULO (Estado). Secretaria Municipal de Cultura. Conselho Municipal de Preservação do Patrimônio Histórico, Cultural e Ambiental da Cidade de São Paulo. *Resolução 38, de 19 de março de 2018*. Tomba o Complexo Penitenciário do Carandiru, localizado na confluência das avenidas Cruzeiro do Sul com General Ataliba Leonel e Zaki Narchi, no Bairro de Santana. <https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/resolucao-secretaria-municipal-de-cultura-smc-conpresp-38-de-18-de-marco-de-2019/consolidado>

TAVOLARI, Bianca; MACHADO, Maíra; NISIDA, Vitor. Cemitério dos direitos: Desativar, demolir, cimentar, transformar em parque: os trinta anos do Massacre do Carandiru. *Folha de S. Paulo*, Quatro Cinco Um, 30 set. 2022. Disponível em: <https://www.quatrocinco.com.br/br/artigos/as-coisas-e-as-coisas/cemiterio-dos-direitos>. Acesso em: 18 nov. 2023.

VILLAMÉA, Luiza. *A Torre: O cotidiano de mulheres encarceradas pela ditadura*. São Paulo: Companhia das Letras, 2023.

### Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

**Declaração de conflito de interesses:** o autor confirma que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de autoria:** todos e somente os pesquisadores que cumprem os requisitos de autoria deste artigo são listados como autores; todos os coautores são totalmente responsáveis por

este trabalho em sua totalidade. **Declaração de originalidade:** a autora garantiu que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; ela também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

### Como citar (ABNT Brasil)

CUTRUPi FERREIRA, C.; MOZETIC PLASTINO, L. 31 anos do massacre do Carandiru: memorialização e ressignificação da casa de detenção de São Paulo. *Boletim IBCCRIM*, [s. l.], v.

31, n. 373, [s.d.], DOI: 10.5281/zenodo.10189033. Disponível em: [https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim\\_1993/article/view/833](https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/833). Acesso em: 22 nov. 2023.

Autoras convidadas

TEMA:

# TIPIFICAÇÃO DE CRIMES ENVOLVENDO CRIPTOMOEDAS

CRIMES INVOLVING CRYPTOCURRENCIES

**Resumo:** Ante as novas tecnologias, as criptomoedas são uma nova forma de transação de recursos, caracterizada pela anonimização. O objetivo da análise é verificar como os tribunais brasileiros vêm entendendo sua configuração dentro do nosso ordenamento jurídico.

**Palavras-chave:** Estelionato; Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional; Crimes contra a economia popular; Lavagem de dinheiro; Tribunais Superiores.

**Abstract:** Cryptocurrencies present a new form of transacting resources, mostly characterized by its anonymity. The objective of this analysis is to verify how Brazilian courts have understood their insertion within our legal system.

**Keywords:** Fraud; Crimes against the National Financial System; Crimes against the popular economy; Money laundering; Superior Courts.

**Nosso comentário:** Ainda que não haja certeza sobre sua natureza, sua crescente utilização no mundo atual tem suscitado dúvidas quanto às consequências jurídicas de seu envolvimento nos fatos. No âmbito criminal, o Professor Renato de Mello Jorge Silveira (2020) aponta para o “trilema” apresentado ao Direito Penal Econômico, sendo que os possíveis tipos penais que podem ser suscitados pelo seu emprego geralmente revolvem ao redor do estelionato (art. 171, CP), evasão de divisas (art. 22 da Lei 7.429/1986) e até mesmo lavagem de dinheiro (art. 1º, Lei 9.613/1998). A presente análise objetiva verificar a percepção dos tribunais nacionais acerca dessas possibilidades.

## ESTELIONATO (ART. 171, CÓDIGO PENAL)

### Tribunais Estaduais

**Ementa:** PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE ESTELIONATO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. REJEIÇÃO. **ÉDITO** CONDENATÓRIO IRRETOCÁVEL. DOLO PREVISTO PELO TIPO PENAL EVIDENCIADO. CONFIGURAÇÃO DA PRÁTICA DELITIVA IMPUTADA INCONTESTE. APELO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1 - Inegável a configuração do delito de estelionato na espécie, porquanto, da análise do conjunto probatório produzido no processo, extrai-se claramente que a vítima foi induzida e mantida em erro pelo réu, o qual, inclusive, após obter a vantagem ilícita em prejuízo econômico do ofendido, nitidamente tratou de se esquivar e evitar a vítima, inclusive a bloqueando nas redes sociais, conduta essa que somente reforça o caráter dissimulado no seu modo de agir.<sup>2</sup> – Recurso conhecido e improvido.

### Trecho do relatório

09 – Consoante narrado na denúncia ministerial, o ora apelante, em conluio com outrem (absolvido na sentença aqui recorrida), obteve para si, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo e mantendo

em erro a vítima Djalma de Mello Paiva Neto, que, a pretexto de adquirir moedas virtuais do tipo bitcoin, transferiu R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) para o recorrente, sem, contudo, receber a contrapartida necessária (transferência de bitcoins), conduta que se amolda efetivamente ao delito previsto no artigo 171 do Código Penal. (TJAL; Número do Processo: 0800305-19.2020.8.02.0001; Relator (a): Des. Washington Luiz D. Freitas; Comarca: Foro de Maceió; Órgão julgador: Câmara Criminal; Data do julgamento: 28/09/2022; Data de registro: 28/09/2022) (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6453**).

**Ementa:** *HABEAS CORPUS*. PACIENTE DENUNCIADA PELA PRÁTICA DOS CRIMES DE EXTORSÃO E TORTURA. ARTIGOS 158, §3º, DO CÓDIGO PENAL, E 1º, I, **2º A** E **2º B**, E §3º, PRIMEIRA PARTE, DA LEI Nº 9.455/97. PRETENSÃO DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR, AO ARGUMENTO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.

[...] A denúncia expõe que a ora paciente e demais réus praticaram os delitos de extorsão e de tortura, a fim de obterem lucro advindo do crime de estelionato, conhecido como “pirâmide” e operação envolvendo criptomoedas. A peça inicial descreve: repita-se que uma das vítimas do crime de tortura teve parte de sua orelha cortada com uma tesoura e a outra teve seus dedos decepados, o que demonstra a real periculosidade do grupo criminoso.

[...] O *decisum* impetrado, além de estar devidamente em harmonia com os termos do artigo 93, IX, da Constituição Federal, encontra-se amparado nos requisitos previstos nos artigos 312 e 313, ambos do Código de Processo Penal, valendo ressaltar que a defesa técnica não logrou demonstrar haver qualquer alteração na situação fático-jurídico, que justificasse a cassação do decreto prisional.

### DENEGAÇÃO DA ORDEM

(TJRJ; 0075858-03.2021.8.19.0000 - *HABEAS CORPUS*. Des(a). CLAUDIO TAVARES DE OLIVEIRA JUNIOR - Julgamento: 09/12/2021 - OITAVA CÂMARA CRIMINAL) (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6454**).

**CRIMES CONTRA A ECONOMIA POPULAR (LEI 1.521/1951) E  
CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO (LEI 7.492/1986)**

**Superior Tribunal de Justiça**

**Ementa:** CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INQUÉRITO POLICIAL. JUSTIÇA ESTADUAL E JUSTIÇA FEDERAL. INVESTIGADO QUE ATUAVA COMO *TRADER* DE CRIPTOMOEDA (BITCOIN), OFERECENDO RENTABILIDADE FIXA AOS INVESTIDORES. INVESTIGAÇÃO INICIADA PARA APURAR OS CRIMES TIPIFICADOS NOS ARTS. 7º, II, DA LEI N. 7.492/1986, 1º DA LEI N. 9.613/1998 E 27-E DA LEI N. 6.385/1976. MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL QUE CONCLUIU PELA EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE OUTROS CRIMES FEDERAIS (EVASÃO DE DIVISAS, SONEGAÇÃO FISCAL E MOVIMENTAÇÃO DE RECURSO OU VALOR PARALELAMENTE À CONTABILIDADE EXIGIDA PELA LEGISLAÇÃO). INEXISTÊNCIA. OPERAÇÃO QUE NÃO ESTÁ REGULADA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO. BITCOIN QUE NÃO TEM NATUREZA DE MOEDA NEM VALOR MOBILIÁRIO. INFORMAÇÃO DO BANCO CENTRAL DO BRASIL (BCB) E DA COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). INVESTIGAÇÃO QUE DEVE PROSSEGUIR, POR ORA, NA JUSTIÇA ESTADUAL, PARA APURAÇÃO DE OUTROS CRIMES, INCLUSIVE DE ESTELIONATO E CONTRA A ECONOMIA POPULAR. 1. A operação envolvendo compra ou venda de criptomoedas não encontra regulação no ordenamento jurídico pátrio, pois as moedas virtuais não são tidas pelo Banco Central do Brasil (BCB) como moeda, nem são consideradas como valor mobiliário pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), não caracterizando sua negociação, por si só, os crimes tipificados nos arts. 7º, II, e 11, ambos da Lei n. 7.492/1986, nem mesmo o delito previsto no art. 27-E da Lei 6.385/1976. 2. Não há falar em competência federal decorrente da prática de crime de sonegação de tributo federal se, nos autos, não consta evidência de constituição definitiva do crédito tributário.

3. Com relação ao crime de evasão, é possível, em tese, que a negociação de criptomoeda seja utilizada como meio para a prática desse ilícito, desde que o agente adquira a moeda virtual como forma de efetivar operação de câmbio (conversão de real em moeda estrangeira), não autorizada, com o fim de promover a evasão de divisas do País. No caso, os elementos dos autos, por ora, não indicam tal circunstância, sendo inviável concluir pela prática desse crime apenas com base em uma suposta inclusão de pessoa jurídica estrangeira no quadro societário da empresa investigada. 4. Quanto ao crime de lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei n. 9.613/1998), a competência federal dependeria da prática de crime federal antecedente ou mesmo da conclusão de que a referida conduta teria atentado contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, ou em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas (art. 2º, III, a e b, da Lei n. 9.613/1998), circunstâncias não verificadas no caso.

5. Inexistindo indícios, por ora, da prática de crime de competência federal, o procedimento inquisitivo deve prosseguir na Justiça estadual, a fim de que se investigue a prática de outros ilícitos, inclusive estelionato e crime contra a economia popular. 6. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 1ª Vara de Embu das Artes/SP, o suscitado.

(STJ, CC 161.123/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 28/11/2018, DJe de 5/12/2018) (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6455**).

**Ementa:** CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO POLICIAL. CONFLITANTES: JUÍZOS ESTADUAL E FEDERAL. “PIRÂMIDE FINANCEIRA”. CONFIGURAÇÃO, OU NÃO, DE CRIME QUE LESIONE BENS, SERVIÇOS OU INTERESSE DA UNIÃO OU DE SUAS ENTIDADES AUTÁRQUICAS OU EMPRESAS PÚBLICAS. RECONHECIMENTO QUE COMPETE À JUSTIÇA COMUM FEDERAL. COMPRA E VENDA DE CRIPTOMOEDAS. INEXISTÊNCIA, DE QUALQUER FORMA, DE INDÍCIOS DA PRÁTICA DE CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. PRECEDENTES DA TERCEIRA SEÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MANIFESTAÇÃO DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA ACOLHIDA. CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR COMPETENTE O JUÍZO DE DIREITO.

[...] 3. “A atividade fraudulenta de captação e aplicação de recursos de particulares, com promessa de rendimentos superiores aos oferecidos pelas instituições financeiras legalizadas e atuantes no mercado, não consubstancia operação financeira, afetando, somente, o patrimônio das vítimas” (STJ, CC 23.123/RS, relator Ministro VICENTE LEAL, Terceira Seção, julgado em 10/03/1999, DJ 12/04/1999, p. 96).

4. “A captação de recursos decorrente de ‘pirâmide financeira’ não se enquadra no conceito de ‘atividade financeira’, para fins da incidência da Lei n. 7.492/1986, amoldando-se mais ao delito previsto no art. 2º, IX, da Lei 1.521/1951 (crime contra a economia popular)” (STJ, CC 146.153/SP, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Terceira Seção, julgado em 11/05/2016, DJe 17/05/2016).

5. A oferta de serviços de compra e venda exclusivamente de criptomoedas ou moedas virtuais não se insere na competência da Justiça Federal, por não se cuidarem de ativos regulados pelo Banco Central do Brasil ou pela Comissão de Valores Mobiliário. Precedentes. [...]

7. Parecer do Ministério Público Federal acolhido. Conflito conhecido para declarar a competência da Justiça Comum Estadual.

(STJ, CC 195.150/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 12/4/2023, DJe de 19/4/2023) (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6456**).

**Ementa:** *HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA A ECONOMIA POPULAR E ESTELIONATO. *NE BIS IN IDEM*. AVERIGUAÇÃO DO CASO CONCRETO. AGENCIAMENTO PARTICULARIZADO DE VÍTIMAS. FRAUDE CONTRA O PATRIMÔNIO DE VÍTIMA DETERMINADA. ESTELIONATO. IDENTIFICAÇÃO GENÉRICA DE PARTICULARES LESADOS, SEM INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDUTA QUE ATINGIU CADA UMA DAS VÍTIMAS INDIVIDUALMENTE. CRIME CONTRA A ECONOMIA POPULAR. CONCURSO DE CRIMES. POSSIBILIDADE. ABSORÇÃO. AÇÃO PENAL PARCIALMENTE TRANCADA. RECURSO EM *HABEAS CORPUS* PROVIDO EM PARTE.

1. Configura crime contra a economia popular “obter ou tentar obter ganhos ilícitos em detrimento do povo ou de número indeterminado de pessoas mediante especulações ou processos fraudulentos (‘bola de neve’, ‘cadeias’, ‘pichardismo’ e quaisquer outros equivalentes)”, nos termos do art. 2º, IX, da Lei 1.521/1951.

2. Já o crime de estelionato (art. 171, caput, do CP) é dirigido contra o patrimônio individual.

3. Como regra, a pirâmide financeira ou a criação de site na internet sob o falso pretexto de investimento em criptomoedas subsume ao delito do art. 2º, IX, da Lei 1.521/1951.

4. Assim, narrados casos de prejuízos genéricos por infinidade de usuários, sem verificação de conduta transcendente, mas mera cooptação pelo site eletrônico, ainda que possível identificar algumas vítimas, verifica-se apenas o crime contra a economia popular. Porém, havendo o aliciamento particularizado, mediante induzimento e convencimento, de vítimas determinadas, através de emissários dos agentes criminosos principais, torna-se possível falar, em tese, em concurso de crimes entre o delito contra a economia popular e o estelionato. Isto porque, paralelamente ao ato voltado contra o público em geral (sítio eletrônico para angariar vítimas), verificam-se condutas autônomas de aliciadores voltadas contra o patrimônio particular de vítimas específicas, cuja adesão ao *site* (instrumento para a fraude) se revela apenas como exaurimento do estelionato.

5. Recurso em *habeas corpus* parcialmente provido para determinar o trancamento do feito em relação a alguns delitos de estelionato cometidos contra vítimas que não tiveram as fraudes devidamente particularizadas na denúncia, mantidos os demais termos da denúncia pelos crimes de estelionato remanescentes, associação criminosa e infração contra a economia popular.

(STJ, RHC 161.635/DF, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 23/8/2022, DJe de 30/8/2022) (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6457**).

**Nosso comentário:** A Terceira Seção do STJ, em 2018, quando inexistente regulação específica nas normas brasileiras acerca das criptomoedas, entendeu ser impossível assentar sua natureza, de forma que a mera negociação desses valores não resultaria em crimes tipificados na Lei 7.492/1986, nem mesmo na Lei 6.385/1976 (CC 161.123). Em 2023, o STJ avançou em sua análise, reafirmando que a Lei 7.492/1986 não seria automaticamente incidente apenas por se tratar de operação envolvendo criptomoeda (CC 195.150/SP), com a inovação de aproximar os fatos envolvendo esse tipo de transação à conduta do art. 2º, IX, Lei 1.521/1951, no sentido do entendimento da Quinta Turma exarado em 2022 (RHC 161.635).

## Superior Tribunal de Justiça

**Ementa:** *HABEAS CORPUS*. OPERAÇÃO EGYPTO. SUPOSTA INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA. CASO QUE OSTENTA CONTORNOS DISTINTOS DO CC N. 161.123/SP (TERCEIRA SEÇÃO). DENÚNCIA OFERTADA, NA QUAL É NARRADA A EFETIVA OFERTA DE CONTRATO COLETIVO DE INVESTIMENTO ATRELADO À ESPECULAÇÃO NO MERCADO DE CRIPTOMOEDA. VALOR MOBILIÁRIO (ART 2º, IX, DA LEI N. 6.385/1976). INCIDÊNCIA DOS CRIMES PREVISTOS NA LEI N. 7.492/1986. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL (ART. 26 DA LEI N. 7.492/1986), INCLUSIVE PARA PROCESSAR OS DELITOS CONEXOS (SÚMULA 122/STJ).

1. A Terceira Seção desta Corte decidiu que a operação envolvendo compra ou venda de criptomoedas não encontra regulação no ordenamento jurídico pátrio, pois as moedas virtuais não são

tidas pelo Banco Central do Brasil (BCB) como moeda, nem são consideradas como valor mobiliário pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), não caracterizando sua negociação, por si só, os crimes tipificados nos arts. 7º, II, e 11, ambos da Lei n. 7.492/1986, nem mesmo o delito previsto no art. 27-E da Lei n. 6.385/1976 (CC 161.123/SP, DJe 5/12/2018).

2. O incidente referenciado foi instaurado em inquérito (não havia denúncia formalizada) e a competência da Justiça estadual foi declarada exclusivamente considerando os indícios colhidos até a instauração do conflito, bem como o dissenso verificado entre os Juízes envolvidos, sendo que nenhum deles cogitou que o contrato celebrado entre o investigado e as vítimas consubstanciaria um contrato de investimento coletivo.

3. O caso dos autos não guarda similitude com o precedente, pois já há denúncia ofertada, na qual foi descrita e devidamente delineada a conduta do paciente e dos demais corréus no sentido de oferecer contrato de investimento coletivo, sem prévio registro de emissão na autoridade competente.

**4. Se a denúncia imputa a efetiva oferta pública de contrato de investimento coletivo (sem prévio registro), não há dúvida de que incide as disposições contidas na Lei n. 7.492/1986, notadamente porque essa espécie de contrato consubstancia valor mobiliário, nos termos do art. 2º, IX, da Lei n. 6.385/1976.**

**5. Interpretação consentânea com o órgão regulador (CVM), que, em situações análogas, nas quais há oferta de contrato de investimento (sem registro prévio) vinculado à especulação no mercado de criptomoedas, tem alertado no sentido da irregularidade, por se tratar de espécie de contrato de investimento coletivo.**

6. Considerando os fatos narrados na denúncia, especialmente os crimes tipificados nos arts. 4º, 5º, 7º, II, e 16, todos da Lei n. 7.492/1986, é competente o Juízo Federal para processar a ação penal (art. 26 da Lei n. 7.492/1986), inclusive no que se refere às infrações conexas, por força do entendimento firmado no Enunciado Sumular n. 122/STJ.

7. Ordem denegada.

(STJ, HC 530.563/RS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 5/3/2020, DJe de 12/3/2020 – destacamos) (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6458**).

**Ementa:** CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PROCESSUAL PENAL. INVESTIMENTOS EM CRIPTOMOEDAS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CÂMBIO. RECURSOS CAPTADOS EM MOEDA NACIONAL. OFERTA PÚBLICA NA INTERNET E EM REDES SOCIAIS. CONTRATO DE ADESÃO. ATUAÇÃO IRREGULAR COMO INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. COMPETÊNCIA FEDERAL. CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR COMPETENTE O JUÍZO FEDERAL SUSCITANTE.

1. A Terceira Seção firmou compreensão no sentido de que a oferta de serviços de compra e venda exclusivamente de criptomoedas ou moedas virtuais não se insere na competência da Justiça Federal, por não se cuidarem de ativos regulados pelo Banco Central do Brasil ou pela Comissão de Valores Mobiliários.

2. O caso dos autos, entretanto, possui nuances distintas, uma vez que a atividade exercida pelo investigado não se limitava à compra e venda de criptomoedas, mas incluía também atividades fiscalizadas

pela União, tais como a operação de serviços de câmbio, bem assim a captação de recursos em moeda corrente com oferta de rendimentos.

3. Na situação concreta, eram ofertados à venda, por meio de página eletrônica na internet e em redes sociais, lotes de pedras preciosas, aos quais era atribuído um valor em dólares americanos (US\$) e reais (R\$), e que eram adquiridos pelo particular por meio de contrato de adesão e pagos em reais (R\$), com a promessa de rendimentos em criptomoedas. Ao final do prazo contratado, haveria nova conversão em moeda corrente nacional (R\$), espécie em que o adquirente receberia o valor investido e o respectivo lucro da aplicação financeira. Tal contexto configura a atuação irregular como instituição financeira, pela captação de recursos, em moeda nacional, com oferta de investimentos.

4. Caracterização da competência federal, nos termos do art. 109, inciso VI, da Constituição da República, a qual se estende aos demais delitos conexos, nos termos da Súmula n. 122 do Superior Tribunal de Justiça. Precedente da Sexta Turma.

5. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 22.ª Vara Federal de Porto Alegre - SJ/RS, o Suscitante.

(STJ, CC 187.976/RS, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022) (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6459**).

#### **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios**

**Ementa:** APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, LAVAGEM DE CAPITAL, PIRÂMIDE FINANCEIRA, FALSIDADE IDEOLÓGICA, FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTOS, OPERAÇÃO PATRIK, KRIPTACOIN.

1. PRELIMINARES. INÉPCIA DE DENÚNCIA. NULIDADES NAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. REJEITADAS.

2. MÉRITO. ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. INVIABILIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO. RELATÓRIOS E DEPOIMENTOS POLICIAIS. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. QUEBRAS DE SIGILOS BANCÁRIOS E FISCAIS. TESTEMUNHAS. TESE DE DEFESA DE LICITUDE DO NEGÓCIO. MOEDA VIRTUAL. COMPROVADA ILICITUDE. NÃO ACOLHIDA. TESE DA ACUSAÇÃO DE DELITO AUTÔNOMO DE ESTELIONATO. “IOF INTERNACIONAL”. FRAUDE PARA MANUTENÇÃO DA PIRÂMIDE FINANCEIRA. CONSUNÇÃO DA SENTENÇA MANTIDA. NÃO ACOLHIDA. TESE DE ACUSAÇÃO DE LAVAGEM DE CAPITAL PELA AQUISIÇÃO DE VEÍCULOS DE LUXO E CIRCULAÇÃO DE CAPITAL EM NOME DE TERCEIROS. ACOLHIDA. TESE DE NÃO CONFIGURAÇÃO DE CRIME DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NÃO COMETIMENTO DE INFRAÇÃO COM PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. SUFICIÊNCIA DA FINALIDADE DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA PARA A PRÁTICA DE TAIS CRIMES. NÃO ACOLHIDA.

4. DOSIMETRIA. CONFISSÃO PARCIAL. ELEMENTAR DO TIPO. CULPABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DOS CRIMES. [...]

**6. A criação fictícia de uma moeda virtual e sua divulgação como fonte lucrativa de investimentos por meio do site da empresa, propagandas em mídia televisiva, intensa campanha publicitária em redes sociais, palestras e vídeos que visavam a explorar um número indeterminado de pessoas, caracterizam o delito contra**

**a economia popular (artigo 2º, inciso IX, da Lei 1.521/1951); e não estelionato, que visa atingir vítimas determinadas (artigo 171 do Código Penal).**

7. A prova dos autos demonstrou que moeda digital não existia como ativo financeiro, sendo mero subterfúgio para o crime contra a economia popular e esquema de pirâmide financeira, tendo os réus se valido de diversos engodos para atrair os investidores (desde a informação de que a empresa era originária dos EUA, a forma de rendimento, o interesse por investidores russos e outros); além de ter sua cotação fixada pelos líderes, os quais detinham o poder de eliminá-la a qualquer momento. [...]

32. Preliminares rejeitadas. [...].

(TJDFT; Acórdão 1204519, 20170110297338APR, Relator: SILVANO BARBOSA DOS SANTOS, Revisor: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, 2ª TURMA CRIMINAL, data de julgamento: 26/9/2019, publicado no DJE: 3/10/2019. Pág.: 99/101 – destacamos) (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6460**).

**Nosso comentário:** Em 2020, o critério definidor acatado pela Sexta do Turma do STJ para atrair a incidência da Lei 7.492/1986 foi o de oferta pública de contrato de investimento coletivo sem registro (HC 530.563).

O TJDFT, em 2019, utilizou-se de critério semelhante: tratar-se-á de crime contra a economia popular caso se esteja diante de conduta que vise atingir número indeterminado de pessoas. Não sendo essa a situação, os fatos em questão seriam mais aproximados da conduta tipificada no art. 171 do Código Penal.

#### **LAVAGEM DE DINHEIRO (LEI 9.613/1998)**

##### **Superior Tribunal de Justiça**

**Ementa:** AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. FURTO CIBERNÉTICO MEDIANTE FRAUDE E LAVAGEM DE DINHEIRO. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE CONTEMPORANEIDADE. NÃO DEMONSTRADO. SEGREGAÇÃO DEVIDAMENTE JUSTIFICADA PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO NÃO PROVIDO.

[...] 2. Na hipótese, apurou-se que o agravante, utilizando-se de posição privilegiada como servidor de banco público na área de TI, causou prejuízo aproximado de R\$ 579.349,99, com golpes aplicados contra diversas vítimas, por meio da internet. **Relatou-se que o acusado reiteradas vezes se valia de documentos falsos para cadastrar contas na corretora Foxbit e os valores das vítimas eram direcionados para a aquisição de bitcoins junto à referida empresa.** Com esse *modus operandi*, que revela a alta especialização do acusado, **após a conversão dos recursos subtraídos, as criptomoedas eram transferidas para diversos endereços pertencentes a carteiras privadas.**

[...] 8. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, AgRg no HC 739.123/DF, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 7/6/2022, DJe de 13/6/2022 – destacamos) (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6461**).

**Ementa:** PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL, LAVAGEM DE CAPITAIS E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. INDÍCIOS DE AUTORIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. VIA INADEQUADA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. NECESSIDADE DE INTERRUÇÃO DAS ATIVIDADES DA SÚCIA CRIMINOSA. EXTENSÃO DO BENEFÍCIO DA PRISÃO DOMICILIAR. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE AS PARTES. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. INOVAÇÃO RECURSAL. NOVOS ARGUMENTOS HÁBEIS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. INEXISTÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...] VI - Segundo o r. *decisum*, fundado em dados concretos extraídos dos autos, a prisão cautelar é necessária para a garantia da ordem pública, notadamente em razão de o agravante ter sido apontado como integrante de estruturada organização criminosa, a qual teria como principais condutores os corréus Glaydson dos Santos e Mirelis Zerpa e **atuação, em síntese, no mercado de aplicação em criptomoeda, por intermédio de oferta pública de contratos de investimentos, com alto rendimento e remessa do lucro para exterior**. O agravante, por sua vez, figuraria como sócio na empreitada e, juntamente com sua esposa Márcia, por intermédio de contas bancárias de pessoas físicas e jurídicas vinculadas ao conglomerado G.A.S Consultoria e Tecnologia LTDA, **teriam concretizado vultosas transações financeiras, operacionalizando envio e recebimento de grandes valores**, supostamente “a tratar de movimentações que alcançam, ao que tudo indica, a cifra de bilhões, a retratar a possibilidade de prejuízos, quando menos, milionários a investidores lesados, além de que se esteja diante de atividades de branqueamento de proventos de delitos que ultrapassem a mera defraudação de poupadores”.

[...] Agravo regimental desprovido.

(STJ, AgRg no HC 705.558/RJ, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Quinta Turma, julgado em 3/5/2022, DJe de 9/5/2022 – destacamos) (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6462**).

**Ementa:** EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CRIME CONTRA A ECONOMIA POPULAR. LAVAGEM DE DINHEIRO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA E ATIPICIDADE DAS CONDUTAS. FRAUDE CIBERNÉTICA. OCULTAÇÃO DE VALORES FINANCEIROS DAS VÍTIMAS PELA EMPRESA DO AGRAVANTES. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. EXCESSO

DE PRAZO NO INQUÉRITO. INEXISTÊNCIA. COMPLEXIDADE DO PROCESSO. SUPOSTA PRÁTICA DE CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. PLURALIDADE DE ACUSADOS, DILIGÊNCIAS E VÍTIMAS. MEDIDAS DE BUSCA E APREENSÃO IMPOSTAS. EMBARGOS RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL, AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

[...]

2. [...] Na hipótese, após análise detida dos autos, e na esteira das conclusões da Corte *a quo*, tem-se **haver investigação de suposta organização criminosa voltada à prática de fraude cibernética, por intermédio de negociações envolvendo “criptomoedas”, em conhecido esquema de “pirâmide financeira”, da qual os investigados seriam integrantes e atuariam como “laranjas”** (falsos proprietários controladores). Destacou-se, ainda, que a Empresa pertencente aos agravantes, denominada MUSTAFÁ EMPREENDIMENTOS LTDA, estaria envolvida nas fraudes investigadas, ocultando os valores financeiros das vítimas. Todavia o enfrentamento de tais alegações demandaria precipitado revolvimento de fatos e provas em verdadeira instrução provatória, incabível no rito sumário *habeas corpus*. Ademais as instâncias ordinárias asseguraram a presença de elementos suficientes para justificar o prosseguimento do inquérito, porquanto há indícios mínimos de autoria e prova da materialidade que justificam a continuidade das investigações.

5. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.

(AgRg no RHC 180.209/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 14/8/2023, DJe de 16/8/2023) (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6463**).

**Nosso comentário:** Já foram levados casos ao STJ com possível correlação entre lavagem de dinheiro e o emprego de criptomoedas desde 2022 (AgRg no RHC 159.644). Todavia as discussões nos acórdãos se limitam a relatar os fatos, não sendo a questão das criptomoedas o fator central do *decisum*.

Compilação e curadoria científica de: **Gessika Christiny Drakoulakis**

## Referências

BRASIL. *Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19613.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm). Acesso em: 20 nov. 2023.

BRASIL. *Lei n.º 7.492, de 16 de junho de 1986*. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1986. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17492.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17492.htm). Acesso em: 20 nov. 2023.

BRASIL. *Lei n.º 9.613, de 3 de março de 1998*. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro

para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19613.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm). Acesso em: 20 nov. 2023.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. “Criptocrime”: considerações penais econômicas sobre criptomoedas e criptoativos. *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*, v. 1, jan.-mar. 2020. Disponível em: <https://www.thomsonreuters.com.br/content/dam/openweb/documents/pdf/Brazil/white-paper/rdpec-1-renato-de-mello.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2023.

## DIRETORIA EXECUTIVA

Presidente: **Renato Stanzola Vieira**  
1.º Vice-Presidente: **Maria Carolina de Melo Amorim**  
2.º Vice-Presidente: **Vinicius de Souza Assumpção**  
1.ª Secretária: **Raquel Lima Scalcon**  
2.º Secretário: **Bruno Shimizu**  
3.ª Secretária: **Carina Quito**  
1.ª Tesoureira: **Camila Torres Cesar**  
2.º Tesoureiro: **Antonio Pedro Melchior**  
Diretoras Nacionais das Coord. Regionais e Estaduais:  
**Juliana Sanches Ramos**  
**Luanna Tomáz de Souza**  
**Fernanda Pascoal Valle Bueno de Castilho**



## CONSELHO CONSULTIVO

**Marina Pinhão Coelho Araújo**  
**André Nicolitt**  
**Ester Judite Rufino**  
**Felipe Cardoso Moreira de Oliveira**  
**Cleuence Aparecida Valentim Bastos Pitombo**  
**Marcos Alexandre Coelho Zilli**

## OUVIDORA

**Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado**

**BOLETIM IBCCRIM** - ISSN 1676-3661

**CONSELHO EDITORIAL:** Ana Elisa Liberatore Silva Bechara (Universidade de São Paulo - USP - São Paulo/SP), Aury Lopes Jr. (Pontifícia Universidade Católica Rio Grande do Sul - PUCRS - Porto Alegre/RS), Juarez Cirino dos Santos (Universidade Federal do Paraná - UFPR - Curitiba/PR), Sérgio Salomão Shecaira (Universidade de São Paulo - USP - São Paulo/SP), Luis Fernando Niño (Universidad de Buenos Aires/Argentina), Vera Malaguti Batista (Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ - Rio de Janeiro/RJ) e Vera Regina Pereira de Andrade (Universidade Federal do Paraná - UFPR - Curitiba/PR).

**COORDENADOR EDITORIAL:** Willians Meneses (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM - São Paulo/SP).

**EDITOR-CIENTÍFICO CHEFE:** Fernando Gardinali

**EDITORES/AS-CIENTÍFICOS ASSISTENTES:** Andrey Borges (Universidade de São Paulo - São Paulo/SP); Gessika Christiny Drakoulakis (Universidade de São Paulo - São Paulo/SP); Maíra Beauchamp Salomi (Universidade de São Paulo - São Paulo/SP).

**EDITORA EXECUTIVA:** Helen Christo (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM - São Paulo/SP).

**ESTAGIÁRIA:** Leidiane de Souza Cruz.

**EXPEDIENTE EDITORIAL:** IBCCRIM

**CORPO DE PARECERISTAS DESTE VOLUME:** José Roberto Wanderley De Castro (Faculdade Maurício de Nassau - FMN - Recife/PE), Julia Abrantes Valle (Universitat de Barcelona - UB - Espanha), Luís Gustavo Durigon (Universidade Federal de Santa Maria - UFSM - Santa Maria/RS) e Olívia Maria de Almeida (Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN - Natal/RN).

**AUTORES(AS) DESTE VOLUME:** Bruno Shimizu (Universidade de São Paulo - USP - São Paulo/SP), Carolina Cutrupi Ferreira (Universidade Federal de São Paulo - UNIFESP - Osasco/SP), Danielle Nogueira Mota Comar (Universidade Federal do Paraná - UFPR - Curitiba/PR), Érica Babini Lapa do Amaral Machado (Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP - Recife/PE), Helena Costa Rossi (Universidade de São Paulo - USP - São Paulo/SP), Juarez Cirino dos Santos (Universidade Federal do Paraná - UFPR - Curitiba/PR), Leandro Musa de Almeida (Universidade de São Paulo - USP - São Paulo/SP), Luisa Mozetic Plastino (Fundação Getúlio Vargas - FGV - São Paulo/SP), Marco Aurélio Nunes da Silveira (Universidade Federal do Paraná - UFPR - Curitiba/PR), Mariana Borgheresi Duarte (Universidade de São Paulo - USP - São Paulo/SP), Mariana de Assis Brasil e Weigert (Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ - Rio de Janeiro/RJ) e Salo de Carvalho (Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ - Rio de Janeiro/RJ).

**CAPA E PRODUÇÃO GRÁFICA:** Able Digital | Tel.: (11) 97426-3650 | E-mail: contato@abledigital.com.br

**REVISÃO:** Ctrl K Diagramação, Editoração e Edição de Textos | E-mail: digite@ctrlk.com.br

**IMPRESSÃO:** Eskenazi Indústria Gráfica | Tel: (11) 98424-0654

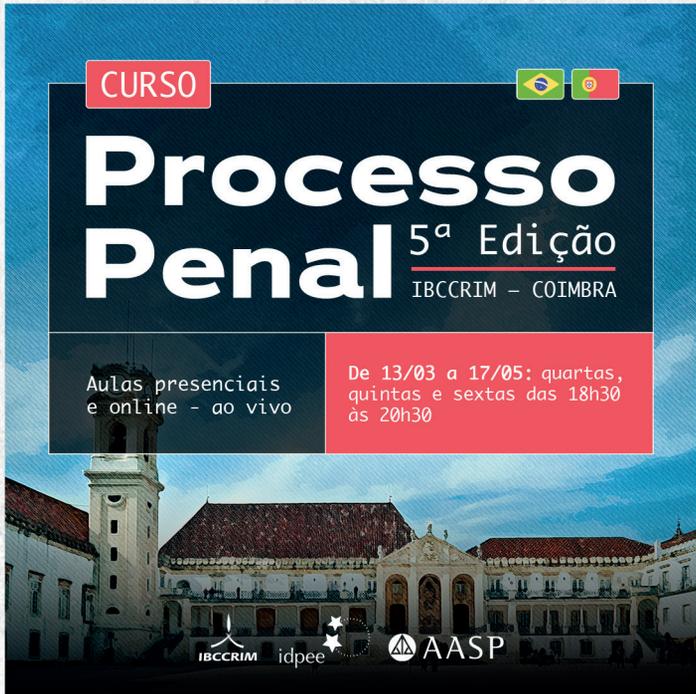
## BASES DE DADOS INDEXADAS:



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 apresenta necessariamente a opinião deste Instituto.

## ENDEREÇO DO IBCCRIM:

IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - Rua Onze de Agosto, 52 - 6º Andar - Centro - São Paulo - 01018-010  
Telefone para contato: (11) 3111-1040 - E-mail: atendimento@ibccrim.org.br - WhatsApp: +55 11 94327-8374 - Site: <http://ibccrim.org.br>



**CURSO**

# Processo Penal

5ª Edição  
IBCCRIM - COIMBRA

Aulas presenciais e online - ao vivo

De 13/03 a 17/05; quartas, quintas e sextas das 18h30 às 20h30

IBCCRIM idpee AASP

**5ª edição do Curso IBCCRIM - Coimbra de Processo Penal!** Docentes renomados, conteúdo atual e certificado emitido pelo Instituto de Direito Penal Económico Europeu - Universidade de Coimbra.

## FIM DE ANO COM O IBCCRIM

aproveite essa oportunidade! Desconto de **10% em cursos selecionados do IBCCRIM.**



Utilize o cupom:

**FIMDEAN010**

Acesse:  
**[ibccrim.org.br](http://ibccrim.org.br)**  
e inscreva-se!