ANO 25 - Nº 302 - JANEIRO/2018 - ISSN 1676-3661

Boletim IBCCRIM

Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

www.ibccrim.org.br

EDITORIAL

# 30 anos da Constituição Federal

A igualdade jurídica e o fim da negação de direitos das mulheres.

Uma das conquistas dos movimentos sociais, especialmente das lutas feministas, para a Assembleia Nacional Constituinte de 1988, foi a declaração expressa de que mulheres e homens *"são iguais em direitos e obrigações"*. Não é à toa que essa previsão está no inciso I do artigo 5º da Carta Magna.

Três décadas depois, é possível contabilizar importantes avanços para a efetivação da igualdade de gênero. A consagração da igualdade jurídica formal entre mulheres e homens teve impacto em uma série de práticas, entre elas nas relações estáveis como o casamento, com alterações essenciais para situações de divórcio, por exemplo. O novo Código Civil de 2002 confirmou essas mudanças e promoveu inovações na legislação sobre temas caros ao fortalecimento das mulheres em direção à equiparação entre os gêneros.

Por outro lado, verificam-se incontáveis riscos de retrocesso, que vêm aumentando, num período em que se tem observado um intenso movimento de desmonte generalizado das políticas públicas e serviços essenciais para a consecução da previsão constitucional de igualdade. A aprovação da Emenda Constitucional 95, que prevê o estabelecimento do "teto" de gastos públicos, começa a mostrar seus reflexos no desmantelamento de repasses de verbas para a consolidação e manutenção de equipamentos destinados, por exemplo, ao acolhimento das populações em situação de vulnerabilidade, mulheres dentre elas.

A aprovação, em uma Comissão do Senado Federal, da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 181/2015, que prevê a proibição de toda e qualquer forma de interrupção da gravidez, com a intenção de definir *"a vida como inviolável desde a concepção"*, pode inviabilizar avanços relativos aos direitos das mulheres de decidir sobre o próprio corpo diante de uma gravidez.

Essa PEC foi apelidada de "cavalo de troia" por trazer no pacote de suas proposições outras garantias de direitos à mulher, como aumento no tempo de licença-maternidade, e, ao mesmo tempo, retroceder em relação às poucas conquistas em relação ao aborto, que consistem na descriminalização da conduta em caso de estupro e risco à saúde da mãe[1], e no caso de feto anencefálico, confirmado pelo Supremo Tribunal Federal.

É importante ressaltar que a PEC 181/15 foi proposta por um homem legislador e foi aprovada em uma Comissão Especial do Senado Federal, exclusivamente por homens.[2]

Ainda falando sobre descriminalização e criminalização de condutas, vale mencionar a Lei de Drogas,[3] que foi considerada um instituto sofisticado para a compreensão do porte para uso pessoal como pouco gravoso e para o enfrentamento do tráfico de drogas. No entanto, trata-se de um exemplo claro de impacto negativo sobre a vida de milhares de mulheres: nos anos seguintes a sua aprovação, houve uma explosão no número de prisões pela conduta de tráfico, atingindo especialmente mulheres envolvidas com o transporte dessas substâncias.[4]

Outro tema importante que tange à esfera criminal é a Lei Maria da Penha.[5] A lei foi formulada para atender a previsão constitucional do artigo 226, que trouxe uma inovação radical com a visão de que o Estado pode – e deve – intervir nas situações de violência doméstica e familiar, diferentemente do dito popular que prescrevia a inação de terceiros diante da família ("em briga de marido e mulher, não se mete a colher").

Trata-se de uma legislação pensada de forma ampla, capaz de articular as necessidades de prevenção e atenção à integridade, física e psicológica, das mulheres, ao mesmo tempo em que traz diversas possibilidades de solução dos conflitos envolvidos na questão da violência doméstica, de ordem extremamente complexa.

Embora os números da violência contra as mulheres sigam alarmantes, verificando-se que a cada duas horas uma mulher é morta,[6] ainda é comum observar dificuldades e resistência a respeito dos encaminhamentos previstos na lei. É notória a subnotificação (recusa em se registrarem ocorrências e denúncias sob a classificação de violência doméstica e familiar) em delegacias de polícia, mesmo aquelas especializadas.

Também salta aos olhos que, nos casos de acusação de violência contra as mulheres, em que se instauram inquéritos e nos que avançam para a fase judicial, depara-se com decisões tomadas majoritariamente por homens que ocupam esses cargos de poder, e que são, em grande parte, forjados em uma cultura patriarcal e machista.

Por fim, ainda que não de forma conclusiva, vale ressaltar que a implementação dessa Lei, e de todas as previsões constitucionais destinadas a garantir a igualdade jurídica entre mulheres e homens, dependia do avanço de outras previsões da Carta de 1988, como a Reforma do Poder Judiciário, das polícias e de diversas instituições responsáveis pela implementação das políticas públicas adequadas.

Tanto a composição majoritariamente masculina desses espaços de poder quanto sua forma de operação, com pouca ou nenhuma sujeição a mecanismos de transparência e controle social, serão tratados em um dos próximos editoriais da série comemorativa do IBCCRIM sobre os 30 anos da Constituição Federal.

O IBCCRIM explicita, mais uma vez, o seu

## | Caderno de Doutrina

### | RESENHAS ACADÊMICAS

*The politics of abolition:* o abolicionismo penal de Thomas Mathiesen
André Dias de Azevedo e
Erica do Amaral Matos ____ 2

### | GCCRIMDH: RESENHA

Repensando a experiência democrática e os valores europeus no discurso de direitos humanos
Beatriz Scotton ____ 5

*Standards* de prova no Direito – debate sobre a súmula 70 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
André Nicolitt e
Raphael Barilli ____ 6

Mazelas do sistema jurídico e "teoria da gambiarra": a súmula 07 do I Fórum Nacional de Juízes Criminais
Eduardo Luiz Santos Cabette ____ 9

*Habeas corpus* não conhecido nos tribunais: o direito à liberdade em detrimento da forma não prevista em lei
Deivid Willian dos Prazeres e
Hélio Rubens Brasil ____ 10

Tempos difíceis exigem pensamentos difíceis: crítica criminológica como resposta à criminalização dos movimentos sociais
Victor Siqueira Serra ____ 13

Do Mensalão à Lava Jato: a ascensão da barganha e da colaboração premiada no processo penal
Renato de Souza Matos Filho ____ 15

### | COM A PALAVRA, OS ESTUDANTES

Delito de estupro de vulnerável: análise crítica do tipo penal
Leo Maciel Junqueira Ribeiro e
Ana Luiza Rodarte Bueno ____ 18

## | Caderno de Jurisprudência

### | JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

Superior Tribunal de Justiça ____ XXX

Peculato e relacionamento entre as instâncias penal e tributária
Helena Regina Lobo da Costa

### | O DIREITO POR QUEM O FAZ

Superior Tribunal de Justiça ____ XXX

### | JURISPRUDÊNCIAS

Supremo Tribunal Federal ____ XXX
Superior Tribunal de Justiça ____ XXX
Tribunais Regionais Federais ____ XXX
Tribunais de Justiça ____ XXX

comprometimento com o rigoroso cumprimento do texto constitucional, e apresenta, a partir deste Boletim de janeiro/2018, uma série editorial comemorativa sobre os 30 anos da Constituição Federal, com a apresentação de projetos pró-equidade de gênero, entre outras ações comemorativas e afirmativas para o fidedigno cumprimento da Carta Cidadã. Que venha 2018!

## Notas

(1) Código Penal de 1940.

(2) Código Penal de 1940.

Na sessão da Comissão Especial em que a Proposta foi aprovada para prosseguir, os 18 votos favoráveis foram de Senadores homens; tramitação completa disponível em: "http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2075449".

(3) Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006.

(4) Somente entre 2006 e 2012, no Estado de São Paulo, o número de prisões de mulheres por tráfico de drogas aumentou 5 vezes. Disponível em: "http://ittc.org.br/infografico-mulheres-e-trafico-de-drogas-uma-sentenca-tripla/".

(5) Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra as mulheres, nos termos do § 8o do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.

(6) Dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, disponibilizado em outubro de 2017: "http://www.forumseguranca.org.br/atividades/anuario/".

RESENHAS ACADÊMICAS

# *The politics of abolition:* o abolicionismo penal de Thomas Mathiesen

*André Dias de Azevedo e Erica do Amaral Matos*

*The Politics of Abolition*,(1) de **Thomas Mathiesen**, foi publicada em 1974, na Noruega. Dentre suas obras mais conhecidas estão *The Defence of the Weak* (1965) e *Prison on trial* (1990), ambas publicadas na língua inglesa. Embora menos difundida do que outras do autor, *Politics* é louvada contribuição à pesquisa criminológica e passo importante para o amadurecimento da teoria abolicionista penal.

Problemas circundam o sistema penal e prisional em todo o mundo. Há, contudo, diferenças significativas entre a realidade brasileira e a internacional. Enquanto a Noruega, pátria de **Mathiesen**, recebe as honras de possuir *"a prisão mais humana do mundo"*,(2) o Brasil ainda mantém prisioneiros em condições que degradam o ser humano em sua essência. A realidade norueguesa e brasileira são bastante diferentes.

Diante de tal contexto, a obra expõe um paradoxo: como é possível a corrente abolicionista ter seus maiores precursores em países em que o modelo prisional é tido como "exemplo"? Até mesmo esses sistemas "humanos" devem ser abolidos? Para solucionar os problemas do sistema penal brasileiro, então, não bastaria humanizar as condições a que são submetidos os detentos, por meio da melhoria das instalações físicas, construção de novos presídios e prestação de serviços básicos de assistência?

Para responder a tais indagações e entender as premissas abolicionistas, *The Politics of Abolition* apresenta-se como leitura indispensável, tanto pelos conceitos teóricos desenvolvidos, quanto pela narrativa da trilha militante traçada pelo autor em seu país.

## The Politics of Abolition

Estruturalmente, o livro é composto por três trabalhos independentes de **Mathiesen**. A **primeira parte**, *The Unfinished*, ou O Inacabado, aborda conceitos familiares aos conhecedores da obra do autor, como *unfinished*, *alternative*, *competing e contradiction*. Fala ainda sobre as características da *action research*, ou pesquisa-ação.

A **segunda parte** traça um roteiro histórico sobre as conquistas e desafios enfrentados na Escandinávia no caminho em busca de um sistema penal mais justo. O leitor encontrará um *roadmap* para a criação e desenvolvimento de entidades ativistas no âmbito do sistema penal e prisional. O cuidadoso trabalho do autor apresenta o percurso que conduziu às vitórias e às derrotas, as preocupações relevantes e as desnecessárias, os desafios, os maiores aliados e os mais perigosos oponentes que o ativista poderá encontrar. Serve a obra como fiel relato histórico da luta escandinava na construção do "sistema penal mais humano do mundo",(3) mas principalmente como manual útil e detalhado aos líderes de outros movimentos ao redor do globo, possibilitando a antevisão dos resultados da árdua empreitada que é o ativismo penal.

De início, o autor oferece um relato em primeira mão do surgimento dos chamados grupos de pressão nos países nórdicos. O esforço pioneiro foi feito na Suécia, com a criação do KRUM (*Riksförbundet för kriminalsvardens humanisering*, ou Associação Nacional Sueca para Reforma Penal). A associação foi fundada em 1966 e resultou do chamado Parlamento dos Ladrões, movimento que contou com a participação de acadêmicos, advogados, parlamentares e ex-detentos, e culminou com uma série de encontros realizados no parlamento sueco com a presença dos próprios presos. Lá, todos tiveram voz, todos puderam expressar suas angústias acerca do funcionamento do sistema penal e prisional sueco. Dos encontros, resultou a criação do KRUM, que atingiu seu ápice em 1974, com 1200 membros.

A atividade da KRUM gerou grande interesse dos vizinhos escandinavos. Finlândia e Dinamarca seguiram seus passos com a criação dos KRIM, em 1967: nasceu na Dinamarca a *Foreningen for Human Kriminalpolitik* (Associação para uma Política Criminal Humana) e, na Finlândia, a *Forëningen för fangar* (Associação de Presos). A KRIM finlandesa optou desde o nascimento por um viés humanitário, abrindo oportunidade para o nascimento, naquele mesmo ano, de outra organização com vocação política: *The November Movement*.

O sociólogo **Thomas Mathiesen** acompanhou com grande interesse o nascimento e primeiros passos da KRUM na Suécia. A ideia de criação de uma entidade semelhante na Noruega foi instantânea. Em 1967, foi realizada a primeira reunião. Foram convidados acadêmicos, autores, advogados e outros envolvidos no sistema penal e penitenciário norueguês. Em razão de divergências internas iniciais entre acadêmicos e práticos, foi criado um grupo de trabalho para amadurecimento das ideias iniciais para a entidade e para a condução dos trabalhos de sua constituição formal. O presidente da KRUM sueca foi convidado para proferir palestra e auxiliar nas discussões. Nessa reunião, criaram o nome KROM(4) – *Norsk forening for kriminal reform* (Associação Norueguesa para Reforma Penal) – e elegeram uma diretoria interina, da qual **Mathiesen** era o presidente.

Dois objetivos principais foram formulados para a associação: 1) no longo prazo, provocar mudança na concepção geral da ideia de punição

e substituir o sistema prisional por medidas atuais e adequadas; e 2) no curto prazo, *"derrubar todas as paredes que não sejam estritamente necessárias"*, humanizar as várias formas de aprisionamento e amenizar o sofrimento que a sociedade inflige no prisioneiro. Nesse momento inicial, não havia detentos na diretoria, mas sua presença era desde o início uma meta da associação.

O nascimento da KROM foi conduzido por **Mathiesen** e pela diretoria interina com muito cuidado, de forma a evitar alguns dos percalços enfrentados pela KRUM em seus primeiros anos. Foi um processo que se alongou por meses, exigiu diversas reuniões, envolveu grupos de trabalho e organização de eventos para discussão dos temas afetos. Mesmo assim, isso não evitou que a KROM enfrentasse seus próprios desafios, minuciosamente detalhados pelo autor.

Como um exemplo, **Mathiesen** debruça-se longamente sobre a resistência das autoridades no contato entre KROM e os detentos. A conclusão do autor é que esse contato causaria desordem em importantes aspectos das funções sociais do encarceramento. Primeiro, atrapalharia o que o autor chama de função expurgatória do aprisionamento. A KROM exporia a superestrutura ideológica das prisões. Segundo, o contato KROM-detento tornaria inócua a função de drenagem de poder da prisão, empoderando os aprisionados, que adquirem força e poder de oposição aliando-se com pessoas do exterior. Terceiro, enfraqueceria a função diversionista da prisão, expondo a distinção entre os que efetivamente estão aprisionados, e os que deveriam estar e não estão. Finalmente, em quarto lugar, o contato com a KROM deturparia a função simbólica da prisão.

Em seguida, ele também apresenta vitórias importantes da KROM sob sua presidência. Cita especificamente resultados favoráveis em ações de cunho abolicionista, intransigente quanto à proposição de "alternativas" ao sistema vigente.

A **terceira parte** é uma análise dos excluídos e das respostas que podem dar à coação vinda do supersistema penal. **Mathiesen** afirma que a resposta racional à coação de cima será sempre a organização de baixo. A organização de baixo – dos detentos –, não será facilmente aceita pelos de cima – as autoridades –, que buscarão aplicar técnicas de contraorganização. A principal técnica de contraorganização narrada pelo autor é o isolamento.

Essa técnica foi utilizada na Grande Greve Nacional de Outubro, iniciada na prisão de Österåker, na Suécia, em 1970. **Mathiesen** foi convidado a participar das negociações entre presos e autoridades como observador externo. No episódio, ao qual **Mathiesen** dedica boa parte de sua obra, 35 presídios e cerca de 70% dos 4.800 detentos daquele país aderiram a uma greve de fome em razão das más condições dos presídios. De sua experiência nesse episódio, o autor extrai os conceitos mais relevantes de sua obra.

A greve, a maior daquele país, gerou grande interesse por parte dos presos e dos criminólogos em geral. A greve tomou as autoridades de surpresa e deu grande força ao movimento dos presos, que estavam sob assistência legal e política da KRUM. No meio das negociações, contudo, as autoridades endureceram e pouco ou nenhum resultado prático em favor dos presos foi obtido. As autoridades repeliram com sucesso os esforços posteriores, incluindo uma mortal greve de sede, aplicando dentre outras técnicas o isolamento em solitária.

Uma das principais conclusões de **Mathiesen**, como observador do episódio, foi que os presos não têm possibilidade intrínseca de ameaçar o sistema prisional[5] porque não contribuem com o sistema.

Essa e outras conclusões fazem da obra valiosa orientação estratégica para as frentes de atuação política em desenvolvimento mundo afora, através da notável capacidade de depuração dos dados históricos da luta da KRUM e da KROM. É útil não só como guia prático do que fazer, mas constitui também um mapa detalhado das armadilhas e contragolpes que esperar dos opositores.

## Conceitos

O ponto de partida do livro está no conceito de *"unfinished"*, substancial para entender a teoria abolicionista de **Mathiesen**. Para o autor, qualquer tentativa completa e acabada de mudança na ordem vigente – entendida como a lógica de subordinação ao capital e a utilização do Direito Penal como instrumento da manutenção dessa estrutura – está fadada ao fracasso. Por mudanças, o autor refere aquelas efetivamente estruturais e não meramente reformistas.

Assim, por mais distintas que sejam as realidades de Brasil e Noruega, ambas respondem à mesma estrutura econômico-social, de tal modo que a prisão cumpriria a mesma função garantidora da ordem vigente e de controle das classes subalternas, seja por meio de seu característico estigma, como também neutralização ou até exclusão.

Assim, para propor uma mudança de fato estrutural, **Mathiesen** trabalha com dois outros importantes conceitos: a contradição e a competição. A mudança desejada, nesse sentido, deve *contradizer* o sistema vigente e, ao mesmo tempo, com ele *competir.* Dessa forma, a mensagem a ser passada deve trazer algo que ainda não é integrado ao atual sistema, ou, nos termos da obra, ser estrangeira.

A ideia de *unfinished* opõe-se à ideia de a mensagem estrangeira estar completamente formada (no sentido de não ser simplesmente sugestiva). Está, portanto, fora da ordem vigente e, ao mesmo tempo, deve estar "terminada" (*finished*), ao considerar que suas consequências ainda devem estar esclarecidas. É através da abolição da ordem vigente que se inicia o "inacabado" (*unfinished*).

À luz de tais preceitos, **Mathiesen** destaca, através do relato da experiência da KROM em seus primeiros anos, a necessidade de compreender a diferença entre revolução e reforma para então entender o abolicionismo. Enquanto a reforma preocupa-se com questões não centrais na estrutura do sistema, mantendo seu *status quo*, a revolução busca a superação de tais elementos.

O autor não nega que presos possuem necessidades urgentes que por vezes antecedem a revolução – itens básicos de higiene, melhoria nas condições físicas dos presídios, aplicação correta da legislação, dentre outras – que pediriam reforma imediata. As reformas têm como objetivo a melhora da ordem vigente. No entanto, tais melhorias se limitam a aspectos vestibulares, mantendo a estrutura principal do sistema. Em última análise, reformas legitimam a ordem combatida, postergando, assim, a almejada abolição.

Nessa linha, organizações como a KROM trabalhavam com objetivos de longo e de curto prazo: melhorar a situação das pessoas encarceradas e a abolição das formas de punição vigentes. Durante seus primeiros anos, a KROM sofreu intensa pressão para que se engajasse em trabalho humanitário em detrimento do trabalho político que vinha fazendo. Essa pressão, vale dizer, não vinha apenas de indivíduos externos à organização, mas também dos próprios presos. A necessidade de ver "resultados" rápidos por parte da população aumentou a pressão pelos trabalhos humanitários, que passaram a imagem de protesto ao sistema, sem, na verdade, criticar suas premissas, regras e estruturas.

No entanto, a KROM e o autor avaliavam que as associações humanitaristas, ainda que dotadas de boas intenções, se tornariam dependentes do sistema, a ele se incorporando. Nesse sentido, a KROM paralisaria as mudanças políticas que a norteavam e não mais desafiaria as fundações daquela ordem que se almejava combater, agindo, nas palavras do autor, em conformidade com suas condições.

**Mathiesen** sempre reconheceu a importância desse tipo de trabalho. Contudo, defende que seja levado a cabo por outras organizações de natureza assistencialistas. Grupos de pressão política como a KROM, em sua experiência, devem exercer trabalho essencialmente político e revolucionário em termos de política criminal.

O autor narra com riqueza de detalhes os percalços enfrentados pelos grupos de pressão nórdicos. O aprendizado levou a KROM a adotar uma

linha política mais clara, seguindo o ideal abolicionista. A aplicação da política abolicionista deu-se por meio da utilização de políticas e práticas defensivas e expositivas.

Um dos pressupostos abolicionistas defendidos por **Mathiesen,** e visível na atuação da KROM, é a rejeição a alternativas. Isso porque estas possuem um efeito necessariamente conservador, uma vez que pressupõem identidade de objetivos com a presente ordem de coisas. Dessa forma, as alternativas acabariam por manter a estrutura e também os objetivos parciais necessários para atingir o objetivo maior. Assim, uma alternativa à prisão funciona apenas como substituição do meio para se atingir o mesmo objetivo final – por exemplo, a exclusão da clientela penal. Mantêm-se os objetivos maiores e, como corolário, a mesma estrutura deficiente e combalida.

Mas, além da rejeição a reformas e alternativas, os intentos abolicionistas enfrentarão outro desafio: a manutenção de suas vitórias. Alinhadas a essa ideia estão as **políticas defensivas** que devem acompanhar a luta abolicionista. Enquanto esta se preocupa em combater os sistemas já estabelecidos, a política criminal deve ser defensiva, no sentido de prevenir a implantação de novos sistemas que se assemelhem com o abolido. Nas palavras do autor, todo o cuidado é necessário com formas mascaradas de punição que venham a reboque dos sucessos abolicionistas.

De outro lado, **Mathiesen** defende que o abolicionismo deve ser acompanhado de uma **política expositiva**. Os verdadeiros interesses e as reais condições do sistema punitivo devem ser expostos à população. Só assim, conhecendo o sistema, se torna possível o seu combate, evitando que este seja legitimado ou, ainda, justificado.

Já na década de 70, o autor sinalizava a importância no desenvolvimento a curto prazo de ações que melhorassem as condições de vida dos presos. Embora à primeira vista possa parecer contraditório com as premissas de revolução, o autor enfatiza ser necessário reconhecer a necessidade contemporânea das pessoas encarceradas de condições humanadas de vida, tais como recursos materiais e econômicos. Esse trabalho, que chamou de *voluntariedade*, deveria ser desenvolvido de forma prioritária, porém mantendo o objetivo da abolição do sistema.

Diante disso, **Mathiesen** conclui sua reflexão a respeito do desenvolvimento da KROM listando os seguintes objetivos da organização: (i) perturbação das funções sociais da prisão; (ii) questionamento da política das autoridades; (iii) promoção da abolição dos meios de controle; (iv) revelação das ideologias punitivas.

## Conclusão

A obra de **Mathiesen** impressiona. Sua experiência teórica e prática trazem rara contribuição ao desenvolvimento da luta por sistemas penais mais justos. A conexão entre a atuação jurídica, legislativa e política na busca de soluções para o sistema penal é tarefa que ele executa com competência. Desenvolvendo a estratégia que ele resume no conceito de 'revolução permanente', ele a encima com o que é seu objetivo principal: a abolição das prisões. Ao lado de **Nils Christie** e **Louk Hulsman**, **Thomas Mathiesen** conquistou posição de referência na luta abolicionista.

A abolição de prisões, contudo, implica a abolição também da sociedade que precisa de prisões. Hoje, vivemos numa tal sociedade que não é possível, de imediato, aboli-la. Daí a conciliação que empreende o autor entre o objetivo de abolição de prisões e a exaltação de ganhos parciais de curto prazo, desde que esses conduzam, no longo prazo, à abolição.

Nesse ponto, importante que se faça uma ressalva. O próprio autor, em *"About KROM – Past – Present – Future"*[6] (2000), reconhece nos dias de hoje que reformas são mais do que necessárias. Muito embora tenha afirmado, na obra de 1974, que propostas 'positivas' apenas legitimariam o sistema vigente, o autor é convicto ao afirmar, hoje, que a experiência dos anos passados mostrou que *"a prisão prospera com ou sem a humanidade."*

Segundo **Mathiesen**, sendo as prisões ambientes completamente degradantes e desumanizantes, enquanto elas existirem, é de fato necessário trabalhar por reformas positivas, provendo melhoria de vida para os detentos por meio da luta por melhores condições carcerárias.

A mudança no sentido de admitir reformas positivas também vem ao encontro de outra nota distinta no pensamento mais recente do autor: a defesa da prisão para certos casos.[7]

A teoria abolicionista de **Mathiesen** consiste em ainda atualíssimo estudo criminológico. Sua contribuição, não só para a teoria, mas também, e talvez sobretudo, para a práxis deve ser reconhecida e prestigiada.

A obra, em si, é de episteme própria e complexa, com uso de termos como 'inacabado', 'contradição', 'alternativa', todos com significado muito próprio dentro das obras do autor, mas de acesso não intuitivo ao leitor visitante. Essa característica é explicada em parte também pela particular proposta científica de **Mathiesen**: colocar-se no encontro da sociologia, criminologia e Direito Penal, em particular por meio de ações políticas.

O desenvolvimento de *The Politics of Abolition* é vacilante. A composição em *essays* – que o próprio autor autoriza sejam lidos separada e acronologicamente – tira da obra um fio condutor. Acabam por ser blocos de informação independentes, porém complementares. O coração da obra, sem dúvida alguma, é o relato histórico da experiência prática vivida no contexto da década de 60 e 70 nos países nórdicos. O destacado papel acadêmico e ativista de **Mathiesen** garante ao leitor uma viagem em primeira classe pela evolução do sistema penal e prisional escandinavos. Da proposta,**Mathiesen** se desincumbe com sucesso, trazendo inestimável contribuição prática e científica a todo aquele que desça às trincheiras em prol de mudanças no sistema penal e penitenciário. E, por que não, em prol de sua abolição.

Thomas Mathiesen nasceu em 5 de outubro de 1933, na Noruega. É professor de sociologia do Direito na Universidade de Oslo. Publicou, em 2017, *Cadenza: A Professional Autobiography*.[8]

## Notas

(1) Mathiesen, Thomas. The politics of abolition: essays in political action theory. Oslo: Universitetsforlaget, 1974.

(2) Nesse sentido, ver: The Norwegian prison where inmates are treated like people In: *The Guardian*. Disponível em: <https://www.theguardian.com/society/2013/feb/25/norwegian-prison-inmates-treated-like-people>. Acesso em: 26 jun. 2017.

(3) Conjur. *Noruega consegue reabilitar 80% de seus criminosos*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jun-27/noruega-reabilitar-80-criminosos-prisoes>. Acesso em: 26 jun. 2017.

(4) KROM não tem significado algum, sendo apenas uma aproximação do acrônimo sueco KRUM, este sim acrônimo aproximado de *Riksförbundet för kriminalsvardens humanisering*, ou Associação Nacional Sueca para Reforma Penal.

(5) Essa visão encontra discordância de alguns autores, para quem os presos contribuem com o sistema por meio da manutenção da ordem. Talvez Mathiesen não dê a devida importância a essa contribuição em razão do diminuto tamanho das prisões escandinavas, em que a questão da disciplina pode não ser tão relevante quanto em prisões brasileiras como o Complexo de Curado, PE, com 7.000 detentos. Ver: *Maior cadeia do Brasil tem favela e área 'Minha cela, minha vida' para presos VIP*. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-36496295>. Acesso em: 26 jun. 2017.

(6) Disponível em: <http://krom.no/hva-er-krom/>. Acesso em: 26 jun. 2017.

(7) Mathiesen, Thomas. A caminho do século XXI – abolição, um sonho impossível? In: Passetti, Edson.; Silva, Roberto.B.D, da (Org.). *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCRIM, 1997. p. 277.

(8) Disponível em: <https://www.amazon.com/Cadenza-professional-autobiography-Thomas-Mathiesen/dp/1911439073>. Acesso em: 26 jun. 2017.

*André Dias de Azevedo*
Mestrando em Direito Penal na Universidade de São Paulo.
Advogado.

*Erica do Amaral Matos*
Mestranda em Direito Penal na Universidade de São Paulo.
Advogada.



ANO 25 - Nº 302 - JANEIRO/2018 - ISSN 1676-3661

GCCrimDH: RESENHA

# Repensando a experiência democrática e os valores europeus no discurso de direitos humanos

*Beatriz Scotton*

O livro *Teoria social, democracia e autonomia*, de **Cássio Brancaleone**, questiona a cristalizada ideia de um modelo democrático-liberal como única alternativa para a preservação da segurança e das liberdades individuais. Essa perspectiva vem condicionada à *forma-estado*, a qual se propõe como garantia de realização da democracia, ao mesmo tempo em que impede qualquer experiência democrática concreta.

De acordo com autor, a *forma-estado* legitima e naturaliza a distinção entre quem é governado e quem governa, entre quem detém e controla os meios de gestão da vida coletiva e o rebanho, assim como a *forma-capital*, que legitima e naturaliza a expropriação do cidadão em relação ao produto de seu trabalho. Ambas as formas criam sociabilidades hierarquizantes, de subordinação e alheamento.

Na maior parte dos países ocidentais, temos uma democracia estatal capitalista, resultante de um processo sócio-histórico baseado no modelo europeu de Estado-nação, compatível com as necessidades de desenvolvimento dos mercados internos e da complexificação social da época. Até hoje, o modelo segue tão entranhado em nossa visão de mundo que se mantém inquestionável a ideia da democracia liberal como *"forma civilizatória mais acabada de toda possível dialética dos conteúdos"* (BRANCALEONE, 2015, p. 78).

A simbiose moderna entre Estado e Democracia segue uma pretensão universalizante e civilizatória da própria noção de governo, a qual nos é imposta pelas grandes potências econômicas em suas intervenções "civilizadoras", legitimadas pelas organizações internacionais e pela pretensão, dessas mesmas potências, da criação de uma nova ordem mundial, a qual exige a normalização e pasteurização de sistemas econômico-políticos em democracias estatais capitalistas.

Esse projeto de uniformização de sociedades e sociabilidades serve aos interesses da exploração capitalista neoliberal, pois *"a acumulação de capital sempre depende da apropriação de espaços não capitalistas, da mercantilização de espaços ainda não mercantilizados (...)"* (SCHACHERREITER; GONÇALVES, 2016, p. 590), por meio de violência e espoliação, principalmente da terra, essencial para o sustento material e manutenção da identidade cultural de povos tradicionais e camponeses.

A luta desses povos contra a expropriação de suas terras por multinacionais, pela especulação financeira e por governos estrangeiros é totalmente invisibilizada pela história mundial por direitos sociais, cuja narrativa é hegemônica e eurocêntrica, pois coloca a Europa como *"centro que irradia transformações para o resto do mundo"* (SCHACHERREITER; GONÇALVES, 2016, p. 581), sem considerar a enorme contribuição de movimentos camponeses ocorridos na chamada periferia do mundo, como, por exemplo, a Revolução Mexicana (1910-1917), a qual inaugurou o reconhecimento constitucional dos direitos sociais e econômicos em todo o mundo.

De acordo com **Judith Schacherreiter** e **Guilherme Gonçalves**, o paradigma de direitos humanos é uma versão do difusionismo eurocêntrico, uma prática de universalização de uma experiência específica, possível por conta do discurso humanista e pela linguagem dos direitos humanos para concessão de créditos pelo FMI ou pelo Banco Mundial e para efetivação de políticas de livre comércio.

A ideologia neoliberal estabelece uma receita de desenvolvimento, importado das noções de democracia burguesa e Estado-nação, garantindo o projeto de recolonização dos países ricos e expansão do capital transnacional, pois a aplicação dos direitos humanos é normalmente realizada por intervenções econômicas de países ricos ou instituições financeiras.

O levante zapatista de 1994 é uma das lutas contra o roubo da terra e a acumulação neoliberal que foram invisibilizadas: os camponeses e os povos indígenas da região montanhosa de Chiapas, no México, se rebelaram contra a nova legislação agrária e uniram forças para a defesa do modelo camponês de organização agrária, tal como definido no artigo 37 da Constituição Mexicana, de 1917, por **Emiliano Zapata**.

A resistência zapatista *"não pode ser reduzida ao conflito entre Estado e sociedade em que se fundamenta a condição dominante de direitos humanos"*, pois se situa em um contexto de atrito entre *"atores não estatais como redes mundiais de movimentos sociais, empresas multinacionais, sistemas financeiros globais e instituições internacionais"* (SCHACHERREITER; GONÇALVES, 2016, p. 587), constituindo um paradigma que rompe com o nacionalismo eurocêntrico.

Ainda de acordo com os autores **Judith Schacherreiter** e **Guilherme Gonçalves**, o movimento neozapatista reuniu conceitos indígenas de organização da terra com a crítica marxista ao neoliberalismo, o que resultou em práticas revolucionárias de autogestão e no resgate de concepções jurídicas provenientes da Revolução Mexicana, principalmente em relação à propriedade da terra. Esta era compreendida como pertencente a toda a comunidade, e não aos indivíduos, tal como ocorreu após as modificações feitas pela reforma neoliberal de 1992, que permitiram a entrada e exploração das terras por companhias transnacionais.

Nesse contexto, o Exército Zapatista de Liberação Nacional exerceu papel central para repensar alternativas ao processo de concentração de terras nas mãos dos interesses estrangeiros, atuando até mesmo no cenário internacional, quando reivindicou a Convenção 169 da OIT, colocando a questão social como transnacional, *"denunciando os limites do modelo jurídico liberal e sua incapacidade de lidar com questões redistributivas"* (SCHACHERREITER; GONÇALVES, 2016, p. 627). Além disso, os zapatistas praticam a autogestão, que também desafia o lugar-comum da experiência democrática estatal como única forma de governo e sua lógica hierarquizante.

Os curdos dão outra amostra de autogestão como opção, principalmente nas vilas curdas de Rojava, na Síria, onde há apoio político de esquerda do PKK, o Partido dos Trabalhadores do Curdistão. Eles se organizam no âmbito social e político em tribos que estabelecem livremente relações entre si; e o apoio dado aos líderes das tribos segue critérios que não se baseiam na hereditariedade, mas no confederalismo democrático, este definido não como *"(...) um sistema estatal, mas sim um sistema democrático do povo sem Estado"* (*O Rio de uma montanha tem muitas curvas*, p. 25).

O povo curdo tem sido usado como peões para alavancar a posição das potências mundiais na região, que cinicamente apoiavam revoltas curdas enquanto, a poucos quilômetros de distância, também apoiavam a repressão de um outro regime contra vilas curdas. De acordo com o artigo *O Rio de uma montanha tem muitas curvas*, após o fim da União



ANO 25 - Nº 302 - JANEIRO/2018 - ISSN 1676-3661

Soviética, o PKK começou a fazer autocríticas e, a partir de 2006, após um congresso, decidiu-se que eles colocariam em prática as ideias anarquistas do pensador político estadunidense **Bookchin**. Em 2011, a guerra civil na Síria possibilitou a concretização dessas ideias em três principais eixos: municipalismo libertário, pluralismo radical e ecologia social.

O movimento se inspira fortemente nos pensamentos anarquista, feminista e ecológico contemporâneos, dialogando com a experiência zapatista, já que no centro dessa experiência estão os "conselhos locais", que incentivam a máxima participação possível do povo de Rojava. As assembléias têm tido importância prática na organização social dos curdos por centenas de anos, e trabalham com o modelo de democracia direta, ou seja, todos os participantes podem falar e votar nas propostas. Todas as decisões dos conselhos superiores devem passar pelo crivo dos conselhos locais, por meio da participação de seus membros, com objetivo de maximizar o poder local e a descentralização, alcançando com isso um certo grau de coordenação regional e troca de informações.

As mulheres se encontram no fundamento da estrutura de luta por uma sociedade mais justa e democrática, sem as imposições do patriarcado, que domina a ordem capitalista e causou o surgimento da organização do Estado-nação.

A realização do autogoverno como instâncias de comunicação, coordenação e execução de demandas oriundas das bases, tanto na experiência curda, quanto no México, é ponto de esperança e aprendizado para a efetivação da administração coletiva, fundada em valores diferentes dos europeus e estadunidenses.

Assim, é fundamental criticar o discurso hegemônico dos direitos humanos, considerando outras perspectivas que não a européia, para não se deixar ser mero repetidor de ideologias colonizadoras, retomando um papel protagonista do povo e fazendo valer o princípio de autodeterminação dos povos, consagrado na Declaração Universal de Direitos Humanos.

## Referências

Brancaleone, Cássio. *Teoria social, democracia e autonomia*. Azougue Editorial: Rio de Janeiro, 2015.

*Quase 15 anos de autogoverno zapatista.* Disponível em: <http://racismoambiental.net.br/2017/08/06/quase-15-anos-de-autogoverno-zapatista-em-chiapas-a-revolucao-continua/> Acesso em: 22 de setembro de 2017.

O rio de uma montanha tem muitas curvas: uma introdução à revolução de Rojava (Strangers in a Tangled Wilderness) In: *Soresa Rojavayê: revolução, uma palavra feminina*. Traduzido, organizado e publicado por Biblioteca Terra Livre e Comitê de Solidariedade à Resistência Curda de São Paulo.

Schacherreiter, Judith; Gonçalves, Guilherme Leite. A luta zapatista pelo direito à terra: antecedentes, estratégias e dimensões transnacionais. In: *Revista Direito & Práxis*. Rio de Janeiro, v. 07, n. 13, 2016, p.575-635.

***Beatriz Scotton***
Mestranda do Programa Europeu de Direitos Humanos e Democratização do Centro Interuniversitário Europeu.
Participante do grupo de estudos GCCrimDH.
Advogada.

# *Standards* de prova no Direito – debate sobre a súmula 70 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro



*André Nicolitt e Raphael Barilli*

A investigação "Calabar"[1] conduzida pela Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro revelou, dentre vários desvios de conduta de policiais militares, a prática de apresentação de flagrantes forjados para cumprimento de metas, acendendo, em meio a diversas questões de ordem jurídica e moral, a discussão em relação à utilização de depoimentos dos seus agentes como única prova para condenação. É notório que diversas situações de flagrante envolvem exclusivamente a presença dos policiais e do acusado, de modo que é quase intuitivo pensar que o depoimento dos agentes deva ganhar um relevo maior para fins de prova. E essa forma de pensamento ganhou, inclusive, o status de enunciado normativo pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (súmula 70), que afirma: "*o fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação.*"[2]

O verbete referido veio atender uma necessidade, em razão de inúmeros juízes proferirem decretos absolutórios ao argumento de que a prova formada exclusivamente por depoimentos de agentes policiais não seria o bastante para a condenação. Nesse sentido, sob o pretexto de resolver a questão, a súmula acabou invertendo o problema, de modo que muitos juízes passaram a formar seus decretos condenatórios com base no entendimento sumulado, atribuindo a tais depoimentos uma "credibilidade especial" ou mesmo uma presunção de veracidade, considerando-os suficientes para a condenação.

Questiona-se no presente a viabilidade de tal entendimento para fins de *standard* de prova no processo penal, visto que desvios de finalidade em larga escala são capazes de comprometer a avaliação do conjunto probatório.

## 1. *Standards* de prova – uma breve reflexão

Uma das grandes características do raciocínio jurídico, e muito do que se entende o Direito sob o ponto de vista prático, é o fato de se desenvolver sob condições de incerteza.[3] Na definição de um caso jurídico específico, o juiz, as partes, o delegado na investigação, entre outros deverão lidar com testemunhas com versões contraditórias, documentos desaparecidos, provas parciais e uma série de outros impedimentos que tornam a verdade real inacessível.[4]

Diante desse cenário, temas centrais como o ônus de prova, os *standards* e as presunções ganham especial atenção por parte do Direito, de modo que nos revelam o nível de certeza exigido pelo ordenamento jurídico para se chegar a uma determinada conclusão.[5] Ademais, a definição dos sistemas passa também por uma questão valorativa, já que escolher adotar uma presunção considerando algo constatado sem necessidade de prova, ou um determinado *standard* para fins de avaliação da prova envolve naturalmente uma escolha entre valores que serão protegidos ou sacrificados sob o ponto de vista normativo.

Sendo assim, os *standards* de prova funcionam como critérios de decisão para se considerar determinada hipótese provada, ou seja,

representam um nível ou grau ao qual a prova e as alegações serão submetidas para serem consideradas verdadeiras sob o ponto de vista fático e, portanto, persuasivas. É como ensina **Luis Felipe Pires de Souza** ao dizer que *"um standard de prova consiste numa regra de decisão que indica o nível mínimo de corroboração de um hipótese para que esta possa considerar-se provada, ou seja, possa ser aceita como verdadeira."*[6]

Nos casos de natureza patrimonial, o *standard* utilizado é o *preponderance of evidence* (preponderância das evidências) para os casos de *more likely than not*(onde a alegação deve ser mais provável do que não), que parte de uma simetria e igualdade entre partes e os interesses em questão. Neste caso, basta que o demandante prove sua alegação com preponderância de 50,01%, de modo que sua alegação será considerada persuasiva vindo a tornar-se vitorioso, do contrário a outra parte será vitoriosa.[7]

Todavia, mesmo em casos de natureza cível onde os interesses discutidos merecem uma maior proteção, o nível de exigência pode subir, sendo a lógica que demandou a criação do chamado *clear and convincing* (claro e convincente) para casos chamados de *much more likely than not* (onde a alegação deve ser muito mais provável do que não), onde seria demandado um grau de certeza ainda maior.[8] Essa sistemática é a que encontramos, por exemplo, em questões envolvendo filiação, o que demanda uma análise mais apurada, não sendo possível que uma simples relação de preponderância seja suficiente para se considerar a relação de parentesco e suas obrigações decorrentes.[9]

Já nos casos de natureza criminal, o valor da proteção à liberdade sem dúvida exige um nível de suficiência ainda mais elevado (e aqui vemos novamente a escolha valorativa alterar o sistema), levando ao standard do *proof beyond a reasonable doubt* (prova acima de dúvida razoável), que em termos percentuais exigiria algo muito acima da mera preponderância. Ou seja, para se admitir uma evidência de que alguém cometeu um crime, não é suficiente que haja uma simples preponderância de evidências, mas sim é necessário que não paire dúvidas sobre a alegação, gerando-se um estado de "quase certeza", do contrário, as evidências não serão admitidas em sua veracidade e as alegações não serão confirmadas como persuasivas.[10]

Aqui poderíamos questionar se o referido *standard* de prova não acabaria por beneficiar possíveis criminosos em razão do grau elevado de prova exigido para sua condenação, sendo que a resposta advém há tempos na doutrina do *common law* de **Willian Blackstone**[11] para quem *"é preferível que 20 homens culpados sejam inocentados do que 1 homem inocente seja condenado injustamente"* apontando o panorama valorativo garantista que rege o processo penal nos Estados Democráticos de Direito.[12]

Vemos que a definição do standard *proof beyond reasonable doubt* encontra-se na dinâmica dos artigos 383 e 384 do Código de Processo Penal[13] e no princípio da presunção de inocência[14], que exigem para a condenação um juízo de certeza, enquanto que a dúvida favorecerá o réu. Diante disso, faz-se necessário observar se o entendimento firmando pelo enunciando da súmula 70 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro cumpre minimamente a ideia proposta pelo critério fixado, especialmente diante dos inúmeros casos de desvio de finalidade que servem para enfraquecer ainda mais essa "certeza".

## 2. Súmula 70 do TJRJ e o *standard* do *proof beyond reasonable doubt*

O enunciado da súmula 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro acabou por criar um entendimento a contrário senso de que o depoimento exclusivo de policiais é suficiente para a condenação. O que o tribunal está dizendo é que seria suficiente, para se considerar um fato provado e a alegação persuasiva, o testemunho fornecido pelos agentes de segurança, independentemente de outras provas, fornecendo, portanto, uma certeza acima de dúvida razoável para a condenação.

Note-se que a ideia de *standard* não se opõe totalmente ao livre convencimento, mas existe para lhe dar concretude e controle na avaliação das evidências, ou seja, o juiz continua avaliando o conjunto probatório de maneira livre, porém, a prova, para ser considerada suficiente, e, o fato, provado, deverá, antes, passar por um crivo objetivo. Assim, uma decisão que considere um fato como verdadeiro sem suficiência de prova será insustentável, sendo facilmente atacada por meio de recurso, bastando imaginar que o juiz, em um caso concreto, considere que o agente esteve num lugar quando evidências visuais mostram que estava em outro. Nessa dinâmica, não estamos tratando se o agente é ou não culpado, juízo este que envolve questões de direito que inevitavelmente ficarão a cargo do convencimento do juiz, mas sim observando se o fato pode ser considerado ou não verdadeiro, e isso não pode ficar relegado a uma apreciação livre de qualquer critério objetivo.

Cumpre-nos ressaltar que apesar de os *standards* de prova terem o dever de ser necessariamente objetivos para permitir que outras pessoas, além do julgador, exerçam controle sobre o conjunto probatório, qualquer critério que se pretenda para avaliação das evidências fáticas invariavelmente acabará por ser um tipo ideal aberto, não sendo capaz de oferecer uma resposta lógico-dedutiva exata; do contrário, padeceria rapidamente. Desse modo, as regras que encerram devem necessariamente ser hetero-integradas, ou seja, completadas com base em critérios metajurídicos que existem na sociedade. A identificação desses e outros critérios ultrapassam os limites dessa breve exposição, sendo, entretanto, importante ter em mente que, por mais que se fale em controle objetivo, essa objetividade dependerá de uma série de fatores impassíveis de definição em nível normativo.[15]

Portanto, o princípio do livre convencimento vem sendo duramente criticado,[16] justamente pela falta de controle e objetividade na análise da prova, não podendo o convencimento ser tão livre assim a ponto de gerar insegurança.[17] Por mais que se exija motivação concreta, a noção de *standards* permite justamente um controle dialético pelas partes, que poderão se insurgir diante de uma determinada constatação fática que não esteja devidamente comprovada nos autos, independentemente da convicção do juiz.[18]

Em segundo lugar, notadamente no processo penal, a presunção que impera é a de inocência, o que significa dizer que o *standard* de prova se coloca contra a acusação, cabendo-lhe provar os fatos com suficiência de prova exigida e no tempo razoável.[19] Portanto, enquanto a acusação possui uma única opção – que é a de deduzir seus argumentos e provar os fatos acima de dúvida razoável –, a defesa pode ficar silente, impugnar os fatos e argumentos trazidos pela acusação (chamada, pela escola da teoria do caso, de defesa passiva); ou deduzir fatos e alegações diversas, (chamada defesa ativa); sendo que, em todos os casos, a presunção lhe favorece e impõe ao acusador o ônus argumentativo.[20]

O fato é que, por força da presunção de inocência, o ônus da prova no processo penal é todo da acusação; e se a investigação criminal conduziu ao resultado de só existir prova exclusivamente policial, tal fato não pode ser tributado ao acusado e sim à falta de estrutura investigativa estatal.

Por fim, os atos praticados pelos agentes policiais, no exercício de sua função, são dotados de presunção de legitimidade e veracidade, sendo tal presunção relativa.[21] Mas isso deve ser visto com reservas quando se trata da atividade cognitiva no processo penal, justamente porque há uma presunção de valor maior se comparada a esta, já que ligada à liberdade individual, que é a presunção de inocência. Ademais, os policiais, como testemunhas, não estão no exercício de sua função, visto que não realizam um ato administrativo.

Nesse sentido, é bem verdade que a declaração de um agente policial é capaz de deslocar o nível de suficiência da prova, na escala de certeza, em algumas questões, se comparada, por exemplo, com a declaração de uma testemunha sobre um determinado assunto relacionado a um conflito armado. Na fase pré-processual, por exemplo – na qual é muito comum a utilização do *standard* do *probable cause* (prova razoável) para

mandados de busca e prisões cautelares,[22] sendo algo que se situa entre a preponderância e a dúvida razoável –, talvez a declaração dos agentes de forma isolada possa levar a algum tipo de conclusão quanto à prisão em flagrante ou mesmo uma apreensão. Todavia, em sede processual, em que o juízo de culpa deve se fundar em uma certeza, é inadmissível atribuir valor especial ao depoimento policial, em razão de sua função, como prova exclusiva para a condenação.

Segundo **Andrea Pellegrino**, para que a hipótese da acusação seja considerada provada, deve-se reunir os seguintes requisitos: 1) Deve ser sustentada por provas atinentes sobre todos os seus elementos constitutivos; 2) as contraprovas não devem estilhaçar o seu núcleo essencial; 3) as contra-hipóteses devem revelar-se ou indemonstradas ou implausíveis; 4) a hipótese deve ter uma interna coerência lógica, não podendo ser autocontraditória; 5) a hipótese deve ser a única congruente com os fatos, ou seja, deve ser a única com condições de respeitar os fatos fundamentais apurados e de explicá-los com racionalidade.[23]

Sendo assim, por mais que se trate de depoimento de agentes públicos, a presunção de veracidade e legitimidade sucumbe diante da presunção de inocência, que exige, mais do que um atributo funcional genérico, uma comprovação suficiente para que o fato seja considerado provado. Ademais, repetimos, a presunção de legalidade dependeria de sua correlação com a atividade desenvolvida,[24] que não se aplica no caso de um testemunho diante de um inquérito policial ou um processo judicial, no qual o policial se encontra despido da função de agente público, atuando como verdadeira testemunha; caso contrário, não seria necessário sequer firmar o compromisso legal em seu depoimento.

Na verdade, se tivermos que analisar friamente o peso dos depoimentos dos policiais em relação a suas ocorrências, tenderíamos a dizer que eles gozam de certa parcialidade, visto que é presumível que um profissional qualquer seja minimamente interessado no resultado prático de seu trabalho.

Sobre o tema, importante passagem da doutrina[25] esclarece o ponto de vista: "*Antigamente vigorava o princípio de que* **testis unus testis nullus**, *consistente no fato de que um único depoimento não poderia dar azo à condenação. Atualmente, em vigor o livre convencimento motivado, pode ser que um único depoimento, em razão de sua firmeza, coerência e precisão, seja capaz de ter credibilidade bastante para sustentar a decisão do juiz. Ademais, no sistema de livre convencimento, o valor do testemunho deve ser aferido por seu conteúdo e não por qualquer rótulo de qualidade que nele se coloque. Sobre o tema, importante estudo foi feito por Rubens Casara, ao trazer a informação de que na tradição islâmica se tributava especial valor à* **palavra do mulçumano**, *eram as chamadas testemunhas acreditadas. Critica o autor a tradição jurisprudencial brasileira que vem dando especial valor ao depoimento policial dotando-o de uma* **presunção de veracidade** *incompatível com a presunção de inocência, substituindo a lógica do processo penal democrático fundada no poder-saber (conhecimento) por uma lógica autoritária fundada não no conhecimento, mas na autoridade.*"[26]

Sendo assim, a adoção do entendimento sumulado revela não só uma incompatibilidade com a própria noção de certeza exigida pelo processo penal diante do *standard* escolhido, como também demonstra todo um autoritarismo que se reflete no tratamento legal e jurisprudencial de diversos temas e institutos do processo penal, dentre eles o tratamento da verdade.

Cumpre-nos questionar por que em outros países os policiais já atuam com câmeras e escutas ambientais para fins de abordagem e, no Brasil, especialmente no Rio de Janeiro, onde isso não ocorre, nós preferimos supervalorizar os seus depoimentos. Por mais que seja de um agente público, um depoimento não passa de um depoimento (ou seja, não vale mais, nem menos) e deve ser aferido como qualquer outra prova.

Portanto, não estamos, com essa breve análise, querendo desautorizar as informações que são trazidas pelos policiais ou quaisquer agentes públicos, muito menos generalizar qualquer tipo de desvio de conduta. Todavia, quando tratamos de suficiência de prova para a condenação, é impossível considerar que o testemunho de uma pessoa, agente público ou não, seja um elemento capaz de atingir sozinho o *standard* de prova proposto pelo sistema penal.[27]

E esse quadro se agrava com os recorrentes episódios de desvios de função que são revelados pelas investigações atuais, que demonstram que as más condutas existem em qualquer ramo, não se podendo admitir a mera possibilidade de que a condenação de alguém seja fruto de uma estória inventada para atingir uma meta administrativa ou mesmo uma satisfação pessoal.

## Conclusão

O *standard* de prova no processo penal exige uma suficiência que não pode ser atingida com um simples testemunho de um agente policial, como indica o enunciado da súmula 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Além de não conceder o nível de certeza necessário para se considerar um fato como provado, os recorrentes casos de desvios de finalidade que são demonstrados pelas competentes investigações evidenciam a falibilidade de tal prova para fins de condenação.

## Notas

(1) A operação denominada "Calabar" foi uma ação da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro que resultou na prisão de 97 PMs do Batalhão de São Gonçalo-RJ. Disponível em: http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/policia-civil-do-rj-faz-megaoperacao-contra-corrupcao-para-prender-pms-e-traficantes.ghtml.

(2) Súmula da Jurisprudência Predominante (Art. 122 RI) nº 2002.146.00001 (Enunciado Criminal nº 02, do TJRJ) - Julgamento em 04/08/2003 - Votação: unânime - Relator: Des. J. C. Murta Ribeiro - Registro de Acórdão em 05/03/2004 - fls. 565/572.

(3) Schorn, Remi. *O problema da verdade do conhecimento no racionalismo crítico*. Tese (Doutorado em Filosofia). Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2008, p. 254.

(4) Nicolitt, André. *Manual de processo penal*. São Paulo. RT, 2016, p. 645.

(5) Schauer, Frederick. *Thinking like a lawyer.* Massachusetts. Havard Press, 2009, p. 220.

(6) Souza, Luis F. P. de. O standard de prova no processo civil e no processo penal. Artigo antecipado do livro *Prova por presunção do direito civil*. 3 ed., 2017. Disponível em: <http://www.trl.mj.pt/PDF/O%20standard%20de%20prova%202017.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2017, p. 1.

(7) Schauer, Frederick. *Op. cit.*, p. 222.

(8) *Ibidem*.

(9) No direito britânico desenvolveu-se o *standard* do *balance of probabilities* (balanço das probabilidades), regulando-se o nível de exigência com base na probabilidade das alegações, ou seja, quanto mais improvável a alegação, maior será o nível de exigência. (Griffiths, James; Kean, Adrian; Mckeown, Paul. *The modern law of evidence*, New York. Oxford University Press. 2010, p. 107).

(10) Sartor, Giovani; Prakken, Henry. *A logical analysis of burdens of proof*. In: *Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic*. Farnaham. Ashgate Publishin, 2009, p. 223-253 (p. 224).

(11) Schauer, Frederick. *Op. cit.*, p. 221.

(12) Prado, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos – a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. 1ª ed. São Paulo. Marcial Pons, 2014, p. 15-20.

(13) Pacelli, Eugênio. *Curso de processo penal*. 16ª ed. São Paulo. Atlas, 2012, p. 652-658.

(14) Previsão expressa no Estatuto de Roma, que instituiu o Tribunal Penal Internacional (Dec. 4388/02). "Artigo 66. Presunção de Inocência. (...). 3. Para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável."

(15) Knijnik, Danilo. *Os standards do convencimento judicial: Paradigmas para o seu possível controle*. In: Revista Forense. Rio de Janeiro. 2001, p. 15-52, (p. 27).

(16) Streck, Lenio. *Dilema de dois juízes diante do fim do livre convencimento motivado*. Encontrado em: http://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc. Acessado em: 01 jul. 2017.

(17) Salaverria, Juan Igartua. *Valoración de la prueba, motivación y controle n el proceso penal*,1ª ed. Valencia. Tirant lo blanch, 1995 p. 48

(18) Knijnik, Danilo. *Prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro.Revista Forense, 2007, p. 16.

(19) Casara, Rubens; Vassal, Mylène G. P. O ônus do tempo no processamento: uma abordagem à luz do devido processo legal interamericano. *Radicalização Democrática* – revista do Movimento da Magistratura Fluminense pela Democracia, n. 1, Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2004, p. 127.

(20) Moreno Holman, Leandro. *Teoría del caso*. Buenos Aires. Didot, 2012, pag. 49.

(21) Carvalho Filho, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 29ª ed. Rio de Janeiro. Atlas, 2015, p. 123.

(22) Schauer, Frederick. *Op. cit.*, p. 222.

(23) Pellegrino, Andrea. *Il doppio volto dell'indizio nel processo penale*. Torino. Giappichelli Editore, 2010, p. 331.

(24) Filho, Marçal J. Curso de direito administrativo. 7ª ed. Belo Horizonte. Fórum, 2011,p. 374.

(25) Nicolitt, André. *Manual de processo penal*. São Paulo RT, 2014, p. 699.

(26) Casara, Rubens. Testemunhas "acreditadas" da tradição islâmica ao autoritarismo brasileiro. In: Casara, Rubens (Coord.). *Temas para uma perspectiva crítica do direito:* homenagem ao professor Geraldo Prado. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2010. p. 905-910.

(27) "(...) para cada proposición fática debe corresponder dos o más evidencias que la demuestren o nieguen". (Benavente Chorres, Hesbert. *La aplicación de la teoría del caso y la teoría del delito en el proceso penal acusatorio*. Barcelona. Bosh Editor, 2011, p. 57).

***André Nicolitt***
Doutor em Direito pela
Universidade Católica Portuguesa – Lisboa.
Professor Permanente do Mestrado da
Faculdade Guanambi e da UFF.
Juiz de Direito.

***Raphael Barilli***
Mestrando em Direito pela UFRJ.
Delegado de Polícia.

# Mazelas do sistema jurídico e "teoria da gambiarra": a súmula 07 do I Fórum Nacional de Juízes Criminais

*Eduardo Luiz Santos Cabette*

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) se manifestou acerca da questão do acesso, em investigação criminal, a comunicações por aplicativos como Whatsapp e outros meios informáticos, bem como por intermédio de viva-voz. Com a *prudência* e o acato às normas constitucionais que deve marcar a jurisprudência, firmou entendimento de que há necessidade de ordem judicial para que o sigilo dessas comunicações possa ser violado (STJ, *HC* 51.531 – RO; R*HC* 75.800 e REsp. 1630097).[1]

Surpreendentemente, em posição oposta a essa orientação jurisprudencial do STJ e outros tribunais estaduais que seguem pela mesma senda, o I Fórum Nacional de Juízes Criminais elaborou o Súmula 07 com o seguinte teor: "*O acesso ao conteúdo de todos os dados, dentre eles, aplicativos e contatos telefônicos, em celular apreendido durante flagrante pela polícia* **não precisa de autorização judicial**" (grifo nosso).

Procura-se defender essa tese, considerando as dificuldades de comunicação e morosidade para obtenção de autorizações judiciais nesses casos. Ocorre que esse é um problema prático, um problema ligado à estrutura das instituições, suas relações e logística, sua comunicação e interação. O argumento jurídico não é autorizado a solucionar esse tipo de questão. Para problemas jurídicos, devem ser moldadas soluções jurídicas; para problemas práticos, soluções práticas, jamais obtidas por meio de desvirtuamento da legislação ordinária e muito menos por violação das garantias constitucionais da intimidade, vida privada e reserva de jurisdição. É plenamente possível apresentar propostas de agilização e integração entre Judiciário, Ministério Público e Polícia Judiciária, ao invés de simplesmente manter o "*status quo*" deficitário desses órgãos e optar pela suposta "solução" consistente na desconsideração da letra da lei e dos ditames constitucionais. Já estamos fartos de abundante legislação penal e processual penal meramente simbólica. Ninguém precisa de um judiciário que venha a aderir ao simbolismo e apresentar-se, não como sujeito imparcial, mas como uma espécie de "justiceiro" e reparador das mazelas das instituições, mediante distorções interpretativas. Isso não colabora para a melhora do sistema, antes o mantém emperrado à custa de violar direitos e garantias individuais.

**Binder** destaca a dificuldade em estabelecer critérios seguros para o reconhecimento de nulidades, devido ao fato de que as decisões judiciais variam, motivadas por "*considerações valorativas do momento*" apartadas "*de qualquer marco de referência teórico.*"[2]

A forma no processo pode, eventualmente, e especialmente numa realidade precária como a brasileira, onde são sucateados órgãos como o Judiciário, o Ministério Público e a Polícia Judiciária, parecer um entrave. No entanto, há que lembrar com **Ihering** que "*inimiga da arbitrariedade, a forma é irmã gêmea da liberdade.*"[3] Na verdade, as formalidades legais exigidas são instrumentos de proteção de princípios voltados para a consecução concreta de garantias e direitos individuais, que devem permanecer incólumes diante de abusos do poder penal.[4]

Infelizmente, o posicionamento dos juízes criminais, que se espelha na Súmula 07 de seu I Fórum Nacional, revela a (in) consciente "inversão de lugares" por que passa o judiciário. Antes visto como um poder de manutenção de expectativas institucionais, agora se apresenta o Poder Judiciário como uma espécie de fonte esperançosa para mudanças. A Justiça passa de algo instituído para força instituidora [5]

Acontece que o juiz não é um "justiceiro", um "policial", um "acusador", um "revolucionário" ou "reformador político", ele é, ao reverso, aquele a quem cabe manter as promessas institucionais, especialmente aquelas fundadas nas normas constitucionais. Uma alteração nesse quadro, longe de produzir maior liberdade e justiça, tende ao arbítrio, uma espécie de ditadura ou totalitarismo judiciário. Nesse cenário, lei e constituição vão perdendo sua consistência, tornando-se cada vez mais evanescentes e indefinidas. A já frágil ideia de segurança jurídica se dissolve totalmente.

Eis o campo fértil para o populismo judicial. Nas palavras de **Garapon**: *"A tentação populista se caracteriza, antes de mais nada, por sua pretensão a um acesso direto à verdade. Alguns indivíduos aproveitam a mídia para se emancipar de qualquer tutela hierárquica. Ela lhes oferece um acesso direto, conforme expressão de Perelman, ao 'auditório universal', quer dizer, à opinião pública. Um juiz considera-se prejudicado por sua hierarquia? Ele apela imediatamente para a arbitragem da opinião pública. Todas as anulações processuais são purgadas por essa instância de recurso selvagem que a mídia representa, e os argumentos técnicos do direito ou processuais não tardam a revelar-se para a opinião pública como argúcias, astúcias, desvios inúteis, que impedem a verdade de 'vir à tona'. A busca direta da aprovação popular*

*por intermédio da mídia, acima de qualquer instituição, é uma arma temível à disposição dos juízes, o que torna muito mais presente o desvio populista. O populismo, com efeito, é uma política que pretende, por instinto e experiência, encarnar o sentimento profundo e real do povo. Esse contato direto do juiz com a opinião é proveniente, além disso, do aumento de descrédito do político. O juiz mantém o mito de uma verdade que se basta, que não precisa mais da mediação processual."*(6)

Daí surge uma espécie de "ativismo" que simplesmente passa como um trator sobre a legalidade e a constitucionalidade, fundando-se na "*inquisição e denúncia selvagem, emoção, horror, desconfiança em relação às instituições tradicionais e uma espécie de presunção de culpabilidade.*"(7)

Assassinando-se sem piedade o respeito pelos direitos e garantias individuais e as formalidades legais, pretende-se conformar uma atuação mais justa, célere e eficiente. Porém, o único resultado de tudo isso é um caos institucional, porque, como já dito antes, os lugares e temas estão trocados. Movendo-se na área jurídica se pretende obter soluções práticas e, na seara prática, soluções jurídicas!

Em encerramento, ficam as questões: por que ao invés de os Juízes Criminais proporem a desconsideração da reserva de jurisdição para o acesso às comunicações telefônicas em aplicativos, não apresentam sugestões tais como: investimento em pessoal e material para o Judiciário, Ministério Público e Polícia Judiciária; instituição de programas de intercâmbio imediato, via telemática, entre juízes, promotores e delegados de polícia para casos de urgência (pedidos de mandados de busca, de quebra de sigilo telefônico, de interceptação etc.); integração de redes de inteligência dos Estados e Federal na área das polícias em geral e do Judiciário e Ministério Público; instituição urgente de um documento de identificação único com banco de dados nacional; instituição de um banco de dados nacional para consulta sobre mandados de prisão e passagens criminais (mas, algo realmente eficiente, não o sistema precário hoje vigente)? Por que não essas e outras propostas práticas para a solução de um problema prático? Por que escolher a via fácil e deletéria de desconsideração das regras e princípios? Por que a opção pela "gambiarra" ao invés dos ajustes adequados?

## Notas

(1) A questão foi tema de trabalho deste autor, publicado pelo IBCCRIM: Cabette, Eduardo Luiz Santos. Viva-voz e prova ilícita: decisão do STJ. *Boletim IBCCRIM*, n. 297, ago. 2017, p. 11 – 12.

(2) Binder, Alberto M. *Descumprimento das formas processuais*. Trad. Angela Nogueira Pessôa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 3.

(3) Ihering, Rudolf von. *El espiritu del derecho romano*. Madri: Revista de Occidente, 1962, p. 284.

(4) Binder, Alberto. Id., p. 36.

(5) Garapon, Antoine. *O juiz e a democracia*. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 49.

(6) Garapon, id., p. 66.

(7) Garapon, op. cit., p. 99.

***Eduardo Luiz Santos Cabette***
Mestre em Direito Social.
Professor de Direito.
Delegado de Polícia.

# *Habeas corpus* não conhecido nos tribunais: o direito à liberdade em detrimento da forma não prevista em lei

*Deivid Willian dos Prazeres e Hélio Rubens Brasil*



## Introdução

É de conhecimento generalizado que, depois da vida, a liberdade é o bem mais precioso do sujeito, razão pela qual as sociedades verdadeiramente democráticas conferem tratamento especial a esse importante direito fundamental de todo ser humano em seus respectivos ordenamentos jurídicos.

Nesse contexto, surge ao longo do processo civilizador da humanidade um instituto com a finalidade específica de resguardar a liberdade(1) do cidadão contra arbitrariedades e ingerências eventualmente praticadas pelo ente estatal: o *habeas corpus*.(2)

A expressão *habeas corpus* deriva de dois vocábulos do latim, significando literalmente "tome o corpo", em que "*habeas*" denota "ter, possuir, manter, tomar posse", ao passo que "*corpus*" significa corpo.

Ainda que de origem um pouco controvertida, é consenso entre a maior parte dos estudiosos que o instrumento remonta ao direito inglês, especificamente a Magna Carta outorgada pelo Rei João Sem Terra da Inglaterra, no ano de 1215, sendo posteriormente reafirmado, explícita ou implicitamente, em diversos documentos históricos, como a *Bill of Rights*, de 1679, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 1969.

No Brasil, o *habeas corpus* surge expressamente no Código de Processo Criminal de 1832, elevando-se a regra constitucional na Carta de 1891, sendo mantido, a partir de então, nas demais Constituições brasileiras.

Atualmente o *habeas corpus* é consagrado no rol de garantias fundamentais da Constituição de 1988, tendo seu processamento regulamentado pelo Livro III, Título II, Capítulo X, do Código de Processo Penal vigente.

## Forma e hipóteses de cabimento

A Constituição Federal dispõe em seu art. 5º, LXVIII, que "*conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.*"

O Código de Processo Penal, regulamentando o dispositivo constitucional, explicita, em seu artigo 648, que a coação será considerada ilegal sempre que I) não houver justa causa, II) quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei, III) quando quem ordenar

a coação não tiver competência para fazê-lo, IV) quando houver cessado o motivo que autorizou a coação, V) quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza, VI) quando o processo for manifestamente nulo, ou VI) quando extinta a punibilidade do coagido.

De acordo com **Aury Lopes Junior:**[3] *"A coação é ilegal quando não possui um suporte jurídico legitimante, quando não tem um motivo, um amparo legal. É o caso de uma prisão realizada sem ordem judicial e sem uma situação de flagrância; quando é determinada a condução para extração compulsória de material genético do réu, etc"*.

Uma vez verificada qualquer das hipóteses de cabimento, o artigo 649 determina que o juiz ou o tribunal, dentro dos limites da sua jurisdição, faça cessar imediatamente a ordem ilegal, seja qual for a autoridade coatora.

A competência para o processamento do *habeas corpus* é definida pelo artigo 650, do Código de Processo Penal, sendo dirigido sempre ao órgão hierarquicamente superior a autoridade coatora, podendo ser impetrado, de acordo com a qualificação do agente, ao magistrado singular ou perante os Tribunais, hipótese em que é apreciado por um órgão colegiado.

Uma vez concedida a ordem, o Código de Processo Penal determina em seu art. 653 que a autoridade coatora seja condenada nas custas processuais, desde que tenha determinado a coação por má-fé ou evidente abuso de poder, devendo os autos, neste caso, serem remetidos ao Ministério Público para promoção a devida responsabilização.

O *habeas corpus*, no ordenamento jurídico brasileiro, possui duas modalidades distintas, podendo ser I) liberatório, na hipótese em que o paciente, ou seja, a pessoa em favor de quem o *writ* é impetrado, já se encontra com a liberdade cerceada, ou II) preventivo, quando o paciente se encontra na iminência de sofrer a constrição ilegal.[4]

Podem figurar como pacientes no *habeas* somente pessoas físicas, sendo excepcionalmente admitido que o *habeas corpus* seja promovido para uma coletividade de pessoas.

Esse entendimento, a respeito do denominado *habeas corpus* coletivo, contudo, não é pacífico na jurisprudência pátria, como demonstrou o Supremo Tribunal Federal ao apreciar pedido de extensão requerido no bojo do *HC* 128.883, de relatoria da ministra Cármen Lúcia, no qual foi deferido o alcance dos efeitos da liminar a outros pacientes que se habilitaram posteriormente, tendo a eficácia sido conferida ainda, por antecipação, a todos que buscassem assegurar o mesmo direito dos pacientes originários do *writ*.

Em precedente mais recente, entretanto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *HC* 143.704, impetrado pela Defensoria Pública do Paraná e de relatoria do Ministro Celso de Mello, negou a concessão da ordem a *"coletividade formada por todas as pessoas que desejassem exercer seu direito de manifestação na cidade de Curitiba"* sob o fundamento de que o remédio heroico não poderia ser concedido a pessoas indeterminadas, demonstrando, assim, que a controversa temática ainda não foi solucionada pela Corte Excepcional.

Por se tratar de um procedimento caracterizado pela simplicidade e sumariedade, o *habeas corpus*, diferentemente de outros remédios constitucionais, não exige capacidade postulatória, podendo ser impetrado por qualquer pessoa, inclusive pelo Ministério Público (artigo 654, do CPP).

Além disso, os juízes e tribunais possuem autorização, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal, para, verificando que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal a sua liberdade, conceder a ordem de ofício para cessar imediatamente o ato coator.

## Procedimento do *habeas corpus* perante os tribunais

Ao regulamentar o processamento do *habeas corpus* impetrado perante os tribunais, o Código de Processo Penal determina, em seu artigo 661, que a petição "será apresentada ao secretário, que a enviará imediatamente ao presidente do tribunal, ou da câmara criminal, ou da turma, que estiver reunida, ou primeiro tiver de reunir-se."

Se a petição contiver os requisitos essenciais (indicação do paciente, da autoridade coatora, etc), o presidente pode, se necessário, requisitar da autoridade indicada informações por escrito para esclarecer o ato vergastado, devendo, na hipótese de faltar quaisquer daquelas condições previamente mencionadas, mandar supri-las logo que lhe for apresentada a peça, nos exatos termos do artigo 662, do Código de Processo Penal.

Segundo **Aury Lopes Junior:**[5] *"O pedido de informações, como a expressão evidencia, é um relato objetivo e circunstanciado do estado do processo. Por elementar, não existe 'contraditório com o juiz' (o que seria um completo absurdo processual), nem deve a autoridade coatora fazer uma 'defesa' do seu ato. Juiz não é parte, não havendo 'contraditório' ou possibilidade de manifestação que extrapole os estreitos limites da prestação objetiva das informações solicitadas."*

Recebidas ou não as informações, o *habeas corpus*, nos termos do artigo 664, do CPP, deve ser julgado na primeira sessão, podendo excepcionalmente adiar-se o julgamento para a sessão seguinte, devendo, em qualquer hipótese, a decisão ser tomada por maioria de votos, sendo o empate interpretado sempre em favor do paciente.

O Código de Processo Penal autoriza, por fim, em seu artigo 666, que os regimentos dos tribunais estabeleçam normas complementares para o processo e julgamento do pedido de habeas corpus de sua competência originária, a exemplo da forma como será feita o sorteio, a distribuição e a análise dos pedidos, bem como o modo como serão conduzidas as sessões em que os julgados são proferidos.

Para **Eugenio Pacelli** e **Douglas Fischer:** [6] *"[...] estabeleceram-se no CPP as regras fundamentais atinentes aos* habeas corpus, *podendo os tribunais (sempre respeitando essas regras e princípios fundantes) estabelecerem regras complementares para a melhor adequação às peculiaridades de seus funcionamentos."*

Dos acórdãos proferidos em sede de *habeas corpus* nos tribunais caberá exclusivamente, dependendo do órgão recorrido, recurso ordinário constitucional ao Superior Tribunal de Justiça (art. 105, II, a, da CRFB) ou ao Supremo Tribunal Federal (art. 102, II, a, da CRFB), desde que denegatória a decisão.



Embora parte da jurisprudência pátria admita que o Ministério Público, na qualidade de titular da ação penal, interponha Recurso Especial ou Extraordinário contra a decisão que concede a ordem de *habeas corpus*, referido raciocínio parece bastante equivocado, desviando a finalidade para a qual o *writ* foi criado.

Isso porque, por objetivar exclusivamente o resgate ou a manutenção da liberdade do sujeito, o próprio Constituinte Originário, ao definir expressamente as hipóteses recursais, estabeleceu em seus artigos 102 e 105 que, do remédio heroico impetrado em instância inferior, somente cabe recurso quando denegatória a decisão que lhe julga.

A interposição de recurso pelo Ministério Público objetivando a cassação da ordem de *habeas corpus*, nesse contexto, ofende o princípio da taxatividade recursal, segundo o qual somente podem ser interpostos recursos que possuam expressa previsão legal, sob pena de ter o seguimento obstado por não preencher requisito extrínseco de admissibilidade.

Não se pode esquecer que o Ministério Público (na qualidade de órgão acusador) não compõe a tríade processual do *habeas corpus*, a qual é composta exclusivamente pelo impetrante, paciente e autoridade coatora, atuando ele tão somente na qualidade de *custo legis* (e não de parte), podendo recorrer somente na única hipótese em que é legitimado pelo texto infraconstitucional, qual seja, em favor do alvo do ato tido como coator, e nunca contra ele.

Importante destacar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal há muito sinaliza a ilegitimidade da acusação para recorrer da decisão concessiva de *habeas corpus* mediante recurso excepcional, tendo esse entendimento sido consagrado na Súmula 208 daquela Corte,

cujo enunciado dispõe que "*O assistente do Ministério Público não pode recorrer, extraordinariamente, de decisão concessiva de* habeas corpus".

O *habeas corpus*, ainda, em decorrência de sábia e elevada construção jurisprudencial iniciada no âmbito do Superior Tribunal Militar, especificamente no julgamento do *HC* 27/27.200, de lavra do almirante de esquadra **José Espíndola**, passou a comportar a concessão de medida liminar, desde que verificados os mesmos requisitos autorizadores da medida em relação ao mandado de segurança (o perigo na demora e a plausibilidade do direito).

## A forma que supera o conteúdo da norma

Não obstante sua histórica importância social como instrumento garantidor de liberdade, o que tem se percebido no atual cenário jurídico brasileiro é a mitigação desse importante mecanismo contra o abuso do poder estatal em favor de uma primazia de forma que não possui qualquer respaldo legal.

Segundo **Eugênio Pacelli** e **Douglas Fischer**:[7] "*Em nosso ordenamento jurídico, as limitações expressas à utilização do* habeas corpus *são mínimas. Embora com alguns parcos dissensos, pode ser utilizado até mesmo após o trânsito em julgado de decisão que eventualmente vulnere ou restrinja direitos fundamentais*".

Apesar de inexistir no corpo do texto constitucional ou processual penal qualquer restrição ao seu processamento, criou-se na jurisprudência dos tribunais, especialmente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a figura do "não conhecimento" monocrático do *habeas corpus* sempre que, a juízo do relator sorteado, entender-se que o remédio heroico não merece ser processado.

De acordo com **Alexandre Morais da Rosa**:[8] "*[...] diante da quantidade de* habeas corpus *interpostos nos Tribunais Superiores, nos últimos tempos, como mecanismo* atuarial *de sobrevivência, os ministros do STJ (especialmente) e do STF, apontaram para a restrição das hipóteses de cabimento do* HC, *exclusivamente aos casos em que houver ameaça ou restrição a liberdade, impondo, ainda, requisitos à sua admissibilidade*". (Grifo original)

Esse procedimento adotado pelas cortes, diferentemente do que ocorre no mandado de segurança, cuja lei regulamentadora (Lei 12.016/97) prevê explicitamente essa hipótese em seu artigo 10,[9] não se encontra respaldado em nenhum texto da lei ou da Constituição Federal, mas, quando muito, somente no regimento interno dos tribunais ou em seus verbetes sumulares.

Exemplo disso é o artigo 210 do Regimento do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual "*Quando o pedido for manifestamente incabível, ou for manifesta a incompetência do Tribunal para dele tomar conhecimento originariamente, ou for reiteração de outro com os mesmos fundamentos, o relator o indeferirá liminarmente.*"

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, igualmente, estabelece em seu artigo 192 que "*Quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal, o Relator poderá desde logo denegar ou conceder a ordem, ainda que de ofício, à vista da documentação da petição inicial ou do teor das informações.*"

Ocorre que, como demonstrado, devido a sua própria natureza constitucional, o *habeas corpus* não comporta a figura do "não conhecimento", devendo, de acordo com o próprio texto legal, ser sempre e em qualquer hipótese definitivamente apreciado em seu mérito e, no âmbito dos tribunais, por um órgão colegiado, sobretudo por versar sobre um dos direitos mais preciosos do cidadão, que é a sua liberdade individual.

Essa criação regimental e jurisprudencial acaba criando verdadeiras aberrações jurídicas, a exemplo das situações em que o remédio heróico não é conhecido por algum "vício" de forma, mas tem seu mérito apreciado e julgado procedente mediante a concessão da ordem de ofício, como se fosse possível dividir este delicado instrumento em duas partes distintas.

Não obstante redundar, em raras ocasiões, no referido resultado positivo, a adoção desse procedimento pelos tribunais acarreta, na maioria dos casos, em incomensurável prejuízo à defesa do sujeito que é paciente, normalmente investigado ou acusado em processo penal, na medida em que, ao indeferir liminar e monocraticamente o *habeas corpus*, obriga-se a interposição de agravo sequencial ou regimental, o qual não comporta, por exemplo, sequer a possibilidade de sustentação oral pelo impetrante.

## Conclusão

O *habeas corpus* é, sem sombra de dúvidas, um instrumento de existência fundamental nas sociedades que desejam ser efetivamente civilizadas e democráticas.

Entretanto, o tratamento jurídico a ele conferido pelas cortes brasileiras, com a criação de entraves regimentais e sumulares que impedem sua apreciação perante os tribunais na forma da lei (no mérito e de maneira colegiada), tem feito com que este importante mecanismo libertário gradativamente perca sua força perante o Poder Judiciário, tudo em nome de um formalismo injustificado, que não possui previsão legal.

Não é demais lembrar que hoje se vive sob a égide de uma Democracia, em que os direitos e as garantias fundamentais dos cidadãos devem ser incondicionalmente observados, sob pena de perigoso flerte com os regimes autoritários que outrora assolaram o país.

Portanto, é preciso que os Tribunais pátrios voltem a conferir ao *writ* a importância a ele historicamente atribuída, abrindo as portas para este imprescindível remédio constitucional e não permitindo que a "forma" (sequer prevista em lei) sobreponha-se ao mérito da impugnação, mormente no momento atual, em que proliferam decisões sobre custódia cautelar carentes de fundamentação e prisões provisórias que extrapolam os limites da razoabilidade, sendo necessário resistir, mais do que nunca, às constantes violações de direitos praticadas por autoridades públicas com mentalidade inquisidora das mais variadas esferas do poder.

## Referências


Bastos, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. II. São Paulo: Saraiva, 1989.

Bonavides, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

Brasil. Constituição (1988). Constituição Federal da República Federativa do Brasil de1988. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 1 ago. 2017.

Brasil. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Presidência da República, Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 1 ago. 2017.

Lopes Junior, Aury. *Direito processual penal*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Miranda, Pontes de. História e prática do habeas corpus. 4 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962.

Pacelli, Eugênio; Fischer, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

Rocha, Jorge Bheron. *Habeas corpus coletivo*: uma proposta de superação do prisma individualista. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-mai-30/tribuna-defensoria-hc-coletivo-proposta-superacao-prisma-individualista>. Acesso em: 1 ago. 2017

Rosa, Alexandre Morais da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

Silva, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Capítulo I do *Habeas Corpus* - Artigos 201 a 210 - Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional//index.php/Regimento/article/view/528/3393>. Acesso em: 1 ago. 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. Legado ao Judiciário: primeira liminar em *habeas corpus* no Brasil foi dada pelo Superior Tribunal Militar. Disponível em: <https://www.stm.jus.br/informacao/agencia-de-noticias/item/5596-legado-ao-judiciario-primeira-liminar-em-habeas-corpus-no-brasil-foi-dada-no-superior-tribunal-militar>. Acesso em: 1 ago. 2017

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* nº 128883. Ministra Carmen Lucia. Brasília, 1 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4794686>. Acesso em: 1 ago. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* nº 143704. Ministro Celso de Mello. Brasília, 12 de maio de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5184797>. Acesso em: 1 ago. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Regimento interno. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 1 ago. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmulas 201 a 300. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_201_300>. Acesso em: 1 ago. 2017.

## Notas

(1) Miranda, Pontes de. p. 105
(2) Bastos, Celso Ribeiro. p. 312
(3) Lopes Junior, Aury. p. 1330
(4) Idem, p. 1329/1330
(5) Ibid., p. 1346
(6) Pacelli, Eugênio. Fischer, Douglas. p 1476
(7) Idem, p. 1391
(8) Rosa, Alexandre Morais da. p.507
(9) Artigo 10, da Lei 1.2016 - A inicial será desde logo indeferida, por decisão motivada, quando não for o caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos legais ou quando decorrido o prazo legal para a impetração.

***Deivid Willian dos Prazeres***
Diretor-Tesoureiro da Associação dos Advogados Criminalistas de Santa Catarina.
Presidente da Comissão de Direito Penal da OAB/SC.
Advogado.

***Hélio Rubens Brasil***
Presidente da Associação dos Advogados Criminalistas de Santa Catarina.
Membro efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros.
Advogado.

# Tempos difíceis exigem pensamentos difíceis: crítica criminológica como resposta à criminalização dos movimentos sociais

*Victor Siqueira Serra*

A recente condenação em primeira instância do ex-presidente Lula fez emergir, de forma muito mais generalizada do que antes – ao menos aparentemente, vide a reação dos grandes grupos midiáticos e de diversas pessoas e movimentos, críticos ou não –, um intenso debate sobre a seletividade do sistema penal e a possibilidade de se exercerem injustiças por meio do Direito e do sistema de justiça. Esse é um debate imprescindível para toda a sociedade, inclusive para os setores conservadores que defendem a manutenção das condições atuais de organização social. No entanto, por estar comprometido com a transformação de nossas estruturas, e tentando contribuir para um projeto político que possa garantir igualdade e liberdade para todas as pessoas, escrevo este texto para indivíduos, grupos e movimentos que se consideram críticos – a "esquerda."(1)

São imprescindíveis, também, debates sobre os mais de dez anos do Partido dos Trabalhadores no governo federal, sua importância histórica na luta contra a miséria e a fome, por um lado; e seu papel no fortalecimento do sistema de justiça criminal – desde sempre seletivo e desigual –, por outro. Mas a presente análise não tem como ponto central a atuação política de Lula nem as especificidades de seu julgamento e sim o que se tem debatido a partir de sua condenação. Falo sobre seletividade e o papel do sistema penal na manutenção das desigualdades sociais. Sobre as injustiças diárias que fazem do encarceramento em massa e das diversas formas de criminalização, principalmente de jovens negros(as) periféricos(as), um dos mais poderosos instrumentos de controle. O cerne da crítica, portanto, não é (só) Lula – é Rafael Braga, Desirée, Cláudia, Amarildo.(2) É o funcionamento histórico do sistema penal como garantia da ordem (capitalista) por meio da criminalização de pessoas (pobres, negros e negras, mulheres e LGBTs) e também de suas possibilidades de articulação e luta política (movimentos sociais – especialmente os considerados de esquerda). É o que iremos construir a partir dos debates sobre crime e sistema penal que agora retornam com força aos holofotes midiáticos, às conversas de bar e às redes sociais.

Do ponto de vista da criminologia crítica, a ligação entre todos esses fatos não é difícil de perceber, pois o sistema penal não é um conjunto de instituições isoladas, cuja atuação possa ser totalmente independente. O processo de criminalização é, ao contrário, articulado e dinâmico. Nele "*concorrem todas as agências de controle social formal, desde o Legislador (criminalização primária), passando pela Polícia e a Justiça (criminalização secundária) até o sistema penitenciário e os mecanismos do controle social informal*" e, por isso, analisar as agências formais de controle "*requer, no mais alto grau, um approach integrado que permita apreender o funcionamento do sistema como um todo*" (ANDRADE, 1995, p. 29). Nesse sentido, tampouco basta compreender o funcionamento de todo o sistema penal. É preciso analisar como os processos de criminalização se relacionam com a totalidade da organização social – e como a criminologia, enquanto produção de conhecimento que influencia a política criminal e as políticas de segurança pública, também pode turvar ao invés de tornar mais nítidas as consequências da expansão do poder punitivo estatal.

Amarildo de Souza foi preso, torturado e morto por policiais durante uma operação policial na favela da Rocinha em 2013. Seu corpo "nunca foi encontrado" – assim, entre aspas, porque certamente algum agente policial sabe o que foi feito dele.(3) Claudia Silva Ferreira foi baleada no pescoço e nas costas durante operação policial no morro da Congonha em 2014 e, durante o trajeto para o hospital, algemada, caiu do porta-malas da viatura, ficou presa pelas roupas e foi arrastada por centenas de metros em uma avenida.(4) Entre 2009 e 2013, as forças policiais brasileiras mataram o equivalente ao que as polícias dos Estados Unidos mataram em 30 anos, o espantoso número de 11.197 pessoas. No mesmo período, 1.770 policiais foram vitimados, 75,3% deles fora de serviço (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2014, p. 6). Menciono esses casos e dados porque exemplificam uma prática generalizada, produzida pela militarização da polícia, pelas condições precárias de trabalho dos agentes policiais, por uma ideologia sanguinária e vingativa

disseminada em todo o tecido social. Para o aumento da violência e todas essas questões relacionadas, a resposta mais comum é fortalecer o sistema penal e incrementar investimentos no aparato repressivo, ainda que décadas de experiências e pesquisas criminológicas apontem que a redução da violência só se atinge pela diminuição das desigualdades.

Desirée Mendes Pinto esteve em situação de dependência química por mais de 20 anos. Foi presa pela primeira vez há mais de 15 anos. Em 2013, descobriu estar grávida e que o pai da criança era portador do vírus HIV. Decidida a fumar crack até morrer, comprou grande quantidade da droga e, durante uma das operações que prometia acabar com a Cracolândia, em São Paulo, foi presa e condenada por tráfico, com único fundamento no depoimento de dois policiais militares.[5] Depois de conseguir responder ao processo em liberdade e tornar-se não só uma empreendedora como também um símbolo de renovação para muitas pessoas em dependência química na região da Cracolândia, onde realiza oficinas e trabalhos voluntários, viu o Ministério Público requerer que cumpra mais seis anos em regime fechado.[6] A história de Desirée demonstra que, para certos casos – a maioria, conforme se verifica nas estatísticas penitenciárias –, a liberdade é fundamental para a reinserção social de pessoas vulneráveis. Ainda assim, o sistema de justiça criminal insiste na prisão como resolução de conflitos. No Brasil, mais de 622 mil pessoas estão presas, quase 40% delas em prisão provisória – a grande maioria já excedendo os 90 dias de teto legalmente estabelecido –; e os índices aumentam exponencialmente há décadas (Infopen, 2014). A superlotação, a recusa em utilizar institutos desencarceradores, as condenações apenas com base em depoimentos policiais, a mobilização do aparato policial e punitivo para questões de saúde pública, como a drogadição, são alguns dos fatores que reforçam, ao invés de combater, os índices epidêmicos de violência e criminalidade. De toda essa numerosa população em privação de liberdade, mais de 50% responde pelos crimes de roubo e tráfico de entorpecentes – conflitos direta ou indiretamente relacionados com a criminalização de certas substâncias.

Proponho refletirmos sobre o sistema penal a partir de alguns casos concretos, que ilustram uma prática generalizada de violência e silenciamento a que grande parte da população está submetida, em um processo que é, ao mesmo tempo, causa e consequência do que se costuma denominar vulnerabilidade (ou vulnerabilização) social. Se o perfil de grande parte das pessoas capturadas pelo sistema de justiça criminal é de jovens (até 29 anos), negras, moradoras de regiões periféricas, analfabetas ou semialfabetizadas, embora a criminalidade não se restrinja a esse grupo (Infopen, 2014), fica bastante visível que o "fracasso" da guerra às drogas e do sistema penal é, na verdade, um projeto. A criminalização é, portanto, um longo processo de exclusão que tem a prisão como ápice, e que afeta pessoas de acordo com classe, raça, gênero, sexualidade, localização geográfica. Reconhecer tal processo não significa dizer que pessoas presas estão isentas de suas condutas, mas que a sociedade decide como lidar com seus conflitos e que, então, toda prisão é política.

Por tudo isso, e por muitos outros motivos, penso, como **Jeff Ferrell** (2009),[7] que a criminologia (e todos os movimentos sociais) enfrenta dois grandes desafios. O primeiro é a crise do capitalismo globalizado, com os *"danos sociais de deslocamentos, encarceramento, empobrecimento e degradação ambiental"*, do qual *"certamente emergirão novas e crescentes formas de violência, de crimes relacionados à economia e à incerteza existencial [...] e novos padrões de vigilância e controle estatais"* (p. 1). O segundo desafio é a crise da própria criminologia – aqui debatida enquanto disciplina, disputada também por defensores da atual organização social e que se restringe, em geral, sob esta nomenclatura, a espaços acadêmicos. Os métodos de pesquisa da criminologia hegemônica tornaram-se, segundo este autor, o próprio fim deste campo de conhecimento: formulários, *surveys*, coleta, tratamento e interpretação de dados estatísticos *"substituíram crime e controle do crime como o objeto* de fato *da disciplina"* (p. 1). Isto não significa que a preocupação metodológica seja desimportante. Pelo contrário, a produção de conhecimento sobre a sociedade e o sistema de justiça criminal depende de rigor epistemológico e metodológico. O conhecimento criminológico, contudo, não pode estar desvinculado de análises amplas, haja vista que os dados não são produzidos isoladamente das relações sociais.

Por isso, o esforço deve se dar na construção de uma *"teoria engajada, na qual ciência e militância não são compreendidas como antíteses, mas como experiências indissociáveis – embora distintas – e em permanente diálogo"* (BRAGA e PRANDO, 2016, p. 18). A crítica criminológica, portanto, não deve ser feita de dentro das universidades, seguindo a cartilha de suposta neutralidade e isenção na produção de conhecimento. Ela deve pulsar como pulsam as pessoas capturadas pelo poder punitivo, como pulsam os movimentos sociais, como pulsam as ruas.

Rafael Braga foi o único preso no contexto das mobilizações de 2013 – embora não tenha participado delas –, condenado por portar pinho sol e água sanitária, supostamente materiais para uma bomba caseira. A segunda prisão, em janeiro de 2017, culminou em uma condenação de 11 anos por tráfico de drogas, com fundamento no depoimento dos dois policiais que fizeram o flagrante – forjado, segundo testemunhas – e na recusa pelo Judiciário de incluir nas provas o acesso à câmera e ao GPS da viatura que fez a prisão.[8] Deste caso resultou uma forte mobilização popular que representa o que considero o papel atual de uma crítica criminológica. Os debates sobre racismo, sobre criminalização da pobreza, sobre as arbitrariedades do poder punitivo do Estado, da segurança pública ao Judiciário, devem ser feitos coletivamente, por militantes e acadêmicos. Mais do que isso, a prisão de um jovem negro e pobre, que sequer fazia parte das movimentações políticas críticas – ou "de esquerda" – indica a centralidade do sistema penal na manutenção do capitalismo, do racismo, do machismo, da homotransfobia. Indica que a técnica jurídica, as instituições estatais e a mídia atuam sistematicamente na reprodução das desigualdades e no esforço para que nenhum movimento de pessoas marginalizadas possa se articular contra o poder instituído.

Se historicamente grandes conquistas sociais foram concretizadas por meio de protestos, greves e mobilizações revolucionárias, é imprescindível que o sistema as deslegitime, por todos os meios possíveis. A condenação de Lula, correta ou não, legítima ou não, reacendeu um debate que não deve ser novamente secundarizado. Debate esse que deve ser muito mais sobre Amarildo, Claudia, Desirée e Rafael Braga. O funcionamento do sistema penal é central para qualquer possibilidade de transformação social. Proponho, por isso, pensarmos uma radicalização da crítica criminológica e não apenas da criminologia. Movimentos sociais, acadêmicos e militantes devem se aprofundar cada vez mais nas questões de desmilitarização das polícias, de descriminalização das drogas, de políticas públicas de saúde e trabalho que substituam políticas criminais, de forte redução – ou, quem sabe, abolição – do sistema de justiça criminal. Deve pautar a indenização aos familiares de Amarildo e Cláudia, a liberdade de Desirée e Rafael Braga e tantas outras. Deve buscar novas formas de se pensar e resolver conflitos. Afinal, *"tempos difíceis exigem pensamentos difíceis"* (FERRELL, 2009, p. 3). E a crítica é um movimento constante na tentativa de construir novas formas de organização, novos projetos políticos, novas produções de conhecimento. E ainda que silenciem, deslegitimem, prendam e matem, resistimos.

## Referências

Andrade, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p. 24-36, jan. 1995. ISSN 2177-7055. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15819>. Acesso em: 15 jul. 2017. doi:http://dx.doi.org/10.5007/15819.

Braga, Ana Gabriela Mendes; Prando, Camila Cardoso de Mello. Práticas pedagógicas feministas e criminologia crítica: liberdade, transgressão e educação. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 280, p. 18-19, mar. 2016.

Brasil, Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional: dados gerais. *Infopen Estatística*. Brasília: 2014. Disponível em: <http://www.depen.pr.gov.br>.

_____. Secretaria de Assuntos Legislativos. *Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão*. Brasília: Ministério da Justiça. IPEA, 2015. Disponível em: <http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2015/03/51-da-a-luzna-sombra.pdf>.

FERRELL, Jeff. *Kill method:* a provocation. 2009. Disponível em: <http://www.jtpcrim.org/January_Articles/Kill_Method_A_Provocation_Jeff_Ferrell.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2017.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (São Paulo). *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. 2014. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/8_anuario_2014_20150309.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2017.

## Notas

(1) De forma alguma pretendo definir o que é ou não esquerda, mas sim propor reflexões a diversos grupos que se consideram de esquerda e/ou críticos à sociedade como está. Falo aqui de diversos movimentos sociais, institucionais ou não, necessariamente em constante disputa. Os movimentos de trabalhadores, os movimentos negros, os feministas, os LGBTs, movimentos ecológicos, de pessoas com deficiência, dentre tantos outros. Falo também de partidos e coletivos que se dizem de esquerda.

(2) Faço menção aqui a casos de violência policial e condenações criminais que geraram forte reação de movimentos sociais, embora timidamente reportadas pelas grandes mídias. Ao longo do texto, busco articulá-los a discussões criminológicas mais amplas.

(3) Segundo a sentença do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, não restam dúvidas dos fatos aqui descritos. Para maiores detalhes, ver: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/35007?p_p_state=maximized>. Para exemplificar a repercussão social desse homicídio pelo aparato estatal, ver: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-07/quatro-anos-apos-morte-e-desaparecimento-de-amarildo-familia-nao-foi>.

(4) Para exemplificar a reação de alguns movimentos sociais a mais esse homicídio pelos aparelhos do sistema de justiça criminal, ver: <http://blogueirasfeministas.com/2014/03/claudia-silva-ferreira-38-anos-auxiliar-de-limpeza-morta-arrastada-por-carro-da-pm/>.

(5) Maiores detalhes sobre o caso podem ser encontrados no relatório da pesquisa *Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão*. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/201clugar-de-crianca-nao-e-na-prisao-nem-longe-de-sua-mae201d-diz-pesquisa/pesquisa-dar-a-luz-na-sombra-1.pdf>.

(6) A possibilidade de expedição do mandado de prisão também deu lugar a reações de acadêmicas e movimentos sociais, como se pode ver em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/05/18/porque-precisamos-de-desiree-livre/>.

(7) Desconheço traduções para o português deste artigo. Por isso fiz traduções livres de alguns trechos. O original pode ser encontrado em: <http://www.jtpcrim.org/January_Articles/Kill_Method_A_Provocation_Jeff_Ferrell.pdf>.

(8) Para mais detalhes sobre as condenações de Rafael Braga, ver: <https://www.liberdadepararafael.meurio.org.br/>. Recentemente foi realizada uma jornada de 30 dias com diversas rodas de conversa por toda a cidade de São Paulo, em especial nas periferias, sobre o sistema penal, racismo e desigualdade. Para maiores detalhes sobre essa importante reação popular, ver: <https://www.facebook.com/30DiasPorRafaelBraga/>.

*Victor Siqueira Serra*
Mestrando em Direito pela UNESP.

# Do Mensalão à Lava Jato: a ascensão da barganha e da colaboração premiada no processo penal

*Renato de Souza Matos Filho*



Nunca se falou tanto de "colaboração premiada" no Brasil quanto atualmente. De fato, o benefício legal, surgido no processo penal brasileiro há quase 30 anos, cuja aplicação já tinha ocorrido em outros casos de relevo como o do julgamento do "Escândalo do Mensalão",[1] consubstanciou-se num ponto-chave para o sucesso da força-tarefa da Operação Lava Jato, que desde 2014 investiga o maior escândalo de corrupção e de desvio de dinheiro público da história do país, envolvendo vários políticos, banqueiros e executivos de algumas das maiores sociedades empresariais nacionais, públicas e privadas. Isso se deve, dentre outros fatores, à divulgação das consequências sancionatórias de o imputado barganhar ou não um acordo de colaboração premiada com o Ministério Público, e por uma legislação que garante a boa-fé de tal acordo firmado (Lei 12.850/2013).

A colaboração premiada na legislação brasileira é um benefício legal concedido a um investigado, a um réu, ou mesmo a um condenado numa ação penal que confesse e aceite colaborar na investigação criminal, podendo delatar seus comparsas, o que pode lhe render em contrapartida um lenimento da pena. Esse benefício é previsto em diversas leis brasileiras: Código Penal, Leis 8.072/90 – Crimes hediondos e equiparados; 7.492/86 – Crimes contra o sistema financeiro nacional; 8.137/90 – Crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo; 9.613/98 – Lavagem de dinheiro; 9.807/99 – Proteção a testemunhas; 12.529/11 – Infrações contra a ordem econômica; 11.343/06 – Drogas e afins; e 12.850/13 - Organizações criminosas.

"Colaboração premiada" é gênero, do qual derivam outras espécies, por exemplo: delação premiada (o colaborador expõe as outras pessoas implicadas na infração penal), colaboração para libertação de vítima sequestrada, colaboração para recuperação do produto e do proveito da infração etc.

Ademais, a colaboração premiada está quase sempre relacionada à barganha. Aliás, sob o ponto de vista dos interesses do "colaborador", em toda colaboração premiada deveria haver barganha, de modo a garantir o maior "prêmio" possível no negócio jurídico com a promotoria.

A barganha (*plea bargaining*, nos EUA, onde se originou) conceitua-se como o instrumento processual por meio do qual uma pessoa a quem é imputada a prática de crime vem a negociar um acordo com o Ministério Público, renunciando ao direito de ser julgada, e confessando sua culpa, podendo também colaborar com a investigação, em troca de um tratamento mais leniente, que consiste numa redução da pena ou até perdão judicial etc. Admite-se, porém, que a barganha ocorra mesmo após o trânsito em julgado, quando o condenado poderá ter acesso a benefícios negociados pertinentes à execução da pena.

A colaboração premiada não requer necessariamente a barganha, mas caso aquela seja realizada sem esta, o juiz ou tribunal poderá deixar de conceder quaisquer benefícios ao condenado, principalmente em casos relacionados a organizações criminosas (vide Lei 12.850/13). Isso acontece porque somente o acordo de colaboração anteriormente homologado pelo juiz (§ 7° do art. 4°) vinculará a sentença (ou acórdão) às suas cláusulas negociais, as quais apenas podem ser alteradas ou desconsideradas pela judicatura em caso de irregularidade, ilegalidade, vício de vontade (art. 171 do Código Civil) ou inadimplemento

contratual (§ 11° do art. 4°); assim entendeu, aliás, o Supremo Tribunal Federal na "Questão de Ordem na Petição 7074" (validação das delações de executivos da JBS), em 29/06/2017.

A lei 12.850/13, destarte, foi importante ao prever esse procedimento prévio de homologação do acordo pelo juiz, capaz de garantir verdadeira segurança jurídica, mas a barganha e tal acordo entre o imputado e a promotoria já eram realizados desde a década de 90, tendo em vista o art. 8° da Lei 8.072/90, dos crimes hediondos e equiparados, ainda que não houvesse naquela época, enfatize-se, real garantia de validade do acordo de colaboração firmado, o qual podia ser revisto ou simplesmente recusado pelo Poder Judiciário, à luz dos princípios da persuasão racional e da inafastabilidade da jurisdição.

Além disso, vale ressaltar que o Ministério Público é o autor (*dominus litis*) da ação penal pública por atribuição constitucional, podendo também barganhar os termos da suspensão condicional do processo ou transação penal (arts. 89 e 76, respectivamente, da lei 9.099/95) – e até impor ao juiz o arquivamento do inquérito policial (art. 28 do Código de Processo Penal). Por isso, não restam dúvidas de que a barganha já era utilizada desde a década de 90 também nos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95).[2]

Todavia, no caso específico da transação penal e da suspensão condicional do processo, não se vislumbra uma necessária colaboração do imputado, o que nos leva a concluir que a barganha pode também existir sem a "colaboração premiada", sendo, pois, dois institutos independentes e harmônicos.

Importa esclarecer ainda que, embora a Lei 12.850/13 seja especial, direcionada à debelação de organizações criminosas, o rito procedimental e processual nela previsto pode ser usado analogicamente no processo pertinente a outros crimes em geral, haja vista a lacuna legal atualmente existente, que deve ser devidamente colmatada em benefício do investigado/réu/condenado.

Subsiste, contudo, debate no meio acadêmico sobre a constitucionalidade da colaboração premiada e do mecanismo de barganha.

Alegam seus críticos, por exemplo, que a delação premiada entabulada entre o Ministério Público e o imputado seria a espúria e imoral consagração da traição no Processo Penal, uma mancomunação através da qual o próprio Estado incentiva a deslealdade entre antigos aliados, coagindo ainda o provável delator com a ameaça da prisão, o que tiraria a licitude, voluntariedade e credibilidade de seu testemunho; tem sido recorrente também o argumento de que o contrato de colaboração (art. 4°, § 14, Lei 12.850) violaria o direito ao silêncio do colaborador, algo supostamente inadmissível (artigo 5º, LXIII, Constituição Federal), e também o princípio da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, XXXV, Constituição Federal).

Nesse diapasão, a preleção de **Cezar Roberto Bitencourt**: "Venia concessa, *será legítimo o Estado lançar mão de meios antiéticos e imorais, como estimular a deslealdade e traição entre parceiros, apostando em comportamentos dessa natureza para atingir resultados que sua incompetência não lhe permite através de meios mais ortodoxos? Certamente, não é nada edificante estimular seus súditos a mentir, trair, delatar, alcaguetar ou dedurar um companheiro movido exclusivamente pela ânsia de obter alguma vantagem pessoal, seja de que natureza for. O Estado não é criminoso ou bandido, tampouco pode portar-se como tal, ou seja, invocar os métodos criminosos adotados pelos delinquentes para utilizá-los em seu combate*!."[3]

Apresentando também uma postura crítica à delação premiada, temos os ensinamentos de **Claus Roxin**:

> "*Se os criminosos escapam sem punição justamente por terem denunciado outro criminoso, isso é constitucionalmente problemático e ofende gravemente o senso comum de justiça. Se todos sabem que podem, em caso de necessidade, comprar sua própria liberdade, isso pode inclusive induzir à promoção de crimes. Além disso, o valor probatório dessas declarações compradas pela moeda da negociação é altamente questionável. A tentação de inventar mentiras ou induzir o aparato policial a seguir caminho equivocado é muito grande*."[4]

Já seus defensores, porém, aduzem que a barganha e a colaboração premiada às vezes se mostram a única alternativa para se desvendar crimes graves e punir os culpados, tendo elas regramento legal e suporte constitucional.

Favorável ao instituto da colaboração premiada, o juiz federal **Sérgio Moro**, que já julgou vários réus da Lava Jato, assim ensina:"*Às vezes, as únicas pessoas que podem servir como testemunhas de crimes são os próprios criminosos. (...) É traição? É traição, mas é uma traição entre criminosos. Então, não se está traindo a Inconfidência Mineira, não se está traindo a Resistência Francesa*."[5]

Também reconhecendo a colaboração premiada como plenamente válida no nosso ordenamento jurídico, temos a preleção de **Túlio Vianna**, professor adjunto da UFMG:

> *"Muitos críticos da colaboração premiada argumentam que o Estado estaria incentivando uma conduta antiética por parte dos investigados... (...). Essa crítica, porém, se baseia em elementos exclusivamente morais dos próprios críticos, que consideram que o liame subjetivo entre os comparsas de um crime é mais importante do que a relação ética que deveria existir entre todo cidadão com o próprio Estado.*
>
> *Então nós não podemos colocar um vínculo moral entre os comparsas de um crime acima da lei. Não faz sentido algum o Estado prestigiar esse vínculo moral que existe entre os comparsas de um crime em detrimento da própria lei, que é a obrigação geral que todos os indivíduos têm de não praticarem crimes.*"[6]

Qualquer que seja a visão do intérprete sobre a colaboração premiada e a barganha, a verdade é que o Supremo Tribunal Federal vem repetidamente reconhecendo a plena constitucionalidade dos dois instrumentos processuais.

Tendo a barganha, portanto, supedâneo legal, e sendo ela aceita pelo Poder Judiciário como compatível com os ditames constitucionais, inclusive com a inafastabilidade da jurisdição, surge a dúvida sobre o motivo de ela ter sido usada eficazmente por apenas 1 (um) dos 40 (quarenta) acusados na Ação Penal do Escândalo do Mensalão no STF (AP 470), julgada de agosto de 2012 a março de 2014, pertinente a um esquema de corrupção política que se deu mediante compra de votos de parlamentares no Congresso Nacional, dentre outras atividades ilícitas, culminando na condenação de 24 pessoas, entre elas políticos, empresários e banqueiros.

A primeira explicação que se cogita é que muitos dos envolvidos nesse escândalo político estavam sendo acusados por crimes que somavam penas elevadas, não se podendo aplicar ao caso a Lei 9.099/95, que prevê a transação e a suspensão condicional do processo (art. 89). É compreensível, pois, que apenas Sílvio Pereira tenha barganhado com o MP um acordo de suspensão condicional do processo (folha 51818).

Ainda assim, restava aos réus da AP 470 a barganha inerente ao procedimento de colaboração premiada, por exemplo, mas nenhum acordo foi firmado nesse sentido, por motivos certamente diversos que jamais saberemos exatamente. É o caso do empresário Marcos Valério, que não colaborou, e foi condenado a uma pena (amplamente noticiada na mídia) de mais de 37 anos, além de uma multa de mais de 3 milhões, o que certamente deixou assombrados muitos "homens de negócios" envolvidos em práticas criminosas, servindo assim de estímulo para que, anos depois, muitos investigados na Lava Jato aderissem à barganha, receosos de ter o mesmo destino infausto que Valério.

Lado outro, esse não foi o caso de Lúcio Funaro e José Batista, réus em ação penal relacionada ao Mensalão que tramitava na primeira instância da Justiça Federal, os quais aderiram à barganha e fecharam acordo de

colaboração premiada, recebendo ao final do processo (no ano de 2013) o perdão judicial, *ex vi* do art. 13 da Lei 9.807/99. Essas colaborações, inclusive, foram usadas como provas contra outros envolvidos na própria Ação Penal 470 no STF (vide folha 51793). Inclusive, Funaro também está sendo investigado atualmente por envolvimento com a Lava Jato, encontrando-se atualmente preso, e supostamente estaria barganhando com a Procuradoria acordo de delação premiada, a qual deve ser revelada em breve,(7) o que mostra mais uma faceta da conexão entre os dois escândalos de corrupção em comento aqui.

A condenação de um político também se destacou na AP 470, não pelo tamanho da pena, mas sim por ser a única em que se teve reconhecida a colaboração premiada, ainda que sem barganha: trata-se do ex-deputado federal Roberto Jefferson, que recebeu o benefício de redução de 1/3 da pena, a qual foi para pouco mais de sete anos, em regime semiaberto.

Roberto Jefferson foi o pivô do Escândalo do Mensalão, tendo exposto detalhes do plano criminoso de outros envolvidos após supostamente se sentir traído e abandonado durante uma CPI que o investigava. Sua colaboração para as investigações pareceu retaliatória, e o fato de ter sido feita voluntariamente, sem qualquer tipo de barganha com o Ministério Público (folha 58260), se revelou algo "arriscado", pois os juízes do STF se sentiram livres para apreciar sua colaboração e dar a ele ou não algum benefício de redução de pena, de acordo com o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional (art. 155 do Código de Processo Penal).

De fato, o juiz revisor, Ricardo Lewandowski, foi contrário à redução da pena do delator do Mensalão, por considerar que ele não contou nada de útil ao processo, e nem confessou em juízo seus crimes: "*Então, colaboração foi zero desse réu...*", disse o juiz (BRASIL, 2013, folha 59354). Para a sorte de Roberto Jefferson, contudo, a maioria do STF decidiu lhe conferir a redução de pena prevista no art. 14 da Lei 9.807/99.

Isso nos mostra a importância da realização da barganha com o Ministério Público em caso de adesão à colaboração premiada, considerando que sem um acordo assim firmado o réu poderá não receber "prêmio" algum da judicatura, mesmo que tenha confessado o crime e colaborado com as investigações.

Resta ainda dizer que Marcos Valério, após o término do julgamento do Mensalão em 2014, veio a ser condenado também em várias outras ações penais, e inclusive se tornou réu em 2016 numa ação penal da 27ª fase da Lava Jato, denominada "Carbono-14". Sua postura, entretanto, parece não ser mais a mesma de outrora, já que estaria barganhando um acordo de colaboração premiada que pode atingir vários envolvidos, e deve ser revelada em breve.(8) Isso nos mostra mais uma vez a medrançosa ascensão da barganha e da colaboração premiada no Processo Penal brasileiro.

Assim, podemos concluir que o julgamento do Mensalão teve como um corolário a repercussão midiática da barganha e colaboração premiada como meios eficazes e satisfatórios de lenimento da pena, ao mesmo tempo em que evidenciou a possibilidade real de condenados por "crimes do colarinho branco" receberem penas severas em caso de recusa à adesão a esses institutos, o que certamente repercutiu na Lava Jato, deixando muitos investigados propensos à aceitação dos acordos de delação premiada, como se tem visto.

Some-se a isso que a Lei 12.850/13, ao prever um rito procedimental mais claro e preciso para a homologação e posterior ratificação do acordo de colaboração firmado com o *parquet*, trouxe real segurança jurídica e confiabilidade para os termos de tal negócio jurídico, como foi reconhecido pelo STF recentemente ("Questão de Ordem na Petição 7074"), tornando mais atrativa a adesão de imputados no mecanismo de barganha, que atualmente está amplamente consagrado na Operação Lava Jato, proporcionando até hoje (27/07/2017) mais de 158 acordos de colaboração premiada, além da condenação de 157 pessoas.(9)

## Notas

(1) Brasil. Supremo Tribunal Federal. Acórdão da Ação Penal 470/MG. Relator: Joaquim Barbosa. Publicado em 22/04/2013. Disponível em: <ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf>. Acesso em: 27 jul.2017.

(2) Tem-se conhecimento aqui de que a doutrina e a jurisprudência majoritária consideram que a transação penal e a suspensão condicional do processo não implicam confissão ou reconhecimento de culpa, o que poderia nos levar à conclusão de que esses institutos da Lei 9.099/95 não se subsumem no conceito de barganha. Todavia, sabe-se também que a adesão a esses institutos acarreta certas "consequências amargas", como multa, obrigação de reparar o dano etc. (as quais a doutrina majoritária não considera sanção penal por não haver condenação judicial, mas que iniludivelmente são um gravame que se aceita para se evitar sanção maior). Ora, a par disso, *in casu*, parece-nos correto o entendimento de que a aceitação de tal punição pelo imputado desemboca num reconhecimento de culpabilidade e numa confissão, conquanto não gere reincidência nem maus antecedentes. Nessa toada, a lição de Vinícius Gomes de Vasconcelos: In: *Barganha e justiça criminal negocial:* análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 68.

(3) Bitencourt, Cezar Roberto. *Delação premiada é favor legal, mas antiético*. 10 jun. 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-jun-10/cezar-bitencourt-delacao-premiada-favor-legal-antietico>. Acesso em: 27 jul. 2017.

(4) Roxin, Claus apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Questão de Ordem na Petição 7.074 Distrito Federal. Voto do Juiz Gilmar Mendes. f. 29. 28 jun. 2017. A entrevista completa de Roxin para a Revista alemã *Der Spiegel* pode ser acessada através do link: <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-42903239.html>. Acesso em: 27 jul. 2017.

(5) Moro, Sérgio. In: SEMINÁRIO OAB SP - 116ª Subseção, 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2015/08/juiz-sergio-moro-defende-delacao-premiada-em-seminario-da-oab.html>. Acesso em: 27 jul. 2017.

(6) Vianna, Túlio. *Delação premiada*. 27 mai. 2017. Disponível em: <https://tuliovianna.org/2017/05/27/delacao-premiada-colaboracao-premiada/>. Acesso em: 27 jul. 2017.

(7) Serapião, Fabio; Macedo, Fausto. Estadão. 05 jul. 2017. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/funaro-e-transferido-para-preparar-delacao/>. Acesso em: 27 jul. 2017.

(8) Linhares, Carolina. Folha de S. Paulo. 24 jul. 2017. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/07/1903384-delacao-de-marcos-valerio-atinge-fhc-lula-e-aecio.shtml>. Acesso em: 27 jul. 2017.

(9) BRASIL. Ministério Público Federal. 27 jul. 2017. Disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/resultados/a-lava-jato-em-numeros>. Acesso em: 27 jul. 2017.

*Renato de Souza Matos Filho*
Bacharel em Direito.
Advogado.



IBCCRIM
*Fundado em 14.10.92*
DIRETORIA DA GESTÃO 2017/2018

**DIRETORIA EXECUTIVA**
Presidente: Cristiano Avila Maronna
Vice-Presidenta: Eleonora Rangel Nacif
1.º Secretário: Renato Stanziola Vieira
1.º Tesoureiro: Edson Luis Baldan
2.º Tesoureiro: Bruno Shimizu
Diretor Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais: André Adriano Nascimento da Silva
Assessora da presidência: Jacqueline Sinhoretto

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

**OUVIDOR**
Rogério Fernando Taffarello

COM A PALAVRA, OS ESTUDANTES:

# Delito de estupro de vulnerável: análise crítica do tipo penal

*Leo Maciel Junqueira Ribeiro e Ana Luiza Rodarte Bueno*

A utilização do consentimento da vítima, em nosso ordenamento jurídico, desempenha papel muito importante quando analisada sob o escopo do delito de estupro de vulnerável, tipificado no artigo 217-A do Código Penal brasileiro.(1) Isso ocorre pois, com o advento da Lei 12.015/2009, que incluiu a tipificação desse delito no Código Penal (CP), houve uma tendência de que o critério objetivo da idade fosse utilizado para presumir que existe violência sexual, independentemente do consentimento da vítima.

Nesse contexto, é muito raro observarmos a utilização do consentimento como causa motivadora da atipicidade ou da justificação da conduta supostamente punível na jurisprudência dos tribunais superiores. O posicionamento consolidado do Supremo Tribunal Federal (STF) é de que "*para a configuração do estupro de vulnerável, é irrelevante o consentimento da vítima menor de 14 anos*".(2) Já no Superior Tribunal de Justiça (STJ), o debate sobre a aplicação do consentimento toma orientação similar, determinando a presunção absoluta de violência quando a vítima é menor de 14 anos.(3)

Resta evidente que a jurisprudência brasileira está consolidada no sentido de que existe presunção absoluta de violência quando praticado ato sexual com menor de 14 anos. No entanto, ainda assim, deve-se realizar uma análise crítica pormenorizada em relação ao teor dessas decisões, de forma que seja verificado se são legítimas e compatíveis com a estrutura constitucional do ordenamento jurídico brasileiro.



Em consonância com a necessidade de adequação constitucional quando interpretado o artigo 217-A do CP, o professor **Luis Augusto Brodt** descreve que "*à constatação da vulnerabilidade não bastam a mera comprovação da idade cronológica ou diagnóstico de doença mental. Caso contrário, ficaríamos atrelados a uma interpretação puramente literal da lei. É preciso proceder a uma interpretação sistemática, em homenagem ao princípio constitucional penal da culpabilidade.*"(4)

Não obstante, para proceder com uma interpretação sistemática(5) do delito de estupro de vulnerável, principalmente no momento em que se realiza o juízo de tipicidade, três circunstâncias fáticas necessariamente precisam ser abordadas: a capacidade de consentimento; o desenvolvimento sexual do sujeito passivo; as mudanças sociais e os costumes aplicados à tipificação do crime.

O primeiro ponto a ser abordado se refere à capacidade de consentimento da pessoa considerada vulnerável. Como destacado anteriormente, a presunção de violência consagrada em nossa jurisprudência determina que menores de 14 anos não possuem a capacidade de consentir, sendo, por isso, vulneráveis. Entretanto, o parâmetro de idade, trazido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), determina que todos aqueles maiores de 12 anos são capazes de expressar seu consentimento. Isso resta comprovado pelo art. 45, §2º da referida legislação, o qual estabelece que: "Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento."(6)

No ECA existe ainda uma diferença de classificação quanto ao indivíduo maior de 12 anos de idade, pois em seu art. 2º está descrito que "*Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.*" Nesses termos, percebe-se que o mais adequado seria a legislação penal acompanhar o parâmetro de idade estabelecido pelo ECA, admitindo que apenas os menores de 12 anos seriam considerados vulneráveis, visto que os indivíduos maiores de 12 anos de idade são capazes de consentir.

Além da capacidade de consentir, o desenvolvimento sexual da vítima é de extrema importância quando analisado conjuntamente ao juízo de tipicidade quanto ao art. 217-A do Código Penal. Um estudo feito pela UNICEF, ainda no ano de 2002, demonstra que 21,3% dos adolescentes entre 12 e 14 anos que mantêm ou mantiveram relações sexuais já engravidaram a parceira ou ficaram grávidas, sendo que um número ínfimo deles interrompeu a gravidez, o que demonstra expressiva incidência de experiências sexuais nessa faixa etária.(7)

Não obstante, trata-se de fase extremamente importante para o desenvolvimento da sexualidade e para as suas consequências na vida sexual adulta, influenciando como o indivíduo se identifica sexualmente na sociedade e desempenhando papel fundamental na construção da autoestima e das relações afetivas.(8) Exatamente por ser uma fase tão importante para a formação da personalidade dos indivíduos é que a intervenção penal deve ser limitada de forma mais concreta, tendo como referência inafastável o desenvolvimento sexual do adolescente.

Quanto ao bem jurídico, o tipo penal descrito no art. 217-A do Código Penal é considerado delito que ofende a dignidade sexual.(9) Quando se presume a violência na prática de sexo com menores de 14 anos, consequentemente se determina que essa atividade não é digna diante dos valores morais incutidos na legislação penal, independentemente da vontade do indivíduo.

Entretanto, se existe vida sexual ativa entre os 12 e os 14 anos de idade, não se pode falar em ofensa à dignidade sexual, pois somente o titular de um bem jurídico pode escolher a forma de que irá dispor dessa garantia constitucional.(10) Deve-se compreender que nenhuma pessoa tem a sua dignidade sexual violada por realizar sexo consentido após ter completado 12 anos de idade, tratando-se de exercício puro de direito. Pensar de modo contrário configura inaceitável legitimação de um argumento moral, que fundamenta proteção excessiva por parte do Estado.

Outro ponto de extrema relevância é a evolução e as mudanças sociais por quais a sociedade passou desde que foi estabelecido pelo Código Penal que menores de 14 anos são vulneráveis e incapazes de manifestar seu consentimento.(11) Um aspecto ilustrativo dessas mudanças sociais pode ser depreendido da própria legislação penal. Diversos crimes como, por exemplo, a sedução e o rapto consensual, que foram revogados em 2005 pela Lei 11.106, constituíam demonstração clara de como eram os costumes e a ideia moral da sociedade, protegendo a virgindade da menor no primeiro e, impressionantemente, o pátrio poder ou a autoridade tutelar no segundo.(12) Fazendo uma análise do crime de rapto consensual, percebe-se o quão conservador era o ideal

daquela época, uma vez que se visava proteger o poder pátrio ainda que a vítima houvesse consentido, ficando explícita a posição paternalista do Estado para com os indivíduos.

A revogação desses crimes são uma admissão, advinda do próprio legislador, de que a sociedade vem sofrendo mudanças substanciais na forma como as pessoas pensam e agem; e situações de anterior reprovabilidade se tornaram atualmente aceitáveis.

Não obstante, no contexto atual da sociedade, os adolescentes[13] têm iniciado suas vidas e experiências sexuais cada vez mais cedo. A expansão dos meios de comunicação e tecnologias tem estimulado cada vez mais o desenvolvimento sexual precoce nas crianças, muito em função dos veículos midiáticos que incitam isso e muito pela própria facilitação do acesso a informações.[14]

É de extrema necessidade que essas mudanças da sociedade sejam levadas em conta na análise do crime de estupro de vulnerável, tratando-se de aplicação dos costumes *in bonam partem*.[15] Nesse sentido, houve recentemente um julgado da 6ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que absolveu o acusado justamente pela análise das circunstâncias externas nas quais a vítima estava inserida, admitindo que não é plausível a condenação baseada apenas no critério de idade.[16]

Por conseguinte, o delito de estupro de vulnerável necessita mais do que apenas a readequação da idade de acordo com as mudanças ocorridas na sociedade, mas também de uma análise das circunstâncias que envolvem a vítima. Mesmo se houver a diminuição da idade de vulneráveis para menores de 12 anos, na análise do caso concreto, a idade não poderá ser o único aspecto a ser levado em consideração; com o risco de ocorrência da responsabilização penal objetiva, totalmente contrária aos princípios norteadores de um Direito Penal democrático.

**Notas**

(1) Nos termos da legislação: "Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos".

(2) Supremo Tribunal Federal (STF) - *HC* 122945, Relator: Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 21 mar. 2017, DJe 04 mai. 2017.

(3) A 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp. 1.480.881/PI, julgado sob o rito dos Recursos Repetitivos , pacificou o entendimento de que a presunção de violência nos crimes sexuais praticados contra menores de 14 anos é absoluta. (STJ - REsp 1480881/PI, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 26 ago. 2015, DJe 10 set. 2015).

(4) Brodt, Luis Augusto Sanzo. *Dos crimes contra a dignidade sexual:* a nova maquiagem da velha senhora. Disponível em: <https://www.academia.edu/6160846/DOS_CRIMES_CONTRA_A_DIGNIDADE_SEXUAL>. Acesso em: 18 jun. 2017.

(5) A primeira e mais importante recomendação, nesse caso, é de que, em tese, qualquer preceito isolado deve ser interpretado em harmonia com os princípios gerais do sistema, para que se preserve a coerência do todo. Ferraz Júnior, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 289.

(6) Brasil. Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em 14 nov. 2017.

(7) United Nations Children's Fund (UNICEF). *A voz dos adolescentes*. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10282.htm>. Acesso em: 26 jul. 2017.

(8) Hercowitz, A. Gravidez na adolescência. *Pediatria moderna*, São Paulo, v. 38, n. 8, 2002.

(9) bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, *4*: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 7 ed. rev. ampl. e atual. de acordo com as Leis 12.720 e 12.737 de 2012. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 97.

(10) Zaffaroni, Eugenio Raúl; Pierangeli, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2012, p. 462.

(11) É possível depreender do próprio Código Penal que os menores de 14 anos são tidos como vulneráveis não apenas nos crimes sexuais e sim de forma geral (art. 122).

(12) Hungria, Nelson; lacerda, Romão; Fragoso, Heleno. *Comentários ao Código Penal*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 148-211.

(13) Utiliza-se a definição de adolescente contida do Art. 2º da lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

(14) Eisenstein, Evelyn; Estefenon Susana (Orgs.). *Geração digital*: riscos e benefícios das novas tecnologias para as crianças e os adolescentes. Rio de Janeiro: Vieira & Lent; 2008, p. 51-55.

(15) Toledo, Francisco A. de. *Princípios básicos de direito penal*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 25.

(16) Inteiro teor do acórdão disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/acordao-modificado-6a-camara-criminal.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2017.

*Leo Maciel Junqueira Ribeiro*
Estudante de Direito.

*Ana Luiza Rodarte Bueno*
Estudante de Direito.



**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, Rafael Vieira, 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 Gervitz, 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 Augusto Simões da Conceição, 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 Augusto de Padua Fleury, 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

FIQUE DE OLHO

# Nova edição do LABORATÓRIO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

## recebe inscrições a partir da 2ª quinzena de janeiro!

**O Laboratório de Ciências Criminais é uma iniciativa do IBCCRIM que fomenta a iniciação científica em diversas regiões do país.**

**Estudantes de graduação, participem do processo seletivo em suas cidades!**

IBCCRIM

O Laboratório é um curso semanal, gratuito, realizado entre março e dezembro em mais de 15 cidades do país, voltado para estudantes de Direito e demais áreas das Ciências Humanas. Saiba mais sobre o Laboratório e como participar: **www.ibccrim.org.br**