ANO 25 - Nº 292 - MARÇO/2017 - ISSN 1676-3661

Boletim IBCCRIM

Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

www.ibccrim.org.br

EDITORIAL

A institucionalização do caos

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) é o mais antigo órgão do Ministério da Justiça. Desde a sua instituição, há quase quatro décadas, especialistas das mais diversas áreas foram chamados ao Conselho, para mandatos de dois anos, renováveis por outro biênio, a fim de que colaborassem com a formulação da política criminal e penitenciária brasileira. Trata-se de órgão multidisciplinar, heterogêneo e, notoriamente, apartidário, cujas incumbências estão estabelecidas na Lei de Execução Penal.

Contudo, no último dia 25 de janeiro, face ao esvaziamento de qualquer possibilidade de trabalho e participação independente e efetiva na construção da política criminal brasileira, sete conselheiros, incluindo o presidente do órgão, renunciaram à posição ocupada, por meio de carta aberta encaminhada ao então Ministro da Justiça.

O envio da missiva por meio da qual os resistentes Conselheiros comunicaram as suas decisões de desligamento de forma definitiva e irretratável é reflexo da notória resistência ao diálogo imposta pelo Ministério.

Nos últimos meses, conferiu-se absoluto descaso ao papel do Conselho em temas relevantes. A minuta de decreto de indulto aprovada pelo colegiado do CNPCP foi absolutamente ignorada, elegendo-se o texto mais aviltante às liberdades individuais desde a promulgação da Carta Magna em 1988. Foram excluídos do decreto promulgado pelo Presidente da República direitos, há muito repisados em decretos anteriores, tais como, a concessão de indulto àqueles presos portadores de enfermidades incuráveis, o indulto da pena de multa e, até mesmo, a comutação de penas, instituto previsto em todos os decretos desde o decreto de indulto de 1973, concedido pelo Presidente Médici, à exceção do decreto de 1974, promulgado pelo governo Geisel.

O papel do Conselho também foi relegado na discussão acerca do agravamento da crise penitenciária, manifestado em diversas rebeliões e centenas de mortes ao redor do Brasil no último mês de janeiro.

Diversos estudos e trabalhos científicos foram rechaçados pelo Ministério, que ignorou as medidas propostas no Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária, concertado pelo CNPCP em 2015, e propôs um Plano Nacional de Segurança Pública dissociado de qualquer pesquisa preexistente e na contramão de tendências mundiais efetivas em tal seara.

Como se não bastasse a deflagração de políticas públicas penais e penitenciárias em desacordo com o histórico de decisões do Conselho, no auge do agravamento da crise do falido sistema prisional brasileiro, o Ministério da Justiça impôs medidas que alteraram o regimento do CNPCP em evidente tentativa de silenciar e esvaziar a autonomia e a finalidade do órgão.

Inicialmente, instituiu-se uma Comissão do Sistema Penitenciário Nacional, por meio de portaria na qual se estabeleceu que a indicação dos membros do CNPCP caberia ao próprio Ministro da Justiça e, não mais, ao Colegiado do Conselho.

Em seguida, criaram-se, também por meio de portaria, em contrariedade ao regimento interno daquele órgão, oito vagas de suplência.

Foi essa ausência de diálogo decorrente do esvaziamento do caráter consultivo, autônomo e heterogêneo do Conselho, buscando transfigurá-lo em órgão meramente avalizador das políticas impostas pelo Ministério da Justiça, que culminou na corajosa decisão de renúncia dos, agora, ex-Conselheiros.

Curioso notar que em resposta à recusa dos ex-Conselheiros de subservirem-se às imposições do Ministério, este órgão buscou conferir caráter político-partidário ao ato, em que pese ser o trabalho exercido pelos conselheiros pautado em critérios técnicos e decorrentes de experiências pessoais de cada um dos especialistas que naquele órgão atuavam.

Perdeu-se, com o esvaziamento da participação no Conselho de vozes dissonantes da atual forma de condução do sistema penal e penitenciário brasileiro, a possibilidade de se ter uma visão complexa da inadministração da situação do sistema carcerário brasileiro, a produzir políticas criminais e penitenciárias efetivas, inclusive na atuação como órgão fiscalizador do Ministério da Justiça.

A renúncia é a consolidação de postura adequada, que simboliza o esgotamento de possibilidade de ação pelos meios democráticos preexistentes, os quais deveriam ser mantidos em relação à postura açodada e ilegítima.

Mostra-se urgente a alteração na postura como vinha sendo conduzido o Ministério da Justiça, sob pena de a já caótica e falida situação prisional brasileira se tornar, definitivamente, insustentável.

| Caderno de Doutrina

Sylvia Steiner. A história por quem a protagoniza
Marcos Zilli ____ 2

O crime de organização criminosa no Código Penal português
Paulo Pinto de Albuquerque ____ 6

"Essa não sou eu": a invisibilização de mulheres no sistema criminal
Mariana Lins de Carli Silva ____ 9

O depoimento de uma *hearsay witness* como fundamento para a pronúncia
Philipe Benoni Melo e Silva ____ 10

Algumas palavras sobre o uso de dados empíricos em decisões judiciais
Arthur Sodré Prado e
Juliana Kobata Chinen ____ 14

Sistema de mecanismos vinculantes e jurisdição criminal
Thiago Baldani Gomes De Filippo ____ 16

Ainda sobre a suspensão do prazo prescricional na citação por edital
Saulo Fanaia Castrillon ____ 18

| Caderno de Jurisprudência

| O DIREITO POR QUEM O FAZ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro ____ 2005

| JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal ____ 2009
Superior Tribunal de Justiça ____ 2009
Tribunais Regionais Federais ____ 2010
Tribunais de Justiça ____ 2011

EDITAL DE CONVOCAÇÃO

São convocados os associados do **INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS – IBCCRIM** a se reunirem em Assembleia Geral Ordinária, a realizar-se no dia 30 de março de 2017, às 10:00 horas, em primeira convocação, se houver *quorum* estatutário, ou às 10:30 horas, em segunda convocação, com qualquer número de associados, na sede social do Instituto, à Rua XI de Agosto, 52, 2º andar, Centro – Sé, São Paulo/SP, a fim de deliberarem sobre a seguinte Ordem do Dia:

1. Aprovação de relatório de contas e de atividades do ano precedente;
2. Apresentação do plano bienal de metas do Instituto;
3. Outros assuntos de interesse geral.

NOTA PÚBLICA DO IBCCRIM SOBRE INDICAÇÃO AO STF

O IBCCRIM, por meio de Nota Pública, manifestou-se contrariamente à indicação de Alexandre de Moraes ao Supremo Tribunal Federal.
Para ver a íntegra da nota, acesse: https://www.ibccrim.org.br/noticia/14178-Nota-Publica.

Sylvia Steiner. A história por quem a protagoniza(1)

Marcos Zilli

A história é émula do tempo, repositório dos fatos,
testemunha do passado, exemplo do presente,
advertência do futuro.
(Cervantes)

O ano é 1987. A cidade é Lyon. Ali é dado início ao julgamento de Klaus Barbie, antigo oficial da SS Nazista, pela prática de crimes contra a humanidade cometidos por ocasião da Segunda Guerra Mundial. A relação de Barbie com a França iniciou-se em 1942 quando de seu encaminhado para Dijon. Posteriormente, em novembro daquele mesmo ano, foi designado para assumir a direção da Gestapo, em Lyon.

Lyon foi um importante centro da resistência francesa e Barbie, o símbolo do terror infligido àqueles que o regime nazista pretendia eliminar. A Barbie é atribuída a responsabilidade pelos cruéis atos de tortura que levaram à morte de Jean Moulin, líder da resistência e braço direito de Charles de Gaulle. Para além daquele triste episódio, Barbie sempre será lembrado por um dos atos mais infames cometidos no contexto da Grande Guerra: a deportação de quarenta e quatro crianças judiais que estavam escondidas em um orfanato em Izieu, um pequeno vilarejo nos arredores de Lyon.

As crianças, entre 3 e 13 anos, tinham sido ali deixadas por seus pais – guerrilheiros e judeus – na esperança de que pudessem sobreviver aos horrores da guerra. Eram cuidadas e protegidas, tão somente, por um casal de ex-enfermeiros da Cruz Vermelha. O orfanato foi descoberto em 1944 após uma operação comandada pessoalmente por Barbie. Comprometido com o programa nazista da "Solução Final", Barbie deu a ordem para que todas as crianças fossem deportadas para Auschwitz, onde vieram a ser mortas nas câmaras de gás.

Barbie foi um dos muitos criminosos de guerra que bebeu na fonte da impunidade. Em 1947, foi contratado pelo serviço de inteligência americano, onde desempenhou importantes tarefas na contenção da expansão comunista na Alemanha ocupada. Os bons serviços prestados por Barbie renderam-lhe proteção e, inclusive, uma nova identidade: Klaus Altmann. Em 1951, com o auxílio da CIC (Counterintelligence Corps – o serviço de contraespionagem do Exército dos Estados Unidos), embarcou para Augsburg, Áustria. Dali, com a família, foi para Gênova, de onde embarcou para a América Latina. Fixou domicílio na Bolívia, onde, por muito tempo, manteve uma espúria relação com a vida política nacional, aproveitando-se, sobretudo, dos governos autoritários, interessados em sua vasta expertise.

Uma fotografia, a missão de vida de um casal e a certeza da impunidade foram os ingredientes que, ao final, reverteram a sorte de Barbie e o curso da própria história. Em 1970, ao chefiar uma delegação da empresa Transmarítima Boliviana em Paris, Barbie foi fotografado. A sua fotografia foi vista pelo casal Serge e Beate Klarsfeld, mundialmente conhecidos como incessantes caçadores nazistas. Estava desvendada a verdadeira identidade de Klaus Altmann. Foram necessários ainda mais treze anos até que Barbie viesse a ser extraditado para a França. Quatro anos após a sua detenção, foi sentenciado à prisão perpétua pela prática de 177 crimes cometidos 43 anos antes. Contava com 74 anos. Em 1991, no dia 25 de setembro, morreu de leucemia na prisão.

A Justiça também tardou na Argentina.

No dia 24 de março de 1976, os cidadãos argentinos foram vítimas de um eclipse democrático representado pelo golpe de Estado que depôs Isabel Martínez de Perón. Jorge Rafael Videla, chefe da Junta Militar – e um dos protagonistas do golpe –, ocupou a Presidência daquele país até 1981. Durante o seu governo, Videla conduziu o autoproclamado "Processo de Reorganização Nacional". Dissolveu o Congresso, proibiu a atividade política e sindical, dirigiu e conduziu os atos de repressão aos opositores. O período foi marcado pelo desmantelamento da indústria nacional, pela escalada inflacionária e pelo aumento exponencial da dívida externa. O desastre econômico foi decisivo para que Videla perdesse a sua base de apoio dentro do próprio seio militar, o que abriu espaço para que a presidência fosse exercida, a partir de 1981, pelo não menos desastroso General Viola.

A ditadura militar argentina, como sabemos, foi uma das mais implacáveis na perseguição aos opositores políticos. Detenções ilegais, desaparecimentos forçados, torturas indiscriminadas,

ANO 25 - Nº 292 - MARÇO/2017 - ISSN 1676-3661

sequestros de recém-nascidos e extermínios de pessoas foram práticas constantes em um roteiro de triste lembrança.

Com a restauração democrática, Videla foi, em 1985, processado e condenado à prisão perpétua por diversos crimes contra a humanidade cometidos durante o regime militar, a saber: homicídios, 504 privações ilegais da liberdade, torturas, roubos qualificados, falsificações de documento público, entre outros. Em 1986, a sentença foi confirmada pela Corte Suprema de Justiça. Cinco anos depois, no entanto, Videla foi agraciado com o indulto concedido pelo então Presidente Carlos Menem.

A relativa impunidade de Videla foi revertida em 2010, quando de sua condenação, novamente, à prisão perpétua, por crimes contra a humanidade, em especial pela morte de 31 prisioneiros, detidos logo após o Golpe de Estado. Em 2012, foi novamente condenado, desta feita a mais de 50 anos de prisão, pelos tristes episódios que cercaram os sequestros de recém-nascidos, filhos de presos políticos e desaparecidos. Nesta época, Videla contava com 86 anos. Faleceu no ano seguinte, na prisão de Marcos Paz, após uma parada cardíaca.

O que dizer, então, do Camboja?

O assassinato em massa de pessoas ocorrido no Camboja, entre 1975 e 1979, pelo regime do Khmer Vermelho – denominação dada aos seguidores do Partido Comunista da Kampuchea –, foi mais um dos tristes e deploráveis episódios da humanidade no século XX. Sob a liderança de Pol-Pot, estima-se que o regime tenha provocado a morte de mais de um milhão e meio de pessoas, o que, à época, representava 25% da população cambojana.

Após a tomada do poder, o Khmer Vermelho instituiu um lunático programa de reengenharia social, fundado nas premissas de uma sociedade comunista puramente agrária. A radical reforma agrária e a crença fanática na autossuficiência provocaram a fome e a morte de milhares de pessoas. Perseguições políticas indiscriminadas, execuções sumárias, implementação de fazendas coletivas, em que imperava o trabalho compulsório, constituem alguns dos aspectos setoriais do vasto campo de barbáries cometidas em nome da ideologia comunista.

Mesmo após o afastamento do poder em 1979, o movimento do Khmer Vermelho sobreviveu até a década de 90 do século passado. Em 1996, após um acordo de paz, foi formalmente dissolvido pelo seu líder, Pol-Pot, que faleceu em 1998, sem jamais ter sido responsabilizado pelos graves crimes cometidos.

Os movimentos visando à responsabilização penal dos principais artífices de um dos maiores morticínios do século passado somente foram iniciados em 1997, após o pedido formal de auxílio dirigido ao Secretário-Geral da ONU pelo governo do Camboja. O processo de implementação do julgamento, todavia, foi cercado por avanços e retrocessos causados, em maior parte, pelas resistências do governo local à instalação de um Tribunal Internacional. A ONU, por sua vez, se mostrava reticente quanto à preservação dos atributos da independência e da imparcialidade caso o processo judicial ficasse concentrado nas mãos das autoridades judiciárias nacionais. Em meio aos impasses, o acordo definitivo com as Nações Unidas foi celebrado em 2003. No ano seguinte, o Parlamento cambojano promulgou uma nova lei, que alterou a legislação que já tinha sido promulgada em 2001, estruturando, dessa forma, as bases jurídicas internas para a condução dos processos.

Dentre os réus levados a julgamento pelas Câmaras Extraordinárias, destaca-se a figura de Nuon Chea, ideólogo do Khmer Vermelho e segundo homem na hierarquia daquele regime. Preso em 2007, Chea foi acusado de crimes de guerra e contra a humanidade, acusações que levaram a sua condenação à prisão perpétua em 7 de agosto de 2014, mais de 35 anos após as práticas dos crimes, quando já contava com 84 anos.

Barbie, Videla e Chea representam, cada qual a seu modo, tristes episódios da humanidade. Suas tragédias provocam dúvidas e inquietações. São, de fato, criminosos ou são os símbolos mais eloquentes de uma justiça seletiva e incapaz de responsabilizar todos os agentes? Afinal, que justiça é essa que insiste em se manifestar tardiamente? Um poder punitivo permanente e eterno é justo? Não estaria Cícero certo ao nos advertir de que a "Justiça extrema é injustiça"?

As respostas nos remetem, mais uma vez, ao passado, especialmente aos primórdios da edificação do sistema punitivo internacional. É nesse ponto que vem à luz a experiência dos julgamentos de Nuremberg, que em 2016 completam 70 anos. De fato, foi pelo Tribunal Militar Internacional de Nuremberg que, pela primeira vez, materializou-se a responsabilidade penal individual no plano internacional.

Não é possível, no entanto, reconhecer, nas experiências de Nuremberg ou mesmo de Tóquio, expressões de uma justiça penal verdadeiramente internacional. Em realidade, a justiça por eles canalizada foi a justiça informada pela perspectiva dos vitoriosos, a qual foi consensualmente construída por um número restrito de países. Mesmo assim, aqueles julgamentos representaram um obstáculo ao recurso comum da execução sumária dos prisioneiros de guerra.

É fato que muitas outras vozes se levantaram contra aqueles Tribunais. As críticas foram especialmente dirigidas contra a violação dos parâmetros da legalidade penal. Isso porque as condutas imputadas não guardavam adequação penal típica. Não estavam cristalizadas em fórmulas legais claras anteriores aos fatos. Para outros, no entanto, as ações representavam graves violações ao dever de não agressão, bem como aos padrões humanitários dos conflitos armados, os quais já estavam assentados em vários documentos internacionais. Assim, para os defensores da legalidade e da legitimidade do direito de Nuremberg, o reconhecimento internacional seria expressivo da consciência mundial em torno dos valores atingidos pelas várias ações. Os seus agentes, portanto, não poderiam permanecer impunes.

De qualquer modo, não há como se menosprezar o legado construído pelos Tribunais Militares de Nuremberg e de Tóquio. Ambos foram revolucionários. Afinal, expressaram o rompimento com o mito do monopólio da jurisdição nacional em matéria penal. Deram, ademais, efetivo impulso ao desenvolvimento do Direito Penal Internacional com a indicação dos ilícitos penais que são alvo do enredo punitivo. Por fim, sacramentaram o conceito de legalidade penal na órbita internacional, cuja matriz teórica não poderia ser idêntica àquela aplicável nos sistemas jurídicos nacionais.

É em meio a esse contexto que as Nações Unidas, por sua Assembleia Geral, aprovaram, em 1946, os denominados princípios de Nuremberg. São postulados orientativos do Direito Penal Internacional. Representam a carta marear que orientará, nos anos que se seguem, a travessia da ordem penal internacional. Por eles proclama-se a responsabilidade penal do indivíduo pela prática de crimes internacionais, cuja punição restará assegurada, ainda que ausente expressa tipificação penal. É também por esses mesmos princípios que se afirma a responsabilidade penal, igualmente, de Chefes de Estado e de Governo por ações praticadas por seus subordinados. É, enfim, pelos princípios de Nuremberg que se afasta o recurso à obediência hierárquica como excludente de culpabilidade. São identificadas, assim, as bases e as premissas teóricas da ordem

ANO 25 - Nº 292 - MARÇO/2017 - ISSN 1676-3661

penal internacional. O Direito Penal Internacional inicia, enfim, a sua trajetória por águas nunca antes navegadas.

Ocorre que muitas pedras se colocaram em meio ao caminho. Nas décadas que se seguiram, a comunidade internacional se viu imersa em um período de congelamento das relações internacionais provocado pela polarização ideológica. Foram os anos glaciais da Guerra Fria que engessaram novas iniciativas em direção à consolidação de um sistema punitivo internacional. A atenção internacional para o tema somente foi retomada com dois novos desastres humanitários que eclodiram na década de 90 do século passado: a guerra civil na ex-Iugoslávia e o genocídio em Ruanda.

No caso da ex-Iugoslávia, uma frágil unidade nacional desmoronou após o esfacelamento do mundo comunista, levando as diferentes etnias e os grupos religiosos que ocupavam aquele território a um confronto marcado pelo extermínio de pessoas, pelo deslocamento forçado de populações e pela reedição dos campos de concentração. Em Ruanda, uma violenta guerra civil, fundada em uma intolerância étnica construída ao tempo da colonização, produziu atrocidades em proporções ainda mais catastróficas. Estimativas dão conta da execução de 800 mil pessoas no espaço de três meses no pequeno país africano.

Como se sabe, a solução adotada para ambos os casos levou à criação dos chamados Tribunais *ad hoc*, implementados por meio de Resoluções emanadas do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Assim, após reconhecer em ambos os conflitos a presença de elementos comprometedores da paz e da segurança internacional, as Nações Unidas optaram por dar concretude aos mecanismos de segurança previstos em sua própria Carta. A adoção do modelo dos tribunais internacionais, em uma formatação revisitada, procurou pôr fim aos conflitos.

Seguramente, o testemunho de novos desastres humanitários praticados em larga dimensão e escala foi decisivo para a retomada e aceleração do processo de edificação da ordem penal internacional. Assim, a formação e a estruturação de uma corte penal internacional permanente representaram o clímax de um longo processo histórico rumo ao estabelecimento de um sistema internacional de justiça penal. Tomando como perspectiva o homem que emerge do pós-guerra, o Estatuto de Roma constitui o ponto de chegada do ideal de fixação de um direito penal supranacional e dos meios e instrumentos indispensáveis para assegurar a sua aplicação. Paradoxalmente, deve-se às atrocidades à dignidade do ser humano, tão frequentes em um século conturbado por conflitos armados e manifestações de intolerância, o impulso definitivo da consciência mundial rumo a uma cultura de combate à impunidade e à manutenção de um estado de paz e segurança mundial.

O Tribunal Penal Internacional não é a única ferramenta para enfrentamento dos crimes mais graves que afetam a consciência mundial. Aliás, nunca foi a pretensão de seus arquitetos que a ele repousasse essa exclusividade. A afirmação do poder punitivo internacional, materializada pelo TPI, não veio acompanhada do reconhecimento de sua superioridade diante dos poderes nacionais. A adesão à ordem penal internacional implica compromisso dos Estados nacionais com os valores e princípios acolhidos pelo Estatuto de Roma. Devem, portanto, não só promover alterações em seus sistemas jurídicos, de modo a viabilizar a persecução dos crimes do direito internacional – genocídio, crimes de guerra, de agressão e contra a humanidade –, mas também a concretização de medidas persecutórias. A total omissão ou a atuação ineficaz, provocada pela ausência de vontade política ou mesmo pela incapacidade das jurisdições nacionais, abrem o caminho para a atuação da jurisdição do TPI. É o que se denomina de princípio da complementaridade.

Relativamente à competência, a jurisdição do TPI, como se sabe, está materialmente circunscrita aos crimes mais graves que afetam a comunidade internacional e que são denominados de *core crimes*. São eles: o genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os de agressão. A competência *ratione loci*, por sua vez, está fundada nos territórios dos Estados-Partes ou mesmo nos navios ou aeronaves desses mesmos Estados. Há, no entanto, duas possibilidades de expansão dessa jurisdição. A primeira delas supõe o reconhecimento espontâneo, por um Estado não parte, da jurisdição do TPI relativamente a um caso específico, o que deverá ser objeto de declaração formal depositada junto ao Secretário das Nações Unidas. A segunda decorre de provocação do próprio Conselho de Segurança da ONU com base no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas. Ou seja, o Conselho detém o poder de provocar a atuação da Promotoria visando à instauração de investigação ou mesmo à propositura de ação penal por conta de fatos ocorridos em território de Estado não parte. É, note-se, o que ocorreu nos casos de Darfur, Sudão e Líbia.

Um dos grandes avanços trazidos pelo TPI foi o modelo processual de participação das vítimas, o qual, note-se, não encontra paralelo nas anteriores experiências das jurisdições internacionais. Trata-se de aspecto por demais caro na ordem penal internacional. Funda-se na percepção de que a aproximação das vítimas com os instrumentos processuais de construção da decisão judicial é profícua para a legitimidade do próprio julgamento. Amplia, ademais, as chances de aceitação do comando decisório, sendo, dessa forma, importante fator para a recomposição do tecido social duramente afetado pela gravidade dos crimes cometidos. O TPI é, enfim, um efetivo canal para a vocalização dos horrores por aqueles que guardam, em suas memórias, as cicatrizes de experiências únicas e que jamais poderão ser compartilhadas na imensidão de suas dores.

Passados mais de dez anos desde a sua instituição, o Tribunal Penal Internacional consolidou-se como importante mecanismo de combate à impunidade dos principais responsáveis pela prática dos crimes mais abomináveis na arena internacional. 124 Estados aderiram ao Estatuto de Roma. Há 39 acusados, dentre os quais os Presidentes Bashir, do Sudão, e Uhuru Kenyatta, do Quênia. Nove situações são alvo de investigações formais: Uganda, República Democrática do Congo, Darfur no Sudão, República Centro-Africana, República do Quênia, Líbia, Costa do Marfim, Mali e Geórgia. Outras onze são alvo de exames preliminares, como é o caso do Afeganistão, da Colômbia e da Ucrânia.

Até o presente momento, foram proferidas quatros sentenças condenatórias. Lubanga Dyilo foi o primeiro réu a ser julgado pelo TPI. Foi condenado, em 10 de julho de 2012, à pena de catorze anos de prisão pelo alistamento e recrutamento de crianças, menores de quinze anos, e pelo uso destas em diversas ações violentas praticadas pela Força Patriótica para Liberação do Congo. Katanga foi condenado, em 7 de março de 2014, à pena de doze anos de prisão por crimes contra a humanidade e crimes de guerra, cometidos em 24 de fevereiro de 2003, por ocasião do ataque à vila de Bogoro, no distrito de Ituri, na República Democrática do Congo. Jean-Pierre Bemba foi condenado, em 21 de junho de 2016, à pena de 18 anos de prisão pela prática de crimes de guerra (assassinato, estupro e pilhagem) cometidos na República Centro-Africana entre 26 de outubro de 2002 e 15 de março de 2003. Al-Mahdi, também conhecido como Abu-Tourab, membro de uma milícia islâmica extremista do Norte da África, foi condenado à pena de nove anos de prisão por crimes de guerra relacionados com a destruição de edifícios religiosos na cidade de Tombuctu, na República do Mali.

Houve, por certo, alguns percalços na história da Justiça Penal Internacional. Há, ainda, algumas incertezas. Recentemente, alguns países africanos manifestaram o desejo de se retirar do sistema do Estatuto de Roma. Mesmo assim, as conquistas são inderrogáveis. O TPI é uma vigorosa sinalização de Justiça para as vítimas das perseguições étnicas, religiosas e nacionais. Sem ele, o campo dos esquecidos seria infinitamente maior. Seria o triunfo da banalidade do mal.

Eis uma breve narrativa da longa história da edificação da Justiça Penal Internacional. Uma história que ainda não se encerrou e que possui muitos capítulos em aberto. A historiografia da Justiça Penal Internacional deve muito à energia daqueles comprometidos com os seus ideais. Das páginas já escritas, emergem pessoas e personagens do quilate e da envergadura de Henri Donnedieu de Vabres, juiz francês do Tribunal Militar de Nuremberg; de Robert Jackson, promotor norte-americano no mesmo Tribunal; de Mahmoud Bassiouni, professor egípcio e uma das maiores autoridades mundiais do Direito Penal Internacional; de Antonio Cassesse, jurista italiano que foi o primeiro Presidente do Tribunal Penal Internacional da ex-Iugoslávia; de Carla dal Ponte, promotora suíça dos Tribunais para a ex-Iugoslávia e Ruanda e também de Immaculée Ilibagiza, grande símbolo de sobrevivência do genocídio em Ruanda. É em meio a esse caldeirão cosmopolita que se destaca, igualmente, a juíza brasileira Sylvia Steiner.

Justiça e direitos humanos. Eis as missões de vida de Steiner. Ainda nos bancos da velha e sempre nova Academia, Sylvia estagiou no quase centenário Departamento Jurídico XI de Agosto, notável entidade de assistência jurídica à população mais carente de São Paulo. Graduada em 1977, Steiner exerceu a advocacia por cinco anos antes de ingressar no Ministério Público Federal em 1982, após ser aprovada em disputado concurso público. Em 1987, foi nomeada Conselheira efetiva do Conselho Penitenciário de São Paulo, onde exerceu o cargo de Vice-Presidente por três mandatos consecutivos. Personalidade pulsante e compromisso intransigente com a causa dos direitos humanos foram os ingredientes que levaram Sylvia a atuar, voluntariamente, em diversas entidades. Atuou na Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, e na Comissão Justiça e Paz da Arquidiocese de São Paulo. Foi sócia-fundadora e membro da primeira diretoria do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim). É membro do Comitê Executivo da Seção Brasileira da Comissão Internacional de Juristas, assim como da Associação dos Juízes para a Democracia. Em 2000, obteve o título de mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da USP. Em decorrência disso, publicou a consagrada obra *Convenção Americana de Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. Trata-se de indiscutível marco acadêmico no estudo do direito internacional dos direitos humanos, que antecipou o entendimento segundo o qual as garantias processuais convencionais integram o bloco de constitucionalidade. Em outubro de 1995, Sylvia foi nomeada para o cargo de Desembargadora Federal do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Dali saiu para ocupar o cargo de juíza do Tribunal Penal Internacional, na cidade de Haia.

A sua relação com o Direito Penal Internacional é antiga. De fato, Sylvia foi membro da Delegação Oficial Brasileira na Comissão Preparatória do Tribunal Penal Internacional, indicada pelo Ministério da Justiça e credenciada junto à Organização das Nações Unidas pelo Itamaraty. O profundo conhecimento do Estatuto de Roma, o alinhamento acadêmico com o direito internacional dos direitos humanos e o comprometimento com os mais altos valores da Justiça credenciaram a candidatura brasileira de Sylvia Steiner a uma das vagas do corpo judicial do Tribunal Penal Internacional. Assim o foi. Na semana de 3 a 7 de fevereiro de 2003, na cidade de Nova York, durante a primeira sessão da Assembleia dos Estados-Partes do Estatuto de Roma, Sylvia Helena de Figueiredo Steiner foi eleita juíza do Tribunal Penal Internacional, integrando, dessa forma, o primeiro corpo de 18 juízes da primeira Corte Penal Internacional Permanente.

A consagração do TPI deve muito aos primeiros anos de sua existência, período em que Steiner teve destacada atuação. As dificuldades foram imensas. Os operadores se viram diante de um sistema processual híbrido, distinto dos sistemas nacionais e que não encontrava paralelo na experiência recente dos Tribunais *ad hoc*. A aplicação do Regulamento de Procedimentos e de Provas, nos primeiros anos, exigiu um grande esforço hermenêutico. Todos tiveram que se despir de suas culturas jurídicas de modo a assegurar a prevalência do espírito híbrido e universalista que informou a criação do Tribunal.

A participação processual das vítimas foi um capítulo à parte na tarefa diária do TPI. Isso porque as previsões constantes no Estatuto de Roma e nas Regras de Procedimento e de Prova eram relativamente genéricas. Havia, portanto, inúmeros vácuos a preencher, muitos dos quais somente foram detectados no calor da própria marcha processual. Nesse campo, Sylvia teve destacadíssima atuação. A ela coube, em dezenas de decisões proferidas na Sala de Questões Preliminares, a hercúlea tarefa de desenvolver um roteiro condutor da participação da vítima. Essas decisões serviram, por muito tempo, de baliza para o processo penal internacional. Ainda hoje são referidas pela doutrina mais abalizada como parâmetro do adequado tratamento processual almejado para as vítimas.

Desde 2003, ano de sua posse no Tribunal Penal Internacional, até julho de 2016, foram longos treze anos de renúncias e de abdicações que somente aqueles dotados de almas verdadeiramente comprometidas com as causas mais nobres da humanidade são capazes de fazer. Foi o mandato mais longo exercido naquela Corte. Em realidade, por imposição estatutária – art. 36.10 do Estatuto de Roma –, os juízes devem permanecer no exercício de suas funções até o encerramento dos processos que estejam conduzindo, ainda que os seus mandatos tenham formalmente expirado. São os denominados juízes *ad litem*. Foi o caso de Sylvia, que, na presidência da *Trial Chamber* III, conduziu o processo contra Jean-Pierre Bemba.

O processo contra Bemba foi caudaloso, fato que bem reflete o grau de complexidade das questões que aportam ao TPI. Detido pelas autoridades belgas em 24 de maio de 2008, em cumprimento ao mandado de prisão expedido pelo próprio Tribunal, Bemba foi entregue ao Tribunal em 3 de junho de 2008. Em 15 de junho de 2009, a *Pre-Trial Chamber* II reconheceu admissíveis as acusações (*confirmation of charges*). O julgamento teve início em 22 de novembro de 2010. As alegações orais (debates) foram realizadas em 12 e 13 de novembro de 2014. Durante o processo, foi reconhecido o *status* de vítima a 5.229 pessoas. Foi o primeiro caso julgado pelo TPI a envolver acusações de práticas de violências sexuais no contexto de crimes de guerra. Foi, igualmente, o primeiro caso a se afirmar a responsabilidade penal de comando por atos executados pelos subordinados.

A reação internacional à condenação de Bemba reforçou a esperança mundial nos mecanismos civilizados de enfrentamento dos crimes mais repugnantes da humanidade. A Anistia Internacional destacou a importância do julgamento, considerando-o uma vigorosa mensagem contra a impunidade dos crimes de violência sexual praticados no contexto de conflitos armados. A *Human*

ANO 25 - Nº 292 - MARÇO/2017 - ISSN 1676-3661

Rights Watch tratou o julgamento como um evento memorável no sistema punitivo internacional. O Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos qualificou a sentença proferida por Sylvia Steiner, no âmbito da *Trial Chamber* III, de emblemática no desafio perene contra a impunidade mundial.

Não há sentimento mais altivo para o julgador do que a convicção do dever cumprido. Sublime quando este sentimento é compartilhado por muitos. Difícil é ser justo, lembra-nos Victor Hugo. Não o foi para Sylvia Steiner. Na condução das longas sessões do TPI, quando das centenas de decisões interlocutórias proferidas ou mesmo quando dos veredictos anunciados, Steiner revelou qualidades ímpares que alimentam o bom julgador: serenidade, firmeza, conhecimento e sabedoria.

A história da Justiça Penal Internacional e do TPI em particular registram um importante capítulo destinado, exclusivamente, a Sylvia Steiner. Somos a ela devedores. Sylvia representou todos nós, elevando o nome do país ao reconhecimento mundial. Somos a ela gratos. Sim, Sylvia, obrigado por tudo!

Nota

(1) Discurso proferido em sessão da OAB/SP que prestou homenagem à Dra. Sylvia Steiner.

Marcos Zilli
Professor de Direito Processual Penal
da Faculdade de Direito da USP.

O crime de organização criminosa no Código Penal português

Paulo Pinto de Albuquerque

1. O crime de organização criminosa está previsto no art. 299.º do Código Penal (CP). As **fontes** desta disposição são o art. 263.º (Associação de malfeitores) do CP de 1886 e o § 129.º (*Bildung krimineller Vereinigungen*) do StGB alemão. A lei consagra o modelo unitário alemão, por contraposição ao modelo diferenciador austríaco, de acordo com o qual se distingue a "associação criminosa" (*kriminelle Vereinigung*), punida pelo § 278.º do StGB austríaco, e a "organização criminosa" (*kriminelle Organisation*), punida pelo § 278.º-a do mesmo código. O StGB suíço também seguiu o modelo alemão no art. 260 ter, introduzido pela Lei federal de 18.03.1994.

2. O **bem jurídico** protegido pela incriminação é a paz pública. O crime de associação criminosa é um crime de perigo abstrato quanto ao grau de lesão do bem jurídico. Quanto à forma de consumação do ataque ao objeto da ação, trata-se, em regra, de um crime de mera atividade, com a ressalva da modalidade de "fundação da associação criminosa", em que se trata de um crime de resultado. Neste caso, aplica-se a teoria da imputação objetiva do resultado à ação.

3. O **tipo objetivo** consiste na (1) promoção ou fundação da associação criminosa; (2) participação como membro ou apoiante na atividade da associação criminosa; e (3) chefia ou direção da associação criminosa. A Lei 59/2007 definiu associação criminosa como o grupo de, pelo menos, três pessoas, atuando concertadamente durante certo período de tempo, com vista a cometer um ou mais crimes (não obstante, a Lei 52/2003 mantém o requisito de apenas duas pessoas para formar uma organização terrorista e o Decreto-lei 15/1993 mantém esse requisito para a formação de organização criminosa destinada ao tráfico de estupefacientes). Estes requisitos formais espelham uma realidade substantiva, qual seja a de uma organização, com um ou mais dirigentes, uma estrutura de comando e um processo de formação da vontade coletiva. Mas não é necessário que os membros da associação se conheçam todos uns aos outros, nem que a associação tenha o centro de atividades, a sede ou o principal estabelecimento no território nacional, razão pela qual também não é necessário provar a identidade de todos e cada um dos membros da associação.

O fim criminoso da associação pode ser principal, concomitante ou acessório na vida da organização, impondo-se, contudo, que se trate de crimes (do Direito Penal primário ou secundário) e não apenas contraordenações.

O promotor ou fundador da associação criminosa é aquela pessoa que tem a ideia criadora da organização criminosa e procede ao ato de criação da associação, mesmo que não tenha qualquer atividade subsequente nela.

O membro da associação criminosa é aquele que integra as suas fileiras, engrossando o seu número de pessoas disponíveis. É na disponibilidade do membro que reside a razão de ser da censura penal. A disponibilidade implica subordinação à vontade coletiva (a todo o tempo e em qualquer lugar) e esta subordinação reflete a especial perigosidade do membro. Por isso, o membro não tem de conhecer todas as atividades da associação, sequer nelas participar.

O apoiante da associação criminosa é a pessoa que presta auxílio moral ou material aos membros da associação nessa qualidade e não na sua qualidade individual. Em vez do membro, o apoiante não está subordinado à vontade coletiva e, por isso, não está à disposição da associação criminosa. Por exemplo, não é apoiante da associação criminosa a mãe do membro que lhe cose um gorro que ele usa porque é inverno, mas já é apoiante se lhe coser o dito gorro que ele vai usar num assalto, sabendo que o gorro se destina a esse efeito e que o filho integra a associação.

A participação do apoiante em crimes concretos da associação converte-o, em regra, em membro da associação, na medida em que implica uma subordinação à vontade coletiva e a colocação à disposição da associação criminosa.

O defensor pode ser um apoiante se praticar crimes ou atos ilegais de colaboração ativa com a associação, por exemplo, transmitindo

ANO 25 - Nº 292 - MARÇO/2017 - ISSN 1676-3661

mensagens entre os membros da organização em liberdade e os reclusos essenciais para a manutenção da organização.

O angariador da associação criminosa é uma pessoa que determina outros à adesão como membros ou apoiantes da associação criminosa. Isto é, a conduta de angariação é similar à conduta típica da teoria geral da instigação.

O chefe ou dirigente da associação criminosa é o membro que dirige a estrutura de comando e controla o processo de formação da vontade coletiva da associação criminosa. A vontade coletiva pode identificar-se com a própria vontade pessoal do chefe ou com a vontade de um grupo de membros ou de todos os membros, mas em qualquer caso o chefe é a pessoa que estabelece e interpreta essa vontade como vontade da associação. Por outro lado, o chefe é a pessoa que tem a última palavra sobre a disponibilidade dos membros da associação, tendo o poder para criar, suspender, alterar ou extinguir as posições funcionais dos membros.

4. O **tipo subjetivo** do crime de organização criminosa admite qualquer modalidade de dolo (directo, necessário ou eventual).

5. A **tentativa** não é punível, uma vez que o crime consubstancia já uma antecipação da tutela penal. Contudo, a pena é atenuada especialmente ou mesmo a conduta fica impune se o agente impedir ou se esforçar seriamente por impedir a continuação da associação ou comunicar à autoridade a sua existência de modo a poder evitar a prática de crimes (reproduzindo o n. 4 a solução da *kleine Kronzeugenregelung* prevista no § 129 VI do StGB alemão). Não basta que o agente tenha retirado a sua disponibilidade para prosseguir a sua participação na atividade a associação. É necessário um "arrependimento ativo" sério e voluntário, no sentido de impedir o início ou a continuação da atividade da associação. Esse arrependimento pode, portanto, ocorrer quando a organização já realizou crimes ou o próprio agente arrependido já participou em crimes da associação. A forma mais eficaz de arrependimento é a denúncia da associação, do seu modo de atuação e dos seus membros, mas essa denúncia só será relevante se for útil para evitar a prática de, pelo menos, um crime, sendo irrelevante a denúncia de fatos já conhecidos pela autoridade pública.

Se o perigo representado pela associação tiver sido eliminado (ao menos na sua parte essencial, isto é, a liderança e a estrutura de comando) por força da ação do agente arrependido, ele fica isento de pena. Trata-se de uma verdadeira causa pessoal de exclusão da pena, fundada na consideração das necessidades de prevenção da criminalidade organizada. Se o perigo representado pela associação se mantiver, apesar do esforço sério e voluntário do agente arrependido, ele pode beneficiar de uma atenuação especial da pena.

6. O crime de associação criminosa é um **crime de comparticipação necessária** na modalidade de crime de convergência. As condutas típicas de "apoiante" e de "angariador" sobrepõem-se, respetivamente, às de cúmplice e de instigador, pelo que não é admissível a participação (instigação ou cumplicidade) no crime de associação criminosa. As condutas de auxílio de terceiros à associação são condutas de "apoiantes". As condutas de instigação à participação na atividade da associação são condutas de "angariação".

7. A aplicação das **regras de concurso efetivo e aparente** ao crime de organização criminosa não é simples.

Comete só um crime o agente que realiza várias condutas típicas em relação à mesma associação criminosa, por exemplo, tornando-se chefe de uma associação de que foi membro, caso em que é punível apenas pelo exercício da conduta mais grave. A pluralidade de ações de apoio da mesma associação criminosa constitui também um só crime.

Há concurso efetivo entre o crime de associação criminosa e os crimes que a associação criminosa executa. Esta regra não vale no caso em que a associação foi constituída apenas para a prática de um só crime, esgotando-se a finalidade da associação e extinguindo-se a estrutura organizativa depois da execução desse crime. Neste caso, há concurso aparente (subsidiariedade) entre o crime de associação criminosa e o crime-fim da associação criminosa.

Existe uma relação de concurso aparente (especialidade) entre o crime previsto no art. 299.º do CP e o previsto no art. 28.º do Decreto-lei 15/1993, de 22.01, com a redação que lhe foi dada pela Lei 45/1996, de 03.09. Este artigo prevê a punição de associações criminosas destinadas à prática dos crimes de tráfico de estupefacientes e tráfico de precursores. Os conceitos desta incriminação especial têm o mesmo conteúdo substantivo do seu homólogo do CP, salvo no que respeita ao número mínimo de membros da organização. Há, contudo, outra diferença significativa: no Decreto-lei 15/1993, o financiamento do grupo é equiparado à ação de promoção ou fundação do grupo, ao invés do que sucede na incriminação geral, em que a atividade de financiamento do grupo se inclui na ação de auxílio prevista no art. 299.º, n. 2, do CP.

O art. 28.º, n. 4, do Decreto-lei 15/1993, prevê também a punição da associação destinada à conversão, transferência, dissimulação ou recetação de bens ou produtos dos crimes previstos nos arts. 21.º e 22.º do dito diploma. Há uma relação de concurso efetivo entre o crime previsto no art. 28.º, n. 4, do Decreto-lei 15/1993 e os concretos crimes de branqueamento praticados pela associação, puníveis pelo art. 368.º-A do CP.

O art. 299.º do CP pune as associações destinadas à conversão, transferência, dissimulação ou recetação de bens ou produtos dos crimes de lenocínio, abuso sexual de crianças ou de menores dependentes, extorsão, tráfico de armas, tráfico de órgãos ou tecidos humanos, tráfico de espécies protegidas, fraude fiscal, tráfico de influência, corrupção e demais infrações previstas no art. 1.º da Lei 36/1994, de 29.09, bem como dos resultantes de crimes puníveis com pena de prisão de duração mínima superior a 6 meses ou de duração máxima superior a 5 anos. Há uma relação de concurso efetivo entre o crime de associação destinado ao branqueamento destes proventos e os concretos crimes de branqueamento praticados pela associação, puníveis pelo art. 368.º-A do CP.

Há uma relação de concurso aparente (especialidade) entre o crime previsto no art. 299.º do CP e o crime previsto no art. 2.º da Lei 52/2003, de 22.8. Este artigo prevê a punição de associações terroristas. Os conceitos desta incriminação especial têm o mesmo conteúdo substantivo do seu homólogo do CP, salvo no que respeita ao número mínimo de membros da organização. Há, contudo, duas outras diferenças significativas: na Lei 52/2003, a adesão, o apoio e o financiamento do grupo são equiparados à ação de promoção ou fundação do grupo, ao invés do que sucede na incriminação geral; e a prática de atos preparatórios da constituição da organização terrorista é autonomamente punida.

O tipo de "organizações terroristas" está construído como um crime de resultado cortado. Com efeito, não há uma inteira sobreposição do tipo subjetivo sobre o tipo objetivo. O tipo objetivo verifica-se com a prática dos atos e crimes previstos nas diversas alíneas do n. 1. O tipo subjetivo inclui o dolo (em qualquer forma desses atos e crimes) e um elemento subjetivo adicional: a intenção de prejudicar a integridade e a independência nacionais, impedir,

ANO 25 - Nº 292 - MARÇO/2017 - ISSN 1676-3661

alterar ou subverter o funcionamento das instituições do Estado previstas na Constituição, forçar a autoridade pública a praticar um ato, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique, ou ainda intimidar certas pessoas, grupos de pessoas ou a população em geral (tendo a expressão "visem" do art. 2.º, n. 1, o significado jurídico de uma intenção, como aliás também resulta da própria designação que lhe é dada logo no art. 4.º, n. 1). Portanto, não é necessário que estes resultados se verifiquem, bastando que o agente os tenha querido. Dito de outro modo, o tipo subjetivo contém uma intenção de realização de um resultado que não faz parte do tipo objetivo, mas que é provocado pela ação típica.

A intenção de prejudicar a integridade e a independência nacionais, impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições do Estado previstas na Constituição, forçar a autoridade pública a praticar um ato, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique, ou, ainda, intimidar certas pessoas, grupos de pessoas ou a população em geral não é um elemento comunicável, por se tratar de um elemento subjetivo do tipo. Portanto, só pode atuar como comparticipante aquele que tenha tido a dita intenção ou, no caso do cúmplice, o conhecimento da intenção do autor.

Há uma relação de concurso efetivo entre o crime de "organização terrorista" e os concretos crimes de terrorismo, previstos no art. 4.º, que a organização tenha cometido. Mas há uma relação de concurso aparente (consunção) entre cada crime de terrorismo e cada crime referido nas alíneas do art. 2.º, n. 1. Portanto, se um agente membro de uma organização terrorista comete um crime de propagação de doença contagiosa com a intenção de intimidar a população em geral comete um crime de organização terrorista previsto pelo art. 2.º, n. 2 (porque é aderente) em concurso efetivo com um crime de terrorismo previsto pelo art. 4.º, n. 1, ficando consumido o crime previsto pelo art. 283.º, n. 1, que tem moldura penal mais leve do que a do crime do art. 4.º, n. 1, da Lei 52/2003. Mas se o agente membro de uma organização terrorista comete um homicídio com a intenção de intimidar a população em geral, comete um crime de organização terrorista previsto pelo art. 2.º, n. 2 (porque é aderente) em concurso efetivo com um crime de terrorismo previsto pelo art. 4.º, n. 1 (2.ª parte), ficando consumido o crime previsto pelo art. 131.º, que tem moldura penal mais leve do que a do crime do art. 4.º, n. 1, da Lei 52/2003.

Referências bibliográficas

Bravo, Jorge Manuel dos Reis. Criminalidade contemporânea e discurso da legalidade. Breve itinerário crítico sobre o quadro normativo de prevenção e combate à criminalidade organizada. *PolJ*, III série, n. 8, p. 73 a 141 (2006).

Bravo, Jorge Manuel dos Reis. Criminalidade económica-financeira e organizada: um desafio sem resposta? Para um conceito estratégico de prevenção e combate à criminalidade económico-financeira e organizada. *RCEJ*, n. 16, p. 151 a 202 (2011).

Brito, José Clímaco de Sousa e. O 11 de Setembro, as motivações do terrorismo e os direitos do homem. *RCC*, série n. 2, n. 3 (2005).

_____. O inimigo em Direito Penal. *RCC*, série n. 2, n. 4-5 (2007).

Centro de Estudos Judiciários. *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económica-Financeira*. Coimbra: Coimbra Editora (2004).

Cluny, António Francisco. O Ministério Público, o Estado de Direito Social e a nova criminalidade organizada - Novo modelo e estatuto. *RMP*, ano 18, n. 72, p. 71 a 94 (1997).

Costa, Eduardo Maia. Crime de associação criminosa - Concurso com o crime de contrabando. *RMP*, ano 7, n. 26, p. 149 a 152 (1986).

Costa, José Martins Barra da. *O terrorismo e as FP 25 anos depois*. Lisboa: Edições Colibri (2004).

Dias, Augusto Silva. Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito. In: Palma, Fernanda et al (coord.). *2.º Congresso de Investigação Criminal*. Coimbra: Almedina, p. 23 a 48 (2010).

Dias, Jorge de Figueiredo. As associações criminosas no Código Penal de 1982. *RLJ*, ano 119, n. 3751, p. 289 a 292, n. 3752, p. 327 a 330, n. 3753, p. 360 a 363, ano 120, n. 3754, p. 5 a 9, n. 3755, p. 39 a 42, n. 3757, p. 101 a 105, n. 3758, p. 135 a 137, n. 3759, p. 169 a 173, e n. 3760, p. 198 a 202 (1986).

_____. Anotação ao art. 299.º. *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Coimbra: Coimbra Editora (1999).

_____. Criminalidade organizada: do fenómeno ao conceito jurídico-penal. *RBCC*, n. 71, p. 11 a 30 (2008).

Gomes, Ana Catarina Sá. *2005: Terrorismo - A legitimidade de um passado esquecido*. Lisboa: AAFDL (2005).

Moreira, Adriano (org.). *Terrorismo*. Coimbra: Almedina (2004).

Nabais, João Marques Mendes. Crime de terrorismo, Bem jurídico protegido, Elementos constitutivos. *RMP*, ano 17, n. 65, p. 163 a 174 (1996).

Palma, Fernanda. Crimes de terrorismo e culpa penal. In: Andrade, Costa et al. (org.). *Liber Discipulorum para Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 235 a 258 (2003).

Pereira, Rui Carlos. Os desafios do terrorismo: a resposta penal e o sistema de informações. *Lusíada*, *Revista de Ciência e Cultura*. Série de Direito, n. 1-2 (2002).

_____. Terrorismo e insegurança - A resposta portuguesa. *RMP*, ano 25, n. 98, 77 a 110 (2004).

Piçarra, Nuno. Terrorismo e direitos fundamentais: as *smart sanctions* na jurisprudência do Tribunal de Justiça e no Tratado de Lisboa. In: Correia, Alves et al (coord.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, volume III, Coimbra: Coimbra Editora, p. 711 a 742 (2012).

Rodrigues, Anabela Miranda. Criminalidade organizada - Que política criminal? *RFDUNL*, ano IV, n. 6, p. 29 a 46 (2003).

Sardinha, José Miguel. *O terrorismo e a restrição dos direitos fundamentais em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora (1989).

Silva, Isabel Marques da. O crime de associação criminosa para a prática de infrações fiscais. *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Pedro Romano Martinez*, v. 2, p. 571 a 584 (2000).

Valente, Manuel Monteiro Guedes. *Criminalidade organizada e criminalidade de massa, interferências e ingerências mútuas*. Coimbra: Almedina (2009).

Ventura, João Paulo. O terrorismo, a criminalidade organizada e a segurança doméstica. *PolJ*, série III, n. 1 (2003).

_____. Terrorismo: da caracterização do fenómeno à reatividade proativa. *PolJ*, série III, n. 3 (2004).

Paulo Pinto de Albuquerque
Professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.
Juiz da Corte Europeia dos Direitos do Homem.

IBCCRIM
Fundado em 14.10.92
DIRETORIA DA GESTÃO 2017/2018

DIRETORIA EXECUTIVA
Presidente: Cristiano Avila Maronna
1.º Vice-Presidente: Alexis Couto de Brito
2.ª Vice-Presidente: Eleonora Rangel Nacif
1.º Secretário: Renato Stanziola Vieira
2.º Secretário: Carlos Roberto Isa
1.º Tesoureiro: Edson Luis Baldan
2.º Tesoureiro: Bruno Shimizu
Diretor Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais: André Adriano Nascimento e Silva

CONSELHO CONSULTIVO
Andre Pires de Andrade Kehdi
Carlos Alberto Pires Mendes
Helios Alejandro Nogués Moyano
Mariângela de Magalhães Gomes
Sérgio Salomão Shecaira

OUVIDOR
Rogério Fernando Taffarello

“Essa não sou eu”: a invisibilização de mulheres no sistema criminal

Mariana Lins de Carli Silva

As mulheres de determinado perfil têm sido cada vez mais selecionadas para alimentar o encarceramento em massa brasileiro. Segundo os dados oficiais,[1] em dezembro de 2014, havia cerca de 34 mil mulheres no sistema penitenciário brasileiro, o que representa um aumento de 503% em relação ao ano de 2000. O grave cenário se constitui também por um alto índice de encarceramento provisório: 40,1% de toda a população presa são compostos por pessoas que ainda não tiveram qualquer julgamento, sendo que, entre os homens, essa porcentagem é levemente inferior à média nacional, de 39,08%, ao passo que, em relação às mulheres, esse número sobe para 44,7%.

Diante desse diagnóstico, que não está limitado ao Brasil,[2] nota-se que o debate sobre a importância de medidas que levem à redução do encarceramento, especialmente de mulheres, ganhou destaque em 2016. Entre as medidas que buscam reverter o catastrófico paradigma político de incremento punitivista está a publicação da tradução oficial das Regras de Bangkok pelo Conselho Nacional de Justiça, em 8 de março de 2016, que, nas palavras do Ministro Ricardo Lewandowski, teve como intuito “*jogar luzes para a mudança necessária do panorama relacionado com o encarceramento feminino no país*”. De fato, esse documento internacional se baseia no reconhecimento da condição de desigualdade social a que a mulher está relegada para estabelecer obrigações aos Estados em matéria de justiça criminal. A principal delas é a aplicação de alternativas ao encarceramento – incluindo alternativas à prisão provisória – que sejam capazes de abreviar os efeitos da desigualdade sobre as mulheres criminalizadas. Também em 8 março de 2016, foi sancionado e publicado pela presidenta Dilma Rousseff o Marco Legal de Atenção à Primeira Infância (Lei 13.257/2016).[3] A expansão das hipóteses que possibilitam a substituição da prisão preventiva pela domiciliar reconhece uma importante questão relacionada ao papel social de gênero, a sobrevalorização da maternidade na sociedade patriarcal, como chave para a conquista da liberdade.[4]

É nesse contexto que o Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC) desenvolveu o relatório de pesquisa *MulhereSemPrisão: desafios e possibilidades para reduzir a prisão provisória de mulheres*,[5] com o objetivo de compreender os obstáculos que se impõem à redução do encarceramento feminino e propor estratégias para superá-los. Em síntese, foram utilizadas técnicas e procedimentos de pesquisa eleitos como mais adequados aos objetivos traçados: o tratamento quantitativo de peças que integram a fase pré-processual de mulheres presas em flagrante em São Paulo em 2014[6] e a realização e análise de entrevistas com mulheres presas de diferentes perfis em unidades prisionais paulistas.[7]

O perfil majoritário das mulheres selecionadas pelas agências de controle estatal já é notoriamente conhecido: jovens, com baixa escolaridade, pretas e pardas, solteiras, capturadas por delitos relacionados ao comércio de drogas ou crimes patrimoniais de objetos de baixos valores, primárias. Muitas são mães, estavam desempregadas ou ocupavam postos de trabalho precarizados. Embora alguns dados sociodemográficos estejam escritos em seus autos, a narrativa processual construída enquanto verdade jurídica não se baseia na voz e na realidade dessas mulheres.

A análise dos dados e relatos de pesquisa foi estruturada a partir da contraposição entre as narrativas construídas nos autos e as falas das mulheres aprisionadas. Esse procedimento permitiu perceber um vácuo entre as histórias das mulheres e as palavras sopesadas para decidir sobre seus futuros. A pesquisa estudou a atuação do sistema de justiça criminal para mulheres por meio de documentos elaborados por agentes públicos – Delegacia de Polícia, Magistratura, Ministério Público e Defensoria Pública – no sentido de compreender: em quais documentos há informações sobre a mulher; qual o conteúdo e a qualidade dessas informações; e como elementos de gênero influem (ou não) nas ações de cada um desses atores, seja para a liberdade, seja para a prisão.

O *auto de prisão em flagrante* apresentou maior quantidade de informações sobre as mulheres, sobretudo pelo registro na qualificação da indiciada e algumas perguntas em um documento intitulado “informações sobre a vida pregressa”. Para avaliar a qualidade desses dados, é necessário ponderar que o espaço da delegacia de polícia, de modo geral, está muito longe de ser um ambiente acolhedor e seguro para as mulheres, tendo em vista as várias violações de direitos a que podem ser submetidas nesses locais, como abusos sexuais, torturas, flagrantes forjados, xingamentos.

Observamos a realidade anterior às audiências de custódia por meio das *decisões* proferidas por juízes e juízas sobre a prisão em flagrante. A atuação se baseia em modelos decisórios que buscam justificar os requisitos que autorizam a prisão preventiva com uma seleção de argumentações sobre a pessoa ou seu passado que configurariam sua liberdade como um perigo para a sociedade e para o processo. A deliberação de juízes e juízas sobre quais elementos da vida dessa mulher influenciam a tomada de decisão desconsidera totalmente o papel social de gênero que confere outra conotação a práticas delituosas, como casos de furto de alimentos, itens para bebês, e até mesmo a venda de drogas, que, por diversas vezes, permite sustentar os filhos e conciliar com as tarefas domésticas que recaem historicamente exclusivamente sobre elas.

O papel da Defensoria Pública foi examinado por meio dos pedidos de *habeas corpus* impetrados para buscar a liberdade. Mesmo somente com as informações advindas de registros burocráticos, principalmente do auto de prisão em flagrante, observamos pouquíssimos pedidos cujas medidas cautelares pleiteadas tinham relação com a realidade específica da mulher assistida. Há que se considerar que a dificuldade institucional que a Defensoria Pública tem em manter um contato contínuo com as mulheres presas prejudica o acesso às falas delas sobre suas condições de vida, que são de extrema importância para que se avalie a medida mais adequada ao caso daquela mulher. Por exemplo, ao tomar ciência de que a mulher sofre violência doméstica, é preciso avaliar o impacto de uma concessão de

ANO 25 - Nº 292 - MARÇO/2017 - ISSN 1676-3661

prisão albergue domiciliar nesse contexto e construir junto a ela uma alternativa que seja mais interessante para preservar direitos. De tal forma, consideramos que a provocação do Poder Judiciário sobre a instrumentalização de gênero para qualificar jurídica e pragmaticamente a liberdade das mulheres é uma tarefa que, de modo estratégico, é de responsabilidade da defesa, a fim de evitar possíveis ocorrências que utilizam o fato do papel social de gênero para agravar a situação processual.

O oferecimento da *denúncia* manifestou o maior silêncio em relação às mulheres indiciadas. A atuação do Ministério Público deveria assumir a responsabilidade de aplicar as Regras de Bangkok e cumprir sua função de fiscal da lei, deixando de denunciar mulheres por meio do reconhecimento, por exemplo, de excludentes de ilicitude, como legítima defesa em casos de tensão entre homicídio e feminicídio; excludentes da tipicidade, como o princípio da insignificância; e ocorrência de prova ilícita, como nos casos de prisão por meio da prática de revista vexatória também em casos de invasão de domicílio, conhecida como entrada franqueada.

Detectamos, assim, uma produção de invisibilidade das mulheres em seus processos criminais. As poucas e precárias informações sobre essas mulheres vão sendo diluídas durante toda a fase de instrução processual. É dessa forma que mais um silenciamento imposto a mulheres contribui para acentuar o controle da população feminina selecionada pelo sistema penal. As trajetórias e condições de vida contadas por elas precisam ser instrumentalizadas para garantir a liberdade. Essa proposta acena para um horizonte concreto de fomento ao desencarceramento em massa de mulheres.

Notas

(1) Brasil. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN*, dezembro de 2014. Disponível em: <http://bit.ly/infopendez14>.

(2) Sobre o tema, acessar: <http://webtudo.net/veja-os-paises-onde-tem-mais-mulheres-presas/>.

(3) A Lei 13.257/2016 alterou, dentre outros, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) e o Código de Processo Penal.

(4) A alteração legislativa também inovou ao estabelecer como hipótese para medida aos homens, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 anos de idade incompletos.

(5) O relatório está disponível para *download* no site <http://mulheresemprisao.org.br/>.

(6) A população da pesquisa se refere a investigações preliminares com ao menos uma mulher indiciada, cuja prisão em flagrante ocorreu no 2º semestre de 2014, assistida pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo que atua no DIPO, em virtude de uma decisão que ensejava pedido de liberdade provisória (*habeas corpus*); e a investigações preliminares com ao menos uma mulher indiciada, presa em flagrante no 2º semestre de 2014, assistida pela Defensoria Pública da União de Guarulhos, cuja decisão ensejava pedido de liberdade provisória (*habeas corpus*). Ressaltamos que foram analisadas somente decisões proferidas que geraram a prisão de mulheres, seja porque fora decretada a prisão preventiva, seja porque fora determinado o pagamento de fiança como condição para a liberdade provisória, e a família não pode arcar com o valor.

(7) A equipe de pesquisa realizou 27 entrevistas em diferentes unidades prisionais de São Paulo com mulheres de diferentes perfis: gestantes, lactantes, mulheres com filhos pequenos, jovens (18 e 24 anos), idosas (60 anos ou mais), pacientes, mulheres com deficiência e estrangeiras.

Mariana Lins de Carli Silva
Pesquisadora do Programa Justiça Sem Muros do Instituto Terra, Trabalho e Cidadania – ITTC.
Advogada.

O depoimento de uma *hearsay witness* como fundamento para a pronúncia

Philipe Benoni Melo e Silva

1. Introdução

Dentre os princípios que regem o processo penal, é de interesse aqui o da obrigatoriedade e o da indisponibilidade da ação pública incondicionada, com o objetivo de perscrutar se o depoimento de uma *hearsay witness* é suficiente para embasar o juízo de admissibilidade da pronúncia.

O *jus puniendi* do Estado e a pretensão de liberdade do réu resolvem-se no âmbito do processo penal. O constituinte de 1988 elegeu o Ministério Público como o *dominus litis* da ação penal pública.(1) No processamento e julgamento dos crimes sob essa condição, incidirão, dentre outros, os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade. Pelo primeiro, o órgão ministerial é obrigado a oferecer a denúncia quando existentes provas de materialidade e indícios suficientes de autoria, em homenagem ao princípio da legalidade e da máxima *nec delicta maneant impunita*, isto é, não haverá crime que permaneça impune. Em relação à indisponibilidade, é defeso ao Ministério Público transigir, dispor ou desistir da ação penal pública incondicionada.(2)

Este artigo, observados o *jus puniendi* do Estado, o *dominus litis* da ação penal pública incondicionada por parte do Ministério Público e a pretensão de liberdade do réu, propõe-se a examinar a (in)suficiência da oitiva de uma *hearsay witness* para admitir a pronúncia e mobilizar a estrutura do Poder Judiciário estatal, na especialidade do Tribunal do Júri.

Com esse norte e sem a pretensão de esgotar a matéria, este artigo, valendo-se das lições da doutrina e da jurisprudência, defende a impossibilidade de, em um Estado Democrático de Direito, prevalecer o princípio do *in dubio pro societate*, nos casos em que a pronúncia de um acusado, sem qualquer lastro probatório, é fundada exclusivamente em elementos informativos, mormente quando essa prova diz respeito a depoimentos de uma *hearsay witness*.

2. A *hearsay witness* e a decisão judicial de pronúncia do acusado

Por *hearsay witness*, entende-se a testemunha que não teve contato direto com a coisa ou fato discutido no processo, mas que somente "ouviu dizer" de outras pessoas sobre o que de fato ocorreu, sendo que, a partir daí, ingressa no processo, na qualidade de

"testemunha", e reproduz em juízo o que ouviu de terceiros. Trata-se, portanto, de conteúdo testemunhal indeterminado, solto e vago, desprovido de convicção do fato, fundado em uma suposta conversa ocorrida com pessoa ausente do processo ou que, mesmo presente, deixa de confirmar o teor propalado pela *hearsay witness*.

De acordo com **Badaró**,[3] as regras probatórias em geral, especialmente a proibição do testemunho de "ouvir dizer", têm origem no Direito anglo-americano, em meados do século XVIII, quando, diante das regras de exclusão, inadmitia-se a *hearsay witness*, com base na pressuposta supervalorização que o julgador poderia fazer de sua oitiva, em especial, no Tribunal do Júri. Desse modo, desde a sua origem, a *hearsay witness* não era admitida, tendo em vista que a ausência de uma testemunha sem conhecimento direto dos fatos inviabiliza o exercício do direito de defesa e torna impossível o *cross-examination*, comprometendo, assim, a qualidade do interrogatório.

Era exatamente com essa crítica que, ainda no século XVIII, **Gilbert**[4] tratava o instituto da *hearsay witness* nos julgamentos criminais. Esse autor concluiu o seu raciocínio, evidenciando a distinção entre o Direito Civil e o Direito Penal e defendendo que o sistema probatório aceito por aquele não poderia ser utilizado para esse, pois, no campo do Direito Penal, o que está em risco é a liberdade de uma pessoa em particular.

É bem de ver que, em nosso sistema processual penal, admite-se a testemunha direta e a indireta, vale dizer: aquela que sabe dos fatos porque os viu diretamente, a denominada testemunha de *visu*; e aquela que faz declarações a respeito daquilo que ouviu dizer, e não a respeito do que viu diretamente, a denominada testemunha de *auditu*.

Em função disso, **Renato Brasileiro de Lima**, ao examinar o art. 202 do CPP, considera que testemunha é "*a pessoa desinteressada e capaz de depor que, perante a autoridade judiciária, declara o que sabe acerca de fatos percebidos por seus sentidos que interessam à decisão da causa*".[5] Assim, o conhecimento da testemunha sobre o fato em julgamento deve derivar de suas funções sensoriais que tiveram relação com a causa. Se não sabe o que, de fato, aconteceu, não poderia ser testemunha.

Esse entendimento se harmoniza com a lição de **Manoel Antônio Teixeira Filho**, para quem testemunha é "*toda pessoa física, distinta dos sujeitos do processo, que, admitida como tal pela lei, é inquirida pelo magistrado, em Juízo ou não, voluntariamente ou por força de intimação, a respeito de fatos controvertidos, pertinentes e relevantes, acerca dos quais tem conhecimento próprio*".[6]

Nada obstante, cumpre reconhecer que parte da doutrina admite a oitiva da *hearsay witness*, na qualidade de testemunha indireta. É essa a lição que se colhe de **Renato Brasileiro de Lima**.[7]

Daí porque, conquanto permitido o depoimento da testemunha indireta, a regra geral da universalidade da testemunha, de que trata o art. 202 do CPP, deve ser obtemperada com o princípio da objetividade da testemunha, disciplinado no art. 213 do CPP. Segundo essa norma, a testemunha não deve se manifestar sobre suas opiniões pessoais, exceto quando inseparáveis da narrativa do fato. Ocorre que a *hearsay witness* arremete-se contra o princípio da objetividade, na medida em que o seu depoimento vale-se da opinião e da informação de terceiro, que pretende fazer prevalecer.

Conforme **Ferrajoli**,[8] quando um juiz impõe a uma testemunha o compromisso de dizer a verdade (CPP, art. 203), não exige que ela não entre em contradição, mas que diga o que sabe sobre como ocorreram os fatos. Ainda que o depoimento da testemunha seja plausível, o juiz não deve se contentar com meras justificações, pois o depoimento deve corresponder àquilo que realmente seja do conhecimento da testemunha. Por certo, tudo o que alguém apenas ouviu dizer sobre determinado fato, não teve contato direto com o que ocorreu e, portanto, não conhece a verdade sobre o fato. O que ela conhece são as impressões de um terceiro observador que repassou para a *hearsay*, de acordo com suas próprias valorações.

Em função disso, não se sustenta a decisão do juiz, na primeira fase do procedimento do júri, que pronuncia o acusado, na condição de autor ou partícipe em crime doloso contra a vida, fundamentada apenas no que alguém ouviu dizer a respeito do crime, ao argumento de que, na primeira fase do procedimento do júri, deve prevalecer o princípio *in dubio pro societate*. O *status* de Estado Democrático de Direito, conferido à República Federativa do Brasil pelo constituinte de 1988, não pode consentir com a prevalência do *in dubio pro societate* em detrimento da proteção dos direitos do cidadão.

De fato, a Constituição Federal consagra, em seu art. 5º, XXXVIII, a instituição do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, assegurando a plenitude de defesa, a soberania dos veredictos e o sigilo das votações.

Como se sabe, o procedimento do júri é bifásico, pois escalonado em duas fases distintas: a primeira, denominada *iudicium accusationis*, inicia-se com o oferecimento da denúncia e vai até a decisão de pronúncia, impronúncia, absolvição sumária ou desclassificação; a segunda, denominada *iudicium causae*, que só ocorrerá se houver a pronúncia do acusado, inicia-se com a preparação do processo para o julgamento pelo plenário do júri.

Assim, para que o acusado se submeta a julgamento pelo plenário do júri, é necessário que o juiz fundamente sua decisão de pronúncia. Segundo o art. 413 do CPP, o juiz, motivadamente, conforme exige o art. 93, IX, da CF, pronunciará o acusado, somente se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

Ocorre que o depoimento de uma *hearsay witness* não é argumento autônomo capaz de emprestar robustez a ponto de configurar o quadro legalmente previsto de "*indícios suficientes de autoria ou de participação*" e, assim, servir de fundamento irrepreensível para o juiz pronunciar o acusado e submetê-lo ao julgamento pelo Tribunal do Júri.

A indisponibilidade dos bens jurídicos tutelados que, em regra, predomina no Direito Penal, não é suficiente para autorizar o Estado-Juiz a dar início à persecução penal, valendo-se, unicamente, do depoimento de uma testemunha indireta, que não presenciou a ocorrência dos fatos.

A dificuldade de aceitação da *hearsay witness* é justamente a grave possibilidade de se aceitar uma imputação criminal sobre uma pessoa, tão somente com base, nos dizeres de **Gilbert**, em conspirações ou tramas.[9] Para lá das violações ao contraditório, do direito ao confronto (*right of confrontation*) e do sistema de apreciação da testemunha, não se pode dar lastro a acusações criminais baseadas em boatos.

3. A inexistência de conflito entre o princípio do *in dubio pro societate* e a *hearsay witness*

A aplicação do brocardo *in dubio pro societate*, que tem a sua matriz normativa no art. 413 do CPP, no juízo de probabilidade da autoria, tem por objetivo preservar a competência constitucional reservada ao Tribunal do Júri, deixando que a causa seja resolvida pelo seu juiz natural.

Nada obstante, o Supremo Tribunal Federal[10] tem entendido que a fundamentação do juízo de admissibilidade da denúncia estruturada de forma alheia às contingências fáticas dos autos, de modo a dar de ombros à garantia constitucional da motivação das decisões judiciais, insculpida no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, desautoriza a prevalência da máxima *in dubio pro societate*.

É também do Supremo Tribunal Federal[11] o entendimento de que a máxima *in dubio pro societate* "*jamais vigorou no tocante à existência do próprio crime, em relação a qual se reclama esteja o juiz convencido*". Em função disso, a Suprema Corte adotou o entendimento de que a convicção do juiz da pronúncia não é a convicção íntima do jurado, mas o convencimento fundado na prova.

Assim é que a máxima *in dubio pro societate* tem sido resistida no campo doutrinário. **Aury Lopes Jr.** defende que basta uma leitura refletida na Constituição Federal para observar que o "princípio" do *in dubio pro societate* não subsiste a uma filtragem constitucional, além de ser incompatível com as cargas probatórias definidas pela regra da presunção de inocência.[12]

Nessa mesma linha, ao destacar que inexiste dispositivo legal que autorize a aplicação deste brocardo, **Paulo Rangel** afirma que ele "*não é compatível com o Estado Democrático de Direito, onde a dúvida não pode autorizar uma acusação, colocando uma pessoa no banco dos réus*",[13] magistério esse que se harmoniza com o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Ainda que o Ministério Público maneje denúncia desprovida do êxito em comprovar a acusação, é defeso ao juiz utilizar-se simplesmente de uma testemunha que ouvir dizer, exarando sua decisão de pronúncia motivada exclusivamente no depoimento de uma testemunha indireta. Por isso, insiste **Aury Lopes Jr.** em defender que "*o sistema probatório fundado a partir da presunção constitucional de inocência não admite nenhuma exceção procedimental, inversão de ônus probatório ou frágeis construções inquisitoriais do estilo* in dubio pro societate".[14]

Em outro giro, há, também no campo doutrinário, os que pensam de forma diversa. Dentre esses, está **Saulo Brum Leal**, para quem, em caso de dúvida, o juiz decide a favor da sociedade. Segundo ele, a doutrina e a jurisprudência tradicionais estão repletas de exemplos fundados no "*interesse da sociedade*" e na "*soberania do júri*" para, negando a presunção de inocência, justificar a decisão de pronúncia.[15]

Penso, contudo, ser desnecessário esgrimir armas intelectuais em defesa deste ou daquele princípio. Na verdade, inexiste conflito entre o *in dubio pro societate* e a *hearsay witness*.

Como se sabe, a fonte decisória do juízo de pronúncia é diferente da fonte decisória dos membros do Tribunal do Júri.

O juiz de pronúncia deve desincumbir-se do seu papel, limitando o seu convencimento à materialidade do fato e à existência de indícios suficientes de autoria ou de participação. Inexistindo prova capaz de levá-lo a esse convencimento, deve exarar a impronúncia do acusado. Não se deve descurar, ainda, que, nos casos previstos na legislação de regência, o juiz de pronúncia pode, desde logo, absolver o acusado. Nada disso, em tese, é sinônimo de invasão de competência das atribuições do Tribunal do Júri, máxime porque da sentença de impronúncia ou de absolvição sumária cabe recurso de apelação; máxime porque o espaço de competência do juiz de pronúncia não pode ser invadido pelo Tribunal do Júri.

O Tribunal de Júri, por sua vez, desenvolve as suas atribuições, na forma disciplinada pela legislação processual penal, culminando com a votação dos quesitos, pelo Conselho de Sentença, cuja decisão se dará por maioria.

Trata-se, pois, de campos de atuação distintos. Sobre a necessidade de que esses órgãos judiciais atuem no interior dos limites legalmente circunscritos às suas respectivas esferas de competência, já disse o Supremo Tribunal Federal[16] que "*extravasa de sua competência o juiz que, ao prolatar o despacho de pronúncia, aprecia com profundidade o mérito, perdendo-se em estudo comparativo das provas colhidas, repudiando umas e, com veemência, valorizando outras, exercendo atribuições próprias dos jurados*".

Conquanto o juízo de admissibilidade da acusação deva evitar a denominada eloquência acusatória, sob pena de nulidade da pronúncia, não é menos verdade que a autoridade competente para exarar essa admissão demonstre convicção firme sobre a existência do crime e de indícios da autoria imputada ao réu.

Estabelecidas, pois, as balizas legais de atuação do juiz responsável pelo juízo de pronúncia e do Tribunal de Júri, desaparece o alegado conflito entre o princípio do *in dubio pro societate* e a *hearsay witness.*

Nesse passo, para bem desincumbir-se da competência catalogada no art. 413 do CPP, deve o juiz aferir se determinado meio probatório é apto para provar a imputação que está sendo feita ao réu e escusar-se de validar exames subjetivos autônomos para caracterizar o crime. Nesse campo, o Supremo Tribunal Federal validou expediente do juiz que, tendo em conta o descompasso das versões dos envolvidos, entendeu imprescindível, para assentar indícios de autoria, examinar a prova oral, vindo, com isso, a concluir, não pela culpa dos envolvidos, mas pela admissibilidade da acusação.[17]

Em outro giro, cumpre evidenciar que indício de autoria diz respeito à existência de elementos bastante capazes de conduzir à convicção de suspeita contra o denunciado.[18]

Estruturadas essas premissas, é forçoso reconhecer que o depoimento autônomo de uma *hearsay witness* não tem o condão de ser utilizado como instituto constituidor de dúvida capaz de acessar as atividades do Tribunal de Júri. É que o autor de tal depoimento autônomo não presenciou o fato e nada sabe sobre ele. E não sabe por que é uma testemunha de *auditu* e não de *visu*.

Nessa esteira, **Hélio Tornaghi**, apesar de reconhecer que não existe impedimento legal da tomada de depoimento da *hearsay witness*, sustenta que "*não se pode tolerar que alguém vá a juízo repetir a* vox publica. *Testemunha que depusesse para dizer o que lhe contou, o que ouviu, sem apontar seus informantes, não deveria ser levada em conta*".[19]

Sobre esse tema, é lapidar o entendimento expresso pelo Superior Tribunal de Justiça, na medida em que deixa registrado em ementa que "*o juízo da acusação* (iudicium accusationis) *funciona como um filtro pelo qual somente passam as acusações fundadas, viáveis, plausíveis, idôneas a serem objeto de decisão pelo juízo da causa* (iudicium causae)". E assim procede porque o testemunho de uma *hearsay witness*, "*além de ser um depoimento pouco confiável, visto que os relatos se alteram quando passam de boca a boca, o acusado não tem como refutar, com eficácia, o que o depoente afirma sem indicar a fonte direta da informação trazida a juízo*".(20)

Inexiste, pois, conflito entre o princípio do *in dubio pro societate* e a *hearsay witness*. Os expedientes próprios dos procedimentos *iudicium accusationis* e *iudicium causae* encontram as suas balizas de atuação estabelecidas na lei, tendo, cada um deles, o seu campo próprio de atuação. É assim que funciona um Estado Democrático de Direito. E, por isso mesmo, afronta a orientação constitucional e infraconstitucional o juízo de admissibilidade da pronúncia que se sustenta, única e exclusivamente, no testemunho de uma *hersay witness*. Não se justifica, então, em homenagem aos princípios da dignidade da pessoa humana e da presunção de inocência, que as estruturas públicas, o Tribunal de Júri, e social, os membros do Conselho de Sentença, sejam mobilizadas por algo que alguém ouviu dizer.

4. Conclusão

A vida e a liberdade são os dois mais preciosos bens do ser humano. A privação do primeiro põe fim, de forma definitiva, à existência e tudo o mais que dela decorra. A perda do segundo cria barreiras intransponíveis, ainda que temporariamente, à celebração da vida. Aqui, é do nosso interesse a liberdade, visto que, via de regra, inexiste a pena de morte entre nós.(21)

No nosso caso, tratando-se de ação penal pública, o Estado é o protetor desses bens, sendo o Ministério Público o detentor do *dominus litis* dessa ação, o qual, ao atuar nesse mister, subordina-se aos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade.

Nada obstante, o arcabouço constitucional e infraconstitucional que autoriza e justifica o *jus puniendi* do Estado, as potências estatais não devem ser arregimentadas para esse fim quando, até a fase final dos procedimentos *iudicium accusationis*, nada mais se conseguiu amealhar, exceto o testemunho de uma *hersay witness*.

A *hersay witness* não deve ter força capaz de pretender subtrair do ser humano um de seus mais preciosos bens da existência: a liberdade.

Notas

(1) Art. 129, I, da CF. "São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei".
(2) Art. 42 do CPP. "O Ministério Público não poderá desistir da ação penal". Art. 576 do CPP. "O Ministério Público não poderá desistir de recurso que haja interposto".
(3) Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A utilização da *hearsay witness* na Corte Penal Internacional: Estudo sobre sua admissibilidade e valoração. Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 4/2014, p. 177.
(4) Gilbert, *The Law of Evidence*, 1791, v. 2, p. 890.
(5) Lima, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2014. Volume único, p. 651.
(6) Teixeira Filho, Manoel Antônio. *A prova no processo do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 327.
(7) Lima, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal* cit., p. 658.
(8) Ferrajoli, Luigi. *Direito e Razão:* teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 54
(9) Gilbert, *The Law of Evidence*, 1791, v. 2, p. 891.
(10) *HC* 95.068.
(11) *HC* 81.646.
(12) Lopes Jr., Aury. *Direito processual penal*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 853.
(13) Rangel, Paulo. *Direito processual penal*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 98.
(14) Lopes Jr., Aury. *Direito processual penal* cit., 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 855.
(15) Leal, Saulo Brum. *Júri popular*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 31.
(16) *HC* 68.606.
(17) *HC* 99.182.
(18) RO*HC* 115.229.
(19) Tornaghi, Helio. *Instituições de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. IV, p. 461.
(20) RE 1.444.372.
(21) Art. 5.º, XLVII, *a*, da CF.

Philipe Benoni Melo e Silva
Mestrando em Políticas Públicas, Processo e Controle Penal pelo Uniceub. Especialista em Direitos Indisponíveis pela Faculdade Projeção. Advogado.

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661
COORDENADOR-CHEFE: Fernando Gardinali Caetano Dias.
COORDENADORES ADJUNTOS: Daniel Paulo Fontana Bragagnollo e Danilo Dias Ticami.
EDITORES IBCCRIM: Adriano Galvão, Eduardo Carvalho, Taynara Lira e Willians Meneses.
CONSELHO EDITORIAL:
Acacio Miranda Filho, Amélia Emy Rebouças Imasaki, Anderson Bezerra Lopes, André Azevedo, André Felipe Pellegrino, André Lozano Andrade, Andre Ricardo Godoy, Antonio Baptista Gonçalves, Arthur Sodré Prado, Átila Machado, Beatriz Jubilut, Bruno Salles, Carlos Garcete, Carlos Viveiros, Christiany Pegorari, Clara Masiero, Daiana Ryu, Daiane Ayumi Kassada, Daniel Del Cid, Daniel Leonhardt, Daniel Nicory, Dayane Fanti, Décio Franco David, Edson Roberto Baptista de Oliveira, Emília M. Giuliani, Evandro Camilo Vieira, Fernanda Carolina de Araújo, Fernanda Vilares, Frederico Manso Brusamolin, Gabriel Huberman Tyles, Gabriela Gama, Guilherme Suguimori Santos, Henrique Buhl Richter, Hugo Leonardo, Hugo Leonardo Rodrigues Santos, Jacqueline Valles, Jamil Chaim Alves, João Anhê Andorfato, Jorge Nader, Jose Carlos Abissamra Filho, José Roberto Coêlho de Almeida Akutsu, Lévio Scattolini, Luan Nogués Moyano, Luana Oliveira, Luis Gustavo Sousa, Luiza Guedes Pirágine, Marco Aurélio Florêncio Filho, Mariana Chies, Matheus Pupo, Milene Maurício, Milene Cristina Santos, Octavio Orzari, Paola Martins Forzenigo, Pedro Augusto de Pádua Fleury, Pedro Beretta, Pedro Machado de Almeida Castro, Rachel Lerner Amato, Rafael Fecury Nogueira, Rafael Tiago Silva, Renata Macedo, Ricardo Caiado, Rodrigo Sardenberg, Rogério Taffarello, Salomão Shecaira, Sâmia Zattar, Theodoro Balducci, Thiago Baldani Gomes de Filippo, Thiago Tezani, Verônica Carvalho Rahal, Vinicius Vasconcellos, Wilson Tavares e Yuri Felix.
COLABORADORES DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA:
Ana Beatriz Tabarelli Krasovic, André Campagnaro Rampinelli, Arthur Inácio, Arthur Martins Soares, Bruna Brandt, Bruna Diamante, Bruno Maurício, Camila Torres Cesar, Caroline Bussoloto de Brum, Caroline Mutaf, Cesar Janoti, Dafne Sena Coutinho Ribeiro, Fábio Suardi D'Elia, Felício Nogueira Costa, Felipe Monea, Frederico Manso Brusamolin, Gabriela Alcarpe, Gabriela Rodrigues Moreira Soares, Giancarlo Silkunas Vay, Ingrid Oliveira, Isabela Perrella, Jairton Ferraz Júnior, Karen Regina Amorim Carmo, Luana Oliveira, Ludmila Bello, Marcela Vieira da Silva, Matheus Pupo, Michelle Pinto Peixoto de Lima, Milene Maurício, Paula Mamede, Pedro Fernandes, Pedro Machado de Almeida Castro, Renato Silvestre Marinho, Renato Watanabe de Morais, Roberta Werlang Coelho Beck, Roberto Mendes Valadão, Roberto Portugal de Biazi, Rodrigo Olhiara da Silva, Rossana Brum Leques, Stela Valim, Stephan Gomes Mendonça, Thais Felix, Thaís Marcelino Resende, Verônica Carvalho Rahal, 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.
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

Algumas palavras sobre o uso de dados empíricos em decisões judiciais

Arthur Sodré Prado e Juliana Kobata Chinen

No julgamento do *HC* 126.292/SP,[1] que tratou da possibilidade de execução de sentença penal condenatória após a confirmação em segundo grau, alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal se valeram de dados quantitativos e qualitativos para motivar seus votos, relacionando-os com um diagnóstico sobre a realidade do sistema processual e sobre a situação prisional brasileira.

Uma ilustração desse uso está no voto vencido do Min. **Celso de Mello**. O decano indicou "*um dado estatístico, elaborado a partir de informações veiculadas no portal de informações gerenciais da Secretaria de Tecnologia de Informação*" (p. 14) do STF, mencionado pelo Min. **Ricardo Lewandovski** no julgamento da ADPF 144/DF. A informação de que, entre 2006 e 2008, *25,2%* dos recursos extraordinários teriam sido providos é mencionada no voto como a demonstração "***à luz de dados estatísticos,*** *[de] uma* realidade *que torna necessário respeitar-se a presunção de inocência*" (p. 14, destaquei).

Porém, um dos votos vencedores, proferido pelo Min. **Luís Roberto Barroso**, aponta que, "***no mundo real, o percentual*** *de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a* 1,5%" (p. 33, destaquei), de acordo com "*dados oficiais da assessoria de gestão estratégica do STF, referentes ao período de 01.01.2009 até 19.04.2016*". Ressalvando "*a possibilidade de alguma margem de erro, por se tratar de pesquisa artesanal*", o Ministro afirma que, no período, "*em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos) as decisões absolutórias não chegam a representar* 0,1% *do total de decisões*". Tais premissas justificariam a conclusão de que o entendimento anterior do STF incentivou uma "*infindável interposição de recursos protelatórios*" que gastariam tempo e recursos do Poder Judiciário, "*sem proveito para a efetivação da justiça ou para o respeito às garantias processuais penais dos réus*" (p. 33).

Ora, se o Ministro **Celso de Mello** e o Ministro **Luís Roberto Barroso** não estão mentindo nos dados mencionados em seus votos, como é possível haver uma mesma realidade militando em favor das duas teses de forma antitética? Afinal, há muitos casos revertidos em sede de recursos extraordinários, ou essa quantidade é irrisória? Será que, a partir de 2009, houve uma mudança radical no número de recursos providos?

O Ministro **Barroso** dedicou uma parte de seu voto para explicitar seu ponto de vista teórico a respeito de alguns casos em que a argumentação jurídica assumiria uma "inegável dimensão política", notadamente em situações envolvendo a jurisdição constitucional e *hard cases*, de que trata **Dworkin**.

Na parte do voto em que trata de "*fundamentos pragmáticos para o novo entendimento*" (p. 49), o Ministro afirma que "*a norma jurídica não é o relato abstrato contido no texto legal, mas o produto da integração entre texto e* ***realidade***" (idem, destaquei). Cabe ao juiz, segundo **Barroso**, "*produzir a decisão que traga as melhores consequências possíveis para a sociedade como um todo*" sem se desviar dos "***limites e possibilidades dos textos normativos e respeitados os valores e direitos fundamentais***" (p. 50). O meio para atingir esse juízo pragmático seria o "**contextualismo**, *a significar que a realidade concreta em que situada a questão a ser decidida tem peso destacado na determinação da solução adequada*" e o "***consequencialismo****, na medida em que o resultado prático de uma decisão deve merecer consideração especial do intérprete*" (p. 50, destaques do original).

Seguindo esse raciocínio, deve haver um duplo esforço de motivação: além de o juiz ter de decidir dentro dos limites entre o que deve e o que não deve ser, ele ainda tem que fazer um prognóstico sobre qual decisão terá melhor impacto para a sociedade, sopesando os direitos fundamentais. E como isso se dá na prática?

Nas linhas seguintes, procuramos indicar a dificuldade que um juiz possui para relacionar uma decisão judicial a um determinado resultado, por meio da descrição de trechos do voto do Ministro **Luís Roberto Barroso**.[2] Notando a discrepância entre os dados estatísticos colhidos pelo mesmo STF a respeito de acontecimentos assemelhados, ou seja, a respeito de uma mesma realidade, seria possível fazer previsões seguras sobre o comportamento do sistema de justiça?

Desenvolvendo brevemente uma das ponderações feitas ao STF na manifestação do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) como *amicus curiæ* no julgamento das ADCs 43 e 44, pretendemos utilizar neste artigo algumas observações de **Epstein** e **King** a respeito das inferências causais.[3]

Importa ressalvar que o texto desses dois professores não trata de métodos de argumentação jurídica: O objeto de estudo era o rigor metodológico adotado em artigos publicados em revistas de direito norte-americanas que diziam ser frutos de pesquisas empíricas. No entanto, as observações dos autores a respeito de como fazer inferências em uma pesquisa acadêmica (que deveria buscar uma melhor compreensão da realidade, e não o convencimento de uma tese) podem ajudar um magistrado que queira fundamentar sua decisão com base em observações empíricas.

Levando os prognósticos a sério

Epstein e **King** ressaltam a abrangência do que se pode considerar como uma pesquisa empírica em direito, pois "*muitos artigos cujo propósito principal é normativo frequentemente invocam argumentos empíricos para fortalecer seus pontos normativos*" (p. 12). Os autores identificaram que a literatura jurídica "*ignora as regras de inferência e aplica, em seu lugar, as 'regras de persuasão' e advocacia*". Essa parte da literatura estaria compilando "*todas as evidências em prol de sua hipótese*" e desviando "*atenção de qualquer outra coisa que possa ser vista como uma informação contraditória*" (p. 15).

Essa falta de rigor seria problemática, "*especialmente quando a influência vem na forma de estudos estimando as consequências prováveis de determinadas mudanças nas políticas públicas, avaliando o impacto de programas públicos existentes, ou afetando o mundo real de maneira oportuna*" (p. 14), porque elas podem ser reproduzidas por "*juízes, legisladores e burocratas*" (p. 14).

Os autores propõem um guia para que os pesquisadores possam fazer inferências, ou seja, "*utilizar fatos que conhecemos para aprender sobre fatos que desconhecemos*" (p. 36), ressaltando a dificuldade em fazer inferências causais. As conclusões apontando que um fator ou

ANO 25 - Nº 292 - MARÇO/2017 - ISSN 1676-3661

um conjunto de fatores causou determinado resultado sofrem com um "problema fundamental" decorrente da impossibilidade de isolamento de uma variável e do teste de uma hipótese contrafactual (p. 45).

Explicando de uma forma mais concreta, nunca seria possível afirmar, com absoluta certeza, que uma diminuição no número de homicídios em um Município foi causada, digamos, pelo policiamento em determinada região. Será que, de todas as possíveis variáveis econômicas, sociais e culturais que podem afetar o número de homicídios, a única coisa que contribuiu para essa diminuição seria o policiamento? Seria possível desconsiderar eventuais variações nos comportamentos de juízes e promotores?

Como não há como simular um mundo em que se pudesse extrair a variável "aumento de policiamento" para medir como o número de homicídios variou, o máximo que se pode tentar chegar é em boas estimativas, que, entretanto, sempre terão uma margem de incerteza. E como fazer uma projeção do futuro, se a realidade não respeita a condição *ceteris paribus*?

Essa dificuldade, para os autores, não deveria impedir os pesquisadores de buscar relações causais entre variáveis, mas exige um rigor metodológico. Deve-se explicitar claramente como um determinado conjunto de dados foi avaliado, bem como qual medida foi adotada para que se pudesse extrair deles inferências.[4] Além disso, é preciso testar as hipóteses rivais, procurando "*todas as evidências contra a sua teoria 'favorita'*".

Esse teste é fundamental para a demonstração da ausência de vieses na omissão de variáveis que poderiam alterar o resultado. Assim, evita-se o problemático tratamento de "*teorias como clientes necessitando da melhor defesa*" (p. 95).

O método de coleta de dados também é fundamental. Digamos que aquele hipotético estudo sobre o número de homicídios tivesse sido calculado a partir da leitura de boletins de ocorrência mencionando a prática do crime previsto no art. 121 do Código Penal. Seria esse um meio adequado e confiável para essa medição? Seria possível que os dados sobre "resistência" dissessem algo sobre mortes ocorridas no contexto da ação policial? Como dizem os mencionados autores, se as medidas empregadas em um estudo "*não traduzem adequadamente os conceitos contidos em nossas teorias, as conclusões que extrairemos são defeituosas*" (p. 102).

Essa reflexão ajuda a compreender a dificuldade para, examinando situações a partir de um processo judicial, fazer conclusões sobre a realidade concreta e, mais ainda, fazer prognósticos sobre o resultado prático de uma decisão. A incerteza pode ser reduzida se os pesquisadores qualificarem suas inferências, afirmando as limitações de suas teorias e procurando, ao máximo, enfrentar todas as hipóteses que podem contrastar com elas.

As observações sobre o sistema de justiça criminal

Há uma distinção entre julgar e fazer uma pesquisa jurídica, pois não é possível para um juiz do Supremo Tribunal Federal negar-se a decidir porque não possui certeza sobre quais seriam os impactos de sua decisão. No entanto, a partir do momento em que a argumentação jurídica pode fundar-se em uma avaliação empírica utilitarista, como se disse, o juiz acaba assumindo a tarefa de agregar à sua manifestação considerações sobre a "realidade" e estimativas sobre consequências de suas decisões.

O Ministro **Luís Roberto Barroso**, seguindo a teoria que propôs adotar, expõe a análise empírica que faz sobre o funcionamento do sistema de justiça criminal. O capítulo do voto em que trata dos fundamentos pragmáticos para a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal indica avaliações sobre os impactos da antiga orientação e faz vários prognósticos sobre os impactos da execução provisória das penas.

O Ministro sustenta que o novo entendimento: *i*) reduz o estímulo à interposição de recursos inadmissíveis, pois a interpretação passada fomenta a utilização abusiva e protelatória de recursos (p. 51); *ii*) reestabelece o prestígio e a autoridade das instâncias ordinárias, "*algo que há muito se perdeu no Brasil*" (p. 51); *iii*) "*permitirá reduzir o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro*" (p. 52); *iv*) "*deverá ter impacto positivo sobre o número de pessoas presas temporariamente*" (p. 52); *v*) "*auxiliará na quebra do paradigma da impunidade*" (p. 53); *vi*) restaurará "*o sentimento social de eficácia da lei penal*" (p. 53); *vii*) evitará "*que a morosidade processual possa conduzir à prescrição dos delitos*" (p. 53) e "*o enfrentamento da corrupção e da impunidade produzirá uma transformação cultural importante no Brasil*" (p. 52).

Sobre o atual funcionamento do sistema de justiça, o voto aponta que *i*) "*a dificuldade em dar execução às condenações (...) estimula a criminalidade de colarinho branco e dá incentivo aos piores*" (p. 52); *ii*) a possibilidade de aguardar o trânsito em julgado "*tem enfraquecido demasiadamente a tutela dos bens jurídicos resguardados pelo direito penal e a própria confiança da sociedade na Justiça criminal*" (p. 53); *iii*) um "*elemento de fomento à corrupção é a impunidade*" (p. 52), porque "*as pessoas na vida tomam decisões levando em conta incentivos e riscos*"; e *iv*) o "*baixíssimo risco de punição (...) funcionava como um incentivo imenso à conduta criminosa de agentes públicos e privados*" (p. 52).

Como se vê, a adoção desse modelo pragmático possibilitou aos jurisdicionados, neste caso, conhecer a visão do Ministro sobre o sistema de justiça criminal, sobre os fatores determinantes para corrupção e sobre o interesse social. Todavia, pensando sob o ponto de vista do rigor necessário para fazer inferências, seria importante indicar o processo a partir de qual dados foram colhidos e medidos, e de que forma possibilitam chegar a essas conclusões. Nesses casos, o Ministro explicou a racionalidade de seu pensamento, mas a ausência de ressalvas e do teste de hipóteses rivais não permite compreender a força explicativa dessas observações.

A forma com que o voto está construído exige do jurisdicionado que confie nas avaliações do Ministro, sem que se possa entender precisamente quais foram os critérios adotados para explicar uma "realidade" complexa e de difícil percepção e descrição. O voto impossibilita checar se essas inferências decorrem da vasta experiência profissional e acadêmica do Ministro, ou de pesquisas empíricas que ele tenha tido acesso. Consequentemente, não é possível proteger o voto da crítica de que possa ter utilizado inferências sobre dados empíricos como um recurso retórico para a defesa de uma tese.

Talvez não seja impossível fazer bons prognósticos em votos do Supremo Tribunal Federal, mas seria uma tarefa complicada. Considerando que, em um passado recente, a execução provisória era admitida, poder-se-ia traçar um paralelo entre os dois momentos (com a clara ressalva de que se está presumindo que todas as demais variáveis permanecem iguais, cientificando o leitor de que o sistema de justiça pode ter operado de forma diversa em razão, por exemplo, de reformas no Código de Processo Penal).

Para agir dessa forma, seria necessário medir, até 2010,[5] todos os efeitos apontados pelo Ministro **Barroso**, como a seletividade, a falta de prestígio das instâncias inferiores e o número de presos provisórios, e checar se, aplicando a variável "entendimento do STF no *HC* 84.078/MG", eles passaram a existir ou aumentaram.

Estar-se-ia, ainda assim, diante de um grande desafio, porque, para essa comparação, seria preciso pensar em uma maneira de medir

seletividade, prestígio, impunidade e sentimento social. Para entender como isso é importante, basta voltar à questão das estatísticas sobre o número de recursos extraordinários providos, em que dois Ministros indicaram as fontes de informação, e ainda assim resta uma dúvida sobre quais são os critérios para que as conclusões fossem tão diferentes.(6)

Conclusão

A adoção de uma técnica pragmática de argumentação jurídica, baseada em inferências causais sobre os impactos de uma decisão no funcionamento do sistema de justiça, demanda uma tarefa a mais para o magistrado, a explicitação sobre como os prognósticos foram tomados, com base em quais informações, seguindo qual método.

Um meio que pode melhorar o controle social sobre a fundamentação desse tipo de decisões judiciais e poupar os magistrados de críticas a respeito do uso retórico de observações empíricas é a qualificação dos votos, com a inserção de eventuais ressalvas e a divulgação das limitações daquelas conclusões.

Nesse cenário, os juízes podem valer-se de pesquisas empíricas em que se procure auxiliar o debate em torno do funcionamento do sistema de justiça criminal com boas descrições, dados e medições.

Notas

(1) STF, *HC* 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, *DJe* 02.09.2016.

(2) Importa destacar que não se está aqui fazendo uma defesa do uso dessa estratégia de argumentação, nem mesmo de qualquer tipo de avaliação utilitarista para restrição a interpretação de direitos fundamentais. Não é simples dizer que o *HC* 126.292/SP se assemelha com um *hard case*, nem que o Supremo Tribunal Federal possui uma margem interpretativa para restringir direito individual, cláusula pétrea, em nome da busca por eficácia do sistema. A escolha do voto do Ministro Barroso não significa que o restante dos votos, vencidos e vencedores, não utiliza argumentos pragmáticos. A opção se deu porque ele procurou explicar teoricamente a importância dessas considerações na argumentação jurídica.

(3) Epstein, Lee; King, Gary. *Pesquisa empírica em direito*: as regras de inferência. São Paulo: Direito GV, 2013. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11444/Pesquisa_empirica_em_direito.pdf?sequence=3>. Acesso em: 21 out. 2016. Há diversos autores tratando de epistemologia e sobre pesquisas empíricas em direito. A escolha pelo texto se deveu à possibilidade de acesso gratuito e à forma de apresentação, que dialoga frequentemente com situações concretas envolvendo avaliações sobre julgados da Suprema Corte norte-americana.

(4) Os autores apontam a fragilidade de inferências feitas por autores que teorizam sobre temas como "'*o estado de direito*', *focando em 'alguns poucos casos de exemplo ou casos chave*'", sem explicar se esses casos "*representariam adequada ou razoavelmente quaisquer casos senão aqueles selecionados pelo autor*" (p. 39-40). Indago ao leitor se o diálogo entre os Ministros Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso, apontando "casos emblemáticos", não sofreria com o mesmo tipo de carência. São emblemáticos porque são excepcionalmente graves, ou são a regra?

(5) Ano em que o Supremo Tribunal Federal, nos autos do *HC* 84.078/MG, passou a entender necessário o trânsito em julgado da decisão condenatória para o início do cumprimento da pena.

(6) Possivelmente, um Ministro entendeu que recursos parcialmente providos deveriam ser considerados como providos e o outro Ministro, como improvidos. Porém, tal informação não consta do acórdão.

Arthur Sodré Prado
Advogado voluntário do IDDD.

Juliana Kobata Chinen
Mestranda em Direito e Desenvolvimento na Escola de Direito de São Paulo, da FGV.

Sistema de mecanismos vinculantes e jurisdição criminal

Thiago Baldani Gomes De Filippo

O neoconstitucionalismo é, para muitos, um paradigma caracterizado pela compreensão da fundamentalidade da Constituição, pela ênfase aos princípios constitucionais, pela ampla proteção aos direitos fundamentais e expansão da jurisdição constitucional.(1) Seus efeitos são contemporaneamente vistos no Brasil, mas ele não é realidade exclusiva nacional. Essencialmente, ele foi uma resposta às atrocidades do nazismo, naturalmente surgindo após a Segunda Guerra Mundial, com alicerce na Carta das Nações Unidas (1945), que fiou sua crença *nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano*, e na subsequente Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Portanto, não é por acaso que o neoconstitucionalismo foi deflagrado na Alemanha com a Lei Fundamental de Bonn (1949) e a implantação do Tribunal Constitucional Federal (1951).(2)

Suas características básicas são: (a) a normatização dos princípios; (b) a constitucionalização do Direito; e (c) o protagonismo do Poder Judiciário. De acordo com a primeira, os princípios deixam de ser meras *opiniões de boa conduta* para assumirem verdadeira natureza normativa, ao lado das regras,(3) possuindo aptidão de serem usados como fundamentos de decisões judiciais, que não precisam se socorrer necessariamente de comandos positivados. Por outro lado, a constitucionalização do Direito representa muito mais do que o reconhecimento de que a Constituição ocupa o ápice do ordenamento jurídico. Significa reconhecer sua força vinculante, a eficácia de suas normas, que passam a ocupar todos os espaços existentes, impregnando o sistema jurídico e passando a ditar regras aos órgãos políticos, potencializando-se a ênfase ao controle de constitucionalidade.(4) Por fim, o neoconstitucionalismo enseja o protagonismo do Poder Judiciário, tornando-se este o órgão da vez na concretização dos direitos fundamentais, dando ensejo ao conhecido ativismo judicial.(5)

Pois bem. Por um lado, os efeitos do neoconstitucionalismo são benéficos e muito bem-vindos, porque implicam uma estreita vinculação entre o Direito e os preceitos éticos, abrindo-se as portas para a realização da Justiça. Por outro lado, ele possui obviamente os seus reveses. Talvez, seu efeito mais nefasto seja a profunda insegurança jurídica que propicia, na medida em que: (1) a heterodoxia constitucional consagra inúmeros valores, por vezes contraditórios, conformando-se a diversas formas de pensamento, como expressão de seu regime democrático; e (2) a expansão do controle de constitucionalidade, realizado não somente por via abstrata, mas também difusa, por todo e qualquer órgão judiciário, pode ensejar um decisionismo demagógico, que não confere a deferência necessária à capacidade deliberativa dos cidadãos e, por isso, revela uma faceta autoritária.(6)

Referida abertura ocorre em todo o sistema, mas é especialmente palpitante nas matérias afetas à jurisdição criminal, porque o *jus libertatis* é o valor que ancora todos os direitos de primeira dimensão, repercutindo em todas as normas que com ele se relacionem, direta ou indiretamente.(7)

Para o Direito Penal, sua constitucionalização enseja a necessidade de a elaboração, a interpretação e a aplicação dos tipos penais, principalmente os incriminadores, conformarem-se a certos princípios, destacando-se o da humanidade, da intervenção mínima, da ofensividade e da proporcionalidade,(8) que adquirem especial relevância prática, porque, em última análise, visam conformar os tipos penais a critérios de justiça.

Portanto, fatos típicos, normalmente, não se contentam com meras subsunções. Sem contar a presença frequente de elementos normativos, que impõem juízos de valor que muitas vezes afetam a própria ilicitude (*elementos normativos especiais da ilicitude*),(9) há vários vetores interpretativos que tornam muito mais complexa a atividade do intérprete. Hipoteticamente, podemos mencionar os princípios da *adequação social* e da *insignificância*, aptos à exclusão da tipicidade material, quando as condutas, respectivamente, não encontrarem reprovação social ou forem quantitativamente inaptas a lesar o bem jurídico tutelado pela norma penal.(10)

Outro exemplo é a *imputação objetiva*, que vem paulatinamente a influenciar a doutrina e a jurisprudência nacionais, principalmente como fora desenvolvida por **Claus Roxin**, como uma teoria que cuida dos pressupostos para a aferição da causação objetivamente típica, a partir da análise da criação, pela conduta, de risco relevante e desaprovado, e a concretização desse risco no resultado.(11) Trata-se de valioso critério para aferição da responsabilidade criminal com maior rigor científico, intrinsecamente ligada à ideia de proteção de bens jurídicos, de lastro constitucional evidente, porém não deixa de ensejar relativa insegurança jurídica.

Já na seara da culpabilidade, podemos citar o entendimento de ser a inexigibilidade de conduta diversa cláusula geral de sua exclusão,(12) e a ideia crescente, também atribuída a **Roxin**, que insere nesta análise a necessidade preventiva especial de pena, ao lado da culpabilidade, como atributos da responsabilidade.(13) Tais pensamentos possuem matiz constitucional, conferem ferramentas para a justiça da interpretação dos casos reais, todavia são fontes de insegurança por permitirem a tomada de decisões mais díspares a respeito de casos muito semelhantes.

Portanto, a constitucionalização do Direito Penal impacta diretamente a compreensão de tipos e está longe de ser um fenômeno meramente retórico, circunscrito ao plano teórico, sem relevância prática. Pelo contrário, ela passa a fazer cada vez mais parte das decisões de nossos tribunais, em especial dos tribunais superiores.(14)

Com o Direito Processual Penal também não é diferente, já que "*uma leitura convencional e constitucional do processo penal, a partir da constitucionalização dos direitos humanos, é um dos pilares a sustentar o processo penal humanitário*".(15) Com isso, algumas premissas básicas devem ser observadas, tais como: (1) a necessidade de um *juiz natural e imparcial*, que não faça as vezes do órgão acusatório; (2) a aplicação do princípio *da presunção de inocência* não apenas como regra de julgamento (*in dubio pro reo*), mas também como regra de tratamento, impedindo-se prisões processuais obrigatórias, por exemplo; (3) maximização do *contraditório e da ampla defesa*, corolários do devido processo legal (art. 5.º, LIV, da Constituição); (4) atenção à *razoável duração do processo* (art. 5.º, LXXVIII, da Constituição); e (5) obediência aos parâmetros da *proporcionalidade/razoabilidade*: máxima que não norteia somente a aplicação da pena, mas também se aplica para a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, definindo-se *se* devem ser aplicadas e *qual* ou *quais* devem incidir (art. 282 do CPP).

Como vimos, a fluidez dos princípios e a vagueza dos conceitos constitucionais formam campo propício ao ativismo judicial, quadro que traz os seus benefícios relacionados à busca mais ou menos livre da (aparente) solução justa, mas que apresenta problemas significativos de insegurança jurídica, sensivelmente verificados na jurisdição criminal. Nessa ótica, o Novo Código de Processo Civil, com aplicação subsidiária ao processo penal, no que couber (art. 3º do CPP), elenca várias ferramentas para que os tribunais cumpram seu dever de uniformização da jurisprudência, de modo a mantê-la *estável*, *íntegra* e *coerente*, tais como a ênfase que recai sobre a edição de súmulas, a inédita previsão do incidente de assunção de competência e as consequências dos julgamentos de casos repetitivos (por meio do incidente de resolução de demandas repetitivas e do julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos). Em todos os casos, haverá a produção de efeitos *vinculantes* aos demais órgãos jurisdicionais que lhes são correlatos (arts. 926, 927, 928, 947, 1.050 e 1.053, todos do NCPC).

Assim, com a edição do NCPC, inauguramos o nosso sistema de precedentes que, diferentemente dos países de *common law*,(16) enfatiza a edição de súmulas e teses, que funcionam como mecanismos de fechamento de um sistema aberto. No entanto, dois cuidados são imprescindíveis: um direcionado ao órgão jurisdicional encarregado da edição da súmula ou tese. O outro destinado aos seus intérpretes. Quanto ao primeiro, os tribunais devem manter o cuidado extremo para não se utilizarem de termos vagos, imprecisos, como os elementos normativos, próprios das leis, porque, caso contrário, não contribuirão para a diminuição da insegurança jurídica.(17) Já o alerta aos intérpretes consiste na seguinte constatação: na vasta maioria dos casos, será insuficiente a interpretação da súmula ou da tese, desvinculada do contexto de sua edição, *i.e.*, do caso ou conjunto de casos a elas vinculados.(18)

Portanto, se bem utilizadas, as súmulas e teses possibilitarão que as futuras decisões judiciais sobre os assuntos que disciplinam sejam mais previsíveis e contribuirão largamente à efetivação da segurança jurídica na seara da jurisdição criminal.

Notas

(1) De Filippo, Thiago Baldani Gomes. *Neoconstitucionalismo e súmulas vinculantes.* Porto Alegre: safE, 2012. p. 59.

(2) Barroso, Luis Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. In: Sarmento, Daniel (coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 310.

(3) Alexy, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 91.

(4) Carbonell, Miguel. Neoconstitucionalismo: elementos para una definición. In: Moreira, Eduardo Ribeiro; Pugliesi, Marcio (coords.). *20 anos da Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 203.

(5) Tassinari, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial:* limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 33.

(6) Galvão, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito.* São Paulo: Saraiva, 2014. p. 229.

(7) Lopes Junior, Aury. *Fundamentos do processo penal:* introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 31.

(8) Batista, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

(9) Bitencourt, Cezar Roberto. *Erro de tipo e erro de proibição:* uma análise comparativa. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 34.

(10) Prado, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição.* 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 97 e 103.

(11) Greco, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva.* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 23.

(12) Nahum, Marco Antônio. *Inexigibilidade de conduta diversa:* Causa supralegal. Excludente de culpabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 98.

(13) Roxin, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal.* España: Réus S.A., 1981. p. 189.

(14) Por amostragem, podemos citar decisão do Supremo Tribunal Federal que cuidou de estabelecer parâmetros para a incidência do princípio da insignificância (*HC* 84.412/SP, rel. Min. Celso de Mello, *DJU* 19.04.2004) e a decisão do Superior Tribunal de Justiça que procurou afastar a aplicação do critério da adequação social nos delitos de estupro de vulnerável (REsp 1.480.881/PI, rel. Min. Schietti Cruz, j. 26.08.2015).

(15) Giacomolli, Nereu José. *O devido processo penal*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 12.

(16) No sistema dos EUA, por exemplo, que é um misto de *common law* e *civil law*, mas com preponderância do primeiro em quase todos os Estados, à exceção de Louisiana, as decisões são normalmente muito mais analíticas que as nossas, e as Cortes não indicam quais as razões fundamentais (*holdings*), separando-as das periféricas (*dicta*). Para os EUA, não é trabalho dos juízes a indicação dos motivos que vinculariam as decisões futuras, mas se trata de tarefa dos intérpretes, que desenvolveram um método todo próprio para a análise de casos (*case briefs*), denominado "método IRAC", onde "I" representa o *issue*, a análise dos fatos que conduziram ao julgamento; "R" refere-se a *rule*, regras jurídicas que se aplicam aos *issues*; "A" para *analysis*, quando o intérprete separa os *holdings* das *dicta*; e "C" para *conclusion*, com o prognóstico do intérprete acerca do que se pode esperar quando casos idênticos ou muito semelhantes forem postos à apreciação da própria Corte ou de outros tribunais (Berch *et al. Introduction to Legal Method and Process:* cases and materials. 4. ed. Saint Paul/MN: Thomson West, 2002. p. 11-20).

(17) Um exemplo sintomático é a tese do Recurso Extraordinário 603.616, que autoriza a entrada forçada em domicílios *"quando amparada em fundadas razões (...) que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito"*. Ora, ninguém duvida que a invasão a domicílio no caso de flagrante delito se justifica diante de fundadas razões. Todavia, o STF perdeu uma excelente oportunidade para dizer o que entende por fundadas razões, expressão polissêmica, que encerra noção meramente retórica, incapaz de inibir práticas estatais abusivas. Poderia o STF, hipoteticamente, ter dito que só haveria *fundadas razões* quando os policiais *vissem* o crime ou *ouvissem* suas tratativas, ou gritos da vítima, por exemplo, encampando-se a teoria do *open view* do Direito dos EUA (Sobre essa teoria v. Hubbart, Phillip A. *Making sense of search and seizure law: a fourth amendment handbook*. Durham: Carolina Academic Press, 2005. p. 155-156).

(18) No julgamento do REsp 1.480.881/PI, o STJ fixou a seguinte tese: *"Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A,* caput, *do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime"*. Mediante uma interpretação pura da tese, parece não haver escapatória para a configuração do crime. Porém, apenas aparentemente este raciocínio é correto, porque, com vistas a repelir a tipicidade de condutas absolutamente inócuas a lesar o bem jurídico tutelado pela norma, o voto do próprio ministro relator salienta: *"É de se admitir, no terreno do debate lateral, a possibilidade de que, em hipóteses muito excepcionais – como o do casal de namorados que mantém, desde a infância e adolescência de ambos, relacionamento amoroso, resultando em convivência estável após o rapaz completar 18 anos – em que, a depender das peculiaridades do caso, o direito penal não encontra solução proporcional para responder a situações que tais"*. Portanto, apenas a leitura do contexto permite o abrandamento do aparente rigor da tese.

Thiago Baldani Gomes De Filippo
Doutorando em Direito Penal pela USP.
Mestre em Direito Comparado pela *Samford University, Cumberland School of Law*.
Juiz de Direito da 2.ª Vara Criminal de Assis (SP).

Ainda sobre a suspensão do prazo prescricional na citação por edital

Saulo Fanaia Castrillon

No Brasil, até 1996, era possível que o acusado não localizado pessoalmente fosse julgado sem que lhe fossem assegurados os direitos de ser comunicado prévia e pormenorizadamente da imputação contra si formulada; de exercer a defesa pessoal no curso do processo; de, livremente, escolher o advogado incumbido de lhe defender e de, junto a este, indicar as testemunhas que caberia arrolar e as demais provas que poderia produzir etc., o que, não raro, resultava em inúmeras condenações injustas.

A despeito de ser consectário das garantias elencadas no inciso LV do art. 5º da CF, no art. 8º, 2, "b", "c" e "d", da Convenção Americana de Direitos Humanos, no art. 14, 3, "a", "b", "d" e "e", do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, foi necessária uma alteração no plano infraconstitucional, operada pela Lei 9.721/96, para obstar que réus que nunca foram comunicados previamente da imputação contra si formulada fossem julgados à revelia.(1)

Tal diploma normativo, alterando a redação do art. 366 do CPP, passou a prever que o processo do réu que não for localizado pessoalmente para ser citado deverá ser sobrestado, suspendendo-se, em contrapartida, o curso do prazo prescricional.

O problema é que, nesse caso, a lei não definiu um tempo limítrofe à suspensão do prazo prescricional.

O Projeto de Lei 4.207, de 2001, que deu origem à Lei 11.719/08, dava nova redação ao inciso I do § 2º do art. 363 do Código de Processo Penal, prevendo que o curso do prazo prescricional ficaria suspenso pelo prazo correspondente ao da prescrição em abstrato do crime objeto da ação, voltando a fluir após aquele. Contudo, tal dispositivo normativo acabou vetado, ao argumento de que era omisso quanto a questão relativa à suspensão do andamento processual, o que poderia levar o acusado a ser julgado à revelia.(2)

Diante desse hiato normativo, na doutrina e na jurisprudência surgiram algumas soluções para dirimir a questão.

Uma primeira corrente, adotada pelo Pretório Excelso, no julgamento do RE 460.971/RS,(3) preconiza que a suspensão do prazo prescricional deve se dar por prazo indeterminado, suspendendo-se o processo até que o acusado seja encontrado. A crítica que se fez a esse entendimento é que a indeterminação do prazo de suspensão, na prática, torna imprescritível o delito, o que viola a Constituição Federal, que foi taxativa ao delimitar as hipóteses de imprescritibilidade delitiva.(4)

A segunda corrente sustenta que a suspensão da prescrição deve se dar pelo tempo máximo de prescrição admitido pelo Código Penal, ou seja, 20 (vinte) anos (art. 109, I, do CP).(5) Argumenta-se, entretanto, que, se o prazo fosse de 20 anos, os crimes sujeitos a tal prazo prescricional, *e.g.*, homicídio, na realidade, não teriam suspensão.(6)

A terceira vertente defende que a suspensão do prazo prescricional deve ser regulada pelo prazo máximo de cumprimento de pena, ou seja, 30 (trinta) anos, aplicando-se, analogicamente, as disposições do art. 75 do CP. Tal posicionamento, entretanto, malfere o princípio da isonomia, vez que dá o mesmo tratamento prescricional a delitos de gravidades diversas.

Outros sustentam que, da mesma forma que fixou pela metade o lapso prescricional para os menores de 21 e maiores de 70 anos,(7) "*melhor andaria o legislador se fixasse, nessas hipóteses, o prazo prescricional em dobro*".(8)

Corrente majoritária, cristalizada no enunciado de Súmula 415 do STJ, preconiza que o período de suspensão do prazo prescricional deve ser regulado pelo máximo da pena cominada. Assim, transcorrido o prazo de suspensão prescricional, a prescrição voltará a correr, mas o processo continuará suspenso até que o réu seja localizado ou seja extinta a punibilidade pela prescrição.

A adoção do posicionamento do STJ, para alguns, faz com que, na prática, o prazo prescricional do crime acabe por duplicar, o que, além de estar em dissonância com o princípio da presunção de inocência e com a aplicação *in bonam partem* da lei penal em matéria de prescrição,[9] malfere o inciso LXXVIII do art. 5º da Carta Magna. Ademais, o "*processo penal lida, em uma de suas facetas, com a liberdade e, nesses temas, toda interpretação deve ser restritiva, jamais ampliativa*", daí por que a adoção de limite máximo de prescrição implica a adoção de analogia *in malam partem*.[10]

Por fim, para uma última corrente, a necessidade de observância da duração razoável do processo "*faz com que a prescrição deva ficar suspensa levando-se em conta a pena mínima em abstrato e não a pena máxima*".[11]

No mesmo sentido, **Fauzi Hassan Choukr** obtempera que "*impor ao acusado um prazo suspensivo pela pena em abstrato e depois reiniciar a marcha procedimental pelo mesmo lapso pode chegar a resultados práticos extremamente custosos para o acusado que, durante esse termo, teria a 'espada de Dâmocles' do processo contra si*".[12]

Atualmente, a controvérsia relativa ao prazo de suspensão da prescrição está sendo discutida pelo STF, no RE 600.851/DF, sob o rito da repercussão geral.

Em que pese o brilhantismo de seus defensores e dos argumentos por ele expendidos, temos que, diante do vácuo normativo, à luz dos princípios do *favor rei* e da legalidade penal (na sua face que veda o emprego de analogia *in malam partem*), a solução constitucionalmente válida é suspender o curso da prescrição pelo menor prazo prescricional previsto no Código Penal.

No silêncio da norma processual, a suspensão do curso prescricional deve se dar pelo menor prazo prescricional existente no Código Penal, qual seja, 3 (três) anos, nos termos do inciso VI do art. 109 do CP.

Citando-se o réu por edital, o prazo prescricional ficará sobrestado por três anos, após o qual voltará a correr até que sobrevenha a prescrição pela pena máxima abstratamente cominada ao delito ou até que aquele seja encontrado.

É bem verdade que a solução ora aventada também implica o uso da analogia, contudo, por ser *in bonam partem* (já que, dentre os posicionamentos supramencionados, é menos prejudicial ao acusado), está em consonância com a garantia fundamental da estrita legalidade penal[13] e com o *favor rei*, princípio inspirador de interpretação,[14] que orienta o intérprete que se depara com uma norma que traga interpretações antagônicas a optar pela que melhor atenda ao *jus libertatis*.[15]

Além de encontrar justificativa em um princípio de equidade,[16] a adoção do prazo mínimo da prescrição penal previsto no CP evita que os processos suspensos por força do art. 366 do CPP fiquem por muito tempo no limbo processual, favorecendo, assim, a garantia da duração razoável do processo.

Vale lembrar, por fim, que na LEP não há normatização regulamentando o prazo da prescrição da falta disciplinar (o que repercute diretamente no *jus libertatis* do apenado, vez que, se for de natureza grave, como um dos seus efeitos, haverá a interrupção do prazo necessário para obtenção de progressão de regime), o que levou a jurisprudência majoritária[17] a empregar, por analogia *in bonam partem*, o prazo mínimo da prescrição penal previsto no Código Penal, no caso, 3 (três) anos, como solução menos prejudicial ao condenado.

Se, na falta de regras específicas a respeito do prazo prescricional de punição de falta disciplinar grave, aplica-se o regramento pertinente à prescrição do CP, adotando-se o prazo prescricional mínimo para haver analogia *in malam partem*, nada obsta que o processo suspenso por força do art. 366 do CPP fique sobrestado pelo menor prazo de prescrição penal previsto no CP, sob pena de haver manifesta analogia em detrimento do réu.

Assim, o que propomos é que, sendo citado por edital, como prazo máximo de suspensão da prescrição, seja utilizado, em benefício do réu, o mínimo previsto no inciso VI do art. 109 do Código Penal, solução essa que, por ser *in bonam partem*, é a que melhor atende aos princípios da legalidade, do *favor rei* e da duração razoável do processo, e a que menos onera o *jus libertatis*.

Notas

(1) O art. 2, § 2º, da Lei 9.613/98, com redação recentemente alterada pela Lei 12.683/12, de discutível constitucionalidade, ainda prevê que ao processo do réu citado por edital será dado prosseguimento, ainda que não tenha ele constituído advogado, nomeando-se, nessa hipótese, defensor dativo.

(2) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/Msg/VEP-421-08.htm>. Acesso em: 26 fev. 2016.

(3) "I. Controle incidente de inconstitucionalidade. Reserva de Plenário (CF, art. 97). 'Interpretação que restringe a aplicação de uma norma a alguns casos, mantendo-a com relação a outros, não se identifica com a declaração de inconstitucionalidade da norma que é a que se refere o art. 97 da Constituição...' (CF. RE 184.093, Moreira Alves, *DJ* 05.09.97). II. Citação por edital e revelia. Suspensão do processo e do curso do prazo prescricional, por tempo indeterminado – C.PR. Penal, art. 366, com a redação da L. 9.271/96. 1. Conforme assentou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ext. 1042, 19.12.06, Pertence, a Constituição Federal não proíbe a suspensão da prescrição, por prazo indeterminado, na hipótese do art. 366 do C.PR. Penal. 2. A indeterminação do prazo da suspensão não constitui, a rigor, hipótese de imprescritibilidade. Não impede a retomada do curso da prescrição, apenas a condiciona a um evento futuro e incerto, situação substancialmente diversa da imprescritibilidade. 3. Ademais, a Constituição Federal se limita, no art. 5º, XLII e XLIV, a excluir os crimes que enumera da incidência material das regras da prescrição, sem proibir, em tese, que a legislação ordinária criasse outras hipóteses. 4. Não cabe, nem mesmo sujeitar o período de suspensão de que trata o art. 366 do C.PR. Penal ao tempo da prescrição em abstrato, pois, 'do contrário, o que se teria, nessa hipótese, seria uma causa de interrupção, e não de suspensão.' 5. RE provido, para excluir o limite temporal imposto à suspensão do curso da prescrição" (STF, RE 460.971-1/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 13.02.2007, *DJU* 30.03.2007. p. 76).

(4) Lopes Jr., Aury. *Direito processual penal.* 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 748.

(5) Mirabete, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado.* 11. ed., 10 reimpr. São Paulo: Atlas, 2006. p. 916.

(6) Feitoza, Denilson. *Direito processual penal.* 7. ed. Niterói: Impetus, 2010. p. 1.004.

(7) Tourinho Filho, Fernando da Costa. *Processo penal.* 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 3, p. 194.

(8) Tourinho Filho, Fernando da Costa. *Manual de processo penal.* 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 519.

(9) Machado, Antônio Alberto. *Curso de processo penal.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 119.

(10) Pedrosa, Ronaldo Leite. Citação editalícia. Revelia. Suspensão do processo. Reflexões. *Revista da EMERJ*, v. 3, n. 11, 2000. p. 113.

(11) Dezem, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. Coord. Marco Araujo Junior e Darlan Barroso. São Paulo: RT, 2015. p. 700.

(12) Choukr, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal:* Comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 716.

(13) Greco, Rogério. *Curso de direito penal.* 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. p. 97.

(14) Tourinho Filho, Fernando da Costa. *Processo penal.* 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1, p. 101.

(15) Rangel, Paulo. *Direito processual penal.* 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 33.

(16) Toledo, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 27.

(17) STF, *HC* 92.000-4/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13.11.2007, *DJU* 30.11.2007. p. 78; STJ, AgRg-EDcl-REsp 1.248.357, Proc. 2011/0087543-0/MS, 5ª Turma, Rel. Min. Regina Helena Costa, *DJE* 25.11.2013.

Saulo Fanaia Castrillon
Pós-graduado em Direito Penal.
Defensor Público do Estado de Mato Grosso.

ANO 25 - Nº 292 - MARÇO/2017 - ISSN 1676-3661



MONOGRAFIAS DO IBCCRIM

Novidades na política de publicação de trabalhos e no Concurso

Em 2017, o IBCCRIM faz 25 anos e o Concurso de Monografias chega à sua 21ª edição! A partir deste ano, o Departamento de Monografias passa a ter uma nova política de publicação dos trabalhos:

- O Instituto passará a aceitar novos formatos de produção científica, como ensaios, coletâneas e trabalhos de conclusão de curso de pós-graduação *lato sensu* e extensão*.
- A periodicidade de publicação de trabalhos será mais distribuída, alternando-se formatos *online* e impresso para diferentes casos.
- Para o Concurso, serão aceitos somente trabalhos de pós-graduação *stricto sensu* e de carreira docente.
- Os prêmios serão escalonados entre as três primeiras posições do Concurso.

**Autoras e autores poderão submeter seus trabalhos ao Instituto em qualquer período do ano.*

Saiba mais sobre a nova política de publicações:
www.ibccrim.org.br

IBCCRIM