

Editorial

Outra vergonha

Algumas coisas, de tão óbvias, não deveriam ser ditas. Em um mundo em que a velocidade e mudanças são tão rápidas que se perdem e fazem perder as referências, é necessário reafirmar mesmo as obviedades: o IBCCRIM empreende todos seus esforços e recursos em produzir ciência voltada à eliminação da violência. Somos contrários a qualquer forma de agressão, dentre elas, e principalmente, o crime: a ação que vulnera as crianças, os idosos, os bens públicos e a dignidade das pessoas. O que diferencia o IBCCRIM é que ele não acredita em milagres e milagreiros, salvagens e salvadores, mas na evolução científica e no emprego da racionalidade para o melhor trato dessas questões que afligem todas as sociedades. O IBCCRIM, por exemplo, não quer se colocar na função de qualquer outra instituição pública ou privada, levando-a ao descrédito, usurpando seus papéis constitucionais ou atingindo seus integrantes com pré-conceitos e rótulos pejorativos. Ao contrário, procura auxiliá-las com críticas construtivas, luta por seu espaço constitucional e, principalmente, investe todos os seus recursos (que não são muitos) no estudo de soluções científicas para os vários problemas que compõe a crescente violência da e na nossa sociedade.

Nesse mister da crítica construtiva e da busca do despertar as instituições, não se pode deixar de tecer algumas considerações sobre como se vêm desenvolvendo as Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs), puras ou mistas, como elas vêm sendo realizadas e utilizadas em nossa realidade político-social. CPI, como o próprio desenho constitucional indica, *deveria* ser uma atividade parlamentar investigativa e pela qual se buscariam eventuais erros, insuficiências, faltas ou contradições do sistema legal e que impedissem o melhor desempenho das atividades públicas e privadas. Definido o “fato determinado” a se investigar (cfr. art. 58, § 3º, CF), as atividades, energias e recursos públicos despendidos *deveriam* ser destinados à busca de um exame técnico, real e suficiente para detectar falhas sistêmicas e, portanto, buscar e propor soluções e melhorias.

Tudo isso é o que se deseja, mas não é assim que as Comissões estão realizando seus trabalhos.

Essas Comissões não têm qualquer atividade própria e tecnicamente investigativa, até mesmo porque ouvir testemunhas e interrogar pessoas podem ser atos investigativos, mas isso não significa que a forma ou quem os realize saiba o que é investigar ou pratique aqueles atos com esse desiderato. Pode-se ouvir pessoas para humilhá-las, para autopromoção do inquiridor, para ataques políticos a pessoas ou governos, para proselitismo e para ataques pessoais e até familiares indiretos a terceiros. Tudo isso sem que se dê um único passo na direção de se investigar algo. Também, pode-se deixar de ouvir pessoas (testemunhas e/ou suspeitos) para se “vender” influência, demonstrar poder político e, com isso, cobrar-se em espécie ou em favores. As CPIs são o que se vê e o que não se vê, mas tanto o visível quanto ainda mais o invisível podem ser muita coisa, menos uma atividade técnica, própria ou produtivamente investigativa. Toda e cada vez que uma CPI é assim realizada gera a promoção de alguns, o escárnio (muitas vezes imerecido) de muitos,

a diversão da claque e, certamente, perdas ao Poder Legislativo, que se autodesmoraliza sempre e mais.

Tomemos, como exemplo mais recente, o relatório final produzido pela Comissão Parlamentar de Investigação (CPI) da Câmara dos Deputados, denominada de “CPI da Petrobrás”. Não se perca que essa CPI, seus agentes e resultados não são únicos, mas apenas o exemplo mais próximo dentre as muitas CPIs já realizadas no Congresso Nacional nas últimas legislaturas. Todas bem parecidas em forma, conteúdo e resultado.

O relatório final da CPI da Petrobrás foi aprovado (17 votos a favor, 9 contra e 1 abstenção) na madrugada de 22 de outubro com o seguinte ponto marcante: a Petrobrás foi vítima de funcionários venais e de empresas oportunistas, em uma relação corruptos e corruptores. Nada, absolutamente nada foi dito sobre qualquer parlamentar que tenha se beneficiado dos desvios e, principalmente, do sistema de nomeações políticas atribuídas pelo Poder Executivo aos parlamentares. Este sim, o verdadeiro “ovo da serpente”. O germe do mal introjetado nas veias nacionais que: afasta a meritocracia dentro das instituições públicas; subverte a competitividade para aperfeiçoamento da iniciativa privada; aparelha o Estado com apaniguados incompetentes, em detrimento do investimento em qualificação de carreiras públicas; descontinua políticas públicas e, muitas vezes, tem como única política a dilapidação e desvio dos recursos públicos para os bolsos privados no menor tempo possível, isto é, antes que outro nomeado ocupe o posto e a vez no butim. Olhar com critério para o Caso Petrobrás e não ver na nomeação política esse germe negativo e possivelmente determinante da imensa maioria dos males verificados é zombar do senso comum pela bazófia em tentar esconder a realidade, é trabalhar não para se realizar uma investigação produtiva, mas gerar um resultado protetivo à classe política que faz mal uso de suas funções e cargos públicos. É, enfim, colocar mais um tijolo na parede que separa as esperanças da população e o Congresso. A CPI não falhou em seu mister, ela produziu mais uma peça no teatro da autodesmoralização pública, foi um escárnio à população em um relevantíssimo momento de crise nacional. Demonstra apenas se e quanto podemos contar com a classe política quando no exercício de funções investigativas.

Para se evitar que tal mal se repita, é necessário se reconhecer que o melhor resultado desta CPI é a constatação de que é necessária uma lei que defina objetivos, procedimentos e limites às próprias Comissões Parlamentares de Inquérito. Uma lei que detalhe forma e finalidade, estabelecendo poderes e limites à sua atuação, assim como critérios para sua instalação, prorrogação e desenvolvimento. Tudo a utilizar como base todo um compêndio de decisões dos Tribunais Superiores nesse enfadonho trabalho de ensinar a ausentes.

Mas, pergunta-se: estão os senhores legisladores dispostos a trabalhar dentro dos limites e finalidades constitucionais? Estão os legisladores dispostos a legislar dentro desses parâmetros?

Infelizmente, tudo indica que o silêncio da imensa maioria de nossos parlamentares a essas perguntas será eloquente.

| Editorial

Audiência de Custódia em Salvador: pesquisa empírica participante em seu primeiro mês de implementação
Daniel Nicory do Prado _____ 2

A propósito da Súmula 527 do STJ
Paulo Queiroz _____ 3

Subjetivizações judiciais do crime continuado: poder punitivo autoritário
Christiano Fragozo _____ 4

A inconstitucionalidade do art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro
Eduardo Luiz Santos Cabette _____ 6

Redução da maioria penal: mais do que uma proposta juridicamente equivocada, uma proposta moralmente condenável
Vinicius Martins Lemos _____ 7

Novo Código Penal espanhol: populismo punitivo ou segurança cidadã?
Eduardo Viana _____ 9

O Júri Indígena e as “inovações descoloniais”
Assis da Costa Oliveira _____ 11

Fim dos autos de resistência: mais do que uma mudança legislativa, uma mudança de postura dos operadores do Direito
Nícolas Bortolotti Bortolon _____ 13

Curitiba, 29 de abril de 2015: O massacre dos servidores públicos paranaenses e o direito de resistência em face do Estado penal
Andressa Paula de Andrade e Gustavo Noronha de Ávila _____ 14

A homologação dos acordos de colaboração premiada e o comprometimento da (justa) prestação jurisdicional
Daniel Del Cid _____ 15

Breves anotações acerca da cisão do julgamento em Plenário
Álvaro Antanavicius Fernandes _____ 18

| Descasos

Martim
Alexandra Lebelson Szafir _____ 19

| Caderno de Jurisprudência

JO DIREITO POR QUEM O FAZ
Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina _____ 1889

JURISPRUDÊNCIA
Supremo Tribunal Federal _____ 1892
Superior Tribunal de Justiça _____ 1892
Tribunal Superior Eleitoral _____ 1893
Tribunais Regionais Federais _____ 1893
Tribunais de Justiça _____ 1894

JURISPRUDÊNCIA ANOTADA
Superior Tribunal de Justiça _____ 1895

EDITAL DE CONVOCAÇÃO - ASSEMBLEIA GERAL ORDINÁRIA

Nos termos do inciso I do artigo 15, bem como do artigo 16, ambos do **Estatuto do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM** ficam convocados os associados a reunirem-se em **Assembleia Geral Ordinária**, a fim de deliberarem sobre os itens da pauta abaixo. A referida Assembleia terá lugar no dia **10 de dezembro de 2015**, às 10h, em primeira convocação, se houver quórum estatutário, ou às 10h30, em segunda convocação, com qualquer número de associados presentes na sede social do Instituto, estabelecida na Rua Onze de Agosto, 52 - 2º andar - Centro - São Paulo.

1. Aprovação das contas do ano fiscal de 2015 até outubro, outorgando à Diretoria Executiva a aprovação de novembro e dezembro de 2015;
2. Aprovação do relatório das atividades desenvolvidas no ano de 2015;
3. Aprovação das propostas das atividades a serem desenvolvidas no ano de 2016;
4. Reajuste de mensalidades para 2016;
5. Outros assuntos de interesse institucional.

PLS 402/15 (alterações no sistema recursal do CPP): resumo da nota técnica do IBCCRIM encaminhada ao Senado Federal

O IBCCRIM, por nota técnica encaminhada ao Senado Federal em 07 de outubro de 2015, se posicionou de forma desfavorável ao PLS 402/15, que pretende promover alterações nos dispositivos legais relativos ao sistema recursal do Código de Processo Penal vigente.

A íntegra da nota pode ser acessada pelo seguinte link: <http://www.ibccrim.org.br/docs/pls_402_2015.pdf>

Audiência de Custódia em Salvador: pesquisa empírica participante em seu primeiro mês de implementação

Daniel Nicory do Prado

A implementação da Audiência de Custódia em diversos estados da federação, em cumprimento ao art. 7.º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos,⁽¹⁾ é uma das maiores inovações institucionais da Justiça Criminal no Brasil nos últimos anos, e foi defendida ardorosamente pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, inclusive em editorial, no n. 268 do seu *Boletim* mensal⁽²⁾ como um instrumento para a contenção de arbitrariedades, para a redução das taxas de aprisionamento cautelar, para o aprofundamento do contraditório e da ampla defesa e para a efetivação do acesso à justiça.

O presente trabalho consiste num relatório parcial de pesquisa empírica participante, desenvolvida durante a atuação do autor como defensor público titular do 18.º DP Especializado Criminal de Salvador, uma das três unidades da Defensoria Pública que atuam no Núcleo de Prisão em Flagrante (NPF), que realiza as audiências de custódia na capital baiana.

Pedro Demo enfatiza que a pesquisa participante é uma modalidade de pesquisa empírica que promove a retroalimentação entre os saberes teórico e prático e contribui diretamente para a qualificação da intervenção sobre os processos sociais.⁽³⁾ Sem embargo, a pesquisa participante sofre limitações decorrentes da sua própria natureza, em especial a dificuldade de generalização das conclusões para além do próprio pesquisador que é, também, sujeito da pesquisa e interfere no campo à medida que o investiga.

O *corpus* da presente investigação consiste em dois grupos de casos, todos apreciados pelo NPF, nos dias em que o Defensor titular do 18.º DP Especializado Criminal estava escalado para atuar: 1) um grupo de análise, de 121 (cento e vinte e uma) prisões em flagrante ocorridas em setembro de 2015, já com o regime das audiências de custódia; 2) um grupo de controle, de 100 (cem) prisões em flagrante ocorridas em julho e agosto de 2015, antes da implementação das audiências. Em ambos os grupos, a apreciação dos casos coube predominantemente ao mesmo juiz, tendo havido a participação de outros magistrados em dias determinados, que correspondem à minoria dos flagrantes.

Em primeiro lugar, é importante ressaltar que não houve mudança significativa no percentual de casos com atuação da Defensoria Pública: antes das audiências de custódia, a Defensoria atuou em 56% dos casos; depois dela, a demanda da Defensoria foi de 59,65% dos casos.

Tal dado é muito semelhante ao encontrado pelo Núcleo de Estudos

da Violência da Universidade de São Paulo (NEV-USP), na pesquisa “Prisão Provisória e Lei de Drogas”, segundo a qual a Defensoria Pública é responsável pela defesa judicial de 60,85% dos acusados de tráfico de drogas na capital paulista.⁽⁴⁾

O referido estudo, inclusive, traz em suas conclusões a necessidade de fortalecer as Defensorias Públicas para “garantir o contato imediato entre a pessoa apreendida em flagrante delito e a Defensoria Pública já no momento da prisão”,⁽⁵⁾ justamente por entender que o número ainda insuficiente de defensores públicos impede que eles estejam presentes em todos os distritos policiais.

Cabe ressaltar que a Audiência de Custódia ameniza sensivelmente, embora não o resolva, o problema descrito acima, visto que a apresentação imediata ao juiz e, por consequência, ao seu defensor, permite que o preso seja cientificado de seus direitos, inclusive quanto à atuação da Defensoria Pública, caso não possa constituir advogado, e esclarecido quanto à sua situação processual.

Quanto ao objetivo declarado do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) com a implementação das Audiências de Custódia, que é evitar a decretação ou o prolongamento desnecessário do encarceramento cautelar,⁽⁶⁾ pode-se afirmar que o percentual de 23,53% de decretação de prisões preventivas, nos casos em que a Defensoria Pública atuou, aparentemente corresponde ao resultado esperado pelo CNJ.

No entanto, o grupo de controle, composto por casos apreciados pelo NPF antes da implementação das audiências, teve índice praticamente idêntico de conversão dos flagrantes em prisão preventiva, a saber, de 23,21% dos casos. Portanto, ao menos em Salvador, em que já funcionava um serviço eficiente de apreciação imediata das prisões em flagrante, a Audiência de Custódia não representou uma redução do encarceramento cautelar.

Cabe lembrar que uma variável interveniente significativa para a comparação entre os grupos de análise e de controle é o tipo de crime imputado pela autoridade policial. Nesse aspecto, pode-se notar que os percentuais de conversão do flagrante em preventiva nos crimes de maior incidência forense, que são o roubo e o tráfico de drogas, também foram bastante semelhantes. Para os presos em flagrante por roubo, houve conversão do flagrante em preventiva em 45,45% dos casos ocorridos antes das Audiências de Custódia, e em 47,83% dos casos ocorridos após a sua implementação; para os presos

por tráfico, o índice de conversão foi de 31,25% antes das audiências, e de 25% depois delas.

Outro dado que chama a atenção é o baixíssimo índice de relaxamento de prisão, que foi de 5,36% antes das audiências de custódia, e de 4,41% após a sua implementação, o que significa que o Poder Judiciário tem afirmado a legalidade das prisões em flagrante promovidas pela Polícia em pelo menos 94% dos casos.

A principal diferença digna de nota diz respeito ao tipo de medida cautelar imposta aos presos cujos flagrantes foram homologados, mas tiveram direito à liberdade provisória.

No grupo de controle, antes da implementação das audiências de custódia, a liberdade provisória com fiança foi a medida mais frequentemente aplicada, em 46,43% do total dos casos, cabendo lembrar que, excluídos os crimes inafiançáveis, como o tráfico de drogas, a fiança foi arbitrada em patamar igual ou superior a 50% dos flagrantes, chegando a 100% dos casos nas hipóteses de violência doméstica (art. 129, § 9.º, do CP) e estelionato (art. 171 do CP).

Por outro lado, após a implementação das audiências de custódia, a imposição da liberdade com fiança caiu sensivelmente, para 26,47% do total de casos, dando lugar ao emprego mais frequente das cautelares de recolhimento domiciliar (5,88% contra 0,00% do grupo de controle) e de afastamento do lar (4,41% contra 1,79%). Quando observados os mesmos crimes supramencionados, a fiança foi arbitrada em 60% dos casos de violência doméstica e 28,57% dos casos de estelionato.

Tal divergência indica que as Audiências de Custódia não têm surtido efeito significativo nem quanto ao percentual de conversão do flagrante em preventiva, nem quanto ao reconhecimento da ilegalidade da prisão em flagrante, no caso específico de Salvador, em que já existia um núcleo judicial especializado na apreciação dos APFs. Por outro lado, a sua implementação é decisiva para que o magistrado possa ponderar, conforme o caso, qual a medida cautelar alternativa à prisão mais adequada às condições sociais e pessoais do flagrado.

O presente trabalho é um relatório parcial de pesquisa empírica participante e deve ser tomado com reservas. A investigação permanece em

andamento, para que o *corpus* seja enriquecido com um número maior de casos, para que se possa avaliar um número maior de variáveis, como, por exemplo, uma quantidade maior de juízes com atuação no NPF, bem como uma análise mais aprofundada de variáveis intervenientes como o pedido do Ministério Público e a vida pregressa do flagrado, o que exigirá também uma expansão do grupo de controle.

No entanto, a necessidade de dar acesso imediato à comunidade jurídica a dados qualificados acerca de um tema de mais alta relevância motivou a publicação do presente relatório parcial, para que a sua comparação com os resultados de pesquisa encontrados em outros Estados permita o aprofundamento do debate acerca do instituto e contribua para eventuais aperfeiçoamentos e correções de rumo, não só das Audiências de Custódia, mas também da presente pesquisa.

Notas

- (1) BRASIL. Presidência da República. Anexo ao Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 30 set. 2015.
- (2) INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Editorial. *Boletim* n. 268. São Paulo: IBCCRIM, mar. 2015. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_editorial/309-268-Mar2015>. Acesso em: 18 set. 2015.
- (3) DEMO, Pedro. *Pesquisa participante: saber pensar e intervir juntos*. Brasília: Liber Livros, 2008.
- (4) JESUS, Maria Gorete de et alii. *Prisão provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo*. São Paulo: USP, 2011. p. 71.
- (5) *Idem*, *ibidem*. p. 129.
- (6) BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Audiências de custódia*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execuca-penal/audiencia-de-custodia>>. Acesso em 30 set. 2015.

Daniel Nicory do Prado

Coordenador Estadual do IBCCRIM na Bahia.

Mestre em Direito Público pela UFBA.

Professor da Faculdade Baiana de Direito.

A propósito da Súmula 527 do STJ

Paulo Queiroz

A recente Súmula 527 do Superior Tribunal de Justiça dispõe que “o tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado”.

Trata-se, sem dúvida, de um avanço relativamente ao Código Penal, cujo art. 97, § 1.º, prevê a indeterminação do prazo máximo das medidas de segurança.

Mas a Súmula está muito aquém da Lei de Reforma Psiquiátrica (Lei 10.216/2001), expressamente aplicável às medidas de segurança, que as chama de internação compulsória (arts. 6.º, III, e 9.º), a qual trouxe importantes modificações, a exigir uma releitura da legislação penal, havendo, inclusive, quem considere que houve revogação de grande parte das disposições penais sobre medidas de segurança.⁽¹⁾

As principais inovações da lei são assim sintetizáveis:

- 1) Finalidade preventiva especial. A lei considera como *finalidade permanente* do tratamento a reinserção social do paciente em seu meio (art. 4.º, § 1.º), reforçando assim a finalidade – já prevista na LEP – preventiva individual das medidas de segurança. Portanto, toda e qualquer disposição que tiver subjacente a ideia de castigo restará revogada.
- 2) Excepcionalidade da medida de segurança detentiva (internação). Exatamente por isso, a internação só poderá acontecer quando for absolutamente necessária, isto é, quando o tratamento ambulatorial

não for comprovadamente o mais adequado. É que, de acordo com a lei, a internação só é indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes, devendo ser priorizados os meios de tratamento menos invasivos possíveis (arts. 4.º e 2.º, parágrafo único, VIII). Por isso que, independentemente da gravidade da infração penal cometida, preferir-se-á o tratamento menos lesivo à liberdade do paciente, razão pela qual, independentemente da pena cominada (se reclusão ou detenção), o tratamento ambulatorial (extra-hospitalar) passa a ser a regra, e a internação, a exceção, apesar de o Código dispor em sentido diverso.⁽²⁾ Também por isso é vedada a internação de pacientes em instituições com características asilares (art. 4.º, § 3.º).

- 3) Revogação dos prazos mínimos da medida de segurança. Parece certo também que a fixação de prazos mínimos restou revogada, pois são incompatíveis com o princípio da utilidade terapêutica do internamento (art. 4.º, § 1.º) ou com o princípio da desinternação progressiva dos pacientes cronicados (art. 5.º). Além disso, a presunção de periculosidade do inimputável e o seu tratamento em função do tipo de delito que cometeu (se punido com reclusão ou detenção), baseado em prazos fixos e rígidos, são incompatíveis com as normas sanitárias que visam à reinserção social do paciente.⁽³⁾
- 4) Alta planejada e reabilitação psicossocial assistida. No caso de paciente há longo tempo hospitalizado ou para o qual se caracterize situação de grave dependência institucional, decorrente de quadro

clínico ou de ausência de suporte social, será objeto de política específica de alta planejada e reabilitação psicossocial assistida, sob responsabilidade da autoridade sanitária competente (art. 5.º).

- 5) O paciente tem direito ao melhor tratamento do sistema de saúde, de acordo com as suas necessidades, garantindo-se-lhe, entre outras coisas, livre acesso aos meios de comunicação disponíveis (art. 2.º, parágrafo único).

Como se vê, o fim precípuo da lei é proteger o portador de transtorno mental de todo e qualquer abuso estatal e emprestar-lhe o melhor tratamento possível, para além de todos os rótulos, preferencialmente fora do ambiente manicomial, carcerário, asilar.

Finalmente, é de ver que medida de segurança é pena com outro nome, razão pela qual seus pressupostos não de ser os mesmos (tipicidade, ilicitude e culpabilidade). Justamente por isso, é dado ao inimputável autor de crime alegar toda e qualquer excludente de culpabilidade, inclusive, a exemplo de coação moral irresistível, embriaguez involuntária completa, erro de proibição inevitável etc.⁽⁴⁾

Já não faz sentido algum, por conseguinte, dizer-se, como ainda faz a doutrina, que a pena pressupõe culpabilidade e as medidas de segurança, periculosidade.

Afinal, quão mais débil for o imputado/inimputado, maiores não de ser as garantias penais e processuais penais.

Notas

- (1) Assim, JACOBINA, Paulo. Direito penal da loucura: medidas de segurança e reforma psiquiátrica. *Boletim dos Procuradores da República*, n. 70, ano VI, maio, 2006. O autor também defende a inconstitucionalidade das medidas de segurança.
- (2) No sentido do texto, CAETANO, Haroldo. *Execução penal*. Porto Alegre: Magister Ed., 2006. p. 295.
- (3) No sentido do texto, JACOBINA, Paulo. Op. et loc. citis.
- (4) QUEIROZ, Paulo. *Curso de direito penal*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

Paulo Queiroz
Membro do Ministério Público Federal.

Subjetivizações judiciais do crime continuado: poder punitivo autoritário

Christiano Fragoso

Tradicionalmente, as obras gerais, ao tratarem do crime continuado, mencionam duas teorias que buscam determinar os elementos desse instituto: a *teoria objetiva* ou *puramente objetiva* (que só requer elementos *objetivos*, tais como mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes) e a *teoria objetivo-subjetiva* ou *subjetivo-objetiva* ou *mista* (que exige, além dos elementos objetivos, um *elemento subjetivo* relacionado à unidade de resolução criminosa do agente, cuja composição e denominação são, de resto, bastante controvertidas).⁽¹⁾

Remontando, pelo menos, à época de **Feuerbach** e de **Mittermaier**, ainda no século XIX, a discussão quanto à teoria mais adequada à regulação do crime continuado não perdeu atualidade e importância prática. É claro que a teoria objetivo-subjetiva, ao exigir, para a aplicação da regra penal do crime continuado, um elemento subjetivo, permite a imposição de maior poder punitivo, eis que, nas hipóteses em que, eventualmente, estiverem presentes apenas os elementos objetivos, aplicar-se-á a regra penal do concurso material.

É indubitável que nosso Código Penal adotou a teoria objetiva; a leitura do *caput* do art. 71 do CP não deixa margem a dúvidas, eis que não há menção alguma a qualquer elemento subjetivo. Ademais, o item 59 da Exposição de Motivos da Parte Geral de 1984 proclama-o claramente: “O critério da teoria puramente objetiva não revelou na prática maiores inconvenientes, a despeito das objeções formuladas pelos partidários da teoria objetivo-subjetiva”. Outros dois aspectos indicam essa adoção: (i) no concurso formal, “se a ação ou omissão é dolosa e os crimes resultam de desígnios autônomos” (art. 70, *in fine*, do CP), aplica-se a regra penal do concurso material: considerada essa norma, é eloquente o silêncio na regulação do crime continuado; e (ii) foi precisamente – como frisam **Zaffaroni** e **Batista**⁽²⁾ – para não se afastar da teoria objetiva, que, na Parte Geral de 1984, se criou, no crime continuado, uma regra própria para ofensas similares a bens personalíssimos (art. 71, par. ún.).

Todavia, o que se observa é a consolidação de correntes jurisprudenciais no STF e no STJ, que criam requisitos subjetivos à adoção da regra penal do crime continuado. Ou seja, a jurisprudência tem promovido duas amplas *subjetivizações* da teoria do crime continuado, exigindo, para além dos requisitos objetivos, requisitos subjetivos para permitir a aplicação da regra do art. 71 do CP ou do art. 71, par. ún., do CP (conforme o caso), em vez da regra do concurso material: (i) a exigência de um elemento subjetivo (ora chamado de *unidade de desígnio*, ora chamado de *dolo de conjunto*); e (ii) em segundo

lugar, a exigência de que *não* se trate de criminoso habitual ou profissional.⁽³⁾ No sistema penal brasileiro, essas subjetivizações – que instauram novos requisitos – são inteiramente ilegais, inconstitucionais, ilegítimas e, portanto, ao impedirem a aplicação da regra penal do crime continuado, levam a um exercício absolutamente autoritário de poder punitivo.

A exigência de *unidade de desígnios* (item i, *supra*) viola claramente o princípio da legalidade (art. 5.º, XXXIX, da CF), que, como se sabe, também se aplica aos preceitos da Parte Geral; ora, se a nossa lei não exige um elemento subjetivo para a aplicação da regra penal do crime continuado, exigi-lo – com base em uma teoria não adotada por nossa lei – representa inserir, na lei, palavras que lá não existem, o que, por resultar em pena maior, é perfeitamente inconstitucional. Mesmo na hipótese do art. 71, par. ún., do CP, que menciona requisitos subjetivos, não há menção a dolo de conjunto.

O ativismo judicial, tão em moda hoje em dia, não pode levar a que – especialmente com o fim de ampliar poder punitivo – se adote uma teoria que a lei formal *expressamente* rechaça. O Poder Judiciário devia, na matéria, ser mais deferente para com o Poder Legislativo (que não se omitiu, mas tomou a decisão política!) e, afinal, para com a Constituição Federal (que consagra o princípio da legalidade). Não é razoável que se permita que, a pretexto de uma interpretação teleológica e/ou histórica de um instituto penal, juristas ou juízes, para ampliar poder punitivo, violem uma disposição legal claríssima. Permitir isso viola a segurança jurídica. Se não se concorda com a lei penal, que se a altere, mas não é admissível que ela seja simplesmente posta de lado.

A exigência jurisprudencial de que o réu *não* seja um criminoso habitual ou profissional (item ii, *supra*), embora menos discutida pela doutrina penal do que a primeira exigência, padece de vícios quicá piores. O fortalecimento dessa exigência jurisprudencial subjetivizante se liga inextricavelmente, em nosso sistema penal, à discussão quanto à possibilidade da adoção da regra do crime continuado em hipóteses de ofensas similares a bens personalíssimos.

À época da vigência da Parte Geral de 1940, era altamente controvertida a possibilidade de continuidade delitiva, quando se tratasse de crimes que atingissem bens personalíssimos. No apagar das luzes da PG de 1940, e já editada a Lei 7.209, de 11.07.1984 (que criou a então nova parte geral, cujo par. ún. do art. 71 contemplava essa possibilidade), o STF editaria uma Súmula (n. 605), que estabelecia: “*Não se admite continuidade delitiva nos crimes contra a vida*” (adotada na sessão plenária de 17.10.1984, ainda considerando a Parte Geral de 1940).

Na vã tentativa de encerrar o antigo debate quanto à possibilidade de aplicar-se a regra penal do crime continuado a delitos que contém ofensas similares a bens personalíssimos, o art. 71, par. ún., do CP, estabeleceu que o juiz, “considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias”, poderia aplicar uma regra penal mais grave de crime continuado (aumento até o triplo, em vez de aumento de um sexto a dois terços, previsto no art. 71, *caput*, do CP), afastando-se a regra penal do concurso material. O debate, todavia, não se encerrou; apenas deslocaram-se os termos em que ele ocorre, recriando-se velhos e perigosos problemas.

Embora houvesse, à época, alguns acórdãos de tribunais de 2.º grau e até um antigo pronunciamento isolado do STF,⁽⁴⁾ o fortalecimento dessa tendência jurisprudencial subjetivante se deu precisamente a partir dos primeiros anos de vigência da Parte Geral de 1984. Esse fortalecimento se calca em outro trecho do item 59 da Exposição de Motivos da PG de 1984, que, claramente se referindo ao par. ún. do art. 71 do CP, opõe-se à extensão da regra penal do crime continuado à “*criminalidade profissional, organizada e violenta*”, asseverando que “*estender-lhe o conceito de crime continuado importa beneficiá-la, pois o delinquente profissional tornar-se-ia passível de tratamento penal menos grave que o dispensado a criminosos ocasionais*”.

Em meados de 1994, essa argumentação se expressa no acórdão da 1.ª Turma no HC 70.794/SP, relatado pelo Min. Celso de Mello, que se referia a crimes de roubo, e no qual se afirma: a “*perseverantia scleris do criminoso habitual, a simples reiteração no crime, constitui índice seguro de que o agente o adotou como meio de vida. Basta isso para afastar a ideia de continuação nas ações delitivas*”, até porque seria “*eloquente atestação do elevado grau de temibilidade social dos que investem, até mesmo com perversidade, contra a vida, a integridade corporal e o patrimônio de vítimas inocentes*”. Desde então, esta corrente jurisprudencial tornou-se amplamente dominante em nossos tribunais, sendo aplicada inclusive a casos de receptação e adulteração de sinal identificador de veículo,⁽⁵⁾ de furto qualificado,⁽⁶⁾ de estelionato⁽⁷⁾ e até de apropriação indébita.⁽⁸⁾

A primeira observação a essa segunda corrente jurisprudencial subjetivante é de estarrecedora obviedade: a extensão a delitos que evidentemente não são “*cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa*” (e, portanto, não se enquadram no par. ún. do art. 71 do CP) é inapelavelmente ilegal e inconstitucional, por violação comezinha ao princípio da legalidade. Mas esta é apenas a faceta mais grosseira do autoritarismo punitivo dessa tendência jurisprudencial.

Mesmo quanto aos “*crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa*”, a legitimidade dessa corrente jurisprudencial subjetivante é apenas aparente. O assim chamado “*criminoso habitual ou profissional*” seria, de fato, alguém que poderia ser considerado portador de maus antecedentes, de má conduta social ou de personalidade perversa, o que realmente está no âmbito das expressões contidas no par. ún. do art. 71 do CP. Ocorre que – para além de essas categorias provirem de nefastas correntes do positivismo criminológico – nosso CP não detém uma definição do que seja *criminoso habitual* ou *criminoso profissional*, diferentemente do que ocorre com o CP italiano.

Na Itália, considera-se *criminoso habitual* aquele que, tendo sido condenado a pena de reclusão superior a cinco anos (por três delitos não culposos e de mesma índole, cometidos dentro de um período de dez anos), comete, em contexto diverso dos delitos anteriores e dentro de dez anos depois do último dos delitos, um outro delito, não culposos e de mesma índole (art. 102 do CP italiano); ou, em casos especialmente graves *pode* ser considerado criminoso habitual aquele que, condenado por dois delitos não culposos e de mesma índole, comete um outro delito não culposos e de mesma índole (art. 103 do CP italiano). *Criminoso profissional* é o criminoso habitual que se mantém, ainda que em parte, dos proventos do crime (art. 105 do CP italiano).

É inadmissível que, para impor pena, sejam invocados conceitos que nossa lei não reconhece, nem define. E mais: por vezes, afirma-se “*delinquência habitual*”, impeditiva da regra do crime continuado, sem que haja uma única condenação anterior (cf. p.ex., STF, HC 69.059/SP, Min. Néri da Silveira, ou HC 114.606/DF, Min. Cármen Lúcia); isto é ainda mais preocupante, eis que sequer na jurisprudência se tem parâmetro seguro do que seja criminoso habitual ou profissional.

A legitimidade do poder punitivo exige fundamentação em um discurso jurídico-penal coerente e racional. O primeiro ponto que indicia a ilegitimidade está no fato de que essa exigência de não habitualidade e não profissionalismo não se filia a nenhuma das teorias jurídico-penais (teoria objetiva, objetivo-subjetiva ou subjetiva) da regra penal do crime continuado: criou-se uma nova teoria mista; isso evidencia preocupante descompasso entre o poder punitivo e a doutrina penal.

Fica claro, ademais, que o excedente de pena (i.e., a diferença entre a aplicação da regra do concurso material, em vez da do crime continuado), fundado na habitualidade ou no profissionalismo criminal, se calca em aspectos de periculosidade do agente (e não de culpabilidade). Isso, aliás, é confessado em outro trecho do item 59 da Exposição de Motivos da Parte Geral de 1984.⁽⁹⁾ Essa parcela de pena vem fazer as vezes da extinta medida de segurança para “*os reincidentes em crime doloso*”, prevista no art. 78, IV, do CP de 1940; e até com maior amplitude, eis que não se exige reincidência. Assim, é inapelavelmente pena com base em periculosidade. Salvo se se admitir que a culpabilidade seria um conceito complexo, integrado pela adição da culpabilidade pelo fato e da culpabilidade pela condução de vida (*Lebensführungsschuld*), sustentada por Mezger em sua tenebrosa atividade de apoio ao sistema penal nazista,⁽¹⁰⁾ não há possibilidade de legitimação dessa parcela de pena com base na fórmula de que a pena é medida da culpabilidade.

São absolutamente criticáveis essas tendências jurisprudenciais subjetivantes do crime continuado, permitindo poder punitivo à margem da lei e da Constituição. O que se tem é, na prática e por transversa estratégia, uma repristinção da medida de segurança para imputáveis. É chegada a hora de uma reação contra essas tendências extralegis de subjetivização do crime continuado, sob pena de, por este flanco aberto, haver um lamentável *débâcle* do Estado Democrático de Direito.

Notas

- (1) Cf., por todos, MEZGER, E., *Tratado de derecho penal*. Trad. R. Muñoz, B. Aires: Hammurabi, 2010. v. 2, p. 296. Em outras obras gerais (BITENCOURT, C. R. *Tratado de direito penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 568 e ss.) e em monografias (FAYET JUNIOR, N. *Do crime continuado*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 214; BÉZE, Patrícia M. Gliocche, *Concurso formal e crime continuado*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 123; PIMENTEL, Manoel P., *Do crime continuado*, 2.ª ed., São Paulo: RT, 1969, p. 93), costuma-se aventar uma terceira teoria: a *teoria subjetiva*, que caracterizar-se-ia por desconsiderar os elementos objetivos, centrando-se unicamente no elemento subjetivo. Todavia, esta teoria subjetiva tem, hoje, valor puramente histórico, “*haja vista ser inconcebível reconhecer-se a continuidade delituosa sem a presença de elementos de cunho objetivo*” (FONSECA NETO, A., *O crime continuado*, Rio de Janeiro: L. Juris., 2004, p. 47).
- (2) *Direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. v. 1, p. 483.
- (3) A subjetivação de um instituto jurídico-penal se dá não apenas pela exigência de certos elementos subjetivos (motivos, intenções etc.), mas também por exigências de características do próprio agente (que deverá ter certa personalidade, grau de periculosidade, atitude interna etc.) (VOGEL, Joachim *Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht*. Berlin: BWV, 2004, p. 17).
- (4) O crime continuado “*é uma forma especial de concurso material, mas não deve estimular a habitualidade*” (STF, RHC 46.880/GB, 2.ª T., Min. Themístocles Cavalcanti, j. 19.05.1969).
- (5) STJ, 6.ª T., HC 142.131/MA, Min. Og Fernandes, j. 25.05.2010, *DJe* 21.06.2010.
- (6) STJ, 6.ª T., HC 269.268/SP, Min. Marilza Maynard, j. 07.11.2013, *Dje* 20.11.2013.
- (7) STJ, 6.ª T., HC 158.336/SP, Min. Assusete Magalhães, j. 02.05.2013, *DJe* 20.05.2013; STJ, 5.ª T., Min. Jorge Mussi, j. 19.05.2011, *DJe* 31.05.2011; STJ, 5.ª T., HC 33.891/RJ, Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 23.03.2004, *DJe* 26.04.2004.
- (8) STJ, 6.ª T., HC 79.260/SP, Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 18.05.2010, *DJe* 07.06.2010.
- (9) Veja-se o trecho pertinente: “*com a extinção, no Projeto, da medida de segurança para o imputável, urge reforçar o sistema destinando penas mais longas aos que serão beneficiados pela abolição da medida. A Política Criminal atua, neste passo, em sentido inverso, a fim de evitar a libertação prematura de determinadas categorias de agentes, dotados de acentuada periculosidade*”.
- (10) *Deutsches Strafrecht. Ein Grundriss*. 2. ed. Berlin: Junker & Dünhaupt, 1941. p. 82.

Christiano Fragoso

Professor adjunto de Direito Penal da UERJ.

Conselheiro da OAB/RJ.

Advogado criminal.

A inconstitucionalidade do art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro

Eduardo Luiz Santos Cabette

Dispõe o art. 305 do CTB:

“Art. 305. *Afastar-se o condutor do veículo do local do acidente, para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída. Penas – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, ou multa*”.

Claramente o bem jurídico tutelado pela norma é o interesse da Administração da Justiça na pronta identificação do indivíduo envolvido no acidente de trânsito, a fim de que se possam promover suas responsabilizações penal, civil e administrativa.

A questão que se impõe com relação à criação desse tipo penal pelo nosso Código de Trânsito (Lei 9.503/1997) refere-se à sua (in)constitucionalidade, tendo em vista o consagrado direito de não produzir prova contra si mesmo ou direito a não autoincriminação. Afinal, o envolvido em acidente de trânsito seria compelido, mediante a ameaça de incriminação, a permanecer no local do fato, não atuando em seu direito de autodefesa que abrange inclusive a própria ocultação, tanto é verdade que a norma não existe para outros crimes, em que a fuga do local é apenas um *post factum* não punível, constituindo no *iter criminis* a fase de exaurimento. Nem se argumente que nos casos de crimes de trânsito a fuga do local é mais incidente e justificaria a normativa em discussão. Isso porque a alegação não corresponde à realidade do mundo da vida. Ou será que alguém vê com frequência o homicida aguardando a polícia no local do crime, o estuprador, o praticante de furto ou roubo etc.? Nesse passo, o art. 305 do CTB, como norma de exceção, violaria também o Princípio da Isonomia, eis que somente previsto, sem justificativa para essa discriminação negativa, para os acidentes de trânsito e não para outros casos criminais ou mesmo civis ou administrativos.

Na doutrina essa compreensão quanto à violação constitucional promovida pelo art. 305 do CTB é bastante recorrente. Nesse sentido a manifestação de **Damásio E. de Jesus**, com fulcro ainda no escólio de **Ariosvaldo de Campos Pires**, alegando que o dispositivo é de “*constitucionalidade duvidosa*”. Além disso, aduz o autor também a inconveniência da norma incriminadora com base no art. 8.º, II, g, do Pacto de São José da Costa Rica, que estabelece que “*ninguém tem o dever de autoincriminar-se*”.⁽¹⁾

Por seu turno, **Luiz Flávio Gomes** afirma que a inconstitucionalidade também poderia derivar da proibição da prisão por dívida, eis que a determinação de que o envolvido em acidente de trânsito permaneça no local tem expressamente o intento também de satisfazer a responsabilização civil. Assim sendo, sabe-se que somente é admissível a prisão por dívida alimentícia, nem sequer a prisão do depositário infiel tem sido considerada viável no Brasil em face da apreciação da matéria pelo STF, considerando a incompatibilidade da normativa constitucional interna com o Pacto de São José da Costa Rica.⁽²⁾

Com absoluto respeito ao entendimento exposto, discorda-se, eis que, como afirma **Fernando Capez**, “*na realidade o agente é punido pelo artifício utilizado para burlar a administração da justiça e não pela dívida decorrente da ação delituosa*”.⁽³⁾

Contudo, o argumento da não autoincriminação e da violação da isonomia parece ser bem consistente. Nas palavras de **Guilherme de Souza Nucci**:

“*Trata-se do delito de fuga à responsabilidade, que, em nosso entendimento, é inconstitucional. Contrária, frontalmente, o princípio de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo – nemo tenetur se detegere. Inexiste razão plausível para obrigar alguém a se autoacusar, permanecendo no local do crime, para sofrer as consequências penais e civis do que provocou. Qualquer agente criminoso pode fugir à responsabilidade, exceto o autor de delito de trânsito. Logo, cremos inaplicável o art. 305 da Lei 9.503/97*”.⁽⁴⁾

Em campo oposto posiciona-se **Renato Marcão**, asseverando que a obrigação, sob pena de incriminação, de permanecer no local do acidente, não viola o direito à não autoincriminação, tendo em vista que quando da apuração

criminal nada obrigará o suspeito a colaborar ativamente com a produção de provas, conservando, por exemplo, seu direito ao silêncio.⁽⁵⁾

Data maxima venia e embora a argumentação por último mencionada encontre sustento no corpo de decisões do STJ,⁽⁶⁾ há de reconhecer que se trata de uma visão reducionista do direito à não autoincriminação. Esse direito tem uma amplitude bem maior do que somente o “direito ao silêncio”, que é apenas uma de suas variadas manifestações, assim também não se resume aos atos formais do processo, mas abrange uma série inumerável de condutas de autodefesa do indivíduo. É nesse sentido que **Carlos Alberto Marchi de Queiroz** faz uma análise ampla do Direito Constitucional ao silêncio, a superar sua interpretação meramente literal, de modo a abranger vários outros atos processuais.⁽⁷⁾ Não diverge a orientação de **Maria E. Queijo**, quando desenvolve estudo monográfico especializado sobre a não autoincriminação.⁽⁸⁾

Por seu turno, na jurisprudência, o STF, em decisões monocráticas, tem se deparado com a questão da alegação da inconstitucionalidade do art. 305 do CTB, mas até o momento em que se redige o presente trabalho, tem afastado a decisão do mérito, eis que nos casos apresentados há reconhecimento de prescrição ou então falta de algum requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. Portanto, questões formais têm impedido a manifestação do STF sobre o tema até o momento.⁽⁹⁾

Já no STJ, há fugas da questão, sob o argumento de que a Lei 9.503/1997 – mais especificamente o seu art. 305 – está em vigor e não foi declarada inconstitucional pelo STF, que seria o órgão com competência para tanto, de modo que o recurso especial com base somente na discussão da constitucionalidade do dispositivo não deve ser conhecido.⁽¹⁰⁾ Não obstante, há também deferimento de *habeas corpus* para trancamento de ação penal referente ao art. 305 do CTB em decisão relevante daquela corte. No REsp 1.404.893/SC, de relatoria do Min. Rogério Schietti Machado Cruz, datado de 17.09.2014, há ratificação de reconhecimento incidental de inconstitucionalidade por Órgão Especial da Corte, a configurar precedente de orientação para futuras decisões. Efetivamente o Órgão Especial do STJ, nos autos de Arguição de Inconstitucionalidade em sede de Apelação Criminal 2009.026222-9, de 1.º. 06.2011, de relatoria da Desembargadora Salete Silva Sommariva, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 305 do CTB:

“*Arguição de inconstitucionalidade. Apelação criminal. Art. 305 do CTB. Fuga do local do acidente para isenção de responsabilidade civil ou penal. Inconstitucionalidade. Violação aos direitos de silêncio e de não produzir prova contra si mesmo (CF/88, art. 5.º, LXIII). Afirmação ao Princípio da Igualdade. Tratamento diferenciado sem motivação idônea. Procedência da arguição*”.

Porém, há de ressaltar que no *decisum* acima, embora seja concedida a ordem de *habeas corpus*, novamente se exime o STJ ao final quanto à declaração da inconstitucionalidade do dispositivo em questão, tendo em vista a alegação de que cumpre ao STF a análise estritamente constitucional da validade de lei federal.

Doutra banda Tribunais Estaduais, a exemplo do TJSP, TJMG, TJRS e TJSC, vêm reconhecendo incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 305 do CTB por violação à não autoincriminação e à isonomia.⁽¹¹⁾

Isso motivou a Procuradoria Geral da República, por intermédio do Procurador Geral Rodrigo Janot Monteiro de Barros, a ingressar no STF com Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 35), a fim de provocar a manifestação definitiva daquele sodalício que detém a competência para dirimir a matéria. A argumentação da Procuradoria Geral da República é a de que o dispositivo seria constitucional, pois que somente exige a presença do suspeito no local do fato, não o obrigando a colaborar com a produção de provas contra si mesmo.⁽¹²⁾ Como já exposto, o argumento é frágil, porque reduz o alcance real do direito à não autoincriminação. Obviamente a obrigatoriedade da presença no local impele o indivíduo a produzir *prova de autoria* contra

si mesmo, o que indubitavelmente fere a garantia constitucional. Ademais, a mesma obrigação inexistente para outros crimes, não havendo motivação idônea para a discriminação negativa no caso concreto, o que traz à baila também a afronta ao Princípio da Isonomia.

Contudo, resta aguardar a manifestação conclusiva do STF sobre a matéria.

Notas

- (1) JESUS, Damásio Evangelista de. *Crimes de Trânsito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 148.
- (2) GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de direito penal e processual penal*. São Paulo: RT, 1988. p. 47.
- (3) CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 4, p. 336.
- (4) NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: RT, 2006. p. 848.
- (5) MARCÃO, Renato. *Crimes de trânsito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 156.
- (6) AREsp 572.310/DF, rel. Min. Rogério Schietti Machado Cruz, 18.12.2014 e HC 137.240/SC, rel. Min. Laurita Vaz, 5.ª T., 20.09.2011, DJe 03.10.2011.
- (7) QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. A amplitude constitucional do direito ao silêncio. *Boletim IBCCrim*, n. 46, p. 2, set. 1996.
- (8) QUELJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003. passim.
- (9) Vide os seguintes julgados do STF: RE 832.346/RS, rel. Min. Luiz Fux, 15.12.2014; RE 832.672/RS, rel. Min. Cármen Lúcia, 13.11.2014; RE 795.050/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 12.02.2014; RE 679.749/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, 20.04.2012.
- (10) Vide os seguintes julgados: REsp 1.327.548-SP, rel. Min. Moura Ribeiro, 06.12.2013; REsp 1.288.841/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 26.09.2013; REsp 1.346.537/SC, rel. Min. Jorge Mussi, 13.11.2012.
- (11) Várias decisões neste sentido dos Tribunais Estaduais podem ser consultadas em: <<http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=artigo+305+CTB+inconstitucionalidade>>. Acesso em: 12 abr. 2015.
- (12) CARNEIRO, Luiz Orlando. PGR vai ao STF para manter crime para fuga de motorista. Disponível em: <<http://jota.info/pg-r-vai-ao-stf-para-manter-crime-para-fuga-de-motorista>>. Acesso em: 12 abr. 2015.

Eduardo Luiz Santos Cabette

Mestre em Direito Social.

Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e
Legislação Penal e Processual Penal Especial na Unisal.

Delegado de Polícia.

Redução da maioria penal: mais do que uma proposta juridicamente equivocada, uma proposta moralmente condenável

Vinicius Martins Lemos

“¡Comamos mierda! Mil Millones de moscas no pueden estar equivocadas” (Provérbio Argentino).

Um rápido passar de olhos sobre o complexo de codificação legislativa evidencia que o pleito de redução da maioria penal não encontra qualquer respaldo normativo. Não em nosso sistema jurídico.

Diga-se, aliás, que tudo aquilo que o nosso ordenamento faz é exatamente convergir na direção oposta. Assim é que o Código Penal (art. 27), o Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 104), o Código Civil (art. 4.º) e a própria Constituição da República (art. 228 c/c o art. 60, § 4.º) reúnem os seus esforços para nitidamente inviabilizá-lo.

Isso para nem se fazer referência aos Tratados ou Convenções de envergadura internacional que regulamentaram a matéria. Bem sabemos, por exemplo, que o advento da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, ratificada no Brasil pelo Decreto Legislativo 28/1990 e incorporada ao ordenamento nacional pelo Dec. 99.710/1990 (por força do que dispõe o art. 5.º, § 2.º, da CF), também deixara transparentemente consignada a intransponível mensagem de impedimento.

De há muito já se fala sobre isso.

Com efeito, pensamos que não possa haver seriedade nesse discurso que de quando em quando vem à tona objetivando promover o encurtamento da maioria criminal. É que de largada ele já está contaminado, sem embargo de se pretender uma solução para os problemas da criminalidade contemporânea.

Mas não é aí que repousa o grosso da proposta de nossa abordagem, isso deixamos para outra oportunidade.

O ponto nuclear, aqui, reside na investigação a respeito da viabilidade de se permanecer sustentando a redução etária penal sob o ângulo da moralidade.

Dúvida não há de que o direito, a moral e a ética são referenciais distintos para se parametrizar condutas como socialmente corretas ou inadequadas, conquanto soubéssemos dos diversos pontos de conectividade detectáveis.

O fato é que a complexidade da organização social moderna não guarda

mais espaço para análises amesquinhas das parcelas de um todo, ganhando relevância ímpar um diagnóstico mais antenado com a pluralidade dos diálogos epistemológicos porventura disponíveis, porque uma leitura mais abrangente de mundo é que nos capacita afugentar a ignorância.

Pois bem.

Segundo se defende, dois seriam os principais caminhos aptos a refletir o peso das razões morais.

De um lado estaria o consequencialismo, corrente que localiza a moralidade nos desdobramentos de determinado ato tomado em consideração. O ponto de apoio é a doutrina utilitarista de **Jeremy Bentham**, filósofo inglês do século XVIII.

Nessa ótica, consta que a válvula motora para aprovação ou desaprovção de quaisquer condutas teria regulagem na observação do ganho proporcionado, ou, ainda, na potencialização de bem-estar dos envolvidos (maximização de harmonia e minimização de sofrimento).

De outra parte, o raciocínio moral categórico, vertente que avalia a moralidade dentro de um certo conjunto de valores e obrigações considerados imperativos e universais. Neste caso, poder-se-ia dizer que a moralidade é compreendida em termos autenticamente apriorísticos, porquanto irrelevantes os resultados hipoteticamente verificáveis.

Dessa feita, toma-se por norte a doutrina de **Immanuel Kant**, que, embora alemão, também marcara presença de relevo no prestigiado século iluminista.

Qual seria, pois, a coisa certa a se fazer?

Quando se diz que a redução da maioria penal é uma boa ideia, longe estamos da raiz de nossos problemas de delinquência juvenil. Disso ninguém pode negar.

A nosso ver – e a despeito de reconhecer as boas intenções de quem sustenta a exasperação etária criminal – o quociente dela extraível é de todo catastrófico, donde se poderia encontrar substrato suficiente para a conclusão

de sua imoralidade. E aqui, sem consternação acrescentamos, parece indiferente ao resultado seguir a rota consequencialista ou optar por trafegar o pensamento pelo itinerário da perspectiva categórica.

Decerto que, ao menos em tese e abstratamente raciocinando, pouco importaria ser a maioridade estipulada em 16, 18 ou 21 anos de idade. Uma opção precisa ser feita e ela não é necessariamente matemática (ou biológica), mas, no contexto prático da organização hodierna, legislativa.

Se, porém, for possível estabelecer como argumento de partida a supremacia da razão, também por esse motivo não se pode ignorar uma predisposição de irracionalidade contida no incentivo da proposta com amparo em especulações de segurança pública.

Colocadas as premissas, é chegada a hora de intensificar os esforços de aprimoramento do debate.

De um lado, não há como ignorar todo um contexto mundial de luta pela proteção integral à criança e ao adolescente (entendidos como tais a partir de indicadores etários quase sempre aproximados ou até coincidentes), a carga conceitual trazida pela doutrina da inimizabilidade, a expressividade dos princípios da mínima intervenção penal, do melhor interesse do adolescente, da vedação do retrocesso, e, sobretudo, da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Que não se venha alegar da juventude a idoneidade mental para a culpabilidade.

Se é que é verdade que o adolescente da pós-modernidade já adquiriu em plenitude a capacidade de discernimento, sabendo o que faz e o que deixa de fazer, parece que nós é que a perdemos. Afinal, que maturidade pode haver em entender como satisfatória uma proposta gritantemente demagógica e de rasteira densidade?

De fato, a todas quantas sejam as pesquisas de opinião efetivadas, é perceptível que a maioria da população se apresentará uma vez e sempre inclinada ao recrudescimento. É como se estivéssemos vivendo em uma sociedade extraordinariamente violenta que fosse dominada por índices alarmantes de criminalidade juvenil. Seguimos em frente com aquela velha história de penas sempre muito brandas e infratores da lei que supostamente jamais restassem alcançados.

Considerando que a seletividade punitiva é a marca característica de nosso sistema repressivo, não é difícil imaginar que o alargamento penal só faria estimulá-la ainda mais.

É dizer, a medida redutiva incrementaria sobremaneira a elevação de nossos reincidentes criminais, para além de direcionar vitimização praticamente exclusiva a jovens pobres, negros e moradores de bairros periféricos.

Deveras, devemos pensar sim em maneiras de diminuir a criminalidade, mas não convém deixar de lado as etapas do processo social que transforma as pessoas em transgressoras da lei.

Para tanto, importante é a visualização do problema com olhar crítico e bagagem histórica, enxergando o avanço do sistema protetivo como a garantia que ele é, e, bem assim, diferenciando o procedimento reeducativo do sancionatório.

Já é sabido que as nossas prisões se encontram superlotadas e em degradantes condições. Não há falar na subsistência de qualquer tipo de suporte ou apoio psicológico aos detentos, dado o oferecimento de péssimas condições de higiene e salubridade, para além da ausência da menor estrutura educacional ou profissionalizante.

Também são recorrentes os casos de violência (física ou emocional) no tratamento dispensado à população encarcerada, a forte facilitação nas trocas de experiências entre os criminosos, frutos, inclusive, do convívio recíproco entre os novatos e os mais graduados no crime.

Considerando que a redução da maioridade penal implicaria uma mera e inconsequente inserção das crianças ou adolescentes em locais tais, inexoravelmente, portanto, sem que se adotassem as cautelas que seriam de praxe em um sistema de punibilidade responsável, a realidade é que os efeitos negativos que se fariam presentes seriam senão imensuráveis.

Ora, não vejamos como possa haver moralidade em violentar a dignidade humana juvenil em circunstâncias marcadamente incontornáveis do ponto de vista da formação da personalidade de nossos garotos (porque meninos é que eles efetivamente o são).

Lado outro, tampouco há na conjuntura condições sociais pré-definidas que conduzissem ao movimento redutor. Acaso existiria algum mandamento nato e soberano que reivindicasse o instantâneo colapso da menoridade? Pensamos que não.

O alcance da ação que se propõe é calculável e a incorreção da medida é manifesta.

Que fique bem claro, então, que a proposta importa em retrocesso (jamais em avanço), consubstanciando uma superdosagem (não uma profilaxia). A alternativa desenhada é mais do que falaciosa, ela é socialmente irresponsável, a rigor um despautério, causando ojeriza à meditação reflexiva.

Ainda que o propósito seja dos mais legítimos, entendendo-se como legítimo os anseios de contenção criminal e convivência mais condigna, legitimidade alguma há na sistematização punitiva desenfreada ou inadvertida.

No afã de encontrar soluções para um problema, nada mais se está fazendo que arrumando outros.

Dizem que os milhões devem prevalecer sobre milhares. De acordo, se estivéssemos a tratar de uma questão de aritmética.

Nesse compasso, por mais que fosse constitucional – e constitucional ela não é – a redução etária penal significaria até mais do que uma (im)providência juridicamente inadmissível, introduziria como apenso um empreendimento eticamente execrável.

Nada mais imoral.

Referências bibliográficas

- BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*. Edited by: J. H. Burns; H. L. A. Hart. Oxford: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, [2010], 1996.
- BOONIN, David; ODDIE, Graham. *What's Wrong? Applied Ethicists and Their Critics*. Oxford University Press: Second Edition, 2010.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Trad. port. de Leopoldo Holzbach. São Paulo/SP: Martin Claret, 2011.
- SANDEL, Michael J. *Justice: What's The Right Thing To Do?* Farrar, Straus and Giroux Press: First Edition, 2009.

Vinicius Martins Lemos

Bacharel em Direito e Graduando em
Ciências Sociais pela Universidade de São Paulo.
Pós-graduado em Direito Constitucional pela
Universidade de Salamanca (Espanha).



DIRETORIA DA GESTÃO 2015/2016

DIRETORIA EXECUTIVA

Presidente: Andre Pires de Andrade Kehdi
1.º Vice-Presidente: Alberto Silva Franco
2.º Vice-Presidente: Cristiano Avila Maronna
1.º Secretário: Fábio Tofic Simantob
2.ª Secretária: Eleonora Rangel Nacif
1.ª Tesoureira: Fernanda Regina Vilares
2.ª Tesoureira: Cecília de Souza Santos
Diretor Nacional das Coordenadorias Regionais e
Estaduais: Carlos Isa

CONSELHO CONSULTIVO

Carlos Víco Mañas
Ivan Martins Motta
Mariângela Gama de Magalhães Gomes
Marta Saad
Sérgio Mazina Martins

OUIDOR

Yuri Felix

Novo Código Penal espanhol: populismo punitivo ou segurança cidadã?

Eduardo Viana

No próximo mês de novembro o vigente Código Penal espanhol (vCPe) completaria 20 anos. Gerido em uma Espanha sacudida pelo ambiente de profundas alterações na ordem social, econômica e especialmente política, o vCPe é considerado um símbolo da legislação antifranquista, um modelo de Código orientado à primazia das liberdades fundamentais e garantia democrática. Esses atributos, contudo, estão bem distantes do recém-aprovado Código Penal espanhol (nCPe). Com vigência programada para o dia 1.º de julho de 2015, o novo texto penal é o retrato do instável cenário político, social e econômico que atravessa o país.

Fruto de uma tramitação *à brasileira*, a única certeza do momento é que o presente e o futuro do nCPe é inseguro e incerto. E há uma razão política para tanto: pela primeira vez uma reforma foi aprovada com votos de um só grupo partidário, o PP (Partido Popular), que atualmente governa o país. Todos os demais agrupamentos políticos consideram o nCPe um rebaixamento do nível de liberdades e direitos dos cidadãos. Entre outros epítetos, uma longa lista de qualificativos negativos seguirá o novo texto legal: “Populismo punitivo”, “lei repressora”, “Estado policial e penal”, “retrocesso sem precedentes em liberdades”, “sistema autoritário”, “escalada de penas desproporcionada”, “exercício despótico” e “oligarquia que dá medo”.

Considerando a relevância que o cenário jurídico-penal espanhol representa para o Brasil, especialmente no que diz respeito ao desenvolvimento da dogmática, e vinculado ao fim objetivo do boletim, o propósito deste trabalho é apresentar algumas linhas sobre o novo texto legal. O modesto alvo, portanto, não é pintar todo o novo cenário jurídico-penal espanhol,⁽¹⁾ mas pinçar algumas alterações mais controversas ou que sejam relevantes para iluminar o perigoso horizonte reformista brasileiro.⁽²⁾ Para melhor acomodar essa finalidade, parece relevante dedicar algumas linhas à atmosfera antepenal na qual o Código foi desenhado (I); em seguida, uma pequena descrição de algumas alterações na parte geral do Código (II); para, finalmente, destacar algumas das modificações da parte especial (III).

I. Cenário da tramitação do projeto

Vontade de verdade científica não é recolher retalhos da teia normativa objetivando compreendê-los desconectados da realidade histórico-cultural que lhe deu origem, em absoluto. Como bem ajusta Bettiol, “o estudo do Direito Penal se torna um enigma quando se pretende isolar o dado jurídico de todo o complexo ideológico que caracteriza a época histórica em que esse direito veio à luz”.⁽³⁾ Se se quer ultrapassar o senso comum de compreensão da elaboração do Direito, e aqui nos interessa o Direito Penal, o horizonte de análise deve ir para além da apreensão formal das categorias do texto criminalizante: deve, necessariamente, caminhar pela passagem de formação do próprio Estado – enquanto pavimento ideológico – para só depois capturar a realidade dos *porquês* e *para quês* da programação punitiva. Pode-se dizer, portanto, que o adequado ajuste compreensivo do Direito Penal exige a dialética entre a realidade político-econômica e o Direito Penal como caminho para compreender a lógica ideológica da rudeza (ou “docilidade”) de suas disposições.

Se esse ponto de partida metodológico parece razoável, dos 18 meses de tramitação do projeto de reforma do Código Penal convém destacar aos menos dois componentes antepenais essenciais, são eles: terrorismo internacional, por um lado, e escândalos de corrupção e crise econômica, por outro. Começo pelo último.

Desafortunadamente, a Espanha vem colecionando casos de escândalos financeiros e sendo castigada por uma aguda crise econômica. Escândalos abalaram as instituições públicas do país e provocaram a imediata reação da classe política e da própria sociedade espanhola. Aqueles aproveitaram o momento para instrumentalizar midiaticamente o Direito Penal, estes, como sói acontecer, exigiram leis penais mais duras.

Contudo, contrário do quanto se pode imaginar, tal reação não se desprende apenas da parcela *profana* da população, mas também da própria classe jurídica. Os 48 juízes decanos da Espanha (que representam mais de 2.000 magistrados do país), em dezembro de 2014, nas conclusões da XXIV Jornada Nacional ressaltaram a delicada situação da democracia espanhola, a desconfiança e o alarme sobre o funcionamento das instituições. Situação cujo enfrentamento demandaria um novo arsenal estrutural, organizativo e de gestão. Do ponto de vista *institucional*, destaca-se a proposta de incrementar o número de juízes até alcançar a média europeia de 21 para cada 100.000 habitantes.⁽⁴⁾ No âmbito *jurídico*, entre outras propostas, os juízes defenderam a ampliação da prescrição para os crimes de corrupção; a introdução do crime de financiamento ilegal de partidos políticos; e elevação penas para crimes relacionados com a corrupção, em especial o tráfico de influências, prevaricação, negociações proibidas com funcionários públicos. Além de rebaixar o valor a partir do qual se considere um crime fiscal (120.000 euros),⁽⁵⁾ bem assim aumentar as penas para quem, ainda que indiretamente, ampare, oculte ou facilite a corrupção.

Outro componente relevante para a compreensão da nova quadratura do nCPe, agora um elemento não restrito à terra de Cervantes, mas europeu, foi, sem dúvida, os últimos episódios terroristas. Os atentados em Paris e Copenhague, bem como as inqualificáveis ações do Estado islâmico, não só promoveram um cenário favorável à declaração de *guerra contra o terrorismo*, como também forneceram combustível para que o Direito Penal fosse convocado para liderar essa cruzada. A classe política europeia, encurralada, por um lado, pelo iminente risco de ações terroristas e, por outro, por uma sociedade sombreada pelo ambiente de medo e insegurança, viu-se obrigada a dar uma resposta tranquilizadora à sociedade. E como solução *clickê* em momentos de histeria coletiva, recorreu-se ao instrumento mais enérgico do Estado, o Direito Penal.

Naturalmente, como antecipado, esse ambiente foi refletido no novo Código, e isso pode ser bem apreendido se analisamos tanto de um ponto de vista político-criminal como estrutural. Daí que se consideramos conjuntamente ambos os fatores antepenais, não será nenhuma novidade desvendar a *ideologia retributiva* que remarca o novo texto penal espanhol. Vale um pequeno parêntese para destacar que emprego esta última expressão destacada com conotação técnica (e não valorativa), é dizer, se incluímos o Código anterior como parâmetro de análise, o nCPe opta por uma maior intervenção punitiva e, evidentemente, outorga maior prestígio à pena de prisão.⁽⁶⁾ E sobre esses parâmetros não é equivocado etiquetá-lo como mais retribucionista. Quais foram, então, os mais destacados reflexos desse *novo* modelo político-criminal? Começo pela parte geral.

II. Parte geral

No âmbito da parte geral, não houve significativas mudanças na quadratura da doutrina geral do crime, cujo núcleo estrutural permanece intacto. Em geral, o principal impacto da reforma se deu no âmbito penológico. Dois pontos merecem destaque: (a) alteração da tradicional classificação dos crimes; (b) pena perpétua revisável.

(a) Supressão das faltas

Com o nCPe, a Espanha altera o catálogo dos crimes e “elimina” pela primeira vez as denominadas faltas.⁽⁷⁾ O termo encontra-se aspeado porquanto não houve uma efetiva eliminação das condutas, mas sim da categoria, é dizer, uma pequena parcela dos comportamentos antes tipificados como falta passa a integrar o catálogo de infrações administrativas, ao passo que a outra parcela integrará a categoria dos delitos leves.

As condutas transferidas ao âmbito administrativo foram acomodadas na lei de segurança cidadã, apelidada de “lei da mordaca”, porque pune administrativamente condutas relacionadas às liberdades públicas, dentre as quais manifestar-se junto ao Congresso espanhol ou gravar atuação policial durante protestos. Doravante essas condutas serão sancionadas com multas administrativas.

Uma leitura mais apressada poderia considerar que a alteração representou uma suavização da resposta estatal, mas não é bem assim. Com efeito, com a lei da mordaca, o que antes tramitava por um juízo de faltas agora seguirá a via administrativa, isso significa que será possível a aplicação *manu militari* da sanção administrativa e eventual recurso contra uma possível sanção ilegal somente será passível de tramitação após o *religioso* pagamento da multa. Ademais, como antecipado, as faltas não albergadas no catálogo das infrações administrativas, aproximadamente 2/3, foram acomodadas na categoria dos *delitos leves*. E a que conclusão se pode chegar sobre essa redistribuição punitiva? Simples, se somarmos as duas modificações havidas, não fica difícil compreender que por detrás da aparente suavização há um maior incremento da resposta penal.

(b) Prisão permanente revisável

O segundo ponto de desconforto geral no nCpe é a prisão permanente revisável. Sob fundamento de especial respeito aos Direitos Humanos, a reforma introduz – sob muito protesto – a pena de prisão permanente revisável. Essa modalidade somente poderá ser imposta em hipóteses de excepcional gravidade, casos nos quais estaria justificada a maior energia do Estado para a imposição da pena. Segundo exposição de motivos do nCpe, a pena de prisão permanente revisável é um modelo largamente utilizado no marco do Direito comparado europeu e considerado ajustado à Convenção Europeia de Direitos Humanos.⁽⁸⁾

A pena de prisão com duração indeterminada será imposta nos seguintes casos: (a) homicídios “agravados” quando a vítima for menor de 16 anos, quando a morte for posterior a um delito contra a liberdade sexual, delitos cometidos por uma organização criminosa e, finalmente, àquele que já houver sido condenado pela morte de mais de duas pessoas (art. 140 do nCpe); (b) homicídio contra o rei ou seu herdeiro (art. 481, 1, do nCpe); bem assim àquele que matar chefes de Estado estrangeiros ou outra pessoa internacionalmente protegida por tratado que se encontre na Espanha (art. 605, 1, do nCpe); e (d) nos casos mais graves de genocídio ou crimes de lesa-humanidade.

À semelhança de outras legislações, apesar da denominação permanente, o regime se sujeita a um processo de revisão após o cumprimento de uma parte relevante da condenação (que evidentemente variará conforme a condenação). Em geral, o condenado terá que cumprir, no mínimo, 25 anos de prisão (art. 92, 1, a, do nCpe), só então, e desde que atendida uma série de requisitos (personalidade do condenado, antecedentes, circunstâncias do cometimento do delito, relevâncias dos bens jurídicos que poderiam ser afetados por uma reiteração do delito, conduta carcerária, circunstâncias familiares e sociais⁽⁹⁾), a execução *poderá* ser suspensa por um prazo de cinco a 10 anos (art. 92, 3, do nCpe).

Bem previsível que este tenha sido um dos principais alvos da crítica dirigida ao nCpe, todas elas centralizadas na ideia de que o regime permanente renuncia ao processo de reinserção do condenado. A essa crítica a exposição de motivos do projeto responde afirmando que a “previsão da revisão judicial periódica da situação pessoal do condenado, idônea para verificar em cada caso o necessário prognóstico favorável à reinserção social, afasta toda dúvida sobre a desumanidade desta pena, ao garantir um horizonte de liberdade para o condenado”. A pena de prisão permanente não constituiria, portanto, uma espécie de prisão definitiva, mas sim uma resposta que “compatibiliza a existência de uma resposta penal ajustada à gravidade da culpabilidade, com a finalidade de reeducação à que deve ser orientada a execução das penas de prisão”.

Há uma dualidade de sentimentos no tocante à inclusão dessa modalidade de resposta penal. Durante os debates no Congresso, diversos representantes de associações de vítimas não só apoiaram como também agradeceram ao governo a introdução da nova modalidade. Já os representantes dos partidos de oposição – com o compromisso de derrogá-la caso logrem êxito nas

próximas eleições gerais – consideraram um dia negro para a democracia e a sociedade espanhola, avaliando-a (a *prisão permanente revisável*) como um reflexo do déficit ético e da baixa qualidade da democracia na Espanha.

III. Parte especial

Na parte especial houve alterações significativas do ponto de vista material e amplas do ponto de vista espacial. Grande parte dos títulos previstos no Livro II foi alterada e as razões podem estar relacionadas com aquele cenário desvelado no item I. Provavelmente, o único momento no qual o dissenso sobre o Código Penal se dissipou foi no capítulo atinente ao terrorismo. As duas tradicionais forças políticas da Espanha, os *populares* e os *socialistas*, concordaram com os novos instrumentos na luta contra o terrorismo e com a possibilidade de aplicar a pena permanente revisável aos autores de delitos terroristas com resultado morte. E nada mais.

Como não é possível traçar uma espinha dorsal da alteração, seja pela questionável técnica legislativa, seja pela extensão dos temas, destacarei pontos de interesse, tendo como marco o bem jurídico penal tutelado (sentido dogmático). Três áreas merecem uma pequena abordagem: crimes contra a vida, delinquência sexual e crimes patrimoniais e econômicos.

No que se refere aos crimes contra a vida, um dos pontos criticados foi a alteração no crime de homicídio (figura que corresponde ao nosso homicídio simples e majorado). Houve uma majoração de pena na hipótese de crime cometido por membro de grupo ou organização criminosa sem que seja necessário que o homicídio esteja vinculado às atividades delitivas cometidas pelo grupo ou organização. Evidentemente que tal preceito aproxima-se, e muito, do Direito Penal do autor, afinal, o simples fato de pertencer à organização criminosa, em tese, será suficiente para o incremento penal. Mas não é só, como o nCpe também criminaliza o pertencimento à organização criminosa (art. 570, *bis*, do nCpe) ou grupo criminoso (art. 570, *ter*, do nCpe), é mais que evidente a futura controvérsia sobre o possível concurso de infrações e um provável conflito da previsão legal com o princípio da vedação do *bis in idem*.

No tocante ao assassinato (figura correspondente ao nosso homicídio qualificado), o primeiro aspecto a ressaltar é o incremento do marco repressivo penal, a nova baliza legal estabelece pena mínima de 15 anos e máxima de 25 anos (art. 138 do nCpe).

Também foi introduzida outra qualificadora. Semelhante ao que está previsto no Código Penal brasileiro (art. 121, § 2.º, V), haverá assassinato (leia-se: homicídio qualificado) quando o crime for praticado para facilitar o cometimento de outro delito ou para ocultá-lo (art. 139, 4, do nCpe). As manifestações até agora publicadas consideram a alteração inqualificável, de tão infeliz que é. Primeiro porque tem natureza distinta das demais qualificadoras (traição, paga, promessa de recompensa etc.), segundo porque matar para facilitar o cometimento de outro delito ou para ocultá-lo não é, *per se*, mais grave que matar por qualquer outra finalidade.⁽¹⁰⁾

Quanto aos crimes com conotação sexual, o novo texto aumenta o rol de condutas típicas e igualmente adiciona rigor à resposta punitiva. Particularmente, merece destaque a reformulação dos abusos sexuais contra menores. Nesse tema, o nCpe incorpora (e vai além) a Diretiva Europeia 2011/92/UE relativa à luta contra os abusos sexuais, a exploração de menores e a pornografia infantil. E aqui registro apenas um ponto, o Código passa a punir com a figura de abuso sexual fraudulento (art. 182.1 do nCpe) ou, na feliz expressão de *Hungria*, *estelionato sexual*, aquele que, abusando do engano, realiza atos de caráter sexual com pessoas maiores de 16 e menores de 18 anos. A modificação do limite etário pode desaguar em injustificável ampliação horizontal do alcance punitivo. Explico: se se interpreta o dispositivo em sentido estrito, o jovem espanhol, até que alcance os 18 anos de idade, não pode consentir validamente sobre nenhum aspecto da sua vida sexual, sequer para dar um beijo,⁽¹¹⁾ circunstância que poderá contribuir para o aumento do número de casos judicializados. Para além dessa possível manobra moral, o tipo penal também conta com déficits técnicos. Com efeito, o crime será de difícil ajuste típico, eis que o elemento normativo *engano*, se não é absolutamente incompatível com o jovem entre 16 e 18 anos, é de difícil configuração prática.

Finalmente, no âmbito dos delitos patrimoniais e econômicos, a mudança é significativa no âmbito do furto, do roubo e também nas insolvências puníveis.

Significativa seja no âmbito de estruturação das figuras, seja no âmbito da severidade da resposta penal. A compreensão político-criminal para uma direção mais repressiva no âmbito patrimonial está plenamente sincronizada com o crítico cenário econômico vivido pela Espanha. Aliás, a própria Exposição de Motivos esclarece que a severidade da responsabilidade penal nos crimes patrimoniais objetiva “oferecer respostas aos problemas da multirreincidência e da criminalidade grave” (item XIV). Destaco apenas um ponto do furto.

O furto de pequeno valor fica limitado à quantidade de 400 € (art. 234, 1, do nCPe). No projeto original o valor era de 500 €. A pena para o furto de pequeno valor é de multa de um a três meses; nas hipóteses de qualificação a pena será, em regra, de prisão de um a três anos. As hipóteses de qualificação antes referidas estão elencadas no art. 235 (a exemplo de objeto de valor artístico, histórico, cultural ou científico, produtos de primeira necessidade ou casos de desabastecimento, cabos, objetos ou componentes de infraestrutura elétrica, objetos relacionados à prestação de serviços de interesse geral etc.). Ressalte-se que o grave problema de subtração de fios de cobre das redes de serviço público foi a justificativa parlamentar para incluir a hipótese qualificadora.

IV. Conclusão

Esta será, em uma notícia bastante breve, a nova quadratura do Código Penal espanhol. Um instrumento normativo derivado de um instável momento econômico, político e social. Naturalmente que um marco legal gerido dentro da moldura descrita refletirá, negativa e necessariamente, sobre a própria técnica legislativa cultivada, não por outro motivo diversos segmentos do pensamento científico-penal espanhol consideram o novo instrumento repressivo uma infeliz e débil *compilação de leis penais*, uma perigosa ameaça aos direitos e liberdades fundamentais. Por essa razão (e outras quantas), o exemplo espanhol deve ser encarado como uma prova eloquente do quão perigosa pode ser a combinação de três ingredientes: a *instrumentalização* do Direito Penal, a *indiferença forçada* da comunidade científica e a aprovação de um *código de um partido político*.

O Júri Indígena e as “inovações descoloniais”

Assis da Costa Oliveira

A notícia de um julgamento no TJRR composto por júri formado somente por jurados dos povos *Ingarico, Macuxi, Patamona e Taurepang* causou um rebuliço na mídia e nas redes sociais, mais pelo impacto da informação do que pelo conteúdo que ela apresenta e no que implica para a reconstrução do Estado brasileiro.

O fato de representantes de povos indígenas estarem na posição de jurados, tendo que decidir pela absolvição ou culpa de dois indígenas acusados de tentativa de homicídio, num espaço – Tribunal do Júri – e codificação – o Direito Penal – historicamente avessos à presença e participação dos povos indígenas, coloca em cena a continuidade de um processo iniciado com a promulgação da Constituição Federal de 1988: a formação de um Estado que reconheça os direitos coletivos dos povos indígenas, em especial o direito à autodeterminação e ao pluralismo jurídico.

Em tempos de incentivos cada vez maiores dos governos às ditas inovações tecnológicas, exemplos como os do Júri Indígena de Roraima nos colocam a necessidade de um investimento equivalente pelo Estado em “inovações descoloniais”, é dizer, nas transformações das engrenagens estatais pela adoção de práticas mais democráticas de participação e autonomia dos povos indígenas, de modo a “cavar” por dentro do Estado as mudanças estruturais necessárias para a superação dos ranços coloniais transmutadas em vários aspectos da concepção moderna de Estado, dentre as quais a das codificações legais – como o Código Penal – e a do Poder Judiciário – aqui pensando no apego ao monismo jurídico e à soberania política estatal como preceitos que agem contra a diversidade cultural.

Pois bem, o que vemos com o procedimento adotado para a instauração de um júri indígena é parte de uma transição de caráter descolonial que está

Notas

- (1) Para uma análise completa da reforma, cf. GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (dir.). *Comentarios a la reforma del Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- (2) Para a reforma no Brasil, cf. LEITE, Alaor (org.). *Reforma penal*. São Paulo: Atlas, 2015.
- (3) BETTIOL, Giuseppe. *Instituições de direito e processo penal*. Trad. Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Coimbra Ed., 1974. p. 56 (itálico no original).
- (4) Atualmente, a relação é de 11 juízes para cada 100 mil habitantes. No Brasil, segundo relatório do CNJ, a média é de aproximadamente oito juízes para cada 100 mil habitantes.
- (5) Essa proposta não foi acatada, o art. 305 do nCPe mantém a quantidade.
- (6) Se a realidade (criminológica) justifica (ou não) a mudança ideológica, é análise que não pode, nem deve, ser feita neste trabalho.
- (7) Consideram-se faltas as penas para os crimes cuja lei prevê penas leves. São penas leves aquelas descritas no art. 33, 44, do vCPe. Em geral, corresponde à restrição de alguns direitos, como conduzir veículos, residir em determinados lugares, aproximar-se da vítima, prestar serviços à comunidade.
- (8) Cf. SSTEDH 12.02.2008, caso *Kafkaris vs. Chipre*; 03.11.2009, caso *Meixner vs. Alemanha*.
- (9) A enumeração aqui é apenas exemplificativa. Há uma série de outros requisitos conforme a natureza do crime, como, por exemplo, os crimes de terrorismo (art. 92, GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (dir.). *Comentarios a la reforma del 2*, do nCPe).
- (10) Cf. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos. Del homicidio y sus formas (art. 138 e ss.). In: GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (Dir.). *Comentarios a la reforma del Código Penal* cit., p. 451.
- (11) Observação de GONZÁLEZ CUSSAC, José L. Prologo. In: GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (Dir.). *Comentarios a la reforma del Código Penal* cit., p. 10.

Eduardo Viana

Doutorando em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pesquisador visitante na Universitat Pompeu et Fabra e na Universität Augsburg. Professor assistente na Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC) e na Faculdade Independente do Nordeste (FAINOR).

em plena vigência de disputa, não apenas para definir os direitos dos povos indígenas, mas, substancialmente, para redefinir a própria concepção de Estado. No Brasil, antecedentes de “inovações descoloniais” já existem na seara penal, como o julgamento conhecido por *Caso Macuxi*, ocorrido na Subseção Judiciária Federal de Roraima (coincidência que diz muitas coisas), no ano 2000, novamente de um caso de homicídio praticado por indígena *Macuxi* contra outra pessoa de sua própria etnia, em que os jurados – desta vez sem a presença de indígenas – reconheceram a legitimidade da punição de desterro, dada por um conselho de *tuxauas* (lideranças tradicionais), portanto, dentro das regras do sistema jurídico *Macuxi*, como sendo o suficiente para o dano causado e condição “*para isentá-lo de pena no julgamento realizado pela Justiça brasileira*” (BELTRÃO; BEGOT; LIBARDI, 2012, p. 131).

As “inovações descoloniais” são o substrato de uma era de transição, de uma *Abya Yala* (América Latina) que só muito recentemente passou a reconhecer os povos indígenas como sujeitos coletivos de direitos e com nacionalidades e/ou cidadanias diferenciadas. No plano constitucional, esse contexto de abertura foi chamado de movimento do constitucionalismo multicultural latino-americano, iniciado em 1986, com a promulgação da Constituição Federal da Nicarágua e com diferentes etapas de materialização em cada país até a atualidade.

Nesse movimento, alguns autores, como **Cletus Gregor Barié** (2008) e **Raquel Yrigoyen Fajardo** (2009), classificam a Constituição Federal brasileira de 1988 como pertencente a uma primeira linha desse constitucionalismo multicultural, cujas principais conquistas foram o reconhecimento identitário dos povos indígenas e do direito à consulta. Por isso, nossas inovações descoloniais ainda são bem “raquíticas” perto do que outros países do continente já vêm propondo, a exemplo da garantia

constitucional de representação indígena na Assembleia Nacional (equivalente ao Congresso Nacional) nas Constituições da Colômbia e da Venezuela, assim como o reconhecimento das jurisdições indígenas nas Constituições da Bolívia, Equador e México, sendo que na Bolívia aprofunda-se ainda mais o caráter inovador ao definir a obrigatoriedade de representantes indígenas na condição de juizes nas outras instâncias do Poder Judiciário e no Tribunal Constitucional Plurinacional (equivalente ao STF).

Todas essas “inovações descoloniais” estão imersas num circuito de relações de poder colonial ou de colonialismo interno que sustentam a manutenção de classificações sociais baseadas em hierarquias etnicorraciais que retroalimentam a produção da inferioridade social e da descredibilidade epistêmica dos povos indígenas. Não à toa, a decisão final do júri indígena do TJRR de absolver um dos réus e de julgar o outro pela pena mais branda (lesão corporal simples) foi interpretada pelos promotores de justiça do caso como sendo resultado passível de pedido de anulação do julgamento por destituição do corpo de jurados, pois, na alegação de um deles, Carlos Paixão, “[s]e um morador de uma favela do Rio de Janeiro comete um crime, ele vai ser julgado apenas por membros dessa comunidade? Não. Então, por que isso deveria ocorrer em uma comunidade indígena?”, segundo noticiou o *Portal G1* (COSTA, 2015).

Com tal alegação o promotor de justiça revigora, sob o argumento explícito da (im)parcialidade dos jurados, outro implícito e de implicações ainda mais graves, a de deslegitimação da força normativa da autonomia dos povos indígenas em decidir as questões de conflitos internos, portanto, da confrontação ao reconhecimento do pluralismo jurídico advindo por meio da decisão estabelecida pelo júri indígena, ainda que dentro de procedimento estatal. Logo, a crítica da (im)parcialidade retroalimenta a dúvida sobre a capacidade dos povos indígenas de decidirem sobre suas vidas – e seus conflitos – e coloca em cena uma velha ferramenta de dependência tutelar por trás da nova crítica à experiência de “inovação descolonial”.

Por outro lado, os membros do povo *Macuxi* decidiram, pouco tempo depois, realizar um julgamento interno do caso, devido não terem concordado com os argumentos colocados pela defesa e pelos promotores. Como uma liderança indígena, Júlio Macuxi, relatou ao *Portal da Folha de São Paulo*: “[c]onsideramos o júri positivo, mas demos o nosso jeito depois” (MARQUES, 2015). Há um discurso descolonial muito forte nessa afirmação e na posição adotada. Primeiramente, de questionar o conteúdo e os comportamentos dos agentes do Direito habilitados a falar pelo “outro” e a definir as informações necessárias para entendimento e julgamento do “outro”, numa crítica que revela o quanto os processos são mais importantes do que os resultados, nos diálogos interculturais, para julgar se houve ou não algo positivo para este diálogo. Em segundo, de questionar a (i)legitimidade do poder das autoridades jurídicas de julgar questões pertinentes à ordem interna dos povos indígenas.

No fundo, a liderança *macuxi* aponta que a “inovação descolonial” do júri indígena careceu do grau de autodeterminação adequado para a participação dos povos indígenas, pois a questão não era somente participar da decisão final, como foi feito, mas na produção intercultural de todo o julgamento, o que só seria feito dentro de uma lógica epistemológica, cosmológica e jurídica a partir dos referenciais culturais dos *Macuxi*, e não o contrário. O julgamento e a punição interna – expulsão por dois anos da aldeia e trabalhos comunitários

em outra aldeia – colocam mais desafios aos não indígenas, do que os próprios *Macuxi*, em relação às desestabilizações normativas e institucionais que ela provoca e que nos faz repensar os limites da legitimidade da dimensão ocidental de Estado e de Direito.

Certamente, esse é o principal problema das “inovações descoloniais”, a de como serão recebidas e confrontadas pelo *status quo* colonial, e, com isso, de até que ponto conseguirão se afirmar em tais correlações de poder. É, nas palavras de **Marcos Terena**, um dilema maior do que o do protagonismo das organizações e povos indígenas conquistado nas últimas décadas, pois “[o] grande dilema indígena é saber como a sociedade envolvente e suas autoridades se preparam para ouvir e encarar esse novo encontro” (2013, p. 55).

Por isso, o encontro com as “inovações descoloniais” é mais desafiador para os não indígenas do que para os indígenas, representa um investimento na “capacidade de ouvir” desde uma perspectiva intercultural à qual não fomos (e não estamos) preparados, mas que não é possível adiar. Certamente, nesses vários encontros há uma grande possibilidade de reencontrarmos a nossa capacidade de mudar a história e de reinventar o sentido moderno de Estado para torná-lo mais democrático e plural.

Referências bibliográficas

- BELTRÃO, Jane Felipe; BEGOT, Marjorie; LIBARDI, Estella. Povos indígenas e o direito à diferença: colonialismo jurídico versus pluralidade de direitos. In: ANNONI, Danielle (org.). *Direito internacional dos direitos humanos: homenagem à Convenção Americana de Direitos Humanos*. São Paulo: Conceito Editorial, 2012. p. 21-160.
- COSTA, Emily. Júri indígena em Roraima absolve o réu de tentativa de homicídio. *Portal G1*, 24 abr. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2015/04/juri-indigena-absolve-reu-de-tentativa-de-homicidio-e-condena-outro-em-rr.html>>.
- GREGOR BARIÉ, Cletus. El debate actual sobre autonomías en la legislación internacional: experiencias prácticas. In: SEVILLA, R.; GREGOR-STRÖBEL, J. (orgs.). *Pueblos indígenas – derechos, estrategias económicas y desarrollo con identidad*. Weingarten (Oberschwaben): Centro de Comunicación Científica con Ibero-América, 2008. p. 32-56.
- MARQUES, José. Índios classificam 1º júri feito em aldeia de ‘brutal’ e refazem sentença. *Folha de São Paulo*, 22 mai. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/05/1632330-indios-classificam-1-juri-feito-em-aldeia-de-brutal-e-refazem-sentenca.shtml>>.
- TERENA, Marcos. O movimento indígena como voz de resistência. In: VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma (orgs.). *Indígenas no Brasil: demandas dos povos e percepção da opinião pública*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2013. p. 49-64.
- YRIGOVEN FAJARDO, Raquel. Aos 20 anos da Convenção 169 da OIT: balanço e desafios da implementação dos direitos dos povos indígenas na América Latina. In: VERDUM, Ricardo (org.). *Povos indígenas, Constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009. p. 9-62.

Assis da Costa Oliveira

Professor de Direitos Humanos e Coordenador do Curso de Licenciatura e Bacharelado em Etnodesenvolvimento da Universidade Federal do Pará, Campus de Altamira.

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661

COORDENADOR-CHEFE: José Carlos Abissamra Filho

COORDENADORES ADJUNTOS: Arthur Sodré Prado, Fernando Gardinali e Guilherme Sugumiori Santos.

CONSELHO EDITORIAL:

Acacio Miranda da Silva Filho, Alberto Alonso Muñoz, Alexandre Pacheco Martins, Alexandre Soares Ferreira, Amélia Emy Rebouças Imasaki, Anderson Bezerra Lopes, André Azevedo, André Ricardo Godoy de Souza, Andre Pires de Andrade Kehdi, Andrea Cristina D'Angelo, Antonio Baptista Gonçalves, Arthur Sodré Prado, Átila Pimenta Coelho Machado, Bruna Nascimento Nunes, Bruno Salles Pereira Ribeiro, Bruno Redondo, Carlos Alberto Garcete de Almeida, Carlos Domênico Viveiros, Caroline Braun, Cecília de Souza Santos, Cecília Tripodi, Cláudia Barrilari, Christiany Pegorari, Conrado Almeida Corrêa Gontijo, Daniel Allan Burg, Daniel Del Cid, Daniel Kignel, Daniel Leonhardt dos Santos, Danilo Dias Ticami, Danyelle da Silva Galvão, Dayane Fanti, Décio Franco David, Douglas Lima Goulart, Eduardo Augusto Paglione, Edson Roberto Baptista de Oliveira, Eleonora Rangel Nacif, Evandro Camilo Vieira, Fabiana Zanatta Viana, Felipe Mello de Almeida, Fernanda Balera, Fernanda Carolina de Araújo, Fernanda Regina Vilares, Fernando Gardinali, Fernando Lacerda, Felício Nogueira Costa, Flávia Guimarães Leardini, Gabriel Huberman Tyles, Giancarlo Silkunas Vay, Guilherme Lobo Marchioni, Guilherme Silveira Braga, Guilherme Sugumiori Santos, Hugo Leonardo, Ilana Martins Luz, Jacqueline do Prado Valles, Jamil Chaim Alves, Jorge Miguel Nader Neto, José Carlos Abissamra Filho, José

Roberto Coelho de Almeida Akutsu, Karlis Mirra Novickis, Larissa Palermo Frade, Leopoldo Stefanino Gonçalves Leone Louveira, Leonardo Biagioni de Lima, Luis Gustavo Veneziani Sousa, Marcel Figueiredo Gonçalves, Marco Aurélio Florêncio Filho, Maria Carolina de Moraes Ferreira, Maria Jamile José, Mariana Chamelette, Matheus Herren Falivene de Sousa, Matheus Silveira Pupo, Milene Cristina Santos, Matheus Herren Falivene de Sousa, Milene Maurício, Octavio Augusto da Silva Orzari, Paola Martins Forzenigo, Paulo Sergio Guardia Filho, Pedro Augusto de Padua Fleury, Pedro Beretta, Pedro Castro, Rachel Lerner Amato, Rafael Carlsson Gaudio Custódio, Rafael Fecury Nogueira, Rafael Lira, Rafael Tiago da Silva, Renato Stanzola Vieira, Ricardo Caiado Lima, Rodrigo Nascimento Dall'Acqua, Rogério Fernando Taffarello, Sônia Zattar, Sérgio Salomão Shecira, Taisa Fagundes, Tatiana de Oliveira Stoco, Thais Paes, Theodoro Balducci de Oliveira, Vinicius Gomes de Vasconcellos, Vinicius Lapetina, Wilson Tavares de Lima e Yuri Felix.

COLABORADORES DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA:

Arthur Martins Soares, Bruna Torres Caldeira Brant, Bruno Maurício, Daniel Del Cid, Fábio Suardi D'Elia, Felício Nogueira Costa, Gabriela Rodrigues Moreira Soares, Giancarlo Silkunas Vay, Greycy Tisaka, Guilherme Sugumiori Santos, Jairton Ferraz Júnior, José Carlos Abissamra Filho, Juliana Sette Sabbato, Leopoldo Stefanino Leone Louveira, Mariana Helena Kapor Drumond, Matheus Silveira Pupo, Michelle Pinto Peixoto de Lima, Milene Maurício, Milton Alexandre do Nascimento, Paula Mamede, Pedro Luiz Bueno de Andrade, Rafael Carlsson Gaudio Custódio, Renato Silvestre Marinho, Renato Watanabe de Moraes, Ricardo Mamoru Ueno, Roberta Werlang Coelho Beck, Sônia Zattar,

Stephan Gomes Mendonça, Suzane Cristina da Silva, Thais Marcelino Resende, Vivian Peres da Silva e Wilson Tavares de Lima.

COMISSÃO DE ATUALIZAÇÃO DO VOCABULÁRIO BÁSICO

CONTROLADO (VBC): Alberto Silva Franco, Maria Cláudia Gírotto do Couto, Renato Watanabe de Moraes e Suzane Cristina da Silva.

PROJETO GRÁFICO: Lili Lungarezi - liliungarezi@gmail.com

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

REVISÃO: Microart - Tel.: (11) 3013-2309
microart@microart.com.br

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

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

Tiragem: 11.000 exemplares

ENDEREÇO DO IBCCRIM:

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

Fim dos autos de resistência: mais do que uma mudança legislativa, uma mudança de postura dos operadores do Direito

Nicolas Bortolotti Bortolon

O fim dos chamados “autos de resistência” está na pauta da maioria das organizações de promoção e defesa dos Direitos Humanos no país. A condensação dos anseios desse grupo pode ser simbolizada pelo PL 4.471/2012, de autoria dos Deputados Federais Paulo Teixeira – PT/SP, Fabio Trad – PMDB/MS, Delegado Protógenes – PCdoB/SP e outros, em trâmite na Câmara dos Deputados.

O referido projeto de lei, como já noticiado no *Boletim IBCCrim* 265,⁽¹⁾ de dezembro de 2014, promove importantes alterações no Dec.-lei 3.689, de 03.10.1941 – Código de Processo Penal (notadamente nos arts. 161, 162, 164, 165, 169 e 292), prescrevendo normas específicas de investigação e especialmente da autópsia do corpo da vítima em casos em que haja envolvimento de agentes do Estado, bem como para tornar obrigatória a instauração de inquérito policial quando, nos casos de resistência à prisão ou ao cumprimento de ordem judicial, houver ofensa à integridade corporal ou à vida do resistente.

Busca-se, com isso, retirar o Brasil do quadro estatístico superativo de grandes conflitos armados mundiais recentes e também superior às estatísticas de letalidade dos países em que a pena de morte é prevista e executada como pena legalmente cominada.

Segundo **Orlando Zaccone** (Delegado da Polícia Civil do Rio de Janeiro que investigou o caso da morte do pedreiro Amarildo), em entrevista concedida à *Revista Caros Amigos*, n. 217, de abril de 2015,⁽²⁾ “a Anistia Internacional afirma que no ano de 2011, vinte países com pena de morte executaram, juntos, 640 pessoas. Só não tinham os dados da China. Nesse mesmo ano, as polícias do Rio de Janeiro e São Paulo mataram mais de 900 pessoas, 40% a mais que todos os países com pena de morte”. **Zaccone** aponta o crescimento da letalidade da PMRJ: em 1993, com 150 pessoas mortas no Rio de Janeiro, por meio de ações policiais; em 1994, 200; em 1995, 350; em 1996, 390; em 1997, 300. “Quando chega no ano 2000 começa a crescer e chega a 445 e, em 2002, o número chegou a 900 mortes. E nos anos seguintes ficam sempre acima de mil, até chegar em 2007 com 1.330”.

Já de acordo com o editorial do referido *Boletim do IBCCrim*, “segundo dados do 8.º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, ao menos seis pessoas foram mortas por dia por agentes policiais em 2013”. Esse mesmo Anuário aponta que, em cinco anos, os policiais brasileiros mataram 11.197 pessoas. Mais do que os policiais americanos mataram nos últimos 30 anos. “Dessa forma, percebe-se claramente que a Polícia brasileira é letal, matando mais do que os diversos palcos de guerras recentes pelo mundo. No massacre ocorrido na Faixa de Gaza no corrente ano, houve 2.016 mortes, ou seja, 316 mortes a menos do que as perpetradas por policiais no Brasil”.

Essas mortes, como todos sabemos, são geralmente atuadas no contexto de “resistência” (ilegal) à ação do Estado e arquivadas, sob o fundamento da legítima defesa.

De acordo com o professor da UFRJ, **Michel Misse**, 90% dos processos de autos de resistências são arquivados em menos de três anos. Na pesquisa⁽³⁾ empreendida sobre esse tema pelo ilustre professor constatou-se que todos os autos de resistência instaurados em 2005 foram arquivados em 2008. Por arquivamento leia-se: inexistência de perseguição penal contra os autores da morte, agentes policiais do Estado.

Desenvolvendo sua tese de doutorado sobre o mesmo assunto, **Zaccone** observou que “o que está em jogo não é a forma como a ação policial se deu, mas a condição do morto como inimigo matável, perigoso. Porque não tem provas técnicas para tentar reconstituir o que aconteceu de fato, então, o que passa a ser considerado são os antecedentes penais do morto e quando não há antecedente, se faz um inventário moral do morto, por meio de oitiva de parentes. Também fiquei impressionado como um dos fundamentos para

o arquivamento é que a ação ocorreu dentro de ‘comunidades faveladas’, para citar a expressão que usam. Se a pessoa que morreu tiver uma notação criminal, mesmo que ele tiver oito tiros nas costas ou dois à queima-roupa na nuca, isso não vai ser questionado. E o pior é que quem escreve isso é um promotor de Justiça. O policial faz o trabalho sujo de apertar o gatilho, mas é uma pessoa do Direito que vai dizer que essa morte é legal”.

Essa última afirmação do delegado parece-me a mais importante. Ainda que sejam necessárias as modificações da legislação para permitir o fim dos “autos de resistência” como ferramenta de impunidade e de proteção à política genocida do Estado brasileiro – em especial contra sua população mais jovem, de pele mais escura e renda mais baixa –, do que o PL 4.471/2012 representa importante passo evolutivo, tal medida será inócua ou pouco eficaz se os operadores do Direito não internalizarem a sua razão de ser. Como até agora têm se mostrado outras alterações legislativas, a exemplo da Lei 12.403/2011, que incluiu diversas medidas alternativas à prisão na lei processual penal, se delegados, promotores, juízes e tribunais resistirem à sua aplicação, procurando subterfúgios legais para sua não aplicação, todo o escopo da norma estará perdido. O alto índice de prisões preventivas decretadas como primeira medida cautelar no processo penal, mesmo após o advento da Lei 12.403/2011, mostra exatamente isso.

Nesse sentido, a aprovação do PL 4.471/2012 é urgente, mas a mudança de postura dos profissionais do Direito é imprescindível para que a lei tenha efetividade e, desde já, à concretização da extirpação da pena de morte do dia a dia do Brasil, principalmente nas comunidades faveladas, em consonância com sua abolição em nosso ordenamento jurídico. Um último exemplo de que essa mudança de postura ainda não ocorreu de forma significativa e ainda encontra forte resistência das autoridades: o delegado **Zaccone**, após investigar o desaparecimento do pedreiro Amarildo e apontar diversos indícios de homicídio praticado por agentes do Estado, recebeu o “prêmio” de ser transferido para a Delegacia de Acervo Cartorário do Rio de Janeiro, que não faz registros, que não tem inquéritos novos, que só trabalha com investigações antigas, oriundas de delegacias que se transformaram em delegacias legais. Nas palavras do delegado, “até o caso Amarildo eu não tinha problemas, mas depois de ter defendido e colocado em prática aquilo que estudava na academia, percebi um certo olhar direcionado a mim, um olhar de quem diz ‘esse cara é um pouco perigoso’”.

Que a aprovação do projeto de lei, além de reduzir o grave quadro de violência estatal de nosso país, permita que profissionais dos órgãos de investigação policial comprometidos com o Direito possam defender e colocar em prática tudo aquilo que estudaram e, mais, tudo aquilo em que acreditam.

Notas

- (1) ISSN 1676-3661.
- (2) ISSN 1414-221X.
- (3) Disponível em: <<http://www.necvu.ifcs.ufrj.br/images/Relatorio%20final%20Autos%20de%20Resist%20C3%AAncia.pdf>>.

Nicolas Bortolotti Bortolon

Aluno especial do curso de mestrado em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo – UFES.
Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo.
Defensor público federal, titular do 1.º Ofício Criminal da Defensoria Pública da União em Vitória/ES.

Curitiba, 29 de abril de 2015: O massacre dos servidores públicos paranaenses e o direito de resistência em face do Estado penal

Andressa Paula de Andrade e Gustavo Noronha de Ávila

No dia 29 de abril deste ano, o *massacre dos servidores públicos paranaenses* galgou espaços nacionais e internacionais. Não se tem conhecimento de tamanha barbárie estatal desde as *Jornadas de Junho de 2013*, em que restou consignado que, apesar de o direito de liberdade de expressão e associação constar taxativamente na Constituição Federal, o Estado repeliu de forma truculenta as ações dos manifestantes.

O episódio ocorrido no Paraná segue no mesmo sentido, a saber, revelando que há uma obstaculização ao(s) indivíduo(s) e/ou grupos de acesso às instâncias oficiais de poder – punição primária – e, por conseguinte, uma punição secundária consistente na repressão, segregação e desmantelamento das causas originárias e motivadoras das manifestações promovida – a punição – por essas mesmas *instâncias oficiais de poder* legitimadas por interpretações solipsistas e um sistema jurídico-penal autorreferente e alheio aos movimentos sociais. Exemplificando: no caso paranaense, a ordem consistente em assegurar a segurança da votação do projeto que alterava a previdência dos funcionários paranaenses convocou – pasmem! – mais de 1.000 homens da Polícia Militar do Paraná, muitos deles oriundos do interior do Estado para protagonizar o que denominaremos de *Cerco à Assembleia Legislativa do Paraná* ou *Estrangulamento dos Fundamentos Republicanos* – vide art. 1.º, parágrafo único, da CF.

Para permitir uma reflexão mais transcendente, primeiramente, cabe ressaltar que o que permitiu legalmente (?) o *Cerco à Assembleia Legislativa do Paraná* foi uma Ação de Interdito Proibitório em virtude da ameaça à posse (o autor deve ser o possuidor direto ou indireto) do local. Em uma interpretação literal ao dispositivo legal que autoriza o manejo dessa ação, é possível coadunar que, de fato, o direito de posse estava sendo posto em ameaça ou se encontrava na iminência de ser turbado. Entretanto, dissentindo dessa leitura e a partir de uma interpretação lógico-sistemática, temos que as pessoas que ali estavam é que eram detentoras da posse, eis que os parlamentares que ocupavam a Assembleia eram investidos de poder legiferante outorgado por aqueles que buscavam ocupar as galerias do local para o acompanhamento do projeto que lhes interessava diretamente. Esse distanciamento constitucional levou aos posteriores atos ignóbeis.

Ainda que exista um sem-número de materiais documentados em fotos, vídeos e entrevistas sobre o dantesco episódio tirânico⁽¹⁾ em que se viu um Estado verdadeiramente militarizado e capaz de ferir corpos (mais de 200!), o psíquico, a memória regional e nacional, a reflexão deve ser realizada pelas Ciências Penais para uma verdadeira resposta diante dos eventos. A partir disso enuncia-se que os eventos não conduzem somente a uma análise sobre as categorias do delito (tipicidade, ilicitude e culpabilidade) e quais as eventuais responsabilidades penais dos autores do evento. Antes, há de se fazer a análise de como o sistema jurídico e, especialmente, o Direito Penal servem de manutenção ao *status quo*. O paradigma do Direito Penal atual é o da identificação com a lei e a dogmática penal, racionalizadora do poder punitivo estatal e assim identificada como “garantista”, esvaziando qualquer possibilidade de análise política (o poder penal do Estado), quanto do Direito (Penal), que o instrumentaliza e acaba se legitimando sob o manto da legalidade.⁽²⁾ Em suma, é pela Lei e por meio da Lei que o Direito Penal se realiza.

Sob a alegação da existência de integrantes do movimento *Black Block*⁽³⁾ (o que se sabe minimamente sobre esse grupo é que ele desafia o *establishment*), que teriam iniciado as agressões ao cordão de isolamento feito por mais de 1.000 homens da Polícia Militar que garantia a manutenção

do cumprimento da ordem proferida no interdito proibitório, bem como realizado danos ao patrimônio público, o Centro Cívico de Curitiba se transformou em uma verdadeira praça de guerra. O que ocorre é que estamos diante da passagem da biopolítica para a ecológica. A primeira se caracteriza pela disciplina e a segunda significada pelos “controles planetários”. Determinadas bandeiras supraideológicas hodiernas, como a ecologia e a segurança pública, sustentarão o *status quo* e a governança por meio do crime, do controle e a manutenção da configuração política.

Precisamos saber: os soldados não apertaram seus gatilhos sozinhos. Os cidadãos docilizados e sedentos por direitos, pois a única forma de obtê-los é por meio do próprio Estado, tendem a ser adestrados por ele. Esta é a chamada *governamentalidade* de Foucault.

Essa ordem, que não pode ser violada e se mantém pelos seus preceitos que são tidos como postulados absolutos e mantenedores da conjuntura atual, é capaz de submeter policiais militares ao mesmo treinamento e ao código de conduta das Forças Armadas. Nesse cenário, o inferior hierárquico responde pelo descumprimento de ordem de seu superior (vide arts. 163 e 301 c/c art. 38, ambos do CPM), o que pode levar ao cumprimento de ordens absurdas ainda que o limite seja a *legalidade da ordem proferida* – o que abre um leque de interpretações e discussão do significado de “legalidade” e a que esse conceito se destina.

Outrossim, como o Estado é detentor do discurso do que é legal ou ilegal juridicamente – Teoria Jurídica Monista –, o Direito de Resistência⁽⁴⁾ não encontra eco entre as constituições modernas e, do aspecto penal, tal faculdade pode ser criminalizada⁽⁵⁾ e sancionada de forma rigorosa, a exemplo do delito de *desobediência* (art. 330 do CP). A razão é simples: não se possibilita que haja dissonância diante da ordem legalmente estabelecida e, sendo o sistema jurídico *autorreferente*, a possibilidade de sanção e segregação aos dissidentes é iminente.

Nas palavras de Norberto Bobbio, “... *contrária à obediência, a resistência compreende todo comportamento de ruptura contra a ordem constituída, que ponha em crise o sistema pelo simples fato de produzir-se, como ocorre num tumulto, num motim, numa rebelião, numa insurreição, até o caso limite da revolução; que ponha o sistema em crise, mas não necessariamente em questão*”.⁽⁶⁾ Acrescenta-se a isso que o Direito de Resistência sempre estará presente em um momento de opressão – origem e cerne de todo o conceito de resistência. Soma-se a isso que o aludido direito e suas variantes, ao reconhecer um episódio de opressão e resistir a ele, resgata a fonte formadora do poder, as quais deverão incorporar as demandas travadas para que possa sobreviver e manter sua coesão. Ao resistir à injustiça da lei, não se reconhece mais a autoridade soberana e seu poder de vinculação.⁽⁷⁾

Em tempos de *alienação legal*, em que o Direito não representa uma expressão da vontade comunitária e os mecanismos de controle e as sanções penais são manejados para a manutenção da debilidade jurídica, é esperado que as supostas violações representem reações compreensíveis produzidas por certos grupos, diante de um sistema jurídico dotado de um hermetismo que ignora e marginaliza tais demandas.⁽⁸⁾ O que coloca sob tensão os manifestos levantados com o ordenamento jurídico é a fragilidade dos mecanismos cognitivos de reconhecimento de legitimidade ao direito de resistir, sem a utilização da dogmática penal como instrumento de criminalização dos agentes, além da manutenção das estruturas políticas e do controle estatal formal. Em conjunto, surgem os estereótipos de “baderneiros”, “vândalos” e “vagabundos” na tentativa de um discurso retórico de associação dos protestos a eventos criminais e, obviamente, na

manutenção de comportamentos desejáveis e não desviantes.

O episódio fatídico ocorrido no Paraná deixa a todos a necessidade de repensar as fissuras do ordenamento jurídico e expandir o debate para os fundamentos que sustentam o sistema jurídico-penal e em que momento tais postulados não se chocam com a possibilidade de oposição às atuações de violência institucionalizada – em sentido amplo – por meio do Estado.

É necessário resistir. É necessário apontar onde estão os restos autoritários que, quando fundidos à ideologia do controle, produzem o horror. Agindo dessa forma, o próprio Estado se transforma em terrorista. Mais: trata-se de um terrorismo *qualificado*, pois impossibilita a defesa das vítimas e age sob o manto conveniente da legalidade. Curitiba, 29 de abril de 2015: o dia em que o *massacre* dos servidores públicos paranaenses reaviva o Direito de Resistência em face do Estado militarizado, hermético e autorreferente.

Notas

- (1) “A particularidade a respeito das formas tradicionais de tirania consiste em que prevalece a violência física, estabelecendo-se uma situação de medo permanente: não resulta difícil perceber a condição deste regime. Em vez disso, a nova tirania não é violenta, se se entende por violência como emprego de força física e até mesmo pode se dar por meio do sentimento de angústia existencial, embora não provoque uma aparente sensação de medo ante ao poder como estado habitual, posto que quem decide é a opinião pública enquanto sistema” (NEGRO PAVÓN, D. Derecho de resistencia y tiranía. *Anales del Seminario de Metafísica*, núm. extra, p. 699, Madrid: Ed. Complutense, 1992 – tradução nossa).
- (2) Cf. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. O direito penal e o político: do limite do poder penal ao poder penal sem limite. *Boletim IBCCrim*, n. 240, v. 20, p. 13, São Paulo, 2012.
- (3) Apesar das declarações do então Secretário de Segurança Pública Fernando Francischini e do próprio Governador Carlos Alberto Richa de que havia naquele espaço alguns integrantes do movimento *Black Block* e de que eles haviam sido detidos, as afirmações não se confirmaram. As pessoas encarceradas – em número aproximado de 17 – eram professores e demais servidores do Estado, sem qualquer envolvimento com a ideologia referenciada.
- (4) “(...) fica patente que a faculdade de resistir à opressão dos governos não é, em rigor, um direito subjetivo. Tal faculdade, glorificada muitas vezes em períodos revolucionários, desaparece das legislações nas épocas de paz. Em regra,

nenhuma lei a garante. Pelo contrário: as leis a consideram crime e a reprimem, fixando penas, às vezes gravíssimas, para aqueles que ousarem exercê-la. Mas mesmo quando alguma lei a consagra como direito, impossível será, sob pena de incongruência, acreditar numa tal consagração. Pois nenhum governo reconhecera que exerce opressão. Em consequência, nenhum governo dará o apoio de sua força à resistência que se fizer a suas ordens. A faculdade de resistir à opressão terá que se apoiar em outras forças. E isto é suficiente para deixar demonstrado que essa faculdade não é um direito, no sentido técnico da palavra” (cf. TELLES JÚNIOR, Gofredo da Silva. Resistência violenta aos governos injustos. *Revista da Faculdade da Universidade de São Paulo*, v. 50, p. 200 e ss., São Paulo, 1955).

- (5) Vale citar o pensamento de John Rawls: “Se a desobediência civil parece ameaçar a concórdia civil, a responsabilidade não recai sobre quem protesta, mas sobre aqueles cujo abuso da autoridade e do poder justifica tal oposição, pois empregar o aparato coercitivo do Estado para manter instituições injustas é, em si, uma forma de força ilegítima a qual os homens têm o direito de resistir no momento apropriado” (RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 485).
- (6) Cf. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 144.
- (7) Vide LUCAS, Douglas Cesar. Direito de resistência e desobediência civil: história e justificativas. *Revista Direito em Debate*, v. 8, n. 13, p. 50-51, Ijuí, 1999.
- (8) GARGARELLA, Roberto. La última carta. El derecho de resistencia en situaciones de alienación legal. *SELA (Seminario em Latinoamérica de Teoria Constitucional y Política)*, New Haven, University of Yale, 2003, p. 63 e ss.

Andressa Paula de Andrade
Pós-graduanda em Ciências Penais pela
Universidade Estadual de Maringá.
Bacharela em Direito pela Universidade
Estadual de Maringá (UEM-PR).
Advogada.

Gustavo Noronha de Ávila
Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela PUC-RS.
Professor do Mestrado em Ciência Jurídica no Unicesumar.
Advogado.

A homologação dos acordos de colaboração premiada e o comprometimento da (justa) prestação jurisdicional

Daniel Del Cid

Instituto de *controvertida* aplicação a *estampar duvidosa verdade real quanto à autoria*⁽¹⁾ e fatos traz uma tormentosa abordagem acerca das decisões de homologação desses acordos pelo magistrado e a sua posterior utilização na sentença sem que haja comprometimento da cláusula de promessa constitucional (*due process of law*) por ruptura da imparcialidade do julgador.

A Lei 12.850/2013 trouxe diversos benefícios, dentre os quais autoriza o juiz a concessão do perdão judicial, a redução em até 2/3 da pena

Se os requisitos legais do acordo são os mesmos requisitos obrigatórios da denúncia e o próprio magistrado exerce um poder de controle na homologação desse acordo, a lei obriga o magistrado a receber a denúncia...

privativa de liberdade ou substituição por restritiva de direitos, desde que esteja condicionado, obrigatoriamente, a um ou mais resultados.⁽²⁾ Esses resultados estão elencados em um rol taxativo que se resume à identificação de coautores e partícipes; descrição da estrutura hierárquica e divisão de tarefas; prevenção; recuperação do proveito do crime e localização de eventuais vítimas.

Ocorre que, para que a homologação seja válida, o juiz estará vinculado aos pressupostos da regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo recusar a homologação do acordo na ausência destes pressupostos. Daí que surge o primeiro problema, pois para o juiz aferir a regularidade do acordo estará estritamente vinculado aos incisos do art. 4.º da lei que por igual estão vinculados à exigência legal de descrição da denúncia como proposta de modelo de sentença.

Assim, se a lei obriga ao magistrado verificar a existência eficaz da identificação dos coautores e partícipes (quem?), a revelação da estrutura (como?), a prevenção das infrações penais decorrentes e a localização de eventual vítima (onde?) e a recuperação total ou parcial do produto ou

proveito (por quê?), não há dúvidas de que estará fazendo, primeiramente, um juízo prévio de recebimento da denúncia imposto pela própria lei.⁽³⁾ E a lei esclarece, ainda, que o juiz poderá recusar a homologação da proposta que não atender aos requisitos legais, impondo, mais uma vez, que os termos do acordo contenham a descrição de todos os fatos e circunstâncias, nos mesmos moldes da inicial acusatória. É uma imposição legal!

Então, significa dizer que, ao receber e homologar o acordo de colaboração premiada, o juiz estará, logicamente, se comprometendo, num primeiro momento, ao recebimento da denúncia de delator e delatados, e, em outro momento, a uma sentença condenatória, pois possui natureza de direito material, sendo condicionada sua aplicação lógica e cronologicamente a um prévio juízo condenatório.⁽⁴⁾

Problema este identificado e analisado pela professora **Heloisa Estellita**, que foi mais adiante, advertindo que “*tal proceder implica duplo julgamento antecipado do mérito da ação penal: a) o juízo de condenação; b) o juízo acerca da presença dos requisitos legais para a aplicação da causa de diminuição da pena.*”⁽⁵⁾ E continua a autora apontando o ponto nevrálgico do problema: “*A homologação de acordo pelo magistrado implica em dupla violação aos cânones mais básicos do due process of law: de um lado retira-lhe a imparcialidade objetiva e, de outro, impede o desenvolvimento contraditório do processo.*”⁽⁶⁾

Fica completamente alijada a defesa de apresentar qualquer estratégia defensiva, sendo que o julgador já se comprometeu a aceitar a denúncia, pois completamente vinculado ao acordo homologado, não podendo ser descartada a hipótese de o juiz entender não preenchidos os requisitos legais, podendo “*adequá-la ao caso concreto*”,⁽⁷⁾ devolvendo às partes para emendar o acordo, num verdadeiro juízo de paranoia, violando o sistema acusatório, permitindo a participação *ativa* do juiz na formulação da acusação.

A lei, num primeiro momento, retira do magistrado a possibilidade de rejeição da denúncia e aplicação da absolvição sumária (arts. 395, I a III, e 397, I a III), e, em outro momento, retira também a possibilidade de absolvição do(s) réu(s), nos termos do art. 386, I a VII. E isso ocorre porque, ao homologar o acordo, o magistrado já faz um juízo preliminar da acusação que antecede a denúncia, exercendo um juízo de controle da acusação. Se os requisitos legais do acordo são os mesmos requisitos obrigatórios da denúncia e o próprio magistrado exerce um poder de controle na homologação desse acordo, a lei obriga o magistrado a receber a denúncia ou, sob outro ponto de vista, ao menos, impede que o magistrado rejeite a denúncia pela ausência de algum dos requisitos que ele mesmo já homologou como satisfeitos. Como o juiz irá rejeitar a denúncia, por exemplo, por inépcia se a descrição dos fatos e circunstâncias são pressupostos obrigatórios para a homologação do acordo? Isso acontece também na análise da justa causa ou, ainda pior, em caso de absolvição sumária. Como o juiz irá rejeitar a denúncia e absolver sumariamente o(s) réu(s) dizendo que “o fato narrado não constitui crime”, sendo que na homologação do acordo ele próprio já aceitou os fatos narrados como descrição típica do ilícito?

A atuação do julgador está completamente vinculada ao acordo, não podendo rejeitar a denúncia, receber parcialmente ou absolver sumariamente em relação aos delatores e delatados! Atuação esta que desafia qualquer *posizione di assoluta neutralità psichica*,⁽⁸⁾ em que a própria lei coloca o julgador em um quadro mental paranoico,⁽⁹⁾ denominando **Cordero** tal síndrome como a primazia da hipótese sobre os fatos,⁽¹⁰⁾ em que se abre ao juiz a “*possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a ‘sua’ versão, isto é, o sistema legítima a possibilidade da crença no imaginário, ao qual toma como verdadeiro.*”⁽¹¹⁾ A lei cria um verdadeiro quadro de esquizofrenia probatória judicial, pois o juiz está psicologicamente condicionado a não apreciar bem as teses opostas e ratificar o conteúdo da homologação, mesmo porque a própria lei estabelece que *a sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia*,⁽¹²⁾ privando delator e delatados de *garantias básicas do devido processo legal*,⁽¹³⁾ retirando de uma só vez a imparcialidade objetiva do julgador e o contraditório entre as partes.

A imparcialidade⁽¹⁴⁾ – analisada como o princípio supremo do processo⁽¹⁵⁾ garantida implicitamente pela cláusula do devido processo

legal e não, tão somente, pela garantia do juiz natural⁽¹⁶⁾ –, a rigor, difere de “ser parte”. Nesse sentido, **Goldschmidt** distingue *parcialidad* de *parcialidad*: “*Parcial significa ser parte; parcial da a entender que se juzga con prejuicios (...)* *La imparcialidad consiste en poner entre paréntesis todas las consideraciones subjetivas del juzgador. Éste debe sumergirse en el objeto, ser objetivo, olvidarse de su propia personalidad.*”⁽¹⁷⁾ A *parcialidad* significa um estado subjetivo, emocional, um estado anímico do julgador. A imparcialidade corresponde exatamente a essa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como órgão supraordenado às partes ativa e passiva. Mais do que isso, exige uma posição de *terzietà*,⁽¹⁸⁾ um estar alheio aos interesses das partes na causa. **Paolo Tonini** discorre que “*L'imparzialità del giudice non è una qualità innata o carismática della quale egli è dotato in virtù del fatto che ha vinto un concorso pubblico e svolge un determinato ufficio. La storia ci insegna che l'imparzialità, perchè sai 'effettiva', deve essere fondata sui seguenti principi: 1) La soggezione del giudice alla legge; 2) La separazione delle funzioni processuali; 3) La presenza di garanzie procedurali che permettano di estromettere il giudice che sai (o appaia) parziale.*”⁽¹⁹⁾ Continua o mestre italiano, “*a garantia de imparcialidade somente pode ser definida negativamente (como não parcialidade) sobre a base de dois critérios: a 'terzietà' ('terceiro qualificado') e a 'imprejudicatezza', assim expressos: a) há 'terceiro qualificado' quando ausente qualquer ligação com uma das partes ou com o objeto de decidir; b) a situação psíquica de 'não prejulgamento' há quando uma pessoa já não expressou precedentemente um juízo sobre a responsabilidade do imputado.*”⁽²⁰⁾

Dessa forma, o juiz não deve ser confundido com as partes, pois assume uma posição de terceiro, contraditor, responsável, todavia, pela sua regularidade na produção probatória processual (procedimento em contraditório). Aliada à ideia de que a essência do contraditório exige um “interessado” e um “contrainteressado” que exerçam seu direito a *informazione e reazione*⁽²¹⁾ em situação de simétrica paridade⁽²²⁾ de participação, buscando influenciar o destinatário final de sua pretensão, vê-se que a defesa sempre restará frustrada, isso porque as partes não estarão em absoluta igualdade de oportunidades na *captura psíquica*⁽²³⁾ do juiz. Assim como o pesquisador científico, o juiz deve estar mentalmente disposto a receber e conhecer todas as teses existentes para, ao final, analisar e concluir sua decisão em provimento jurisdicional.

Esse desequilíbrio se dará não apenas na decisão final, mas em todo o procedimento, violando a paridade em contraditório colocando a defesa em desvantagem por não conseguir oferecer (ao juiz) o pensamento ao repensamento da pretensão deduzida (*convicium*). Visivelmente percebido pelo seu olhar, pelos seus gestos, pelo teor das perguntas certas às testemunhas, o juiz repetidamente prova sua apatia para com esta ou qualquer outra posição, comprometendo, assim, sua imparcialidade (objetiva⁽²⁴⁾). O contraditório será exercido apenas pelo direito à *informazione*, sendo comprometido seu direito ao *convicium* pelas vias próprias das *reazione*.

A atuação do juiz deve estar alinhada a um *desinteresse subjetivo*,⁽²⁵⁾ decidindo com certa apatia que lhe permita encontrar o ponto de equilíbrio justo para decidir, levando em consideração todas as provas e argumentações que as partes oferecem, sem que essa atuação seja praticada com indiferença, pois as partes devem ter a certeza de que seus argumentos foram analisados.

A imparcialidade não é uma qualidade marcante, inata ao magistrado medida por seu prestígio intelectual, moral e religioso. A boa-fé e a lealdade de atuação são insuficientes como presunções e não salvaguardam a garantia de imparcialidade do juiz. Essas atitudes se traduzem mais em um romantismo utópico, que, na prática, muito pouco tem limitado a mania recorrente do juiz de assumir funções inquisitoriais e impróprias dentro de um sistema acusatório.

Homologado o acordo, o magistrado estará comprometido com os termos do acordo e com a tese acusatória, ficando absolutamente contaminado com seu teor, prejudicando o desenvolvimento do processo, impedindo que se entregue uma sentença comprometida com a promessa constitucional de seu justo e devido processo legal.

Em outras palavras, a homologação do acordo de delação premiada

estimula e obriga o juiz a já intervir, em fase preliminar, valorando todos os elementos de prova, exibindo sinais fortes, objetivos e contundentes de sua parcialidade, forçando um nítido interesse subjetivo na condução do processo, impedindo a apreciação do contraditório pela defesa em que o juiz ficará refém de seu subconsciente.

O Estado deve assegurar uma neutralidade processual na entrega da prestação jurisdicional sem comprometer a imparcialidade do juiz.

Assim, a nosso ver, o juiz que homologou o acordo deve ser impedido de prosseguir na condução do processo pela falta de um dos elementos básicos do *due process of law*.⁽²⁶⁾ A imparcialidade como princípio supremo do processo e garantia fundamental implícita no devido processo legal deve ser preservada a todo custo. Para que haja uma prestação jurisdicional, esta deve ser, acima de tudo, justa⁽²⁷⁾ e devida, caso contrário haverá um comprometimento pela impossibilidade de entrega da justa prestação jurisdicional, pela ausência de um de seus elementos básicos (art. 5.º, LIV e LV, da CF/1988).

Uma solução paliativa seria encaminhar o acordo de delação premiada para outro magistrado distante da causa, *como procedimento incidental*, possibilitando a atuação de um juiz civil que possa homologar esse acordo nos mesmos moldes da homologação de acordo civil ou, ainda, a outro juiz de vara criminal que homologue o acordo em hipótese semelhante aos termos da transação penal, a fim de garantir a imparcialidade do juiz que atuará na condução do processo principal, tema este que será tratado em outra oportunidade.

Notas

- (1) STF, Extração 1.085, Tribunal Pleno, rel. Min. Cezar Peluso, j. 16.12.2009, DJe 15.04.2010, voto proferido pelo Min. Marco Aurélio.
- (2) A lei estabelece nos incisos do art. 4.º: I – a identificação dos demais coautores e partícipes da organização; criminosos e das infrações penais por eles praticadas; II – a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III – a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV – a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V – a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.
- (3) Em reiteradas decisões, destaca-se voto preferido pela em. Min. Maria Thereza de Assis Moura: “Como se tem reiteradamente afirmado, a denúncia deve traduzir os sete elementos do injusto, indispensáveis à adequação de qualquer fato criminoso, conforme magistério doutrinário, a saber: a) Quem praticou o delito (quis)? b) Que meios ou instrumentos empregou? (quibus auxiliis)? c) Que malefício, ou perigo de dano, produziu o injusto (quid)? d) Que motivos o determinaram à prática (cur)? e) Por que maneira praticou o injusto (quomodo)? f) Em que lugar o praticou (ubi)? g) Em que tempo, ou instante, deu-se a prática do injusto (quando)?” (HC 69.018/SP, 6.ª T., rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 03.09.2009, DJe 19.10.2009).
- (4) ESTELLITA, Heloisa. A delação premiada para a identificação dos demais coautores ou partícipes: algumas reflexões à luz do devido processo legal. *Boletim IBCCrim*, n. 202, v. 17, p. 2-3, 2009.
- (5) Idem, p. 3. Esclarece, ainda, a autora que, “no momento em que um magistrado ‘homologa o acordo’, está ele a afirmar (antecipadamente) sua convicção sobre a veracidade das informações fornecidas pelo delator sobre a ‘identificação dos demais coautores ou partícipes’. Lembremos que o delator só fará jus à diminuição da pena ou ao perdão judicial quando o magistrado se convencer de que ele ‘colaborou voluntariamente na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime’; ou seja, é necessário que o magistrado esteja convencido de que as pessoas apontadas pelo delator efetivamente são coautores ou partícipes do crime perpetrado”.
- (6) ESTELLITA, Heloisa. A delação premiada para a identificação dos demais coautores ou partícipes: algumas reflexões à luz do devido processo legal cit., p. 3. Explica a autora que “esse julgamento antecipado do mérito da ação penal efetuado na celebração do ‘acordo’ priva delator e delatado de garantias básicas decorrentes do devido processo legal: de um lado, priva o acusado delator de qualquer possibilidade de um julgamento justo, porque o seu julgador já se ‘comprometeu’ a condená-lo; e, de outro, tira dos delatados a mesma possibilidade, pois já se proferiu um juízo antecipado de certeza sobre a ‘identificação dos demais coautores ou partícipes”.
- (7) Lei 12.850/13, art. 4.º, § 8.º: “O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto”.
- (8) TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 2002. p. 10.
- (9) CORDEIRO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Roma: Utet, 1986. p. 51.
- (10) *Primato dell’ipotesi sui fatti*.
- (11) COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. *Boletim IBCCrim*, ano 16, n. 188, p. 11-13, São Paulo, jul. 2008.
- (12) Art. 4.º, § 11.
- (13) ESTELLITA, Heloisa. A delação premiada para a identificação dos demais coautores ou partícipes: algumas reflexões à luz do devido processo legal cit., p. 3.
- (14) “El sustantivo imparcial refiere, directamente, por su origen etimológico (in-partial), a aquel que no es parte en un asunto que debe decidir, esto es, que lo ataca sin interés personal alguno. Por otra parte, el concepto refiere, semánticamente, a la ausencia de prejuicios a favor o en contra de las personas o de la materia acerca de las cuales debe decidir” (MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal. Fundamentos*. 2. ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto S.R.L., 1996. t. I, p. 739-740).
- (15) “La imparcialidad ha sido elevada a principio supremo del proceso” (ALONSO, Pedro Aragonés. *Proceso y derecho procesal*. 2. ed. Madrid: Edersa, 1997. p. 127).
- (16) Em outro sentido destaca-se a posição do ilustre professor Gustavo Henrique Badaró: “Nesse conjunto de mecanismos para assegurar a imparcialidade se sobressai a garantia do juiz natural, seja pela previsão de que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente (art. 5.º, LIII), seja ao vedar a criação de tribunais de exceção (art. 5.º, XXXVII)” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 33).
- (17) GOLDSCHMIDT, Werner. La imparcialidad como principio básico del proceso (“partialidad” y “parcialidad”), discurso de incorporación como miembro de número del Instituto Español de Derecho Procesal. *Conducta y norma*. Buenos Aires: Librería Jurídica Valerio Abeledo, 1955. p. 13.
- (18) Para Ferrajoli “é a ajenidad del juez a los intereses de las partes en causa”. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, p. 580.
- (19) TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale* cit., p. 67. “A imparcialidade do juiz não é uma qualidade inata ou carismática da qual ele é dotado em virtude do fato de que tenha passado em um concurso público e desenvolva um determinado ofício. A história ensina que a imparcialidade, para que seja efetiva, deve ser fundada sobre os seguintes princípios: 1- a sujeição do juiz à lei; 2- a separação das funções processuais; 3- a presença de garantias procedimentais que permitam afastar o juiz seja (ou pareça) parcial”.
- (20) TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale* cit., p. 68.
- (21) “L’essenza stessa del contraddittorio esige che vi partecipino almeno due soggetti, un interessato e un controinteressato: sull’uno dei quali l’atto finale è destinato a svolgere effetti favorevoli e sull’altro effetti pregiudizievole”. Na definição de Fazzalari, “a própria essência do contraditório exige que dele participem ao menos dois sujeitos, um ‘interessado’ e um ‘controinteressado’, sobre um dos quais o ato final é destinado a desenvolver efeitos favoráveis e, sobre o outro, efeitos prejudiciais, onde exteriorização do princípio do contraditório se dá com a informazione, consistente no dever de informação para que possam ser exercidas as posições jurídicas em face das normas processuais e com a reazione, manifestada pela possibilidade de movimento processual, sem que se constitua, todavia, em obrigação” (FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1994. p. 85).
- (22) GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual*. Técnica processual e teoria do processo. Rio de Janeiro: AIDE, 2001. p. 102-132; CATTONI, Marcelo. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002; LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002; LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.
- (23) GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal. Introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 116.
- (24) Segundo o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, principal fonte de inspiração da Corte Americana de Direitos Humanos da qual o Brasil é signatário, a contaminação resultante dos prejuízos conduz à falta de imparcialidade subjetiva ou objetiva. Desde o caso Piersack, de 1982, entende-se que a imparcialidade subjetiva alude à convicção pessoal do juiz concreto, que conhece um determinado assunto e, desse modo, a sua falta de prejuízos. Já a imparcialidade objetiva diz respeito a se tal juiz encontra-se em situação dotada de garantias bastantes para dissipar qualquer dúvida razoável acerca de sua imparcialidade. Em ambos os casos, a parcialidade cria a desconfiança e a incerteza na comunidade e nas suas instituições. Não basta estar subjetivamente protegido, é importante que se encontre em uma situação jurídica objetivamente imparcial (é a visibilidade do afastamento). Aqui encontramos o ponto nevrálgico da questão: o juiz deve demonstrar equilíbrio e igualdade no tratamento das partes durante todo o processo criminal. Deve, essencialmente, externar que está disposto a conhecer as teses apresentadas e as provas a serem produzidas, controlando e reservando a tomada de decisão para o momento oportuno, ou seja, na sentença.
- (25) MONTERO AROCA, Juan. *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 186 e ss.
- (26) “O exame da cláusula referente ao due process of law permite nela identificar alguns elementos essenciais à sua configuração como expressiva garantia de ordem constitucional (...) (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica) (...) (i) direito à observância do princípio do juiz natural – O direito do réu à observância, pelo Estado, da

garantia pertinente ao due process of law, além de traduzir expressão concreta do direito de defesa, também encontra suporte legitimador em convenções internacionais que proclamam a essencialidade dessa franquia processual, que compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, enquanto complexo de princípios e de normas que amparam qualquer acusado em sede de persecução criminal, mesmo que se trate de réu estrangeiro, sem domicílio em território brasileiro, aqui processado por suposta prática de delitos a ele atribuídos” (STF, HC 94.601, 2.ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. 04.08.2009, DJe 11.09.2009).

- (27) “O termo due, na conhecida expressão da 5.ª Emenda da Constituição norte-americana (due process of law), não pode corretamente traduzir-se por ‘regular’ e, muito menos, por ‘legal’ (que é ideia já retratada no adjunto of law e, como tal, seria redundante na tradução), porque ‘è un appello fiducioso alla coscienza dell’uomo, ad una giustizia superiore fondata sulla natura e sulla ragione... termine ‘giusto’ l’único che possa rendere con efficacia il contenuto etico del termine due’ (Vigoriti, Vincenzo. Garanzie costituzionale del processo civile.

Milano: A. Giuffrè, 1973. p. 30, nota 12). Aludir-se a ‘justo processo da lei’ é o que mais bem evoca a ideia de que, para atender à exigência constitucional (art. 5.º, inc. LV), não basta seja legal o processo, pois que também deve ser justo” (STF, AgIn 431.264-4/PE – AgR-AgR, 2.ª T., – rel. Min. Cezar Peluso, DJ 23.11.2007).

Daniel Del Cid

Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra – IBCCrim.
Pós-Graduado em Direito Penal Econômico pela Fundação Getúlio Vargas – FGV – GVLaw - EDESP.
Advogado criminalista.

Breves anotações acerca da cisão do julgamento em Plenário

Álvaro Antanavicius Fernandes

O art. 461 do CPP, em sua redação anterior à vigência da Lei 11.689, de 09.06.2008, impunha a cisão do julgamento em Plenário quando no momento do sorteio dos jurados não houvesse coincidência quanto às recusas feitas pelos defensores de cada réu. Isso ocorrendo, dever-se-ia prosseguir unicamente em relação àquele que houvesse aceito o sorteado, salvo se este, recusado por um réu e aceito por outro, fosse também recusado pela acusação.⁽¹⁾ Assim, cabia aos defensores optar por cindir ou não o julgamento a fim de resguardar a plena defesa ou em face de algum outro motivo conveniente (à defesa), restando ao acusador escolher qual réu deveria ser submetido a julgamento na solenidade.

O texto desse artigo, sabemos, não foi reproduzido pela lei da reforma, e a partir disso demora não houve para que os mais apressados – muitos deles imbuídos de um manifesto desejo de aceleração do tempo do processo e defensores de um processo penal da “eficiência” – passassem a afirmar que a reforma teria, por isso, o escopo de restringir ao máximo as possibilidades de cisão dos julgamentos, fixando a unidade como regra de forma a propiciar uma pretensa análise integral do caso pelo mesmo Conselho de Sentença, evitando-se eventuais julgamentos contraditórios.⁽²⁾

Nada mais equivocado, contudo. Em primeiro lugar, a mera não reprodução do artigo em sua redação anterior não constitui, em absoluto, qualquer óbice à manutenção da regra, que decorre da própria lógica do sistema (a qual irá orientar a interpretação e a aplicação das normas processuais penais).⁽³⁾ É, pois, elementar que sendo determinado jurado aceito por um dos defensores e pelo acusador, e recusado pelos demais defensores, deve-se realizar o julgamento daquele cujo defensor não efetuou a recusa, tendo este o direito ao julgamento por aquele jurado que não pretendeu afastar do Conselho de Sentença. O princípio do juiz natural, entendemos, para além de tornar inaceitável a prévia escolha de um magistrado para determinado caso, veda o afastamento ou exclusão indevida de julgador competente.⁽⁴⁾ o que estaria obviamente a ocorrer caso admitíssemos a exclusão de um jurado aceito por acusador e defensor (de um dos réus). Obsta, por outro lado, que se afaste, sem causa legítima (recusa de uma das partes, somente), o cidadão de seu direito a participar do júri na condição de jurado.⁽⁵⁾

Não bastasse, impossível ignorar que o ritual do júri, por suas peculiaridades, é revestido de uma (muito) maior complexidade relativamente a outros procedimentos, razão por que se deve permitir aos acusados, caso tenham interesse, expor individualmente aos julgadores suas ponderações pessoais e técnicas. A pluralidade de situações a serem analisadas muitas vezes pode vir a causar uma certa perplexidade, ou

gerar alguma confusão àquele que deve julgar, o que evidentemente se obstaculiza – ou se minimiza – com a separação dos julgamentos. Lembrese, em que pese parem divergências a respeito, de que o julgamento pelo júri consiste, para muitos, em garantia constitucional do indivíduo.⁽⁶⁾ Se assim o é, evidentemente que não se lhe pode tolher o direito de ver analisada minuciosamente e individualmente sua situação processual.

No mais, superadas tais considerações – aparentemente suficientes para justificar uma separação de julgamentos –, o art. 80 do CPP (ainda) estabelece uma “facultativa” (?) separação dos processos “quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação”. Conforme consta, existem situações nominadas ensejadoras da possível cisão e ainda uma certa “abertura” para que o julgador, entendendo haver um motivo relevante, decida por separar o julgamento – na hipótese do júri, fazendo com que cada réu seja julgado por um Conselho de Sentença diverso, em distintas oportunidades.

Assim, bastaria ao juiz, consciente de seu papel de principal guardião dos direitos fundamentais do indivíduo, a incidência de uma das hipóteses, outra similar (por que não as inicialmente expostas, pertinentes ao juiz natural e à complexidade do julgamento?), ou ainda o mero requerimento defensivo alegando justo motivo para que a providência restasse adotada – tempo reduzido para exposição das teses e decorrente mitigação do direito à plena defesa ou mesmo o elevado número de testemunhas de defesa, por exemplo. O princípio constitucional da plenitude defensiva (art. 5.º, XXXVIII, a) funciona, nesses casos, como um substrato bastante a justificar a adoção da providência, cabendo ao defensor optar ou não pelo julgamento em separado, restando ao juiz, em regra, acolher o pleito.

Observe-se, por outro lado, que casos existirão em que poderá haver violação do próprio contraditório judicial (Constituição Federal, art. 5.º, LV). Suponha-se, exemplificativamente, a hipótese de colidência de defesas pessoais (ou mesmo de defesas técnicas) consistente em imputações recíprocas quanto à autoria do fato. Neste caso, é elementar que a necessária observância do contraditório vem a tornar obrigatória a separação dos julgamentos. Basta, pois, verificar que, cabendo aos réus se manifestarem, por suas defesas técnicas, após o pronunciamento oral do Ministério Público, estará evidentemente prejudicado aquele que tiver de expor suas teses primeiramente. Isso porque se por um lado ser-lhe-á possível rebater as teses do acusador oficial, não lhe será, por outro, permitido contrapor argumentos do outro réu – ou acusador eventual, que

apresenta versão pessoal colidente e que por último se manifesta, por seu defensor. Em síntese, havendo dois réus com defesas conflitantes, aquele que por último se manifesta tem assegurado o contraditório. O primeiro a falar, não.

Não se ignora, importante referir, o imenso volume de trabalho que experimenta o Poder Judiciário – este certamente o grande móvel da supressão da norma do art. 461, em sua anterior redação –, de onde poderia haver o interesse (de quem?) nos julgamentos conjuntos e, em decorrência, mais céleres. A preocupação com julgamentos proferidos em um prazo razoável é, aliás, um imperativo que emana da Constituição Federal. Contudo, certo que a necessária solução deste problema (da morosidade e violação do direito a um processo sem dilações indevidas) não pode legitimar a mitigação do pleno exercício de defesa, atropelando as garantias processuais mais elementares do sujeito passivo hipossuficiente, em especial porque em grande parte provocada pelo número excessivo de demandas penais infundadas. Lembre-se, aqui, de que o processo penal é, sobretudo, instrumento de efetivação das garantias fundamentais, e não outra coisa.

Por tudo, a melhor interpretação – feita em conformidade com a Constituição Federal – é no sentido de que a cisão dos julgamentos é, em havendo interesse da defesa, obrigatória, seja pela ausência de coincidência nas recusas – na forma da redação anterior do art. 461, conforme anteriormente sustentado –, seja em decorrência da presença de uma das hipóteses nominadas no art. 80 (ou algum outro relevante motivo, conforme parte final do dispositivo), seja diante de formulação de pedido defensivo devidamente justificado.

Descasos

Martim⁽¹⁾

Alexandra Lebelson Szafir

A acusação que pesava contra Martim era grave: nada menos que sete tentativas de homicídio qualificado contra policiais militares.

A conduta descrita na denúncia e na pronúncia (esta última já confirmada pelo Tribunal quando Martim chegou a nós) era a de dirigir um carro do qual os corréus atiraram contra os milicianos.

Acontece que, depois de a pronúncia ter sido confirmada pelo Tribunal, ocorrera um fato muito importante: os corréus foram julgados e os jurados, atendendo ao pedido do próprio Ministério Público, desclassificaram a conduta daqueles para resistência e periclitacão de vida. A decisão transitou em julgado.

Peticionamos, então, ao juiz, salientando que a conduta de Martim, como partícipe, era acessória à dos corréus. Portanto, se esta tinha sido desclassificada, aquela, obrigatoriamente, também deveria ser. No entanto se operara a prescrição da pretensão punitiva daqueles delitos em relação a Martim. E a prescrição, por ser matéria de ordem pública, podia ser reconhecida a qualquer tempo, mesmo depois da pronúncia.

Realçamos a desnecessidade de movimentar toda a máquina do Tribunal do Júri para realizar uma sessão de julgamento da qual já se conhecia, de antemão, o resultado. Invocou-se, ainda, o art. 416 do antigo Código de Processo Penal, segundo o qual a sentença de pronúncia “somente poderá ser alterada pela verificação de superveniente circunstância que modifique a classificação do delito”.⁽²⁾

Após manifestação contrária do Ministério Público, o magistrado acolheu os argumentos da defesa, salientando que “é contrário ao senso comum admitir que alguém possa ser julgado como partícipe em crime mais grave que aquele pelo qual os executores foram condenados”.

O Promotor de Justiça recorreu, chamando a decisão de “manifestamente

Notas

- (1) “Art. 461. Se os réus forem dois ou mais, poderão incumbir das recusas um só defensor; não convindo nisto e se não coincidirem as recusas, dar-se-á a separação dos julgamentos, prosseguindo-se somente no do réu que houver aceito o jurado, salvo se este, recusado por um réu e aceito por outro, for também recusado pela acusação.”
- (2) TJRS, Correição Parcial 70036853638, rel. Des. Ivan Leomar Bruxel, DJe 02.07.2010.
- (3) LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 7.
- (4) GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva: 1989. p. 109.
- (5) “Formalmente, o júri pode ser considerado como um direito humano fundamental, consistente na participação do povo nos julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário. Em outras palavras, o Tribunal do Júri figura como, praticamente, a única instituição a funcionar com regularidade, permitindo que qualquer cidadão tome parte nos assuntos de um dos Poderes da República” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 40)
- (6) Entre outros, ver NASSIF, Aramis. *O novo júri brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 23.

Álvaro Antanavicius Fernandes
Mestre em Ciências Criminais pela PUC-RS
Doutorando em Ciências Criminais pela
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul.

absurda e tumultuária da ordem dos atos processuais” e de “monstrego jurídico”.

O parecer da Procuradoria de Justiça foi pelo improvemento do recurso ministerial. Em seu parecer, o Procurador afirmou que “*dado que os corréus, do ponto de vista estritamente jurídico, não praticaram crime contra a vida – porque assim decidi definitivamente e soberanamente o Tribunal do Júri – o recorrido só pode responder por participação nas infrações menos graves, reconhecidas mercê da desclassificação operada em plenário*”.

O Tribunal de Justiça, em acórdão relatado pelo desembargador Walter Guilherme, negou provimento ao recurso. No acórdão, ficou assentado: “*O fato, na moldura jurídica, é outro, que não tentativa de homicídio. De que serviria, então, persistir na pronúncia por esse delito, se o fato, de acordo com a anterior conotação legal em que foi visto, já não mais existe?*”.

E prossegue: “*Levar o recorrente ao Tribunal do Júri, nestas circunstâncias, não se justifica, nem mesmo para cumprir um hipotético imperativo de forma*”.

Decisão de bom senso e, sobretudo, de justiça!

Notas

- (1) Nome trocado para proteger a identidade do “personagem”.
- (2) Providência prevista, atualmente, no art. 421, §§ 1.º e 2.º.

Alexandra Lebelson Szafir
Advogada.
(aleszafir@uol.com.br)

Acompanhe as nossas redes
sociais e fique por
dentro do melhor conteúdo
de **Ciências Criminais da
América Latina!**



facebook.com/ibccrim



instagram.com/ibccrim



twitter.com/ibccrim



youtube.com/ibccrimvideos