ANO 24 - Nº 285 - AGOSTO /2016 - ISSN 1676-3661

Boletim IBCCRIM

Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

www.ibccrim.org.br

Editorial

Absurdo retrocesso

No início de junho, a polícia civil paulista registrou mais um furto, dentre os cerca de 19 mil cadastrados mensalmente na Capital pela Secretaria de Segurança Pública em São Paulo. Tratava-se de furto simples de aparelho celular. Lavrado o auto de prisão em flagrante, a autoridade policial arbitrou fiança no valor de R$ 1 mil, que acabou não recolhida.

A pessoa presa não foi apresentada à autoridade judicial competente para audiência de custódia, pois se tratava de um fim de semana, quando tais audiências, lamentavelmente, ainda não são realizadas em São Paulo. Nesse ponto, forçoso reconhecer, passou da hora de se dar integral cumprimento – e não apenas em algumas Comarcas do país e somente nos dias úteis – ao disposto no art. 7.º, 5, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, e sua combinação com a Resolução 213/2015 do CNJ, que impõe a obrigatoriedade de apresentação de qualquer pessoa presa em flagrante delito, no prazo de até 24 horas, à autoridade judicial competente.

Levado, então, o caso ao plantão judiciário, o magistrado reputou regular o auto de flagrante e determinou que se aguardasse o recolhimento da fiança. Até aqui, nada a se destacar.

Pois bem. Ao analisar o pedido liminar, em *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública paulista para isentar o assistido do pagamento de fiança, já que pobre o detido, o Desembargador Damião Cogan não apenas indeferiu o pleito, mas, surpreendentemente, nos autos do *habeas corpus*, decretou a prisão preventiva do paciente, sem recurso ministerial (*HC* 0029463-31.2016.8.26.0000). Sim. Isso mesmo. Medida que desde a sua criação – que remonta a 1215 com a *Magna Charta Libertatum*, de João Sem Terra – foi concebida como instrumento de defesa para conter os arbítrios e ilegalidades do Estado, restou utilizada em sentido claramente contrário aos interesses do jurisdicionado.

A decisão teratológica acabou corrigida, dias depois, por meio de novo *habeas corpus* impetrado pela DPE/SP no STJ (*HC* 361.482), ocasião em que o Ministro Nefi Cordeiro, em decisão liminar, além de sustar a decisão de Segunda Instância, decretou a liberdade do paciente, isentando-o da fiança arbitrada. Sustentou o Ministro: "*O Tribunal de segunda instância, contudo, sem recurso ministerial veio a deliberar, monocraticamente, pelo afastamento da mais benéfica cautelar de fiança e restabelecimento da prisão provisória, em clara situação de* reformatio in pejus. *É de se acrescer, que veio a pior condição ao processado a ser fixada em acesso recursal privativo da defesa, o* habeas corpus. *Deste modo, clara é a condição de decisão teratológica, pois violadora dos princípios da correlação e da* non reformatio in pejus, *expressamente fixados no análogo art. 617 do CPP*".

Embora o absurdo aqui retratado tenha sido prontamente afastado pelo STJ, chama a atenção que instrumento dos mais antigos da defesa, voltado à preservação do sagrado direito de ir e vir, tenha sido empregado em absoluto prejuízo de seu pretenso beneficiário. A solução fornecida pela Corte paulista, não há como negar, representou retrocesso atroz, inimaginável mesmo para aqueles que acompanham de perto o dia a dia da justiça criminal.

Mas, infelizmente, no campo das garantias e preservação de direitos, tão duramente conquistados ao longo da história com a internacionalização de direitos e, no Brasil, com a promulgação da Constituição cidadã de 1988, não raros são os retrocessos, especialmente em tempos em que parece ganhar força "um vale tudo" para fazer imperar o Estado punitivista.

Nesse cenário, vale lembrar, uma vez mais, o julgamento do *HC* 126.292, ocasião em que o STF, por maioria de votos, em fevereiro último, autorizou a execução provisória de decisão condenatória de Segunda Instância, ainda que pendentes de análise recursos nos Tribunais Superiores. A decisão afrontou duramente o princípio da presunção de inocência, garantia consagrada pela Constituição, sacramentada por diplomas internacionais e repetida inúmeras vezes em decisões judiciais como elemento fundador de um Estado de Direito. Preceito que parecia inabalável sofreu duro golpe da própria Corte Suprema, a quem cabe o papel de guardiã da Constituição.

Nesse particular, causa alento a recente decisão do Min. Celso de Mello – cujo voto restou vencido na polêmica decisão de fevereiro – o qual, agora, em 1.º.07.2016, concedeu medida liminar no *HC* 135.100/MG, para suspender a execução de mandado de prisão enquanto não transitar em julgado eventual condenação contra o paciente. Sustentou o Ministro decano: "*A consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa – independentemente da gravidade ou da hediondez do delito que lhe haja sido imputado – há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal*".

Não há dúvida, direitos e garantias fundamentais estão sob ataque. Decisões, muitas até comemoradas pela opinião pública, sob o argumento de que evitariam impunidades, geram, na realidade, manifesta insegurança, vulnerando garantias historicamente conquistadas, que constituem alicerces do Estado de Direito.

Inadmissível que o *habeas corpus*, concebido para evitar ou fazer cessar a violência ou coação à liberdade de locomoção, decorrente de ilegalidade ou abuso de poder, seja utilizado para prejudicar o paciente, como ocorreu na decisão do TJSP.

Ao mitigar a secular garantia, a pretexto de resguardar pretensa segurança pública, o tribunal paulista retirou do cidadão a mais importante proteção frente ao arbítrio estatal.

O IBCCRIM manifesta sua profunda preocupação diante da decisão preferida em sede de liminar no *HC* 0029463-31.2016.8.26.0000, representativa de verdadeiro retrocesso jurídico, ousadia inaceitável num Estado que ainda se proclama como Democrático de Direito.

| Editorial

Nova redação e limites da pronúncia
René Ariel Dotti ____ 2

A inconstitucionalidade da condução coercitiva
Thiago Bottino ____ 4

Delação premiada do investigado/acusado preso cautelarmente: quando o Estado se transfigura em criminoso para extorquir a prova do investigado
Luiz Antonio Borri ____ 6

Do reconhecimento da reincidência ou da primariedade na execução penal: ofensa à coisa julgada?
Lucas Pardini Gonçalves ____ 9

Uma teoria substancialmente crítica da pena: o abolicionismo pede passagem
Francisco de Assis de França Júnior ____ 11

Os fenômenos da morte e do suicídio na realidade normativa comparada do Brasil e da Suíça
Wagner Amorim Madoz ____ 13

Nas entrelinhas da distinção dos crimes de injúria racial e racismo
Maria Letícia Puglisi Munhoz e Juliana Ribeiro Brandão ____ 17

Precisamos conversar sobre os efeitos não declarados da Lei "Maria da Penha"
Marília Montenegro Pessoa de Mello, Fernanda Fonseca Rosenblatt e Carolina Salazar L'armée Queiroga de Medeiros ____ 18

| Caderno de Jurisprudência

| O DIREITO POR QUEM O FAZ

Tribunal Regional Federal da 4.ª Região ____ 1949

| JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal ____ 1951
Superior Tribunal de Justiça ____ 1951
Tribunais Regionais Federais ____ 1953
Tribunais de Justiça ____ 1955

PLC 44/2016 (competência da Justiça Militar para crimes dolosos contra a vida de civis): resumo da nota técnica do IBCCRIM

O IBCCRIM, por nota técnica encaminhada ao Senado Federal em 27 de julho de 2016, manifestou-se contrariamente ao projeto de lei que visa alargar a competência da Justiça Militar, para abranger também algumas hipóteses de crimes dolosos contra a vida cometidos por militares das Forças Armadas contra civis.
A íntegra da nota pode ser acessada pelo seguinte link: <http://www.ibccrim.org.br/docs/2016/NotaTecnica_PL44_2016_Exercito_Competencia_Olimpiadas.pdf>.

Nova redação e limites da pronúncia

René Ariel Dotti

1. Definição

Embora tenha a estrutura de uma *sentença*, denominação utilizada pela antiga doutrina e referida no art. 416 do CPP, a melhor definição para a pronúncia a reconhece como "*decisão interlocutória mista, que julga admissível a acusação, remetendo o caso à apreciação do Tribunal do Júri*".(1) Com efeito, a palavra "decisão" é empregada nos arts. 420 e 421 do Código.

Passados mais de cento e cinquenta anos, a obra imortal de **Pimenta Bueno** mantém absoluta coerência e atualidade em relação à observação *supra*, quando recomenda: "*Convém que tal sentença seja fundamentada, mórmente quando as provas não fôrem intuitivas, para que se manifeste a analyse e raciocínios deduzidos dos indícios. Sua redacção nunca deve imitar a das sentenças definitivas, que condemnão ou absolvem a final, pois que tal despacho não passa de provisional ou interlocutório (Cod. arts. 144, 145, 327 e 329), não impõe fim à causa, não estabelece caso julgado, nem impede a renovação da informação, caso appareção novas provas ou circunstâncias que determinem a criminalidade*".(2)

2. Evolução legislativa da decisão de pronúncia

Para a melhor compreensão do tema ora tratado, é necessário um retrospecto temporal acerca da redação da pronúncia: **(a) Código de Processo Criminal do Império** (1832), art. 144. "*Se, pela inquirição das testemunhas, interrogatorio ao indiciado delinquente, ou informações, a que tiver procedido, o Juiz se convencer da existencia do delicto, e de quem seja o delinquente, declarará por seu despacho nos autos que julga procedente a queixa, ou denúncia, e obrigado o delinquente á prisão nos casos, em que esta tem lugar, e sempre a livramento*"; **(b) Dec.-lei 167/1938**, que regulou o funcionamento do tribunal popular após a Constituição de 1934, art. 14. "(...) *Si o juiz, apreciando livremente as provas existentes nos autos, se convencer da* ***existência do crime*** *e de indicios de que o réo seja o seu autor, pronunciá-lo-á,* ***dando os motivos do seu convencimento***"; **(c) CPP,** redação do Dec.-lei 3.689/1941, art. 408. "*Se o juiz se convencer da* ***existência do crime*** *e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronunciá-lo-á,* **dando os motivos do seu convencimento. § 1.º** *Na sentença de pronúncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu, mandará lançar-lhe o nome no rol dos culpados, recomendá-lo-á, na prisão em que se achar, ou expedirá as ordens necessárias para a sua captura";* **(d) CPP,** com redação da Lei 11.689/2008, art. 413. "*O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da* ***materialidade do fato*** *e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.* § 1.º *A fundamentação da pronúncia* ***limitar-se-á*** *à indicação da* ***materialidade do fato*** *e da existência de* ***indícios suficientes*** *de* ***autoria*** *ou de* ***participação,*** *devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena*".

O Projeto de Lei 156/2009, aprovado pelo Senado Federal, mantém inteiramente a regra acima (art. 327), com pequena alteração no final: "*devendo constar ainda a classificação do crime, bem como as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena, nos termos em que especificadas pela acusação*".

3. Alteração do dispositivo sobre a pronúncia (I)

Um dos aspectos essenciais com as novas regras sobre o tribunal popular foi a preocupação com o conteúdo e os limites da decisão da pronúncia. O legislador teve em conta o imenso número de precedentes nos quais os tribunais declaravam – e ainda declaram – a nulidade desse ato pelo chamado *excesso de linguagem*, ou seja, a usurpação da competência constitucional do tribunal popular (CF, art. 5.º, XXXVIII, *c*). A experiência judicante do imortal mestre **J. F. Marques** sustenta a natureza declaratória desse relevante ato ao recomendar que o magistrado "*deve exarar a sua decisão em termos sóbrios e comedidos, a fim de não exercer qualquer influência no ânimo dos jurados*".(3)

O Projeto de Lei 4.900/1995, da Câmara dos Deputados, trouxe a primeira modificação no texto do CPP/1941. Com efeito, em lugar da expressão "***existência do crime***" (utilizada desde o Império), essa proposta diz no art. 408: "*Se o juiz se* ***convencer da materialidade do fato****, e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, pronunciará o acusado, e o sujeitará a julgamento pelo Tribunal do Júri*". Não mais alude a um "*crime*", mas sim, a um "*fato*". A substituição de vocábulo é aprovada por **Nucci**: "*Tecnicamente está melhor a atual nomenclatura, pois é viável ocorrer um fato-homicídio que, no entanto, não se constitua em crime de homicídio (ex.: praticado em estado de necessidade)*".(4)

A reforma de 1938 permitia ao juiz examinar "***livremente a prova dos autos***" e o CPP/1941 referia que "*se o juiz se convencer da* ***existência do crime*** *e de indícios* (...) *pronunciá-lo-á* ***dando os motivos do seu convencimento***".

Como se verifica na evolução legislativa, anteriormente o magistrado podia apreciar o *meritum causae*, isto é, analisar os elementos constitutivos do crime. Mas o dispositivo vigente restringe a sua atuação, em homenagem à soberania os vereditos do tribunal popular. Interpretando o revogado art. 408 do CPP/1941, **Câmara Leal** assim expõe: "***1.209****. Para que o juiz pronuncie o acusado, julgando-o incurso nas penas de determinada infração, é mister que as provas coligidas no processo o convençam de duas coisas:* ***a)*** *da existência do crime pelo* ***concurso de todas as circunstâncias que o integram****, segundo a definição dada pela lei penal;* ***b)*** *de sua autoria, atribuida ao acusado, quer esteja a mesma cabalmente demonstrada, quer haja indícios suficientes para presumi-la*".(5)

4. Alteração do dispositivo sobre a pronúncia (II)

O texto do vigente § 1.º do art. 413 do CPP (com a Lei 11.689/2008) espanca qualquer dúvida acerca da *reserva de competência* do tribunal popular quanto ao mérito da imputação criminal, porque "*a fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade*

do fato (...)", revogando a expressão "***do crime***". A mesma palavra "fato" é repetida no art. 414.

Ao declarar o dispositivo legal "*em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento da pena*" (§ 1.º do art. 413), o magistrado está reconhecendo a existência, *in these*, de um crime que, se for afiançável, admite a prestação da eventual fiança (§ 2.º do art. 413). A decisão estará motivada pelo não reconhecimento de causa de exclusão de criminalidade ou isenção de pena que tenham sido alegadas pela defesa, na medida em que o acusado está sendo encaminhado para julgamento pelo júri.

O exímio jurista **Nucci** entende que "*o disposto no § 1.º, do art. 413 deve ser considerado inconstitucional, se interpretado de maneira abrangente, ou inútil, visto de maneira restrita*".[6] Considera ele redundante a expressão "fundamentadamente", invocando a obrigatoriedade de motivação de todas as decisões do Judiciário (CF, art. 93, IX). Esquece, porém, que a lei tem uma função didaticamente importante para conhecimento geral dos cidadãos. A prevalecer a suposta crítica, seriam absolutamente despiciendos os arts. 3.º e 7.º do CPC/2015, porque repetem normas constitucionais. Especialmente, o art. 11. "*Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as suas decisões, sob pena de nulidade*". É equivocada a exegese de que, ao ignorar "o amplo quadro de alegações porventura trazido pelas partes", o acusado torna-se indefeso e a decisão seria inconstitucional por carência de fundamentação.[7] A resposta a essa objeção está nos itens a seguir.

5. Inexistência de obscuridade, ambiguidade, contradição ou omissão

Admita-se a situação rotineira na qual o réu, antes da pronúncia, sustente a ocorrência da legítima defesa. E que o juiz, aplicando corretamente o Código, limite-se a afirmar a existência da *materialidade do fato*, os *indícios suficientes de autoria* ou de *participação*[8] e quanto ao mérito afirme que não se convenceu de nenhuma das causas que permitam a impronúncia ou a absolvição sumária, referindo-se expressamente aos arts. 413 e 415 do CPP, afirmando que tal matéria deve ser analisada pelos jurados. É evidente que os eventuais Embargos Declaratórios (CPP, art. 382) opostos pelo réu não seriam conhecidos, porque não houve nenhuma das hipóteses. Tal decisão é irretocável. O juiz não é obrigado a *opinar* e muito menos *decidir* assunto da competência exclusiva do magistrado leigo. Haverá, em caso contrário, usurpação de uma função que é atribuída, com exclusividade, pela nossa Carta Magna.

6. Quando o juiz pode examinar o mérito da imputação

É evidente que não há qualquer interesse público em sujeitar o acusado a uma decisão do *juiz de fato* quando o *juiz togado* admite, após a instrução, a ausência de justa causa (por exemplo: exclusão de crime ou isenção de pena). Não é possível submetê-lo a um julgamento que poderá, eventualmente, resultar em injusta condenação. Assim, o magistrado pode e deve, quando provocado, e até mesmo de ofício, reconhecer a hipótese de impronúncia ou de absolvição sumária quando assim for convencido pela *prova* dos autos (CPP, arts. 414 e 415). Em outras palavras: na pronúncia, o juiz tem competência para, analisando a situação da prova, decidir o mérito da imputação *somente* quando ele se apresenta favorável ao acusado. Contra ele, nunca.

7. A proibição do duplo julgamento

A Constituição de Portugal declara que "*ninguém pode ser julgado mais de uma vez pela prática do mesmo crime*" (art. 29, n. 5). Desde o século XVIII, a 5.ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos (1791) dispõe que "*ninguém poderá ser, pelo mesmo crime, duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde*". O sistema positivo brasileiro acolhe esse princípio (CF, art. 5.º, § 2.º), que somente é excepcionalizado quando a sentença é anulada em grau de recurso para ser renovada nos casos previstos pelo Código de Processo Penal, entre eles, o art. 593, § 3.º, do CPP.

O juiz não pode invadir o espaço de soberania do tribunal dos cidadãos para se opor à defesa. Caso contrário, estaria relegada a salutar garantia do devido processo legal e, em especial, do princípio de vedação do *double jeopardy*. Com efeito, o réu seria, então, julgado: *(a)* pelo togado; *(b)* pelo leigo.

8. Movimento de simplificação dos códigos de processo

A Lei 11.689/2008, que modificou substancialmente o procedimento do Tribunal do Júri, não teve geração espontânea. Os trabalhos de seu respectivo anteprojeto iniciaram-se 16 (dezesseis) anos antes, quando o Ministro **Sálvio de Figueiredo Teixeira**, na condição de presidente da Escola Nacional da Magistratura, foi nomeado pelo Ministro da Justiça **Célio Borja** para presidir comissões de juristas encarregados de propor estudos e soluções visando a simplificação dos Códigos de Processo Civil e Processo Penal (Portaria 145, de 30.03.1992). A primeira comissão foi composta pelos seguintes operadores jurídicos: **Luiz Vicente Cernicchiaro, Sidney Agostinho Beneti**, **Antonio Carlos de Araújo Cintra, Antonio Carlos Nabor Areias de Bulhões, Francisco de Assis Toledo, Inocêncio Mártires Coelho, Luiz Carlos Fontes de Alencar, Miguel Reale Júnior, Paulo José da Costa Júnior, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci** e **Sérgio Marcos de Moraes Pitombo** (Portaria 3, de 03.06.1992).

Com a distribuição de vários títulos, capítulos e secções entre os indicados, couberam-me, por honrosa indicação do Professor **Rogério Lauria Tucci**, o estudo e a apresentação de um *disegno di legge* do procedimento relativo aos processos da competência do Tribunal do Júri. Aceitei o desafio porque atuei por muitos anos no Júri, tanto na defensoria como na assistência do MP.

Pela Portaria 349 (*DOU* 17.09.1993) do Ministro da Justiça **Maurício Corrêa**, instituiu-se uma Comissão de Revisão dos anteprojetos já publicados para discussão da comunidade científica, após reuniões em São Paulo, Salvador, Goiânia e Belo Horizonte. Foram seus integrantes: **Sálvio de Figueiredo Teixeira, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Nabor Bulhões, Aristides Junqueira de Alvarenga, Cid Flaquer Scartezzini, Edson Freire O'Dwyer, José Barcelos de Souza, Fátima Nancy Andrighi, Luiz Carlos Fontes de Alencar, Luiz Vicente Cernicchiaro, Marco Aurélio Costa Moreira de Oliveira, Miguel Reale Júnior, Rogério Lauria Tucci, Weber Martins Baptista** e **Luiz Flávio Gomes,** representando o *IBCCrim e* **René Ariel Dotti**, relator.

Após os trabalhos das reuniões plenárias, foi criada a Comissão de Sistematização sob a minha presidência e relatoria, com a presença dos professores **Antonio Magalhães Gomes Filho, Luiz Flávio Gomes** e **Rogério Lauria Tucci.**

9. Interpretação conforme a Constituição e a lei

Na síntese magistral de **Clovis Beviláqua**, "*interpretar a lei é revelar o pensamento que anima as suas palavras*".[9] Relativamente à natureza e os objetivos da pronúncia, é indispensável a leitura de confronto entre o CPP/1941 e o CPP com alterações da Lei 11.689/2008, à luz dos elementos histórico, lógico, teleológico e sistemático, além do gramatical. A exegese assim procedida não autoriza outro entendimento senão o da simplificação do procedimento sem prejuízo ao princípio do devido processo legal, conforme o entendimento exposto. São inadmissíveis as extravagantes *razões de autoridade* que abastecem a ilegal e abusiva prática que, secularmente, tem ignorado a singela distribuição de competências determinada pela Constituição Política do Império Brasileiro: "*Os Jurados se pronunciam sobre o fato, e os Juízes aplicam a lei*" (art. 152).

ANO 24 - Nº 285 - AGOSTO /2016 - ISSN 1676-3661

Notas

(1) Nucci, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 15. ed. São Paulo/Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 940.

(2) Pimenta Bueno, José Antonio Pimenta Bueno (1803-1878). *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Empreza Nacional do Diario, 1857. Cap. XIV, n. 180, p. 103 (Mantida a ortografia original).

(3) Marques, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. III, p. 177.

(4) *Código de Processo Penal comentado*, cit., p. 945.

(5) Câmara Leal, Antonio Luiz. *Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro*. São Paulo/Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. III, p. 67-68 (Destaques meus).

(6) Op. cit., p. 946.

(7) Op. cit., p. 946-947.

(8) E também: "*o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado, especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena*" (CPP, art. 413 e § 1.º).

(9) T*eoria geral do direito civil*. 7. ed., atualizada por Achilles e Isaías Beviláqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955. p. 37.

René Ariel Dotti
Advogado e Professor Titular de Direito Penal.
Relator do anteprojeto do qual resultou a Lei 11.689/2008.
Corredator dos projetos que se converteram na Lei 7.209/1984
(nova Parte Geral) e Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal).

A inconstitucionalidade da condução coercitiva

Thiago Bottino

1. Introdução

Infelizmente, ainda vigora entre os juízes brasileiros uma cultura inquisitória, segundo a qual o juiz tem a faculdade de produzir a prova no processo penal. Não percebem, ou não aceitam, tais juízes, que a melhor forma de prestar a jurisdição é mantendo-se equidistante das partes e decidindo com base nos elementos de prova que forem produzidos pela acusação e pela defesa. De acordo com o modelo acusatório, o resultado justo do processo depende, fundamentalmente, da capacidade do juiz de não se conduzir como parte (acusatória ou defensiva) no processo penal.

É verdade, no entanto, que o fato de nosso Código de Processo Penal (CPP) ainda conter dispositivos inquisitórios dificulta essa mudança. Um exemplo é o art. 260 do CPP, assim redigido: "*Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença*". A previsão legal da condução coercitiva no CPP, entretanto, não é compatível com a Constituição Federal (CF), com dispositivos mais recentes do próprio CPP, e nem com o modelo acusatório de processo penal.

2. Do direito ao silêncio à vedação de autoincriminação

No sistema processual penal brasileiro, todos os cidadãos têm a obrigação legal de colaborar com a justiça durante uma investigação de natureza penal. Caso mintam, omitam ou se calem serão processados e punidos por falso testemunho. Contudo, essa regra não se aplica àquele que, se indagado sobre qualquer questão, veria sua resposta levar à autoincriminação. A Constituição assegura ao réu – assim como a qualquer acusado, indiciado, investigado ou suspeito – o direito de não produzir prova contra si mesmo. Por conseguinte, aquele de quem não se pode esperar nem exigir colaboração com a acusação não estará sujeito a qualquer espécie de dever de responder às perguntas formuladas.

O direito de não produzir provas contra si mesmo no curso de uma investigação criminal ou um processo penal é uma opção política dos constituintes de 1988. Reflete uma escolha consciente, dentre os diferentes modelos de sistema penal.

É a natureza jurídica do interrogatório de determinado sistema processual – se meio de prova ou meio de defesa – que definirá o sistema como autoritário ou democrático. Em grandes linhas, é possível diferenciar dois grandes modelos de Direito Processual Penal, os quais se organizam a partir de sistemas distintos.

No sistema autoritário, o interrogatório constitui um meio de prova, ou seja, uma das formas pelas quais os inquisidores alcançarão a verdade dos fatos. Em nome da busca da verdade, muitos ordenamentos previam inclusive a tortura física do investigado ou acusado. Esse modelo processual penal encontra defensores até hoje, cujos argumentos a favor da brutalização da autonomia individual em nome do "combate ao crime" vêm travestidos sob a roupagem do ideal de segurança como valor fundamental, a supremacia do bem comum sobre os direitos individuais e aos apelos a regras de exceção. É nesse contexto que os direitos e garantias fundamentais são apresentados como causas impeditivas ao funcionamento eficiente do sistema.

Por sua vez, o modelo democrático está associado ao sistema acusatório, no qual o réu passa a ser um sujeito na relação processual, em igualdade de condições com a parte acusatória, a qual não se confunde mais com o órgão encarregado do julgamento. E essa lógica reflete na busca da prova: sejam os indivíduos culpados ou inocentes, esse modelo processual penal não lhes retira a proteção jurídica da dignidade e lhes assegura o direito de defesa.

Por essa razão, em um sistema punitivo adequado aos ideais de um Estado Democrático de Direito, o interrogatório deixa de ser um meio de prova para transformar-se em meio de defesa, mais especificamente de autodefesa, permitindo ao indivíduo escolher entre colaborar com a ação do Estado, ou reservar-se e não se autoincriminar. A tortura como meio de investigação dá lugar ao silêncio como meio de defesa.

Nesse sentido, quando se estrutura um sistema processual penal, o ponto principal dirá respeito aos limites postos à busca da verdade. Quando se cede à tentação autoritária de alcançar o conhecimento dos fatos e a prova do crime por meio do indivíduo acusado no processo, o homem é reduzido à condição de objeto dos processos e ações estatais, deixando em segundo plano a proteção de vários direitos ligados à dignidade humana.

De outro lado, se a liberdade do indivíduo é anteposta aos interesses repressivos, tomando-se a garantia de não se autoincriminar como barreira instransponível na instrução probatória por parte da acusação, o sistema resultante será fundamentalmente garantista e, por isso, intimamente conectado aos pressupostos que estruturam o Estado Democrático de Direito.

Determinado sistema punitivo torna-se adequado ao Estado Democrático de Direito quando: (1) permite que o indivíduo tenha um dever consigo mesmo que supera o dever que tem com a justiça penal; (2) estabelece que a dignidade humana não comporta a instrumentalização do indivíduo como fonte de prova prejudicial a si mesmo; e, (3) assegura ao cidadão o direito de não se autoincriminar. Por outro lado, se não o faz, será possível afirmar que se trata de um sistema punitivo de um Estado totalitário.[1]

Evidenciada a natureza do interrogatório como meio de defesa, não mais se compatibiliza com o texto constitucional a possibilidade de imposição de força para a realização desse ato.

Sempre que a questão foi trazida ao Supremo Tribunal Federal, a Corte entendeu que a postura de não responder às perguntas formuladas é um direito do acusado e de cujo exercício não poderá resultar nenhuma espécie de prejuízo. De acordo com a jurisprudência do Supremo, o exercício do direito ao silêncio: não legitima o aumento de pena;[2] não justifica a imposição de regime mais gravoso de execução;[3] não constitui fato desabonador da personalidade (com reflexo no aumento de pena);[4] e, por fim, a recusa em praticar ato autoincriminatório não configura crime de desobediência.[5]

Cabe ao suspeito, investigado, indiciado ou acusado exercer seu direito de autodefesa se quiser. Por óbvio, não pode ser impedido de dar sua versão dos fatos sob investigação. Defender-se é direito seu. Precisamente por isso, por se tratar de um direito, que não pode ser compelido, ou, de qualquer forma, constrangido a fazer uso de tal direito.

Logo, uma vez intimado para o ato de interrogatório, comparece se quiser. Não comparecendo ao ato para o qual foi intimado, demonstra seu desinteresse no exercício da autodefesa, a qual é disponível (ao contrário da defesa técnica).[6] Nesse diapasão, o emprego de força – pois a condução coercitiva, como o nome diz, prevê o uso de coerção física na condução – para a realização de um ato que não é necessário ao processo, mas facultativo para a defesa, não mais se justifica em face do tratamento que a Constituição conferiu ao interrogatório.

3. Inconstitucionalidade do uso da condução coercitiva como medida cautelar autônoma

Constata-se na prática judiciária o uso reiterado da condução coercitiva de forma diversa, como medida cautelar autônoma, embora não prevista dentre o rol de cautelares constante da legislação (art. 319 do CPP). Empregada como medida cautelar autônoma, decorrente de um suposto poder geral de cautela do juiz criminal, a condução coercitiva tem como finalidade a constrição momentânea da liberdade, não para sanar um eventual não comparecimento injustificado, mas como medida para conduzi-lo à autoridade a fim de facilitar o depoimento.

O uso de qualquer espécie de medida constritiva de liberdade durante o interrogatório revela uma distorção na atuação do Poder Judiciário e o transforma em agência executiva do governo. Sob esse prisma, a eficiência do Poder Judiciário deixa de ser a pronta e corajosa proteção do indivíduo de qualquer violação de seus direitos pelo Estado e se transforma na total retirada da proteção ao indivíduo por meio da negação de suas garantias individuais.

Porém, já estabelecida a premissa de que não se pode exigir do indivíduo que responda a qualquer pergunta formulada em seu interrogatório, esse emprego de força caracteriza uma ilegalidade. Em diferentes oportunidades, o Supremo Tribunal Federal rechaçou veementemente o emprego de medidas cautelares constritivas de liberdade com a finalidade de obtenção de depoimento, afirmando que o uso de força sobre o suspeito, indiciado ou acusado para que ele preste depoimento não se compatibiliza com a Constituição. Foi assim com a prisão preventiva[7] e com a prisão temporária.[8]

Ora, quando tratada como medida cautelar autônoma, a condução coercitiva se assemelha, embora seja uma medida menos gravosa, à prisão temporária e à prisão preventiva. Sua natureza comum reside no uso da força para deslocar uma pessoa e submetê-la à autoridade do Estado. Quando utilizada com a finalidade, exclusiva ou não, de tomar-lhe o depoimento, essa medida cautelar revela-se como meio de isolar o indivíduo, ainda que temporariamente, do mundo exterior, criando uma atmosfera de intimidação que fragiliza a autonomia e vontade do indivíduo.

Nesse cenário de privação de liberdade, ainda que provisória, cria-se um estado psicológico no qual o exercício do direito ao silêncio é propositalmente dificultado. Essa também foi a conclusão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, por ocasião do famoso julgamento Miranda V. Arizona (384 U.S. 436, 1966).[9] A decisão, relatada pelo então Presidente daquela suprema corte, Earl Warren, assinala:

"*É óbvio que tal ambiente interrogatório é criado para nenhum outro fim que não para subjugar o indivíduo à vontade de seu interrogador. Esta atmosfera carrega seu próprio emblema da intimidação. Estejamos certos, esta não é intimidação física, mas é igualmente destrutivo da dignidade humana*. (...). *A menos que sejam empregados meios de proteção para dissipar a compulsão inerente num ambiente de prisão, nenhuma declaração obtida a partir do réu pode realmente ser o produto de sua livre escolha*".[10]

Dessa forma, pode-se afirmar que o emprego da condução coercitiva do investigado ou suspeito com a finalidade de obtenção de seu depoimento viola frontalmente a finalidade da garantia constitucional insculpida no art. 5.º, LXIII, da Constituição.

As condutas de (1) retirar o cidadão de sua casa com emprego de força policial; (2) conduzi-lo para um local desconhecido previamente; (3) dificultar sua comunicação com a família e advogado; e, (4) realizar o interrogatório imediatamente após a prisão; têm por finalidade fragilizar o interrogado psicologicamente e assim tornar mais fácil a obtenção da prova autoincriminatória. Quando o indivíduo é colocado sob custódia policial – e, portanto, retirado do ambiente com o qual tem familiaridade – e mantido preso por agentes que representam uma força contrária à sua para ser submetido a interrogatório cria-se, necessariamente, uma situação de intimidação e de compulsão para colaborar.

4. Conclusão

A finalidade do direito de permanecer calado é justamente proteger o indivíduo contra qualquer tipo de indução ou compulsão que o faça incriminar a si próprio, é assegurar um *status* de intangibilidade pelo Estado no exercício de sua autodefesa. Nesse sentido, a utilização de medidas cautelares restritivas da liberdade – prisão preventiva, prisão

temporária e condução coercitiva – com a finalidade de obtenção de depoimento revelam-se práticas inconstitucionais, porque destinadas exclusivamente a restringir a liberdade do acusado de modo a incitar sua colaboração autoincriminatória.

Logo, se a colaboração do investigado ou do acusado deve ser indiferente ao Estado – que não pode nela depositar nenhuma expectativa crucial de demonstração da hipótese acusatória –, não se justifica impor qualquer medida restritiva de liberdade, de maior ou menor intensidade e duração, durante a realização de interrogatório.

Em resumo, o legislador constituinte fez uma opção de proteger o indivíduo de pressões por parte dos agentes públicos ou do próprio sistema legal para que abra mão da possibilidade de não colaborar com a investigação ou instrução penal. Isso não impede ninguém de confessar um crime, caso queira; impede, porém, que aquele que não deseja confessar seja prejudicado de qualquer forma ou ainda que seja empregado qualquer meio coercitivo durante seu interrogatório, seja ele suspeito, indiciado ou acusado.

Notas

(1) "*Ademais, o direito ao silêncio, que assegura a não-produção de prova contra si mesmo, constitui pedra angular do sistema de proteção dos direitos individuais e materializa uma das expressões do princípio da dignidade da pessoa humana*". Trecho da decisão monocrática do relator, Ministro Gilmar Mendes, na Medida Cautelar no *HC* 91.514-1/BA, ainda sem julgamento colegiado pelo Supremo Tribunal Federal.

(2) STF, *HC* 68.742-3/DF, Pleno, Rel. Min. Octavio Gallotti, j. 26.06.1991.

(3) STF, *HC* 80.616-3/SP, 2.ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 18.09.2001.

(4) STF, *HC* 72.815-4/MS, 1.ª Turma Rel. Min. Moreira Alves, j. 05.09.1995.

(5) STF, *HC* 75.257-8/RJ, 1.ª Turma Rel. Min. Moreira Alves, j. 17.06.1997.

(6) Art. 261 do CPP "*Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor. Parágrafo único. A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada*". No mesmo sentido, Súmula 523 do STF: "*No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu*".

(7) STF, *HC* 79.781-4/SP, 1.ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 18.04.2000 ("*A falta de interesse do indiciado de colaborar com a justiça não constitui fundamento idôneo à prisão preventiva*"); STF, *HC* 89.503-4/RS, 2.ª Turma, Rel. Min. Cezar Peluso j. 03.04.2007 ("*O não comparecimento do réu para prestar depoimento na delegacia de polícia não autoriza a prisão preventiva*"), STF, *HC* 91.514-1/BA, 2.ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11.03.2008 ("*Decisiva a circunstância de que a autoridade coatora revogou a prisão preventiva dos demais investigados após sua inquirição. Não faz sentido a manutenção da prisão para mera obtenção de depoimento*"); e, STF, *HC* 99.289-4/RS, 2.ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23.06.2009 ("*A invocação da prerrogativa contra a autoincriminação, além de inteiramente oponível a qualquer autoridade ou agente do Estado, não legitima, por efeito de sua natureza eminentemente constitucional, a adoção de medidas que afetem ou que restrinjam a esfera jurídica daquele contra quem se instaurou a* persecutio criminis *nem justifica, por igual motivo, a decretação de sua prisão cautelar*".

(8) STF, *HC* 95.009-4/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, j. 06.11.2008 ("*A primeira indagação a ser feita no curso desse controle há de ser a seguinte: em que e no que o corpo do suspeito é necessário à investigação?* (...) *Ora, não se prende alguém para que exerça uma faculdade*. (...) *Se a investigação reclama a oitiva do suspeito, que a tanto se o intime e lhe sejam feitas perguntas, respondendo-as o suspeito se quiser, sem necessidade de prisão*. (...) *O combate à criminalidade é missão típica e privativa da Administração (não do Judiciário), através da polícia, como se lê nos incisos do artigo 144 da Constituição, e do Ministério Público, a quem compete, privativamente, promover a ação penal pública (artigo 129, I)*".)

(9) Inteiro teor do julgamento disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/384/436>. Acesso em: 10 abr. 2016. Inteiro teor das arguições orais disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1965/759>. Acesso em: 10 abr. 2016.

(10) No original: "*It is obvious that such an interrogation environment is created for no purpose other than to subjugate the individual to the will of his examiner. This atmosphere carries its own badge of intimidation. To be sure, this is not physical intimidation, but it is equally destructive of human dignity.*

(…). Unless adequate protective devices are employed to dispel the compulsion inherent in custodial surroundings, no statement obtained from the defendant can truly be the product of his free choice".

Thiago Bottino
Pós-Doutor pela Columbia Law School (2014).
Doutor (2008) e Mestre (2004) em Direito Constitucional pela PUC-Rio.
Professor-adjunto da FGV Direito Rio e da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO).

Delação premiada do investigado/acusado preso cautelarmente: quando o Estado se transfigura em criminoso para extorquir a prova do investigado

Luiz Antonio Borri

Como ponto de partida para o estudo do tema é preciso definir a denominada colaboração (ou delação) premiada, consistente em "*instituto de Direito Penal que garante ao investigado, indiciado, acusado ou condenado, um prêmio, redução podendo chegar até a liberação da pena, pela sua confissão e ajuda nos procedimentos persecutórios penais, prestada de forma voluntária (isso quer dizer, sem qualquer tipo de coação)*".(1)

É cediço que a delação premiada encontra respaldo normativo no âmbito brasileiro desde a década de 1990, com a incorporação do instituto na Lei dos Crimes Hediondos (art. 8.º, parágrafo único, da Lei 8.072/1990), recebendo tratamento durante o decurso do tempo em diversos instrumentos legais, até o advento relativamente recente da Lei 12.850/2013.

A despeito das críticas, o novel diploma legal propiciou maior segurança aos envolvidos no acordo de colaboração premiada, mormente porque estabeleceu de modo mais preciso os prêmios ao colaborador, o procedimento para formalização do acordo, a contribuição exigida para viabilizar o prêmio, em síntese, possibilitou regulamentação muito mais pormenorizada que os diplomas predecessores.

Com efeito, para a formalização do acordo em questão, segundo dispõe o art. 4.º da Lei 12.850/2013, imprescindível a voluntariedade

do agente colaborador, ponto fulcral do presente estudo, uma vez que o Estado, representado pelo Ministério Público e pelo Delegado de Polícia, pode valer-se de medidas constritivas à liberdade deambular do indivíduo investigado ou processado em procedimento persecutório penal como instrumento à consecução da delação premiada.

Nesse contexto, surge o tema do valor probatório da delação premiada, com o necessário debate a respeito das declarações do delator figurarem como fonte ou meio de prova, ou seja, se ministram indicações úteis sujeitas à comprovação ou se, por si sós, servem à comprovação da verdade no processo.

Sob essa perspectiva, é preciso consignar que a delação premiada isolada é incapaz de viabilizar um decreto condenatório, especialmente após o advento da Lei 12.850/2013, que, em seu art. 4.º, § 16, positivou a insuficiência da versão do acusado colaborador como critério exclusivo para respaldar uma condenação criminal, indicando que a delação figura como fonte de prova.

Nesse panorama, os estudiosos do tema alertavam para a necessidade da denominada prova de corroboração, vale dizer, como a delação premiada não legitima isoladamente a condenação dos delatados, impõe-se a obtenção da prova de corroboração,[2] consistente em elementos que permitam concluir pela veracidade da versão apresentada pelo acusado delator. Contudo, para a satisfação da regra de confirmação não basta a denominada corroboração cruzada, ou seja, a confirmação da colaboração premiada simplesmente por declaração de corréu colaborador,[3] exigindo-se um *plus* consistente em elementos extrínsecos às declarações do delator.

Com efeito, a regra analisada constitui limitação negativa ao livre convencimento do julgador[4] e, consoante lição de **Walter Barbosa Bittar**, para que a delação premiada obtenha o *status* de prova, além de respeitar os preceitos legais e constitucionais, deve observar outros três critérios, fixados pela Corte de Cassação Italiana: "*a) em primeiro lugar deve-se verificar a credibilidade do declarante, através de dados como sua personalidade, seu passado, sua relação com os acusados, o motivo da sua colaboração; b) posteriormente se analisa a confiabilidade intrínseca ou genérica da declaração auferida da sua seriedade, precisão, coerência, constância e espontaneidade; c) por último valoram-se a existência e consistência das declarações com o confronto das demais provas, ou seja, atesta-se a confiabilidade extrínseca ou específica da declaração*".[5]

O ponto crucial da valoração probatória da delação premiada diz respeito à sua conjugação com o tema da prisão, principalmente daquela de natureza processual, vez que, conforme **Gustavo Badaró**, é incompatível a ideia de voluntariedade para a delação do indivíduo preso, figurando a colaboração premiada como única alternativa viável para restabelecer, ainda que parcialmente, a liberdade e o patrimônio.[6]

Para que não restem dúvidas quanto à técnica de prisão para amparar a consecução da colaboração premiada, em comentários versando sobre a famosa Operação *Mani Puliti*, desencadeada na década de 1990, na Itália, **Sérgio Fernando Moro** relata a prisão inicial do investigado Mario Chiesa, ocupante de cargo de direção de instituição filantrópica, que posteriormente confessou os fatos, revelando relações de corrupção na cidade de Milão e propiciou o desvelamento de diversos crimes perpetrados no bojo da administração pública italiana.[7]

Essa colaboração inicial com a justiça teria sido responsável por gerar um círculo virtuoso, conduzindo a novas prisões e delações. Nesta perspectiva, tomando por fundamento as lições de **Donatella della Porta** e **Alberto Vanucci**, o Magistrado Federal do Paraná assinala que os agentes incumbidos da investigação se valiam da estratégia de submeter os suspeitos à pressão de tomar decisão quanto à formalização da confissão, espalhando suspeita da confissão de outros coinvestigados, perspectiva de restrição à liberdade ao menos enquanto mantido o silêncio, ou mesmo com a soltura imediata no caso de uma confissão.[8]

Segundo o autor, a técnica não deveria ser vista com maus olhos, pois as prisões antecipadas seriam decretadas em conformidade com os requisitos legais e não com a finalidade de extrair confissões. Nesses termos, a custódia preventiva não constituiria óbice moral para as autoridades legais encetarem tratativas visando a celebração de delação premiada, porém, a despeito da pretensão de afastar eventual mácula da colaboração do indivíduo submetido a prisão provisória, o doutrinador deixa transparecer claramente o manejo do cárcere como instrumento de pressão quando assinala que "*a confissão ou a delação premiada torna-se uma boa alternativa para o investigado apenas quando este se encontrar em uma situação difícil*".[9]

Assim, não se descarta a possibilidade de o acusador vislumbrar a prisão cautelar como técnica de fragilização do indivíduo para fins de coagi-lo a uma postura de colaboração na investigação,[10] em contrapartida às benesses legais, o que subtrai flagrantemente a necessária voluntariedade indicada na legislação como requisito a permitir a celebração do acordo de colaboração premiada.

Aliás, esse proceder investigatório foi objeto de severas críticas de **Édson Luís Baldan**, identificando, nos idos de 2006, um tripé previsível na metodologia investigatória promovida pelo Estado: (a) interceptação telefônica como ato inaugural da investigação preliminar, por prazo indefinido; (b) a partir daí, reunião de elementos indicativos da suposta participação do indivíduo na empreitada criminosa a ensejar um decreto de prisão cautelar; e (c) emprego da custódia cautelar como instrumento de coação sobre o imputado, objetivando uma confissão ou delação premiada, que caracterizará meio de barganha para a restituição da liberdade.[11]

Com efeito, é preciso repensar a validade da delação premiada obtida em decorrência de prisões cautelares. Noutros termos, impõe-se discutir se a colaboração premiada oriunda do investigado submetido à pressão psicológica do cárcere é passível de valoração pelo julgador no sentido de reconhecer a culpa do próprio delator ou de seus comparsas, precipuamente quando o acordo de colaboração prevê cláusula expressa no sentido de garantir a liberdade do indivíduo ou mesmo a afirmação de inércia da acusação em relação a novas medidas cautelares de caráter pessoal em desfavor do delator.[12]

Não é novidade o uso abusivo de prisões cautelares no território brasileiro, de toda sorte, os tribunais superiores têm adotado os cuidados necessários a restringir o manejo excessivo das medidas cautelares de caráter pessoal. Normalmente, tais intervenções ocorrem no sentido de restituir a liberdade de ir e vir ao indivíduo dela privado.

Mas é preciso ir além. É chegado o momento das Cortes de Justiça analisarem a contaminação dos elementos probatórios obtidos como consectário de uma medida cautelar pessoal decretada em descompasso com os requisitos legais, especialmente quando se verifica um fomento à técnica da colaboração premiada, de modo especial em relação ao indivíduo que teve restringida sua liberdade injustamente, valendo-se do negócio jurídico processual como contracautela a lhe garantir a retomada da liberdade, ainda que de forma restrita (p. ex., prisão domiciliar).

Os argumentos alinhavados no presente opúsculo podem ser reforçados com a fundamentação constante de dois acórdãos paradigmáticos no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Trata-se do *HC* 127.186, que tinha por objeto discutir a prisão cautelar de dirigentes de construtora na denominada "Operação Lava Jato"[13] e do

HC 127.483/PR,[14] tendo os Ministros da Corte expressamente refutado a possibilidade de utilização do cerceamento à liberdade como forma de barganhar informações ou elementos probatórios à confirmação da hipótese investigatória.[15]

É deveras importante reforçar que não se mostra coerente a admissão da utilização da custódia cautelar como instrumento para a consecução da colaboração do acusado/investigado, sob pena de inequívoca confusão entre as posturas do criminoso e do Estado, manipulando-se a liberdade do indivíduo para favorecer a obtenção de provas confirmatórias dos fatos submetidos à investigação, além dos evidentes riscos de erro judiciário pelo estímulo desmedido ao instituto e possibilidade de incriminação de terceiros com o fito único e exclusivo de se desvencilhar da custódia preventiva.[16]

Não por acaso, a pretexto de combater a corrupção e encerrar um ciclo de suposta impunidade, o Ministério Público Federal propõe a inclusão de ponderação nos direitos e interesses em jogo para avaliar a pertinência da exclusão da prova ilícita, inserindo no art. 157, § 2.º, do Código de Processo Penal rol excludente da ilicitude da prova, em nítida subversão do texto constitucional, que veda peremptoriamente a prova ilícita, cuja eventual aprovação constituiria em reconhecimento de que o Estado a tudo se sobrepõe na persecução penal, viabilizando até mesmo a prisão cautelar para extrair a confissão do acusado, os elementos probatórios da prática delituosa ou a indicação dos demais participantes na empreitada criminosa.

A partir daí, exsurge como indagação pertinente ao tema: afinal, a colaboração premiada firmada com o acusado preso possibilita a produção de elementos probatórios lícitos, vale dizer, a valoração conferida à declaração do imputado destituído de liberdade (ou com promessas de inércia do Estado quanto à formulação de pedido objetivando o cerceamento da liberdade do investigado/acusado) e aos elementos probatórios dela derivados pode legitimar um decreto condenatório?

A pergunta formulada deve ser respondida em sentido negativo. Justifica-se esta perspectiva com base na interpretação conferida à Lei 12.850/2013, particularmente à necessária voluntariedade do ato pelo acusado delator, assim como para impor limite intransponível ao Estado na persecução penal, caracterizando-se a ilicitude da colaboração premiada firmada nas hipóteses de acusados/investigados presos e de todos os elementos probatórios dela oriundos, nos termos do art. 157, § 1.º, do Código de Processo Penal.

Por fim, consigne-se que a observância deste critério para interpretação da voluntariedade do colaborador premiado, a um só tempo, imporá exame mais criterioso de medidas cautelares restritivas da liberdade, impedindo a atuação criminosa do Estado na averiguação de ilícitos penais, e exigirá respeito aos direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal e tratados internacionais incorporados a ordem jurídica brasileira, em especial o direito ao silêncio (*nemo tenetur se detegere*), cujo legítimo exercício não deve conduzir a práticas autoritárias objetivando fulminar qualquer atitude defensiva do investigado.

Notas

(1) Bittar, Walter Barbosa. *Delação premiada (direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 5.

(2) Martinez Galindo, Gema. Valor probatorio de declaraciones de coimputados [Comentário de jurisprudência]. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n. 7, v. 1, 2004, p. 69.

(3) Brasil. Pet 5.700, rel. Min. Celso de Mello, j. 22.09.2015.

(4) Badaró, Gustavo. *O valor probatório da delação premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei n 12.850/2013*. Disponível em: < http://badaroadvogados.com.br/o-valor-probatorio-da-delacao-premiada-sobre-o-16-do-art-4-da-lei-n-12850-13.html>. Acesso em: 20 abr.2016.

(5) Bittar, Walter Barbosa. *Delação premiada (direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 196.

(6) Badaró, Gustavo. *Quem está preso pode delatar?* Disponível em: <http://jota.info/quem-esta-preso-pode-delatar>. Acesso em: 16 ago. 2015.

(7) Considerações sobre a Operação *Mani Puliti*. R. CEJ, Brasília, n. 26, jul.-set. 2004, p. 56-62.

(8) Idem, p. 58. Para uma análise comparativa entre o artigo e as técnicas empregadas pelo magistrado federal na "Operação Lava Jato", cf. Vasconcelos, Frederico. *Escrito em 2004, artigo de Moro sobre operação na Itália espelha Lava Jato*. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/12/1723856-escrito-em-2004-artigo-de-moro-sobre-operacao-na-italia-espelha-lava-jato.shtml>. Acesso em: 31 dez. 2015.

(9) Idem, p. 58-59.

(10) Rosa, Alexandre Morais da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 128-129.

(11) O jogo matemático da delação premiada e a extorsão da prova mediante sequestro do investigado. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 159, fev. 2006, p. 4-6.

(12) Sobre o tema, cf. D'Urso, Luiz Flávio Borges. Delação premiada: proibição para quem está preso. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, n. 66, v. 11, 2015, p. 64-66. Em sentido oposto, cf. Mendonça, Andrey Borges. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013). *Custos Legis a Revista Eletrônica do Ministério Público*, v. 4, 2013, p. 19.

(13) Brasil. Supremo Tribunal Federal. *HC* 127.186, 2ª Turma, rel. Min. Teori Zavascki, j. 28.04.2015.

(14) Brasil. Supremo Tribunal Federal. *HC* 127.483, rel. Min. Dias Toffoli. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC127483relator.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2016.

(15) A despeito da posição firmada pelo Excelso Pretório, é possível verificar precedente de Corte estadual e parecer lavrado por integrantes do Ministério Público consignando exatamente o oposto dos argumentos propostos neste estudo, cf. Brasil. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, 2.ª Câm. Crim., *HC* 1364788-0 – Região Metropolitana de Londrina – Foro Central de Londrina, rel. Laertes Ferreira Gomes, Unânime, j. 21.05.2015. Idêntico proceder pode ser constatado no bojo da "Operação Lava Jato", em parecer elaborado com o intuito de instruir o *HC* 5029050-46.2014.404.0000 (Pastana, Manoel. *Parecer do Ministério Público Federal no HC 5029050-46.2014.404.0000*. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/lava-jato-parecer-mpf-prisao-forcar.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2016).

(16) Para ilustrar, cita-se o caso Enzo Tortara, ocorrido na Itália, na década de 1980, trata-se de apresentador de televisão da empresa *Rai*, sob o qual pesou acusação de envolvimento com a "Nuova Camorra Organizzata", baseada em delações premiadas de diversos investigados da alta cúpula da máfia napolitana (Giovanni Pandico, Giavanni Melluso, entre outros), motivando a manutenção de sua prisão por 1.185 dias. Ao final, comprovou-se o equívoco na investigação e a injusta restrição à liberdade do investigado, tendo as declarações incriminatórias sido formuladas com a finalidade de envolver indivíduo que gozava de reconhecimento público para indicar a relevância da delação. Para maiores informações, cf. Copetti, Alfredo; Petrini, Michela; Rosa, Alexandre Morais da. *Delações falsas e o que nos pode ensinar o Caso Tortora da Itália: o perigoso jogo dos "colaboratori di Giustizia"*. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/delacoes-falsas-e-o-que-nos-pode-ensinar-o-caso-tortora-da-italia-o-perigoso-jogo-dos-colaboratori-di-giustizia/>. Acesso em: 6 jan. 2016.

Luiz Antonio Borri
Pós-graduado em Direitos Fundamentais pelo IBCCRIM.
Professor de Direito Penal.
Advogado.

IBCCRIM
Fundado em 14.10.92
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 Vico Mañas
Ivan Martins Motta
Mariângela Gama de Magalhães Gomes
Marta Saad
Sérgio Mazina Martins

OUVIDOR
Yuri Felix

Do reconhecimento da reincidência ou da primariedade na execução penal: ofensa à coisa julgada?

Lucas Pardini Gonçalves

As competências do Juízo da execução penal são, comumente, postas em xeque, por parecerem, *prima facie*, afrontar, em casos particulares, a coisa julgada material advinda da sentença condenatória transitada em julgado. Necessário, portanto, buscar a compatibilização das competências previstas pelo art. 66 da Lei 7.210/1984 (Lei de Execuções Penais – LEP) com a autoridade do julgado, de modo a se possibilitar uma convivência harmônica entre dois princípios de igual envergadura, a saber, o da individualização das penas, que também incide na fase executiva, e o da coisa julgada, ambos inseridos expressamente no rol de direitos e garantias fundamentais (incisos XLVI e XXXVI, respectivamente, do art. 5.º da Constituição da República de 1988).

Uma hipótese geradora de divergências quanto à matéria refere-se à possibilidade de reconhecimento, em sede de execução penal, da reincidência ou da primariedade do agente, independentemente do contido na sentença executada.

Há forte corrente jurisprudencial no sentido da configuração de afronta à coisa julgada em tal procedimento, ao argumento de que ao Juízo da execução caberia, tão somente, dar cumprimento à sentença, sendo-lhe vedado agravar a situação do apenado. Assim, não reconhecida a reincidência, pelo título condenatório, a isso estaria vinculado o Juízo da execução penal, pelo que descaberia reexame da matéria.

É o posicionamento adotado, majoritariamente, pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais,[(1)] havendo, também, julgados nesse sentido provenientes do Tribunal de Justiça de São Paulo.[(2)] Igualmente, colhe-se precedente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), reconhecendo, em hipóteses tais, afronta à coisa julgada.[(3)]

Contudo, uma cuidadosa análise da questão não placita tal entendimento, cuja conclusão assenta-se sobre uma falsa premissa que contamina todo o silogismo, parecendo mais acertada a corrente majoritária no âmbito do Tribunal paulista, que reconhece a competência do Juízo da execução para decidir sobre a primariedade ou reincidência do apenado.[(4)]

Os defensores da impossibilidade de tal procedimento partem da premissa maior de que, em sede executiva, não se pode alterar os comandos da sentença transitada em julgado, em respeito à coisa julgada material (salvo hipóteses excepcionais e legalmente previstas, como a do art. 66, I, da LEP), o que não se contesta. A isso, somam a premissa menor de que a reincidência (ou primariedade) do réu, reconhecida em sentença condenatória, encontra-se acobertada pelo manto da coisa julgada, pelo que chegam à conclusão de que a deliberação quanto à matéria, pelo Juízo da execução, em discordância do que consignado na sentença, afronta a *res judicata*.

A falácia deriva precisamente dessa premissa menor.

Há de se fazer a necessária distinção entre duas figuras: a reincidência (art. 63 do Código Penal – CP), de um lado, e a circunstância agravante da pena inserta no art. 61, I, do mesmo diploma, de outro. A primeira é condição fático-objetiva, passível de declaração judicial, jamais de constituição. É dizer, o Juiz, em qualquer fase do procedimento, apenas declara a reincidência (ou a primariedade) do indivíduo, reconhecendo-a. Tal condição não é constituída pela decisão judicial, senão por esta apenas declarada.

Evidência disso é o fato de ser possível a alusão à reincidência em diversas etapas do procedimento, como, *v.g.*, quando da decretação de prisão preventiva com fulcro no art. 313, II, do Código de Processo Penal (CPP).

Com esse instituto não se confunde a circunstância agravante da pena prevista pelo dispositivo do Código Penal alhures referido. Esta, sim, foge do espectro da mera declaração judicial, sendo objeto do capítulo condenatório da sentença de procedência da pretensão punitiva, a qual a constitui, aplicando-a ao réu por meio da dosimetria da pena e, assim, a ela condenando-o. Trata-se de matéria passível de abordagem, unicamente, em sede de sentença penal condenatória, diferentemente da reincidência, enquanto qualidade objetiva do agente, conforme já aqui dito.

Traçada essa distinção, constata-se a falsidade da premissa de que a coisa julgada material englobaria a reincidência (ou a primariedade) reconhecida em sentença. O que, em verdade, se acoberta pelo manto da *res judicata* é a aplicação, ou não, da aludida circunstância agravante da pena, constante do dispositivo do *decisum*.

A reincidência, em si, por condição objetiva que é, pode funcionar, na sentença, não mais do que como fundamento para diversos comandos da sua parte dispositiva, dentre os quais a aplicação de tal agravante (mas não apenas ela, vale lembrar: a reincidência pode fundamentar, ainda, a imposição de determinado regime prisional – art. 33, § 2.º, do CP; o afastamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos – art. 44, II, do mesmo diploma; a não aplicação de benefícios outros, tais como a minorante prevista pelo art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/2006, dentre outras medidas), sendo notório que os fundamentos da sentença não fazem coisa julgada (art. 504, I, do Código de Processo Civil, aplicável ao processo penal por analogia, diante da lacuna na legislação própria – art. 3.º do CPP).

Conclui-se, dessarte, que se insere nas competências do Juízo da execução penal a deliberação quanto à reincidência ou a primariedade do apenado, assim como se insere, igualmente, na competência de diversos outros Juízos (por exemplo, o da custódia, nas localidades em que já implantadas as audiências de custódia), e não apenas daquele do conhecimento, em sede de sentença condenatória. Diferentemente, a aplicação da respectiva agravante encontra espaço apenas neste momento.

ANO 24 - Nº 285 - AGOSTO /2016 - ISSN 1676-3661

O que fugiria de tal competência do Juízo executivo, importante salientar, é, ao reconhecer a reincidência de um apenado em cuja sentença não houve a declaração de tal condição, aplicar-lhe a circunstância agravante em voga e, assim, aumentar a pena e recrudescer o regime prisional imposto, ou o contrário, ou seja, reconhecendo a primariedade de agente tido como reincidente pelo título executado, abrandar-lhe as sanções ou o regime. Afinal, caso assim procedesse, incorreria em afronta à coisa julgada, pois se alterariam comandos essenciais da sentença que se acobertam pelo manto da imutabilidade. Nesse sentido, na primeira hipótese aventada, nada haveria a ser feito com vistas à correção da sentença, a qual esbarraria na vedação à revisão *pro societate*. Já no segundo cenário, caberia a propositura da ação de Revisão Criminal.

Portanto, o Juízo da execução possui competência para declarar a reincidência ou primariedade do apenado, independentemente do contido na sentença executada, desde que tal reconhecimento se limite a aspectos da execução (estágio temporal para progressão de regime quanto a crimes hediondos – art. 2.º, § 2.º, da Lei 8.072/1990 – ou para concessão de livramento condicional – art. 83 do Código Penal; acréscimo de um terço ao prazo da prescrição da pretensão executória – art. 110 do Código Penal;[5] aferição do atendimento aos requisitos objetivo-temporais dispostos nos Decretos presidenciais concessivos de indulto e comutação, os quais, usualmente, estipulam patamares distintos para primários e reincidentes; dentre outras matérias), o que se insere nas competências previstas pelos incisos III e VI do art. 66 da LEP.[6]

Não convence, por fim, o argumento da vedação ao agravamento da situação do apenado, por vezes identificada, inadequadamente, como *reformatio in pejus* (princípio este próprio da teoria dos recursos e cuja aplicação à seara da execução penal carece, em última análise, de sentido lógico-sistemático). *A uma*, porque tal vedação incide sobre a sentença, é dizer, o título condenatório (leia-se: a coisa julgada dele advinda, formada pelos seus comandos essenciais, a saber, capitulação legal da conduta delitiva, pena e regime) é que não pode ser modificado em desfavor do apenado (revisão *pro societate*), e isso não se discute. *A duas*, porque o entendimento ora defendido serve aos dois lados, valendo, igualmente, para o reconhecimento da primariedade de agente tido como reincidente pelo Juízo do conhecimento, hipótese em que se beneficia o sentenciado.

Em conclusão, diferenciadas a reincidência e a circunstância agravante da pena, tem-se que o reconhecimento (ou não) da primeira, em sede de execução penal, independentemente do contido na sentença condenatória, não ofende a coisa julgada, desde que sua declaração produza efeitos, apenas, sobre questões próprias da fase executiva, sem alterar comandos essenciais da sentença.

Notas

(1) Vide Ag 1.0231.13.012163-6/002 – *DJe* 13.04.2016; Ag 1.0301.13.002412-0/001 – *DJe* 28.03.2016; Ag 1.0231.13.032194-7/001 – *DJe* 29.10.2015; Ag 1.0231.14.028054-7/001 – *DJe* 23.09.2015, dentre outros.

(2) Vide Ag 0196795-62.2012.8.26.0000 – j. 27.02.2013.

(3) *HC* 267.656/GO – *DJe* 07.03.2014.

(4) Vide Ag 7006139-33.2015.8.26.0482 – j. 31.03.2016; Ag 7002422-67.2014.8.26.0637 – j. 09.04.2015; Ag 0066318-77.2014.8.26.0000 – j. 12.03.2015, dentre outros.

(5) Em sentido contrário: Jesus, Damásio de. *Prescrição penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 112-113. Vide, ainda, precedente do STJ: R*HC* 6.611/RJ – *DJ* 15.09.1997.

(6) "*A concessão de benefícios (progressão de regime mais favorável, livramento condicional, remição) ou o agravamento da situação do condenado (regressão de regime de pena) pelo juiz da execução viola o caso julgado? Estamos que não, pois o juiz da execução simplesmente adéqua a situação do condenado ao momento próprio da execução de sua pena, pois não há aumento do quanto de pena imposta* (...). *Os eventuais incidentes na execução* (...) *ou benefícios não alteram o julgado* (...) *mas sim permitem ao juiz modificar a situação jurídica do condenado, seja para melhorá-la (progressão de regime; concessão de livramento condicional; sursis; anistia; indulto, dentre outros benefícios), seja para piorá-la (regressão de regime).*" (Rangel, Paulo. *A coisa julgada no processo penal brasileiro como instrumento de garantia.* São Paulo: Atlas, 2012. p. 303).

Lucas Pardini Gonçalves
Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).
Especialista em Direito Público pelo Instituto para o Desenvolvimento Democrático (IDDE) em parceria com o Centro de Direitos Humanos (*Ius Gentium Conimbrigae* – IGC) da Universidade de Coimbra (Portugal).
Assistente judiciário do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG).

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661
COORDENADOR-CHEFE: José Carlos Abissamra Filho
COORDENADORES ADJUNTOS: Arthur Sodré Prado, Fernando Gardinali e Guilherme Suguimori Santos.

CONSELHO EDITORIAL:
Acacio Miranda da Silva Filho, Alberto Alonso Muñoz, Alexandre Pacheco Martins, Alexandre Soares Ferreira, Amélia Emy Rebouças Imasaki, André Felipe Pellegrino, 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, Beatriz Ferreira Jubilut, Bruna Nascimento Nunes, Bruno Salles Pereira Ribeiro, Bruno Redondo, Carlos Alberto Garcete de Almeida, Carlos Domênico Viveiros, Caroline Braun, Cecilia de Souza Santos, Cecilia 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, Frederico Manso Brusamolin, Gabriel Huberman Tyles, Giancarlo Silkunas Vay, Guilherme Lobo Marchioni, Guilherme Silveira Braga, Guilherme Suguimori Santos, Hugo Leonardo, Ilana Martins Luz, Jacqueline do Prado Valles, João Jacinto Anhê Andorfato, Jamil Chaim Alves, Jorge Miguel Nader Neto, José Carlos Abissamra Filho, José Roberto Coêlho de Almeida Akutsu, Karlis Mirra Novickis, Larissa Palermo Frade, Leopoldo Stefanno Gonçalves Leone Louveira, Leonando Biagioni de Lima, Luan Benvenutti Nogués Moyano, Luis Gustavo Veneziani Sousa, Marcel Figueiredo Gonçalves, Marco Aurélio Florêncio Filho, Marina Ludovico Bruno, 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 de Souza Lira, Rafael Tiago da Silva, Renato Stanziola Vieira, Renata Macedo Souza, Ricardo Caiado Lima, Roberto Portugal de Biazi, Rodrigo Nascimento Dall´Acqua, Rogério Fernando Taffarello, Sâmia Zattar, Sérgio Salomão Shecaira, Taísa Fagundes, Tatiana de Oliveira Stoco, Thaís Paes, Theodoro Balducci de Oliveira, Vinicius Gomes de Vasconcellos, Vinícius 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, Greyce Tisaka, Guilherme Suguimori Santos, Jairton Ferraz Júnior, José Carlos Abissamra Filho, Juliana Sette Sabbato, Leopoldo Stefanno Leone Louveira, Ludmila Bello, Mariana Helena Kapor Drumond, Matheus Silveira Pupo, Michelle Pinto Peixoto de Lima, Milene Mauricio, Milton Alexandre do Nascimento, Paula Mamede, Pedro Luiz Bueno de Andrade, Rafael Carlsson Gaudio Custódio, Renato Silvestre Marinho, Renato Watanabe de Morais, Ricardo Mamoru Ueno, Roberta Werlang Coelho Beck, Sâmia Zattar, Stephan Gomes Mendonça, Suzane Cristina da Silva, Thaís Marcelino Resende, Vivian Peres da Silva e Wilson Tavares de Lima.

COMISSÃO DE ATUALIZAÇÃO DO VOCABULÁRIO BÁSICO CONTROLADO (VBC): Alberto Silva Franco, Maria Cláudia Girotto do Couto, Renato Watanabe de Morais e Suzane Cristina da Silva.

EDITORES IBCCRIM: Adriano Galvão, Eduardo Carvalho e Willians Meneses.

PROJETO GRÁFICO: Lili Lungarezi - lililungarezi@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 conveniadas. O conteúdo dos artigos publicados expressa a opinião dos autores, pela qual respondem, e não representa necessariamente a opinião deste Instituto.

Tiragem: 11.000 exemplares

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

Uma teoria substancialmente crítica da pena: o abolicionismo pede passagem

Francisco de Assis de França Júnior

Doutrinariamente, temos a pena como uma espécie de resposta estatal diante do aparecimento de um conflito social que foi alçado normativamente à categoria de infração penal. Tal reação, daí o caráter sancionatório, geralmente se destina à privação ou à restrição de um determinado bem jurídico (a preferência tem sido pela liberdade). Este, por sua vez, indicado política e socialmente como relevante às hostes do Direito Penal. Tem-se, portanto, oficialmente na pena, um caráter instrumental (falseado, como a seguir veremos). Utiliza-se dela, diz o discurso político-normativo, com vistas a permitir uma convivência social pacífica, dando-nos a possibilidade de usufruirmos plenamente de nossa liberdade. Cria-se e recria-se um ideário que não nos permite imaginar um ambiente social em que a pena não seja possível. Não por acaso, os manuais, em uníssono, tratam-na como "uma consequência natural", o que, para nós, não deixa de ser uma tentativa de abrigo na "assepsia" das ciências naturais. Afinal, como contestar o que é natural? Assim, obstaculiza-se o debate sobre a necessidade de sua existência, dada sua "obviedade".

À partida, a naturalização da necessidade da pena parece-nos antidemocrática, justamente porque nos apresenta ela como um "dado natural", cuja necessidade é indiscutível, irrefutável, absoluta, própria daquilo que as doutrinas religiosas mais tradicionais classificam como *dogma*. Aliás, registre-se, *pena*, *penitência*, *penitenciária* não são derivações linguísticas aleatórias, desprovidas de qualquer contexto. As mencionadas expressões carregam consigo uma carga simbólica de considerável relevância histórica. A sedimentação da necessidade da pena como "verdade" passa pela construção de uma das pernas do ideal judaico-cristão:[1] a manutenção de uma atmosfera propícia ao sentimento de "culpa" e de "punição". O dogmatismo religioso clássico, portanto, remete-nos à manutenção de um ambiente em que as pessoas precisam nortear suas vidas pela esperança de retribuição, ou seja, a cada "boa ação", a *promessa* de um prêmio/recompensa (o paraíso), a cada "má ação", a *ameaça* de um castigo/punição (o inferno). O binarismo é conveniente, vez que, por sua formulação simplista, aparece como inteligível a todos. Além disso, isenta-nos da complicada análise das inúmeras variáveis que levam ao conflito. Daí não se poder falar em "causa", mas em "causas".[2]

O jurista português **Rui Cunha Martins**[3] esclarece-nos sobre o problema da simplificação exacerbada pelo uso dos tradicionais redutores de complexidade, vez que "um horizonte em aberto pode ser um fardo", inconveniente este que "a religião, a política, a ciência e o direito" se encontram entre os agentes a quem tem sido entregue essa tarefa de estabilização das expectativas. Assim, produzem-se *dogmas*, dentre os quais a pena de prisão se destaca, não pelo que se anuncia oficialmente, mas pelo que se presta a realizar na prática, daí a ideia da existência de suas "finalidades invertidas",[4] ou falseadas, denunciadas pelo francês **Michel Foucault**.[5] Para ele, "*a prisão é um instrumento de recrutamento dos delinquentes para o exército*", e mesmo por isso ela é bem-sucedida, "*pois é isso que lhe pedem*". A delinquência, segundo **Foucault**,[6] "*tem certa utilidade econômico-política nas sociedades que conhecemos (...), quanto mais houver delinquente, mais haverá crimes; quanto mais houver crimes, mais haverá medo na população; e, quanto mais houver medo na população, mais aceitável e mesmo almejável se tornará o sistema de controle policial*". **Nilo Batista**[7] nos esclarecerá que "*o direito penal vem ao mundo (ou seja, é legislado) para cumprir funções concretas* dentro de *e* para uma *sociedade que concretamente se organizou de* determinada maneira".

Diz-se, no entanto, no discurso oficial, que a pena de prisão teria algumas serventias socialmente benéficas. Sob a perspectiva *absoluta*, com amparo no pensamento kantiano (e também hegeliano), mais propriamente na *metafísica dos costumes*, a pena, olhando para o passado, seria necessária apenas para retribuir (eticamente para **Kant** e juridicamente para **Hegel**) o mal produzido pelo sujeito. Eis, diga-se de passagem, a base filosófica do contemporâneo direito penal do inimigo de **Günther Jakobs**.[8] Já para aqueles que partem de uma concepção *relativa*, com amparo em **Protágoras** e ainda em **Feuerbach**, a pena, olhando para o futuro, seria necessária para prevenir a produção de conflitos, ostentando, assim, um caráter eminentemente intimidativo. Logo, teríamos aplicação de tal pena como uma forma de prevenção especial (condenado) e geral (sociedade), estas podendo ser negativa (cárcere/intimidação da sociedade) e positiva (ressocialização/ênfase nos valores e no respeito às normas). No caso de nosso vigente Código Penal, sob a influência alemã, a perspectiva adotada (art. 59) é eclética, tentando a conciliação dos dois postulados anteriores.

São, portanto, diferentes as formas de "racionalização" da pena de prisão, "a favorita" do sistema. **Lola Aniyar de Castro**[9] dirá que é graças a essas fundamentações que "*o castigo assegura sua perenidade e a justiça cumpre os ritos sacrificiais para que a ordem seja simbolicamente reconstituída*". Assim, prossegue a autora, "*o condenado é o bode expiatório que tranquiliza as consciências e canaliza a violência*".

Nesse contexto, sobretudo nos países que adotam "modelos marginais",[10] como o Brasil, colonizados pelo universalismo eurocentrista,[11] cuja formação e o desenvolvimento sempre estiveram atrelados direta ou indiretamente àquele dogmatismo, de cunho religioso – Deus, por exemplo, está presente em nossa Constituição Federal, bem como se vê representado por seu filho crucificado nas paredes dos principais órgãos públicos brasileiros, como é o caso do Supremo Tribunal Federal, nossa mais alta Corte jurídica –, a atitude de se questionar a necessidade da pena, sobretudo a de prisão, não por acaso, tem sido apontada pelo discurso hegemônico como uma heresia, um verdadeiro atentado ao "sagrado direito de punir". Herética, portanto, é como tem sido classificada a tese do abolicionismo pelos críticos mais preguiçosos intelectualmente.

Por todos os outros, é **Winfried Hassemer**[12] quem nos dirá que, historicamente, tanto o direito penal quanto a pena, de forma indiscriminada, foram promovidos à "*posição de portadores de esperança para a solução dos grandes problemas sociais e políticos, e uma 'demanda urgente de ação' se associa ao aumento das vedações penais, das intervenções e das sanções*". A defesa penal, ainda segundo o autor, "*torna-se uma profissão cada vez mais bem conceituada e*

permite a ocupação lucrativa para muitos". Por outro lado, não se pretende uma linha reflexiva contra hegemônica imune de críticas, alheia às implicações sociais da possibilidade de sua realização prática. Os críticos dos quais falamos alhures, devotos incontestes da "salvação" pela pena de prisão, representam apenas a fatia mais radical dos argumentos contra o abolicionismo. Há, sim, críticas serenas, honestas, relevantes e necessárias para o aperfeiçoamento de seus principais ideais.

Não faz muito e – pela bondade do professor **Hugo Leonardo**, ciente de nossas predileções pelos ideais abolicionistas – tivemos o privilégio da leitura reservada, já que se trata de texto ainda inédito, das reflexões do professor **Luciano Oliveira**,[13] da Universidade Federal de Pernambuco, sobre algumas das propostas de **Louk Hulsman**[14] (nossa principal referência abolicionista). É preciso, alerta-nos o professor pernambucano, ficarmos atentos ao contexto da elaboração do ideal abolicionista, não só pelas condições sociais (de baixa criminalidade) em que **Hulsman** estava envolto, mas, agora dizemos nós, por sua história de vida. O criminólogo holandês foi preso pelos aliados do regime nazista, ficou durante um tempo num campo de concentração, fugiu e participou efetivamente da resistência. Pelos ideais que, anos depois, passou a reverberar, de fato, há de ser colocado no rol dos homens "extraordinários", algo bem diferente daquele tipo com o qual estamos acostumados a lidar: o "homem comum".

Também estivemos, vale registrar, em Auschwitz (I e II), na Polônia – como pesquisadores, claro –, e, sinceramente, agora nos filiando ao apropriado questionamento de **Luciano Oliveira** – mais não diremos para não estragarmos o ineditismo de seu opúsculo –, não sabemos se um mero "puxão de orelhas" seria uma resposta razoável aos horrores patrocinados por Hitler, Himmler, Mengele e cia. Preferimos (por enquanto) pensar que **Hulsman** nos deixou ferramentas para uma viragem valorativa que exige um processo interminável de aprendizagem e aperfeiçoamento cultural, rumo, é de se esperar, aos valores democráticos. Aliás, às indagações (repito: necessárias), temos, na maior parte das vezes, recomendado o "Cântico Negro", de **José Régio**: "só sei que não vou por aí". É desse modo que temos visto o abolicionismo de **Hulsman**,[15] alguém que sabe exatamente por onde não ir e o que não usar, daí não se permitir exceções quanto à existência do sistema penal como meio para a tentativa de resolução de conflitos, mesmo sob a égide das "boas intenções".

Nesse sentido, se há algo de relevante na análise atual do conceito de pena, seja ela tal como atualmente se encontra, seja pelo seu malgrado histórico, é a constatação de que sua existência se consubstancia na face mais violenta e invasiva do exercício do poder: o poder punitivo, que é, não esqueçamos, clara manifestação do poder político. Vejamo-la, portanto, tal como ela é de fato, não pelo que dela se fala. A pena, dirá **Tobias Barreto**,[16] apresenta-se não sob um conceito jurídico, mas político, o que nem sempre é percebido pelos que a operam. E em todas as suas fases de existência esse critério se faz presente, seja na *cominação* (realizada pelo legislador, em que há ênfase na prevenção geral), na *aplicação* (realizada pelo juiz, em que há ênfase na retribuição e prevenção especial) ou na *execução* (realizada pelo Estado, em que há ênfase na prevenção especial). Ocorre que os atores responsáveis por tais processos raramente se apercebem do caráter intrinsecamente político de suas atividades.[17]

Suas propaladas finalidades, por exemplo, apesar de todo o esforço teórico especulativo (pois lhes faltam dados empíricos suficientemente seguros que as confirmem) de correntes absolutas, relativas e conciliatórias, tudo na tentativa de fundamentar a pena coerentemente, nunca estiveram tão descompassadas com a realidade. Eis, portanto, a necessidade de se revisitar as críticas outrora anunciadas por **Tobias Barreto**[18] a tais espécies finalísticas de "divagações metafísicas" sobre o que ele denomina de "sistema de forças". O catedrático de Recife,[19] neste opúsculo, dedica-se ao questionamento crítico dos anunciados fundamentos e da origem do direito de punir, no que, segundo ele, seria "*uma espécie de adivinha, que os mestres creem-se obrigados a propor aos discípulos, acabando por ficarem uns e outros no mesmo estado de perfeita ignorância, o que aliás não impede que os ilustrados doutores, na posse das soluções convencionadas, sintam-se tão felizes e orgulhosos, como os padres do Egito a respeito dos seus hieróglifos*".

Demonstra-se que tem poder, privando ou restringindo alguém de algum bem que lhe seja devida a disponibilidade, ou seja, se tratas mal o garçom que te serve, ele tenderá a te evitar, esquiva-se, podendo retardar e, em casos extremos, sequer entregar o que lhe foi solicitado, tudo numa tentativa de demonstração clara do poder que possui e de como pode usá-lo para punir quem lhe desagrada. Assim, a pena, como resposta estatal "natural", apresenta-se tão útil quanto o pecado como resposta eclesiástica. São, portanto, ameaças institucionalizadas de violência (física e/ou psicológica) cuja finalidade mais premente é manter o ambiente livre de obstáculos ao "natural" exercício do poder, no caso da prisão "poder sobre os corpos".[20] Nessa dinâmica, em que o que importa é exercer o poder que o "contrato"[21] lhe conferiu, o foco sempre será o "desviante", jamais o conflito e as variáveis que o permitiu. É por meio da pena que se tem trabalhado o conflito.

Não se pode negar radicalmente, porém, que "ameaças" (sejam oficiais ou não) nos trazem inquietações e põem em xeque a "paz de espírito", podendo-nos fazer caminhar no sentido de tentar evitá-las, buscando tranquilidade. O que se contesta, mesmo na doutrina abolicionista, é a predileção pelas opções oferecidas pelo Direito Penal, sobretudo a prisão, na tentativa de resolução desses conflitos. Inspirado em **Nietzsche**, essa curiosidade também moveu **Michel Foucault**[22] (veja-se *Vigiar e punir*), para quem a pena de prisão "*não foi o único modo de punir, mas, mesmo assim, se tornou um dos principais*", sendo assim, seu problema era saber por que se escolheu esse meio especificamente. Tal problema, segundo ele, era mais negligenciado pelos historiadores do que a busca pelos fundamentos do direito de punir (algo, inclusive, que ele reputa como importante, apesar de não ter explorado), razão pela qual esta última acabou sendo posta de lado por **Foucault**.

Contudo, não obstante sua "negligência" quanto à análise dos pretensos fundamentos do direito de punir, **Michel Foucault**[23] dialogou diretamente com os ideais abolicionistas, também voltados a críticas de tais fundamentos, no que reconheceu "*haver um número enorme de coisas interessantes na tese de Louk Hulsman, inclusive pelo desafio que ele propõe à questão do fundamento do direito de punir, dizendo não haver mais a punir*". **Foucault**, em entrevista, sustentou que as ideias de **Hulsman** parecem-lhe "*estimulantes*" e, ainda assim, tal como **Luciano Oliveira**, não se eximiu de tecer críticas que são necessárias, senão vejamos: "*Talvez eu não esteja suficientemente familiarizado com sua obra, mas me pergunto pelos seguintes pontos: será que a noção de situação-problema não levaria a psicologizar a questão e a reação? Será que uma prática como aquela não corre o risco, mesmo não sendo o que ele almeja, de levar a uma espécie de dissociação entre, de um lado, as reações sociais, coletivas, institucionais do crime, que será considerado como um acidente, mas devendo, no entanto, ser regulado da mesma maneira, e, do outro, se não haveria, em torno do próprio criminoso, um hiperpsicologizar*

de modo a constituí-lo como objeto de intervenções psiquiátricas ou médicas com fins terapêuticos?".

Assim, uma teoria substancialmente crítica da pena precisa ser levada a cabo aliando-se os argumentos críticos que rapidamente passamos em revista, dando especial relevo aos apresentados por **Hulsman** e **Foucault**, ambos, pelas contestações frontais que fazem ao sistema penal, essencialmente abolicionistas. O primeiro partindo prioritariamente do questionamento do direito de punir, desmistificando-o com exemplos práticos, o segundo focando na análise das razões escamoteadas da predileção do meio historicamente selecionado para o exercício do poder político. Como se percebe, suas obras se comunicam, se aproximam, dialogam, portanto, no sentido de contestar o dogmatismo ainda reinante. Ambos os autores desvelam características de um sistema cujo discurso oficial se esforça para esconder debaixo do tapete. Ambos assumem o papel daquela criança do conto de **Hans Christian Andersen** e nos revelam "*Olha, olha! O rei está nu!*".

Notas

(1) Nada sistematicamente contra todos os ideais judaico-cristãos, que foram importantes, cumpre-nos reconhecer, na formulação de uma necessária consciência moral.

(2) "O crime é um fenômeno social complexo que não se deixa vencer totalmente por armas exclusivamente jurídico-penais. Em grave equívoco incorrem, frequentemente, a opinião pública, os responsáveis pela Administração e o próprio legislador, quando supõem que, com a edição de novas leis penais, mais abrangentes ou mais severas, será possível resolver-se o problema da criminalidade crescente" (Toledo, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 5).

(3) Martins, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados* – corrupção, expectativa e processo penal. São Paulo: Atlas, 2013. p. 39.

(4) Expressão que primeiramente ouvimos do professor Hugo Leonardo Rodrigues Santos, discorrendo, em debate do qual participamos, sobre a obra de Michel Foucault.

(5) Foucault, Michel. *Segurança, penalidade e prisão.* Trad. Vera Lucia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012. p. 33.

(6) Idem, p. 182.

(7) Batista, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro.* 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 19.

(8) Jakobs, Günther. *Fundamentos do direito penal.* Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Ed. RT, 2003.

(9) Castro, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação.* Trad. Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 138.

(10) Países cujo "sistema penal subterrâneo", dentre outras mazelas, opera com especial vitalidade (Castro, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação* cit., p. 128).

(11) Críticas importantes a esse movimento, e a necessidade de uma descolonização, podem ser encontradas em: Martins, Paulo Henrique. *La decolonialidad de América Latina y la heterotopía de uma comunidade de destino solidaria*. Buenos Aires: Fundación CICCUS, 2012.

(12) Hassemer, Winfried. *Direito penal libertário.* Trad. Regina Greve. Belo Horizonte: 2007. p. 83.

(13) Oliveira, Luciano. *As plantas do jardim de Hulsman* – Discutindo o abolicionismo penal e o abolicionismo carcerário. No prelo.

(14) Hulsman, Louk; Celis, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas* – o sistema penal em questão. Trad. Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

(15) "A solução para cada caso é pois única, como única é cada pessoa. A tomada de decisão requer abolição da cabeceira da mesa ou do degrau superior onde se encontra a mais alta autoridade. Ela exige que sejam dissolvidos lugares e patamares, levando a horizontalizar as conversas para a tomada de decisão. (...) O abolicionismo penal é a constatação que uma sociedade sem penas existe e que dela se faz uso autoritário e libertário; que a uniformidade inexiste; que muitos querem o pluralismo como consagração de uma tenebrosa uniformidade que perpetua a prevenção geral; que alguns se imaginam capazes de guiar os demais por meio do seu esclarecimento" (Passeti, Edson. A atualidade do abolicionismo penal. In: Passeti, Edson (org.). *Curso livre de abolicionismo penal.* Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 31-33).

(16) Barreto, Tobias. Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir. *Estudos de filosofia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editorial Grijalbo, 1977. p. 366-353. Disponível em: <http://www.cdpb.org.br/estudos_tobias_partes_1_e_2.pdf>. Acesso em: 14 de maio de 2016.

(17) Castro, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação* cit., p. 134.

(18) Barreto, Tobias. *Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir,* cit., p. 366-353.

(19) Idem, p. 346-347.

(20) Foucault, Michel. *Segurança, penalidade e prisão* cit., p. 33.

(21) "O contrato social surge, portanto, como um novo Deus, perdido nas brumas da história, e ninguém sabe agora se foi correta ou não, sequer se foi possível, aquela metáfora que pôs nas mãos intermediárias do Estado, na prática, todo o poder dos poderosos" (Castro, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação* cit., p. 138).

(22) Foucault, Michel. *Segurança, penalidade e prisão* cit., p. 285-286.

(23) Foucault, Michel. *Segurança, penalidade e prisão* cit., p. 288.

Francisco de Assis de França Júnior
Mestrando em Direito pela Universidade de Coimbra, em Portugal.
Professor de Direito Penal no Centro Universitário CESMAC (Maceió/AL).
Professor assistente no Laboratório do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM em Alagoas.

Os fenômenos da morte e do suicídio na realidade normativa comparada do Brasil e da Suíça

Wagner Amorim Madoz

1. Introdução

O anseio de entender e aliviar a "dor" perpassa por toda a história humana. Desafia todas as áreas do conhecimento, sendo identificada como sofrimento físico, psíquico, espiritual, mental, social e até financeiro do indivíduo. A morte em muitos aspectos é representada pelo medo do sofrimento, por tristezas, angústias e culpas diante das perdas, bem como do pós-morte, das ideias e concepções em relação ao que acontece depois – *plus ultra* ou *nec plus ultra*. Enfim, na maioria das vezes, a morte é um assunto desagradável, embora um fato inevitável.

Este artigo está ligado ao paradoxo existente entre o desejo de algumas pessoas de antecipar o termo de sua existência, por meio dos instrumentos de interrupção da vida orgânica e a proteção do direito à vida, na análise dos ordenamentos jurídicos do Brasil e da Suíça.

O direito de uma pessoa a ser tratada com dignidade é o direito a que os outros reconheçam seus verdadeiros interesses críticos (Dworkin, 2009, p. 339). Não quer dizer, todavia, que afirme se tratar de um direito fundamental absoluto, ou mesmo indisponível, pois há diversas situações em que o titular renuncia ao exercício

de um direito fundamental. De fato, a renúncia, deliberada e validamente realizada, faz parte do âmbito de exercício do direito fundamental da autodeterminação individual, de igual hierarquia constitucional e merecedor de igual proteção dos demais (Novais, 1996, p. 282).

Várias são as razões para estudar esse assunto sob a perspectiva do Direito Comparado, pois a comparação internacional de outras experiências normativas nos ajuda a apreciar e a entender nosso próprio sistema, alargando-nos a visão do mundo e permitindo analisar nosso sistema criticamente, não apenas observando o que ele tem, mas também o que ele não contém.

2. Método funcional de análise do Direito Comparado

Dada a evidente complexidade do fenômeno, tivemos o cuidado de adotar alguns procedimentos metodológicos indicados por **Marc Ancel** (Ancel, 1980, p. 123). A análise se restringiu aos arts. 114 e 115 do CP suíço, em comparação com os arts. 121 e SS. do CP brasileiro e as Res. 1.805/2006 e 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina, situando-se a análise no nível de *regra de direito* (Ancel, 1980, p. 120). Poderia também ser classificada como uma *microcomparação*, segundo a denominação de **K. Zweigert e H. Kötz**, por se tratar de específicos problemas legais ou de instituições jurídicas (Zweigert & Kötz, 2011, p. 4) e ter por objeto o exame das partículas jurídicas elementares que formam as ordens jurídicas (Miranda, 2006, p. 244).

3. A morte na configuração normativa

A definição do conceito de morte é complexa, uma vez que o corpo humano, salvo nos casos de morte violenta, vai se deteriorando por funções vitais e órgãos que as realizam. Embora possamos encontrar diversas perspectivas na definição da morte, nos ateremos à morte encefálica, compreendida atualmente como sinônimo de morte biológica, nos termos da Res. 1.480/1997 do CFM, que define os critérios do seu diagnóstico, como determina o art. 3.º da Lei 9.434/1997, que trata da retirada de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e de tratamento.

3.1 Polissemia

Dissemos que o tema está envolto em miríades de questões éticas, e isso já se mostra na grande variedade de situações e modalidades de morte com intervenção. O termo eutanásia é oriundo do grego, tendo por significado boa morte ou morte digna. É o emprego ou abstenção de procedimentos que permitem apressar ou provocar o óbito de um doente incurável, a fim de livrá-lo dos extremos sofrimentos que padece. Tem as seguintes modalidades: ativa, ato deliberado de provocar a morte sem sofrimento do paciente, com o intuito humanitário, ou piedoso; passiva, quando a morte ocorre por omissão em se iniciar uma ação médica que garantiria a perpetuação da sobrevida – "*por exemplo, deixar de se acoplar um paciente em insuficiência respiratória ao ventilador artificial*" (Siqueira-Batista & Schramm, 2004, p. 34); e de duplo efeito, quando a morte é acelerada como consequência de ações médicas não visando à morte, mas ao alívio do sofrimento de um paciente – "*por exemplo, emprego de uma dose de benzodiazepínico para minimizar a ansiedade e a angústia, gerando, secundariamente, depressão respiratória e óbito*" (Siqueira-Batista & Schramm, 2004, p. 34).

Outra classificação leva em consideração não só as consequências do ato, mas também o consentimento do paciente: voluntária – que atende a uma vontade expressa do doente – o que seria um sinônimo do suicídio assistido; eutanásia involuntária – ocorre se o ato é realizado contra a vontade do enfermo – ou seja, sinônimo de "homicídio"; e eutanásia não voluntária, quando a morte é levada a cabo sem que se conheça a vontade do paciente.

Distanásia é o emprego de recursos médicos desproporcionais com o objetivo de manter vivo o paciente terminal, submetendo-o a grande sofrimento, não havendo propriamente um prolongamento da vida, mas um processo de morrer, sendo comum a utilização de expressões como "obstinação terapêutica" e "futilidade médica" (Carvalho, 2002, 481 e Pessino, 1996, 31).

Ortotanásia é a morte natural, sem a interferência da ciência, permitindo ao paciente uma morte digna, sem sofrimento, sem cessar a evolução, o percurso da doença, evitando-se métodos extraordinários de suporte de vida (manobras médicas invasivas – procedimentos cirúrgicos, ressuscitação, administração de medicamentos etc.). Entende-se como o direito à morte digna, ou a exigência ética de auxiliar a quem procura exercitar esse direito (Carvalho, 2002, p.482); é diferente da eutanásia passiva – na qual se provoca a morte do enfermo terminal, por omissão da prestação dos cuidados paliativos ordinários e proporcionais destinados a evitar seu falecimento, ou seja, pela não aplicação de uma terapia disponível e que poderia prolongar a sua vida (Carvalho, 2002, p.482).

Diretivas antecipadas de vontade são declarações nas quais a pessoa restringe ou seleciona os tratamentos médicos a que deseja ser submetida; representa "*a antecipação de uma manifestação de vontade destinada a preservar um interesse pessoal resguardando-o da interferência de terceiros no momento em que o próprio indivíduo não puder manifestá-la em razão de uma incapacidade*" (Cruz, 2013, p. 56-57). Originária do Direito norte-americano – *Patient Self-Determination Act* –, compreende os tipos: *testamento vital*, em que o paciente, ciente de sua condição de enfermidade, declara, antecipadamente, suas escolhas quanto ao tratamento que receberá em caso de inconsciência; e *mandato duradouro*, que consiste no "*documento pelo qual o paciente nomeia um ou mais procuradores que deverão ser consultados pelos médicos, em caso de incapacidade deste – permanente ou temporária, quando estes tiverem que tomar alguma decisão sobre tratamento ou não tratamento*" (Dadalto, 2013, p. 62). Como não há no Brasil lei sobre o tema, o CFM editou a Res. 1.995/2012 prevendo o modo como os médicos atuarão quando houver essas declarações do paciente.

Suicídio assistido é a retirada da própria vida com auxílio ou assistência de terceiro. O ato é do próprio paciente. O terceiro colabora com o ato (em geral prestando informações, colocando à disposição do paciente os meios ou condições para o ato). Difere do induzimento ao suicídio (vontade). O paciente está consciente, enquanto na eutanásia, nem sempre o doente se encontra cônscio, como na situação do paciente terminal e em coma, mantido vivo por um ventilador mecânico, o qual é desligado (Siqueira-Batista & Schramm, 2004, p. 34).

4. Morte digna

A Constituição de 1988 estabeleceu, em seu art. 5.º, III, que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante. Extraindo o máximo de eficácia dessa norma, pode-se entender que constitui um direito fundamental a ter uma morte digna, decorrente de um processo de morrer em que não seja utilizado tratamento degradante e desumano.

5. Princípio da autonomia

A autonomia do paciente impõe a não intervenção no corpo, nem a imposição a um tratamento ou cirurgia contra sua vontade, ou a submissão a um experimento científico, ainda que seja para o benefício da humanidade (Neves, 2013, p. 9-23). Configura-se na afirmação de que toda pessoa tem o indeclinável direito de dar à sua vida o destino que quiser, aí incluídas desde as mais gravemente até as irremediavelmente enfermas.

De fato, a autonomia está intimamente ligada à liberdade do indivíduo, parte integrante da dignidade humana, como atributo vinculado à capacidade de definir-se a si mesmo como pessoa e de atuar de acordo com os seus desígnios (Sarlet, 2008, p.63).

Enquanto em Portugal o art. 156.º do CP incrimina qualquer intervenção médico-cirúrgica arbitrária, aquela que tenha lugar sem consentimento do paciente – ainda que medicamente indicada e levada a cabo por médico, com finalidade terapêutica –, no Brasil, ao contrário, exclui-se a tipicidade do delito de constrangimento ilegal, na hipótese de intervenção médica e para evitar suicídio – CP, art. 146, § 3.º, incs. I e II.

6. O suicídio no sistema jurídico da Suíça

Os arts. 114 e 115 do CP suíço punem o "incitamento" ou o "auxílio" ao suicídio, desde que por motivos egoístas. Em contraposição à maioria dos países europeus, a Confederação Suíça tem uma visão menos restritiva da assistência ao suicídio, ao lado da Holanda e da Bélgica. Muito embora não haja uma legislação específica disciplinando o fenômeno, essa diferença de tratamento normativo reforça a tendência de pessoas domiciliadas em países onde essa modalidade de suicídio não é permitida irem à Suíça – num roteiro sinistramente chamado de "turismo da morte".

Assim, prestar ajuda a uma pessoa que quer se suicidar não configura o crime, desde que essa ajuda não seja feita por "*motivos egoístas*" – CP suíço, art. 115, o que configura uma clara exclusão da tipicidade, em cujo núcleo está contida a motivação egoística como elemento subjetivo do tipo.

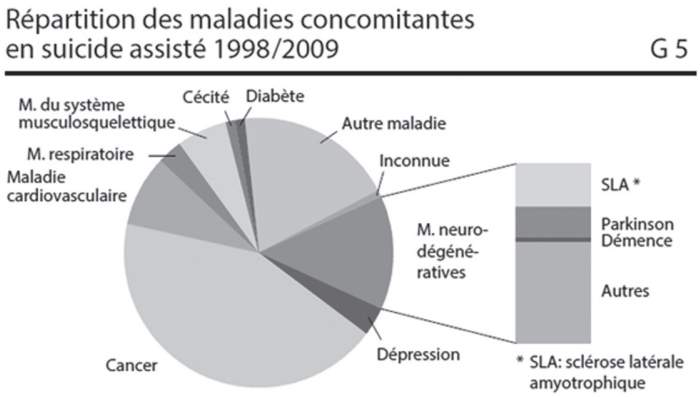
Essa é, aliás, uma das diferenças fundamentais em relação aos ordenamentos da Holanda, cuja lei de 2002 foi fruto da evolução de mais de 30 anos da jurisprudência, e da Bélgica, que optou por regular o fenômeno com mais detalhes, na tentativa de evitar os erros envolvidos na sentença.

Na Suíça, tanto a eutanásia ativa direta, que é considerada homicídio, quanto o suicídio a pedido da vítima, são punidos com a pena de até três anos de prisão – art. 114 do CP. A eutanásia passiva ou indireta é geralmente considerada como admissível no sentido do princípio do duplo efeito, ou seja, a administração de medicação, como a morfina, para aliviar as dores de um paciente terminal, ainda que isso possa apressar-lhe a morte (Andorno, 2012, p. 339).

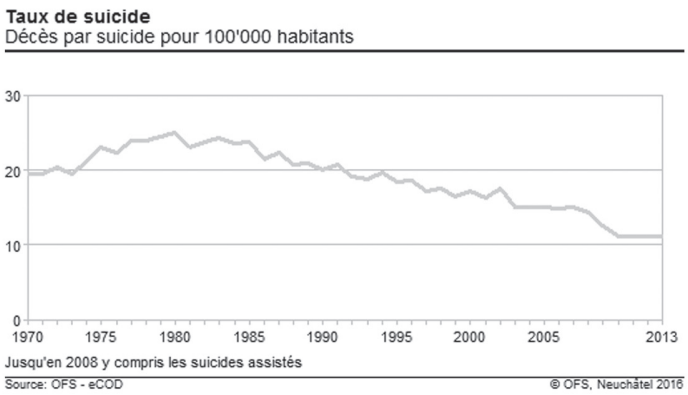
A única pré-condição é a de que o indivíduo possua capacidade para decidir, pois, do contrário, não pode ser considerado suicídio. Outra diferença consiste no fato de que na Holanda e na Bélgica o suicídio assistido deve necessariamente envolver um médico. Na Suíça, ele poderá ser realizado por organizações sem fins lucrativos (Andorno, 2012, p. 340). Há um dilema entre a atividade médica e a prática do suicídio assistido, que fez a Federação Médica Suíça incorporar várias diretrizes para excluir das atividades médicas a assistência ao suicídio (Andorno, 2012, p. 341).

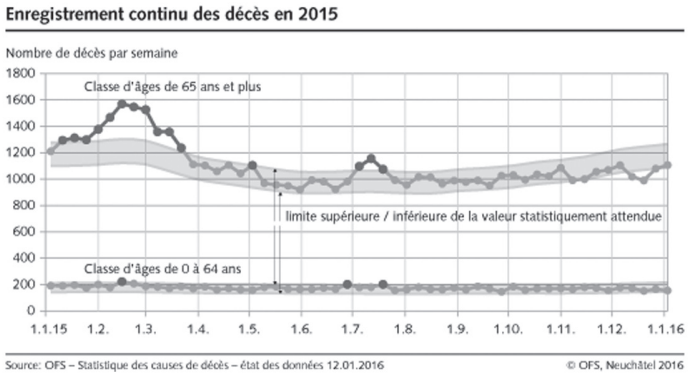
Duas das principais instituições voltadas ao auxílio ao suicídio na Suíça são: a *Exit – Association pour le Droit de Mourir dans la Dignité* e a *Dignitas – Vivre dignement – Mourir dignement*, ambas realizam suas atividades com auxílio de "voluntários".

Embora o suicídio, sob as mais diversas modalidades, represente um grave problema de política pública, os dados colecionados do Órgão Federal de Estatística Suíça – OFS, relativos aos anos de 1995 a 2015, revelam, em primeiro lugar, que a quantidade tem decrescido e, em segundo lugar, que a proporção de suicídios assistidos em relação aos demais tipos não é grande. No que se refere às modalidades de doenças concomitantes declaradas pelas pessoas que realizaram suicídios assistidos também há uma predominância de enfermidades graves como câncer, que representa 44% dos casos; neurodegenerativas 19%; cardiovasculares 9%; muscuesqueléticas 6%; e depressão 3%, conforme mostra o gráfico abaixo:



Após o aumento na década de 1970, a taxa de suicídio tem diminuído significativamente desde 1980. A partir de 2003-2008, ficou em torno de 15 óbitos por 100 mil habitantes, cai em 2013 para 11,2 casos por 100 mil habitantes, e continuou a decrescer em 2015 como mostra o gráfico a seguir:





7. Realidade normativa do Brasil

O Código Penal não distingue as categorias de morte assistida, exceto quanto ao suicídio assistido, que é enquadrado normativamente tanto no art. 121 quanto no 122, nas formas omissiva ou comissiva. O consentimento da vítima ou do paciente, ou ainda de seus responsáveis

nos casos em que é possível se admitir, não exclui o tipo: não há distinção entre não tratar um doente terminal segundo sua vontade e o ato de intencionalmente abreviar-lhe a vida, a seu pedido, embora possa ser caracterizado como causa especial de diminuição da pena (privilegiado). A norma reforça as condutas relacionadas com a obstinação terapêutica e promove conscientemente ou não a distanásia.

Fora dos casos de exclusão de ilicitude (art. 23 do CP) todas as demais hipóteses são punidas no Brasil sob a modalidade do homicídio, tentado ou consumado, sob a forma omissiva ou comissiva, dolosa ou culposamente – que em sentido estrito integra as condutas imprudência, imperícia e negligência – as quais se caracterizam por uma falta de cuidado daquele que poderia prever o resultado da sua ação, embora não o deseje ou tenha intenção de o produzir, ainda que o pudesse evitar.

Assim, o homicídio piedoso ou caritativo é punido no Brasil, haja ou não consentimento do paciente ou do ofendido. Entretanto, em razão do relevante valor moral, permite a minoração da pena de 1/6 a 1/3, conforme art. 121, § 1.º, do CP.

A Res. 1.805/2006-CFM orienta a conduta dos médicos no tratamento de pacientes terminais, aprovando a ortotanásia, como eticamente adequada, respeitando a vontade do paciente ou de parentes e representante legal. Essa norma foi questionada pelo MPF (Ação Civil Pública 2007.34.00.014809-3, TRF-1.ª Região). A Justiça Federal a suspendeu cautelarmente, mas no mérito julgou improcedente a ação, por não afrontar o ordenamento jurídico.

A Res. 1.995/2012-CFM reconheceu expressamente o direito de o paciente, em fim da vida, manifestar por escrito sua vontade sobre a suspensão de tratamentos e procedimentos. Introduziu, portanto, as Diretivas Antecipadas de Vontade no país e deu prevalência ao princípio da autonomia da vontade do paciente, como detentor exclusivo da administração da própria vida e morte. O inciso XXII do Preâmbulo observa que "*nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados*".

Há em seu texto, no entanto, um nítido conflito entre a autonomia da vontade e a validade da projeção dessa manifestação de vontade no futuro, pois é muito provável que a atitude tomada por alguém em determinada situação, não seja a mesma em outras situações e épocas, em face da mudança que o tempo opera na vida.

A Comissão de Juristas nomeada para a elaboração de Anteprojeto de Código Penal no Senado Federal, em seu relatório, propôs a criação do delito de eutanásia, bem como alterou a capitulação do delito de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio. O plenário do Senado Federal, no entanto, rejeitou a proposta.

Segundo dados do Ministério da Saúde, a taxa média de suicídio do Brasil, em 2012, é de 5,3 por 100 mil habitantes, sendo que de 1980 a 2012 houve um aumento de 62,4%, aumento esse que deveria ter provocado amplas discussões sobre o problema, na perspectiva da adoção de políticas voltadas para sua diminuição ou, pelo menos, o seu enfrentamento.

Entre outros fatores prováveis que obscurecem esse aumento está o fato de ele se situar bem atrás da taxa de mortalidade decorrente de homicídio e de acidentes de trânsito, componentes problemáticos do índice de violência (nos últimos anos, o índice de suicídios é de 5,5% para cada homicídio e 4,5% para cada morte no trânsito). Além disso, parece existir receio na divulgação desses dados, com temor do "efeito Werther".

8. Conclusão

O estudo indicou as tensões que sociedades tão díspares como a do Brasil e a da Suíça enfrentam em um fenômeno comum. Essas tensões não têm absolutamente nada de novo, pois sempre existiram na história, porque fazem parte da vida em sociedade. A análise comparada do tema relacionado com a morte remete a sensíveis reflexões sobre aspectos fundamentais da existência e ao progresso da técnica médica, que propicia a adoção de estratégias ligadas à obstinação terapêutica, na manutenção da vida, independentemente da dor e sofrimento impingidos ao paciente.

Não é nova a reflexão jurídica sobre o significado da dignidade humana, nela incluindo a morte digna. O que significa boa morte senão aquela que se dá de forma serena, sem os aguilhões da dor e do sofrimento, podendo, inclusive, haver um conflito entre as opções de diminuição do sofrimento e a redução da duração da vida.

A análise revelou, ainda, que há vários mitos em torno da eutanásia e do suicídio assistido na Suíça, não raro repletos de julgamentos morais. No Brasil, ao contrário, a lei penal não prevê nenhuma possibilidade de exclusão do tipo de auxílio ao suicídio, haja ou não motivação piedosa ou caritativa. Aliás, enquanto na Suíça a presença do *motivo egoístico* integra o elemento subjetivo do tipo (art. 115 do CP suíço), no Brasil, configura hipótese de aumento da pena (parágrafo único do inc. I do art. 122 do CP).

O CFM, em razão das diversas situações conflituosas, editou a Res.1.995/2012, prevendo as Diretivas Antecipadas de Vontade, em que o "testamento vital" é a principal delas.

A análise comparada permitiu a visualização de uma parcela significativa do direito à liberdade, que se contrapõe, no caso, à fatalidade das situações, com a reflexão da desnecessidade do temor à morte, bem como a sempre possível libertação da asfixia existencial que impulsiona o ser a abandonar a vida.

Referências bibliográficas

Alves, Cristiane Avancini. Diretivas antecipadas de vontade e testamento vital: considerações sobre linguagem e fim de vida. *Revista Síntese*. Direito de Família, ano XV, n. 80, p. 24-43, out.-nov. 2013.

Ancel, Marc. *Utilidade e métodos do direito comparado*. Trad. Sérgio J. Porto. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1980.

Andorno, Roberto. Suicídio assistido na Suíça. In: Gozzo, Débora; Ligiera, Wilson Ricardo (Org.). *Bioética e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva. 2012. p.339-347.

Carvalho, Gisele Mendes de. Alguns aspectos da disciplina jurídica da eutanásia no direito penal brasileiro. *Revista dos Tribunais*, ano 91, v. 798, p. 478-517, abr. 2002.

Cruz, Elisa Costa. Autonomia no processo de morrer: as diretivas antecipadas como concretização da dignidade da pessoa humana. *Revista Síntese*. Direito de Família, ano XV, n. 80, p. 44-59, out.-nov. 2013.

Dadalto, Luciana. Aspectos registrais das diretivas antecipadas de vontade. *Revista Síntese*. Direito de Família, ano XV, n. 80, p. 60-69, out.-nov. 2013.

Dias, Jorge de Figueiredo. A "ajuda médica à morte": uma consideração jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 21, v. 100, p. 15-38, jan.-fev. 2013.

Dworkin, Ronald. *Domínio da vida*: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

Gozzo, Débora; Ligiera, Wilson Ricardo (Org.). *Bioética e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

Neves, Rodrigo Santos. O testamento vital: autonomia privada x direito à vida. *Revista Síntese*. Direito de Família, ano XV, n. 80, p. 9-23, out.-nov. 2013.

Nobrega Filho, Francisco Seraphico Ferraz da. *Eutanásia e dignidade da pessoa humana: uma abordagem jurídico-penal*. Disponível em: <http://bdtd.biblioteca.ufpb.br/tde_busca/ arquivo.php?codArquivo=1066>. Acesso em: 27 fev. 2014.

Novais, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: Miranda, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1996. v. I, p. 263-335.

Pessino, Leo. Distanásia: até quando investir sem agredir? *Revista Brasileira de Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina. 1996, v. 4, n. 1, p. 31.

Siqueira-Batista, Rodrigo; Schramm, Fermin Roland. Eutanásia: pelas veredas da morte e da autonomia. *Ciência & Saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 9, n.1, p.31-41, 2004.

Wagner Amorim Madoz
Mestre em Direito UniCEUB.
Professor de Direito Público.
Pesquisador do Grupo de Pesquisa
Política Criminal – UniCEUB.

Nas entrelinhas da distinção dos crimes de injúria racial e racismo

Maria Letícia Puglisi Munhoz e Juliana Ribeiro Brandão

Decisão de outubro de 2015, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que considerou a injúria racial imprescritível, trouxe novo fôlego na distinção entre os crimes de injúria racial e racismo.[1] Desafiando larga jurisprudência que apoia a tipificação de racismo em uma ofensa coletiva, em contraposição à tipificação de injúria racial baseada em um dano à honra individual, reabre-se com esse julgado, pela perspectiva do direito, um canal para o debate e a crítica.

Defendendo o acerto dessa decisão e tomando-a como mote, o artigo se propõe a tratar das implicações que determinado enquadramento jurídico pode trazer e mesmo ocultar, considerando o cenário legislativo, doutrinário e jurisprudencial que trata da discriminação racial.

Quadro legislativo

A "Convenção para a Eliminação de Toda forma de Discriminação Racial" (1965), define discriminação racial considerando como tal as distinções, exclusões, restrições ou preferências, com base na raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, que impactem o exercício igualitário dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, temos a inclusão do crime de racismo no rol dos direitos fundamentais, tornando-o imprescritível e inafiançável (inc. XLII do art. 5.º da Constituição Federal) e a incorporação da qualificadora de conduta criminal no Código Penal (§ 3.º do art. 140, crime contra a honra). No âmbito das leis especiais, temos a Lei 7.716/1989 (Lei Caó), definidora dos crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, que infligem, entre outras, pena de reclusão.

Quadro doutrinário

Majoritariamente se entende que o crime de discriminação racial previsto na Lei Caó ocorre frente a toda a coletividade, em razão da origem, raça ou cor da vítima, demonstrando que foi traçado perfil depreciador das pessoas que compõem determinado grupo.[2] Já a injúria qualificada ocorre com intuito de ofender a honra subjetiva, procurando diminuir a vítima por meio de elementos referentes à cor ou raça. Em todos os casos, o dolo de ofender, diminuir e reproduzir a relação de superioridade e inferioridade entre o Branco e o Negro, seja ao indivíduo ou ao grupo, deve estar presente para que se enseje a condenação. Especialmente, a distinção entre os citados tipos penais reside no elemento subjetivo do tipo, de forma que o crime estará incurso na Lei Caó se a intenção for atingir número indeterminado de pessoas que compõem um grupo; e será considerado prática de injúria qualificada, se o objetivo for atingir o decoro íntimo de determinada pessoa, valendo-se de elementos relacionados à sua raça/etnia para intensificar a ofensa.

Questiona-se: a ofensa a uma pessoa Negra que é presenciada por várias outras não desencadeia a ofensa à coletividade Negra? Como se pode entender que determinado ato ofende, ou não, o decoro íntimo de uma pessoa Negra, em razão da sua raça ou etnia?

Na injúria simples, a ofensa atinge o decoro íntimo. Para que se configure, entre outros elementos, há que verificar a intenção de ofender essa intimidade.[3] Mas, nas injúrias raciais, a verificação do dolo de ofender a pessoa em razão da condição racial é um exercício árduo para o julgador, como podemos constatar nos acórdãos que compõem a jurisprudência brasileira, chegando a ser, muitas vezes, causa das absolvições do agressor.

Quadro jurisprudencial

Como são poucas as referências jurisprudenciais relacionadas à discriminação racial, práticas costumeiras e recursos hermenêuticos para o julgamento da conduta não devem ser considerados sem um atento filtro. Isso porque, a maioria da sociedade discrimina, de forma explícita ou implícita,[4] sem disso ter consciência.[5]

Recente pesquisa tratando da discriminação implícita, a partir da leitura de acórdãos dos Tribunais de Justiça brasileiros, aponta que, em um conjunto de 60 julgados, apenas 7 deles foram resultantes de demandas por condenação de conduta "discriminatória implícita". A agressão explícita, por meio de palavras como "negro(a)" ou "preto(a)" "mulato(a)", "neguinho(a)", "moreninho(a)" etc. é a que representou a quase totalidade dos acórdãos. Ou seja, o que não pode ser capturado nas expressões negativas, ainda que tenham o potencial de reproduzir os efeitos do racismo, isto é, a desigualdade racial, tem escapado da repercussão do direito. Trata-se de pretensões dificilmente acolhidas pelas instituições e sua comprovação é um desafio.

Em análise de 31 acórdãos mais recentes, dos 4 casos que versavam sobre condutas implícitas, 3 resultaram em absolvição por falta de provas e 1, em condenação.

Reflexões sobre o lugar e as escolhas normativas e jurisprudenciais

Há sustentação para o dilema que se coloca quando da interpretação jurídica dos crimes de injúria racial e racismo? Estaríamos perante uma dualidade de perspectiva ou lidando ontologicamente com o mesmo conceito, em ambos os tipos penais, no que concerne ao tratamento jurídico da discriminação racial?

Para nós, o nó da questão – o que se pretende modificar com a lei, o "espírito do povo",[7] o projeto social de convivência que justifica a existência da norma – não está no indivíduo ou mesmo na psicologia interpessoal, mas sim nas relações sociais. Por trás da injúria racial não está apenas uma atitude depreciativa com relação a determinado sujeito, mas sim um conjunto de padrões institucionalizados de valores culturais. Nessa toada, o indivíduo agredido não é visto como um par na vida social, em razão da pertença a determinada raça,[8] que é uma característica individual e, ao mesmo tempo, informa a conexão com uma coletividade étnica. Por isso, não se vê impropriedade e daí retomamos o acerto da referida decisão do STJ ao entender a injúria racial como inserida dentro do racismo, com todas as consequências daí derivadas. Mais além, defendemos não existir justificativa razoável que distinga esses dois tipos penais, e nem suporte para a própria existência da injúria qualificada.

Tratando-se de injúria racial ou racismo, é preciso levar em conta que, na prática, o Estado continua tendo a última palavra na interpretação deles. Isso porque, após uma reivindicação ser juridicizada, será válido o que o Judiciário considerar como tal.

Há seleção dos sujeitos que falam. Nessa linha, é o juiz, no limite, que detém o poder do discurso. A lei aparece como forma de controle – ou seja, o discurso circula, mas é distribuído de forma regulada.[9] No caso em análise, é de se pensar que, ao manter a norma prevista no art. 140, § 3.º, do Código Penal; a hipótese de desclassificação dos crimes de racismo para injúria; e consequentemente a possibilidade de sobre o ato discriminatório recair a decadência, os destinatários da

ANO 24 - Nº 285 - AGOSTO /2016 - ISSN 1676-3661

norma, aqueles mesmos cujos bens jurídicos foram violados, estão sendo destituídos do lugar de fala. Há um campo impermeável aos reclamos dos que têm sido vítimas de racismo – seus relatos não têm encontrado retumbância no enquadramento jurídico. E isso não se dá em razão da ausência de legislação regulando o tema. Pelo contrário – é justamente pelo fato de a escolha política ter eleito como porta-vozes outras vozes (a "vontade do legislador" e o magistrado que "diz o direito"), que se tem essa engrenagem assim funcionando. Nesse sentido, a decisão do STJ aproxima os tipos penais, demonstrando que estão alicerçados no mesmo princípio jurídico, subvertendo essa ordem de injustiça.

Haveria violação de direitos ao considerarmos a injúria racial como uma espécie de racismo? Entendemos que a distinção entre esses tipos penais confere um manto de tecnicidade que, em verdade, acaba por exacerbar o fosso entre a norma e a realidade, dificultando, na prática, o reconhecimento da ocorrência de discriminação racial.

Considerações finais

Verifica-se então, com relação à eficácia da legislação que se ocupa do tema da discriminação racial, que importante discussão está em torno da intenção daquele que profere a agressão racista. Ocorre, no entanto, que a perpetuação do racismo e, consequentemente, da desigualdade racial está intrinsecamente ligada ao preconceito implícito e à conduta que daí deriva, o que repercute no Poder Judiciário, na dificuldade em se identificar a intencionalidade.

No entanto, a dificuldade em se verificar a intenção de ofender a raça, critério exigido no tipo, está intimamente ligada à invisibilidade da dimensão do conflito por aqueles que fazem parte de uma cultura racista. A invisibilidade traz também outra consequência: toda ofensa racial não ofende somente à pessoa do autor da ação, mas igualmente à coletividade Negra.

Uma qualidade racial é objetiva e coletiva. É justamente em razão disso que o debate em torno das tipificações das condutas de injúria racial e racismo se mantém persistentemente infértil, sem que se avance em se encontrar um equacionamento.

Notas

(1) STJ, AgRg no AREsp 686965/DF, 6.ª T., j. 18.08.2015, *DJe* 31.08.2015.
(2) Bitencourt, C.R. *Tratado de direito penal 2*. São Paulo: Saraiva, 2012.
(3) Delmanto, C. et al. *Código Penal comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
(4) Banaji, M. R.; Josh, J. T. The role of stereotyping in system-justification and the production of false consciousness. *British Journal of Social Psychology*, 33, 1-27, 1994.
(5) Bento, M. A. S. Branqueamento e branquitude no Brasil. In: Carone, I.; Bento, M. A. S. (orgs.). *Psicologia social do racismo*. Petrópolis: Vozes, 2003.
(6) Munhoz, M. L. P. *Direitos humanos e conflitos raciais*. Tese (Doutorado). FDUSP, 2015.
(7) Ferraz Jr., T. S. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 217.
(8) Consideramos raça como construção social que subsiste ao debate da inexistência de categorias raciais do ponto de vista biológico. No mesmo sentido, o STF quando do julgamento da ADPF 186 (Cotas Raciais), em abril de 2012.
(9) Foucault, M. *A ordem do discurso*. Aula inaugural no Collège de France. São Paulo: Loyola, 2014. p. 34-37.

Maria Letícia Puglisi Munhoz
Doutora em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
Psicanalista.
Advogada na área de discriminação e direito à diversidade.

Juliana Ribeiro Brandão
Doutora em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
Professora nos cursos de graduação em direito na Faculdade Zumbi dos Palmares e na Escola Paulista de Direito (EPD).

Precisamos conversar sobre os efeitos não declarados da Lei "Maria da Penha"

Marília Montenegro Pessoa de Mello, Fernanda Fonseca Rosenblatt e Carolina Salazar L'armée Queiroga de Medeiros

A Lei Maria da Penha (LMP) surgiu no cenário jurídico nacional como resposta a fortes demandas populares exigindo um maior rigor Estatal contra a violência doméstica contra a mulher.(1) A lei aumentou o referencial quantitativo em abstrato da pena do crime de violência doméstica (art. 129, § 9.º, do Código Penal), diminuiu o rol de penas restritivas de direitos aplicáveis em substituição às penas privativas de liberdade, e inseriu uma agravante genérica no Código Penal. Possibilitou, ainda, a utilização da prisão preventiva quando o crime envolvesse violência doméstica e familiar contra a mulher, ampliando o rol de possibilidades das prisões cautelares, além de afastar expressamente a aplicação da Lei 9.099/1995.

Várias pesquisas apontam que os principais crimes praticados contra as mulheres no contexto doméstico são ameaça e lesões corporais leves.(2) Tais resultados, inclusive, foram confirmados pelas autoras em pesquisa de campo realizada no 1.º Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Recife, onde os crimes com maior incidência são: ameaça (52,3%); crimes contra a honra (25,7%); lesão corporal leve (14,7%); e contravenções penais (2,1%).

Como a maioria dos crimes praticados é, notadamente, de menor potencial ofensivo, o afastamento da Lei 9.099 implicou a impossibilidade das medidas despenalizadoras. Ademais, o flagrante voltou a ser autorizado, de modo que passou a ser tangível uma pessoa presa por esses crimes.

Apesar das conclusões criminológicas acerca dos efeitos deletérios do cárcere no âmbito da LMP, a prisão foi reinventada.(3) Na mesma pesquisa de campo realizada na cidade do Recife, constatou-se que em 33,2% dos casos analisados o réu esteve preso durante o processo e, ao término da ação, com a prolação da sentença, em apenas 10,1% dos processos o réu foi condenado. Ressalte-se que nenhuma dessas condenações levou à privação da liberdade dos acusados, que tiveram suas penas suspensas ou substituídas por penas restritivas de direitos. A tendência, pois, é atuar em nome de uma suposta prevenção mediante uma contenção provisória, que consiste efetivamente em uma pena antecipada, ocasionando uma inversão do sistema penal onde tudo é motivo para a privação de liberdade.(4)

Ademais, os últimos dados divulgados pelo Ministério da Justiça(5) revelam que cerca de 2% da população carcerária do Estado de Pernambuco é composta por pessoas condenadas pela prática de crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher. Tal

impacto carcerário, para alguns, pode ser considerado irrisório, mas é conveniente sopesar que são crimes de menor potencial ofensivo que ocasionam essas prisões. No mais, quando se faz uma análise relacional da violência doméstica com outros crimes, constata-se que aquela, em números de encarceramento, só perde para os crimes tidos como alvo do sistema penal, como roubos e furtos, homicídios, crimes do Estatuto do Desarmamento e da Legislação de Entorpecentes (somados, estes crimes representam aproximadamente 80% das incidências nas prisões pernambucanas). Em representatividade, a violência doméstica ganha do latrocínio, das extorsões, das apropriações indébitas, do estelionato, das receptações, da quadrilha e de todos os crimes praticados contra a Administração Pública computados conjuntamente.(6)

Logo, a proibição de utilização dos institutos despenalizadores deixou de contemplar a crise do atual sistema punitivo. Não obstante as críticas(7) que possam ser tecidas aos institutos despenalizadores, o fato é que eles surgiram com a finalidade de descentralizar e minimizar a pena de prisão e é inegável que qualquer aprisionamento é menos vantajoso que sua aplicação.

A legislação enrijeceu bastante o texto legal e agravou a situação para o agressor. Com a vedação da aplicação da Lei 9.099/1995, surgiu a regra do cárcere necessário, proporcionando, assim, a expansão do Direito Penal; valeu-se, pois, de estratégias repressivas voltadas para um modelo de justiça que reproduz as desigualdades sociais e não soluciona os problemas que se propõe erradicar.

O problema da LMP não se limita à constatação dessa revitalização da prisão, mas também na afetação de quem a lei mais visa proteger: as mulheres em situação de violência. Inicialmente, destaca-se o estigma que macula a aura de um condenado e se estende, "de cortesia", a sua família, que, por relacionar-se intensamente com o estigmatizado, chega a sofrer praticamente as mesmas privações na vida em sociedade que aqueles possuidores da categoria negativa de criminoso.(8) No caso da violência doméstica e familiar contra a mulher, essa proximidade é inegável; em sua maioria, inclusive, trata-se de parceiros íntimos de longa data.(9)

Por conseguinte, a mulher que já carrega o estigma da pobreza e da raça,(10) típico dos familiares selecionáveis pela justiça criminal, suporta ainda o forte estigma de ser companheira, mãe ou filha de um condenado.

Ademais, a crença de que, com a punição do agressor, a vítima poderá encontrar sua paz, é tão falaciosa quanto os ideais de ressocialização. A mulher ao ver o sofrimento do condenado no cumprimento da pena, sente-se uma violadora e não mais uma vítima, já que vislumbra o mal causado ao agressor muito mais gravoso que aquele que ele lhe causou.(11)

O aspecto da afetividade, inclusive, quando se trata de violência familiar contra a mulher, jamais pode ser ignorado. As mulheres tendem a não dissolver os vínculos familiares existentes após a intervenção punitiva. São, assim, incompreendidas por comparecer aos dias de visita na prisão e taxadas como irracionais e indecisas.(12) Ademais, quando parceiros íntimos, há ainda a privação do exercício habitual de sua sexualidade. Como depende de liberalidades da administração do presídio, apesar de sua previsão legal, a visita íntima praticamente não é possibilitada.

Ressalte-se, enfim, outro tipo de desamparo que assola a mulher: o de cunho econômico. O desfalque financeiro é ainda mais agravado quando a própria mulher se vê responsável pela promoção da defesa legal de seu familiar e pelo envio de mesadas à prisão; sem mencionar os custos adicionais gerados pelas viagens nos dias de visita.

Diversas pesquisas apontam que as mulheres violadas, ao tornarem público o conflito doméstico e familiar, normalmente não querem retribuir o mal causado pelo agressor, criminalizando-o e punindo-o. Elas desejam apenas romper o ciclo de violência e restabelecer o pacto familiar e a paz no lar.(13) Até mesmo aquelas que querem a separação, no caso de violência conjugal, não almejam a persecução penal do agressor; preferem que a coesão familiar seja mantida, especialmente quando há filhos envolvidos.(14)

A condição de vítima da mulher perpetua-se com a condenação de seu agressor; o vitimizador, no entanto, agora é o sistema penal. Paradoxalmente, portanto, o próprio instrumento reservado à proteção feminina irá penalizá-la. Nesse diapasão, necessário atentar para algumas pesquisas que apontam para a realidade de ocultação dos dados relativos à violência doméstica contra a mulher, que, ciente da rigorosidade da Lei, não procura o auxílio estatal.(15)

Ora, se o sistema penal não consegue solucionar os problemas que se propõe erradicar e as mulheres, vítimas da violência, em grande parte, não desejam a persecução penal de seus agressores, resta, unicamente, a irracionalidade da utilização de medidas punitivas. Assim, é importante que se ampliem as discussões a respeito das melhores formas de enfrentamento desses conflitos domésticos, especialmente as que consigam romper com as barreiras do sistema penal.

Notas

(1) Medeiros, Carolina; Mello, Marília. O simbolismo da Lei "Maria da Penha" no enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher. In: Teixeira João Paulo Allain; Andrade, Louise Dantas de (Orgs.). *Jurisdição, processo e direitos humanos*. Recife: APPODI, 2014. p. 19-22.

(2) CNJ – Conselho Nacional de Justiça. *Relatório anual*. Brasília, 2010; Campos, Carmen Hein de; Carvalho, Salo de. Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira. In: Campos, Carmen Hein de (org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

(3) Garland, David. *A cultura do controle:* crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 59-60.

(4) Zaffaroni, Eugênio Raul. *O inimigo no direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

(5) Depen – Departamento Penitenciário Nacional. *Censo penitenciário 2012*. Brasília, 2012.

(6) Idem. Ibidem.

(7) Carvalho, Salo de. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo:* o exemplo privilegiado da aplicação da pena. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 47-49.

(8) Goffman, Erving. *Estigma:* notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1988.

(9) Soares, Bárbara Musumeci. A "conflitualidade" conjugal e o paradigma da violência contra a mulher. *Dilemas*, v. 5, n. 2, p. 191-210, abr.-jun. 2012.

(10) Izumino, Wânia Pasinato. *Justiça criminal e violência contra a mulher***:** o papel da justiça na solução dos conflitos de gêneros. São Paulo: Annablume/FAPESP, 1998.

(11) Mello, Marilia Montenegro Pessoa de. *Lei Maria da Penha*: uma análise criminológico-crítica. Rio de Janeiro: Revan, 2015

(12) Larrauri, Elena. *Mujeres y sistema penal:* violencia domestica. Montevidéo-Buenos Aires: IBdeF, 2008.

(13) Gregori, Maria Filomena. *Cenas e queixas:* um estudo sobre mulheres, relações violentas e práticas feministas. São Paulo: Paz e Terra/ANPOCS, 1993.

(14) Moraes, Aparecida Fonseca; Sorj, Bila. Os paradoxos da expansão dos direitos das mulheres no Brasil. In: Moraes, Aparecida Fonseca; SORJ, Bila (coords.). *Gênero, violência e direitos na sociedade brasileira.* Rio de Janeiro: 7 Letras, 2009.

(15) Lemgruber, Julita. A mulher e o sistema de justiça criminal: algumas notas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 9, n. 36, p. 370-382, out.-dez. 2001.

Marília Montenegro Pessoa de Mello
Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.
Professora de Direito da UNICAP e da UFPE.
Coordenadora do Grupo Asa Branca de Criminologia.

Fernanda Fonseca Rosenblatt
Doutora em Criminologia pela University of Oxford (Inglaterra).
Professora de Direito da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP).
Pesquisadora do Grupo Asa Branca de Criminologia.

Carolina Salazar l'Armée Queiroga de Medeiros
Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco.
Professora de Direito da UNINASSAU e da AESO.
Pesquisadora do Grupo Asa Branca de Criminologia.

ANO 24 - Nº 285 - AGOSTO /2016 - ISSN 1676-3661

22º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

FÓRUM MUNDIAL

FAÇA PARTE DO MAIOR ENCONTRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS DA AMÉRICA LATINA!

Quando?
De 23 a 26 de agosto de 2016

Onde?
Hotel Tivoli Mofarrej São Paulo - SP
Alameda Santos, 1437, Jardins - São Paulo - SP

23/08 | Abertura



A Literatura e os Direitos Humanos

PAULINA CHIZIANE
- Escritora Moçambicana
- Romancista
- Ativista dos Direitos Humanos

26/08 | Encerramento



Extermínio da juventude negra: questão de classe ou de Estado?

NILMA LINO GOMES
- Professora da Graduação e da Pós-Graduação da FAE-UFMG
- Pós-Doutora em Sociologia pela Universidade de Coimbra
- Doutora em Antropologia pela USP



Mortes Violentas

ADOLFO CERETTI
- Professor Ordinário de Criminologia da Università di Milano-Bicocca (Itália)
- Professor de Mediação de Conflito da Università di Milano-Bicocca (Itália)
- Vice-presidente da Società Italiana di Criminologia

VAGAS LIMITADAS!

Confira a programação completa:
www.ibccrim.org.br/seminario22

#participeporacreditar

REALIZAÇÃO IBCCRIM

PATROCÍNIO Itaú