ANO 25 - Nº 296 - JULHO/2017 - ISSN 1676-3661

Boletim

Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

www.ibccrim.org.br

EDITORIAL

O crime de desacato e o anacronismo da autoridade no Brasil

O desacato à autoridade é um tipo penal (ainda) descrito no artigo 331 do Código Penal. Ele se presta, de uma só vez, a proteger o "prestígio e dignidade da máquina pública" e "a honra e reputação de agentes públicos", conferindo uma proteção superior a servidoras e servidores públicos em razão de sua função.

Proteger um bem jurídico como esse é incompatível com a visão de que o Estado está a serviço da sociedade e não vice-versa. É uma previsão diametralmente oposta à noção de que a Administração Pública e seus membros devem ser mais tolerantes a críticas e opiniões de cidadãs e cidadãos comuns, para que a participação social e, acima de tudo, a liberdade de expressão sejam viabilizados.

Lamentável, portanto, o ranço autoritário do Judiciário brasileiro que se revelou com a decisão da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, composta pelas Quinta e Sexta turmas, no último dia 24 de maio. O acórdão contrariava celebrado avanço, noticiado em dezembro de 2016, quando a Quinta Turma, subsidiada por manifestação do Ministério Público Federal e acompanhando o teor de manifestações feitas em Cortes internacionais, decidira pela descriminalização da conduta.

A liberdade de expressão é garantia fundamental que só pode ser limitada de forma excepcional e, ainda assim, isso somente será legítimo se ocorrer por força de leis ou atos normativos elaborados de forma clara e precisa, considerando-se sempre o impacto da imposição de uma limitação dessa liberdade fundamental em face de outros direitos igualmente fundantes do Estado Democrático.

Proteger a honra deste ou daquele agente público, imputando-se ao cidadão ofensor uma pena, que pode chegar à privação de liberdade de seis meses a dois anos, é nada mais que um abuso, uma ameaça ao direito de ir e vir que coloca o agente público numa zona de conforto diante da possibilidade de um simples bate-boca.

A situação vantajosa para o agente do Estado pode se apresentar, por exemplo, diante de uma pessoa em profundo sofrimento, como é o caso de usuários e usuárias de serviços públicos relacionados ao Sistema Único de Saúde, aos aparelhos de assistência social ou à assistência jurídica gratuita.

Não por acaso, há anos algumas Defensorias Públicas do país já adotaram a boa prática de retirar as caricatas placas que fazem alusão ao crime de desacato à autoridade de seus guichês de atendimento. A Defensoria de SP, inclusive, foi importante sujeito para desconstruir a tipificação desse crime, ao levar a discussão sobre a inconstitucionalidade da criminalização da conduta para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a partir de uma iniciativa conjunta do Núcleo Especializado de Cidadania e Direitos Humanos da Defensoria paulista com a unidade brasileira da organização internacional Artigo 19, especializada em Liberdade de Expressão.

Não era em pessoas que frequentam repartições que a manifestação internacional se motivava, no entanto. O caso foi construído sobre a conduta de agentes policiais, que fazem uso da figura do desacato contra pessoas exercendo seu pleno direito de protestar, de incontáveis prisões em flagrante feitas por policiais nas ruas do país antes mesmo da enorme visibilidade das manifestações de 2013.

Não apenas policiais, mas também agentes penitenciários e demais servidores envolvidos em ação de segurança pública usam o desacato (ou a possibilidade de sua evocação) para evitar denúncias sobre abusos que sabem ter cometido. Que não se duvide que, dentre estes, há situações que podem envolver até condutas de violência física e tortura. E aqui se demonstra mais uma forma de impedir o controle e fiscalização sobre a atividade das polícias, já mencionado no Editorial deste Boletim no último mês.(1)

Aliás, mais uma vez, trata-se de um assunto que já está na pauta do IBCCRIM há alguns anos. Em setembro de 2015, o Departamento de Estudos e Processos Legislativos produziu uma nota técnica para sugerir a extinção do tipo penal de desacato. No documento, alegava-se "*que as sanções do tipo penal de desacato são aplicadas de forma arbitrária, injustificada e ilegal, como demonstração de autoritarismo desmedido*".(2)

É impossível não considerar a possibilidade de que esse mecanismo mental, de garantia e reforço de se ocupar uma posição mais poderosa que a do cidadão comum, é que tenha levado à reafirmação, por magistrados do STJ, de que o Estado pode usar seu aparato e uma medida de força para intimidar e conter o comportamento hostil da pessoa que incomodar e desrespeitar sua autoridade moral.

O caso concreto, julgado no *Habeas Corpus* 379269, tratava justamente de um motorista que acumulava a acusação de desacato com outras, após ser abordado em operação policial de trânsito.

Dentre os argumentos dos Ministros que votaram pela continuidade da aplicação do desacato como crime está que a tipificação visa coibir exclusivamente manifestações ofensivas, que faltem com a "civilidade e educação'' e seria uma proteção ao agente público contra possíveis "ofensas sem limites".

Ora, enquanto a definição do que é "civilidade e educação" for estabelecida por membros do próprio Estado, não é correto que ele mesmo estipule a forma de abordagem e a punição para a conduta verbal que fuja ao desejável contra ele.

Comportamentos indesejados relacionados ao trato verbal e escrito já têm capítulo próprio no Código Penal, no qual ofensas entre pessoas encontram algumas definições, limitações e soluções. Há muito o que se fazer para aprimorar também esses tipos penais, mas o que salta aos olhos é que o reforço de sua incidência em situação específica para agentes públicos não passa de redundância e de exagero.

Para que se evite a existência dessa zona de conforto fundada na força, para a qual o agente público decai quando a tolerância pessoal se esgota, é preciso que se exclua das possibilidades do ordenamento penal o desacato como crime e se aceite que as abordagens interpessoais nas esferas de diálogo com as instituições públicas, em suas diferentes linguagens e tons, fazem parte de uma construção verdadeiramente democrática.

Notas

(1) IBCCRIM. Conivência com a guerra. Editorial do *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 25, nº 295, jun. 2017. Disponível em <https://www.ibccrim.org.br/boletim_editorial/337-295-Junho2017>.

(2) IBCCRIM. *Nota técnica sobre o Projeto de Lei nº 602/2015*. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br/docs/pl_602.pdf>.

| Caderno de Doutrina

| DIREITO EM DEBATE

É necessário manter o foro por prerrogativa de função?
Luiz Guilherme Arcaro Conci - SIM ____ 2
Daniel Falcão - NÃO ____ 3

Ação controlada: uma ilustre desconhecida
Fernanda Regina Vilares ____ 5

Programa de leniência na legislação concorrencial: críticas penais
Gustavo Alves Magalhães ____ 7

'Sherlock Holmes' no Processo Penal brasileiro? Lineamentos sobre a lei 13.432 de 11 de abril de 2017 e a investigação criminal defensiva
Andressa Paula de Andrade e Gustavo Noronha de Ávila ____ 8

Revisitando a teoria da pena em Hegel
Pedro Augusto Simões da Conceição ____ 10

Aproximações entre abolicionismo penal e desobediência civil
Bruno Leitão Cavalcante Santos e Francisco de Assis de França Júnior ____ 12

A readequação dos procedimentos processuais penais em face da colaboração premiada
Luiz Antonio Borri e Rafael Junior Soares ____ 15

O desarrazoado critério vigente do aumento de pena pela reincidência
Fábio Rocha de Oliveira ____ 17

A proibição das buscas e apreensões irrazoáveis na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América
Carlos Eduardo Feliciano Gouveia ____ 18

| Caderno de Jurisprudência

| JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

Superior Tribunal de Justiça ____ 2037

O Tribunal de Apelação tem legitimidade para julgar o foro íntimo dos jurados?
Guilherme Madi Rezende ____ 2037

| O DIREITO POR QUEM O FAZ

Superior Tribunal de Justiça ____ 2039

| JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal ____ 2040
Superior Tribunal de Justiça ____ 2041
Tribunais Regionais Federais ____ 2043
Tribunais de Justiça ____ 2044

Luiz Guilherme Arcaro Conci
Doutor e mestre em Direito Constitucional pela PUC-SP.
Professor da Faculdade de Direito da PUC-SP, onde é coordenador acadêmico da Pós-Graduação em Direito Constitucional.
Professor Titular de Teoria do Estado da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo – Autarquia Municipal.

SIM *Direito e*

É necessário manter o foro

A tendência de esfacelamento da confiança nas instituições e na democracia e a polarização crescente a respeito de política, economia, direito, dentre outros, têm feito com que consensos mínimos deixem de ser alcançados em matérias constitucionais. Esse é também o caso do foro por prerrogativa de função, ou foro privilegiado no Brasil. É verdade que a gama de autoridades "privilegiadas" no Brasil (algo próximo a 55 mil) é um assombro, se comparada a outros sistemas constitucionais. No plano da eficiência, estamos falando de sujeitos julgados por tribunais que não estão acostumados a tais demandas, muito menos a ouvir testemunhas, pedir perícias de provas etc. Desigualdade de tratamento e ineficiência, neste caso, só aumentam a sensação de impunidade.

Com tudo isso, pergunta-se: justifica-se a manutenção do privilégio de foro nos dias atuais? A resposta é afirmativa, mas algumas questões devem ser ponderadas.

Para preservar a independência de algumas autoridades, devem, os chefes de Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ser preservados, por exemplo, contra as injunções políticas e as tentativas de desestabilização empreendidas pela judicialização de algumas de suas condutas. Essas autoridades, por lidarem, dia a dia, com o conflito de interesses dentro das próprias instituições que chefiam e também derivados do relacionamento com outros poderes, ficam expostas a demandas judiciais e investigações que visam, eventualmente, o seu enfraquecimento político. Some-se a isso o modo "espetacular" como a mídia usualmente trata processos judiciais e inquéritos e temos o caldo para o aumento dos riscos na condução de instituições centrais para o Estado Democrático de Direito. Vejamos o caso do sistema de justiça, que deveria ser um centro de moderação para a busca de decisões equilibradas. Difícil negar que holofotes e luzes, têm mostrado excessos e, por conseguinte, como a preservação de alguma prerrogativa de foro é necessária. Vide o caso do juiz de direito que divulgou uma conversa telefônica da então Presidente da República, sobre quem não detinha competência para julgar, colhida depois de encerradas as investigações por decisão sua. Arguida a sua responsabilidade, o tribunal que analisa suas "condutas" funcionais afirmou que, pelo ineditismo, casos como esses *"escaparão ao regramento genérico, destinado aos casos comuns"*, terminando por dizer que *"é correto entender que o sigilo das comunicações telefônicas (Constituição, art. 5º, XII) pode, em casos excepcionais, ser suplantado pelo interesse geral na administração da justiça e na aplicação da lei penal"*. [(1)] Quando isso ocorre não há dúvidas dos riscos existentes de contaminação política da justiça. Trata-se de espetacularização da justiça, tão em moda no Brasil atual.

As chefias de tais poderes, somente enquanto exercem tais funções e unicamente sobre atos praticados no exercício das atribuições/competências, devem ter foro privilegiado, tal qual aponta a hipótese levantada pelo Ministro Luís Roberto Barroso no despacho de 10 de fevereiro de 2017 (Ação Penal 937 – Rio de Janeiro), que já conta com quatro votos favoráveis no STF.

Ainda, a aprovação da PEC 10/2013 pelo Senado Federal – agora na Câmara dos Deputados – é um passo importante ao reduzir o foro, em casos de crimes comuns, para o Presidente da República, Vice-Presidente, Presidentes da Câmara e do Senado e do Supremo Tribunal Federal, extinguindo-se para todos os demais casos. Não somente milhares de autoridades perderiam o "privilégio", mas também ficaria proibido que posteriores reformas constitucionais incluíssem novas autoridades no plano estadual ou federal (cf. nova redação proposta para os artigos 5º, LII-A e 125, §1º da CF).

Todavia, ainda que mantido o foro privilegiado, tal qual o conhecemos, tendo o plenário do STF como única e última instância de julgamento de processos criminais, continuar-se-á a violar o artigo 8º, 1, "h" do Pacto de São José da Costa Rica e a afrontar a jurisprudência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, firmada nos casos Barreto Leiva v. Venezuela e Liakat Ali Alibux vs. Suriname, por negar aos réus condenados um dos avanços civilizatórios mais importantes para o direito fundamental à liberdade, que é o direito a um recurso para julgamento definitivo por outro juiz ou tribunal, como concretização do devido processo legal. A falibilidade humana exige, em sistemas constitucionais avançados, o direito a novo julgamento por outro colegiado ou tribunal independente. A Corte Interamericana determina que os estados partes do sistema interamericano ofereçam ao menos um recurso ordinário, acessível e eficaz ao condenado em processos tais e que os juízes a julgar tal recurso não sejam os mesmos que julgaram a ação inicial. Trata-se de necessidade de atribuir proteção mais eficiente (princípio *pro persona*) que aquela proporcionada pela Constituição brasileira. Tal adaptação poderia ser feita mediante reforma da legislação processual e alteração do Regimento do STF, para que julgue a ação penal inicial uma turma e o recurso seja julgado por outra turma; ou para que se crie uma turma com número mais reduzido de ministros, admitindo-se o recurso para uma outra turma formada pelos demais ou para o plenário, sem a participação dos que julgaram a ação inicial.

Sendo assim, a manutenção do foro privilegiado depende de: (a) redução do número de autoridades afetadas; (b) limitação aos casos em que a conduta analisada seja praticada no exercício da função afetada pelo foro privilegiado e (c) alteração do modo como o STF julga tais autoridades, para prever o direito ao julgamento por, ao menos, mais um colegiado com poderes revisores.

ANO 25 - Nº 296 - JULHO/2017 - ISSN 1676-3661

Em Debate

NÃO por prerrogativa de função?

Daniel Falcão
Professor Doutor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, da Universidade de São Paulo (FDRP/USP) e da Escola de Direito de Brasília, do Instituto Brasiliense de Direito Público (EDB/IDP).
Advogado.

O foro por prerrogativa de função sempre foi tema de acalorados debates acadêmicos e políticos. Esse instituto é caracterizado como o direito, atribuído pelo ordenamento jurídico pátrio (Constituição ou leis processuais) a pessoas que ocupam cargos públicos, de serem submetidos a julgamentos por órgãos específicos do Judiciário, diferentes daqueles que, normalmente, seriam competentes para conduzir um processo da mesma natureza. Tal modificação na competência se opera usualmente em situações da esfera do Direito Penal.

Sua alcunha popular – *foro privilegiado* – demonstra como a sociedade brasileira normalmente enxerga o instituto: espécie de proteção constitucional criada por políticos, para políticos, com o provável objetivo de dificultar eventual condenação criminal.

O primeiro ponto importante a se destacar é que o foro por prerrogativa de função não é uma exclusividade constitucional brasileira. Diversos outros países, como Alemanha, Áustria, Bélgica, Argentina, México e Índia preveem em seus textos constitucionais foros especiais para agentes públicos, mas com algumas diferenças à previsão brasileira.

Há países em que o agente público só terá foro especial quando praticar crimes cometidos em razão de sua função. No Brasil, diferentemente, a atual interpretação da Constituição de 1988 pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e também pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) determina que as autoridades públicas sob sua competência sejam processadas e julgadas por infrações penais comuns, ou seja, crimes eventualmente cometidos em razão de sua função e ou não relacionados ao exercício do cargo. Dessa forma, estão incluídos no foro especial, conforme atual jurisprudência do STF, os crimes eleitorais, as contravenções penais e até os crimes dolosos contra a vida – nestes últimos, a Constituição, no art. 5º, XXXVIII, dá competência ao Tribunal do Júri para o julgamento.

As Constituições brasileiras sempre contiveram algum dispositivo garantindo foro especial para diversas autoridades, em especial para os ocupantes dos mais altos cargos do Poder Executivo. A Constituição de 1934 foi a primeira a prever um rol extenso de membros da Magistratura como detentores de foro especial. Já o foro de prerrogativa de função a parlamentares foi uma novidade trazida pela Ditadura Militar, com a edição da Emenda Constitucional n. 1/69, que alterou a Constituição de 1967.

Foi, paradoxalmente, a Constituição de 1988 que estendeu essa prerrogativa a milhares de ocupantes de cargos públicos no Brasil. O atual texto constitucional garantiu que todos os membros do Ministério Público, Magistrados, conselheiros de Tribunais de Contas estaduais e municipais, deputados estaduais e distritais, bem como prefeitos tivessem foro especial. Não se pode esquecer da possibilidade de as Constituições estaduais também preverem que outros ocupantes de cargos públicos (por exemplo, comandante da Polícia Militar, procurador de Estado, defensor público, chefe da Polícia Civil) sejam processados e julgados por foros distintos daqueles previstos para todos os demais cidadãos brasileiros.

A justificativa para a extensão desse benefício para tantos ocupantes de cargos públicos pode ser resumida em trecho do voto do Ministro Victor Nunes Leal, no qual se determinou que "*a jurisdição especial, como prerrogativa de certas funções públicas, é, realmente, instituída, não no interesse pessoal do ocupante do cargo público, mas no interesse público do seu bom exercício (...) Presume o legislador que os tribunais de maior categoria tenham mais isenção para julgar os ocupantes de determinadas funções públicas, por sua capacidade de resistir, seja à eventual influência do próprio acusado, seja às influências que atuarem contra ele.*"; para, no final, arrematar que "*A presumida independência do tribunal de superior hierarquia é, pois, uma garantia bilateral, garantia contra e a favor do acusado*" (STF, Rcl 473, Rel. Min. Victor Nunes, j. 31.01.1962). Defende-se, da mesma forma, que não se trata de um privilégio, pois há o estreitamento ou até a impossibilidade de o acusado usufruir do sistema recursal, principalmente para o revolvimento fático-probatório da questão em discussão.

Por outro lado, é necessário destacar que os Tribunais de Justiça, os Tribunais Regionais Federais, o STJ e o STF têm grandes dificuldades na condução da fase instrutória desses processos com foro especial, valendo-se quase sempre de juízes de 1º grau para tomar interrogatórios e proceder à oitiva de testemunhas. Esses órgãos de 2º grau e de instância superior não têm estrutura física, tampouco costume para proceder como juízes de 1º grau na seara penal. Ademais, nota-se que esses processos levam muito tempo para (i) que as denúncias do Ministério Público sejam acolhidas ou não; e (ii) serem postos nas pautas de julgamento. Não se pode olvidar de que houve também casos, como, por exemplo, do ex-presidente da República e atualmente senador Fernando Collor de Mello, em que se decretou a ocorrência de prescrição, não havendo mais como julgar e punir o acusado.

Tome-se outro exemplo: o julgamento originário no STF da Ação Penal 470, que tratou do escândalo do Mensalão, durou mais de quatro meses, sem contar as sessões utilizadas para julgar os embargos de declaração e os embargos infringentes contra a primeira decisão.

Para concentrar o argumento no papel constitucional dos tribunais superiores, o STJ e o STF saem de suas funções precípuas - corte constitucional e função recursal, no caso do Supremo – e corte recursal para uniformizar e garantir a coerência e estabilidade da jurisprudência na interpretação da lei federal, no caso do STJ – para longos e demorados processos e julgamentos de questões criminais em que os acusados são detentores de cargos políticos ou agentes públicos do mais alto escalão.

Trata-se, portanto, de um privilégio sem sentido no atual regime democrático e republicano. Raymundo Faoro, em sua clássica obra *Os donos do poder*, já nos ensinou que o Estado brasileiro teve como base de sua formação a existência e predominância de verdadeiros estamentos de caráter patrimonialista. O foro por prerrogativa de função é só mais um dos institutos que consagram essa história.

ANO 25 - Nº 296 - JULHO/2017 - ISSN 1676-3661

O IBCCRIM participou de audiência pública no STF sobre direito ao esquecimento

O IBCCRIM participou no dia 12 de junho de audiência pública no STF sobre direito ao esquecimento, convocada pelo Min. Dias Toffoli, relator do RE 1.010.606. Na ocasião, o Instituto foi representado pelo associado Gustavo Mascarenhas, apoiado pelo Departamento de *Amicus Curiae*. Para mais informações, acesse o link: <https://goo.gl/j9jdmN>.

Seleção de bibliografia do STJ sobre drogas ilícitas referencia 17 artigos publicados pelo IBCCRIM

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) publicou uma seleção de bibliografia sobre drogas ilícitas. A lista faz referência a 17 artigos publicados pelo IBCCRIM, de autoras e autores ligados ao Instituto e à Plataforma Brasileira de Política de Drogas. Confira a seleção no link: <https://goo.gl/rrRmkp>.

16 MEDIDAS CONTRA O ENCARCERAMENTO EM MASSA

BLOCO I: Regimento Interno da Câmara dos Deputados
Análise de impacto econômico como pré-requisito

No intuito de propor soluções para a redução do insustentável problema das permanentes violações de direitos no sistema prisional brasileiro, o IBCCRIM, em conjunto com a Pastoral Carcerária Nacional (CNBB), a Associação Juízes para a Democracia (AJD) e o Centro de Estudos em Desigualdade e Discriminação da Universidade de Brasília (CEDD/UnB), elaborou as *16 propostas contra o encarceramento em massa*.

A cada mês, estamos fazendo uma breve explanação de cada grupo de medidas para informar os associados do conteúdo e da importância dessas propostas em textos publicados no *Boletim*. Também é possível acessar a íntegra do documento no *site* do IBCCRIM: <https://www.ibccrim.org.br/medidas-sistemapenal2017>.

A primeira das medidas apresentada no caderno é o Projeto de Resolução que prevê o estudo de impacto de proposições legislativas que afetem o Sistema Prisional e os Sistemas de Justiça. Em uma forma simplificada de análise de impacto, a Resolução estabelecerá que as proposições que tratem da criação de novos tipos penais, que aumentem a pena cominada ou tornem mais rigorosa a execução da pena terão avaliados seus impactos orçamentário e financeiro pelas comissões de Assuntos Econômicos, no Senado, e de Finanças e Tributação, na Câmara. Para fazer esse estudo, será necessário, aos parlamentares e ao corpo técnico das respectivas casas legislativas, considerar a quantidade de vagas necessárias no sistema prisional para dar conta dessas alterações legislativas. No documento, foi apresentado um Projeto de Resolução aplicado ao regimento da Câmara, mas ele é facilmente adaptado para o caso do Senado também, seguindo o mesmo princípio.

A análise de impacto legislativo é uma prática reconhecida internacionalmente e recomendada pela Comissão Europeia para produção de legislações mais eficientes. Em seu reconhecido programa *Better Regulation*, a Comissão instituiu uma ferramenta chamada *Impact Assessment*, que inclui uma série de perguntas a serem respondidas para que o legislador pense de forma mais aprofundada nas consequências das alterações legislativas propostas ou aprovadas por eles.

A expansão do direito penal é uma das principais causas do superencarceramento no Brasil. Um estudo realizado pela Associação Latino-americana de Direito Penal e Criminologia identificou, até o ano de 2015, 1.688 hipóteses de criminalização primária distribuídas pelo Código Penal e dezenas de outras leis especiais. Desde a promulgação da Constituição da República de 1988 até o mês de agosto de 2015, foram editadas 77 leis ordinárias e complementares criando novos tipos penais.

Para responder ao problema da expansão do direito penal, alguns autores já chamaram a atenção para a necessidade de uma análise de impacto prisional, inclusive no *Boletim* do IBCCRIM, quando **Salo de Carvalho** defendeu um *"Estudo Prévio de Impacto Político-Criminal"*:

> *"Em termos macropolíticos, portanto, importante apontar para a exigência de Estudo Prévio de Impacto Político-Criminal nos projetos de lei que versem sobre matéria penal, mormente daqueles criminalizadores ou diversificadores. O Estudo Prévio de Impacto Político-Criminal não apenas vincularia o projeto à necessidade de investigação das consequências da nova lei no âmbito da administração da Justiça Criminal (esferas Judiciais e Executivas), mas exigiria exposição da dotação orçamentária para sua implementação."* (CARVALHO, 2008: 8).

Embora seja um tema ainda muito recente nos debates acadêmicos, já foi motivo para apresentação de uma matéria legislativa na Câmara dos Deputados. Através do Projeto de Lei 4.373 de 2016, os Deputados Wadih Damous e Chico Alencar propuseram a criação de um conselho de análise de impacto social para avaliar os requisitos necessários para a aprovação de projetos de matéria penal.

No entanto, acreditamos que é possível que essa iniciativa seja feita de forma simplificada, através de um Projeto de Resolução, obrigando as respectivas casas a analisar, através do corpo técnico e dos membros da Comissão de Finanças e Tributação da Câmara, o impacto financeiro e orçamentário de alterações legislativas de cunho penal. O criminólogo holandês **Louk Hulsman** já ressaltou a importância dessa análise para estimar o impacto econômico das novas legislações penais, observando que, em outras matérias, essa prática já é recorrente e bem estabelecida:

> *"Quando se introduzem novas medidas legislativas, deve-se geralmente indicar os meios que serão utilizados para financiá-los. [...] Na medida em que as dificuldades orçamentárias se tornam mais graves, a pressão para maior criminalização se torna mais forte. Porque a criminalização permite adiar os custos."* (HULSMAN, 1973).

Carolina Costa Ferrreira, por sua vez, em recente Tese de doutorado sobre o tema, concluiu, analisando a tramitação de propostas legislativas de cunho penal no Congresso Nacional, que há *"pouco uso de argumentos econômicos e orçamentários para a discussão de alterações estruturais na execução penal brasileira"* (FERREIRA, 2016), revelando a oportunidade de uma proposta como esta.

A avaliação de impactos financeiros e orçamentários é importante para o planejamento orçamentário do Estado, mas não só. Acreditamos que, munidos de dados para a avaliação do impacto financeiro e orçamentário, os parlamentares terão mais informações também a respeito do impacto social dessas medidas. Qual vai ser o impacto de determinado aumento de pena na população carcerária do Brasil? Quantos novos cidadãos precisariam responder a processos na justiça? Quanto tempo de pena, em média, uma pessoa presa precisaria cumprir a mais em regime fechado devido a alguma mudança na execução penal? Todas essas informações são importantes para se avaliar o impacto social de mudanças penais e são necessárias para se estimar o impacto orçamentário e financeiro das mesmas, facilitando a avaliação da Comissão de Finanças e Tributação, mas também de todas as comissões em que a matéria for discutida e também no Plenário.

Entendendo a importância da proposta, os Deputados Jean Wyllys e Wadih Damous protocolaram na Câmara dos Deputados o Projeto de Resolução 234 de 2017, formalizando no Congresso Nacional a iniciativa do IBCCRIM. Estamos trabalhando agora para que a medida ganhe a atenção de mais parlamentares, para que a proposta seja aprovada e o Regimento Interno da casa seja alterado. Isso permitirá que os parlamentares tenham mais informações sobre os resultados de seu trabalho no âmbito penal e que ajam com mais responsabilidade sobre eles, avaliando melhor as alternativas ao encarceramento como solução para os problemas sociais.

Referências bibliográficas

Carvalho, Salo de. Em defesa da Lei de Responsabilidade Político-Criminal. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 16, n. 193. São Paulo: Revista dos Tribunais/IBCCrim, 2008.

Ferreira, Carolina Costa. *O estudo de impacto legislativo como estratégia de enfrentamento a discursos punitivos na execução penal*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

Hulsman, Louk. Descriminalização. *Revista de Direito Penal*, n. 9, 1973.

Gabriel Santos Elias
Mestre em Ciência Política pela Universidade de Brasília.
Assessor do Núcleo de Atuação Política do IBCCRIM.

Ação controlada: uma ilustre desconhecida[1]

Fernanda Regina Vilares

1. Sob holofotes

Eram cerca de 20 horas do dia 17 de maio de 2017. Em 30 minutos, recebi mais perguntas sobre *ação controlada* do que nos últimos cinco anos, desde o início da minha pesquisa sobre o tema. Demorei a entender o que se passava, mas logo o enigma se solucionou: o jornalista Lauro Jardim havia anunciado a realização de "ações controladas" no âmbito da Operação Lava Jato. Constava na reportagem: "*Pela primeira vez na Lava Jato foram feitas "ações controladas", num total de sete. Ou seja, um meio de obtenção de prova em flagrante, mas em que a ação da polícia é adiada para o momento mais oportuno para a investigação. Significa que os diálogos e as entregas de malas (ou mochilas) com dinheiro foram filmadas pela PF. As cédulas tinham seus números de série informados aos procuradores. Como se fosse pouco, as malas ou mochilas estavam com chips para que se pudesse rastrear o caminho dos reais. Nessas ações controladas foram distribuídos cerca de R$ 3 milhões em propinas carimbadas durante todo o mês de abril*".[2]

O Brasil ficou fascinado por tamanha modernidade e pela aproximação dos filmes policiais mais engenhosos do cinema americano. No entanto, duas dificuldades se apresentaram: em primeiro lugar, sem o acesso aos autos e à totalidade dos atos de investigação, foi bastante difícil afirmar com convicção que tipo de técnicas ou métodos investigativos foram utilizados; e, em segundo lugar, como frequentemente acontece no mundo midiático, a falta de técnica jurídica das informações prestadas impediu, aos destinatários das notícias, o perfeito entendimento do que seria a *ação controlada*.

Feitas essas considerações preliminares sobre os recentes acontecimentos que despertaram curiosidade sobre a *ação controlada*, escrevo este texto com o objetivo de apresentar alguns esclarecimentos teóricos sobre o instituto, propondo-me a, ao final, analisar o relato jornalístico, avaliando se a *ação controlada* efetivamente foi utilizada.

2. A ação controlada

2.1 Sua origem e essência

No contexto do combate à criminalidade organizada, a comunidade internacional engajou-se em criar meios mais eficazes de investigação,[3] o que resultou na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional de 2000, conhecida como Convenção de Palermo, paradigma para o estudo do tema.[4]

É comum que esses textos convencionais tragam a expressão *técnicas especiais de investigação* para se referir a mecanismos que podem auxiliar no aumento da eficiência no que tange à obtenção de elementos informativos para subsidiar a persecução da criminalidade organizada. Na Convenção de Palermo, por exemplo, é prevista a possibilidade de emprego da entrega vigiada e outras técnicas especiais de investigação, tais como a vigilância e as operações de infiltração.

No Brasil, a Lei 9.034/95 previu diversos mecanismos com o escopo de aumentar a eficiência da investigação das atividades orquestradas pelas organizações criminosas, antes mesmo da assinatura do tratado mencionado, dentre elas a *ação controlada*. O art. 2º, inciso II, do referido diploma legal autorizou o agente policial a deixar de efetuar a prisão em flagrante nos casos em que tal postura possibilitasse a obtenção de elementos informativos de maior qualidade, e em maior quantidade, desde que a ação delituosa permanecesse sob vigilância. Recentemente, a Lei 12.850/13 renovou a abordagem do tema, regulamentando a *ação controlada* em seu art. 8º.

Embora a *ação controlada* tenha sido criada pelo legislador com inspiração na entrega vigiada[5] – uma *técnica especial de investigação* –, dela acabou se afastando pela destinação prática e doutrinária que lhe foi dada. Assim, o instituto deixou de ser mera técnica (procedimento prático por meio do qual são obtidos, registrados e classificados os dados de uma pesquisa) e passou a assumir feições de método (conjunto de procedimentos utilizados para atingir determinado fim).[6]

Pois bem. O método envolve um conjunto de atos e técnicas, isto é, consiste na junção dos processos empregados em uma investigação. Existe, portanto, uma relação de conteúdo e continente entre eles. Enquanto o método serve ao objetivo da investigação, ditando os passos que devem ser seguidos para uma pesquisa bem-feita, a técnica coloca em prática a estratégia abstratamente traçada, mediante, em geral, o uso de meios de obtenção de prova.

Assim, apesar do disposto no art. 3º da Lei 12.850/13, que classifica a *ação controlada* como meio de obtenção de prova, esse não parece ser o melhor enquadramento do instituto. De acordo com o art. 8º, a *ação controlada* consiste no retardamento da atuação estatal com relação à prática delituosa cometida por membros de organização criminosa, sob a condição de mantê-la (a prática criminosa) sob vigilância policial e com o escopo de efetivar a atuação policial no momento mais oportuno no que tange à obtenção de informações para subsidiar a investigação criminal. Há uma flexibilidade diante da flagrância delitiva para tentar aumentar a eficiência da investigação.

Na prática, observa-se que a *ação controlada*, no mais das vezes, é usada para abarcar todo e qualquer procedimento de investigação que necessite de sigilo. Assim, um mecanismo que foi criado com o escopo de acompanhar o *iter* criminoso e postergar o flagrante acabou sendo transformado em uma espécie de inquérito policial sigiloso, que vem sendo chamado de 'operação policial'. Nesse sentido, pode ser entendida como uma estratégia de investigação que permite que os policiais façam uma escolha entre efetuar a prisão de integrantes menos influentes e obter elementos informativos que auxiliem a persecução de todos os seus membros, notadamente os superiores hierárquicos.[7]

2.2 Os limites trazidos pelo art. 8º da Lei 12.850/13

Considerando a *ação controlada* um método de investigação sigiloso prejudicial ao exercício do direito de defesa dos sujeitos que dela são objeto, e que ficam temporariamente impossibilitados de conhecer e reagir às imputações, é importante buscar balizas legais para sua utilização. Por isso, necessária a implementação de um procedimento mais rígido, protegendo direitos e garantias fundamentais e, consequentemente, a licitude das provas, o que, ao final, permite punir os verdadeiros culpados e absolver os inocentes.

O art. 8º da Lei 12.850/13 trouxe um conceito de *ação controlada* que revela seus elementos essenciais, dos quais extraímos o pressuposto, o meio de execução, a finalidade, os requisitos e a condição de legalidade que devem estar presentes para que se possa recorrer a esse método de investigação.

O pressuposto para a existência de qualquer *ação controlada* consiste na constatação de uma prática criminosa que se protraia no tempo de maneira a permitir seu monitoramento. Sem ele, não há que se falar em retardamento de intervenção policial ou administrativa para outro instante, já que a atividade delituosa estaria esgotada em um momento anterior.

ANO 25 - Nº 296 - JULHO/2017 - ISSN 1676-3661

No que tange ao meio de execução, o artigo legal autoriza os agentes públicos a retardar intervenção policial ou administrativa por meio do monitoramento da ação criminosa. Isso significa que as intervenções exigidas dos servidores públicos poderão deixar de ser efetuadas no instante imposto pela lei, mas não poderão deixar de ser feitas.

Destaque-se que a utilização do verbo 'retardar' passa a ideia equivocada de inação ou omissão. Na verdade, a postergação diz respeito apenas à atuação ostensiva das autoridades que implementam mecanismos de investigação de forma clandestina para efetivar o monitoramento da ação criminosa – se isso atingir a finalidade de obtenção de um melhor arcabouço probatório. Assim, enquanto perdurar a *ação controlada*, diversas técnicas de investigação, especiais ou não, deverão ser realizadas para cumprir o desígnio legal.

Tudo o que foi posto até o momento depende da existência de uma finalidade específica, conforme disposto no artigo em análise, qual seja "[...] *que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações*". Trata-se da obtenção de um 'mínimo probatório' necessário para viabilizar o recebimento de uma denúncia.[8]

O investigador pode prever qual seria o material necessário para corroborar a suspeita inicial, mas a quantidade e qualidade desses dados sofrem constante modificação no decorrer da atividade investigativa. Pode-se reforçar o conjunto probatório até ser suficiente ao escoramento da denúncia ou poderá ser descoberto dado que refute a hipótese inicial, deslegitimando a continuidade da *ação controlada* e da persecução penal como um todo.

Ainda, são requisitos exigidos pela lei como condição para sua utilização: a ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada; e a cooperação judicial internacional. Ressalte-se, desde logo, que este último é eventual, ou seja, só será exigido no caso de operações que transcendam fronteiras. A definição de organização criminosa está esculpida no §1º do art. 1º da Lei 12.850/13 e deve servir de filtro rígido para a aplicação dessa forma de investigação sigilosa, sendo necessário haver comprovação suficiente de que o caso se enquadra na moldura legal.

Por fim, o §1º do art. 8ª da Lei 12.850/13 exige que o retardamento da intervenção policial ou administrativa seja "[...] *previamente comunicado ao juiz competente que, se for o caso, estabelecerá os seus limites e comunicará ao Ministério Público*". Trata-se de uma condição de legalidade da *ação controlada* que decorre do princípio da reserva de jurisdição. Logicamente, é antecedente a todas as demais exigências legais; e a autorização legal deve recair, também, sobre as exigências específicas de cada meio de obtenção de prova solicitado como forma de instrumentalizar a *ação controlada.*

3. Acertando os rótulos

A apresentação feita no item anterior sobre a evolução de um instituto inspirado numa técnica de investigação (entrega vigiada), que se transformou em um método de investigação com parâmetros legais bem estabelecidos, anuncia o entendimento de que a *ação controlada* se aproxima muito mais do conceito de operação policial do que do monitoramento da entrega de uma mala de dinheiro.

No âmbito da Operação Lava Jato, pode-se afirmar que cada nova fase de investigação sigilosa, que resulta em uma determinada deflagração com expedição de mandados de prisão e outras medidas restritivas, seria uma *ação controlada*, mas dificilmente seria possível validar a afirmação de que 'sete ações controladas' foram perpetradas como consequência de uma colaboração premiada.

É claro que, ao contrário do que se afirma na reportagem, a *ação controlada* não é um "*meio de obtenção de prova em flagrante*". Ela é o instituto que autoriza a não atuação de um agente público diante de uma situação de flagrância, isto é, permite a postergação do cumprimento de seu dever de fazer cessar a ação criminosa. A condição para tanto é a utilização de meios de obtenção de prova que possibilitem aprimorar o conjunto probatório, bem como acompanhar o desenvolvimento da ação por meio de um monitoramento (meio de execução).

Nesse sentido, as gravações de conversas, as filmagens e o rastreamento do dinheiro são meios de obtenção de prova utilizados como forma de instrumentalizar um método de investigação. Embora a entrega vigiada não seja regulamentada no Brasil,[9] é certo que o monitoramento das malas por meio de dispositivos eletrônicos é técnica de investigação análoga, tendo por objetivo acompanhar o transporte do produto de um crime.

Conclui-se, portanto, que o episódio proporcionou à *ação controlada* merecidos cinco minutos de fama, mas, aparentemente, por razões equivocadas. Provavelmente o art. 8º da Lei 12.850/13 foi utilizado para fundamentar a autorização das medidas no caso concreto, mas o que chamou atenção do país foram técnicas especiais de investigação abrigadas debaixo de um guarda-chuva maior chamado *ação controlada*.

Notas

(1) Este texto é baseado em Tese de Doutorado de minha autoria. Ver Vilares, Fernanda Regina. *Ação controlada e criminalidade organizada:* os controles necessários à atividade investigativa. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

(2) Disponível em: https://oglobo.globo.com/brasil/dono-da-jbs-grava-temer-dando-aval-para-compra-de-silencio-de-cunha-21353935. Acesso em 15 de junho de 2017.

(3) Nesse sentido, Manuel Monteiro Guedes Valente afirma que o "[...] crime organizado é um fenómeno criminógeno, cujas estruturas operativas policiais e judiciárias e cujo ordenamento jurídico processual penal vigente num determinado tempo e espaço se manifestam incapazes de prevenir". Ver A investigação do crime organizado – buscas domiciliárias nocturnas, o agente infiltrado e intervenção nas comunicações. In: Valente, Manuel Monteiro Guedes (Coord.). *Criminalidade organizada e criminalidade em massa:* interferências e ingerências mútuas. Coimbra: Almedina, 2009. p. 159-160.

(4) Sánchez García De Paz, Isabel. *La criminalidad organizada.* Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales. Madrid: Dykinson, 2005. p. 84; A Convenção de Palermo foi promulgada no Brasil pelo Decreto 5.015, de 12 de março de 2004.

(5) A definição de *entrega vigiada* consta da alínea "i", artigo 2º da Convenção de Palermo: "[...] *a técnica que consiste em permitir que remessas ilícitas ou suspeitas saiam do território de um ou mais Estados, os atravessem ou neles entrem, com o conhecimento e sob o controle das suas autoridades competentes, com a finalidade de investigar infrações e identificar as pessoas envolvidas na sua prática*".

(6) Sobre a diferenciação detalhada entre técnica e método e seus reflexos na classificação dos mecanismos de investigação da criminalidade organizada, ver a tese que inspirou a redação deste artigo, conforme nota 1.

(7) Silva, Eduardo Araújo da. *Crime Organizado.* Procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2003. p. 91-92. Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato também se referem à *ação controlada* como "forma de estratégia policial". Ver *Comentários à lei de organização criminosa:* lei 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 145.

(8) Moraes, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro:* análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 471-472. Apesar de não haver um consenso sobre a definição desse material, é certo que deve ser identificado casuisticamente por meio da combinação de critérios quantitativos e qualitativos de prova. O juiz deverá demonstrar a constatação do "[...] *mínimo probatório necessário para afastar aquele direito constitucional em todas as decisões penais que for chamado a proferir*".

(9) Por tal razão, alguns autores considerem-na prova inadmissível pela atipicidade de seu procedimento. Como exemplo, ver Rascovski, Luiz. *Entrega vigiada:* meio investigativo de combate ao crime organizado. São Paulo: Saraiva, 2013.

Fernanda Regina Vilares
Mestre e Doutora em Processo Penal pela USP.
Procuradora da Fazenda Nacional.
Professora da GVLaw.

ANO 25 - Nº 296 - JULHO/2017 - ISSN 1676-3661

Programa de leniência na legislação concorrencial: críticas penais

Gustavo Alves Magalhães

A grande concentração de poder das organizações empresariais modernas, potencializada em um contexto de globalização econômica e de ruptura das fronteiras dos Estados nacionais, converte o poder econômico em importante elemento indutor dos mercados, realidade que demanda a existência de ferramentas para a regulação do abuso no âmbito corporativo. Assumindo a livre concorrência "*praticamente como sinônimo de progresso econômico e de proteção da liberdade individual*", bem como "*garantia para o risco do empresário*", tal qual pressupõe **Klaus Tiedemann**,[1] a intervenção penal se aproximou e se especializou sobre essa matéria, reconhecendo-a como valor a ser protegido em uma economia social de mercado.[2] Em face da crescente danosidade que os ilícitos cometidos por esses grupos podem representar ao meio social e de seu alto grau de especialização, o Direito Penal passou a reivindicar um espaço até então predominantemente determinado por sanções administrativas, uma vez reconhecida a insuficiência deste meio e a maior conveniência daquele ante a contenção dos abusos do poder econômico.

A interação do Direito Penal com a política concorrencial dos países tornou-se ainda mais proeminente após a difusão dos programas de leniência. A garantia de extinção da punibilidade penal, associada à redução das multas administrativas, representa estratégia complementar de defesa da concorrência que emerge como reforço às pretensões de eficácia da regulação penal.[3] Considerando a relevância assumida pelos acordos de leniência nos mais diversos países, analisar-se-á sua adequação ao processo penal constitucional brasileiro, indicando a forma como essa incorporação se realizou, bem como as reformas necessárias para sua melhor integração à realidade nacional.

Ao se observarem as origens do programa de leniência no direito estadunidense, depreende-se a necessidade de que sua transposição a sistema jurídico diverso seja feita de forma a promover resultados legítimos e funcionais,[4] sob pena do instituto se apresentar contraditório e prejudicial. Considerando que uma pretensa maior eficácia na responsabilização penal não pode significar a perda de direitos individuais, mediante a violação de garantias fundamentais, esses acordos devem adequar-se a limites indisponíveis, não traduzindo uma realidade unidimensional da noção de justiça.[5]

O programa de leniência em matéria concorrencial foi introduzido no Brasil pela Medida Provisória 2.055/2000. Diante do grande volume de acordos assinados até o momento,[6] impulsionados a partir de 2012 como reflexo das alterações promovidas com o advento da nova lei antitruste e do avanço da denominada operação "Lava Jato" no meio empresarial, constata-se a importância assumida pelo instituto. Essa realidade, contudo, vem acompanhada por várias dúvidas concernentes à constitucionalidade de sua disciplina legal. Nesse sentido, questiona-se a possibilidade de inexistir previsão de participação do Ministério Público e do Poder Judiciário na produção de efeitos penais desses acordos, seja antes, durante, ou após sua celebração, visto que, conforme se entoa do art. 87, parágrafo único, da Lei 12.529/11, a punibilidade do crime de formação de cartel e demais previstos no *caput* do artigo será automática e unilateralmente extinta após a verificação de seu cumprimento por autoridade administrativa (Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE).

Novos contornos de articulação do processo penal são reconhecidos nos acordos de leniência, haja vista admitirem a redução ou extinção de sanções em troca de informações e provas da atividade ilícita (*carrot and stick approach*). Todavia, a eficiência trazida por esse método à persecução penal não pode validar transgressões a princípios elementares da ordem jurídica (devido processo penal, presunção de inocência, ampla defesa etc.), convertendo o consenso no único referencial da legalidade desses atos.[7] Uma leitura restrita do instituto, limitada a sua aceitação utilitarista, desconfiguraria o próprio sistema em que se busca implementá-lo.

Constituindo as formalidades em matéria penal garantia de respeito aos direitos dos indivíduos, elas devem se fazer presentes. Logo, sendo o Ministério Público autor da ação penal pública, e cabendo-lhe o exercício privativo dessa função (art. 129, I, da CF/88), o não oferecimento de denúncia, orientado por um juízo de oportunidade legalmente regulada, somente terá validade e gozará de segurança jurídica quando a própria lei previr a participação dessa instituição e dispor que o ato de firmar o acordo representará a desistência ou impedimento do ato. Uma vez que a omissão da lei de concorrência não obsta o Ministério Público de ofertar posterior denúncia sob a luz do princípio da indisponibilidade da ação penal pública, esse proceder asseguraria a eficácia do acordo de leniência. Do mesmo modo, também impediria a imputação de falha funcional ou real prevaricação ao Ministério Público, referência concebível em uma realidade em que esse órgão se nega a promover um ato sobre o qual está vinculado.[8]

Na prática, a omissão da lei vem sendo superada mediante o chamamento de membros do Ministério Público federal e estadual para firmarem conjuntamente às autoridades administrativas o acordo de leniência.[9] Todavia, o simples exercício consensual dessa cautela, mesmo quando operada em consonância àquela forma que se preza como idealmente posta, não é suficiente para assegurar o controle legal do instituto, garantindo segurança jurídica a seu signatário ante a não formação da *opinio delicti*. Ainda que não se identifiquem, até o presente momento, situações em que o Ministério Público tenha descumprido o teor da lei e oferecido denúncia após a celebração de acordo de leniência, deve-se integrá-lo às iniciativas extrajudiciais que visam exatamente a sua não atuação, em face da inafastabilidade desse ato. Logo, por se tratar de um convite, passível ou não de ser realizado, e não uma demanda da própria lei, que deve incluir essa instituição nas negociações que visam o não oferecimento da ação penal pública, entoa-se a inconstitucionalidade da norma.

Em um âmbito de responsabilização sobre o qual se identifica a incidência conjunta de normas penais e administrativas, necessário a discussão dos limites atinentes à autonomia dessas esferas. Por ser um tribunal administrativo o ente detentor de competência para negociar os acordos de leniência, não há que se contestar a validade de seus efeitos nesse âmbito. Todavia, a repercussão penal dos benefícios previstos em lei, ao não serem homologados pelo Poder Judiciário, traz importante zona de atrito sobre a autonomia dessas esferas, haja vista reduzir o Direito Penal a um mero observador dos acontecimentos que o circundam.[10] Dispondo a Lei 12.529/2011 que a extinção da punibilidade do crime de formação de cartel e daqueles correlatos será determinada pelo CADE, diverge-se do preceito constitucional segundo o qual "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5º, XXXV, da CF/88). Portanto, assumindo a inexistência de competência judicial do CADE, e devendo a esfera

judicial se integrar por inteiro àquelas questões que incidem sobre ela, sob pena de ofensa ao princípio da reserva de jurisdição, entende-se prejudicada a constitucionalidade do dispositivo legal.

Diante da inexistência, seja sob uma perspectiva *ex ante* ou *ex post*, de previsão legal de participação do Judiciário no âmbito da celebração do acordo de leniência, necessário que lhe seja atribuída a competência para decretar a extinção da punibilidade de seu signatário, mediante a homologação do acordo. Esse ato somente se fará após a observação de seu efetivo cumprimento no âmbito administrativo, a análise da voluntariedade da colaboração e a verificação da conformidade dos termos do acordo à disciplina legal. A autorização para que se concentre sobre o âmbito executivo competência para dirimir ato que transcende sua esfera de domínio representa interferência atípica em seara diversa, não amparada pela Constituição e transgressora à independência funcional entre esses poderes. Sua permissão ainda constitui insegurança aos direitos e garantias dos signatários do acordo, visto que não lhes garante a vedação ao posterior uso das informações prestadas em processo judicial contra eles. Assim, a omissão da lei, uma vez mais, revela ofensa constitucional que precisa ser sanada para possibilitar a conformação do instituto à realidade brasileira.

A transposição de um instituto estrangeiro a uma realidade diversa de sua origem demanda esforços para assegurar sua adequação ao modelo a que se propõe.(11) O programa de leniência brasileiro, apesar de se apresentar como importante instrumento de que dispõe a sociedade para prevenir, identificar e sancionar os cartéis, está sujeito a posterior invalidade judicial, uma vez ter se revelado disfuncional e ilegítimo. Sua aproximação ao ordenamento jurídico-penal do Brasil é, pois, medida que se impõe para que efetivamente contenha abusos do poder econômico e se afirme como "*pilar fundamental da Política Nacional de Proteção da Ordem Econômica*".(12)

Notas

(1) Tiedemann, Klaus. *Poder económico y delito*: introducción al derecho penal económico y de la empresa. Barcelona: Ariel, 1985, p. 68.

(2) Abanto Vasquez, Manuel A. Los delitos contra la libre competencia: abuso de poder económico. *Revista peruana de ciencias penales*, Lima, v. 3, n. 6, p. 425-441, jun. 1998, p. 426-427.

(3) Wils, Wouter P. J. Is Criminalization of EU Competition Law the Answer? *World Competition*: Law and Economics Review, Vol. 28, No. 2, June 2005, p 32-35.

(4) Vogel, Joachim. La internacionalización del derecho penal y el proceso penal. *Revista Penal*, Valencia, n. 22, p.160-167, jul. 2008.

(5) Silva Sánchez, Jesús María. Eficiencia y derecho penal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 49, n. 1, p.93-127, jan./abr. 1996, p. 124-127.

(6) Segundo dados do CADE, de 2003 até maio de 2017 foram assinados 67 acordos de leniência, 22 aditivos e 12 *leniências plus*. Delimitando-se essa análise para o período compreendido entre 2012 e maio de 2017, identifica-se a assinatura de 44 acordos de leniência, 19 aditivos e 12 *leniências plus*. Disponível em: http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia. Acesso em: 20.06.2017.

(7) Saad-Diniz, Eduardo. Escândalos de corrupção corporativa: filme de terror sem fim?. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 23, n. 274, p. 11-12., set. 2015.

(8) Silveira, Renato de Mello Jorge. Considerações penais sobre o acordo de leniência na realidade antitruste. In: Paschoal, Janaína Conceição; Silveira, Renato de Mello Jorge (Orgs.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2014, p. 580-581.

(9) Gaban, Eduardo Molan; Domingues, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 322.

(10) Silveira, Renato de Mello Jorge. Considerações penais sobre o acordo de leniência... Op. cit., p. 584.

(11) Nieto Martín, Adán. Americanización o europeización del derecho penal económico. *Revista Penal*, Valencia, n. 19, p.120-136, jan. 2007, p. 124 e ss.

(12) Portaria nº 4, de 05 de janeiro de 2006, do Ministério da Justiça.

Gustavo Alves Magalhães
Bacharel em Direito pela FDUSP.
Advogado.

'Sherlock Holmes' no Processo Penal brasileiro? Lineamentos sobre a lei 13.432 de 11 de abril de 2017 e a investigação criminal defensiva

Andressa Paula de Andrade e Gustavo Noronha de Ávila

Astuto, gênio, autêntico e infalível. Eis os atributos de Sherlock Holmes.

Seria possível corporificar esse personagem das obras de Sir **Arthur Conan Doyle** para o Processo Penal brasileiro? Quiçá. Ao menos teremos um sujeito interessantíssimo atuando junto às investigações penais logo mais. A Lei 13.432, de 11 de abril de 2017, regulamentou a profissão de detetive particular/detetive profissional no ordenamento jurídico. É disso que falaremos.

Primeiro aspecto: o detetive particular não é parte, não preside inquérito policial e não está inserido em qualquer instância oficial de poder. Consoante o disposto no artigo 5º, *caput*, da supracitada normativa, "*o detetive particular pode colaborar com investigação policial em curso, desde que expressamente autorizado pelo contratante*", revelando que o mesmo fica subordinado a uma relação privada, a saber, o contrato. No entanto, o parágrafo único do artigo 5º afirma que essa colaboração poderá sofrer restrição, isto é, ela ficará a critério do Delegado de Polícia, que poderá admiti-la ou rejeitá-la a qualquer tempo. Já o art. 6º da Lei 13.432 prevê que o detetive particular deve, entre outros aspectos, atuar com honestidade e apreço pela verdade.

Refletindo sobre a neófita legislação, é possível constatar um sentimento de euforia e, ao mesmo tempo, uma sensação de angústia.

Comecemos pela euforia que decorre do fato de que a investigação criminal defensiva pode auxiliar e muito na produção do conjunto fático-probatório, refletindo diretamente sobre a tomada de posição por parte do Delegado de Polícia, do Ministério Público e, também, na própria convicção do magistrado em seus atos decisórios como o recebimento e/ou rejeição da denúncia (parcial ou integral); absolvição sumária; (im)pronúncia; desclassificação delitiva; condenação e/ou absolvição etc. do acusado. Obviamente a legislação recorta o campo de atuação do detetive particular, a saber, a *investigação policial*. Entretanto, respeitado o contraditório (vide art. 5º, LV, CF/88 c/c art. 155, CPP), essa colaboração feita

pelo profissional poderá repercutir diretamente sobre o trajeto da Ação Penal.[1] Seria ingênuo pensar de maneira distinta!

Outrossim, é inegável que nossas instituições públicas carecem de estrutura adequada para dar atendimento efetivo a todas as infrações que são registradas na Delegacia de Polícia, onde a prescrição é uma constante que ronda os fatos que são levados ao conhecimento das autoridades – sem contar a *cifra oculta*.

Ademais, com uma sociedade cada vez mais informatizada, crescentes se mostram, por exemplo, os delitos cometidos por *hackers* em meio cibernético (crimes contra a honra, divulgação de fotos e vídeos íntimos, fraudes bancárias, entre outros), dificultando a identificação da autoria destes crimes por conta da sofisticação do *modus operandi*. Basta verificar o relatório final da CPI dos Crimes Cibernéticos, a 'CPICIBER'.[2] A falta de pessoas especializadas, dada a escassez de recursos para a contratação e o aperfeiçoamento do efetivo, obstaculiza o andamento das investigações penais. Um detetive particular perito em crimes cibernéticos certamente auxiliará na resolução de diversas investigações.

Hodiernamente, pelo Código de Processo Penal vigente, o ofendido e o indiciado possuem participação mínima na investigação policial, sendo facultado o pedido de diligências junto à autoridade policial, o qual será realizado, ou não, a juízo da autoridade, conforme artigo 14, CPP, não se confundindo com a investigação criminal defensiva.[3]

Já o Código de Processo Penal em gestação (PL 8.045/10) prevê expressamente a possibilidade da investigação criminal defensiva[4] em seu art. 13.[5] Todavia, mister salientar que a investigação preliminar defensiva no Projeto de Código de Processo Penal possui o *'controle de legalidade'* realizado pelo juiz de garantias previsto no art. 14 do referido documento, sendo que sua competência finda com a propositura da ação penal, consoante redação do art. 15 do PL 8.045/10. Também é necessário lembrar que, excepcionalmente, em favor da defesa, seria admissível a utilização da prova ilícita quando for a única maneira de provar a inocência do réu. No entanto, tratamos aqui da primeira possibilidade legalmente admitida.

Com a regulamentação da atividade do detetive particular, é possível afirmar que o caminho natural será a possibilidade para que ofendidos e investigados tracem sua linha investigativa com certa independência e metodologia própria, tendo como limite o respeito às garantias e direitos fundamentais.

Momento da angústia e da mitigação do otimismo. Apesar de considerar como alvissareira essa modificação, há que se perquirir em quais processos será possível vislumbrar o detetive particular e a nominada investigação criminal defensiva a ser disciplinada no futuro Código de Processo Penal. Palpite: processos penais que apurem a criminalidade econômica, crimes ambientais envolvendo pessoas jurídicas e outros. Em suma, a maior parte dos destinatários finais da norma penal (acusados de delitos patrimoniais e tráfico de drogas)[6] não terão o mesmo tratamento processual que os delinquentes de *'colarinho branco'*. Seria possível invocar o (ausente) acesso à justiça? A paridade de armas entre Acusação e Defesa não será a mesma em todos os processos. Veja, a preocupação é quanto à extensão efetiva da investigação criminal defensiva e a quem ela se destina.

É necessário reagir com otimismo ao verificar que vítimas e ofendidos poderão transitar pelo processo penal indicando e produzindo provas com a finalidade de cooperar com as investigações. Contudo, ao verificar o cárcere preenchido pela população negra, por pessoas pouco abastadas e em *'estado de coisas inconstitucional'* (ADPF 347 MC), parece que a 'gestão da miséria' ganha um aliado.

Uma solução chega e outros tantos problemas se revelam. É nessa ciranda do Processo Penal das misérias[7] que devemos pensar! Um 'Sherlock' custará caro, especialmente quando ele se mostrar ausente para quem mais necessita.

Notas

(1) Sobre os impactos das pré-investigações e das investigações como fios condutores para o Processo Penal, recomenda-se STEIN, Lilian Milnitsky (Coord.). *Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses*. Série Pensando do Direito, nº 59. Brasília: IPEA, 2015. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf >.

(2) Consulte: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/55a-legislatura/cpi-crimes-ciberneticos/noticias/foto. >.

(3) Neste sentido, Luiz Rascovski obtempera: "Não se confunde a investigação criminal defensiva com a já existente previsão de requerimento de diligências à Autoridade Policial nos autos do inquérito policial (art. 14, CPP), a qual poderá realizá-las, ou não, segundo seu juízo discricionário. Ademais, no inquérito policial, pouco espaço há para a participação do defensor do indiciado, uma vez que a direção das investigações cabe à Autoridade Policial, sob fiscalização do Ministério Público e da Autoridade Judiciária. Por seu turno, na investigação defensiva, o defensor dita os rumos do trabalho investigatório, com total autonomia em relação aos entes públicos, de forma a reunir elementos materiais lícitos em favor do imputado, respeitadas as regras constitucionais e legais de obtenção de prova". RASCOVSKI, Luiz. Investigação Criminal Defensiva: uma luz no fim do túnel com sua previsão no novo Código de Processo Penal (Projeto de Lei 156/09). *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 18, nº. 219, fev./2011, p. 14.

(4) "O tema da investigação defensiva busca romper com esse modelo. Atribui à defesa não apenas o papel de atuar em face da Polícia Judiciária, mas também a iniciativa de, com autonomia, ditar o rumo de sua própria linha de investigação, empregando a metodologia e as hipóteses que entender adequadas à demonstração de suas teses". VILARES, Fernanda Regina; BEDIN, Guilherme Augusto Campos; CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Investigação Criminal: o projeto de Código de Processo Penal e investigação defensiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 107, v. 22, 2014, p. 317.

(5) Art. 13. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar iniciativa de identificar fontes de prova em favor da defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas.

(6) Vide p. 33-34 do Relatório do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/55a-legislatura/cpi-crimes-ciberneticos/ noticias/foto.>.

(7) Pactuamos com a crítica de Gabriel Divan: "A fartura de acenos, concordâncias, apoios distantes, solidariedade e referências encorajadoras precisa se traduzir em maior atitude e em maior apuro teórico e aberturas que contemplem, enfim, uma produtividade que promova trocas e tensões conceituais. As mazelas, ou misérias do processo (e do sistema penal, como um todo), não aguardam estáticas, porta afora, para compartimentação temática segura e catalogação. Elas são amálgama, metástase, mutação, movimento e infeliz fertilidade reprodutora. Que assim sejam também as armas e os antídotos contra elas". DIVAN, Gabriel Antinolfi. Editorial Dossiê: "Criminologia e Processo Penal": O processo penal das misérias. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 128, ano 25, fev., 2017, p. 23.

Andressa Paula de Andrade
Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).
Especialista em Ciências Penais pela Universidade Estadual de Maringá (UEM).
Bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM).

Gustavo Noronha de Ávila
Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela PUC-RS.
Docente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas do Centro Universitário Cesumar (UniCesumar).
Docente do Departamento de Direito Público da Universidade Estadual de Maringá (UEM).

ANO 25 - Nº 296 - JULHO/2017 - ISSN 1676-3661

Revisitando a teoria da pena em Hegel

Pedro Augusto Simões da Conceição

Se existe um ponto de consenso universal nos cursos de Direito Penal esse é o da interpretação da teoria da pena apresentada por **Hegel** no século XIX. Não escapa um: qualquer curso, ao abordar a teoria da pena e sua justificação, repete o adágio de que, para **Hegel**, o crime é a "*negação do Direito*" e a pena é "*negação da negação do Direito*" e que isso seria uma forma de "*reestabelecer a ordem jurídica perturbada*",[1] "*reafirmar o direito*",[2] "*reestabelecer a vigência da vontade geral*",[3] "*reestabelecer a coincidência da vontade geral com a vontade particular*",[4] sendo que se atribui à fórmula da pena hegeliana o absurdo de "*conceber como 'lógica' a circunstância de um fato poder negar um outro fato*".[5]

As afirmações hegelianas são reproduzidas como se o filósofo estivesse dizendo que o crime, de alguma forma, *nega* o Direito, no sentido de aniquilá-lo, anulá-lo, no sentido de estabelecer uma relação de oposição diametral (o crime seria o não-Direito) e a pena, por sua vez, ao se opor diametralmente ao crime, anulá-lo-ia.[6]

Esse consenso construído em torno de uma interpretação de **Hegel** é tão forte que atualmente essa parece ser a única leitura possível do filósofo de Jena. Essa leitura parece *óbvia*, e é retomada pelas teorias contemporâneas que alegam se basear em **Hegel**, sobretudo por **Jakobs**, para quem a teoria da pena hegeliana é quase idêntica à teoria da prevenção geral positiva que ele mesmo propõe.[7-8]

Como sabemos, porém: *águas paradas não movem moinhos*.

Em uma banca de livre-docência da qual participou o professor **Juarez Tavares**,[9] ouvi, pela primeira vez, da parte desse pensador paranaense, que talvez a interpretação clássica que os penalistas fazem de **Hegel** estivesse, ao mínimo, equivocada. Não me recordo de outros pontos de sua fala e, para não cometer injustiças, passo às reflexões que pude fazer a partir dessa inquietação que me foi plantada por **Tavares**.

Ocorre que essa antiga interpretação de **Hegel** parece fazer eco e jus aos famigerados "hegelianos" e "neohegelianos" do Direito Penal, como se a voz dos discípulos reproduzisse e traduzisse a complexa voz do mestre. Certamente, nenhum filósofo cairia nesse engodo.[10]

É verdade, a tradição filosófica que atribui a **Hegel** o peso de ser o grande mestre da teleologia não discordaria, a priori, dessa definição de pena, em que a aplicação da pena mesma reforça o Estado em sua marcha para a manifestação de sua finalidade suprema como eticidade.[11]

Mas uma coisa chama atenção nos *Princípios de Filosofia do Direito*[12] de **Hegel**: não se trata de uma questão de validade do Direito em si, mas de vontades. Como **Hegel** diz, o *Direito nunca é em si lesado*,[13] pois o crime, em si, é um *nada*, ele apenas ganha existência na vontade específica daquele que comete o crime.

O que isso quer dizer? É a isso que **Hegel** se refere quando afirma que o crime é a "*negação do Direito*". Em momento algum o crime tem o poder de afetar o *Direito* em sua positividade (ou seja, o crime não questiona a validade do Direito), mas o crime afirma uma vontade que nega a vontade do direito.

Para chegar à plena compreensão de o que isso significa no sistema hegeliano, é preciso visualizar o sentido da "negatividade" na fenomenologia dialética. **Hegel** afirma que o crime se coloca como negatividade face ao Direito e esse papel é um tanto quanto peculiar – nenhum outro fenômeno tem tamanha importância em sua leitura do direito. Digo importância porque a "negatividade" é elemento central no pensamento dialético, a ponto de poder ser considerada o motor da realidade dialética.[14]

Sobre a negação na dialética hegeliana, coloca um de seus maiores comentadores: "*ora, a impossibilidade de pensar a alteridade, a não ser como indefinida, é uma das decisões parciais que inauguram o dogmatismo. **Não é qualquer negação de A que anula A, não é qualquer não-A que pode lhe ser substituído** – e isso é o que importa descrever, em vez de ver na contradição o impensável*".[15]

A negação é a marca maior da *finitude*,[16] o que implica que ela aponta para a possibilidade de *mudança*. Nesse sentido, a *negatividade é a marca do indeterminado*, das possibilidades, da latência. O que **Hegel** quer então dizer quando reforça que o fato do crime não é um primado, e sim um *nada*, que o crime não é algo positivo, uma existência, mas já é uma negatividade, de modo que a pena seja apresentada como uma negação da negação?[17]

Isso quer dizer algumas coisas. Em primeiro lugar, **Hegel** parece conceder ao crime um papel central em sua teoria do Direito, como elemento indispensável para a própria reflexividade do direito. Isso porque se o Direito é criado por um ato de vontade (política) ele é desafiado por um ato determinado de vontade – o crime, o qual aponta as limitações do próprio sistema de vontades, limitações quantitativas (ao não incluir uma vontade determinada na comunidade de vontades) e qualitativas (ao diferenciar as vontades de acordo com seu posicionamento em relação à Lei).

Nesse sentido, muito antes das correntes criminológicas críticas, **Hegel** já enxergava o crime em sua concretude como um **ato concreto subversivo e reativo**, um ato diferenciador que marca a capacidade e a necessidade de evolução do direito.

É nesse cenário caótico de oposições de vontades que surge a pena, operando a "transformação" (*Aufhebung*) de toda essa situação anterior. Ou seja, ao vir à existência, a pena seria a transformação do direito abstrato em realidade sensível. Por essa razão, diz **Hegel**, nem a pena pecuniária, nem a pena de morte são verdadeiramente penas,[18] de modo que o Estado racional converteu a pena em *prisão*, pois ela permite esse elemento *sensitivo* que garante não a afirmação da norma, *mas a reafirmação de uma vontade*.

Por isso, também, **Hegel** repudia a teoria de **Feuerbach** – não se trata de fazer o homem mudar de ideia ao ser ameaçado pela pena, mas, sim, de reforçar a vontade do direito vigente. A pergunta que vem à mente é: o que é essa vontade do direito?

Afirmar que ela não se resume à validade do direito já aponta para a necessidade de observarmos os dados *concretos* sobre o crime e sobre as penas (sendo que as previsões legais de crimes e penas são apenas as condições de validade para essa percepção).

Podemos dizer que, em **Hegel**, a pena serve para fazer o encontro de vontades contraditórias. O crime, assim, é visto não

como a negação do direito de forma global, mas como um direito determinado, que entra em contradição com o direito estatal – trata-se de uma luta pelo *conteúdo* da licitude.

A pena, portanto, não comunica por si só, mas é seu papel comunicar. Por isso a prisão foi apresentada como a pena do Estado moderno – ela era capaz de transmitir sensivelmente a mensagem acerca da vontade do Estado, ela tinha o objetivo de *converter* a vontade individual do criminoso em consonância com a imagem da vontade geral (tema que foi esmiuçado por **Foucault**). A prisão surge como *médium* da vontade do Rei e por isso é a pena moderna por excelência.(19)

Seguindo a ideia de um desenvolvimento dialético do Estado Moderno, porém, e o próprio avanço das democracias, podemos nos perguntar qual seria hoje o instrumento mais adequado para fazer esse reencontro de vontades contraditórias.

Na linha de que a pena precisa ser *sensível* e precisa fazer o reencontro das vontades em contradição, é possível afirmar que a pena verdadeiramente hegeliana não é a retribuição cega que reafirma a vigência da norma, mas, sim, a *pena restaurativa* (e é importante introduzi-la como uma *contradição* ela mesma, ao mesmo tempo punindo e restaurando).

Isso porque, hoje, a prisão não possui o mesmo potencial comunicativo(20) de antes, e seu poder conversor foi absorvido por uma estrutura prisional demasiado burocrática e associada a um fenômeno de repetição cega – o encarceramento em massa. Cresce, porém, a ideia de que a vontade individual exerce um papel público quando é manifestada, para além das possibilidades de vinculação patrimonial no contrato e na declaração de propriedade – à manifestação individual de vontade atribui-se o papel político de tomada de decisão.(21)

Assim, os processos restaurativos em que o Estado, enquanto parte legítima ou até mesmo enquanto porta-voz(22) da vítima ou de terceiro interessado, e o acusado podem dialogar e construir uma solução viável em conjunto, parece ser a verdadeira superação do crime e do próprio direito, criando um direito novo, sendo que esse papel criativo é plenamente dialético quando as vontades resolvem seu ponto de contradição em uma nova síntese – uma nova vontade comum, juridicamente reconhecida pela legitimação previamente outorgada ao "procedimento".

É por isso que a verdadeira justiça restaurativa somente existe quando se mantêm as garantias clássicas do processo penal – ela somente supera esse sistema na medida em que o absorve, ou seja, quando Estado e acusado podem ter previsibilidade sobre qual será o resultado da medida penal caso a "pena restaurativa"(23) não possa ser alcançada.

Essa nova interpretação do velho **Hegel**, porém, precisa passar pelo crivo dialético da crítica. Se, ao menos, ela refletir o debate sobre o fim da prisão e sobre novas formas de composição restaurativa, ela terá servido ao seu propósito.

Notas

(1) Busato, Paulo. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 751-2.

(2) Kindhäuser, Urs. *Strafrecht Allegemeiner Teil*. Baden-Baden: Nomos, 2005, p. 38.

(3) Bittencour, Cesar R. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 104. O fraseamento de Bittencour ainda é interessante por remeter à vontade geral, mas não à vontade em si, e sim à sua vigência.

(4) Jescheck, Hans-Henrich. *Tratado de derecho penal:* parte general. Granada: Comares, 1993, p. 61. Como veremos abaixo, a apresentação que Jescheck faz é, de fato, a mais precisa, mas o autor desenvolve o tema de modo nada diferente do *mainstream* doutrinário, sustentando a ideia de "anulação".

(5) Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão*. São Paulo: RT, 2010, p. 238.

(6) Figueiredo Dias, Jorge de. *Direito penal:* parte geral – Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 46.

(7) Jakobs, Günther. *Derecho penal:* parte general. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 23.

(8) Nisso concorda com ele Cirino dos Santos, Juarez. *Direito penal*: parte geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 455.

(9) A fala em questão se deu quando da avaliação da tese de livre-docência da professora Ana Elisa Liberatore Bechara, na Universidade de São Paulo, em 2011.

(10) O direito é cheio desses episódios. Outro conhecido é o da "pirâmide de Kelsen", sendo que o pensador austríaco não se refere ao ordenamento como uma pirâmide. Quem o fez foi seu colega, e talvez discípulo, Merkl. O caso quase anedótico é narrado aqui: Guedes, Neviton. *Por que dizem que ato normativo tem duas caras?*, Âmbito Jurídico, disponível em http://www.conjur.com.br/2015-fev-03/constituicao-poder-dizem-ato-normativo-duas-caras, acessado em 11 de abril de 2017.

(11) Essa leitura de Hegel predominou no século XX, mesmo entre os alemães. Nesse sentido, interessante conferir a leitura que Habermas faz da crítica de Marx a Hegel: "síntese, no sentido materialista, se distingue do conceito desenvolvido na filosofia idealista por Kant, Fichte e Hegel, antes de tudo porque ela não produz nenhum nexo lógico. Ela não é a operação de uma consciência transcendental, não é o pôr de um eu absoluto e menos ainda o movimento de um espírito absoluto, ela é a operação, em igual medida empírica e transcendental, de um sujeito da espécie que se produz historicamente". Habermas, Jürgen. *Conhecimento e interesse*. São Paulo: UNESP, 2014, p. 65.

(12) Hegel, G. W. F. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Werke – Band 7. Frankfurt am Main: Surkhamp, 1986. É preciso dizer que não se trata efetivamente de um livro, mas de um conjunto de lições que correspondeu a um curso dado por Hegel em Berlin no século XIX (como um manual preparado para o curso). Esta edição, parte das obras completas de Hegel, contém as anotações do próprio autor sobre o curso, além de reaproveitar anotações feitas por alguns alunos.

(13) "Das Recht an sich is nicht verletzen worden", Hegel, *Grundlinien*..., p. 189.

(14) Kojève, Alexander. *Introdução à leitura de Hegel*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2014, pp. 421 e ss.

(15) Lébrun, Gerard. *A paciência do conceito*: ensaio sobre o discurso hegeliano. São Paulo: UNESP, 2006, p. 279 – destaquei.

(16) "A finitude é como a em-si fixada negação, sendo, pois, radicalmente oposta à sua afirmação" in Hegel, G.W.F. *Wissenschaft der Logik* – I. Werke – Band 5. Frankfurt am Main: Surkhamp, 1986, p. 140.

(17) Hegel, *Grundlinien*..., p. 186.

(18) Hegel, *Grundlinien*..., p. 189. Hegel, porém, não advoga contra a pena de morte, mas apenas explica por que ela não é a mais adequada para o estado da eticidade moderna.

(19) O papel do corpo do Rei é diametralmente oposto ao papel do corpo do criminoso, cada um em um polo distinto do poder. A prisão seria, assim, o instrumento de *conversão* de corpos, os quais seriam guiados de volta à soberania do corpo real. Esse método comunicacional prisional fazia sentido em uma sociedade que ainda identificava o Estado a um estado físico (a monarquia encarnada, convertida no sistema de representação republicano, em que um homem carrega o poder outorgado pelos votos). Talvez o prelúdio da morte da prisão tenha sido, justamente, o fortalecimento do conceito subjetivo de cidadania que passou a ser estendido a todo ser humano, no surgimento da ideia de "dignidade humana", independentemente das fronteiras nacionais.

(20) Talvez essa seja a grande contribuição de Louk Hulsman: denunciar a queda do potencial "conciliador" das prisões, as quais são usualmente impotentes para solver as situações-problemas que estão na base do conceito de crime. Por isso ele acertadamente definia o sistema de justiça criminal como um sistema de "interações", como em Hulsman, Louk. Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal, *Verve*, No. 3, 2003, p. 198.

(21) Ao mesmo passo que à esfera privada passa a se reservar uma nova concepção de intimidade. Nesse sentido, Habermas, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. São Paulo: UNESP, 2014, pp. 221 e ss.

(22) Não no sentido de que ele falará pela vítima, mas de que ele criará um espaço onde a voz da vítima seja reconhecida inclusive pelo próprio Estado.

(23) Existe, sim, um contrassenso em permanecer chamando a solução restaurativa de *pena*, mas talvez essa seja a melhor estratégia dialética para assumir a legitimidade da solução às situações-problemas envolvendo vontades concretas. Isso implicaria, ao fim e ao cabo, toda uma ressignificação da atividade *punitiva*. Nesse sentido, interessante a definição de justiça restaurativa em Santos, Cláudia Cruz, A proposta restaurativa em face da realidade criminal brasileira, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 81, v. 17, 2009, sobretudo pp. 217 e ss.

Pedro Augusto Simões da Conceição
Mestrando em Direito Penal pela USP.
Advogado.

Aproximações entre abolicionismo penal e desobediência civil

Bruno Leitão Cavalcante Santos e Francisco de Assis de França Júnior

É perceptível que as demandas sobre a atuação estatal têm crescido exponencialmente, sobretudo quando nos dedicamos ao estudo da expansão do sistema de justiça criminal nos últimos tempos.[1] No Supremo Tribunal Federal, por exemplo, para onde deveriam ser direcionadas apenas as questões da mais alta relevância, entre 2008 e 2013 foram protocolados mais de 465 mil novos processos, dentre os quais abordagens sobre furtos de galinha, pães, queijos e outras bagatelas.[2] Essa é a problemática com a qual convivemos atualmente e, de certa forma, disso nos ocuparemos adiante, ainda que sucintamente.

Temos, portanto, convivido com um ambiente acentuadamente conflituoso, cujos mecanismos de resolução, de um modo geral, dispõem-se verticalmente (há sempre alguém incumbido de resolvê-los, normalmente desempoderando demasiadamente os principais envolvidos), o que sobrecarrega não só o Poder Judiciário, mas todas as outras esferas de poder instituído oficialmente. Desse modo, nosso objetivo é o de mostrar que existem mecanismos que, se articulados, além de proporcionarem o desafogo, podem nos oferecer saídas menos invasivas aos valores que prezamos num ambiente substancialmente democrático, mecanismos que, aliás, podem funcionar como vias de empoderamento de cidadãs e de cidadãos frente ao apetite expansivo estatal, senão vejamos.

Da perspectiva de **Friedrich Nietzsche**,[3] é **Tales de Mileto** (640-584 a.C.) o primeiro filósofo grego. "Tudo é água", disse este, numa época em que o natural era mitificar ou alegorizar[4] a respeito. *Gaia*, *Zeus*, *Hades*, *Cronos*, *Poseidon*, entre outros, eram os personagens mitológicos que ditavam os discursos sobre as coisas. A realidade, como se sabe, era comumente retratada através de mitos.[5] Daí ter sido muito comum pensar e se expressar com o auxílio de imagens. **Tales de Mileto**, portanto, dadas as circunstâncias históricas, surpreende quando, por exemplo, ao olhar para o mar, identifica exatamente do que ele se constituía: água. Naquele momento, dirá **Amilton Bueno de Carvalho**,[6] em que se olhava para a coisa como ela era e não para o discurso sobre ela, nasce a filosofia.

Nesse passo, apesar de ainda não existir a pena de prisão,[7] àquela altura já se desenvolvia um rigoroso sistema de sanções acompanhado de suas respectivas teorias com vieses político-filosóficos.[8] Havia (como ainda há) uma instrumentalização de viés essencialmente pedagógico do Direito Penal, destinada "*à sua socialização em termos considerados convenientes*".[9] Aqueles que exercem o poder, sobretudo o punitivo, preocupam-se com a estruturação e a reverberação de um discurso (logo, de uma espécie de saber) que se presta a legitimá-lo, a torná-lo, de alguma maneira, *racional*. Como bem enfatizado por **Eugenio Raúl Zaffaroni**,[10] "*nunca ninguém proclamou que exercia o poder punitivo porque sim ou por pura arbitrariedade*".

Convém, portanto, iniciar nossa análise sem nos ocuparmos das usuais alegorizações – ou seja, procuraremos dar a volta no discurso político-ideológico comumente patrocinado pelo Estado sobre o exercício do poder –, objetivando tratar das "coisas" como elas realmente nos parecem ser. Desse modo, optamos por poupar o leitor das divagações que se têm sustentado (?) a respeito do *sistema oficial de controle social*. Manter a paz, proteger a sociedade, prevenir o caos, intimidar, retribuir, recuperar, ressocializar, reeducar, entre outras, são as mais insistentes "fórmulas", sempre colocadas como "úteis" e muito "bem-intencionadas", legitimantes (?) da manutenção desse sistema cujo protagonismo historicamente recai sobre sua face mais invasiva, traumática e estigmatizante: o sistema criminal. Tal como disse **Michel Foucault**,[11] em torno desse "sistema de forças",[12] há uma verdadeira "tagarelice criminológica", pois "*a partir do momento em que uma instituição que apresenta tantos inconvenientes, que suscita tantas críticas só ocasiona a repetição indefinida dos mesmos discursos, a 'tagarelice' é um sintoma sério*".

Para sermos diretos sobre nosso ponto de partida, antes mesmo de explicá-los mais detidamente, haveremos de encarar tanto o *Abolicionismo Penal* quanto a *Desobediência Civil* como *movimentos de contestação* daquelas "fórmulas" discursivas herméticas e alegóricas – quase míticas –, ou seja, como posturas disseminadoras de críticas sociais, políticas e culturais, logo, como autênticos movimentos de contracultura, de abertura sistêmica, de necessária oxigenação democrática, de altiva resistência à *tagarelice* estatal. No entanto, apesar das já anunciadas congruências, atente-se para o fato de que não há uma definição unívoca para o *Abolicionismo Penal*, assim como não há uma para a *Desobediência Civil*. As interpretações de ambos os movimentos são passíveis de variações, o que nos impõe dificuldades que, para superá-las, exigem-nos a escolha de específicos referenciais teóricos.

Vera Regina Pereira Andrade[13] assevera que "*enquanto perspectiva teórica, existem diferentes tipos de abolicionismos, com diferentes fundamentações metodológicas para a abolição*". **Sérgio Salomão Shecaira**,[14] por sua vez, reconhece que "*não existe um único abolicionismo*". A esse respeito, diz o autor, "*três são as matrizes ideológicas*": "a anarquista, a marxista e a liberal/cristã". Para o estudo da *Desobediência Civil*, por conta de sua "pluralidade de sentidos",[15] também será necessário adotar uma específica base referencial. De qualquer modo, adverte-nos **John Rawls**,[16] levando-se em conta que "*princípios precisos que decidem sem ambiguidade os casos reais estão claramente fora de cogitação*", "*não devemos esperar demais de uma teoria da desobediência civil, mesmo que seja uma teoria elaborada para circunstâncias especiais*".

Não que os representantes de cada uma das variações teóricas utilizadas como referência não possam *dialogar* ou *interagir*, tampouco *concordar* em determinados aspectos, no curso do desenvolvimento de seus postulados. Há, obviamente, inúmeros pontos de contato entre uns e outros. Ocorre que, definir com clareza o ponto de partida nos permitirá proporcionar ao leitor uma ideia clara dos caminhos percorridos durante a elaboração do trabalho. Somente assim, importa-nos frisar, vislumbramos uma discussão que prestigie a devida honestidade intelectual. Assim, como se anteviu, é recomendável um recorte metodológico na sucinta análise aproximativa já proposta.

ANO 25 - Nº 296 - JULHO/2017 - ISSN 1676-3661

Quanto ao *Abolicionismo Penal*, partiremos das concepções de **Louk Hulsman**,[17] que é certamente o nome mais lembrado quando se discute essa temática. Sua história de vida – tendo, aliás, sofrido as agruras do regime nazista e participado da resistência –, bem como a força de suas reflexões, com perspectivas acentuadamente libertárias, tem nos servido de subsídio para expor as contradições e as incoerências dos postulados que historicamente permeiam o sistema criminal, sendo este, aliás, "*um gigante com pés de barro*", "*que promete o que não pode cumprir – promete segurança e proteção às pessoas, embora seja uma esquizofrenia escolástica travestida de tecnologia – 'uma máquina cega cujo objetivo mesmo é a produção de um sofrimento estéril'*".[18]

No *sistema* hulsmaniano, as ideias de crime e de punição, universalizadas por meio da lei, desconsideram as particularidades de cada conflito, prejudicando, por consequência, sua efetiva resolução. As "situações-problemas", por serem sempre únicas, não deveriam ser espartilhadas por fórmulas legais, tampouco deveriam ser tratadas sob o enfoque escolástico de culpa e de punição. Também a dogmática deve se submeter à crítica abolicionista. É preciso desafiar o crime como uma "realidade ontológica",[19] pois a criação dessa falsa consciência social se transformou na "pedra angular da justiça penal". Não se partilha aqui de uma visão de mundo cujas respostas aos conflitos já estão prontas mediante uma estrutura jurídico-penal. Segundo **Hulsman**,[20] a sociedade é vista como um "*conjunto de pessoas sobre as quais o estado tem jurisdição*", um mero corpo estratificado e hierarquizado que deve se submeter àquela legítima (?) autoridade.

Aqueles que se sentem vitimados, quando, por exemplo, procuram algum órgão oficial, na tentativa de conseguir algum tipo de apoio, são obrigados a adotar o *idioma do sistema*, devem, portanto, necessariamente encontrar uma fórmula pré-fabricada (é o caso dos artigos) que lhes dê guarida. O problema dos envolvidos precisa se adaptar ao que diz o sistema, e não o contrário. Eles (os envolvidos) devem se submeter ao estereotipado marco de interpretação institucional, o que tende a ignorar particularidades únicas que cada conflito possui. A meta oficial não é resolver o problema, mas diminuir o *ruído*.

Em suma, insurge-se, o abolicionista, contra esse processo de colonização ideológica de raiz autoritária. Daí que **Edson Passeti**[21] aponta que "*o abolicionismo penal é uma prática de liberdade que soma experimentos*", a adoção de um *estilo de vida*, "*uma atitude na fronteira, que desestabiliza inclusive o saber acadêmico, hoje algo mais do que necessário, quando o seu discurso vem se tornando cada vez mais policiador*". O *Abolicionismo Penal* resiste ao que considera uma atuação injusta (ou ilegítima), sobretudo a do Estado, contra as liberdades e garantias individuais, aproximando-se, portanto, das ideias fomentadas no bojo da *Desobediência Civil*.

Sobre *Desobediência Civil*, percebe-se que o referencial contemporâneo mais premente tem sido a obra de **John Rawls**,[22] que a define como "*um ato político público, não-violento e consciente contra a lei, realizado com o fim de provocar uma mudança nas leis ou nas políticas do governo*". Nesta perspectiva, o ato público, que é orientado por princípios políticos (ou seja, "*pelos princípios de justiça que regem a constituição e as instituições em geral*"),[23] praticado no contexto da desobediência, expressa claramente sua insatisfação (bem como o seu desejo de vê-la cessar) perante a injustiça perpetrada, intencionando com isso conscientizar a população. O filósofo norte-americano identifica ainda a *Desobediência Civil* como modalidade de um *direito à resistência*, sendo este, aliás, garantido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).

A consolidação do Estado Liberal, junto à ideia de democracia, acolheu progressivamente inúmeras das exigências dos que se submetiam ao *contrato*, limitando, consequentemente, o exercício do poder – sobretudo o punitivo –, o que possibilitou o *direito à resistência*, de não ser obrigado a se submeter à opressão.[24] Logo, a *Desobediência Civil* "*não se confunde com um crime comum, pois o criminoso comum age o mais furtivamente possível e buscando* [na generalidade] *o seu interesse privado, enquanto que o desobediente age de forma pública e buscando objetivos políticos (mudar a lei ou uma política) e legitimidade para seus atos perante os outros cidadãos*".[25]

Há, portanto, nesse debate, a consciência de que, por regra, é preciso cumprir aquilo o que foi democraticamente *contratualizado* junto às instituições, admitindo-se excepcionalmente seu descumprimento caso os meios (geralmente políticos) disponíveis para correção de graves disparidades sociais tenham se mostrado absolutamente ineficazes.[26] O senso de justiça, amparado por critérios morais, impõe-se como a principal baliza de fundamentação de um movimento de *Desobediência Civil*, devendo sua deflagração – como último recurso à mão –, ser, dentro de certos limites, tolerada institucionalmente por força do próprio *contrato* (a começar pelo parágrafo único do art. 1.º da Constituição Federal brasileira: "*Todo poder emana do povo...*").

A *Desobediência Civil* pode, eventualmente, ser reforçada ou até mesmo inspirada pelos postulados do *Abolicionismo Penal*. Ambos os movimentos apresentam-se, na generalidade, como alternativas à otimização das liberdades e garantias individuais diante das indevidas ingerências estatais. Chamam-nos ao debate público. Podem convergir para o fomento de uma sociedade cada vez mais livre, justa e solidária, cuja dinâmica de resolução de conflitos possa partir de um processo horizontalizado, com as pessoas diretamente envolvidas protagonizando a tentativa de resolução. Não se posicionam contra a própria existência do Estado (embora exista, entre as correntes que se podem denominar de abolicionistas, quem defenda tais ideias),[27] nem contra mecanismos de fiscalização e controle, mas prioritariamente contra políticas públicas consideradas injustas, invasivas e/ou autoritárias.

Ocorre que, para que não se diga que nos ocupamos apenas das convergências, enquanto o *Abolicionismo Penal* apresenta como única via possível o desaparecimento do sistema criminal, a *Desobediência Civil* pode ser responsável por desencadear tanto a *descriminalização* quanto a *criminalização*. Parece-nos exemplo, tomando-se por base o território norte-americano, tanto a *descriminalização* de determinados comportamentos da comunidade negra (como a utilização de espaços – como banheiros – destinados apenas aos brancos) quanto a *criminalização* do racismo. Tudo isso após os emblemáticos movimentos pelos direitos civis, cujo auge se deu entre as décadas de 1950 e 1960, liderados por **Martin Luther King Jr.**,[28] numa vertente discursiva mais pacifista, e por **Malcolm X**,[29] numa vertente discursiva mais agressiva.

Vê-se, portanto, a importância de um estudo mais detido de tais movimentos, de suas vertentes e de seus possíveis reflexos no funcionamento do *sistema criminal*. O potencial de realizar mudanças de que ambos estão dotados, foi justamente o que nos levou a tentar identificar, mesmo que sucintamente, algumas das possibilidades

de convergência entre *abolicionismos* e *desobediências*. Quer seja pela via (útil) do abolicionismo quer seja pela (também útil) desobediência, a constatação é a de que algo precisa urgentemente ser feito para que a atuação estatal, principalmente em termos de mecanismos de controle social, já tão descompassada com os anseios da sociedade, sirva para implantar definitivamente as bases de um ambiente substancialmente democrático.

De nada adiantará a positivação de um vasto rol de direitos e garantias, a transmissão da mensagem de que somos um país democrático, reverberando que prezamos por justiça social, se todas essas previsões não se efetivam. A retórica democrática, geralmente simbolizada mais fortemente pelo conteúdo das cláusulas pétreas, não coincide com as práticas comumente autoritárias, muito especialmente no âmbito do sistema criminal. Não à toa a função mais proeminente exercida atualmente pelos políticos brasileiros, especialmente os legisladores, é a de cunho *simbólico*.[30] Abarrotam-nos de leis, oferecem-nas avidamente como respostas aos problemas com os quais convivemos na dinâmica social. O fato é que, na grande maioria, por ingenuidade ou deslavada má-fé, é (ainda) o discurso o que interessa (os votos), não a realidade (os problemas).

Notas

(1) Para uma análise mais detida do emblemático caso brasileiro, recomenda-se: Gomes, Luiz Flávio; Gazoto, Luís Wanderley. *Populismo penal legislativo* – a tragédia que não assusta as sociedades de massas. Salvador: Juspodivm, 2016.

(2) CONSULTOR JURÍDICO. *Anuário da Justiça Brasil 2014*. São Paulo: Conjur, 2014. p. 28.

(3) Nietzsche, Friedrich. A filosofia na época trágica dos gregos, § 3. In: *Os pré-socráticos* – Coleção os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1999. p. 43.

(4) "*alegoria é 'uma espécie de máscara aplicada pelo autor à ideia que se propõe explicar'*". Brandão, Junito de Souza. *Mitologia grega* – v. I. 25. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2013. p. 31.

(5) Com base em Malinowski, Marília P. Futre Pinheiro revela-nos: "*o mito é uma realidade que se vive e não apenas o relato de um conto. É algo que aconteceu em tempos idos e que influenciou, geração após geração, o mundo e o destino dos homens. O mito tem, nas sociedades primitivas, uma função importante, que é a de codificar a crença, salvaguardar e reforçar a moralidade, tornar eficaz o ritual e aplicar regras práticas para guia do homem*". Pinheiro, Marília P. Futre. *Mitos e lendas da Grécia Antiga*. Lisboa: Clássica Ed., 2011. p. 32.

(6) Carvalho, Amilton Bueno. *Pena de prisão* – Um olhar crítico-libertário. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=RDTTiXRiWhg>. Acesso em 6 set. 2016.

(7) "*Até o fim do século XVIII, ela nunca foi realmente um castigo dentro do sistema penal*". Foucault, Michel. *A sociedade punitiva*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 59.

(8) Gastaldi, Viviana. *Direito penal na Grécia Antiga*. Trad. Mônica Sol Glik. Santa Catarina: Fundação Boiteux, 2006.

(9) Freitas, Ricardo de Brito. Direito penal grego: um estudo com base em Platão. *Revista Acadêmica*, v. 85, n. 2, p. 138-148, 2013.

(10) Zaffaroni, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos* – conferências de criminologia cautelar. Trad. Sérgio Lamarão. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 44.

(11) Foucault, Michel. *Segurança, penalidade e prisão*. Trad. Vera Lucia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012. p. 283.

(12) Barreto, Tobias. Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir. *Estudos de filosofia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editorial Grijalbo, 1977. p. 366-353. Disponível em: <http://www.cdpb.org.br/estudos_tobias_partes_1_e_2.pdf>. Acesso em: 17 set. 2016.

(13) Andrade, Vera Regina Pereira. Minimalismos e abolicionismos: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. *Revista da ESMESC*, v. 13, n. 19, p. 465, 2006.

(14) Shecaira, Sérgio Salomão. *Criminologia* – um estudo das escolas sociológicas. São Paulo: Estúdio Ed., 2014. p. 123-124.

(15) Wang, Daniel Wei Liang. Desobediência civil em um Estado democrático de direito. In: Wang, Daniel Wei Liang (org.). *Constituição e política na democracia*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 239 *ss*.

(16) Rawls, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 453.

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

(18) Fonseca, Hermes da. Travessia abolicionista: licenciosidades para uma leitura cronópia da obra Penas Perdidas, de Louk Hulsman. In: Batista, Nilo; Kosovski, Ester. *Tributo a Louk Hulsman*. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 199.

(19) Hulsman, Louk. *La criminologia crítica y el concepto de delito*. Trad. Mariano A. Ciafardino y Mirta Lilián Bondaza. Buenos Aires: Ediar, 1989. p. 87-107.

(20) Idem, p. 96.

(21) Passeti, Edson (coord.). *Curso livre de abolicionismo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 11-12.

(22) Rawls, John. *Uma teoria da justiça* cit., p. 453. Aqui não entraremos no debate sobre a *objeção de consciência*, que, em suma, seria a recusa em realizar determinada obrigação, não necessariamente baseada em princípios políticos, também discutida por Rawls na mesma obra.

(23) Idem, p. 455.

(24) Bobbio, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 155-158.

(25) Wang, Daniel Wei Liang. Desobediência civil em um Estado democrático de direito. In: Wang, Daniel Wei Liang (org.). *Constituição e política na democracia*. cit., p. 245.

(26) Dworkin, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 329-331.

(27) Stirner, Max. *El único y su propriedad*. Trad. Pedro Gonzalez Blanco. Buenos Aires: Reconstruir, 2007.

(28) Carson, Clayborne (org.). *A autobiografia de Martin Luther King*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

(29) Marable, Manning. *Malcolm X* – uma vida de reinvenções. Trad. Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

(30) No caso do sistema criminal, veja-se, por exemplo: Gomes, Luiz Flávio; Gazoto, Luís Wanderley. *Populismo penal legislativo* – a tragédia que não assusta as sociedades de massas. Salvador: JusPodivm, 2016.

Bruno Leitão Cavalcante Santos
Doutorando em Direito pela PUC-RS e
Mestre em Direito Público pela UFAL.
Professor de Direito Penal no Centro Universitário
CESMAC (Maceió/AL) e na Faculdade de
Ciências Jurídicas e Sociais de Maceió – FAMA.

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

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
Assessora da presidência: Jacqueline Sinhoretto

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

ANO 25 - Nº 296 - JULHO/2017 - ISSN 1676-3661

A readequação dos procedimentos processuais penais em face da colaboração premiada

Luiz Antonio Borri e Rafael Junior Soares

A Lei 12.850/13 surgiu no cenário nacional com o objetivo de finalmente definir o crime de organização criminosa, estabelecer técnicas de investigação e meios de obtenção de prova. Além disso, a referida legislação introduziu no ordenamento jurídico o procedimento relativo à colaboração premiada, sanando-se problemática existente sobre os modelos de realização dos acordos pelos atores processuais diante da ausência de regras claras, as quais geravam discricionariedade das autoridades públicas e, muitas vezes, questionamentos sobre nulidades.(1)

Com efeito, a lei veio em boa hora ao abordar a colaboração premiada desde a negociação inicial até a aplicação dos benefícios cabíveis no acordo pelo juiz. No entanto, apesar do grande avanço legislativo, novas discussões foram propostas na prática forense, em especial quanto à cronologia dos atos processuais no procedimento em que há a participação de colaborador.

De acordo com a orientação do Código de Processo Penal, os atos processuais serão praticados com prevalência da acusação em relação à defesa, como, por exemplo, respostas à acusação, oitivas das testemunhas, interrogatórios, diligências, alegações finais etc. (cf. arts. 400, 402, 403, § 3.º, do CPP). No entanto, em que pese o regramento da legislação processual penal, não há previsão de procedimento específico diante da presença de colaborador premiado, o que se abordará a seguir em face da necessidade de algumas adaptações para se respeitar a Constituição Federal,(2) em especial o direito de a defesa se manifestar por último no processo.

Com efeito, objetivando garantir o direito ao contraditório, sob a perspectiva do conhecimento e possibilidade de reação aos argumentos apresentados pela acusação e pelos delatores, imprescindível garantir-se ao acusado a possibilidade de falar por último(3) em todos os atos processuais, visto que entendimento distinto conduziria à inviabilidade de rebater os argumentos veiculados pelos delatores em nítido prejuízo à garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório.(4)

Primeiramente, deve-se destacar que o colaborador participará do processo penal de duas formas:(5) a) quando figurar como testemunha de acusação ou defesa no processo (colaborador-testemunha); e b) quando incluído como autor ou partícipe do delatado pelo Ministério Público (imputado-colaborador),(6) de modo que os dois formatos levarão a consequências distintas no âmbito procedimental.

De toda sorte, independentemente da condição em que for ouvido, por força da disciplina da Lei 12.850/13, o colaborador deverá renunciar(7) ao direito de permanecer em silêncio e prestar o compromisso de dizer a verdade (art. 4.º, § 14), inclusive respondendo criminalmente se fizer imputação falsa à pessoa que sabe inocente, nos termos do art. 19 da aludida lei.(8)

A primeira hipótese não oferece maiores problemas, visto que o colaborador será ouvido na fase da prova testemunhal,(9) arrolado pela acusação ou defesa, conforme preceitua o art. 400 do Código de Processo Penal, garantindo-se o direito ao confronto dos réus delatados.

A segunda hipótese é mais complexa e, para se chegar a uma conclusão, algumas premissas devem ser desenvolvidas. A colaboração premiada tem sido entendida como instituto de natureza mista, compreendida como meio de defesa disponível ao acusado que se propõe a fornecer informações ao Estado em troca dos benefícios legais dispostos na Lei 12.850/13 (natureza material), além de instituto voltado à obtenção de provas (natureza processual).(10) Assim, apesar da classificação da colaboração premiada como um recurso defensivo destinado ao colaborador, o seu emprego no processo penal representa intervenção importante na situação jurídica dos delatados, pois se ampliam as possibilidades de manifestações acusatórias em desfavor daqueles que figuram como réus. Ou seja, a atuação do colaborador naturalmente será de corroboração das declarações prestadas, em verdadeira atuação conjunta com o Ministério Público, postura que reforça a acusação trazida no processo.

Tal *status* jurídico traz repercussão importante no processo, uma vez que o delator continua figurando no processo como réu e, dessa forma, manifestando-se juntamente com as defesas dos corréus. Isso faz com que as defesas dos réus delatados fiquem em constante apreensão, porque provas da versão acusatória podem surgir a qualquer momento (p. ex., testemunhas de defesa do colaborador, diligências, alegações finais etc.), sem respeito à prevalência de a acusação falar primeiro que a defesa no processo. Cria-se, na verdade, um processo penal com uma eterna fase de atos processuais da acusação, porquanto o Ministério Público, assistente de acusação e, ainda, colaboradores visarão confirmar a tese da peça acusatória, utilizando-se dos momentos processuais destinados tanto à acusação como à defesa.

Nesse contexto, o primeiro aspecto que pode ser apontado, seguindo a ordem do procedimento legalmente previsto, seria a ordem de inquirição das testemunhas arroladas pelo corréu colaborador. Com efeito, o art. 400 do CPP estabelece que, em primeiro lugar, deverão ser inquiridas as testemunhas da acusação, com a consequente oitiva daquelas arroladas pela defesa.(11) Não há dúvidas de que o colaborador, inevitavelmente, terá atuação processual no sentido de confirmar a hipótese acusatória proposta na denúncia, por essa razão, mostra-se relevante que as testemunhas indicadas pelo réu colaborador sejam ouvidas logo após as testemunhas arroladas pela acusação e em antecedência àquelas apresentadas pelos corréus delatados, pois se trata de mecanismo importante a viabilizar o exercício da garantia constitucionalmente prevista do contraditório e da ampla defesa.

No mesmo contexto, conforme prescreve o art. 212 do CPP, a testemunha é colocada em contato direto com as partes (*cross-examination*), incumbindo a formulação de questionamentos, inicialmente, à parte que a arrolou, facultando-se à parte contrária a reinquirição na sequência. Pois bem. Partindo-se novamente das testemunhas arroladas pelo réu colaborador, ter-se-ia como corolário lógico do direito ao confronto que o defensor do réu colaborador inicie as perguntas à testemunha que arrolou, permitindo-se, em seguida, a reinquirição pelo Ministério Público e, apenas ao final, pelos defensores dos corréus delatados.

Obviamente, as implicações registradas espraiariam seus efeitos sobre as demais fases do procedimento, sendo possível assinalar também duas observações acerca do interrogatório do corréu delator: a) a inquirição do delator deverá ocorrer como ato inicial(12) da série de interrogatórios, providência que encontra respaldo no art. 19-A da Lei 9.807/99; b) em homenagem ao princípio do contraditório, compreende-se dispensável(13) a observância à regra contida no art. 191 do CPP,(14) uma vez que a viabilidade de participação do delatado na audiência destinada à oitiva de corréu delator objetivaria garantir a oportunidade de formulação de questionamentos, naturalmente por meio do defensor regularmente constituído.(15)

ANO 25 - Nº 296 - JULHO/2017 - ISSN 1676-3661

Por sua vez, quanto à apresentação de diligências, na fase do art. 402 do CPP, vislumbra-se a possibilidade de aplicar analogicamente, pois ausente previsão de rito processual em que figure réu colaborador, a manifestação inicial do Ministério Público, seguida pelo colaborador premiado, o qual ocuparia a posição do assistente de acusação, e finalmente pelos corréus delatados, sempre na perspectiva de permitir aos réus que optaram por se defender a oportunidade de falar por último.

Igualmente, na fase de alegações finais, seguindo os ditames do art. 403 do CPP, incumbiria à acusação, representada pelo Ministério Público, iniciar a apresentação de memoriais, seguindo com o defensor do réu colaborador (novamente possível a invocação de analogia ao disposto no art. 403, § 2.º, do CPP, ocupando o delator a ordem do assistente de acusação), encerrando-se com o oferecimento de memoriais pelos delatados.

Portanto, por figurarem como delatores, os acusados que assumiram o compromisso de renunciar ao direito de permanecer em silêncio e colaborar com as investigações, quando não estiverem na condição de testemunhas, devem sempre se pronunciar nos autos com antecedência àqueles acusados que não possuem o mesmo *status* processual, mantendo-se a prevalência prevista no Código de Processo Penal de que a acusação se manifesta antes da defesa.

Notas

(1) Coexistiam dois modelos: o paulista, cujo reconhecimento dos benefícios ocorria apenas na fase de sentença, e o paranaense, que se dava na forma de contrato. Ver Bittar, Walter Barbosa. *Delação premiada*: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 235-244.

(2) Lopes Jr., Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 57.

(3) "*Esse direito se insere na garantia da ampla defesa, na perspectiva de alegar, declarar, manifestar, complementar, rebater, contraditar as declarações efetuadas desde o polo ativo acusatório. Aplica-se tanto à defesa pessoal quanto à defesa técnica*" (Giacomolli, Nereu José. *O devido processo penal*: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 130).

(4) Questão semelhante examinada pelo STF: "*Ação penal. Recurso. Apelação exclusiva do Ministério Público. Sustentações orais. Inversão na ordem. Inadmissibilidade. Sustentação oral da defesa após a do representante do Ministério Público. Provimento ao recurso. Condenação do réu. Ofensa às regras do contraditório e da ampla defesa, elementares do devido processo legal (...) No processo criminal, a sustentação oral do representante do Ministério Público, sobretudo quando seja recorrente único, deve sempre preceder à da defesa, sob pena de nulidade do julgamento*" (*HC* 87.926, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 20.02.2008, *DJe*-074, divulg. 24.04.2008, public. 25.04.2008).

(5) "*A categoria indicada ao colaborador deve ser de corréu ou informante (se não integra a ação penal), pelo direto interesse nos fatos acusatórios, mas a errônea nominação como testemunha não gera nulidade na colheita ou valoração dessa prova*" (R*HC* 75.856/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 06.12.2016, *DJe* 16.12.2016).

(6) Para aprofundamento sobre o tema, ver: Mendonça, Andrey Borges. A colaboração premiada e a criminalidade organizada: a confiabilidade das declarações do colaborador e seu valor probatório. In: Salgado, Daniel de Resende; Queiroz, Ronaldo Pinheiro de (orgs.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 231-277.

(7) A despeito do emprego da terminologia pela legislação, a doutrina critica sua utilização, na medida em que o direito ao silêncio constitui direito fundamental do indivíduo, previsto na Constituição Federal, tornando inapropriada a menção ao verbo "renunciar", em face da inalienabilidade de tais direitos, soando mais coerente entender-se pela opção de não exercer o direito ao silêncio pelo réu. Sobre o assunto, cf. Lima, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 528.

(8) "*Art. 19. Imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas. Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa*".

(9) "*(...) V – Por razão semelhante, se o sistema processual penal, como regra geral, não admite a oitiva de corréu na qualidade de testemunha, na mesma ação penal, não há que se falar em qualquer ilegalidade quanto ao depoimento de Carlos Alexandre de Souza Rocha, porquanto, ainda que não seja colaborador, foi denunciado em processo diverso, sob outro contexto, o que permite sua oitiva como testemunha nos autos da ação penal em questão (...)*" (R*HC* 67.493/PR, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 19.04.2016, *DJe* 02.05.2016).

(10) Masson, Cleber; Marçal, Vinicius. *Crime organizado*. 2. ed. São Paulo: Método, 2016. p. 122.

(11) O próprio Código de Processo Penal estipula exceção à regra, conforme se observa no art. 222, a qual, todavia, segundo entendemos, não seria passível de aplicação para as hipóteses em que a testemunha de acusação seja delator.

(12) "*Vale a pena registrar que para as hipóteses de ocorrência de delação pode o interrogatório ser realizado no primeiro ato processual de instrução probatória, a pedido da defesa ou do Ministério Público, sempre que disto não decorrer prejuízo ao imputado*" (Essado, Tiago Cintra. Delação premiada e idoneidade probatória. In: Badaró, Gustavo (org.). *Doutrinas essenciais de direito penal e processo penal*. São Paulo: RT, 2015. v. VI, p. 1.323).

(13) Nesse sentido, cf. Aras, Vladimir. O réu colaborador como testemunha. In: Salgado, Daniel de Resende; Queiroz, Ronaldo Pinheiro de (orgs.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 221; Mendonça, Andrey Borges. A colaboração premiada e a criminalidade organizada: a confiabilidade das declarações do colaborador e seu valor probatório. In: Salgado, Daniel de Resende; Queiroz, Ronaldo Pinheiro de (orgs.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 247.

(14) "*Art. 191. Havendo mais de um acusado, serão interrogados separadamente*".

(15) É certo que se poderia arguir que ao delator seria resguardado o direito de participar de audiência sem manter contato visual com os demais corréus (art. 5.º, IV, da Lei 12.850/2013), o que, evidentemente, pode ser respeitado sem prejuízo ao contraditório e à ampla defesa.

Luiz Antonio Borri
Professor de Direito Penal da FACNOPAR.
Advogado.

Rafael Junior Soares
Professor de Direito Penal da Pontifícia Universidade Católica do Paraná/Campus Londrina.
Advogado.

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661
COORDENADOR-CHEFE: Fernando Gardinali Caetano Dias.
COORDENADORES ADJUNTOS: Daniel Paulo Fontana Bragagnollo, Danilo Dias Ticami e Roberto Portugal de Biazi.
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, 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, Manoel Alves da Silva Junior, Marco Aurélio Florêncio Filho, Mariana Chies, Matheus Pupo, Milene Maurício, Milene Cristina Santos, Octavio Orzari, Pedro Beretta, Pedro Machado de Almeida Castro, Rachel Lerner Amato, Rafael de Souza Lira, Rafael Fecury Nogueira, Rafael Tiago Silva, Renata Macedo, Ricardo Caiado, Rodrigo Sardenberg, Rogério Taffarello, Rosa Cantal, Salomão Shecaira, Sâmia Zattar, Theodoro Balducci, Thiago Baldani Gomes de Filippo, Thiago Tezani, Verônica Carvalho Rahal, Vitor Hugo da Silva, 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, Rodrigo Olhiara da Silva, Rossana Brum Leques, Stela Valim, Stephan Gomes Mendonça, Suzane Cristina da Silva, 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): Adriano Galvão, Eduardo Carvalho e Roberto Portugal de Biazi.
PROJETO GRÁFICO: Lili Lungarezi - lililungarezi@gmail.com
PRODUÇÃO GRÁFICA: Editora Planmark - Tel.: (11) 2061-2797 planmark@editoraplanmark.com.br
REVISÃO: FAZENDARIA, Consultoria em recursos humanos, pesquisa e texto Ltda. - ME;
Tel.: (11) 3673-7564 - E-mail: midiafazmal@gmail.com.
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: 4.500 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

O desarrazoado critério vigente do aumento de pena pela reincidência

Fábio Rocha de Oliveira

Em um processo penal, um dos pontos mais relevantes é a dosimetria da pena na sentença condenatória. Aqui enfocaremos tão somente a incidência da agravante para, em sequência, analisarmos a problemática aplicação da elevação da sanção pela ocorrência da reincidência. Nossa legislação penal, neste tópico, dispõe tão somente que as agravantes sempre aumentam a pena (art. 61, *caput*, do Código Penal) e que devem ser sopesadas na segunda etapa do critério trifásico de dosimetria, após a fixação da pena-base (art. 68, *caput*, do mesmo *Codex*).(1)

Portanto, a lei não esclarece quanto a reprimenda deve ser elevada pela configuração de uma agravante e, em razão da lacuna legal, doutrina e jurisprudência conceberam dois limites máximos, como decorrências das diretrizes da razoabilidade e da proporcionalidade: um geral (a elevação nunca poderá ultrapassar a sanção máxima cominada no preceito secundário do tipo penal violado) e outro específico (um sexto da pena-base imposta). A proibição de ir além da pena máxima prevista para aquele crime é entendida como um corolário do princípio da legalidade. Por outro lado, a definição da fração máxima de 1/6 foi pensada como balizador em cotejo com as majorantes, pois esta seria a menor fração estabelecida na legislação penal para as causas de aumento de pena (as quais possuem frações legais definidas para sua incidência), sendo que a valoração de uma agravante não poderia ser sopesada com maior ênfase do que uma majorante.

Assim ensina **Cezar Roberto Bitencourt**: "*O Código não estabelece a quantidade de aumento ou de diminuição das agravantes e atenuantes legais genéricas, deixando ao prudente arbítrio do juiz. No entanto, sustentamos que a variação dessas circunstâncias não deve ir muito além do limite mínimo das majorantes e minorantes, que é fixado em um sexto. Caso contrário, as agravantes e atenuantes se equipariariam àquelas causas modificadoras da pena que, a nosso juízo, apresentam maior intensidade, situando-se pouco abaixo das qualificadoras (no caso das majorantes)*.(2)

Igual exegese compartilham nossas Cortes Superiores: "*As circunstâncias judiciais bem como as agravantes e atenuantes não possuem patamares fixos de aplicação da pena, ficando o* quantum *de elevação a critério do magistrado, desde que observada a razoabilidade. A jurisprudência, visando a balizar um critério razoável, assentou que seria adequada uma elevação que não fosse superior a 1/6 (um sexto). No entanto, cuidando-se de réu multirreincidente ou reincidente específico, revela-se escorreita a agravação da pena em patamar maior, uma vez que devidamente motivada em elemento concreto dos autos. Portanto, não há qualquer ilegalidade no agravamento da pena em 1/5 (um quinto) em virtude de o réu ser reincidente específico*" (STJ – *HC* 282148/SP – 5.ª T. – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – j. 03.05.2016 – *DJe* 10.05.2016).

"*Devido o Código Penal não ter estabelecido balizas para o agravamento e atenuação das penas, na segunda fase de sua aplicação, a doutrina tem entendido que esse aumento ou diminuição deve se dar em até 1/6 (um sexto), atendendo a critérios de proporcionalidade. Na hipótese, reconhecida a agravante da reincidência, o Juízo de primeiro grau se deteve, apenas, a mencionar o* quantum *da elevação – que se deu em patamar superior a 1/3 (um terço) –, sem declinar qualquer fundamentação a justificar a exasperação desarrazoada. Desse modo, por ausência de fundamentação e proporcionalidade, o acréscimo decorrente do reconhecimento da agravante da reincidência deve ficar na fração de 1/6 (um sexto). Ordem concedida*" (STJ – *HC* 158848/DF – 6.ª T. – Rel. Min. Og Fernandes – j. 20.04.2010 – *DJe* 10.05.2010).

"*Por não haver o Código Penal estabelecido a quantidade de aumento das agravantes genéricas, a doutrina e a jurisprudência têm entendido, com certa uniformidade, que a elevação deve ser equivalente em até um sexto da pena-base. Precedentes que chancelaram a aplicação de fração superior a um sexto, vale registrar, levaram em consideração a existência de específica fundamentação lastreada nas especiais circunstâncias da causa penal. No caso, o magistrado exasperou a reprimenda, em razão da reincidência, exatamente na fração de 1/5, sem, contudo, apresentar motivação concreta. Há, portanto, ilegalidade a ser sanada na segunda etapa da dosimetria. Recurso ordinário provido, em parte*" (STF – R*HC* 127382/MG – Rel. Min. Teori Zavascki – j. 05.05.2015 – *DJe* 19.05.2015).

Assim, a omissão legal quanto à elevação da pena pelas agravantes restou aparentemente solucionada com a adoção dos critérios fixados por nossa doutrina e seguidos de modo praticamente uníssono pelos tribunais pátrios. Todavia, o problema que ora se coloca – referente à reincidência – não é resolvido pelas balizas supramencionadas; aliás, não é sequer vislumbrado, em grande medida, pelos aplicadores da lei.

Isso porque, ao contrário das demais circunstâncias previstas na lei como agravantes (*vide* rol dos arts. 61 e 62 do Código Penal), a reincidência é uma agravante que possui um diferencial, pois se refere a uma condenação anterior.(3) Noutras palavras, o condenado terá a pena elevada por já ter cometido crime anterior, pelo qual já respondeu e cumpriu pena. Neste ínterim, se a estipulação da fração de 1/6 foi pensada para atender ao princípio da razoabilidade, pergunta-se: será que este critério doutrinário-jurisprudencial poderia ser igualmente aplicado para a reincidência?

Na observação das lides penais hodiernas, percebe-se que esta fração vem sendo indistinta e irrefletidamente utilizada pela magistratura para a valoração da reincidência na dosimetria da reprimenda, mas isso, na prática, pode afrontar justamente a necessidade de observância da razoabilidade, a qual impulsionou a adoção de tal baliza. Portanto, não basta verificar que o condenado é reincidente; é necessário também compulsar, na condenação que configurou a reincidência, qual foi a pena imposta pelo crime anteriormente cometido.

Imaginemos a seguinte hipótese: alguém comete um delito culposo ou alguma infração de pequeno potencial ofensivo. Por exemplo, acidentalmente lesiona alguém, recebendo uma pena de dois meses de detenção. Após o trânsito em julgado desta condenação, comete um latrocínio. Na fixação da pena pelo crime previsto no art. 157, § 3.º, parte final, do Código Penal, supondo que o condenado receba uma pena-base mínima, terá sua sanção

elevada em aproximadamente três anos e quatro meses, única e justamente em função daquela condenação anterior de pequena monta pelo art. 129, § 6.º, do Estatuto Penal Substantivo.

A visualização de tal exemplo parece-me demonstrar com clareza a insuficiência do critério atualmente vigente para a incidência da reincidência. Mostra-se desarrazoado que a elevação da pena por tal agravante ultrapasse a sanção imposta exatamente pelo crime que originou tal circunstância. Ora, por ter lesionado culposamente alguém, o indivíduo recebeu uma pena de dois meses de detenção e, igualmente por causa desta lesão culposa, tem sua pena por novo crime aumentada em mais de três anos de reclusão. Tal operação dosimétrica ultrapassa os limites discricionários do julgador no arbitramento da sanção.

Noutro giro, não se defende aqui que o aumento da pena de alguém, por já ter anteriormente cometido outro crime, seja inconstitucional ou represente *bis in idem*. Isso porque a reiteração delitiva realmente configura um *plus* de censurabilidade ao agente que comete novo crime e, nesse sentido, precisa ser valorada na estipulação da reprimenda adequada, inclusive como orienta o princípio da individualização da pena.(4) Contudo, o que se questiona é o *quantum* em que a elevação se dará e, sob tal prisma, não se afigura adequado ou razoável que a nova pena seja aumentada em patamar superior à sanção concretamente aplicada pelo delito pretérito.

Propõe-se aqui, então, um novo critério para balizar a incidência das agravantes. Além dos limites máximos geral e específico das demais agravantes, supraexpostos, a reincidência contaria com outro limite máximo específico *stricto sensu*: a elevação da pena não poderia ser superior ao *quantum* fixado pela condenação que originou a agravante. Assim, estaria resguardada a razoabilidade na dosimetria da reprimenda.

Por derradeiro, caberia aqui uma última ponderação: se a condenação anterior for pelo delito previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006 (posse de drogas para consumo pessoal)(5) não caberia qualquer elevação da pena pela "reincidência". Primeiramente, porque tal tipo penal não prevê qualquer pena privativa de liberdade e, seguindo o critério supramencionado, seria incabível o aumento da reprimenda pelo novo crime. Em segundo lugar, a própria caracterização da agravante estaria prejudicada, pois a reincidência ocorre pela prática de "crime" anterior (nos termos do art. 63 do Código Penal),(6) o que, por força da legalidade estrita, exclui as contravenções penais (infrações que não são punidas com detenção ou reclusão, mas apenas como prisão simples ou multa)(7) e tal exclusão, por analogia *in bonan partem*, contemplaria também a guarda de entorpecentes para uso próprio.

Isto posto, buscou-se neste estudo, de modo singelo e sem qualquer pretensão de esgotamento do tópico, o qual seguramente demanda maiores digressões, fixar um novo critério balizador para a estipulação do *quantum* de incidência da agravante da reincidência, de forma a não vulnerar a razoabilidade esperada das decisões judiciais. Portanto, em suma, se a pena concretizada pelo crime anterior for inferior a 1/6 da pena-base estabelecida na dosimetria da reprimenda pelo novo delito, servirá ela como limite máximo para a aplicação da agravante em tela.

Notas

(1) "Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I – a reincidência; (...)."

Art. 68. A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

(2) *Tratado de direito penal.* 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1, p. 557.

(3) Os requisitos para a configuração da reincidência – os quais não interessam especificamente ao objeto deste artigo – encontram-se nos arts. 63 e 64 do Código Penal.

(4) O princípio da individualização da pena encontra-se insculpido no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, ao dispor que *"a lei regulará a individualização da pena"*. Nesse sentido, não apenas o legislador deve individualizar a pena cominada a cada crime, mas também o julgador, ao aplicar a lei, não poderia tratar da mesma forma quem nunca cometeu um crime e quem já é reincidente.

(5) *"Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:*

I – advertência sobre os efeitos das drogas;

II – prestação de serviços à comunidade;

III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo."

(6) *"Art. 63. Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior*."

(7) Art. 1º da Lei de Introdução do Código Penal. "*Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente*".

Fábio Rocha de Oliveira
Especialista em Direito Público pela PUC-MG.
Graduado em Direito pela UFMG.
Assessor judiciário criminal junto ao TJMG.

A proibição das buscas e apreensões irrazoáveis na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América

Carlos Eduardo Feliciano Gouveia

Dentre os direitos individuais assegurados pelo sistema constitucional norte-americano está o de proteção da privacidade e da intimidade das pessoas contra buscas e apreensões irrazoáveis ou sem autorização judicial –"*the right of the people to be secure* (…) *against unreasonable searches and seizures shall not be violated*".(1)

Positivada na 4ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos, tal garantia trata-se, na verdade, de uma conquista dos cidadãos, encontrando-se presente nos mais diversos ordenamentos jurídicos democráticos, como o brasileiro.(2)

Ao analisar casos concretos relacionados à proibição de buscas e apreensões irrazoáveis ou sem autorização, a Suprema Corte

dos Estados Unidos, a qual possui papel de pedra angular no estabelecimento de precedentes vinculantes, começou a desenhar a moldura de aplicação da garantia em comento, com as suas principais nuances.

Nesse diapasão, apresentam-se alguns dos principais julgados da Suprema Corte sobre o tema e seus desdobramentos fáticos e jurídicos.

Um dos casos mais emblemáticos de aplicação da 4ª Emenda pela Suprema Corte dos Estados Unidos foi o de *Mapp v. Ohio* em 1961.[3]

No caso em comento, policiais entraram na casa de *Dollree Mapp* sem qualquer mandado judicial, alegando que receberam denúncias de que a moradora possuía artefatos explosivos e estaria escondendo um criminoso em sua residência.

Após vasculharem a casa e não encontrarem nada, um dos policiais achou uma caixa contendo revistas pornográficas, cuja posse era crime no Estado de *Ohio*. *Mapp* então foi condenada pelo Tribunal local pela posse dessas revistas.

A ré então apelou para a Suprema Corte, a qual decidiu que, além da ação da polícia ter sido completamente ilegal, as evidências encontradas – as revistas – não poderiam ser usadas contra *Mapp* por conta da *exclusionary rule*, a qual apregoa que evidências obtidas de forma ilegal não podem ser usadas contra o acusado. Dessa forma, a Corte inocentou *Mapp* da acusação de posse de pornografia e determinou que todos os estados federados deveriam suprimir dos processos criminais em curso provas obtidas de forma ilegal, sobretudo aquelas advindas de buscas ilegais análogas ao caso de *Mapp v. Ohio*.

Esse caso teve forte influência na mudança da cultura de investigação policial, delimitando mais firmemente as balizas constitucionais dos direitos dos investigados.

Ainda na década de 60, outro caso emblemático foi o de *Katz v. United States*,[4] no qual *Charles Katz* foi condenado por participar de um esquema de apostas ilegais com base em provas obtidas através de uma escuta realizada pela polícia – sem autorização judicial – em uma cabine telefônica pública.

A Suprema Corte então decidiu que, independentemente do local, as conversas são protegidas de interceptações policiais sem mandado judicial, justamente por uma razoável expectativa de privacidade – a Corte entendeu que escutas telefônicas contam como busca. Assim, seja em sua residência ou em uma cabine telefônica, todos devem ter seu direito constitucional à privacidade respeitado.

No começo da década de 1970, em virtude das grandes manifestações sociais que estavam ocorrendo nos Estados Unidos, sobretudo acerca dos movimentos raciais e dos protestos contra a Guerra do Vietnã, diversos casos de buscas ilegais foram julgados pelas cortes norte-americanas.

Preocupados com os rumos que as investigações policiais estavam tomando, a Suprema Corte estabeleceu em 1971, no caso *Bivens v. Six Unknowon Named Agents*,[5]que, além da anulação do ato e da desconsideração das provas dele advindas, o indivíduo que houvesse sofrido a ação ilegal da polícia poderia buscar uma reparação pecuniária contra o Estado, mesmo sem que houvesse legislação específica com essa previsão.

Desse modo, buscou-se atingir financeiramente o Estado para que o mesmo contivesse atuações que transbordassem a legalidade e violassem o texto da 4ª Emenda.

Em 1972, no auge da Guerra Fria, ficou confirmado de forma unânime pela Suprema Corte, no caso *United States v. U.S. District Court*,[6] que as atividades de inteligência que incluíssem vigilância eletrônica de suspeitos dentro do território norte-americano são consideradas buscas, e, por conseguinte, deveriam ser autorizadas por um juiz. Ressalte-se que não haveria a aludida necessidade caso a ação tivesse enfoque internacional.

Com o passar dos anos, várias linhas tênues relacionadas sobretudo ao avanço tecnológico começaram a servir de pano de fundo para os casos atinentes à 4ª Emenda julgados pela Suprema Corte, sempre com o escopo de buscar a adequação da atuação estatal à moldura constitucional.

Além disso, em 2001, logo após os atentados do 11 de setembro, foi promulgado o controverso *Patriot Act*, lei que concedeu maiores poderes para a polícia e as agências de inteligência norte-americanas para investigar suspeitos de terrorismo.

Dessa forma, em 2012, no caso *United States v. Jones*,[7] o qual tinha como pano de fundo uma investigação baseada no *Patriot Act*, a Suprema Corte decidiu que a instalação de localizadores GPS em automóveis constitui uma busca, de modo que se faz necessário um mandado judicial para tanto. Ademais, o equipamento só poderia permanecer instalado durante o tempo constante do mandado. Assim, se o tempo fosse excedido, a ação passaria a ser ilegal e qualquer prova advinda dela não seria admitida.

Em 2014, no importante caso *Riley v. California*,[8] a Suprema Corte, de forma unânime, decidiu no sentido de que para a polícia acessar o conteúdo do telefone celular de alguém, mesmo que a pessoa esteja sendo presa, faz-se necessário um mandado judicial. A justificativa da Corte foi de que o conteúdo digital de um celular não pode ser usado como uma arma para atingir um policial, por exemplo, em caso de uma tentativa de fuga do preso. Assim, os policiais podem examinar materialmente o aparelho para ver se há algo escondido ou oculto, mas para acessar os arquivos pessoais nele existentes, precisam de autorização judicial.

Dessa forma, demonstra-se em linhas gerais que a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos possui um louvável viés garantista no tocante à aplicação da proibição das buscas e apreensões irrazoáveis ou sem autorização. Alarga-se, portanto, a proteção dos indivíduos e adequa-se a atividade investigativa estatal aos ditames democráticos erigidos na Constituição Norte-Americana e compartilhados com, por exemplo, a Constituição Federal do Brasil de 1988.

Notas

(1) UNITED STATES OF AMERICA. The Constitution of the United States of America. 4th Amendment.

(2) BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988. Art. 5º, inciso XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

(3) Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961).

(4) Katz v. United States, 389 U. S. 347 (1967).

(5) Bivens v. Six Unknown Named Agents, 403 U.S. 388 (1971).

(6) United States v. U.S. District Court, 407 U. S. 297 (1972).

(7) United States v. Jones, 565 U.S. 400 (2012).

(8) Riley v. California, 573 U. S. 400 (2014).

Carlos Eduardo Feliciano Gouveia
Pós-graduando em Direito Processual Penal pela Universidade Anhanguera.
Graduado em Direito pela UFPE.
Advogado.

23° Seminário Internacional de Ciências Criminais

29 DE AGOSTO A 1° DE SETEMBRO

HOTEL TIVOLI MOFARREJ
SÃO PAULO / SP



INSCRIÇÕES ABERTAS
www.ibccrim.org.br/seminario23

REALIZAÇÃO:



PATROCÍNIO:

editora D'PLÁCIDO

38 ESCRITÓRIOS JÁ PATROCINAM O SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE 2017

Accioly, Laufer sociedade de advogados
Almeida Castro Advogados Associados
ANDRE KEHDI & RENATO VIEIRA ADVOGADOS
Arns de Oliveira & Andreazza Advogados Associados
AURY LOPES JR. 25
BADARÓ advogados
BARANDIER Advogados Associados
BRITO VANZOLINI & PORCER ADVOGADOS ASSOCIADOS
CANTERJI ADVOCACIA CRIMINAL
Costa, Coelho Araujo e Zaclis
DANIEL LIMA ADVOCACIA CRIMINAL
DIAS E CARVALHO FILHO ADVOGADOS
Dotti.
FERNANDO THOMPSON ADVOGADOS
Gamil Föppel Advogados Associados
GUAZZELLI PERUCHIN BERTOLUCI & ABRÃO Advogados Associados
IOKOI ADVOGADOS
JOYCE ROYSEN ADVOGADOS
MALHEIROS FILHO MEGGIOLARO PRADO ADVOGADOS
MARIA ELIZABETH QUEIJO E EDUARDO M. ZYNGEI ADVOGADOS
MARONNA, STEIN & MENDES ADVOGADOS
MAURÍCIO CAMPOS JÚNIOR SOCIEDADE DE ADVOGADOS
MILARÉ ADVOGADOS 20 anos
MPA MORAES PITOMBO advogados
MOREIRA PORTO · MENDONÇA · MARUJC
MUDROVITSCH advogados
NOGUÉS MOYANO advogados
OLHD & F OLIVEIRA LIMA, HUNGRIA, DALL'ACQUA & FURRIER ADVOGADOS
PAGNOZZI ADVOGADOS & ASSOCIADOS
Ráo, Pires & Lago ADVOGADOS
RIGUEIRA, AMORIM, CARIBÉ, CAÚLA & LEITÃO ADVOCACIA CRIMINAL
SAAD GIMENES ADVOGADOS ASSOCIADOS
SÉRGIO RIERA ADVOGADOS
Silveira & Salles Gomes Advogados
SCUTO CORREA
Toron, Torihara e Szafir advogados
TTB Tórtima Tavares Borges ADVOGADOS ASSOCIADOS
Zanoide de Moraes
Peresi, Braun & Castilho Advogados Associados

SAIBA COMO PATROCINAR O EVENTO!
Entre em contato pelo e-mail **educacao@ibccrim.org.br** ou telefone **(11) 3111-1040**, ramal 131.