

| EDITORIAL

Execução Penal e Criminologia Clínica

Vivemos tempos de acaloradas discussões sobre o sistema penal em geral, mas também sobre a Execução Penal em particular. As contendas, antes relativamente restritas a âmbitos de estudos específicos, vêm com crescente vigor chegando ao grande público, cujo interesse é dia após dia despertado por sempre renovadas notícias envolvendo figuras de relevo.

Com o incremento da população carcerária, caminhando lado a lado com um igualmente inegável aumento da sensação de insegurança sentida por boa parte da população, levantam-se vozes, seja à esquerda ou à direita, proclamando certezas sobre o melhor rumo da Execução Penal. Os matizes discursivos variam do absoluto desprezo pelos direitos humanos, e por quaisquer direitos subjetivos dos apenados, ao absoluto desprezo pela própria questão penal em si, sendo que diversos setores identificados como progressistas entendem o encarcerado como mero subproduto do sistema capitalista de produção, despojado de subjetividade e sem possibilidade de protagonismo. A paixão dos debates é facilmente constatada por todos os que navegam em sites de notícias ou em redes sociais.

E, justamente no ano em que os debates apaixonadamente unilaterais parecem atingir seu paroxismo, tivemos, em junho último, o falecimento de uma das raras pessoas que, no campo minado da Criminologia e da Execução Penal, buscava desbravar o árduo caminho *entre trincheiras em combate*: **Alvino Augusto de Sá**, o maior criminólogo clínico brasileiro das décadas recentes e membro do Conselho Consultivo do IBCCrim.

O olhar de Alvino de Sá se atrevia entre apaixonadas trincheiras combatentes por uma razão bastante *simples* de ser compreendida, porém de maneira alguma *simplória*. Seria simplório dizer apenas que sua sabedoria se dava porque permanecia aberto ao diálogo; embora tal abertura seja essencial para a compreensão da obra de **Alvino**, certamente não explica tudo. A principal razão é ainda mais simples: enquanto tantos a seu redor se voltavam às estruturas, às complexas dinâmicas sociais, às enferrujadas engrenagens jurídicas ou às ilusões da técnica, seu olhar mirava diretamente *o sujeito*. E porque, como psicólogo, conhecia profundamente a insondável riqueza humana, recusava ser levado

pela lúbia sedutora dos que se debruçam sobre os problemas humanos desdenhando *o sujeito humano*.

Em sua última obra—e, para muitos, seu *magnum opus*—, objetivamente intitulada *Criminologia clínica e execução penal*, **Alvino de Sá** abre-se a diversos ventos, mas permanece firme em seu centro. Não se deixa abalar, ao mesmo tempo em que não despreza preciosidades, venham de onde possam vir. Ensina, com enorme propriedade, sobre o modelo *médico-psiquiátrico*, dirigindo-lhe severas críticas, mas sem deixar de reconhecer-lhe o valor histórico. Idêntica abordagem dirige ao modelo *psicossocial* e à Criminologia Crítica: sem se afastar em demasia, lança críticas precisas; sem se deixar envolver demais, reconhece, em pensamentos tão diversos, seus méritos intrínsecos. Seu texto é uma cuidadosa costura entre ideias multifacetadas, construindo um diálogo cuja harmonia é garantida porque jamais perde de vista seu fio condutor: *o ser humano*.

Para **Alvino de Sá**, que em seus últimos anos passou a dedicar especial atenção à obra (também aberta à riqueza das múltiplas vozes) de Álvaro Pires, é possível, a um só tempo, reconhecer a responsabilidade individual de escolha *sem ignorar* a tão conhecida crueldade do sistema prisional. É possível, a um só tempo, reconhecer a realidade ontologicamente *problemática* de certos atos humanos, sem deixar de admitir que sua elevação à categoria de *crime* não se dá senão pela definição legal.

No âmbito da Execução Penal, seu *locus* de excelência, o pensamento de **Alvino de Sá** se mostra ainda rico, avesso a simplificações próprias aos ávidos por a tudo reduzir à mediocridade da própria unilateralidade. Rejeita a simplória ideia de *ressocialização*, ao mesmo tempo em que, recorrendo a **Alessandro Baratta**, explana cuidadosamente as relações entre *diálogo* e *reintegração social*. Não defende o cárcere, ao mesmo tempo em que se recusa a ser identificado com o abolicionismo: é possível, para **Sá**, que sejam propostos caminhos *apesar do cárcere*, tomando a prisão como um dado que, queiramos ou não, permanecerá.

Nenhuma dessas ponderações indica mero intento de manter-se isento. Como dito, a obra de **Alvino de Sá** é marcada por um detido olhar que deságua na riqueza imensa do ser humano,

| Caderno de Doutrina

A multa e a extinção da punibilidade
Gustavo Octaviano Diniz Junqueira 2

Execução penal: ambiente de cogência ou espaço de dispositividade?
Alamiro Velludo Salvador Netto 4

É preciso um *plea bargain* tropical?
Rodrigo de Oliveira Ribeiro 6

Análise dogmática da proposta de inserção do crime de caixa dois eleitoral ao código eleitoral (Lei 4.737/1965) do “Projeto de Lei Anticrime”
Cauê Varjão de Lima e Fernando Andrade Fernandes 8

Legítima defesa na atuação policial: elementos para o debate
Maciana de Freitas e Souza, Tamara de Freitas Ferreira e Francisco Vieira de Souza Junior 11

O *whistleblowing* no âmbito do Pacote Anticrime: entre erros e acertos
Rodolfo Macedo do Prado 13

Projeto de lei “anticrime”: a retomada do arbítrio judicial
Adriano Antunes Damasceno e Carlos Hélder Carvalho Furtado Mendes 16

A perda alargada no “pacote anticrime”: críticas e propostas de adequação
Luiz Eduardo Dias Cardoso 18

Nise da Silveira: a vanguarda da resistência ao positivismo criminológico na invasiva política de controle da loucura no Brasil
Francisco de Assis de França Júnior 21

Combate à corrupção e normatividade constitucional na prisão em segunda instância e na limitação da prerrogativa de foro
Aline Seabra Toschi 24

| Caderno de Jurisprudência

| CORTES INTERNACIONAIS E SUAS DECISÕES COMENTADAS

O Caso Alvarado Espinoza e os parâmetros para atuação das Forças Armadas na segurança pública
Raquel da Cruz Lima 2225

| JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal 2228
Superior Tribunal de Justiça 2229

e este olhar, por sua própria natureza, jamais se contenta com unilateralidades. Seu olhar é, portanto, aquele do *clínico*, capaz de, por sua presença, trazer luzes completamente novas àqueles – imensa maioria de nós – presos às engrenagens duras da técnica jurídica, e que só permitem abrir uma pequena fresta da janela aos ventos da crítica sociológica. Pensamentos como o de **Alvino de Sá** (ou também o de Álvaro Pires) têm o estranho poder de cativar e perturbar: cativam porque são novos a nossas mentes viciadas; perturbam porque nos forçam a abandonar o conforto de nossas certezas cristalizadas.

Mais do que ocasião de enorme tristeza, o falecimento de **Alvino de Sá** deve ser, também, tema de debate acadêmico – e por isso é tratado neste Editorial. A sombra de sua ausência já se desenha no horizonte. Não há, no Brasil, expoente maior da Criminologia Clínica. Contemplamos, diante de nós, o risco imenso de, nas décadas vindouras, serem as construções acadêmicas sobre Execução Penal reduzidas a dois pilares: técnica jurídica e crítica sociológica. Por valiosos que sejam, não bastam. A Criminologia Clínica, magistralmente desenvolvida por **Alvino de Sá**, tem um olhar completamente seu, pois se volta ao sujeito, ao ser humano. Apenas este olhar é capaz de adicionar uma dimensão cada vez mais esquecida: a dimensão da profundidade, fundada na insondável riqueza da alma humana.

A sombra da ausência de **Alvino de Sá** obscurece outros pensadores de primeira grandeza que, pelo trabalho do próprio **Alvino** e de mestres e doutores por ele orientados, foram trazidos à Academia em tempos recentes. Pelas mãos da Criminologia Clínica, os debates acadêmicos sobre Execução Penal têm sido enriquecidos por ideias grandiosas como as de **Viktor Frankl**, **Sigmund Freud**, **Melanie Klein**, **Carl Rogers**, **Carl Gustav Jung**, **Erich Neumann**, **Marie-Louise Von Franz**, **David Bohm**, **Jacques Lacan**, **Donald Winnicott**, **Jean Piaget**, **Lawrence Kohlberg** ou **René Girard**, para citar apenas alguns poucos nomes. À já imensa tristeza do luto se soma a tristeza de, prospectivamente, imaginarmos novos rumos acadêmicos que ignorem tão ricos autores, e outros tantos mais.

Quanto mais acaloradas, mais polarizadas e mais disseminadas as contendas contemporâneas, maior o risco de esquecermos por completo o *sujeito humano* que, em toda a sua complexa riqueza, sempre estará ao centro de qualquer discussão sobre questões criminais e carcerárias. E, justamente nestes momentos de paroxismo da insanidade, talvez seja à Clínica que devemos recorrer, pois a ela incumbe tornar-nos (ao menos um pouco) mais *sãos* – como, ao longo de sua bonita história de vida, **Alvino Augusto de Sá** tornou a todos os que tiveram a sorte de com ele conviver.

A multa e a extinção da punibilidade

Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

Resumo: Após o trânsito em julgado da condenação, a natureza da multa aplicada em razão da prática de infração penal é controversa nos tribunais. O reconhecimento da natureza civil permite a extinção da punibilidade independentemente de seu pagamento, como consolidou o STJ em recurso repetitivo. O STF, no final de 2018, reexaminou o tema e, partindo da manutenção da natureza penal mesmo após a condenação definitiva, definiu competência do Ministério Público para a execução da multa. Sem a extinção da punibilidade, centenas de milhares de egressos pobres não conseguirão acabar de cumprir a pena, com várias consequências estigmatizantes.

Palavras-chave: Pena de multa. Extinção da punibilidade. Execução penal.

É decisão político-criminal comum que nos crimes que visam lucro seja cominada multa, pois o prometido prejuízo financeiro seria o contraimpulso criminoso adequado, instrumento dissuasório consagrado por **Feuerbach** (1989, p. 125).

A seletividade penal impõe que a condenação, na imensa maioria das vezes, recaia sobre pessoas pobres.⁽¹⁾ O pagamento da multa ao final de anos de cumprimento de pena de prisão se torna inviável, pois qualquer economia ou poupança dos lucros do crime teria se esvaído com os custos do processo ou com os “custos da prisão” (alimentação, vestuário, remédios...) ou sustento da família, na ausência do condenado. Ao lado da discussão sobre a viabilidade do pagamento está a questão: com o trânsito em julgado da condenação, a multa perde sua natureza penal?

A discussão é muito importante, pois, perdida a essência penal, seria possível a declaração da extinção da punibilidade do condenado, pelo cumprimento da pena, mesmo antes do pagamento ou prescrição da pena de multa. Sem a extinção da punibilidade, mesmo que já cumprida a pena de prisão, o egresso

Abstract: After the conviction has been res judicata, the nature of the fine imposed for criminal offenses is controversial in the courts. The recognition of civil nature allows the extinction of punishment regardless of its payment, as the Supreme Court consolidated in a repetitive appeal. In late 2018, the Supreme Court reviewed the issue and, starting from the maintenance of the criminal nature even after the final conviction, defined the competence of the Public Prosecutor to execute the fine. Without the extinction of punishment, hundreds of thousands of poor graduates will not be able to finish their sentence, with several stigmatizing consequences.

Keywords: Penalty of fine. Extinction of punishment. Penal execution.

terá intransponível dificuldade para se integrar ao mercado de trabalho: enquanto não for paga a pena de multa, não terá cumprido toda a pena e, assim, persiste com seus direitos políticos suspensos; bem como não será possível o sigilo das informações da execução e a reabilitação. Um país com quase 14 milhões de desempregados não dará chance a um estigmatizado que sequer terminou de cumprir a pena, com indistigável efeito criminógeno, concretizando as mais balizares conclusões do *labelling approach*. Se considerada a alteração da natureza da multa com sua inscrição na dívida ativa, deixando de ser sanção penal e ganhando caráter de natureza civil, tais obstáculos seriam resolvidos, maximizando as oportunidades do egresso.

Era majoritária até o início da última década a compreensão de que a multa não perdia sua natureza da sanção penal nem mesmo com a inscrição na dívida ativa. O fato de ser executada na Vara da Fazenda Pública com o procedimento da lei das Execuções fiscais teria apenas índole instrumental, eis que o sistema tributário seria mais apto a lidar com questões patrimoniais.

“A nova redação do art. 51 do CP não apenas proibiu a conversão da pena de multa em detenção, no caso de inadimplemento, considerando a dívida de valor, mas também determinou a aplicação da legislação pertinente à dívida ativa da Fazenda Pública. Não havendo o pagamento espontâneo, caberá à Fazenda Pública execução da multa, o que, todavia, não lhe retira o caráter punitivo” (REsp. 397.985/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., j. em 11/3/2003).

No entanto, o STJ mudou sua posição e pacificou, em 2015, compreensão sobre a viabilidade de extinção da punibilidade se, cumprida a pena privativa de liberdade, restar apenas a multa a ser paga: “Nos casos em que haja condenação a pena privativa de liberdade e multa, cumprida a primeira (ou a restritiva de direitos que eventualmente a tenha substituído), o inadimplemento da sanção pecuniária não obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade” (REsp. 1519777 – Tema de recurso repetitivo 931).

A mudança deveria ser festejada. Em um país no qual a imensa maioria dos presos pertence à camada mais pobre da população, impedir o egresso de retomar seus direitos políticos e ter o sigilo das informações – essenciais para que tenha chances de emprego e mínima integração social –, por não ter condições econômicas para saldar seu débito, seria impor nova punição pela pobreza, sobrecarregando o mais vulnerável ao cumular o estigma da pena ainda não cumprida à ausência de programas mínimos de assistência social ao egresso. Se necessária alta quantia para o adimplemento da multa, como é o caso nas condenações por tráfico de drogas, a exigência do pagamento como condição para conseguir os documentos exigidos para uma vaga no mercado de trabalho acaba por determinar o egresso à prática de novo crime, pois seria o único caminho para conseguir saldar a dívida com o Estado, o que é disfuncional, insensato e inconstitucional, dada a premissa da humanidade da pena.

No entanto, com o julgamento da ADI 3150, pelo STF, é possível ou mesmo provável que o aqui louvado entendimento do STJ venha a ser revisto ou alterado, retrocedendo à orientação do início dos anos 2000, que consagrava a manutenção do caráter penal da multa mesmo depois do trânsito em julgado da condenação. É que o argumento para outorgar ao Ministério Público a atribuição para executar a multa é exatamente a sua natureza penal, que atrairia a incidência do art. 129, I da Constituição Federal pois a execução seria espécie de “ação penal pública”. A manutenção do caráter penal da pena de multa, mesmo após o trânsito em julgado da condenação, foi expressamente reconhecida no voto condutor do ministro Roberto Barroso, embora tenha o ministro, estranhamente, admitido a execução subsidiária pela Procuradoria da Fazenda, o que seria, pela literalidade do art. 129, I, inconstitucional (Art. 129. “São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”).

O objetivo do presente trabalho se consolida na crítica à referida premissa do julgamento, pois acreditamos que o reconhecimento do caráter penal da multa mesmo após o trânsito em julgado é um equívoco sob o prisma legal, teórico-dogmático e, ainda, político-criminal.

Sob o ponto de vista legal, é clara a redação do art. 51 do Código Penal ao estabelecer que “Art. 51 - Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor”. A letra da lei é clara: se a multa passa a ser mera dívida de valor, perde o caráter de suplício inerente à sanção penal. Acrescenta ainda a legislação que deve ser executada na forma da dívida ativa, esclarecendo que os estigmas do processo penal

devem ser abandonados. Não há qualquer inconstitucionalidade na lei, uma vez que a Constituição não determina que a multa seja executada na forma da lei das execuções penais, tampouco impõe a Constituição que a multa mantenha seu caráter suplicante e estigmatizante após o trânsito em julgado. É evidente, aqui, o abuso do controle de constitucionalidade, o que infelizmente se tornou prática comum no STF, que parece querer sufocar o legislador ao retirar-lhe toda autonomia para legislar.

Sob o ponto de vista teórico-dogmático, o STF parece se curvar a uma natureza ôntica penal da multa que, com todo respeito, não existe. A multa não está na natureza como penal ou civil simplesmente porque não está na natureza, tampouco tem uma essência *a priori* ou conteúdo lógico a ser descoberto e reconhecido. É uma construção de sentido, com qualidade atribuída, e terá o efeito/natureza que lhe for outorgado pela legislação. Se o legislador atribui a determinada conduta uma multa e a qualifica como civil ou penal, assim será compreendida, e não há problema algum – e muito menos inconstitucionalidade – em qualificar a multa como penal até o momento do trânsito em julgado e extrapenal depois, como era premissa do tema 931 do STJ.

Por fim, sob o ponto de vista político-criminal, a manutenção da natureza penal da multa após o trânsito em julgado, impedindo a extinção da punibilidade enquanto não adimplida, levará centenas de milhares de condenados (especialmente nas condenações por tráfico de drogas) à cruel marginalização e inevitável reincidência, pois não conseguirão o sigilo dos antecedentes (art. 202 da LEP) e, por consequência, não terão oportunidades de emprego, restando a reiteração delitiva como única ou provável forma de sobrevivência.

Por fim, entendemos equivocada a decisão do STF na ADI 3150 pelos motivos expostos, mas enquanto mantido o entendimento pela legitimidade do Ministério Público para execução da multa por 90 dias após o trânsito em julgado, sustentamos que apenas por tal prazo a multa mantém seu caráter penal. Vencidos os 90 dias, deixa de ter caráter penal e permite a extinção da punibilidade independentemente de seu pagamento. Aliás, partindo da premissa da petição inicial da ADI 3150 – que é a atribuição privativa do Ministério Público para promover a ação penal pública, que alcançaria também a execução da pena de multa –, só seria possível a execução pela Procuradoria da Fazenda se reconhecida a natureza extrapenal – dívida de valor – da multa após o referido prazo de 90 dias, pois de outra forma seria usurpada atribuição constitucional do Ministério Público, o que não se pode admitir.

Referência

FEUERBACH, Paul Anselm. *Tratado de derecho penal*. Tradução de Eugenio Raul Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

Nota

- (1) A renda familiar de mais de 80% dos presos não alcança 5 salários mínimos mensais. Fonte: anuário DEPEN 2016. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/dispf/spf_anuario/anuario-spf-2016.pdf>.

Gustavo Octaviano Diniz Junqueira
Professor de Direito Penal da PUCSP. Doutor e mestre em
Direito Penal pela PUCSP. Defensor Público.
ORCID: 0000-0003-4604-1943

Recebido em: 07.10.2019

Aprovado em: 07.10.2019

Versão final: 09.10.2019

Execução penal: ambiente de cogência ou espaço de dispositividade?

Alamiro Velludo Salvador Netto

Resumo: O artigo tem como finalidade debater a natureza cogente ou dispositiva das normas de execução penal. Para isso, apresenta um pequeno panorama da noção de programa de execução. Além disso, aborda duas questões concretas da matéria, quais sejam, as implicações da manifestação de vontade do sentenciado e da celebração de acordos de colaboração premiada na eventual alteração da forma de cumprimento das penas privativas de liberdade.

Palavras-chave: Execução penal. Sistema progressivo. Regime prisional. Normas cogentes e dispositivas. Colaboração premiada.

1 Considerações iniciais

A ciência do Direito, não sem algumas divergências, costuma dividir as normas jurídicas em cogentes e dispositivas (facultativas). As primeiras possuem como elemento central o seu caráter coercitivo e imperativo, ou seja, o seu comando e aplicação concreta não estão vinculados à anuência do sujeito sobre o qual podem recair. São aptas, portanto, a constranger a vontade das pessoas. Já as normas dispositivas, por outro lado, declaram direitos e autorizam condutas. Conferem, nesse sentido, uma faculdade (*facultas agendi*), atribuindo ao sujeito uma possibilidade de atuação, a depender de sua vontade. Pode ser dito que as normas do Direito Privado são tendencialmente dispositivas, enquanto as normas de Direito Penal recobrem-se comumente de um caráter cogente.

Evidentemente que o desenvolvimento das ciências jurídicas, amparado pela crescente complexidade social, não mais permite afirmações absolutas e peremptórias. A própria identificação da natureza sancionatória do Direito Penal e indenizatória do Direito Civil é, atualmente, objeto de algumas controvérsias. Em muitos momentos, as indenizações civis ganham dimensão que vai além do mero ressarcimento do prejudicado, atingindo um nítido viés punitivo. Trata-se da denominada despatrimonialização jusprivatista.⁽¹⁾ A sanção criminal, ao seu turno, para além de seu atributo retributivo/preventivo também assume em alguns casos uma perspectiva indenizatória, a exemplo da prestação pecuniária (art. 45, §1º, do CP) ou dos efeitos da condenação (art. 91, I, do CP).

No plano da pena, em termos gerais, parece possível afirmar sua natureza cogente. Existe um grau de aflição, dor e sofrimento (*malum passionis*) que é imposto ao sujeito independentemente da sua vontade. Essa é, inclusive, a essência da punição como produto da demonstração da força estatal em detrimento daquele sujeito que não observou as regras de comportamento social. Não faria sentido algum, haja vista a própria índole do Direito Penal, que a aplicação concreta do castigo ficasse a depender da aceitação do condenado. Aliás, o desgosto ou a tentativa de evitar, burlar ou mitigar a submissão à pena costuma ser a regra dos sentenciados.

Um ponto importante precisa ser aqui problematizado. Embora seja inquestionável o caráter cogente das sanções criminais, a situação ganha contornos mais complexos quando a

Abstract: The purpose of this article is to discuss the cogent or facultative nature of execution of criminal sanctions rules. For this, it presents a small overview of the notion of execution system. In addition, it addresses two specific issues, namely, the implications of the condemned manifestation of will and the awarding of collaborative agreements in the eventual alteration of the way in which custodial sentences are legally provided.

Keywords: Execution of criminal sanctions. Progressive system. Prison regime. Cogent and facultative rules. Criminal agreements.

pergunta passa a se dirigir não à pena em si mesma, mas à forma de seu cumprimento. Essa questão aparece principalmente no bojo das penas privativas de liberdade, tendo em vista a detalhada estruturação de seu modo de execução, com regimes sucessivos e diferenciados. Poderia o condenado, por meio de manifestação de sua vontade, alterar o plano executório legalmente estabelecido? Em outras palavras, qual seria o limite ou nível de cogência da Lei de Execução Penal? Para tentar responder essa indagação é necessário desenvolver uma compreensão específica do ambiente normativo da execução das penas privativas de liberdade. Além disso, duas situações podem auxiliar a estressar os argumentos. De um lado, o condenado que prefere manter-se em regime prisional mais severo se comparado ao que teria direito. De outro, os acordos penais de colaboração premiada, os quais, a despeito das lacunas legais (art. 4º da Lei 12.850/2013), acabam tantas vezes por barganhar anômalas formas de execução, desnaturando o autêntico sistema progressivo brasileiro.

2 O programa executório

A pena privativa de liberdade tem as suas regras de execução legalmente estabelecidas, valendo-se de um sistema progressivo. Quer isso dizer que, seguindo as iniciais experiências das ilhas coloniais britânicas de meados do século XIX, imagina-se um modelo que, baseado em critérios de tempo e comportamento do apenado, resolve por gradativa e progressivamente devolver-lhe a liberdade. Cuida-se, portanto, de uma sistemática na qual o sujeito paulatinamente galga maiores espaços de liberdade, sempre a valorizar e ensejar um senso de autorresponsabilidade. Nesse sentido, a noção progressiva programa a pena de modo a evitar o perene isolamento celular, superando a ideia originalmente desenvolvida nos Estados Unidos.⁽²⁾

Aliás, a noção de sistema penitenciário traz consigo essa perspectiva de uma pena programada, por meio da qual o Estado articula o trabalho, a restrição de liberdade e a disciplina do condenado com o objetivo de alcançar alguma finalidade, costumeiramente identificada com as metas de ressocialização ou reintegração social do indivíduo. Ao mesmo tempo, essa programação, ao ser alçada ao patamar legislativo, compreende uma genuína faceta de política pública, inspirada por contextos ideológicos que perpassam e margeiam desde sinceros intentos científicistas até vulgaridades e preconceitos do senso-comum.

Seja como for, a execução da pena privativa de liberdade implica e refrata uma razão de Estado, uma dimensão de civilidade e projeto coletivo. Ao que parece, é exatamente esse viés substantivo da execução da pena, entendido como um programa estatal de racionalização do castigo, que outorga ao Direito da Execução Penal toda a sua natureza cogente, sobrepondo-se à eventual vontade do sentenciado. A instituição prisional é um espaço onde opera o poder público, um ambiente total de controle factual e, principalmente, normativo. Em suma, toda a execução penal sempre foi pensada de tal modo que o projeto oficial supere os desígnios pessoais, isto é, a cogência tenda a afastar a dispositividade.

Esse atributo de oficialidade da programação da pena restringe, ao menos no plano intelectual, as hipóteses de construção de um sistema alternativo ou paralelo de execução baseado na voluntariedade do condenado ou em acordos celebrados entre partes do conflito penal. Nota-se aqui uma pretensa rigidez dos modelos, fruto natural da cogência das normas que lhes conformam. Contudo, também é verdade que essa afirmação não afasta por completo alguns espaços de dispositividade. O trabalho principal do jurista reside em encontrar quais são os limites em que operam. Dentro de um ambiente de poder estatal, qual seria a tolerância possível para as individualidades?

3 A voluntariedade do condenado

A primeira possibilidade de tensionamento do ambiente de cogência da execução penal consiste na oposição do condenado à realização do programa legalmente estabelecido. Por motivos óbvios, essa insubmissão do sentenciado apenas gera alguma polêmica jurídica quando destinada a impedir uma situação fática de menor intensidade de castigo. Melhor explicando, não há qualquer complexidade normativa na situação do indivíduo que não quer submeter-se ao castigo mais intenso, eis que, nessas hipóteses, será a ele imposta a pena a despeito de sua vontade. Ainda que queira, por exemplo, permanecer em regime aberto, será compulsoriamente inserido no regime fechado se observados os requisitos e procedimentos para a regressão.

O nó górdio emerge da situação do sentenciado que, tendo a possibilidade de progredir de regime, prefere manter-se naquele outro de maior privação. Essa manifestação de vontade tem a suficiência para satisfazer o anseio próprio ou, ao contrário, haverá aqui também a progressão independentemente da vontade? Evidente que não está aqui em discussão aquelas hipóteses em que a divergência acerca da progressão está pautada por fatores externos, tais como a segurança do apenado, as condições estruturais das unidades prisionais etc.

Não é razoável imaginar que um sujeito que cumpriu a sua pena integralmente possa permanecer, em decorrência de um desejo próprio, preso. Cumprida a pena, satisfeito o título executivo, a soltura do sujeito deverá ser realizada a despeito de sua vontade, inclusive sob a ameaça do cometimento de crime por parte das autoridades públicas que o mantiveram ilegalmente custodiado. O mesmo parece acontecer no tocante à progressão do regime. Conforme já dito, o sistema progressivo consiste na devolução gradativa da liberdade ao condenado, alcançando-se, ao final, a devolução total. No instante em que o sentenciado cumpre os requisitos, objetivos e subjetivos, para a progressão, o Estado não mais possui justo título para restringir

a sua liberdade com aquela mesma intensidade, denotando ser inexorável e compulsória a progressão. Surge nesse prisma um tema de ordem pública, qual seja, o excesso ou desvio de execução, cuja finalidade básica é a “*garantia da efetividade do princípio da legalidade na prática concreta de aplicação da pena*”.⁽³⁾ Dito de outro modo, o condenado não pode manejar com o Estado a sua própria liberdade, transformando a pena pública em exílio pessoal. Outra vez a cogência suplanta a dispositividade.

É preciso dizer, todavia, que ainda assim existem espaços de relevância da vontade do sentenciado na execução. Trata-se daquelas situações em que a obtenção de um direito subjetivo surge condicionado com aceitações onerosas ou assunção de compromissos. Essa ressalva distingue o tratamento a ser dado para as progressões aos regimes semiaberto e aberto. No caso do preso que progride do fechado para o semiaberto, é difícil enxergar aqui a relevância da manifestação da sua vontade, sendo a devolução de parcela da liberdade uma exigência ao Estado. Se para o preso tal situação pode aparentar uma dimensão de direito de progressão, para o Estado ressalta-se um dever inegociável de progredi-lo.

Já no regime aberto, a própria legislação impõe ao condenado a aceitação de compromissos positivos, a exemplo da obrigação de procurar trabalho. Essas fases finais da execução penal, como o ingresso em regime aberto ou a concessão do livramento condicional, exigem maior noção de voluntariedade, destacando um ambiente mais propício à dispositividade na execução. Isso se explica porque o sistema progressivo, na medida em que acentua a devolução da liberdade, faz crescer de modo proporcional a ideia de autorresponsabilidade. Essa responsabilidade do preso não existe sem a premissa de anuência ou aceitação, de tal modo que a evolução da progressividade da pena caminha naturalmente da cogência inicial e plena em direção a maiores margens de dispositividade.

4 Acordos penais

Outro foco de afetação ao programa oficial de execução da pena advém dos acordos de colaboração premiada, imaginando-se a hipótese de ser o sistema de execução objeto da tratativa entre as partes. Não há dúvidas de que a forma de execução da pena pode significar algo bastante valioso no momento das negociações, eis que, afinal, um ajuste no modelo executório pode implicar sensível diminuição do grau de dor e de sofrimento que a sanção carrega consigo. Por isso mesmo, sob o plano prático e forense, acordar o programa de execução interessa a todos, seja ao órgão acusador, que cede algo cobiçado em função da contrapartida, seja à defesa que, em último grau, minora o flagelo do cliente.

Ocorre que esses acordos de colaboração que alcançam o programa de execução são feitos, ao menos no Brasil, totalmente à margem da legalidade. Explicitamente, a única menção da lei ao tema da execução penal consiste na possibilidade de ter o réu colaborador a progressão de seu regime ainda que ausentes os requisitos objetivos. Essa hipótese, aliás, apenas se aplica àquele que assumir a condição de colaborador após a sentença condenatória, nos termos do art. 4º, §5º, da Lei nº 12.850/2013.

Dada essa ausência de solução legal para a matéria, o debate reside na possibilidade de acordos de colaboração

substituírem o programa executório oficial do Estado, o qual traz consigo uma finalidade principiológica para a sanção penal, independentemente da individualidade do sentenciado. A tendência de resposta dessa questão passa pela reafirmação da execução penal como um ambiente de cogência e legalidade, não havendo espaço possível para a elaboração particular de um estatuto específico para o caso concreto. Inexiste qualquer óbice das partes negociarem, por exemplo, o regime inicial de cumprimento, providência que nos procedimentos contenciosos é tarefa do magistrado na confecção da sentença. O que parece ser inadmissível é a criação de regimes diferentes, alteração da ordem e da lógica de progressividade, modificação dos prazos e requisitos etc.

De modo bastante direto, os acordos de colaboração premiada não têm o condão de criar um autêntico e diferenciado estatuto jurídico do recluso, a ponto de ser estabelecida uma categoria normativa própria de condenados para a execução da pena privativa de liberdade. Outra vez aparece aqui ressaltado o marco de cogência na execução penal.

5 Algumas palavras finais

O tema da natureza das normas da execução penal, se cogentes ou dispositivas, merece um profundo e detalhado estudo por parte da academia. Em que medida as manifestações de vontade dos sentenciados, ou a celebração de acordos penais pelas partes, podem implicar a reformulação do programa oficial de cumprimento de pena privativa de liberdade é, sem dúvida, uma discussão aberta.

Essa polêmica, inclusive, navega pela difícil compreensão doutrinária a respeito da natureza e contornos precisos do conceito de direito subjetivo na execução penal. O exato alcance dessa expressão, principalmente em decorrência de poucas problematizações, acaba por ser identificado com a sua visão

geral e privatista, algo incapaz de lidar bem com as nuances e peculiaridades da execução. O direito subjetivo na execução, ao que parece, é muito menos uma faculdade jurídica e muito mais uma cláusula de proteção do condenado em face do Estado. É uma salvaguarda de excessos e um escudo à ilegalidade.

Além disso, tendencialmente a execução desenvolve-se como um espaço de cogência, refletindo um estágio de compreensão da experiência punitiva e demarcando os próprios limites e convicções civilizatórias de determinada sociedade. A pena e sua execução são institutos públicos por excelência, fator que limita seus espaços de dispositividade e consensos. Em algumas tarefas, de tão graves e importantes, o monopólio estatal não se restringe ao seu exercício, mas atinge a integralidade de seus valores e normas. Com isso não se quer afastar, por óbvio, toda e qualquer relevância da voluntariedade na execução, mas simplesmente ressaltar que esse é o ambiente onde certamente mais reluz as noções de razão de Estado e de imperatividade do Direito.

Notas

- (1) PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 151.
- (2) SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Curso de execução penal*. São Paulo: RT, 2019, p. 66.
- (3) Idem, *ibidem*, p. 340.

Alamiro Velludo Salvador Netto

Professor Titular do Departamento de Direito Penal,
Medicina Forense e Criminologia da USP. Advogado.

ORCID: 0000-0002-4750-9352

alamiro@avsn.com.br

Recebido em: 10.10.2019

Aprovado em: 10.10.2019

Versão final: 14.10.2019

É preciso um *plea bargain* tropical?

Rodrigo de Oliveira Ribeiro

Resumo: O artigo analisa brevemente os efeitos negativos do acordo de vontades no processo penal e os possíveis impactos da implementação do *plea bargain* em uma sociedade caracterizada por um elevado desequilíbrio econômico e de infraestrutura.

Palavras-chave: Acordo penal. Vício de consentimento. Desigualdade social.

Muito já se falou sobre o *plea bargain* ou acordo de vontades no processo penal. A tentativa de implantá-lo no nosso sistema não é nova. Em 2010 tivemos o Projeto de Lei 8.046 que visava a implementar um Novo Código de Processo Penal. Mais recentemente, o ministro da Justiça Sérgio Moro apresentou uma nova tábua *anticrimes* repisando a proposta: em um momento no qual levantamento⁽¹⁾ da Associação dos Magistrados do Brasil aponta que 89% dos juízes e desembargadores concordam com a importação do instituto.

Abstract: The article briefly analyzes the negative effects of the *plea bargain* and the possible impacts of the implementation of that rule in a society characterized by a high economic and infrastructure imbalance.

Keywords: *Plea Bargain*. Defects of consent. Social inequality

É antiga a discussão sobre o abuso do acordo de vontades imposto a inocentes nos Estados Unidos. Naquele país, 95% de todas as condenações são obtidas assim. O abuso do mecanismo (que seria econômico, rápido e pragmático, ainda que em violação ao *fair trial*) provoca muitas das vezes sua aceitação por inocentes, extorquidos diante da perspectiva de um julgamento injusto e uma penalidade maior.⁽²⁾

A melhor forma de se garantir a impunidade ao agente de um crime sempre foi inculpar a uma terceira pessoa; em

sendo o *plea bargain* um instituto reconhecidamente capaz de coagir inocentes a declarar sua culpa, eliminando o processo e a cognição judicial, temos que esse tipo de acordo fomenta a impunidade em sua pior forma. Estudo realizado nos Estados Unidos demonstra: desde 1989, houve pelo menos 2.372 casos de inocentes condenados injustamente e que obtiveram a anulação de suas condenações após anos no cárcere. Desses, pelo menos 463 haviam aderido ao *plea bargain*.⁽³⁾

A implantação de um *plea bargain tropical* permitiria a realização de um consenso entre Ministério Público e o Acusado (na grande maioria das vezes, conforme demonstram as estatísticas prisionais, gente humilde, analfabetos, analfabetos funcionais e, sob o aspecto racial, voltado a negros e pardos), representado por seu advogado, com a aplicação imediata da pena, diante da confissão total ou parcial em relação aos fatos da denúncia. Na teoria, economizaria recursos do Estado e beneficiaria o acusado, que receberia uma pena menor. Na prática, tende a promover um ciclo vicioso que conduz ao superencarceramento (é o que o exemplo norte-americano e o encarceramento em massa nos ensinam).

A perspectiva de um *plea bargain tropical* viola os valores protegidos por nossa sociedade e nossa Constituição Federal, como a regra constitucional da presunção de não culpabilidade, bem como o direito à ampla defesa, contraditório e ao devido processo legal. Uma condenação nesses termos, aceitando-se a confissão sem submetê-la às demais provas, mediante regular instrução, viola não somente o art. 5º LVII, mas o inciso LIV, que estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Vale dizer: é uma prática que estimula ainda mais o fenômeno do *overcharging*:⁽⁴⁾ o excesso de poder nas mãos dos promotores leva à prática de inflar acusações, majorar imputações com o fim de forçar a aderência da outra parte a um acordo. Pessoas em situação de vulnerabilidade social tendem a aceitar o acordo, mesmo sendo inocentes.

Já se alertou que “acordos, transações ou barganhas buscados em outros ordenamentos podem mostrar-se perversos em um contexto de desigualdades como o brasileiro, no qual o sistema penal se mostra como clara máquina de higienização social.”⁽⁵⁾ Segundo estudo apresentado pela UNESCO, o Brasil é o oitavo país com o maior nível de analfabetismo do mundo.⁽⁶⁾ É o 112º país do mundo, em um ranking com 200 países, em saneamento básico e água tratada.⁽⁷⁾

Será que o povo brasileiro (em especial os despossuídos) possui condições de negociar com o Ministério Público sem que haja uma coação à sua liberdade de aceitar ou não um acordo? Se isso já ocorre na matriz norte-americana,⁽⁸⁾ aqui isso não tem

tudo para se revelar um massacre?

Considerando a elevadíssima desigualdade socioeconômica do Brasil e as limitações da Defensoria Pública para atender aos mais necessitados (o órgão não chega a atuar na esfera policial), é de se prever que por aqui, assim como alhures, o abuso desse mecanismo será a regra caso venha a ser implementado.

Mais uma vez há a tentação dos legisladores em resolver os problemas estruturais do país com tinta de caneta, com a panaceia da legislação de pânico, agravando penas e ritos, importando conceitos que aqui não se encaixam da mesma forma. Como já observado pelo jornalista e historiador Elio Gaspari, “o direito saxônico funciona melhor que o brasileiro, mas a pirataria de mecanismos obrigará orquestras de frevos a tocar rock”.⁽⁹⁾

É de se esperar que saibamos distinguir as diferenças e não venhamos a incorrer no equívoco de importar práticas e costumes de outros sistemas incompatíveis com a nossa realidade. Antes de importar apetrechos punitivos (tratamento dos sintomas), seria de bom alvitre importar boas ideias nos setores da educação e infraestrutura, reconhecidos fatores criminógenos (tratamento das causas).

Notas

- (1) Pesquisa da AMB revela que 90% dos juízes apoiam “plea bargain” de Moro. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/pesquisa-da-amb-revela-que-90-dos-juizes-apoiam-plea-bargain-de-moro/>
- (2) BAR-GILL, Oren. GAZAL, Oren. *Plea bargains only or the guilty*. Cambridge: Harvard Law School.
- (3) CORRÊA, Alessandra. *Criminalidade: as consequências inesperadas nos EUA do ‘plea bargain’, parte do pacote anticrime de Moro*. BBC News Brasil. 17/2/2019.
- (4) GRAHAM, Kyle. *Overcharging*. Ohio State Journal of Criminal Law.
- (5) PEREIRA, Larissa Urruth. Código de higienização penal e a plea bargaining – diálogos sobre a justiça negocial no Brasil. São Paulo: Ibccrim. Boletim, 278, jan. 2016.
- (6) Veja. André Fuentes. Acessado em 7/2/2019. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/impavido-colosso/brasil-e-o-8-pais-com-mais-adultos-analfabetos-do-mundo/>
- (7) O Globo. Carolina Benevides e Efrém Ribeiro. Acessado em 7/2/2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/saneamento-brasil-ocupa-112-posicao-em-ranking-de-200-paises-11918085>
- (8) ALSCHULER, Albert W. *The Changing Plea Bargaining Debate*, 69 Cal. L. Rev. 652, 679-80 (1981).
- (9) GASPARI, Elio. *Bolsonaro não gosta de ‘ativismo’, mas recuou quando foi confrontado por servidores*. 17/2/2019. Folha de São Paulo.

Rodrigo de Oliveira Ribeiro

Secretário-geral da Comissão de Processo Penal da OAB/RJ.

Advogado.

ORCID: 0000-0003-3929-2920

rodrigo@oliveiraribeiro.adv.br

Recebido em: 18.02.2019

Aprovado em: 09.07.2019

Versão final: 22.09.2019



Fundado em 14.10.1992

DIRETORIA DA GESTÃO 2019/2020

DIRETORIA EXECUTIVA

Presidenta: Eleonora Rangel Nacif
1.º Vice-Presidente: Bruno Shimizu
2.º Vice-Presidente: Helios Alejandro Nogués Moyano
1.ª Secretária: Andréa Cristina D’Angelo
2.º Secretário: Luís Carlos Valois
1.º Tesoureiro: Gabriel de Freitas Queiroz
2.º Tesoureiro: Yuri Felix
Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais:
Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo Gomes

CONSELHO CONSULTIVO

Cristiano Avila Maronna
Ela Wiecko Volkmer de Castilho
Geraldo Prado
Sérgio Salomão Shecaira

OUIDORA

Fabiana Zanatta Viana

Análise dogmática da proposta de inserção do crime de caixa dois eleitoral ao código eleitoral (Lei 4.737/1965) do “Projeto de Lei Anticrime”

Cauê Varjão de Lima e Fernando Andrade Fernandes

Resumo: Em virtude do Projeto de Lei 881/19, de autoria do ministro de Justiça e da Segurança Pública, Sérgio Fernando Moro, a prática de “caixa dois em eleições” é proposta ao Poder Legislativo para que seja criminalizada e inserida no Código Eleitoral. Desta maneira, torna-se de grande relevância a análise dogmática desta proposta, em especial, o bem jurídico, o tipo objetivo, o objeto material e o sujeito ativo do tipo penal em questão, para que seja possível analisar a compatibilidade e a harmonia do crime proposto com o Sistema Jurídico Penal brasileiro.

Palavras-chave: análise dogmática. caixa dois eleitoral. Código Eleitoral

Introdução

O Poder Executivo apresentou, no dia 19 de fevereiro de 2019, o Projeto de Lei 881/19, redigido pelo ministro de Justiça e da Segurança Pública, Sérgio Fernando Moro, que propõe a criação de um novo tipo penal ao Código Eleitoral (Lei 4.737/2015), sendo o artigo 350-A com a seguinte redação:

Art. 350-A. Arrecadar, receber, manter, movimentar ou utilizar qualquer recurso, valor, bens ou serviços estimáveis em dinheiro, paralelamente à contabilidade exigida pela legislação eleitoral.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem doar, contribuir ou fornecer recursos, valores, bens ou serviços nas circunstâncias estabelecidas no caput.

§ 2º Incorrem nas mesmas penas os candidatos e os integrantes dos órgãos dos partidos políticos e das coligações quando concorrerem, de qualquer modo, para a prática criminosa.

§ 3º A pena será aumentada em 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), no caso de algum agente público concorrer, de qualquer modo, para a prática criminosa.

Essa proposta faz parte do Projeto de “Lei Anticrime”, que por razões políticas foi dividido em três projetos separados. Entre estes, o PL 881/19, que será o objeto de estudo deste trabalho, em que se analisarão os aspectos dogmáticos que compõem esta proposta de *lege ferenda*, sendo também necessária a menção ao PLP 38/19, que estabelece limites entre as instâncias para julgamentos nas esferas dos crimes comuns e dos crimes eleitorais, em razão de certa convergência com o tema.

A proposta do Poder Executivo é de criminalizar o caixa dois eleitoral (no tocante à terminologia, é necessária a ressalva que esta é a utilizada pelo Projeto de Lei, porém se trata de uma vulgata, sendo que o termo técnico que mais se aproxima a essa conduta seria “financiamento ilícito partidário”), o qual é um tema emergente no Direito Penal, tendo em vista o intenso debate político e jurídico com o julgamento da ADI 4.650 pelo STF e o julgamento do AIJE 194358, Rp 846, AIME 761 pelo TSE, em que muito se questionou quanto às brechas jurídicas que permitem

Abstract: Because of the Bill 881/19, made by the Minister of Justice and Public Safety, Sérgio Fernando Moro, the practice of “electoral slush fund” is presented to the Legislative so that can be criminalized and inserted in the Electoral Code. In this way, it is of extreme importance the dogmatic analysis of this Bill, in special the protected legal interest, the legal objective type, the material object and the active subjective of the criminal type in question, so that is possible to analyze the compatibility and harmony of the presented crime with the Brazilian Criminal Legal System.

Keywords: dogmatic analysis. electoral slush fund. Electoral Code.

a possibilidade de captura do poder político pelo econômico.

A análise será realizada dedutivamente, a partir da opção metodológica do pensamento sistemático, haja vista a necessidade de se compreender essa proposta de criação de um novo tipo penal de modo harmônico e compatível com o Sistema Jurídico Penal brasileiro. Por isso, o estudo se debruçará propriamente nos aspectos dogmáticos, em especial o bem jurídico, o tipo objetivo, o sujeito ativo e o objeto material, independentemente do vigor com que são invocadas as razões de natureza político-criminal que justificam a alteração proposta. O objetivo consiste em compreender a abrangência e a eficácia dessa proposta, sem, todavia, esgotar o debate científico.

Para tanto, utilizar-se-ão materiais bibliográficos pertinentes à doutrina e entendimentos nacionais, haja vista a necessidade de compreender a proposta sistematicamente com o Ordenamento Jurídico Brasileiro, na ótica penal e eleitoral, à luz da Constituição Federal. Ademais, serão utilizadas fontes doutrinárias estrangeiras, tendo em vista a possibilidade de se aproveitar da experiência já verificada nessa matéria em outros ordenamentos jurídicos.

Do bem jurídico

O Projeto de Lei Anticrime optou por incluir um novo tipo penal no Código Eleitoral, conforme mencionado, indicando qual é o bem jurídico a ser tutelado, pois ao preferir a legislação eleitoral em detrimento do Código Penal fica evidente que se trata de um “*verdadeiro crime eleitoral e não crime contra a administração pública assemelhado à corrupção*” (LEITE; TEIXEIRA, 2017, p. 157), ou seja, afasta-se a pretensa confusão em tomar o financiamento ilícito partidário como se crime de corrupção ativa ou passiva fosse.

Entretanto, apesar dessa opção legislativa ser acertada em seu sentido teórico, ela implica determinadas dificuldades de ordem prática, já que seria de competência da Justiça Eleitoral o processamento e julgamento dessas infrações, independentemente da conversão ou não do PLP 38/19, que em sua proposta pretende transferir a competência dos crimes conexos aos eleitorais para justiça comum, sendo notório que este setor do Poder Judicial não

possui estrutura fixa e permanente (isto se evidencia, *v.g.*, com os arts. 16, 18 e 32 do CE), ao contrário do que ocorre com outros setores de justiça especializada, *v.g.*, a Justiça do Trabalho.

Essa opção decorre também da natureza subsidiária que se reconhece ao crime proposto, que comina pena de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, *apenas quando* não constituir *crime mais grave*, ou seja, tratando-se de conflito aparente de normas, *v.g.*, com o crime de corrupção ativa ou passiva, ou lavagem de capitais, aplicar-se-ão estes e não o art. 350-A do Código Eleitoral.

Após essa consideração, necessário ressaltar que o bem jurídico tem papel central no Direito Penal, em virtude das funções que exerce. Entre elas, a de limitar o *ius puniendi* do Estado, já que em um Estado Democrático de Direito se faz imprescindível que as condutas consideradas pelo legislador como crime impliquem uma debilitação das normas que visam regular o funcionamento da sociedade e que afetem (lesionem ou exponham a perigo) interesses elevados à condição de bem jurídico penal, dado o seu caráter essencial para o mencionado funcionamento.

Nesse sentido, especial relevância têm as teorias constitucionalistas do Direito Penal que, em breve síntese, partem da ideia de que “o conceito de bem jurídico deve ser inferido na Constituição, operando-se uma espécie de normatização de diretivas político-criminais” (PRADO, 2003, p. 62).

Como referência para comparação, em relação ao ordenamento jurídico espanhol, parte da doutrina deduz da Constituição que o tipo penal relacionado ao crime em análise tutela a função constitucional que os partidos políticos exercem, visto que estes “son considerados hoy en día sujetos imprescindibles para el funcionamiento del Estado democrático representativo” (OLAIZOLA NOGALES, 2015, p. 342); logo, o crime de caixa dois eleitoral atentaria contra a própria Constituição. Outros compreendem que a proteção é em relação ao sistema democrático, tendo em vista a necessidade de “la transparencia en el sistema de financiación, la igualdad de oportunidades entre aquéllos y su democracia interna” (RIVAS, 2017, p. 4).

Apesar da existência de razões semelhantes – visto que tanto no Brasil como na Espanha os partidos políticos se encontram resguardados na Constituição e são extremamente necessários para o saudável funcionamento da democracia, sendo requisito necessário para elegibilidade a filiação partidária (art. 14, §3º, V, CF) –, em relação ao crime em análise, pode ser reconhecido que o bem jurídico tutelado é diverso, com base no próprio texto constitucional brasileiro, o qual prevê a necessidade de se afastarem as influências do poder econômico e assim garantir a normalidade e a legitimidade das eleições (art. 14, §9º, CF).

Por essa razão, em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, o interesse a ser elevado à categoria de bem jurídico penal é a legitimidade das eleições e do processo democrático, visto que arrecadar, receber, manter, movimentar ou fazer uso de valores econômicos paralelamente à contabilidade da Justiça Eleitoral macula a própria legitimidade dos representantes do povo e desequilibra o processo democrático.

Tipo objetivo

As condutas consideradas relevantes na presente proposta são: arrecadar, receber, manter, movimentar ou utilizar. É evidente que se trata de uso da técnica legislativa para a elaboração de um crime de ação múltipla ou do tipo misto alternativo, sendo suficiente que o agente pratique uma das condutas descritas no tipo penal, cumulativamente ou não, para que incorra em crime único, em obediência ao princípio da alternatividade.

Poder-se-ia questionar a necessidade do extenso rol de condutas a serem criminalizadas, pois, comparando-se a ordenamentos jurídicos de mesmo entorno cultural, o francês⁽¹⁾ e o espanhol,⁽²⁾ nestes as condutas se resumem a doar ou emprestar, e doar ou contribuir, respectivamente. Entretanto, isso não traz consequências negativas, principalmente considerando a tradição legislativa brasileira, *v.g.*, o crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006) e de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (art. 12, *caput*, da Lei 10.826/2003), nos quais a mesma técnica legislativa foi utilizada.

A conduta *arrecadar* é uma ação ativa, já que o verbo se refere ao ato de amontoar, recolher o objeto material do crime, o que pressupõe a busca do sujeito ativo do crime. *Receber* revela a atividade passiva do sujeito ativo, que obtém a vantagem estimável economicamente mediante aceite de uma determinada doação paralela.

Em relação às condutas de *manter*, *movimentar* e *utilizar*, necessariamente ocorrerão posteriormente ao aceite ou recebimento dos valores ilícitos. *Manter* é aquela conduta do sujeito ativo que possui a característica de permanência quanto aos valores indevidos. Enquanto *movimentar* se refere às transações financeiras, visto que essa prática envolve, em geral, grandes cifras econômicas, sendo assim utilizados diversos meios de movimentação de ativos. Por fim, *utilizar* é, dentre esses verbos, o que mais se distanciam dos delitos de perigo abstrato, já que a efetiva utilização e o emprego de tais recursos ilícitos é o que acarreta o desequilíbrio das forças democráticas e na afetação do processo e, conseqüentemente, da legitimidade dos representantes do povo.

Além disto, esses três verbos revelam a intenção do “Projeto de Lei Anticrime” de punir aqueles que praticaram o financiamento ilícito partidário anterior à eventual vigência dessa Lei, isso como forma de burlar o inquestionável entendimento de que no Direito Penal ninguém poderá ser punido por determinada ação ou omissão que, no momento em que foram realizadas, não eram tipificadas como crime. Essa circunstância pode refletir no debate quanto à anistia do caixa dois eleitoral, já que se trata de uma proposta de *lege ferenda*.

Destarte, em especial em relação à conduta de *manter*, tem-se um crime permanente, pois conforme bem suscitado pelo ministro Herman Benjamin em seu voto no AIJE 194358, Rp 846, AIME 761 pelo TSE, que julgou a chapa candidata à Presidência da República nas eleições de 2014, encabeçadas por Dilma Rousseff e Michel Temer, ficou caracterizada a prática arrecadatória de valores paralelos, o “caixa dois poupança, uma vez que nada mais são do que uma reserva de valores ilícitos para que seus beneficiários utilizem no futuro em período mais decisivo em sua atividade política, exatamente a campanha eleitoral” (JUSTIÇA ELEITORAL, 2017).

Em virtude da hipótese de ocorrer essa prática de acumulação e a possibilidade de os políticos ou partidos políticos ainda manterem valores oriundos de fontes paralelas e não declaradas à Justiça Eleitoral é que se reconhece a motivação da opção legislativa inserida na proposta de pretender criminalizar tal conduta; pois, ao se tratar de um crime permanente, pode-se definir como criminosa a manutenção desses valores, consumando-se a cada instante. Essa é a característica peculiar que essa espécie de crime apresenta, não podendo ser alegada a retroatividade de lei penal mais gravosa, “pois se trata, em verdade, da incidência imediata de lei nova a fato que está acontecendo no momento de sua entrada em vigor” (BITENCOURT, 2008, p. 173).

Além do mais, essa é a única razão para criminalizar as condutas

de *manter*, *movimentar* ou *utilizar* recursos estimáveis em dinheiro e que sejam paralelos à contabilidade da Justiça Eleitoral, já que, para realizar uma dessas três condutas, necessariamente tem-se que receber ou arrecadar antes. Caso assim não se entendesse, não haveria utilidade prática em criminalizar essas três ações.

Objeto material

Em relação ao objeto material da proposta de *lege ferenda*, tem-se que esta optou por critérios objetivos, afastando a necessidade do pacto do injusto, sendo assim possível a clara distinção entre o financiamento ilícito e o financiamento corrupto, pois naquele os doadores ou financiadores não pedem às autoridades nada em troca (SANDOVAL, 2014, p. 36). Destarte, para que seja configurado o crime, basta a doação arrecadada ou recebida paralelamente à contabilidade oficial, não necessitando que esse pagamento seja a título de pagamento de propina ou compra de algum ato de ofício.

Essa questão da natureza do pagamento realizado pelos doadores ou financiadores foi suscitada pelo ministro Herman Benjamin que, no julgamento da chapa Dilma-Temer, ressaltou que devido à natureza fungível que o dinheiro tem por natureza, seria “impossível, material e especificamente, vincular recursos ilícitos a carimbo do financiamento eleitoral puro. Exigir tal prova significaria, na prática, inviabilizar de pronto qualquer investigação e processo de infração eleitoral desse tipo” (JUSTIÇA ELEITORAL, 2017).

Portanto, a proposta de *lege ferenda* optou pela técnica mais pragmática ao se limitar ao financiamento ilícito, pois a real dificuldade para a Justiça Eleitoral seria a de provar o financiamento corrupto, já que para este é necessário comprovar a efetiva realização do pacto do injusto entre o doador e aquele que recebe a doação. Enquanto no caixa dois eleitoral a sua identificação é de ordem objetiva, bastando que fique comprovado que os valores estimáveis em dinheiros, ou que neles possam ser expressos, tenham sido recebidos paralelamente à contabilidade da Justiça Eleitoral.

10

Sujeito Ativo

A partir da análise do bem jurídico tutelado, se faz consequentemente necessário estender o estudo para o sujeito ativo do delito, ou seja, buscando identificar quem tem a potencialidade de realizar a conduta que ameace ou lesione o bem jurídico. No *caput* e no parágrafo segundo, tem-se um delito especial próprio, enquanto no parágrafo primeiro o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, pois é suficiente para consumação do delito a doação, entrega ou fornecimento dos recursos ilícitos.

Desse modo, na proposta de *lege ferenda*, é possível considerar como sujeito ativo do delito não apenas aqueles que arrecadam ou recebem valores paralelos, mas também todo aquele que, com capacidade de atuação legal no partido, possa atuar no sentido de viabilizar sua incorporação à massa de bens deste. Assim, é possível a imputação da conduta desde aos contadores, tesoureiro, responsáveis pelo recebimento de doações e contribuições, aos responsáveis pela gestão econômica financeira do partido ou coligação até ao secretário geral, diretores, presidente do partido e ao próprio candidato.

Tomando-se o caso espanhol como referência, as “*donaciones pueden ser recibidas por el partido político bien directamente – por quien tenga capacidad legal de representación en el mismo que será, a este respecto, el responsable de su gestión económico-financiera (art. 14 bis LOFPP) – bien a través de un intermediário*” (RIVAS, 2017, p. 9).

Não obstante, nesse aspecto dogmático, a proposta de *lege*

ferenda deixou uma brecha ao não prever expressamente a possibilidade do recebimento por meio de intermediário, já que o recebimento indireto, que pode ocorrer na forma de aquisições de bens, serviços, obras ou qualquer outra espécie de gasto da atividade partidária ou política, é, em geral, a principal forma de se realizar um financiamento ilícito, por meio da utilização dos “laranjas”, sendo notória as dificuldades de investigação de tais práticas e a sua utilização para se burlar as normas de financiamento.

Conclusão

A título de considerações finais, cabe recordar que o intuito deste trabalho foi o de analisar determinados aspectos dogmáticos da proposta de inserção de um novo tipo penal ao Código Eleitoral pelo “Projeto de Lei Anticrime”, sendo eles o bem jurídico, o elemento objetivo, o objeto material e o sujeito ativo.

Recordando, o Projeto propõe a criação de um tipo penal que tem por bem jurídico a *legitimidade das eleições e do processo democrático*, visando proteger penalmente a função constitucional de representantes do povo que os partidos políticos exercem e a igualdade da disputa eleitoral, afastando-se as influências do poder econômico, conforme prevê a própria Constituição Federal. Entre seus tipos objetivos, tem-se os verbos *arrecadar* ou *receber*, em conformidade com outros ordenamentos jurídicos com tradição semelhante ao brasileiro; não obstante também propor a criminalização das condutas de *utilizar*, *movimentar* e *manter* tais recursos ilícitos, ou seja, pretende punir aqueles sujeitos ativos que ainda possuem recursos recebidos paralelamente, anteriores à eventual aprovação desse Projeto, o que se reforça com o uso do verbo *manter*, criando assim um crime permanente.

Quanto ao sujeito ativo, a proposta não prevê a possibilidade de recebimentos indiretos, que normalmente envolvem os “laranjas” e que na prática acabam sendo os principais casos e os de mais difícil investigação. Quanto à opção legislativa de afastar a necessidade do *financiamento corrupto*, trata-se de um acerto, por afastar a possibilidade de confusão com o delito de corrupção passiva, que necessariamente exige o pacto do injusto, ou seja, do modo como proposto, funda-se em critérios objetivos, de violação ao estabelecido pela norma da quantidade permitida.

Não obstante, a principal crítica que recai sobre essa proposta de *lege ferenda* é a opção de inseri-la no Código Eleitoral, independentemente da PLP 38/19, diversamente da sua inclusão no Código Penal, sendo assim de competência da Justiça Eleitoral, o que, se na teoria pode encontrar suas razões e méritos, todavia em ordem prática pode gerar problemas em razão da falta de estrutura permanente e fixa para a Justiça Eleitoral, o que prejudicaria o processamento e o julgamento desses casos tão perniciosos à democracia.

Referências

- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, volume 1: parte geral. 13. ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2015.
- ESPAÑA. Jefatura del Estado. *Ley Orgánica 10/1995*, de 23 de noviembre, del Código Penal. Última modificación: 28 de abril de 2015.
- FRANÇA. *Loi n° 88-227*, du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique. Version consolidée au 25 février 2019.
- JUSTIÇA ELEITORAL. *Sessão Plenária do dia 08 de junho de 2017 (tarde)*. 2017. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=9ZXQ11cEcPs>>. Acesso em 24 fev. 2019.
- LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (orgs.). *Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Organizador Alaor Leite, Adriano Teixeira. – Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.
- OLAIZOLA NOGALES, Inés. “Medidas de regeneración democrática”: la nueva regulación de la financiación de los partidos políticos en España. *Revista de Estudios de*

Deusto, v. 63/1, p. 327-358, enero-junio 2015.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 3. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

RIVAS, Natália Pérez. *El delito de financiación ilegal de los partidos políticos em el código bis y go penal español: regulación y propuestas de lege ferenda*. Documento para su presentación en el VIII Congreso Internacional en Gobierno, Administración y Políticas Públicas GIGAPP. (Madrid, España) del 25 al 28 de septiembre de 2017.

SANDOVAL, Juan Carlos. Aportación a uma reflexão político criminal sobre la corrupción em la financiación de los partidos políticos. *Revista General de Derecho Penal*, n. 22, noviembre 2014.

(2) Artículo 304 bis. “1. Será castigado con una pena de multa del triplo al quintuplo de su valor, el que reciba donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores con infracción de lo dispuesto en el artículo 5. Uno de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos”.

Cauê Varjão de Lima
Graduando em Direito pela UNESP.
ORCID: 0000-0001-6125-9188
cauevarjao@gmail.com

Fernando Andrade Fernandes

Pós-doutor em Direito pela Universidade de Salamanca.
Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra.
Professor assistente doutor da UNESP.
ORCID: 0000-0002-6801-3356
feranfer@uol.com.br

Recebido em: 27.02.2019

Aprovado em: 08.06.2019

Versão final: 10.07.2019

Notas

(1) Article 11-5. “Les personnes qui ont versé un don ou consenti un prêt à un ou plusieurs partis ou groupements politiques en violation des articles 11-3-1 et 11-4 sont punies de trois ans d’emprisonnement et de 45 000 € d’amende.

Les même peines sont applicables au bénéficiaire du don ou du prêt consenti:

1° Par une personne physique en violation de l’article 11-3-1 et du cinquième alinéa de l’article 11-4;

2° Par une même personne physique à un seul parti ou groupement politique en violation du premier alinéa du même article 11-4;

3° Par une personne morale, y compris de droit étranger, en violation dudit article 11-4”.

Legítima defesa na atuação policial: elementos para o debate

Maciana de Freitas e Souza, Tamara de Freitas Ferreira e Francisco Vieira de Souza Junior

Resumo: O presente trabalho desenvolvido através de pesquisa bibliográfica e documental, objetiva analisar o uso da legítima defesa na atuação policial. São apresentados elementos sobre o projeto anticrime e suas consequências a população jovem e negra com base nos dados do Atlas da violência. O trabalho também apresenta alguns apontamentos sobre a relevância de políticas públicas na realidade brasileira com vistas a redução da violência.

Palavras-chave: Legítima defesa. Juventude negra. Realidade brasileira.

O processo histórico de surgimento do capitalismo e da questão social no Brasil tem em sua constituição práticas arbitrárias que fazem consolidar um contexto de violência estatal. Com o projeto neoliberal, a partir da década de 1990, temos o crescimento da miséria, o desemprego, o pauperismo, a retirada dos direitos sociais e retrocessos graves também no campo das liberdades públicas. A herança ditatorial também instituiu alguns valores que seguem até os dias atuais, os quais constituem no tecido social uma cultura de autoritarismo.

As respostas à questão social têm se dado por meio de controle e repressão do Estado aos grupos sociais e economicamente mais vulneráveis numa clara criminalização da pobreza e dos movimentos sociais. Destaca-se também o papel coercitivo estatal, com políticas de controle punitivo na contramão de um processo penal democrático. Como menciona **Wacquant** (2001, p. 7): “a penalidade neoliberal ainda é mais sedutora e mais funesta quando aplicada em países ao mesmo tempo atingidos por fortes desigualdades de condições e de oportunidades de vida e desprovidos de tradição democrática”.

Na mesma perspectiva, **Casara**, de forma crítica, analisa que no Direito Penal passaram a ser adotadas respostas que dificultam ainda mais os processos de organização e resistência aos níveis

Abstract: The present work developed through bibliographic and documentary research, aims to analyze the use of self defense in police action. Elements about the anti-crime project and its consequences are presented to the young and black population based on data from the Atlas of Violence. The paper also presents some notes on the relevance of public policies in the Brazilian reality with a view to reducing violence.

Keywords: Legitimate defense. Black youth. Brazilian reality.

de exploração e expropriação dos direitos sendo utilizado hoje muitas vezes para disciplina e o controle punitivo, fortalecendo o “Estado de Exceção” que vivemos no Brasil contemporâneo. “[...] o Sistema de Justiça Criminal se tornou o lócus privilegiado da luta política. Uma luta em que o Estado Democrático de Direito foi sacrificado” (2017, p. 127). Destarte, mesmo com as garantias constitucionais, se mantêm os desafios para o acesso aos direitos sociais e democráticos.

A atuação do sistema penal demonstra que muitas vezes o Estado e os sujeitos jurídicos não têm operado em consonância com os marcos normativos; e assim tem-se o aumento da repressão, o controle dos corpos e a difícil aplicabilidade das garantias processuais. O excesso de controle punitivo constitui-se como resposta conservadora no enfrentamento às expressões da violência, e impõe desafios para a efetivação dos direitos. A dinâmica social em curso se traduz em ações regressivas para as condições de vida dos trabalhadores, dado o processo de austeridade das políticas públicas levado a cabo pelos governos neoliberais, que implica também a destituição dos direitos humanos, das liberdades democráticas e da justiça social.

Se operarmos um recorte étnico-racial nessa leitura, observamos maior aumento da violência contra os jovens

negros. Para melhor compreendermos o contexto social e político em que estamos inseridos, vale estudarmos o *Atlas da Violência 2019*. Publicado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), o *Atlas da Violência* apresenta dados alarmantes sobre o aumento da letalidade no país e demonstra que o risco de um jovem negro ser vítima de homicídio no Brasil é 2,7 vezes maior que de um jovem branco. Entendemos, dessa forma, que medidas de populismo penal a partir do Estado irão reforçar as violações de direitos, tendo como foco principalmente a juventude negra e periférica.

O documento citado também evidencia que, no Brasil, a violência letal tem como principais vítimas os homens jovens: “do total de óbitos de homens entre 15 a 19 anos são ocasionados por homicídio” (INSTITUTO DE PESQUISA ECONOMICA APLICADA, 2019, p. 06). Ao lado desses dados, que comprovam o processo de expansão da violência estatal, “(...)o país passa pela maior transição demográfica de sua história, rumo ao envelhecimento, o que impõe maior gravidade ao fenômeno” (INSTITUTO DE PESQUISA ECONOMICA APLICADA, 2019, p. 25).

Além disso, considerando os argumentos sobre o tema, a partir de uma perspectiva crítica, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) estabelece que, ao implementar uma política pública sobre segurança, o Estado tem o dever de prevenir, investigar, sancionar e reparar as violações ao direito à vida. Desse modo, vale dizer, o conjunto de medidas apresentado pelo ministro da Justiça, Sérgio Moro, denominado “Pacote Anticrime”, que determina, entre outras propostas, prisão em segunda instância, endurecimento do regime fechado, condenação em tribunal do júri e flexibilidade quanto à legítima defesa dos agentes policiais, a título de proteção e manutenção da ordem pública, nos mostra que este caminho apresentado para a resolução da situação de violência tem como base a repressão criminal sem considerar a promoção dos direitos individuais e as garantias fundamentais.

De acordo com o que estabelece o Código Penal, em seu Artigo 25, entende-se em legítima defesa quem, “usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”. Assim, munidos desse conceito, consideramos que o Projeto “Anticrime” representa uma iniciativa conservadora de endurecimento penal no enfrentamento da violência, já que busca desenvolver ações na área de segurança sem estabelecer parâmetros com outras políticas.

É fundamental que numa situação de abordagem, o profissional de segurança pública possa agir sem abuso de poder. Facilitar a defesa e até mesmo excluir a culpabilidade de agentes policiais quando a legítima defesa decorrer de “escusável medo, surpresa ou violenta emoção”, significa que o limite ao exercício desse poder desaparece. A concepção de política criminal do “Pacote Anticrime” não questiona a estrutura da ordem posta, mas se volta para medidas imediatistas/ punitivistas. Casara assevera que: “O mercado tornou-se o eixo orientador de todas as ações, uma vez que foi elevado a núcleo fundamental responsável por preservar a liberdade econômica e política. Os bens, as pessoas, os princípios e as regras passaram a ser valorizadas apenas na condição de mercadorias, isto é, passaram a receber o tratamento conferido às mercadorias a partir de seu valor de uso e de troca. Deu-se a máxima desumanização inerente à lógica do capital, que se fundamenta na competição, no individualismo e na busca do lucro sem limites”. (Casara, 2017, p. 39/40).

O panorama traçado indica que as políticas de segurança pública na realidade brasileira, historicamente, são criadas para servir aos interesses neoliberais e do grande capital, sem

considerar os princípios democráticos e a realidade social, não sendo capazes de superar as causas da violência. Como observa Sapori “[...]nas duas últimas décadas se resume a uma série de intervenções governamentais espasmódicas, meramente reativas, voltadas para a solução imediata de crises que assolam a ordem pública” (2007, p. 109).

Assim, seguem prevalecendo na sociedade brasileira visões deterministas, unilaterais ou mecânicas a respeito dos acontecimentos. Como ressalta Casara, sob o Estado pós-democrático “o que há de novo na atual quadra histórica, e que sinaliza a superação do Estado Democrático de Direito, não é a violação dos limites ao exercício do poder, mas o desaparecimento de qualquer pretensão de fazer valer estes limites” (2017, p. 21).

A interlocução entre as referências levantadas nos leva a concluir que o Estado brasileiro está a serviço dos interesses do poder dominante, fortalecendo discursos e práticas autoritárias que instituem a violência. A partir disso, nota-se a existência de espaços de exceção no que se refere ao aumento das violações de direitos; como também o crescimento da letalidade da juventude negra. Portanto, esse cenário demonstra que a violência enquanto expressão da questão social deve ser enfrentada por políticas de Estado baseadas em evidências; o caminho não é ampliar os mecanismos de punição em nome de um eficientismo penal.

Referências

- BRASIL. Decreto-lei nº 2.848/1940. In: *Código penal*. Senado Federal. Brasília: Coordenação de Edições Técnicas, 2017. 138 p.
- CASARA, Rubens R. R. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório sobre segurança cidadã e direitos humanos*. Organização dos Estados Americanos, 2009. p. 44 e 46.
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONOMICA APLICADA – IPEA. *Atlas da violência 2019*. Brasília, DF, 2019.
- OLIVEIRA CAROLINE. O que muda caso o pacote Anticrime do ministro Sérgio Moro seja aprovado? Disponível em: <http://www.justificando.com/2019/02/07/o-que-muda-caso-o-pacote-anticrime-do-ministro-sergio-moro-seja-aprovado/> data de acesso: 10 de abril de 2019
- SAPORI, L. F. *Segurança pública no Brasil: desafios e perspectivas*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.
- WACQUANT, L. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2001.

Maciana de Freitas e Souza

Pós-graduada em Saúde Pública pela Faculdade Vale do Jaguaribe – FVJ. Graduada em Serviço Social pela UERN.
ORCID: 0000-0003-2291-0411
macianafreitas@hotmail.com

Tamara de Freitas Ferreira

Graduada em Direito pela Universidade Federal Rural do Semiárido – UFERSA. Graduada em Serviço Social pela UERN.
ORCID: 0000-0002-8643-2191
tamifreitas16@hotmail.com

Francisco Vieira de Souza Junior

Graduando em Direito pelo Centro Universitário Facex. Graduado em Ciências Sociais pela UERN. Graduado em Administração pela Universidade Potiguar – Unp.
ORCID: 0000-0002-7333-3792
sousajunior007@yahoo.com.br

Recebido em: 14.02.2019

Aprovado em: 11.09.2019

Versão final: 09.10.2019

O *whistleblowing* no âmbito do Pacote Anticrime: entre erros e acertos

Rodolfo Macedo do Prado

Resumo: O denominado Pacote Anticrime, do Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sergio Moro, trouxe consigo a proposta de regulamentação do *whistleblowing*, uma poderosa ferramenta anticorrupção que se encontra em diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros, sendo um instituto global. Todavia, a proposta necessita de reparos em sua técnica legislativa a fim de que possa prosperar e atingir os objetivos pretendidos, como retirar a subjetividade excessiva de alguns termos e deixar o texto em conformidade com a ordem constitucional.

Palavras-chave: *Whistleblowing*. *Whistleblower*. Pacote Anticrime.

1 Breve recapitulação histórica e teórica do *whistleblowing*

A proposta contida na “Medida XIX - Introdução do ‘informante do bem’ ou do *whistleblower*”, do Projeto de Lei Anticrime, é a de incluir os artigos 4-A, 4-B e 4-C na Lei Federal 13.608/18, a fim de finalmente regulamentar-se o *whistleblowing* – tido pela ONG Transparência Internacional como uma das seis melhores práticas globais contra a corrupção – no Brasil, decretando seu retorno após quase 200 anos.

Isso porque, quando era colônia de Portugal, o Brasil foi regido por três principais ordenamentos jurídicos, quais sejam as Ordenações Afonsinas (1446-1521), Manuelinas (1521-1603) e Filipinas (1603-1822). Especialmente nas duas últimas, o *whistleblowing* foi, de certa forma, disciplinado e aplicável na então próspera colônia. O “Oficial do Rei” (como juízes e desembargadores) que recebesse alguma dádiva ou presente para prolatar um despacho e o fizesse, perderia o ofício e ainda pagaria multa equivalente a 20 vezes o valor da dádiva, sendo metade destinada ao acusador, metade para o Reino (PRADO, 2019). Com a Independência, o instituto desapareceu do ordenamento brasileiro.

Hoje, o que se tem no artigo 4º, *caput*, da mesma Lei, é apenas a disposição que possibilita a criação do *whistleblowing* pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal, mas sem critérios claros definidos, como a necessidade de existência do sistema de garantias e como se dará a recompensa (obrigatoriedade, limites mínimo e máximo, entre outros).

Antes de se analisar diretamente a proposta, faz-se uma breve recapitulação histórica e contextual do *whistleblowing*, a fim de que as ideias aqui apresentadas tenham o devido fundamento.

Diferentemente do que parte da doutrina sustenta, o *whistleblowing* não é um instituto norte-americano, mas sim de origem anglo-saxã. É atribuída ao Rei Withred, de Kent, a primeira Lei escrita tratando sobre o instituto, a qual se estima tenha sido publicada no ano 695, e que tinha cunho eminentemente religioso, ao afirmar que, em tradução livre, “se alguém ‘livre’ trabalhasse durante o sábado sabático, perderia todo o lucro daquele dia e, como premiação, o denunciante receberia metade da multa e os lucros do trabalho” (GARRETT, 2013).

Não à toa, os principais atos/leis/regulamentos do *whistleblowing* ao redor do mundo estão nos países da *commonwealth*, colonizados pela Inglaterra, como o *Whistleblower Protection Act* (EUA), o *The Public Interest Disclosure Act* (da própria Inglaterra), o *Public Servants Disclosure Protection Act*

Abstract: The so-called Anti-Crime Package by Minister of Justice and Public Safety Sergio Moro brought with it the proposed regulation of *whistleblowing*, a powerful anti-corruption tool that is found in many foreign legal systems and is a global institute. However, the proposal needs to be refined in its legislative technique so that it can prosper and achieve the intended objectives, such as removing the excessive subjectivity of some terms and leaving the text in conformity with the constitutional order.

Keywords: *Whistleblowing*. *Whistleblower*. Anticrime package.

(Canadá) e o *Public Service Code of Conduct* (Austrália).

Todavia, a versão moderna do instituto foi concebida nos EUA a partir do *False Claims Act*, que teve como pano de fundo a Guerra Civil que opôs Confederados e a União, onde eram muitos os casos de venda de material bélico intencionalmente defeituoso, envenenamento de rações distribuídas aos soldados e, ainda, vendas fraudulentas ao Governo. O senador que apresentou o projeto, Jacob Howard, acreditava que pagar recompensas àqueles que denunciavam as fraudes, mesmo que estes também fizessem parte da empreitada criminosa, era a forma mais eficiente de se descobrir os grandes esquemas fraudulentos (PRADO, 2019). Posteriormente, foram incluídas garantias às quais o denunciante faria jus, a fim de que fossem estimuladas e garantidas as denúncias.

Com a evolução legislativa norte-americana, vieram outros instrumentos que também transformaram o *whistleblowing* – dos quais se destacam o *Dodd-Frank Act*, o *Sarbannes-Oxley Act* e o *Federal Whistleblower Protection Act*, entre outros mais de 50 documentos legais – determinando que todo *whistleblower* tenha um amplo e efetivo sistema de garantias, como acompanhamento psicológico, estabilidade laboral, proteção contra rebaixamento de posto ou função, garantia de integridade física, mudança de identidade, enfim, contra todo tipo de possível retaliação.

A legislação americana ainda dispõe que, quando, em razão da denúncia, se recuperarem verbas desviadas ou bens ilicitamente adquiridos, a recompensa deve variar de no mínimo 15% até o máximo 30% do valor recuperado, cujo critério de fixação deve ser a robustez do conjunto probatório apresentado pelo denunciante. É dizer: quanto menos trabalho o Estado tem com a investigação em razão da concretude da denúncia, maior a recompensa.

Mais bases podem ser encontradas na Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (arts. 8º, § 4º, 13 e 33), na Convenção Interamericana contra a Corrupção (art. 3º, § 1º), das quais o Brasil é signatário e cujos textos já foram ratificados em nosso ordenamento, na Convenção Penal Europeia Contra a Corrupção (art. 22) e no material produzido pela Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA).

Dessa forma, estabelecem-se os dois principais pilares do *whistleblowing*: a existência e efetividade de um sistema de garantias e o pagamento de recompensa financeira.

O *whistleblowing* pode ser externo ou interno. Será externo quando o *whistleblower* não fizer parte do mesmo órgão, empresa ou entidade que receberá e/ou contra a qual repousará

a denúncia. Geralmente, o *whistleblowing* externo ocorre no âmbito da administração pública, com um cidadão apresentando sua denúncia a um órgão governamental. Por seu turno, o interno ocorre quando o *whistleblower* faz parte do mesmo órgão, empresa ou entidade que recebe ou contra o qual será feita a denúncia, ocorrendo, como regra, no âmbito privado.

Fixados estes alicerces teóricos, passa-se, então, à análise da “Medida XIX” propriamente dita.

2 A proposta de regulamentação do *whistleblowing*

Inicialmente, cabe destacar que o presente artigo, a fim de que se mantenha objetivo, conciso e coerente, concentrará sua análise nos dispositivos em que se detecta a necessidade de reparo.

Quanto à proposta do artigo 4-A, *caput*, cabe destacar que o PL Anticrime obriga apenas a Administração Pública, as empresas públicas e as sociedades de economia mista a manterem órgãos de ouvidoria ou correição, responsáveis pelo recebimento das denúncias apresentadas pelo *whistleblower*.

Em que pese tal disposição estar em conformidade com o artigo 8º, § 4º, da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, o PL Anticrime optou por não incluir previsão que obrigue ou mesmo que incentive as empresas privadas, ONGs e a sociedade civil em geral a fomentarem os mesmos, em clara afronta ao artigo 13 da mesma Convenção.

A consequência de tal “escolha” é apresentada logo em seguida: o *whistleblowing* só seria possível nos crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos e atos lesivos ao interesse público. Ficaram de fora, então, a corrupção privada, os ilícitos e fraudes civis e os crimes que não envolvam o interesse público. Privilegia-se o *whistleblowing* externo e olvida-se o interno.

O requisito do “interesse público” é questionável. Se por “interesse público” entende-se que seria qualquer questão criminal e/ou administrativa, não seria necessário, já que seria um conceito extremamente abrangente; ou, se entende-se por “interesse público” só aquilo que pode atrair o interesse dos meios de comunicação de massa, o conceito seria extremamente restritivo (RAGUÉS I VALLÈS, 2013).

De uma forma ou de outra, o requisito do interesse público presta, a nosso pensar, um desserviço à essência do instituto, que deveria abranger, como dito, todos os crimes, ilícitos administrativos e civis.

Outro ponto de importante discussão está na elegibilidade de um *whistleblower*. Segundo a proposta, “qualquer pessoa” pode relatar os tipos de informação antes destacados, recebendo as garantias e a recompensa financeira respectiva. Tal situação vai de encontro com as melhores experiências dos países que já possuem o *whistleblowing*.

Melhor explicando, aqueles que possuem a obrigação legal de reportar, investigar e/ou processar os ilícitos penais, administrativos e criminais – como policiais, corregedores, ouvidores, promotores, *chief compliance officers* e outros – não deveriam ser elegíveis como *whistleblowers* nos casos em que receberam a informação e/ou as provas em razão de seu cargo.

Isso porque, como está escrito o projeto hoje, quem recebe a informação por meio de seu ofício, por exemplo, poderia ir às autoridades competentes e pleitear recompensa por aquela informação, criando uma espécie de “mercado paralelo de informação”, semelhante ao *insider trading*.

Já em seu parágrafo único, tem-se um conceito demasiadamente

indeterminado e subjetivo: “considerado razoável o relato [...] ao informante será assegurada proteção integral”.

Aqui, a crítica que fica é que não havia a necessidade de tamanha subjetividade. A eficácia do sistema de garantias e a alta probabilidade de recebimento de recompensa são os dois principais pilares do *whistleblowing*. Quando a proposta afirma que o *whistleblower* só receberá a proteção caso seu relato seja razoável, é possível que o instituto acabe inócuo e dando margem a retaliações, já que as informações prestadas nesse limbo jurídico não terão qualquer proteção.

Dentro desse contexto, importante destacar um dispositivo presente no Projeto de Lei 3.165/2015, que dispunha que o *whistleblower* poderia condicionar o início do relato à aplicação de medidas protetivas. Caso a autoridade entenda insuficiente ou falso o relato, poderia facilmente revogar tais medidas. Tal alternativa parece-nos mais adequada.

Adiante, o artigo 4-B, § 2º, dispõe que “ninguém poderá ser condenado apenas com base no depoimento prestado pelo informante, quando mantida em sigilo a sua identidade”. Se, por um lado, a proposta está em conformidade com a Constituição Federal, a qual proíbe o anonimato, e em simetria com a colaboração premiada (já que ninguém pode ser condenado exclusivamente com base no relato do colaborador), por outro, gera insegurança jurídica com sua parte final. Se a identidade for revelada, poderá haver condenação apenas com base no depoimento do *whistleblower*?

Caso a resposta seja positiva, como o próprio texto permite concluir, parece-nos grave; e sua alteração é urgente e necessária, já que não se pode perder de vista que sempre há um interesse presente na denúncia apresentada (nesse caso, financeiro), razão pela qual sempre se deve buscar a prova que acompanhará o relato, consagrando o devido processo legal e todas as garantias constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis ao processo penal. A ideia deveria ser no sentido de que, mesmo que revelada, não se pode condenar alguém só com base no relato de um *whistleblower*.

Por fim, no artigo 4-B, § 3º, urge a necessidade de deixar mais claro o efeito da não concordância do *whistleblower* com a revelação de sua identidade, assim como o § 1º, do mesmo artigo, possui. O relato perderá o valor probatório automaticamente? Não poderá haver, de forma alguma, a revelação da identidade sem concordância? Haverá necessidade de motivação da recusa?

Já no tocante à recompensa financeira, o artigo 4-C, § 3º, estabelece que “poderá ser fixada”, tirando do magistrado a obrigatoriedade de recompensar o *whistleblower* e, depois, que, fixada, deverá ser de “até 5% o valor recuperado”.

O primeiro apontamento que se faz é que, como dito anteriormente, a recompensa financeira é um dos pilares do *whistleblowing*. Dessa forma, caso haja recuperação de bens e/ou valores, sua obrigatoriedade deveria constar em Lei, tirando a subjetividade de cada magistrado fixá-la ou não.

Além disso, o valor de até 5% é muito menor do que a média mundial. Nos EUA, país onde o *whistleblowing* é mais utilizado, o pagamento é obrigatório e sua margem pode chegar a 30%, não podendo ser menor do que 15%. Já foram recuperados mais de US\$ 59 bilhões desviados utilizando-se o *whistleblowing* nos EUA, sendo US\$ 1.700 milhões só em 2018.

Ademais, os EUA preveem o critério necessário para aferir, dentro dos limites mínimo e máximo, o quanto será a recompensa financeira do *whistleblower*. Como visto, quanto menor o trabalho

do Estado na investigação para se chegar à conclusão final, devido ao volume e concretude de informações e provas apresentadas, maior será a recompensa.

Mas também há pontos positivos.

Cabe destacar aqui que a proposta é o mais próximo que já se chegou à “espinhal dorsal do *whistleblowing*” – criada pela ONG Transparência Internacional – no Brasil, depois de 9 projetos de lei apresentados sem êxito no Congresso Nacional.

De uma forma ou de outra, completa ou incompletamente, foram cumpridos os requisitos: (a) *protection against retribution* – previsão expressa de proteção contra retaliações, como demissão, rebaixamento de posto, transferência, etc; (b) *incentivise internal reporting and whistleblower complains authority* – estimular a criação de sistemas e órgãos, tanto no setor público quanto no privado, para receber as denúncias; (c) *rewards systems* – previsão de recompensas e como serão oferecidas e pagas; (d) *protection of identity* – proteção da identidade do denunciante; (e) *reversed burden of proof* – inversão do ônus da prova na comprovação da denúncia; (f) *waiver of liability* – imunidade civil, penal e administrativa para o denunciante de boa-fé; (g) *penalty for retaliation and interference* – previsão de punição àquele que fizer retaliações ou tentar interferir no trabalho ou na denúncia; (h) *no sanctions for misguided reporting* – ausência de sanções na hipótese de denúncias equivocadas, se fundadas em erro honesto; e, (i) *no circumvention* – invalidação de regras particulares que obstruam os efeitos da legislação denunciante.

Com exceção da inversão do ônus da prova, que não é prevista no Anteprojeto de Lei e absolutamente inaplicável no processo penal brasileiro, os requisitos apresentados pela ONG Transparência Internacional são abordados de modo satisfatório pela proposta, embora necessitem de reparos.

Sob o ponto de vista da análise econômica do Direito, podemos notar ainda mais a importância e eficácia do instituto.

A teoria econômica da alocação do tempo determina que o agente econômico dispõe de uma unidade de tempo e deve decidir como distribuí-la nas três atividades básicas: trabalho, lazer e controle social. A atividade de trabalho proporciona renda que, por sua vez, permite o consumo privado do agente. O lazer não proporciona renda; no entanto, o tempo dedicado a essa atividade gera satisfação ao agente. Finalmente, o tempo dedicado ao controle social pode contribuir para que os recursos desviados sejam recuperados, e essa recuperação tem dois efeitos positivos sobre a utilidade do agente. Em primeiro lugar, permite consumo de maior quantidade de bens públicos providos pelo Estado. Em segundo lugar, lhe causa direta satisfação por ter contribuído com o esforço de controle social, sua “satisfação cívica” (BECKER, 1965).

Nesse modelo, o tempo e o esforço dedicados pelo cidadão ao controle da corrupção competem com suas outras atividades, em particular o trabalho, que lhe gera renda, e o lazer, que lhe gera felicidade. Em outras palavras, para dedicar-se ao controle da corrupção, o cidadão deve abrir mão do tempo de trabalho, reduzindo sua renda, ou do tempo dedicado ao lazer. Sem dúvida, ele será beneficiado indiretamente por sua ação, pelo benefício que será gerado para a sociedade como um todo, pelo uso apropriado do recurso público recuperado. No entanto, esse último benefício é diluído por toda a sociedade, enquanto a perda, seja em termos de horas de trabalho, seja de lazer, é exclusivamente sua. Por essa razão, o envolvimento social espontâneo tende a ser muito reduzido, ficando muito aquém do que seria ótimo para a sociedade (BUGARIN; VIEIRA, 2008).

É justamente neste aspecto – o de incentivar maior envolvimento social – que o *whistleblowing* tem lugar, permitindo equilíbrio maior entre os instrumentos de combate à corrupção e a prática do crime em si. A eficiência está justamente na possibilidade de a Lei prever um instituto que, no lugar de dissuadir o criminoso, incentiva os cidadãos a praticarem atos cívicos (neste caso, as denúncias). No jargão econômico, a política criminal coordena os cidadãos para alcançar o equilíbrio entre pouca criminalidade e prática de cidadania (COOTER; ULEN, 2007).

Assim, resta cristalina a eficácia e necessidade da regulamentação do instituto.

3 Conclusão

É de se parabenizar o extenso sistema de garantias previsto no PL Anticrime, o que nenhum dos outros 9 projetos de lei possuía. Esse, como visto, é o mais importante pilar do *whistleblowing* e está previsto na Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção e na Convenção Interamericana Contra a Corrupção, das quais o Brasil é signatário e já ratificou seus textos.

Também é louvável que, finalmente, depois de quase 200 anos, o *whistleblowing* retorne ao ordenamento jurídico brasileiro.

Realizado este breve apanhado, tem-se que, ao nosso sentir, a proposta respeita a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional, mas necessita de reparos para sua aplicação prática.

A necessidade de reparo é, sob nosso ponto de vista, absolutamente imprescindível à efetividade do *whistleblowing* no Brasil. Sem melhorias no sistema de recompensa (principalmente), melhor definição de quem é elegível para ser um *whistleblower*, retirada de expressões demasiadamente subjetivas, ampliação do espectro possível de ser delatado, maior clareza nos efeitos da revelação da identidade do denunciante e a consagração de que ninguém será condenado apenas com base no relato do *whistleblower*, o *whistleblowing* pode ser tornar inócuo; ou, pior, servir a interesses que não de sua essência.

Referências

- BECKER, Gary S. A theory of the allocation of time. *The Economic Journal*, v. 75, p. 493-517, set. 1965.
- BUGARIN, Maurício S.; VIEIRA, Laércio M. Benefit sharing: an incentive mechanism for social control of government expenditure. *Quarterly Review of Economics and Finance*, v. 48, n. 4, p. 673-690, 2008.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. Boston: The Addison-Wesley series in economics, 2007.
- GARRETT, Nathaniel. Dodd-Frank’s whistleblower provision fails to go far enough: making the case for a Qui Tam provision in a revised foreign corrupt practices act. *University of Cincinnati Law Review*, Cincinnati, v. 81, issue 2, mai 2013.
- PRADO, Rodolfo Macedo do, et alli. *Novos Instrumentos de prevenção e enfrentamento à delinquência econômica: compliance, whistleblowing e perda alargada*. Florianópolis: Habitus, 2019, 146 p.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing: una aproximación desde el derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 21.

Rodolfo Macedo do Prado

Mestrando pela Delaware Law School (EUA).
Especialista em Direito Penal Econômico pela
Universidade de Coimbra (Portugal). Advogado.

ORCID: 0000-0001-8439-7452
rodolfoprado91@gmail.com

Recebido em: 28.02.2019

Aprovado em: 31.05.2019

Versão final: 05.07.2019

Projeto de lei “anticrime”: a retomada do arbítrio judicial⁽¹⁾

Adriano Antunes Damasceno e Carlos Hélder Carvalho Furtado Mendes

Resumo: Esta breve análise tem como foco a pretensão do chamado “projeto anticrime” de “combater” o fenômeno da criminalidade por meio de alterações nos códigos que servem de estrutura para o sistema penal brasileiro: o Código Penal e o Código de Processo Penal. Pretende-se demonstrar, levando-se em conta que a dogmática jurídica não se encontra descolada de seu tempo e dos discursos transversais que a sustentam, que a proposta legislativa reforça um tema fundante do tecnicismo jurídico brasileiro: o arbítrio judicial.

Palavras-chave: Projeto anticrime. Autoritarismo. Tecnicismo jurídico. Arbítrio judicial.

O chamado projeto de lei anticrime tem o objetivo de enfrentar duas questões sensíveis: a criminalidade e a corrupção. Pretende fazer isso a partir de alterações legislativas. Dentro desse discurso mais amplo, esta breve análise tem como foco a pretensão do projeto de “combater” o fenômeno da criminalidade por meio de alterações nos códigos que servem de estrutura para o sistema penal brasileiro: o Código Penal e o Código de Processo Penal. Pretende-se demonstrar, levando-se em conta que a dogmática jurídica não se encontra descolada de seu tempo e dos discursos transversais que a sustentam, que a proposta legislativa reforça um tema fundante do tecnicismo jurídico brasileiro: o arbítrio judicial.

Demarcados os objetivos e a forma como se pretende alcançá-los, é preciso destacar a estreita relação entre o Código Penal e o Código de Processo Penal. Trata-se de dois grandes textos normativos que refletem a primeira materialização ideológica do pensamento político autoritário brasileiro, o Estado Novo (1937-1945), marcado pela aversão a um arquétipo de democracia liberal cujas características podem ser resumidas na separação de poderes e na constitucionalização de direito individuais.

Os Códigos Penal e de Processo Penal são um retrato fiel de seu tempo. Um retrato fiel do pensamento político autoritário brasileiro assumido pelo Estado Novo. São uma nítida manifestação das pretensões técnicas lançadas sobre a legislação no âmbito punitivo. Em entrevista concedida logo após o golpe que instalaria o Estado Novo em 1937, **Francisco Campos** destaca que a legislação deveria ser vista como uma grande “*técnica de controle da vida nacional*” e que, portanto, não poderia ser vista pelo seu caráter político. Não se tratava de algo inédito. A existência de conselhos técnicos, quando ligados ao legislativo, dotava aqueles de funções essencialmente consultivas. No Estado Novo, entretanto, assim como já havia ocorrido na Itália fascista, vinculados ao Executivo, sua função era substituir o processo parlamentar. Em suma, os projetos eram elaborados pelos próprios conselhos técnicos, cabendo ao Executivo acolhê-los e promulgá-los via decretos-lei.⁽²⁾

Além desses influxos autoritários, os códigos brasileiros sofrem uma notável influência do tecnicismo jurídico italiano,

Abstract: This brief analysis focuses on the claim of the so-called “anti-crime project” to “combat” the crime phenomenon through changes in the codes that serve as a framework for the Brazilian criminal system: the Criminal Code and the Criminal Procedure Code. It is intended to demonstrate, taking into account that the legal dogmatic is not detached from its time and the transversal discourses that supports it, that the legislative proposal reinforces a fundamental theme of the Brazilian legal technicism: the judicial arbitrary.

Keywords: Anticrime project. Authoritarianism. Legal technicism. Judicial arbitrary.

pragmaticamente acolhido pelo regime fascista, e que tinha como objetivo central se afastar do positivismo que incorporava ao Direito Penal aspectos antropológicos e sociológicos com o fim de garantir-lhe um status científico. As críticas do tecnicismo jurídico à Escola Positiva podem ser sintetizadas na afirmação de **Arturo Rocco**⁽³⁾ de que os positivistas haviam criado um Direito Penal sem Direito Penal. O propósito dessa afirmação pode ser resumido na tentativa de criar um Direito Penal científico e neutro, afastado das questões políticas.

Como não poderia deixar de ser, o tecnicismo jurídico passa ao largo do que propõe. Sua relação com o fascismo na Itália e de sua vertente brasileira com o Estado Novo já se mostrariam suficientes para confirmar isso. Mesmo do ponto de vista da construção do saber penal, o tecnicismo jurídico se firma a partir de uma relação de continuidade com o positivismo jurídico e não de ruptura como pretende.

No caso brasileiro, essa relação de continuidade pode ser vista na presença de dois defensores de pensamentos antagônicos – mas não inconciliáveis – nas comissões responsáveis pela elaboração dos códigos: **Nelson Hungria** e **Roberto Lyra**. **Lyra**, árduo defensor do positivismo jurídico, argumentava que salvo no que diz respeito ao criminoso nato e à responsabilidade penal do criminoso louco, tudo quanto sustentado pela escola positiva continuava de pé.⁽⁴⁾ Já **Nelson Hungria** defendia que uma “*autêntica ciência jurídico-penal*” não poderia ter por objeto indagações experimentais em torno da criminalidade e sim a construção do Direito Penal por meio de normas legais.⁽⁵⁾

Analisando-se os códigos, percebe-se que a oposição entre o pensamento de **Nelson Hungria** e **Roberto Lyra** tem caráter secundário quando se observa a normatização de postulados positivistas e os fins implicados a partir de uma retórica do equilíbrio, que já havia entrelaçado positivistas e tecnicistas na Itália⁽⁶⁾ e é assumida expressamente na exposição de motivos do Código de Processo Penal, por exemplo.

O arbítrio judicial é um ponto central nesse processo de codificação, marcado pela fusão entre positivismo e tecnicismo. **Narcelio de Queiroz**⁽⁷⁾ afirma que o Código de Processo Penal não poderia ficar alheio ao amplo arbítrio conferido ao juiz pelo Código Penal. Diferente do que ocorrera no regime

nazista ou do que havia proposto **Maggiori**⁽⁸⁾ sem sucesso na Itália, o arbítrio judicial no Direito Penal continuava vedado em relação às incriminações e sanções penais, mas seria uma exigência em relação à aplicação da pena, como sustenta **Nelson Hungria**.⁽⁹⁾

Em relação à aplicação da pena, o Código Penal tentava se afastar a um só tempo da escola clássica e da escola positiva, a quem atribuía um individualismo hipertrofiado e o erro de afastar a gravidade do crime na aplicação da pena, respectivamente.⁽¹⁰⁾ Entretanto, o que essa posição demonstrava, sem preocupação em escamotear, era a assunção dos postulados positivistas que interessavam. O foco na figura do “delinquente” não era afastado pelo tecnicismo brasileiro. Ao revés, deixava-se mais clara a opção pela defesa social contra a figura do “criminoso”. O que se afastava era tão somente a catalogação antropológica, substituindo-a pela subjetividade de quem julga. Tratava-se, na verdade, de um positivismo sem qualquer pretensão de racionalidade.

A própria exposição de motivos do Código Penal assenta que para a individualização da pena não era necessário prévia catalogação de espécies de “criminosos”, desde que fosse conferido “*um amplo arbítrio a aplicação das sanções penais*”.⁽¹¹⁾ Em termos semelhantes, **Nelson Hungria** defendia na aplicação concreta da pena uma individualização “experimental” do juiz, objetiva e subjetiva a um só tempo.⁽¹²⁾

O arbítrio judicial do Direito Penal articula-se em sintonia com o arbítrio judicial garantido pelo Código de Processo Penal, especialmente no que diz respeito à liberdade probatória e de julgamento. O processo penal brasileiro traz um juiz “plenipotenciário”, a quem cabe tanto a iniciativa quanto a intervenção em relação às diligências e provas sem caráter preclusivo, até a proclamação da sentença.⁽¹³⁾

Trata-se de uma legislação que acolhe, nas palavras de um de seus autores, um juiz que tem a liberdade de apreciar livremente tanto as provas quanto as definições jurídicas. O juiz é órgão dotado de “plenitude jurisdicional”, o que significa condenar ainda que haja pedido de absolvição ou aplicar penas mais graves que as postuladas.⁽¹⁴⁾

Voltando ao projeto de “lei anticrime”, o que se observa é uma manifesta retomada do arbítrio judicial nos moldes positivistas que sustentaram a estrutura originária dos Códigos Penal e de Processo Penal. Tome-se como referência a proposta de acréscimo de um parágrafo único ao artigo 59 do Código Penal, que confere ao juiz a possibilidade de fixar período mínimo de cumprimento da pena em regime fechado ou semiaberto antes da progressão sem qualquer parâmetro objetivo, apontando como elementos de justificação os mesmos conceitos jurídicos indeterminados da redação originária do art. 52 do Código Penal e mantidos no atual art. 59.

À primeira vista, pode-se sustentar que, em relação à liberdade probatória, o arbítrio permanece sem grandes modificações. Não obstante, um olhar mais atento leva à conclusão de que, para muito além do autoritarismo que marca a redação originária do Código de Processo Penal, o projeto prevê um verdadeiro giro, pois termina por tentar introduzir no processo penal brasileiro, já pouco preocupado com as questões epistêmicas, a condenação sem qualquer relação com as provas, a partir do chamado Direito Penal negocial.

O que se observa, portanto, é que o arbítrio judicial como modo de atuação reitor do sistema penal brasileiro em detrimento de direitos individuais constitucionalmente assegurados, como a ampla defesa e a presunção de inocência, não é novidade. A pretensão “técnica” do projeto resvala no já conhecido pensamento autoritário brasileiro e no tecnicismo jurídico manziniiano assumidamente fascista e que muitos inspirou no Brasil. Mais que uma conclusão, entretanto, necessária uma indagação. Dado o contexto narrado, qual foi a utilidade do arbítrio judicial no cumprimento das promessas formuladas desde 1940 quanto ao “combate” à criminalidade e à “extirpação” dos criminosos?

Notas

- (1) Parte das ideias desenvolvidas no texto fazem parte de pesquisa de tese de doutorado desenvolvida pelo primeiro autor junto ao programa de pós-graduação em Direito da FND-UFRJ.
- (2) SONTAG, Ricardo. *Código e técnica: a reforma penal brasileira de 1940, técnicação da legislação e atitude técnica diante da lei em Nelson Hungria*. Orientador: Arno Dal Ri Júnior. 1998. Tese (Doutorado em Ciências Sociais). 332 f. Instituto de filosofia e ciências humanas, Unicamp, Campinas, 1998. p. 43-44.
- (3) ROCCO, Arturo. *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*. Bogotá: Temis S.A., 2009. p. 6.
- (4) LYRA, Roberto. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntinho, 1936. p. 80.
- (5) HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. v. I. tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 97.
- (6) GLOECKNER, Ricardo J. *Autoritarismo e proceso penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 377.
- (7) Queiroz, Nancelo de. O novo código de processo penal. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 93, p. 458-467. mar. 1943. p. 458.
- (8) MAGGIORI, Giuseppe. Diritto penale totalitario nello stato totalitario. *Rivista Italiana di Diritto Penale*, Padova, XI, p. 140-161, 1939.
- (9) HUNGRIA, op. cit., p. 10.
- (10) HUNGRIA, op. cit., p. 101.
- (11) CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos acerca do projeto definitivo do código penal vigente. In: HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. v. I. tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 266.
- (12) HUNGRIA, op. cit., p. 101-102.
- (13) LYRA, Roberto. Introdução ao estudo do direito penal adjetivo. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 1995. p. 1576.
- (14) LYRA, op. cit., p. 1577.

Adriano Antunes Damasceno

Doutorando em Direito pela FND/UFRJ.

Mestre em Direito e Instituições do

Sistema de Justiça pela UFMA.

Professor da UEMA e da UNDB (licenciado).

Defensor Público – DPEMA.

ORCID: 0000-0002-2103-8863

adridamasceno@yahoo.com.br

Carlos Hélder Carvalho Furtado Mendes

Doutorando e mestre em Ciências Criminais pela PUCRS.

Especialista em Direito Penal Econômico pela

Universidade de Coimbra (Portugal). Advogado.

ORCID: 0000-0001-5256-1297

carloshmendes@gmail.com

Recebido em: 01.03.2019

Aprovado em: 13.03.2019

Versão final: 18.07.2019

A perda alargada no “pacote anticrime”: críticas e propostas de adequação

Luiz Eduardo Dias Cardoso

Resumo: O presente artigo versa a respeito da proposta de inclusão da perda alargada ao Código Penal brasileiro, na forma apresentada no Pacote Anticrime engendrado pelo Governo Federal. Para tanto, apresenta-se o instituto em questão, em cotejo com as espécies de confisco já adotadas pela legislação penal; descrevem-se os requisitos delineados pela proposta legislativa em comento para a decretação da perda alargada; e contrapõem-se tais requisitos àqueles demandados pelas legislações de Portugal e do Reino Unido. Na sequência, procede-se a uma leitura crítica quanto às escolhas que norteiam o Pacote Anticrime, com o apontamento de impropriedades e de lacunas, bem como dos acertos do projeto de lei. Conclui-se que, realizados os ajustes necessários, é possível a incorporação da perda alargada à legislação penal brasileira.

Palavras-chave: Perda alargada. Pacote Anticrime. Direito Penal Econômico. Código Penal.

A perda alargada (ou confisco alargado) foi incluída no Pacote Anticrime proposto pelo Ministro Moro em meio à Medida VIII (“Medidas para aprimorar o perdimento de produto do crime”), prevista no Projeto de Lei 882/2019, encaminhado pelo Poder Executivo à Câmara dos Deputados. A incorporação do instituto em questão ao ordenamento jurídico brasileiro se daria por meio da inclusão, no Código Penal, do art. 91-A, cuja redação é a seguinte:

“Art. 91-A. No caso de condenação por infrações as quais a lei comine pena máxima superior a seis anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito.

§ 1º A decretação da perda prevista no caput fica condicionada à existência de elementos probatórios que indiquem conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado ou a sua vinculação a organização criminosa.

§ 2º Para efeito do perdimento previsto neste artigo, entende-se por patrimônio do condenado todos os bens:

I - que estejam na sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebidos posteriormente; e

II - transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal.

§ 3º O condenado terá a oportunidade de demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio”.

A perda (gênero) representa, em uma definição ampla, “a privação com caráter definitivo de bens, por decisão de um tribunal ou outra autoridade competente”, na forma do que dispõe o artigo 2º, g, da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 2003, similar à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, de 2000.

O gênero (perda) tem diversas espécies, a exemplo da perda clássica, da perda por equivalente – essas duas consagradas pela

Abstract: This article deals with the proposal to include the extended loss to the Brazilian Penal Code, as presented in the “Pacote Anticrime” proposed by the Federal Government. To this end, the institute in question is introduced, in comparison with the confiscation species already adopted by the criminal legislation; the requirements outlined by the legislative proposal under consideration for decreeing extended loss are described; and such requirements are opposed to those required by the Portuguese and British laws. Following, a critical reading is made regarding the choices that guide the “Pacote Anticrime”, pointing out improprieties and gaps, as well as the correctness of the bill. It is concluded that, after making the necessary adjustments, it is possible to incorporate the extended loss into the Brazilian criminal legislation.

Keywords: Extended loss. “Pacote Anticrime”. Criminal Law. Penal Code.

lei penal brasileira – e da perda alargada.

O Código Penal, em seu art. 91, II, b, disciplina a perda “clássica”, efeito secundário não automático da condenação que resulta no confisco “do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso”.

Mais recentemente, com o intuito de sobrepujar dificuldades na localização dos bens a serem atingidos pela perda clássica,⁽¹⁾ a Lei 12.694/2012 acresceu o § 1º ao art. 91 da lei penal. Tal dispositivo disciplina a chamada perda por equivalente, que possibilita o confisco também de “bens ou valores equivalentes” àqueles mencionados pelo art. 91, II, b. De todo modo, as espécies de confisco previstas pelo Código Penal circunscrevem-se aos valores relativos ao delito por cuja prática o agente é condenado.

Por outro lado, como sua própria denominação indica, a perda alargada amplia o âmbito de incidência do confisco. Assim, alcançam-se não apenas os bens e valores diretamente vinculados ao delito objeto de sentença condenatória (os quais já são atingidos pela perda clássica, disciplinada no art. 91, II, b, do Código Penal) ou equivalentes (art. 91, § 1º), mas todos aqueles que se revelarem incongruentes com os rendimentos lícitos do réu e que sejam presumivelmente decorrentes de outros crimes.

A extensão do tradicional âmbito de incidência do confisco ocorreu, principalmente, com o objetivo de suplantar os obstáculos probatórios insitos às tradicionais espécies de perda, que demandam a existência de vínculo entre os bens e valores a serem confiscados e o crime que gerou uma condenação.

A instituição da perda alargada demonstra, ademais, uma paulatina utilização de medidas patrimoniais, sobretudo no combate à criminalidade econômica organizada, cujo enfrentamento mais eficaz ocorre mediante o asfixiamento econômico das organizações criminosas e de seus integrantes.⁽²⁾

Nesse cenário, a perda alargada é utilizada com vistas a três objetivos centrais: o aprofundamento da prevenção geral e especial; a constrição de ativos ilícitos, que não poderão financiar novas atividades delitivas; e a mitigação dos riscos de

concorrência desleal, decorrentes da inserção de valores ilícitos em atividades econômicas lícitas (ou seja, a prevenção à lavagem de dinheiro).⁽³⁾

O principal questionamento, ante a iminente incorporação da perda alargada à lei penal brasileira, diz respeito aos critérios utilizados para que se identifiquem tanto a incongruência patrimonial quanto a presunção de origem criminosa dos bens e valores a serem confiscados.

A proposta do Poder Executivo, agora materializada no PL 882/2019, arrola os seguintes requisitos para a decretação da perda alargada: *a)* condenação por delito ao qual a lei comine pena máxima superior a seis anos de reclusão (*caput*); *b)* diferença entre o valor do patrimônio⁽⁴⁾ do condenado e aquele que seja compatível com seus rendimentos lícitos (*caput*). Ademais, há requisitos alternativos, mencionados no § 1º: *i)* conduta criminal habitual, reiterada ou profissional ou *ii)* vinculação a organização criminosa.

A decretação do confisco alargado é condicionada, pois, à prova quanto aos dois requisitos compulsórios (*a* e *b*) e a um dos requisitos alternativos (*i* ou *ii*).

A proposta, no entanto, é simplista quanto aos requisitos imprescindíveis à decretação da perda alargada. De fato, não há regulamentação em relação à limitação temporal eventualmente atribuída a esse instituto; além disso, os requisitos alternativos (*i* e *ii*) são ambíguos e subjetivos, motivo pelo qual suscitam indagações: o que representa a conduta criminal habitual, reiterada ou profissional? como se comprova a vinculação a organização criminosa?

A propósito, salienta-se que a perda alargada, além de constituir o objeto de mais de uma dezena de anteprojetos e projetos legislativos em território brasileiro,⁽⁵⁾ é consagrada em diversos ordenamentos jurídicos mundo afora. Mencionam-se, a título ilustrativo, a Alemanha, a Austrália, os Estados Unidos e o Reino Unido – precursores na instituição da perda alargada e de medidas similares –, além de nações que adotaram a medida mais recentemente, como Espanha, Portugal e Itália.

Paralelamente cotejados, tais ordenamentos jurídicos comungam de algumas previsões em relação à perda alargada. Destacam-se, nesse sentido, requisitos mais robustos que aqueles previstos no Pacote Anticrime para a decretação da perda alargada, além de uma delimitação mais precisa e adequada quanto ao âmbito de incidência do instituto. Mencionam-se, a título ilustrativo, os casos de Portugal e do Reino Unido.

Em Portugal, a perda alargada foi instituída pela Lei 5/2002, que disciplina as condições para a decretação dessa modalidade de confisco em seu art. 7º. Muito embora não exija prova “*a existência de elementos probatórios que indiquem conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado ou [à] sua vinculação a organização criminosa*” (redação proposta para o art. 91-A, § 1º), a lei lusa acresce outros requisitos relevantes: prevê um rol (taxativo) de crimes aos quais é aplicável a perda alargada⁽⁶⁾ e exclui do âmbito de incidência do instituto os bens transferidos ou recebidos pelo agente nos cinco anos anteriores à sua constituição como “arguido”.⁽⁷⁾

No Reino Unido, o instituto denominado *extended forfeiture* é previsto pelo *Proceeds of Crime Act* (POCA), de 2002, e a sua decretação vincula-se à constatação de que o condenado possui um *criminal lifestyle* (estilo de vida criminoso). Conquanto à primeira vista a expressão soe ambígua – tão ambígua quanto os

requisitos do PL 882/2019 –, o próprio POCA define-a em termos objetivos. Nos termos de tal *Act*, considera-se que o agente leva um *criminal lifestyle* quando, alternativamente, a) a condenação disser respeito a crimes como tráfico de drogas, pessoas e armas e direção de grupos terroristas; ou b) em um período de até seis anos, o delito se inserir em uma sequência de pelo menos três atividades criminosas que tenham gerado, no mínimo, benefício de cinco mil libras; ou c) o crime houver sido praticado durante pelo menos seis meses, e o condenado obtiver um benefício não inferior a cinco mil libras. Presente um desses requisitos, presume-se que todos os bens transferidos para o condenado nos seis anos precedentes ao início do processo, e todos os bens possuídos pelo condenado, em qualquer momento entre a prolação da sentença penal condenatória e o fim do processo, constituem resultado de atividade criminosa, motivo pelo qual serão alvo de confisco.

Como se vê, tanto a lei portuguesa quanto a lei britânica estabelecem critérios objetivos bastante minuciosos para que se possa decretar a perda alargada. A propósito, particularmente em relação à norma britânica, destaca-se a previsão quanto à configuração do *criminal lifestyle*, em contraste com as expressões ambíguas e subjetivas de que se vale o PL 882/2019.

Destaca-se ainda a existência de limites temporais em ambos os países. Como o PL apresentado pelo Poder Executivo não consigna um limite temporal à perda alargada, na prática, todo o patrimônio adquirido pelo agente ao longo de toda a sua vida estaria sujeito a constrição⁽⁸⁾ e posterior perda. Dessa forma, ante a possibilidade de decretação da perda alargada, o agente teria o encargo de comprovar a licitude de todos os seus bens, independentemente do período em que os tenha adquirido. Trata-se de ônus pesadíssimo, sobretudo em país cuja economia é marcada pela informalidade.⁽⁹⁾

Outros projetos e anteprojetos de lei, como é o caso das Dez Medidas Contra a Corrupção e das Novas Medidas Contra a Corrupção, estabelecem um prazo de cinco anos, contados retroativamente desde o início das investigações criminais. Nesse sentido, **Vieira**, a propósito daquele primeiro projeto e em cotejo com a legislação portuguesa, destaca que, “*como definido em Portugal, o projeto estabelece um período de cinco anos para a depuração patrimonial. Aqui, como lá, a escolha parece ter se apoiado na legislação tributária para definir o prazo de cinco anos, que é o mesmo para lançamento e cobrança do crédito tributário pelo Estado*”.⁽¹⁰⁾

Além disso, destaca-se que a perda alargada usualmente vincula-se a rol taxativo de crimes ou de gêneros delitivos, os quais em geral são delitos econômicos (em que se busca o lucro) cometidos por organizações criminosas.

As próprias normas convencionais que fundamentam a perda alargada⁽¹¹⁾ sugerem a adoção desse instituto como forma de combate à criminalidade econômica organizada, e não como resposta indiscriminada a todos os gêneros delitivos.

O PL 882/2019, por sua vez, efetuou uma opção mais simples: estabeleceu que a perda alargada pode ser aplicada em relação a todos os crimes com pena máxima superior a seis anos de reclusão.

Essa escolha, entretanto, delimita de forma inadequada o âmbito de incidência da perda alargada: por um lado, atinge crimes cuja repressão não deve se dar pela via patrimonial (como o homicídio e o estupro, por exemplo, que, em tese, são crimes sem conteúdo financeiro); por outro lado, excluem-se do alcance

do confisco alargado crimes relevantes com penas máximas inferiores a seis anos de reclusão. Apenas a título de exemplo, vale citar os crimes de apropriação indébita previdenciária, tráfico de influência, sonegação de contribuição previdenciária, associação criminosa, exploração de prestígio e delitos contra o sistema financeiro nacional.

Seria conveniente, portanto, que o PL 882/2019 incluísse um rol de crimes aos quais o confisco alargado pode ser aplicado, como já se verifica nas propostas das “Dez Medidas Contra a Corrupção” e das “Novas Medidas Contra a Corrupção”; ou, pelo menos, que determinasse a aplicação daquela modalidade de perda aos crimes cometidos por organizações e associações criminosas.⁽¹²⁾

Por outro lado, é positivo que a proposta legislativa em questão tenha previsto, no § 1º do art. 91-A, a necessidade de comprovação de requisitos alternativos: conduta criminal habitual, reiterada ou profissional ou vinculação a organização criminosa.

Essa exigência é particularmente relevante porque determina que, além da condenação criminal e da diferença patrimonial, o Ministério Público deve provar que o agente é criminoso habitual ou integrante de organização criminosa.⁽¹³⁾ Assim, com a exigência de prova quanto àqueles requisitos alternativos (habitualidade criminal ou participação em organização criminosa), impõe-se ao Ministério Público o ônus de demonstrar, segundo o *standard* civilístico da preponderância de provas,⁽¹⁴⁾ a presença dos requisitos necessários à imposição da perda alargada. Ressalva-se, todavia, que é conveniente o acréscimo de dispositivos que elucidem em quê, exatamente, consistem aqueles requisitos – a exemplo do que se verifica no POCA britânico.

Caso esses requisitos alternativos não fossem exigidos, a perda alargada seria fundamentada tão somente em presunção quanto à ilicitude do patrimônio do condenado e na inversão do ônus da prova, porque se imporia ao agente o encargo de comprovar a licitude de seu patrimônio.

Isso seria temerário, particularmente em um país em cuja economia prepondera, como se destacou acima, a informalidade.

Além disso, vale destacar que o PL 882/2019 nada dispõe acerca do procedimento que deve ser adotado para a imposição da perda alargada e da possibilidade de utilização de medidas cautelares patrimoniais.

Nesse cenário, a despeito das importantes lacunas que maculam a regulamentação da perda alargada contida na proposta legislativa em comento, e do fato de esse instituto já ser objeto de mais de uma dezena de projetos e anteprojetos legislativos pretéritos, vislumbra-se a possibilidade de adoção do confisco alargado pela legislação penal brasileira, desde que se proceda aos ajustes necessários – como a previsão mais detalhada a respeito dos requisitos e do procedimento e a inclusão de um limite temporal. De todo modo, ainda que em última análise se almeje a recuperação de ativos ilícitos, a persecução desse objetivo deve ser acompanhada do respeito incondicional aos direitos e às garantias individuais.

Notas

- (1) A respeito do regime brasileiro de perda de bens e de medidas patrimoniais no processo penal, remete-se, respectivamente, aos seguintes estudos monográficos: ESSADO, Tiago Cintra. *Perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014; SAAD, Marta. *As medidas assecuratórias do Código de processo penal como forma de tutela cautelar destinada à reparação do dano causado pelo delito*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da

Universidade de São Paulo, 2007.

- (2) SIMÕES, Euclides Dâmaso; TRINDADE, José Luís F. Recuperação de activos: Da perda ampliada à actio in rem (Virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves). *Revista Julgar on-line*, p. 3, 2009. Disponível em: <<https://goo.gl/VC4Kt5>>. Acesso em: 1 mar. 2019.
- (3) Idem, ibidem, p. 2. DUARTE, Ana Patrícia Cruz. *O combate aos lucros do crime – o mecanismo da “perda alargada” constante da Lei n.º 5/2002 de 11 de janeiro: a inversão do ônus da prova nos termos do artigo 7.º e as suas implicações*. 2013. 53 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2013. p. 14.
- (4) Conceituado o patrimônio como os bens que estejam na sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebidos posteriormente, bem como aqueles transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal (§ 2º).
- (5) A par do próprio PL Anticrime, a perda alargada é abordada nas Dez Medidas Contra a Corrupção (condensadas no PL 4.850/2016), nas Novas Medidas Contra a Corrupção e nos seguintes Projetos de Lei: a) da Câmara dos Deputados – PLS 3.912 e 4.003, de 2015; 4.268 e 6.719, de 2016; 8.727 e 9.173, de 2017; 11.127, 11.172 e 10.372, de 2018; 94, de 2019; b) no Senado Federal – PLS 103 e 306, ambos de 2016.
- (6) O extenso rol é descrito no art. 1º da mesma Lei, e indica, em regra, crimes de conteúdo econômico (cujo móbil é o lucro financeiro) praticados por organizações criminosas.
- (7) A constituição como arguido indica a ciência, dada ao cidadão, de que ele é alvo de algum procedimento penal, como uma investigação ou uma ação penal. Assemelha-se ao indiciamento.
- (8) Apesar de o PL silenciar a respeito do tema, presume-se que as medidas cautelares patrimoniais seriam aplicáveis aos bens e valores sobre os quais poderá incidir a perda alargada. No PL 4.850/2016, a propósito, há dispositivo nesse sentido.
- (9) Pesquisa recente mostra que, em 2017, 40,3% da população economicamente ocupada desempenhava trabalhos informais. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2018/12/05/ibge-trabalhadores-informalidade-brasil-2017.htm>>. Acesso em: 1 mar. 2019.
- (10) VIEIRA, Roberto D’Oliveira. *Análise de direito comparado do confisco alargado: aportes da perda alargada para o Brasil*. 2017. 135 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2017. p. 101.
- (11) Convenção das Nações Unidas sobre o Tráfico de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, de 1988 (Convenção de Viena), promulgada no Brasil pelo Decreto 154/1991; Convenção das Nações Unidas sobre o Crime Organizado Transnacional, de 2000 (Convenção de Mérida), promulgada pelo Decreto 5.015/2004, e Convenção das nações Unidas contra a Corrupção, de 2003 (Convenção de Palermo), promulgada pelo Decreto 5.687/2006, além da Diretiva 2014/42 da União Europeia.
- (12) Como sugere Solon Cícero Linhares (*Confisco de bens: uma medida penal, com efeitos civis contra a corrupção sistêmica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 194), para quem o ideal seria a conjugação do rol taxativo com a exigência de que os crimes tenham sido praticados “no marco de uma organização criminosa”.
- (13) A propósito, o Tribunal de Estrasburgo (Tribunal Europeu dos Direitos Humanos) já assentou que, para que o confisco alargado não viole direitos humanos, a prova que permite a sua decretação deve ser distinta daquela que levou à condenação do agente. Recorde-se, a propósito, que o confisco alargado é um modelo de *non-conviction based confiscation*, isto é, os bens confiscados estão desvinculados de uma condenação criminal.
- (14) O *standard* probatório necessário à decretação do confisco alargado é o da preponderância de provas, usualmente vinculado ao processo civil: ou seja, para que se determine o confisco alargado dos bens do condenado, basta que preponderem as provas apresentadas pelo Ministério Público quanto aos requisitos subjacentes à medida. Essa compreensão é defendida por Roberto D’Oliveira Vieira (*Análise de direito comparado do confisco alargado*, 2017. p. 110) e mencionada, por exemplo, nas “Novas Medidas Contra a Corrupção” (Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/23949>>. Acesso em: 1 Mar. 2019).

Luiz Eduardo Dias Cardoso

Doutorando e mestre em Direito pela UFSC. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Univali e pela ABDCConst.

Membro da Comissão Especial de Estudos sobre mudanças previstas no Pacote Anticrime da OAB/SC. Advogado.

ORCID: 0000-0002-9432-1379
luizeduardo.cardoso@gmail.com

Recebido em: 01.03.2019

Aprovado em: 17.03.2019

Versão final: 17.06.2019

Nise da Silveira: a vanguarda da resistência ao positivismo criminológico na invasiva política de controle da loucura no Brasil

Francisco de Assis de França Júnior

Resumo: Nosso objetivo central é analisar criticamente a disseminação de procedimentos cirúrgicos de “normalização” em período de forte influência do positivismo criminológico no território brasileiro. Como métodos tão invasivos e irreversíveis puderam frutificar tão intensamente? É nesse contexto que, contrariando todas as expectativas, a psiquiatra alagoana Nise da Silveira, em seu âmbito de atuação, optou por alternativas bem diferentes, preferindo privilegiar o bem estar e a qualidade de vida daquelas pessoas encaradas como “anormais”, ocupando-as com atividades lúdicas, estimulando a autoestima, a criatividade e o diálogo aproximado com a realidade padronizada pela dinâmica social gerida por pessoas (ditas) normais.

Palavras-chave: Positivismo criminológico. Loucura. Nise da Silveira. Terapia ocupacional.

Em 1949, por conta dos estudos *inovadores* no tratamento de distúrbios mentais, António Caetano de Abreu Freire Egas Moniz viu-se agraciado com um dos mais prestigiados prêmios disponíveis em sua área: o Nobel de Medicina. O médico português havia descoberto o *valor terapêutico* de cortes cirúrgicos nos lobos frontais do cérebro humano. Entre as *vantagens* apontadas pelo parecer final do Comitê Nobel, as intervenções permitiriam um maior controle sobre os pacientes. Os resultados significavam, portanto, “*um enorme alívio*” ao possibilitar “*enviar para casa ou transferir para enfermarias calmas 2/3 desses casos tão difíceis de cuidar*”.⁽¹⁾ Assim, com o verniz da cientificidade acadêmica, disseminava-se a lobotomia.⁽²⁾

O que muitas pessoas talvez não saibam é que cientistas brasileiros participaram ativamente do processo que culminou com a consagração do método de Egas Moniz. Sua candidatura à premiação contou com a assinatura de nove colegas, dentre os quais, de São Paulo, Souza Campos, R. Locchi e Jaime Pereira.⁽³⁾ Um ano antes, em 1948, no 1º Congresso Internacional de Psicocirurgia, realizado em Lisboa, havia sido aprovada, por aclamação, uma moção, liderada pela delegação brasileira, em que se apresentava “*a sugestão da candidatura do Prof. Egas Moniz ao Prêmio Nobel da Medicina*”.⁽⁴⁾ Depois de quatro tentativas infrutíferas (em 1928, 1933, 1937 e 1944), aquela seria a quinta vez que o português concorreria.

Ocorre que, naquele momento, apesar da entusiasmada adesão da comunidade científica, sobretudo no Brasil, houve quem se recusasse a dar preponderância à alegada necessidade de intervenção cirúrgica no cérebro de pacientes com problemas mentais. Em vez do controle pela utilização de métodos (ditos) científicos tão invasivos e irreversíveis, para não dizermos *violentos*, a psiquiatra alagoana **Nise da Silveira** optou por alternativas que privilegiassem o bem-estar e a qualidade de vida daquelas pessoas, ocupando-as com atividades lúdicas, estimulando a autoestima, a criatividade e o diálogo aproximado com a realidade padronizada pela dinâmica social que tem sido

Abstract: Our main objective is to critically analyze the dissemination of surgical procedures of “normalization” in a period of strong influence of criminological positivism in the Brazilian territory. How could such invasive and irreversible methods come to fruition so intensely? It is in this context that, contrary to all expectations, Alagoas psychiatrist Nise da Silveira, in her scope of action, opted for very different alternatives, preferring to privilege the well-being and quality of life of those people considered as “abnormal”, occupying them with playful activities, stimulating self-esteem, creativity and close dialogue with reality standardized by social dynamics managed by (so-called) normal people.

Keywords: Criminological positivism. Madness. Nise da Silveira. Occupational therapy.

gerida por pessoas (ditas) *normais*.

É a partir desse contexto histórico que o presente ensaio há de se desenvolver, mantendo-se como objetivo central uma análise crítica da utilização de métodos antagônicos do ponto de vista do respeito à dignidade humana. Tudo, aliás, no âmbito do que poderíamos denominar por *criminologia da loucura*, ramo do conhecimento que nos tem permitido avaliar como os discursos sobre as pessoas rotuladas como *anormais* têm sido instrumentalizados com o fim de se permitir o exercício desembaraçado do poder. Cumpre-nos, portanto, questionar como um método que “*propiciava sequelas indesejáveis, déficit de personalidade, perdas de autonomia, abulia, etc.*”⁽⁵⁾ pôde ter frutificado tão vivamente?

Antes, porém, importa-nos esclarecer que não pretendemos nos imiscuir na definição de *loucura*. Um trabalho como o nosso, de natureza opuscular, não nos permitiria esse nível de aprofundamento. E mesmo em trabalhos notáveis, como o de **Michel Foucault**,⁽⁶⁾ esse tipo de providência foi, de certa maneira, deixada de lado. Segundo **Guilherme Gonzaga Duarte Providello** e **Silvio Yasui**,⁽⁷⁾ o autor “*não fala o que é a loucura, entretanto, fala da loucura*”. A propósito disso, uma das conceituações mais icônicas já produzidas sobre o tema deve-se a **Machado de Assis**:⁽⁸⁾ Simão Bacamarte, personagem central de *O Alienista* (1882), conclui que “*a razão é o perfeito equilíbrio de todas as faculdades; fora daí insânia, insânia e só insânia*”.

Desse modo, mesmo com uma pontual revisão bibliográfica, não é difícil percebermos que, ao longo da história, são muitos os constrangimentos que a loucura tem provocado à *almejada padronização social*. Daí que modelos fechados de exclusão social acabaram idealizados e colocados em prática como políticas públicas. Assim, proliferaram hospícios, manicômios, centros psiquiátricos, dentre outras instituições (de sequestro)⁽⁹⁾ cujas existências estão comumente vinculadas à falta de obediência às *regras de comportamento* vigentes em uma determinada época. Estruturava-se, desse modo, o poder psiquiátrico, que assumiu

variadas formas e intensidades, com o intuito de diagnosticar, classificar e *normalizar* os *desviantes*.⁽¹⁰⁾

Não foi, portanto, por acaso, que **Hugo Leonardo Rodrigues Santos** e **Laura Fernandes da Silva**,⁽¹¹⁾ em recente pesquisa realizada com base em 84 laudos psiquiátricos de mulheres que passaram pelo Manicômio Judiciário do Estado de Alagoas entre 1979 e 1983 acabaram por se deparar com essa dinâmica *normalizadora*. Em uma das passagens mais emblemáticas do trabalho, tem-se uma paciente que, à época, com 14 anos de idade, havia sido internada por conta de sua *rebeldia*. Segundo o laudo, “*informa a genitora que levou a filha às autoridades porque não consegue controlar*”. Enfatiza-se que a mesma “*só quer viver pela rua, nos cinemas, não quer ajudar sua mãe em casa, vive saindo inclusive com homens casados*”.

Por sorte, no período com o qual **Hugo Leonardo Rodrigues Santos** e **Laura Fernandes da Silva** trabalham em suas análises, a prática da lobotomia já não era corrente. Muito pelo contrário. O método já vinha sendo fortemente contestado, inclusive com cobranças públicas de setores da medicina para que o prêmio Nobel fosse anulado, o que não aconteceu.⁽¹²⁾ No caso do Brasil, vale registrar, a lobotomia foi utilizada mesmo antes da premiação de seu criador. As instituições psiquiátricas brasileiras fizeram as chamadas *psicocirurgias*, “*que consistiam em desligar os lobos frontais direito e esquerdo de todo o encéfalo, visando modificar comportamentos ou curar doenças mentais*”, entre os anos de 1936 e 1956.⁽¹³⁾

Em agosto de 1936, no hospital do Juquery, em São Paulo, surgiram as primeiras pessoas lobotomizadas pelas mãos do neurocirurgião Aloysio Mattos Pimenta. Com a utilização do método, por sua equipe passaram 32 mulheres, cuja evolução pós-cirúrgica, surpreendentemente, sequer foi analisada. Em 1944, a lobotomia avança em escala ainda maior, com mais de uma centena de psicocirurgias, sendo que a maior parte delas sem que maiores justificativas fossem dadas, realizadas em mulheres.⁽¹⁴⁾ Nesse contexto, segundo **André Luis Masiero**,⁽¹⁵⁾ as psicocirurgias foram “*utilizadas por cerca de vinte anos no Brasil*”, a que “*mais de mil pessoas, inclusive estrangeiros e crianças, foram submetidas*”.

Convém não esquecermos que estávamos sob influência do *positivismo criminológico*,⁽¹⁶⁾ movimento que, dentre outras coisas, alimentava a ideia de que temperamentos e impulsos voltados à *delinquência* estariam diretamente relacionados a *anormalidades* no funcionamento de partes específicas do corpo humano. Com diagnóstico preciso e intervenção cirúrgica poder-se-ia ter a *solução* para os incômodos índices de criminalidade. A prevenção e o tratamento eficaz dos conflitos encarados como graves estariam, portanto, nas mãos *salvadoras* da classe médica. Na endocrinologia, por exemplo, indicava-se que para crimes sexuais devia-se observar a *hipófise* e a *epífise*; para os crimes de violência, o *timo*.⁽¹⁷⁾

Em que pese não necessariamente ser encarada como criminosa, a loucura também figurava como uma forma de *desvio* que parecia precisar ser *combatida* socialmente por intermédio de políticas públicas eminentemente preventivas, o que ainda alimentava, não percamos de vista, teses de melhoramento genético.⁽¹⁸⁾ Assim, pessoas com alegadas deficiências eram destinatárias das mais variadas formas de discriminação, muitas das quais patrocinadas pelo próprio Estado. Não é à toa que na Constituição de 1934, de

maneira única na história das constituições brasileiras, vê-se uma referência explícita à necessidade de uma “*educação eugênica*” no país. Era preciso desestimular a disseminação dos *genes desviantes*.

Não obstante todas as ressalvas que podem (e devem) ser feitas sobre a estruturação histórica de um poder/saber psiquiátrico, a importância de sua existência é inegável no desenvolvimento de métodos que serviram para melhorar o bem-estar e a qualidade de vida daquelas pessoas que realmente precisavam de ajuda especializada. É nesse processo evolutivo que **Nise da Silveira** assume merecido protagonismo. A psiquiatra alagoana, única mulher de sua turma que se formaria na Faculdade de Medicina da Bahia naquele período (1926-1931), é propulsora de um importante giro valorativo na psiquiatria brasileira, pondo-se contrária à utilização de métodos tão populares quanto desumanos junto aos pacientes.

Logo, com praticamente todas as circunstâncias desfavoráveis à defesa de um pensamento médico-psiquiátrico-criminológico de viés contra-hegemônico, é natural que nos questionemos como uma pessoa formada no ambiente em que vimos florescer pioneiramente o positivismo criminológico no Brasil, tendo, portanto, passado pela mesma universidade onde **Raimundo Nina Rodrigues** – um dos mais destacados discípulos de Cesare Lombroso nas américas⁽¹⁹⁾ – estudou, lecionou e fez carreira acadêmica e profissional, pôde se mostrar tão avessa não apenas à lobotomia, mas também ao choque elétrico (ou com cardiazol ou insulina), ou seja, a tratamentos que não primavam pela dignidade humana.

Compulsando as ciências criminais da perspectiva histórica, fica evidente a influência e a força do positivismo em suas mais variadas facetas. O “*método empírico, indutivo, experimental e causal-explicativo para a construção do conhecimento*”,⁽²⁰⁾ próprio das *ciências do ser*, era uma das provas mais significativas da consolidação de uma movimentação que se viu impulsionada, muito especialmente, pelos estudos de **Charles Darwin**.⁽²¹⁾ Diversas foram as adesões ao *sistema científico* então vigente, não tendo ficado imune a dogmática jurídico-criminal, tudo “*para não perder o status científico naquele caudal de ideias positivistas naturalistas que o envolviam ao cabo do século XIX*”, submetendo-se “*às regras do jogo*”.⁽²²⁾

Naquele contexto, era absurdamente *natural* que não apenas as respostas médicas (com os tratamentos), como também as respostas penais (com as sanções), ambas intimamente relacionadas no período enfocado, fossem tão intensamente invasivas sobre o corpo e, sobretudo, sobre a composição do cérebro humano.

E é justamente por contrariar a *lógica de seu tempo* que o trabalho de **Nise da Silveira** deve ser destacado como uma corajosa postura de vanguarda em todos os sentidos possíveis. Seja pelo simples fato de ser uma mulher em ambientes (social, profissional e acadêmico) não propriamente favoráveis ao gênero feminino, para dizermos o mínimo, seja pela recusa em embarcar naquilo que a esmagadora maioria dos colegas apontava como o mais eficiente dos métodos existentes no tratamento de distúrbios mentais. Era, portanto, preciso (a qualquer custo?) *normalizar* aquelas pessoas encaradas como *desviantes*. Enquanto muitos se dedicavam aos *fins*, ela se questionava sobre a desumanidade dos *meios* popularizados.

Em uma das inúmeras oportunidades em que se pronunciou publicamente sobre o desacerto da utilização desses invasivos métodos psiquiátricos, após enumerar alguns dos problemas irreversíveis que lhes são inerentes, como a perda de inúmeras das capacidades humanas (como as de síntese, de abstração, de planejamento e de criação, por exemplo), **Nise da Silveira**,⁽²³⁾ em tom irônico, concluía que, apesar disso, “*as famílias e o ambiente hospitalar passavam a gozar de cômoda tranquilidade*”. O embaraçoso é que ela também o conseguia, só que partindo dos métodos que desenvolvia na Seção de Terapêutica Ocupacional e Recreação do Centro Psiquiátrico Nacional, no Rio de Janeiro, que assumiu em 1946.⁽²⁴⁾

Segundo **Ferreira Gullar**,⁽²⁵⁾ foi naquele ambiente *hostil* que **Nise da Silveira** “*tratou de criar, além de oficinas de trabalho artesanal (costura, encadernação, etc.), os ateliês de atividade expressiva, como a pintura e a modelagem*”. Além disso, afirma o autor, a psiquiatra alagoana, “*desde o primeiro momento, valorizou a autonomia das atividades ali exercidas e dos próprios pacientes, até então usados para prestar serviço ao hospital*”. Mas, como era de se esperar, sua terapia ocupacional não agradava aos colegas de instituição, esbarrando cotidianamente na falta de disposição das autoridades em lhe dar suporte logístico. O embaraço que provocava, não raramente, acabava retribuído com indiferença.

Ademais, àquela altura **Nise da Silveira** mostrava intimidade não apenas com o estudo da loucura, que, com inspiração em **Spinoza**, encarava como “*a pior forma de escravidão humana*”,⁽²⁶⁾ mas também com outras vertentes dos discursos criminológicos então vigentes. Sob a suspeita de ser comunista, em 1936, já havia experimentado o cárcere, no Rio de Janeiro, onde conviveu com **Graciliano Ramos**,⁽²⁷⁾ com quem fez amizade.⁽²⁸⁾ Para **Elvira Bezerra**,⁽²⁹⁾ “*o período de cárcere tinha-lhe alargado a compreensão das emoções humanas, as nobres e as torpes*”. E mesmo antes, ela já havia se dedicado à pesquisa em prisões e prostíbulos da Bahia, voltando seu interesse à condição das mulheres nesse ambiente.⁽³⁰⁾

Uma série de circunstâncias acabou permitindo um gradual afastamento da lobotomia e de outros métodos absurdamente invasivos no ambiente psiquiátrico.⁽³¹⁾ Aliados aos esforços de **Nise da Silveira** por tratamentos mais humanos em território brasileiro, tendo compartilhado algumas de suas experiências até mesmo com o fundador da psicologia analítica, **Carl Gustav Jung**,⁽³²⁾ o surgimento e o avanço de psicofármacos ao redor do mundo foram decisivos nesse contexto. O que, aliás, não aconteceu sem efeitos colaterais, visto que não é de hoje que as *artimanhas* da indústria farmacêutica para expandir seus lucros têm sido objeto de críticas.⁽³³⁾

Por fim, cientes de que, em linhas tão apertadas, era praticamente impossível retratarmos todos os aspectos relevantes da obra de **Nise da Silveira**, concluímos pela necessidade de, a partir do que sucintamente problematizamos, continuarmos a desenvolver, com ela (e com tantas outras inspirações), uma espécie de *criminologia da loucura*, sempre preocupada com a articulação de discursos e práticas que, para além de se intencionar a cura ou o controle de doenças mentais, visem especialmente a preservação da dignidade de pacientes vulnerabilizados, oferecendo consistente impulso aos postulados de um legítimo e necessário *movimento antimanicomial*.

Notas

- (1) OLIVERCRONA, Herbert. Avaliação da candidatura de Egas Moniz em 1949. In: CORREIA, Manuel (coord.). *Egas Moniz e o Prêmio Nobel*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2006. p. 139.
- (2) O método também é conhecido pelo nome de *leucotomia*.
- (3) CORREIA, op. cit., p. 60.
- (4) AAVV. *Anais portugueses de psiquiatria*, Lisboa, n. 1, v. I, out. 1949. p. 138.
- (5) CORREIA, op. cit., p. 89.
- (6) FOUCAULT, Michel. *História da loucura na Idade Clássica*. Trad. José Teixeira Coelho Netto. São Paulo: Perspectiva, 1978.
- (7) PROVIDELLO, Guilherme Gonzaga Duarte; YASUI, Silvio. A loucura em Foucault: arte e loucura, loucura e desrazão. *História, Ciências, Saúde – Manguinhos*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 2, abr.-jun. 2013. p. 1517. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/hcsm/v20n4/0104-5970-hcsm-20-04-01515.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2018.
- (8) MACHADO DE ASSIS, Joaquim Maria. *O Alienista*. Porto: Porto Editora, 2014. p. 31-32.
- (9) Segundo Foucault, dentre elas, a prisão se impõe “porque era, no fundo, apenas a forma concentrada, exemplar, simbólica de todas estas instituições de sequestro criadas no século XIX”. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 2002. p. 120-121. Recomenda-se ainda: FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Trad. Raquel Ramalhet. Petrópolis: Vozes, 1987.
- (10) FOUCAULT, Michel. *Le pouvoir psychiatrique*. Paris: Gallimard, 2003.
- (11) SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues; SILVA, Laura Fernandes da. Loucas e criminosas: discursos e práticas institucionais relacionados a mulheres internadas no Manicômio Judiciário de Alagoas. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE PESQUISA EM PRISÃO, III, 2017, Recife. *Anais [...]*. Recife: 27 a 29 de setembro de 2017. Disponível em: <<http://www.andhep.org.br/anais/arquivos/3SIPP/gt18.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2018. p. 112.
- (12) CORREIA, op. cit.
- (13) MASIERO, André Luis. A lobotomia e a leucotomia nos manicômios brasileiros. *História, Ciências, Saúde – Manguinhos*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 2, p. 549-572, mai.-ago. 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/hcsm/v10n2/17750.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2018.
- (14) MASIERO, op. cit. p. 551 ss.
- (15) Idem, ibidem, p. 557-558. No mundo, estima-se que, entre as décadas de 1940 e 1960, foram lobotomizadas cerca de um milhão de pessoas. GLASSER, William. *Reality therapy: a new approach to psychiatry*. New York: Harper Perennial, 1975.
- (16) Para contextualizar, sucinta e rigorosamente: SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. *Estudos críticos de criminologia e direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- (17) PEIXOTO, Afrânio. *Criminologia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1953. p. 62.
- (18) FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de. A eugenia oferecida como critério para elaboração de políticas públicas: apontamentos críticos a partir do positivismo criminológico desenvolvido no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 150, p. 397-421, dez. 2018.
- (19) LYRA, Roberto. *Direito penal científico (Criminologia)*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1977. p. 105.
- (20) SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O método do direito penal sob uma perspectiva interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 23-24.
- (21) DARWIN, Charles. *A origem das espécies*. Trad. Auly de Soares. Brasília: UnB, 1981.
- (22) GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em direito penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 71.
- (23) SILVEIRA, Nise da. *O mundo das imagens*. São Paulo: Ática, 1992. p. 12. Sobre as críticas à lobotomia e o efeito do trabalho alternativo que desenvolvia em seus pacientes, recomenda-se ainda: SILVEIRA, Nise da. Contribuição aos estudos dos efeitos da leucotomia sobre a atividade criadora. *Revista de Medicina, Cirurgia e Farmácia*, Rio de Janeiro, n. 255, jan. 1955.
- (24) Gullar, Ferreira. *Nise da Silveira – uma psiquiatra rebelde*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996.
- (25) Idem, ibidem, p. 10.
- (26) Idem, ibidem, p. 53.
- (27) RAMOS, Graciliano. *Memórias do cárcere*. v. II. Rio de Janeiro: José Olympio, 1954. p. 28-29.
- (28) Nise da Silveira foi presa em 26 de março de 1936, tendo saído em 21 de junho de 1937. Sobre os laços da amizade com Graciliano, a psiquiatra resumia da seguinte forma: “Depois de soltos, na livraria José Olympio, havia uma saleta onde ele se reunia com amigos para conversar quase toda tarde. Eu às vezes ia lá e, quando chegava, fosse quem fosse que estivesse sentado ao lado dele, se levantava para eu sentar”. GULLAR, op. cit., p. 44.
- (29) BEZERRA, Elvia. *A trinca do curvelo – Manuel Bandeira, Ribeiro Couto e Nise da Silveira*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1995. p. 155 ss.
- (30) SILVEIRA, Nise da. *Ensaio sobre a criminalidade da mulher no Brasil*. Tese de conclusão apresentada à Faculdade de Medicina da Bahia. Salvador: Imprensa Oficial, 1926. A pesquisa girava “em torno da preponderância de fatores intrínsecos ao indivíduo ou de fatores sociais na determinação de um crime”. MELO, Walter. *Nise da Silveira*. Rio de Janeiro: Imago, 2001. p. 135 ss.
- (31) O que não significa dizer que o método, em sua essência, tenha sido abolido.

- “Na atualidade, o processo mais conhecido é a talamotomia, onde os núcleos talâmicos dorsomediais são destruídos por eletrólise. Segundo Kolb, o bloqueio do lobo frontal, inicialmente por procaína e mais tarde por injeções de álcool tem sido tentado. Na atualidade, as lobotomias realizadas, em geral, são feitas através de craniotomias, abertas por neurocirurgiões. A técnica desenvolvida pelo Dr. W. Freeman, a lobotomia transorbital, vem sendo abandonada”. CARVALHO, Gisele Mendes de. HENRIQUES, Hamilton Belloto. *Novas respostas penais para o tratamento e punição dos criminosos imputáveis e perigosos: psicocirurgia, castração química e monitoramento eletrônico*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c4616f5a24a66668>>. Acesso em: 6 abr. 2019.
- (32) A correspondência está disponível em: <http://www.itaucultural.org.br/ocupacao/nise-da-silveira/jung/?content_link=4>. Acesso em: 26 abr. 2018.
- (33) Por todos, recomenda-se: WHITAKER, Robert. *Anatomia de uma epidemia: pilulas mágicas, drogas psiquiátricas e o aumento assombroso da doença mental*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2017.

Francisco de Assis de França Júnior
Doutorando e mestre em Direito pela Universidade de Coimbra.
Professor de Direito Penal e Criminologia do
Centro Universitário CESMAC.
Coordenador Adjunto do IBCCRIM em Alagoas. Advogado.
ORCID: 0000-0002-6958-920X
francajuniorDireito@gmail.com

Recebido em: 06.04.2019

Aprovado em: 10.16.2019

Versão final: 11.07.2019

Combate à corrupção e normatividade constitucional na prisão em segunda instância e na limitação da prerrogativa de foro

Aline Seabra Toschi

Resumo: O artigo possui como objeto a análise da normatividade constitucional na prisão em segunda instância e na limitação da prerrogativa de foro no âmbito do combate à corrupção. Parte de uma análise crítica do neoconstitucionalismo e do ativismo judicial para demonstrar que a preponderância dos valores morais sobre a lei, o excesso da ponderação sobre a subsunção pode trazer consequências na revisão constitucional, por meio do que se chama de mutação constitucional com alteração do texto constitucional e do compromisso constitucional; que é defendida pelo iluminismo constitucional. As decisões sobre prisão em segunda instância e sobre relativização da prerrogativa de foro têm sua legitimação dada pelo iluminismo constitucional, no progresso social e na vontade das ruas de combater a corrupção. Quando o fim desejado desconsidera o primado do Estado Democrático de Direito, a normatividade constitucional deixa de existir.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Iluminismo constitucional e normatividade constitucional. Combate à corrupção.

Introdução

O combate à corrupção passou a ser considerado argumento para muitas decisões no que se refere aos crimes praticados contra a administração pública.

Com o advento da Operação Lava Jato, o princípio da não culpabilidade e a prerrogativa de foro assumiram uma nova roupagem, em que o pano de fundo utilizado como argumento é o combate à corrupção que funciona como um fim de toda a persecução penal e passa a se justificar; bem como a justificar os meios utilizados na persecução penal, o que acarreta consequências para a normatividade constitucional.

Neoconstitucionalismo, ativismo e mutação constitucional

O neoconstitucionalismo se vale de uma nova leitura da Constituição Federal e se contrapõe ao positivismo jurídico, em que a aplicação da Lei pelo Estado é limitada na própria imputação normativa e não aceita interpretação diferente do texto instituído pelo constituinte originário. Dessa forma, parte de uma metodologia normativa em que a normatividade constitucional é

Abstract: The article has as its object the analysis of the constitutional normativity in the prison in the second instance and in the limitation of the prerogative of forum in the scope of the fight against the corruption. Part of a critical analysis of neoconstitucionalism and judicial activism to demonstrate that the preponderance of moral values over the law, overweighting subsumption can have consequences on constitutional revision through what is called constitutional mutation with text change constitutional and constitutional commitment; which is defended by constitutional enlightenment. Decisions on arrest in the second instance and on the relativization of the prerogative of forum have their legitimacy given by constitutional enlightenment, social progress and the willingness of the streets to fight corruption. When the desired end disregards the rule of the Democratic Rule of Law, constitutional normativity ceases to exist.

Keywords: Neoconstitucionalismo. Constitutional enlightenment and constitutional normativity. Fight against corruption.

reconhecida e autoriza a sua aplicação pela técnica da ponderação.

Para aplicação da ponderação, pode haver a vinculação entre Direito e moral, em razão da identificação de valores. É a partir da identificação dos valores que a ponderação vincula o Direito e a moral, pois se fundamenta num aspecto subjetivo de interpretação e aplicação das normas; o que faz com que o texto instituído pelo constituinte originário possa ser interpretado e limitado por restrições valorativas, a moral positiva.

Para Barroso (2003) as normas constitucionais não podem ficar presas a uma interpretação tradicional, pois o texto normativo constitucional somente representa uma demarcação que admite várias possibilidades interpretativas. Para ele, essas possibilidades interpretativas indicarão o sentido das normas constitucionais como solução adequada ao problema a ser resolvido.

Para o neoconstitucionalismo o Direito posto não é desprezado, mas sua aplicação é empreendida por uma leitura moral da própria norma constitucional e das leis, garantindo fundamentalmente a normatividade dos princípios constitucionais (BARROSO, 2013).

Mendes (2017, p. 53) explica que: “O atual estágio do constitucionalismo se peculiariza também pela mais aguda tensão entre constitucionalismo e democracia. É intuitivo que o giro de materialização da Constituição limita o âmbito de deliberação política aberto às maiorias democráticas. Como cabe à jurisdição constitucional a última palavra na interpretação da Constituição, que se apresenta agora repleta de valores impositivos para todos os órgãos estatais, não surpreende que o juiz constitucional assuma parcela de mais considerável poder sobre as deliberações políticas de órgãos de cunho representativo. Com a materialização da Constituição, postulados ético-morais ganham vinculatividade jurídica e passam a ser objeto de definição pelos juízes constitucionais, que nem sempre dispõem, para essa tarefa, de critérios e fundamentação objetivos, preestabelecidos no próprio sistema jurídico”.

Essa dogmática pós-positivista se ampliou para ser aplicada no âmbito do Direito Processual, em que as normas processuais passaram a sofrer influência do neoconstitucionalismo a fim de afastar normas instrumentais que atentassem contra princípios constitucionais e à efetividade constitucional. **Leite** (2015, *online*) explica que o processo é uma ferramenta indispensável para a realização da pacificação social e, por isso, não pode ser compreendido como mera técnica, mas como um instrumento de valores constitucionais aplicados. A isso, denominou-se de neoprocessualismo. De acordo com **Didier Jr.** (2016) a importância do neoprocessualismo está na importância dos valores constitucionais na aplicação do formalismo processual, o que acarreta a valorização dos aspectos éticos do processo.

A ampliação do neoconstitucionalismo passou a autorizar o aplicador da lei a inovar na resolução de conflitos pela técnica da ponderação de valores, que se denomina de ativismo judicial.

Ocorre que com o ativismo judicial – que de acordo com **Ramos** (2015) é a ultrapassagem da função jurisdicional, tendo em vista um núcleo essencial da função que somente pode ser exercido pelo poder competente – a ponderação de valores vem saindo da demarcação constitucional e ultrapassando os limites nucleares essenciais de cada poder competente, tendo em vista uma moralidade positiva (que não deixa de ser subjetiva em razão do intérprete e aplicador da norma) e em busca de um defendido progresso social; o que faz com que se ultrapasse a vontade constitucional originária.

De acordo com **Cambi** (2010), o abuso da ponderação de valores leva a algumas incongruências, como a supervalorização de normas princípio em detrimento de normas regra, supervalorização do Poder Judiciário em detrimento dos demais poderes, supervalorização da ponderação em detrimento da subsunção. **Morais** (2016, p. 58) afirma que: “Ora, quando um Tribunal Constitucional decide inovar politicamente, afastando-se do programa político dos preceitos constitucionais e revelando normas ‘imanescentes’ e não decididas, quando adita novos e inesperados critérios de decisão a partir de princípios neutros, quando desvitaliza a cogência das normas que foram decididas, ou quando retorce o seu sentido sem que haja amparo no texto, dificilmente exercerá uma função de controle. O mesmo Tribunal não interpreta nem concretiza a Constituição quando, em vez de pretender revelar o significado da norma à luz da realidade inerente a uma situação problemática, soluciona essa situação problemática a partir de um parâmetro normativo ficcionado ou

de uma norma que ele constrói e que lhe permite transformar no plano material a própria Constituição”.

Steinmetz e **Freitas** (2018) afirmam que o “excesso” de ativismo pela ponderação de princípios tidos como mandamento de otimização implica enfraquecimento da dimensão deontológica em favor de uma dimensão teleológica, meramente valorativa. É afirmar a supervalorização da ponderação em detrimento da subsunção.

Entretanto, de acordo com **Barroso** (2013), busca-se com o neoconstitucionalismo estabelecer uma nova premissa de interpretação constitucional, com a superação do formalismo jurídico, que se legitima em valores morais e em fins políticos legítimos, por meio da ponderação de bens.

Verifica-se que a expansão do neoconstitucionalismo autorizou a utilização do ativismo judicial; e, em razão dele, a revisão constitucional passou a ser consequência lógica, que é a mutação constitucional.

A mutação constitucional, mesmo que considerada como problema relacionado à interpretação, possui um mínimo a ser considerado em sua conceituação, que é a interpretação da norma sem a modificação do texto da Lei, mesmo que haja revisão do compromisso constitucional.

De acordo com **Canotilho** (2002) existe um *corpus* constitucional que é a essência da Constituição. Essa essência constitucional, compromisso constitucional, se traduz por meio dos princípios estruturantes e pelos direitos básicos de liberdade e igualdade de um cidadão. Esse compromisso constitucional não impede um desenvolvimento constitucional desde que a transição constitucional (revisão do compromisso constitucional sem a modificação do texto) se transforme numa alteração constitucional (em que há a revisão do compromisso constitucional com a alteração do texto), que se traduz em alteração constitucional inconstitucional. Complementando, **Ferraz** (1986) explica que se a alteração informal da Constituição alterar o texto e os limites constitucionais, a mutação passa a ser considerada inconstitucional.

Para **Mendes** (2017), a mutação constitucional não pode violentar os princípios estruturantes da Constituição, sob pena de uma interpretação inconstitucional.

A partir de então, consideram-se duas formas de mutação constitucional: A que assume a feição de transição constitucional, que ocorre sem a modificação do texto com a revisão do compromisso constitucional – neoconstitucionalismo – e a que assume a feição de alteração constitucional, que ocorre com a modificação do texto constitucional e do compromisso constitucional – iluminismo constitucional.

Iluminismo constitucional

As decisões sobre prisão em segunda instância e sobre a limitação da prerrogativa de foro acabam por revisar a Constituição fundamentadas num excesso de valoração do que é moralmente desejado para o fim da pacificação social e progresso social.

Assim como o neoconstitucionalismo se apresentou como forma de interpretação constitucional, o iluminismo se apresenta como fundamentação da mutação constitucional; como alteração constitucional que tem como fonte a razão iluminista que tenta legitimar-se na função de submeter a vontade à razão, mesmo que

a consciência da decisão iluminista somente seja vivenciada após a sua prolação, no sentido de um descompasso histórico ou de decisão iluminista.

O iluminismo constitucional defende que o Supremo Tribunal Federal, em razão da representatividade social que possui, deve em suas decisões levar em consideração o anseio e o progresso sociais, mesmo que a decisão contrarie a norma, pois o titular de todo poder é o povo; e as decisões devem buscar e efetivar a harmonia social.

Dessa forma, na interpretação constitucional contemporânea, a norma jurídica já não é percebida, porque a norma não resolve a situação, mas fornece apenas um início de solução. A solução vem por meio da coparticipação do processo de criação do Direito. Para o iluminismo constitucional, algumas decisões devem ser tomadas, mesmo que contra o senso comum, leis vigentes e vontade majoritária da sociedade, tendo em vista o progresso social.

Nenhum problema quanto a considerar válidas decisões contramajoritárias; o problema é negar a normatividade exercida por um poder autônomo a par de alcançar progresso social, numa função atípica do poder judiciário; e principalmente se caminhar no sentido de suprimir direitos e garantias, criminalizar condutas, tendo como pano de fundo os valores humanistas trazidos pela Constituição Federal por meio dos princípios, que podem ser interpretados a bel-prazer do solipsismo do intérprete e aplicador do Direito.

Prisão em segunda instância

No que se refere à possibilidade de prisão em segunda instância, a decisão do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* (HC) 126.292/SP apresentou uma mudança de paradigma utilizado pelo Tribunal para a interpretação e aplicação do princípio da não culpabilidade, previsto no artigo 5º, LVII da Constituição Federal, que era a de autorizar a prisão somente nos casos em que estivessem presentes os requisitos necessários para a decretação da prisão preventiva, de acordo com o princípio constitucional da não culpabilidade. Para Ferrajoli (2002), o princípio constitucional da não culpabilidade é o princípio vetor de demonstração de civilidade, mormente por ser pressuposto da condição humana.

O posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal anteriormente ao HC 126292/SP coadunava-se com o texto do princípio da não culpabilidade, bem como com o texto referente ao disposto no artigo 283 do Código de Processo Penal, que dispõe que ninguém poderá ser preso, salvo em flagrante delito, ou por ordem escrita de autoridade judiciária competente ou nos casos de sentença condenatória transitada em julgado.

A despeito de muitas posições a favor de que o marco final de aplicação do princípio da não culpabilidade ocorre após a sentença condenatória transitar em julgado, o Supremo Tribunal Federal mudou o entendimento que vinha sendo aplicado e, a partir do julgamento do HC 126292/SP passou a admitir a prisão como decorrência lógica da confirmação da sentença condenatória em segunda instância.

Em abril de 2018, o Tribunal, no julgamento do HC 152752/PR, confirmou o entendimento firmado no HC 126292/SP para afirmar a possibilidade de execução provisória da pena ainda pendente de Recursos Extraordinário e Especial.

Nesse julgamento, houve uma nova conceituação de trânsito

em julgado: trânsito em julgado formal e trânsito em julgado material para suscitar uma interpretação conforme o texto constitucional, criando uma confusão na relação do conceito de trânsito em julgado e do conceito de coisa julgada formal e material. Saliente-se que a coisa julgada material somente surte seus efeitos quando ocorrer a coisa julgada formal, pois “a culpa se torna indiscutível após o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória e não após a confirmação da condenação pelo segundo grau jurisdicional. Neste, poderá esgotar-se o exame da materialidade, da autoria e das provas acerca da responsabilidade criminal” (GIACOMOLLI, 2018, p. 474).

Limitação da prerrogativa de foro

Em maio de 2018, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar uma Questão de Ordem na Ação Penal 937, resolveu por limitar a prerrogativa de foro aos parlamentares somente aos crimes praticados durante o exercício da função e relacionados às funções desempenhadas, a despeito do texto constitucional que prevê a prerrogativa de foro para várias pessoas, de diferentes funções, e que não condiciona a prerrogativa ao tipo e condição de crime praticado.

Apesar do artigo 102 da Constituição Federal elencar várias funções que dão ao seu titular a prerrogativa de foro no Supremo Tribunal Federal, a decisão de relativizar a prerrogativa de foro não levou em consideração a simetria do tratamento constitucional.

A limitação da prerrogativa de foro se deu em razão do anseio (equivocado) de progresso sociais – afirmado pelo iluminismo constitucional – de que a prerrogativa de foro é causa de impunidade e que fomenta a corrupção no Brasil.

Na verdade é uma decisão simbólica, que exerce uma função representativa (só não se sabe os critérios para a aferição para essa representatividade) e que traz uma sensação ilusória de que a limitação da prerrogativa de foro acabará com a impunidade no Brasil, num claro desconhecimento da estrutura do Poder Judiciário brasileiro; mormente quando a limitação da prerrogativa de foro fica adstrita somente a um grupo de pessoas elencadas na Constituição Federal, numa clara demonstração de que o entendimento é de que somente os membros do Congresso Nacional praticam crimes que ensejam a impunidade brasileira; afinal, é preciso combater a corrupção!

Essa decisão do Supremo ultrapassou o entendimento do ativismo judicial, porquanto o ativismo pressupõe o exercício da jurisdição constitucional e do estabelecimento de algo novo na aplicação das normas, tendo em vista a efetividade da garantia e direitos constitucionais, diferente do que foi o resultado desse julgamento.

Conclusão

O fomento do neoconstitucionalismo acabou por causar o aumento da atividade atípica no Supremo Tribunal Federal, que causa um descompasso na aplicação do princípio da separação de poderes e, conseqüentemente, na normatividade constitucional.

O crescimento do exercício do controle de constitucionalidade e da jurisdição constitucional fortaleceu o viés político e moral na leitura normativa constitucional, que está levando ao aniquilamento da própria normatividade constitucional defendida ao afastar normas constitucionais com o argumento de

inconstitucionalidade, pois de acordo com **Streck** (2017), nesses casos, a própria Constituição deixa de ser o limite de atuação da Corte Constitucional.

Isso configura um problema, principalmente quando se aceita a mutação – como alteração constitucional –, com a fundamentação de que a jurisdição constitucional pode modificar o texto constitucional em razão do papel do Supremo em exercer uma jurisdição representativa e iluminista em um sistema jurídico.

Quando se defende que uma Corte Constitucional possui legitimidade para criar o Direito, num sistema constitucional democrático baseado na separação de poderes, cria-se uma abertura perigosa, pois se legitima a possibilidade de a própria Corte Constitucional se recusar a se manter dentro dos limites estabelecidos pela Constituição para o exercício do poder a ela atribuído, causando um desequilíbrio no sistema constitucional, em que o Supremo deixa de ser o fiel da balança (**TRINDADE; OLIVEIRA**, 2017) e passa a se sobrepôr à representatividade inerente à atividade legiferante, apesar de os membros da Corte não serem eleitos e não possuem responsabilidade política.

Mendes (2017) afirma que o exercício da função típica constitucional não pode ter o condão de alterar ou suprimir direitos fundamentais estabelecidos na Constituição, pois nenhum poder se confunde com o poder superior que consagra um direito fundamental e não autoriza a supressão de direitos e garantias fundamentais e estruturantes do Estado. Em consequência, se esse posicionamento se refere ao exercício das funções típicas da Corte, aplica-se, com maior razão, ao exercício das funções atípicas da Corte.

É preciso verificar que, numa democracia contemporânea, a independência e a harmonia entre os poderes instituídos pela ordem constitucional excluem a possibilidade de alteração normativa constitucional. O iluminismo constitucional, tendo por base o progresso social e a vontade das ruas de combater a corrupção desconsidera esse viés constitucional e democrático, pois “*se o Direito é apenas uma teoria política de poder e é o que o Judiciário diz que é, cada um tem a sua teoria*” (**STRECK**, 2018, p. 331); e aí, a normatividade constitucional deixa de existir.

Referências

- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessoalismo-direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2010.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18. ed. Salvador: JusPodvm, 2016.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudanças da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max limonada, 1986.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *Comentários ao artigo 5º, LVII da Constituição Federal*. In: *Comentários à Constituição do Brasil*. J.J. Gomes Canotilho (et al): outros autores e coordenadores Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck, Gilmar Ferreira Mendes. 2º ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- LEITE, Gisele. *O neoprocessoalismo no CPC de 2015*. Disponível em: <<https://professoragiseleite.jusbrasil.com.br/artigos/240387719/o-neoprocessoalismo-do-cpc-de-2015>> Acesso em: 23 mar. 2018.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MORAIS, Carlos Blanco de. *As mutações de fonte jurisprudencial: a fronteira crítica entre a interpretação e a mutação*. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (coord). *Mutações constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: Parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- STEINMETZ, Wilson; FREITAS, Riva Sobrado de. *Modelo seriatim de deliberação judicial e controlabilidade da ponderação: uma questão institucional e metodológica para o caso brasileiro*. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/c7044a72d8f890dd3591aee8f65f03c5.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2018.
- STRECK, Lênio Luiz. *Interpretação da Constituição e alteração do texto da Constituição por decisão judicial*. *Ativismo judicial*. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lênio Luiz; NERY JR., Nelson (coord.). *Crise dos poderes da República: Judiciário, Legislativo e Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- _____; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão. *Neoconstitucionalismo: avanços e retrocessos*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- _____; *30 anos da Constituição Federal em julgamentos: uma radiografia do STF*. São Paulo: Forense, 2018.
- TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Os impactos do ativismo judicial no sistema político: notas sobre a relação entre o Judiciário e os demais Poderes em tempos de crise política*. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lênio Luiz; NERY JR., Nelson (coord). *Crise dos Poderes da República: Judiciário, Legislativo e Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

Aline Seabra Toschi

Doutoranda em Direito pelo UNICEUB/DF.

Mestra em Ciências Penais pela UFGO.

Professora de Processo Penal e coordenadora do estágio do Curso de Direito do Centro Universitário de Anápolis. Advogada.

ORCID: 0000-0003-1258-0957

seabrat@gmail.com

Recebido em: 03.05.2019

Aprovado em: 15.06.2019

Versão final: 09.09.2019

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661

CONSELHO EDITORIAL: Ana Elisa Liberatore Silva Bechara, Aury Lopes Jr., Juarez Cirino dos Santos, Luis Fernando Niño, Sérgio Salomão Shecaira, Vera Malaguti Batista e Vera Regina Pereira de Andrade.

EDITOR-CHEFE: Luigi Giuseppe Barbieri Ferrarini.

EDITORES/AS ASSISTENTES: Ana Maria Lumi Kamimura Murata, Bernardo Pinhão Becthlufft, Daiane Ayumi Kassada, Danilo Dias Ticami, Erica do Amaral Matos, Isabel Penido de Campos Machado, Surrailly Fernandes Youssef e Roberto Portugal de Biazi.

EDITORES EXECUTIVOS: Rafael Vieira e Willians Meneses.

CORPO DE PARECERISTAS DESTA EDIÇÃO:

Anna Carolina Canestraro (Universidade de Coimbra - Portugal),

Brunna Laporte Cazabonnet (PUC - Porto Alegre/RS), Claudio Ribeiro Lopes (UFF - Niterói/RJ), Cristiano de Barros Santos Silva (USP - São Paulo/SP), Daiana Santos Ryu (USP - São Paulo/SP), Décio Franco David (UENP - Curitiba/PR), Eduardo Neves Lima Filho (UFPA - Belém/PA), Fernanda Carolina de Araujo Ifanger (PUC - Campinas/SP), Iverson Kech Ferreira (Uninter - Curitiba/PR), Pablo Rodrigo Alflen (UFRGS - Porto Alegre/RS), Rafael Fecury Nogueira (USP - São Paulo/SP), Thadeu Augimeri de Goes Lima (USP - São Paulo/SP), Thais Del Monte Buzato (UNIP - São Paulo/SP), Tomás Grings Machado (PUC - Porto Alegre/RS) e Túlio Felipe Xavier Januário (Universidade de Coimbra - Portugal).

CORPO DE PESQUISA JURISPRUDENCIAL DESTA EDIÇÃO:

José Flávio Ferrari e Vivian Peres.

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: 4.150 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

25^o SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

O IBCCRIM agradece aos participantes, aos patrocinadores e às colaboradoras e aos colaboradores por fazerem do 25º ano de Seminário Internacional de Ciências Criminais uma edição histórica.

25º SEMINÁRIO INTERNACIONAL EM NÚMEROS



Mais de 1.100 pessoas circularam pelos quatro dias de evento



56 escritórios e 3 instituições patrocinadores



Evento aprovado por mais de 90% dos participantes

Saiba como apoiar o
26º Seminário Internacional
do IBCCRIM:
educacao@ibccrim.org.br

CONHEÇA OS PATROCINADORES DO 25º SEMINÁRIO INTERNACIONAL

Accioly, Laufer Sociedade de Advogados • Advocacia Sobbé • Alamiro Velludo Salvador Netto Advogados Associados
Alexandre Wunderlich Advogados • Almeida Castro Advogados Associados • Andre Kehdi e Renato Vieira Sociedade de Advogados
Antonio Pedro Melchior Advogados • Ariosvaldo Campos Pires Advogados • Arruda Botelho Sociedade de Advogados
Arthur Lavigne Advogados Associados • Aury Lopes Jr. Advogados Associados • Badaró Advogados Associados
Barandier Advogados Associados • Bernardes Bastos Advogados Associados • Burg Advogados Associados
Carla Silene & Eduardo Milhomens Advocacia Criminal • Cascione Pulino Boulos Advogados • Cavalcanti, Sion e Salles Advogados
Celso Cordeiro & Marco Aurélio de Carvalho Advogados • Cury e Cury Sociedade de Advogados • Davi Tangerino e Salo de Carvalho Advogados
Dotti e Advogados • Fernando Fernandes Sociedade de Advogados • Gamil Föppel Advogados Associados • Geraldo Prado Consultoria Jurídica
HSLAW • Hugo Leonardo Advogados • Iokoi Advogados • Joyce Roysen Advogados Associados • Juarez Cirino Advogados Associados
Knippel Advogados Associados • Koury Lopes Advogados • Lacaz Martins, Pereira Neto, Gurevich & Schoueri Advogados
Marcos Eberhardt Advogados Associados • Maria Elizabeth Queijo e Eduardo M. Zynger Advogados • Maronna, Stein e Mendes Advogados
Martins Cardozo Advogados Associados • Massud, Sarcedo e Andrade Sociedade de Advogados • Mateus Marques Advocacia Criminal
Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr. e Quiroga Advogados • Maurício Campos Júnior Sociedade de Advogados • Mudrovitsch Advogados
Nilo Batista Advogados Associados • Nogués Moyano Advogados - Especializado em Direito Penal desde 1986
Rahal, Carnelós, Vargas do Amaral Advogados • Ráo, Pires & Lago Advogados • Rodrigo Pacheco Sociedade de Advogados
Sá Domingues e Fanti Advocacia Criminal • Teixeira e Kullmann Advogados • Tofic Simantob, Perez, José e Ortiz • Toron, Torihara e Cunha Advogados
Trigueiro Fontes Advogados • Vieira Advocacia Criminal • Wedy Advogados • Wilson Tavares Advogados • Zuba Advocacia

INSTITUIÇÕES PATROCINADORAS

ARPEN-SP (Associação dos Registradores de Pessoas Naturais do Estado de São Paulo)
Escola de Criminalistas
IREE (Instituto para Reforma das Relações entre Estado e Empresa)

| CORTES INTERNACIONAIS E SUAS DECISÕES COMENTADAS

O Caso Alvarado Espinoza e os parâmetros para atuação das Forças Armadas na segurança pública

Raquel da Cruz Lima

Resumo: Ao longo de 40 anos de existência, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem buscado estabelecer parâmetros interpretativos relacionados a padrões estruturais de violações de direitos humanos. O caso Alvarado Espinoza vs. México, sentenciado em 2018, revela que desaparecimentos forçados e violações de direitos cometidas pelas Forças Armadas são assuntos que continuam na pauta da Corte Interamericana. No entanto, com a consolidação institucional de regimes democráticos na América Latina, esses temas foram ressignificados e agora aparecem em debates como políticas de segurança pública. Neste caso, a Corte afirmou que políticas de segurança pública não podem denegar os direitos previstos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e que a atuação das Forças Armadas só pode ocorrer de forma extraordinária e subordinada a autoridades civis.

Palavras-chave: Corte interamericana. Segurança pública. Forças armadas. Uso da força. Polícia.

1 Introdução

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem atuado nos últimos 40 anos de forma vigorosa na interpretação de tratados internacionais de direitos humanos, geralmente buscando ultrapassar as particularidades de cada caso concreto para ditar parâmetros normativos que se apliquem aos diversos países da América Latina e promovam alterações nas condições de respeito aos direitos humanos. Ao longo desse período, os temas enfrentados pela Corte têm sofrido modificações relacionadas aos diferentes contextos históricos vivenciados e à diversificação dos atores que acessam o Sistema Interamericano exigindo responsabilização por violências sofridas. Logo nos primeiros anos da sua jurisprudência contenciosa, a Corte IDH analisou graves violações a direitos humanos ocorridas durante regimes autoritários ou conflitos armados e que, tendo ficado impunes, levaram a Corte a ser vista como um último recurso de justiça. À medida que tiveram início processos de tratamento do passado autoritário, a Corte foi estabelecendo diretrizes para a consolidação de regimes democráticos na América Latina, abordando temas como liberdade de expressão, habeas corpus e restrição da competência da justiça militar.⁽¹⁾ A Corte também foi enfrentando questões relacionadas a discriminações históricas sofridas por determinados grupos, como a falta de acesso à justiça para mulheres⁽²⁾ e o direito à propriedade coletiva de povos indígenas.⁽³⁾

Ainda que o debate sobre transição democrática seja recorrente na jurisprudência da Corte IDH,⁽⁴⁾ ela cada vez mais lida com novas temáticas e oferece novos enquadramentos para apreciar violações de direitos humanos, que envolvem a percepção de que os Estados sobre os quais a Corte possui jurisdição não sofrem mais da mesma instabilidade institucional, mas que subsistem fragilidades democráticas.⁽⁵⁾ Dentro dessa perspectiva que reconhece as transformações na jurisprudência interamericana que o caso Caso Alvarado Espinoza y otros Vs. México⁽⁶⁾ foi escolhido para análise. Sentenciado em 28 de novembro de 2018, esse caso reiterou parâmetros históricos da jurisprudência da Corte Interamericana sobre desaparecimentos forçados e dever

| CORTES INTERNACIONAIS E SUAS DECISÕES COMENTADAS

O Caso Alvarado Espinoza e os parâmetros para atuação das Forças Armadas na segurança pública
Raquel da Cruz Lima 2225

| JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal 2228
Superior Tribunal de Justiça 2229

Abstract: Over 40 years of existence, the Inter-American Court of Human Rights has aimed to establish juridical standards related to structural patterns of human rights violations. The case of Alvarado Espinoza v. Mexico, sentenced in 2018, reveals that enforced disappearances and violations of human rights by the Armed Forces are still on the agenda of the Inter-American Court. However, with the institutional consolidation of democratic regimes in Latin America, these themes have been reinterpreted and now appear in the context of public security policies. In Alvarado case, the Court stated that public security policies cannot deny the rights enshrined in the American Convention on Human Rights and that the participation of the Armed Forces in public security can only occur exceptionally and subordinated to civil authorities.

Keywords: Inter-American Court. Public security. Armed forces. Use of force. Police.

de investigar, processar e sancionar responsáveis por violações, ao mesmo tempo em que atualizou o debate sobre Forças Armadas e direitos humanos ao discutir política de segurança pública. Trata-se de um caso importante também em sentido procedimental, pois pela primeira vez a Corte se pronunciou em um caso contencioso sobre as medidas provisórias outorgadas,⁽⁷⁾ entendendo que elas deveriam ser deixadas sem efeito uma vez que passaram a integrar as obrigações do Estado em matéria de reparações pelo caso contencioso.⁽⁸⁾

Dado o interesse desta coluna em dialogar com os atores do sistema de justiça para que repensem suas práticas e vislumbrem contribuições inovadoras do direito internacional dos direitos humanos na ordem jurídica interna, a discussão sobre o caso Alvarado Espinoza irá se concentrar na temática da militarização da segurança pública. Isso por dois motivos: primeiramente por se tratar, na visão da própria Corte, da principal dimensão em que o caso trouxe um avanço jurisprudencial⁽⁹⁾ e, em segundo lugar, porque se trata de um tema cada vez mais sensível no Brasil, dado o incremento da lógica belicista nas nossas políticas de segurança, recentemente denunciadas à Comissão Interamericana pela Coalizão Negra por Direitos, no 172º período de sessões, em 9 de maio de 2019 na Jamaica.⁽¹⁰⁾

2 Marco fático do caso Alvarado Espinoza

O caso Alvarado Espinoza abordou o problema sistemático de desaparecimentos forçados no México, no contexto de um processo de militarização da segurança também conhecido como estratégia de guerra às drogas, iniciado em 2006, sob a administração do presidente Felipe Calderón Hinojosa. Trata-se, portanto, de um caso que tem como pano de fundo a relação entre política de drogas e o direito internacional dos direitos humanos.

Um dos principais vetores da política mexicana de guerra contra o narcotráfico foram as operações conjuntas que mobilizavam membros das policiais federais, estaduais e municipais, além das Forças Armadas, e que, em 2012, abrangeram 16 estados do território mexicano.⁽¹¹⁾ A atuação dos militares incluía atividades próprias das autoridades civis e envolvia a realização de fiscalizações

rodoviárias, detenções, manutenção de postos de controle e registro de residências, indivíduos e carros, em muitas ocasiões sem ordem judicial emitida por uma autoridade civil competente.⁽¹²⁾ A presença de militares em postos que deveriam ser ocupados por civis se manifestou na própria administração pública, com a ocupação de cargos nas secretarias estaduais de segurança. Essa política seguiu sem alterações substanciais até o momento de julgamento do caso pela Corte IDH, mesmo com as mudanças na presidência do país.⁽¹³⁾

O início e a difusão dessas operações geraram um grande número de denúncias de violações de direitos humanos atribuídas às Forças Armadas, despertando preocupações de órgãos como o Comitê de Direitos Humanos da ONU, do Relator Especial para Execuções Extrajudiciais, Sumárias ou Arbitrárias da ONU e do Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados ou Involuntários da ONU.⁽¹⁴⁾ Para o Alto Comissariado da ONU para Direitos Humanos, o já existente e generalizado padrão de impunidade dos responsáveis por violações de direitos e falta de acesso à justiça para as vítimas de violência foi agravado por essa política de segurança.⁽¹⁵⁾

Dentro desse contexto, a situação concreta analisada pela Corte IDH foi o desaparecimento forçado de Nitza Paola Alvarado Espinoza, José Ángel Alvarado e Rocío Irene Alvarado Reyes, na comunidade Benito Juárez, no município de Buenaventura, no estado de Chihuahua, na região norte do país, onde está a fronteira com os estados norte-americanos do Novo México e do Texas. Importante mencionar que, por ser uma região de fronteira e estar próxima de uma grande rodovia, a comunidade de Benito Juárez era vista como uma das principais rotas de contrabando e de tráfico de drogas, armas, além de via de acesso para os migrantes que acessam os Estados Unidos a partir do México com situação documental irregular. Essas condições faziam com que fosse um local de intensa disputa entre grupos rivais envolvidos com o narcotráfico e de altos índices de violência, motivando uma grande quantidade de operações militares.⁽¹⁶⁾ Entre 2008 e 2011, a Comissão Estatal de Direitos Humanos de Chihuahua registrou centenas de denúncias de violações de direitos, como tortura, detenções arbitrárias, execuções extrajudiciais e desaparecimentos.⁽¹⁷⁾

José Ángel e Nitza Paola eram primos e no dia 29 de dezembro de 2009 estavam à noite dentro de um carro estacionado na frente da casa de outro familiar quando foram abordados, agredidos e levados por pelo menos 9 pessoas com uniformes militares, que os colocaram em uma caminhonete com destino desconhecido.⁽¹⁸⁾ Cerca de uma hora depois, Rocío Irene Alvarado Reyes descansava com sua mãe, duas irmãs de 13 e 11 anos, e a filha de 2 anos, quando pessoas com uniformes semelhantes aos militares ordenaram que abrissem a porta de casa.⁽¹⁹⁾ Pelo menos 8 pessoas entraram na residência, começaram a revistar e a destruir objetos e, em seguida, ordenaram a detenção de Rocío. Ela foi levada do domicílio para destino desconhecido.⁽²⁰⁾

Depois desses fatos não houve mais notícias sobre o paradeiro das três pessoas. Seus familiares iniciaram por iniciativa própria um processo de busca por esclarecimentos e pela verdade, empreendendo investigações e apresentando denúncias sobre o ocorrido a diferentes órgãos.⁽²¹⁾ Não só essas denúncias foram incapazes de localizar os desaparecidos, mas foram feitas acusações que buscavam responsabilizar as próprias vítimas, sugerindo que elas tinham envolvimento em atividades criminosas.⁽²²⁾ Além disso, os familiares das vítimas desaparecidas sofreram perseguições e ameaças, as quais as obrigaram a se mudar da cidade.⁽²³⁾ Essa situação de ameaças foi tão grave que foi incluída nas medidas provisórias relativas ao caso adotadas pela Corte a partir de 2012.⁽²⁴⁾

Mesmo tendo havido ao menos treze procedimentos de investigação, sete procedimentos judiciais e dois procedimentos administrativos, até a data do julgamento pela Corte IDH não se sabia do paradeiro das vítimas e nenhum possível responsável pelos desaparecimentos tinha sido identificado ou, tampouco, responsabilizado.

3 As Forças Armadas na segurança pública

A Corte Interamericana analisou a participação das Forças Armadas na segurança pública com base nos artigos 1.1 e 2 da CADH, além do artigo 32.2,⁽²⁵⁾ reconhecendo que os Estados devem manter a segurança e a ordem pública para todos e que, de fato, o crime organizado impede a vigência dos direitos humanos e ameaça a estabilidade e a governabilidade democrática.⁽²⁶⁾ No entanto, para enfrentar esse problema, é preciso adotar medidas que promovam tanto a segurança pública como os direitos humanos, não sendo admissível que em nome de situações excepcionais os direitos previstos na Convenção Americana sejam denegados ou desnaturalizados.⁽²⁷⁾

A Corte reiterou sua jurisprudência no sentido de que, embora se admita que os Estados Partes na Convenção utilizem as Forças Armadas para desempenhar tarefas alheias às propriamente relacionadas com conflitos armados, essa utilização deve se limitar ao máximo e responder a critérios de estrita excepcionalidade, dado que o treinamento que as forças militares recebem é destinado a derrotar o inimigo e não a proteger civis.⁽²⁸⁾ Além da excepcionalidade, a Corte afirmou que o emprego das Forças Armadas deve respeito à estrita proporcionalidade e a devida diligência na garantia dos direitos previstos na CADH.

A crítica à lógica bélica na condução da política de segurança política foi aprofundada nesse caso por conta do papel das Forças Armadas, mas já havia aparecido no caso dos Irmãos Landaeta Mejías contra a Venezuela, em que se discutiu o contexto no qual ocorreu o assassinato de dois irmãos jovens – um deles com menos de 18 anos – pela polícia;⁽²⁹⁾ e foi retomado em outro caso mexicano, sentenciado no mesmo dia do caso Alvarado Espinoza, que abordou tortura e violência sexual na repressão a protestos sociais.⁽³⁰⁾ Em relação à proporcionalidade, esse é um critério reiterado pela Corte IDH quando trata de uso legítimo da força pelo Estado; e ele pressupõe que exista um perigo direto, em relação ao qual se deve avaliar a intensidade e o perigo da ameaça, a forma de proceder do indivíduo, as condições do entorno e os meios de que o policial dispõe para abordar a situação.⁽³¹⁾ Além disso, em todas as circunstâncias, deve-se reduzir ao mínimo os danos e lesões que podem ser causadas a qualquer pessoa, e empregar a força no nível mais baixo possível para alcançar o fim buscado.

Como é comum na jurisprudência interamericana,⁽³²⁾ também no caso Alvarado Espinoza a Corte recorreu a pronunciamentos de organismos e procedimentos especiais do sistema universal, como o Comitê de Direitos Humanos, o Comitê contra a Tortura, o Alto Comissariado para Direitos Humanos e os Relatores Especiais sobre Tortura e sobre Execuções Extrajudiciais. Nesse sentido, ela observou que a participação das Forças Armadas na função de polícia pode ofender princípios do Estado de Direito, como a separação de poderes, a subordinação a autoridades civis e a autonomia e independência dos tribunais.⁽³³⁾

Assim, a Corte reafirmou que, como regra geral, a manutenção da ordem pública interna e a segurança devem estar primariamente reservadas aos corpos policiais civis. Quando, excepcionalmente, as Forças Armadas desempenharem tarefas de segurança, essa atuação deve ser: (i) extraordinária, de maneira que toda intervenção seja excepcional, justificada e temporalmente limitada ao estritamente necessário às circunstâncias do caso; (ii) subordinada e complementar às tarefas das corporações civis, sem que seus trabalhos possam se estender aos poderes próprios das instituições do sistema de justiça e da polícia judicial; (iii) regulamentada mediante mecanismos legais e protocolos sobre o uso da força, de acordo com os princípios de excepcionalidade, proporcionalidade e absoluta necessidade, e de acordo com a respectiva capacitação na matéria; (iv) fiscalizada por órgãos civis competentes, independentes e tecnicamente capazes.⁽³⁴⁾

Outro aspecto importante é que, ocorrendo violações de direitos humanos possivelmente vinculadas à atuação das Forças Armadas na segurança pública, devem existir recursos para denunciá-las

perante a jurisdição comum; devem ser efetivamente investigadas e, se for o caso, os indivíduos responsáveis devem ser sancionados.

A Corte IDH constatou que, na operação do caso, não havia nenhum tipo de previsão sobre a excepcionalidade e a temporalidade da atuação militar, mecanismos para proteger os direitos previstos na CADH ou mesmo mecanismos independentes de fiscalização, o que concorre para fundamentar a responsabilidade do México por violação dos artigos 3, 4.1, 5.1, 5.2 e 7.

4 Conclusão

Na sentença do caso Alvarado Espinoza, a Corte manifestou a sua dificuldade em abordar os fatores responsáveis pela violência, por se tratar de um fenômeno extremamente complexo e multifatorial.⁽³⁵⁾ No entanto, nos fatos provados do caso, é bastante evidente que existe uma determinada política de drogas que fundamenta o uso massivo das Forças Armadas em operações de segurança, mas que a Corte IDH não consegue encarar de frente e tecer considerações sobre sua compatibilidade com a CADH. Trata-se de uma questão que fica pendente de a Corte IDH enfrentar, caso – como Abramovich discute – sua intenção seja a de efetivamente se dirigir às causas estruturais das violações de direitos humanos que são submetidas à sua apreciação.

De todo modo, existem algumas diretrizes bastante importantes nesse caso – e que devem ser consideradas no contexto brasileiro diante de iniciativas legais como o Pacote Anticrime, que apontam no sentido de tentar ampliar a legitimidade do uso da força letal. Elas são a excepcionalidade do emprego das Forças Armadas, o dever de conciliar política de segurança pública com respeito aos direitos humanos, a obrigação de existir fiscalização independente das operações policiais e militares e a subordinação da atuação das Forças Armadas a autoridades civis. Deve ser igualmente destacado o dever que deriva do artigo 2 da Convenção Americana, de existirem protocolos e mecanismos legais que regulem o uso da força quando houver emprego do Exército na segurança pública. Esse dever tem sido reiterado pela Corte Interamericana sempre que tem oportunidade de julgar casos de uso da força por agentes estatais;⁽³⁶⁾ e pode ser um caminho importante de disputa jurídica quando se fala de operações policiais em favelas e territórios socialmente vulneráveis no Brasil. É o que sugerem os dados produzidos pela organização Redes da Maré, que mostram que a Ação Civil Pública movida pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e que conseguiu fixar um protocolo para as operações policiais no Complexo da Maré teve como resultado a redução dos indicadores de violência nessa favela.⁽³⁷⁾ Nesse caso, a importância de estabelecer um protocolo está não na mera regulamentação formal, mas sobretudo na criação de um instrumento de controle social sobre a política de segurança pública, baseado na garantia de direitos individuais e coletivos dos moradores dos territórios nos quais ocorrem as operações.

Atentar para as estratégias jurídicas que permitem restringir a letalidade policial é, no caso brasileiro, dar efetividade às obrigações impostas pela sentença do caso Favela Nova Brasília, no qual o Brasil foi responsabilizado pela falha em investigar, julgar e sancionar as pessoas envolvidas nas execuções extrajudiciais e na violência sexual cometidas em incursões da Polícia Civil no Complexo do Alemão nos anos 1990. Entre as medidas de reparação, a Corte determinou que o estado do Rio de Janeiro deve adotar metas e políticas de redução da letalidade e da violência policial,⁽³⁸⁾ de modo que qualquer política de segurança que tenha o caráter de expandir o uso da força letal está em claro desrespeito aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

Notas

- (1) ABRAMOVICH, Víctor. From massive violations to structural patterns: new approaches and classic tensions in the inter-american human rights system. *Sur – International Journal on Human Rights*, v. 6, n. 11, p. 7-37, 2009.
- (2) Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

- (3) Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.
- (4) Com efeito, o caso mais recente pelo qual o Brasil foi responsabilizado pela Corte IDH tratou da impunidade em que permanece a detenção arbitrária, tortura e morte do jornalista Vladimir Herzog ocorrida durante o regime militar. Sentenciado em março de 2018, esse caso foi mais um a tratar de justiça de transição e foi abordado nesta coluna no número 322. Cf. ALMEIDA, Pedro de Paula Lopes. O caso Herzog: breves considerações sobre acesso à justiça, interdição da tortura e o primado do direito sobre a força. *Boletim de Jurisprudência do IBCCRIM*, São Paulo, n. 322, set. 2019.
- (5) ABRAMOVICH, op. cit., p. 16.
- (6) Corte IDH. *Caso Alvarado Espinoza y otros Vs. México*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 370, par. 289-290.
- (7) Corte IDH. *Asunto Alvarado Reyes y otros respecto de México*. Medidas Provisionales. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de abril de 2011.
- (8) Corte IDH. *Caso Alvarado Espinoza y otros Vs. México*. 2018, par. 289-290.
- (9) Corte IDH. *Relatório anual 2018*. Corte IDH: Costa Rica, 2019. p. 118.
- (10) Audiência pública Brasil: *Sistema penal y afrodescendientes*. Disponível em: <<http://bit.ly/2Mmgxh5>>.
- (11) Corte IDH. *Caso Alvarado Espinoza y otros Vs. México*. 2018, par. 54.
- (12) *Idem*, par. 56.
- (13) *Idem*, par. 55.
- (14) *Idem*, par. 59.
- (15) *Idem*, par. 66.
- (16) Corte IDH. *Caso Alvarado Espinoza y otros Vs. México*. 2018, par. 70-71.
- (17) *Idem*, par. 75.
- (18) *Idem*, par. 80-81.
- (19) *Idem*, par. 83.
- (20) *Idem*, par. 85.
- (21) *Idem*, par. 91.
- (22) *Idem*, par. 94.
- (23) *Idem*, par. 151-153.
- (24) Corte IDH. *Asunto Alvarado Reyes y otros respecto de México*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2012.
- (25) CAPÍTULO V DEVERES DAS PESSOAS
Artigo 32. Correlação entre deveres e direitos
1. Toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade.
2. Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, numa sociedade democrática.
- (26) Corte IDH. *Caso Alvarado Espinoza y otros Vs. México*. 2018, par. 177.
- (27) *Idem*, par. 178.
- (28) *Idem*, par. 179.
- (29) Corte IDH. *Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2014. Serie C No. 28, par. 47-55.
- (30) Corte IDH. *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371, par. 167.
- (31) Corte IDH. *Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela*. 2014, par. 134.
- (32) NEUMAN, Gerald L. “Import, export, and regional consent in the Inter-American Court of Human Rights”. In: *The European Journal of International Law*, v. 19, n.1, pp.101-123, p. 2008.
- (33) Corte IDH. *Caso Alvarado Espinoza y otros Vs. México*. 2018, par. 181.
- (34) *Idem*, par. 182.
- (35) *Idem*, par. 53.
- (36) Corte IDH. *Caso García Ibarra y otros Vs. Ecuador*. Sentencia de 17 de noviembre de 2015. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2015. Serie C No. 306.
- (37) REDES DA MARÉ. *Boletim de segurança pública na Maré*. 1º semestre 2019. Disponível em: <<http://bit.ly/2VMM2EJ>>
- (38) Corte IDH. *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*. Sentencia de 16 de fevereiro de 2017. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Serie C No. 333.

Raquel da Cruz Lima
Doutoranda em Direito Internacional pela USP.
Fundadora do Transmissão Direitos Humanos.
Advogada.

Recebido em: 17.10.2019
Aprovado em: 17.10.2019
Versão final: 21.10.2019

Supremo Tribunal Federal

Competência. Justiça eleitoral. Crimes conexos.

Compete à Justiça Eleitoral julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhe forem conexos – inteligência dos artigos 109, inciso IV, e 121 da Constituição Federal, 35, inciso II, do Código Eleitoral e 78, inciso IV, do Código de Processo Penal. (STF – T. Pleno – Inq. 4435 – rel. **Marco Aurélio** – j. 14.03.2019 – public. 21.08.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6101**)

Reclamação. 2. Alegação de violação ao entendimento firmado nas Arguições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais 395 e 444. Cabimento. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal deu sinais de grande evolução no que se refere à utilização do instituto da reclamação em sede de controle concentrado de normas. No julgamento da questão de ordem em agravo regimental na Rcl 1.880, em 23 de maio de 2002, o Tribunal assentou o cabimento da reclamação para todos aqueles que comprovarem prejuízos resultantes de decisões contrárias às teses do STF, em reconhecimento à eficácia vinculante *erga omnes* das decisões de mérito proferidas em sede de controle concentrado 3. Reclamante submetido a “entrevista” durante o cumprimento de mandado de busca e apreensão. Direito ao silêncio e à não autoincriminação. Há a violação do direito ao silêncio e à não autoincriminação, estabelecidos nas decisões proferidas nas ADPFs 395 e 444, com a realização de interrogatório forçado, travestido de “entrevista”, formalmente documentado durante o cumprimento de mandado de busca e apreensão, no qual não se oportunizou ao sujeito da diligência o direito à prévia consulta a seu advogado e nem se certificou, no referido auto, o direito ao silêncio e a não produzir provas contra si mesmo, nos termos da legislação e dos precedentes transcritos 4. A realização de interrogatório em ambiente intimidatório representa uma diminuição da garantia contra a autoincriminação. O fato de o interrogado responder a determinadas perguntas não significa que ele abriu mão do seu direito. As provas obtidas através de busca e apreensão realizada com violação à Constituição não devem ser admitidas. Precedentes dos casos *Miranda v. Arizona* e *Mapp v. Ohio*, julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Necessidade de consolidação de uma jurisprudência brasileira em favor das pessoas investigadas. 5. Reclamação julgada procedente para declarar a nulidade da “entrevista” realizada e das provas derivadas, nos termos do art. 5º, LVI, da CF/88 e do art. 157, §1º, do CPP, determinando ao juízo de origem que proceda ao desentranhamento das peças.

(STF – 2.ª T. – Rcl. 33711 – rel. **Gilmar Mendes** – j. 11.06.2019 – public. 23.08.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6102**)

Habeas corpus. Processo penal. Impetração contra decisão do Superior Tribunal de Justiça. Súmula 691/STF. Princípio da proteção judicial efetiva. Situação de fato que permite a superação do verbete. Prisão preventiva. Art. 312 do código de processo penal. Pretendida revogação da prisão ou substituição por medidas cautelares diversas. Art. 319 do código de processo penal. Construção fundada na conveniência da instrução penal. Insubistência. Ausência de contemporaneidade do decreto prisional nesse aspecto. Gravidade em abstrato das condutas invocadas. Inadmissibilidade. Hipótese em que as medidas cautelares diversas da prisão mostram-se suficientes para obviar o *periculum libertatis* reconhecido na espécie. Ordem concedida para substituir a prisão preventiva do paciente por outras medidas cautelares.

I – Em princípio, se o caso não é de flagrante constrangimento ilegal, segundo o enunciado da Súmula 691/STF, não compete

ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus contra decisão do relator da causa que, em HC requerido a Tribunal Superior, indefere liminar. Entretanto, em obediência ao princípio da proteção judicial efetiva, o caso evidencia hipótese apta a ensejar o afastamento excepcional do referido enunciado. II – No caso concreto, o fundamento da manutenção da custódia cautelar mostra-se frágil, porquanto, de acordo com o que se colhe dos autos, as 3 ameaças, em tese praticadas pelo paciente, teriam ocorrido entre os anos de 2015 e 2016, cumprindo-se salientar que a segregação em exame foi decretada em abril de 2018, havendo, portanto, um lapso temporal de cerca de 2 anos entre a data da suposta prática criminosa e o encarceramento do paciente, tudo a indicar a ausência de contemporaneidade entre os fatos a ele imputados e a data em que foi decretada a sua prisão preventiva. III – A medida já exauriu todos os seus efeitos no tocante ao requisito da conveniência da instrução criminal (art. 312 do Código de Processo Penal), tendo em vista que todas as testemunhas de acusação já foram ouvidas, não mais subsistindo risco de interferência na produção probatória, razão pela qual não se justifica, sob esse fundamento, a manutenção da custódia cautelar. IV – Assim, em verdade, o decreto prisional objeto destes autos está ancorado em presunções tiradas da gravidade abstrata dos crimes em tese praticados e não em elementos concretos dos autos. V – A utilização das medidas alternativas descritas no art. 319 do CPP é adequada e suficiente para resguardar a ordem pública e a aplicação da lei penal. VI – Habeas corpus concedido para substituir a prisão preventiva do paciente por medidas cautelares de diversas (CPP, art. 319).

(STF – 2.ª T. – HC 156600 – rel. **Gilmar Mendes** (rel. p/ Acórdão: **Ricardo Lewandowski** – j. 25.09.2018 – public. 19.09.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6103**)

“*Habeas Corpus*”. Condenação recorrível emanada do Júri. Determinação do Juiz Presidente do Tribunal do Júri, ordenando a imediata sujeição do réu sentenciado à execução antecipada (ou provisória) da condenação criminal. Invocação, para tanto, da soberania do veredito do Júri. Inadmissibilidade. Inexistência, a propósito de condenações recorríveis proferidas por órgãos judiciários de primeira instância (como o Tribunal do Júri), de decisões do Supremo Tribunal Federal revestidas de efeito geral e de eficácia vinculante. Consequente inaplicabilidade, às decisões do Conselho de Sentença, de precedentes do Supremo Tribunal Federal que autorizam a execução penal antecipada, pelo fato de tais julgados referirem-se a condenações penais proferidas ou mantidas por Tribunais de segundo grau, posição institucional evidentemente não ostentada pelo Tribunal do Júri. A questão da soberania dos vereditos do Júri. Significado da cláusula inscrita no art. 5º, inciso XXXVIII, “c”, da Constituição. Caráter não absoluto da soberania do Júri. Doutrina. Precedentes. Existência, ainda, no presente caso, de ofensa ao postulado que veda a “*reformatio in pejus*”. Considerações em torno da regra consubstanciada no art. 617, “*in fine*”, do CPP. Exame da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito da prisão meramente cautelar do sentenciado motivada por condenação recorrível, notadamente quando o réu tenha permanecido em liberdade ao longo do processo penal de conhecimento. Prisão cautelar decretada na hipótese de condenação penal recorrível: instituto de tutela cautelar penal inconfundível com a esdrúxula concepção da execução provisória ou antecipada da pena. Medida cautelar concedida.

(STF – monocrática – HC 174.759 – rel. **Celso de Mello** – j. 20.09.2019 – public. 25.09.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6104**)

Jurisprudência compilada por

Roberto Portugal de Biazzi e Vivian Peres.

Superior Tribunal de Justiça

Processual penal. Habeas corpus. Corrupção ativa (por doze vezes). Quebra dos sigilos bancário, fiscal, telefônico e telemático e medida de busca e apreensão. Alegação da ausência de fundamentação na decisão que decretou as providências citadas. Procedência. Decisão que se limita a afirmar que tais medidas seriam necessárias para o êxito das investigações, sem indicação de elemento concreto que demonstrasse a indispensabilidade delas, nem que seriam as únicas providências capazes de elucidar os crimes em apuração. Inexistência, até, de indicação do objeto da medida de busca e apreensão, a evidenciar o caráter genérico da decisão. Fundamentação *per relationem*. Impossibilidade. Simples menção ao fato de que o pedido estaria instruído com material atinente às investigações preliminares realizadas pela corregedoria do ministério público. Constrangimento ilegal evidenciado.

1. É entendimento pacificado deste Superior Tribunal que decisão que determina a quebra de sigilo fiscal e bancário deve conter fundamentação concreta, justificando a razão pela qual a medida deva recair sobre a pessoa a quem é dirigida, bem como que para o afastamento do sigilo das comunicações telefônicas, é imprescindível ordem judicial, devidamente fundamentada, segundo o comando constitucional estabelecido no art. 93, IX, da Carta Magna. Precedentes. 2. Hipótese em que, em relação à quebra dos sigilos fiscal, bancário, telemático e telefônico, a Corte estadual se limitou a indicar dispositivos legais e afirmar que há necessidade de aprofundamento das investigações, a fim de se identificar o *modus operandi* das atividades criminosas e a real participação dos envolvidos no esquema de corrupção que ora se delinea, elementos que autorizam a concessão da quebra dos sigilos bancário, fiscal, telefônico e de telemática, e da medida de busca e apreensão, sem demonstrar, por meio da indicação de elementos concretos, a indispensabilidade da medida para o êxito das investigações, nem que essa seria a única saída adequada para a coleta de indícios da prática do crime objeto de apuração. 3. A alegação de que há necessidade de aprofundamento das investigações com o fim de apurar o *modus operandi* da empreitada criminosa e a identificação da participação dos envolvidos é argumento que pode ser aplicado a qualquer fato e sob quaisquer circunstâncias, tratando-se de fundamentação genérica, uma vez que não se particularizaram situações concretas, capazes de demonstrar a indispensabilidade das medidas extremas para o sucesso das investigações. Precedente. 4. No tocante à medida de busca e apreensão, observa-se que, além de inexistir fundamentação concreta a respeito da indispensabilidade da medida, não há sequer indicação do objeto da medida, a evidenciar o caráter genérico da decisão. Precedente. 5. Não há que se cogitar de fundamentação *per relationem*, quando verificado que o pleito estaria instruído com as investigações preliminares procedidas pela Corregedoria do Ministério Público, sem indicar nenhuma alegação do Ministério Público que justificasse a necessidade das medidas. 6. Ordem concedida para reconhecer a ilegalidade de todos os elementos de informação decorrentes da decisão que determinou a quebra dos sigilos fiscal, bancário, telemático e telefônico da paciente, bem como determinou a busca e apreensão, devendo tais elementos e os deles decorrentes ser desentranhados dos Autos n. 1. 0000.16.047816-0/000.

(STJ – 6.ª T. – HC 497699/MG – rel. **Antonio Saldanha Palheiro** (rel. p/ Acórdão: **Sebastião Reis Júnior** – j. 13.08.2019 – public. 26.08.2019 – Cadastro IBCCRIM 6105)

Habeas corpus. Tráfico de drogas. Sentença transitada em julgado. Ilícitude da prova. Ausência de autorização pessoal ou judicial para acessar dados do aparelho telefônico apreendido ou para atender ligação. Policial passou-se pelo dono da linha e fez negociação para provocar prisão em flagrante. Inexistência de prova autônoma e independente suficiente para a condenação.

1. Não tendo a autoridade policial permissão, do titular da linha

telefônica ou mesmo da Justiça, para ler mensagens nem para atender ao telefone móvel da pessoa sob investigação e travar conversa por meio do aparelho com qualquer interlocutor que seja se passando por seu dono, a prova obtida dessa maneira arbitrária é ilícita. 2. Tal conduta não merece o endosso do Superior Tribunal de Justiça, mesmo que se tenha em mira a persecução penal de pessoa supostamente envolvida com tráfico de drogas. Cabe ao magistrado abstrair a prova daí originada do conjunto probatório porque alcançada sem observância das regras de Direito que disciplinam a execução do *jus puniendi*. 3. No caso, a condenação do paciente está totalmente respaldada em provas ilícitas, uma vez que, no momento da abordagem ao veículo em que estavam o paciente, o corréu e sua namorada, o policial atendeu ao telefone do condutor, sem autorização para tanto, e passou-se por ele para fazer a negociação de drogas e provocar o flagrante. Esse policial também obteve acesso, sem autorização pessoal nem judicial, aos dados do aparelho de telefonia móvel em questão, lendo mensagem que não lhe era dirigida. 4. O vício ocorrido na fase investigativa atinge o desenvolvimento da ação penal, pois não há prova produzida por fonte independente ou cuja descoberta seria inevitável. Até o testemunho dos policiais em juízo está contaminado, não havendo prova autônoma para dar base à condenação. Além da apreensão, na hora da abordagem policial, de cocaína (2,8 g), de maconha (1,26 g), de celulares e de R\$ 642,00 (seiscentos e quarenta e dois reais) trocados, nada mais havia no carro, nenhum petrecho comumente usado na traficância (caderno de anotações, balança de precisão, material para embalar droga, etc.). Somente a partir da leitura da mensagem enviada a um dos telefones e da primeira ligação telefônica atendida pelo policial é que as coisas se desencadearam e deram ensejo à prisão em flagrante por tráfico de drogas e, depois, à denúncia e culminaram com a condenação. 5. Ordem concedida para anular toda a ação penal.

(STJ – 6.ª T. – HC 511484/RS – rel. **Sebastião Reis Júnior** – j. 15.08.2019 – public. 29.08.2019 – Cadastro IBCCRIM 6106)

Penal e processo penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Embaraço à investigação de organização criminosa. Art. 2º, § 1º, da lei n. 12.850/2013. Destruição de documentos. Trancamento da ação penal. Atipicidade da conduta. Prova contra si mesmo. Desnecessidade de preservação. Agravo regimental improvido.

1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que o trancamento da ação penal por meio do habeas corpus só pode ocorrer se comprovada, de plano, a atipicidade da conduta e a extinção da punibilidade, ou se demonstrada a ausência de prova da materialidade da conduta ou de indícios de autoria. Precedentes. 2. No caso em que a atipicidade ficou atestada pela desnecessidade de o acusado produzir ou manter hígidas provas contra si mesmo, o trancamento da ação penal é medida que se impõe, não havendo que se falar em reabertura da persecução penal. 3. Agravo regimental improvido.

(STJ – 6.ª T. – Ag.Rg. Ag. AREsp. 1302303/RJ – rel. **Antonio Saldanha Palheiro** – j. 10.09.2019 – public. 16.09.2019 – Cadastro IBCCRIM 6107)

Queixa-crime. Acusação contra desembargadora do TJRJ. Prerrogativa de foro no STJ. Crime de calúnia contra pessoa morta. Queixa parcialmente recebida.

1. É do Superior Tribunal de Justiça a competência para processar e julgar a queixa-crime em questão, que imputa o crime de calúnia a Desembargadora do TJRJ, pois, caso contrário, a Acusada teria de responder perante juiz de direito vinculado ao mesmo Tribunal, o que afrontaria a isenção e independência que norteiam a atividade jurisdicional. Precedentes: QO na APn 878/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/11/2018, DJe 19/12/2018; APn 895/DF, Rel. Ministra NANCY

ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/05/2019, DJe 07/06/2019. 2. Por se tratar de crime de calúnia contra pessoa morta (art. 138, § 2.º, do Código Penal), os Querelantes - mãe, pai, irmã e companheira em união estável da vítima falecida - são partes legítimas para ajuizar a ação penal privada, nos termos do art. 24, § 1.º, do Código de Processo Penal (“§ 1.º No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de representação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão”). 3. A companheira, em união estável reconhecida, goza do mesmo status de cônjuge para o processo penal, podendo figurar como legítima representante da falecida. Vale ressaltar que a interpretação extensiva da norma processual penal tem autorização expressa no art. 3.º do CPP (“A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”). 4. Ademais, “o STF já reconheceu a ‘inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico’, aplicando-se a união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras e mesmas consequências da união estável heteroaferiva’ [...]”. (RE 646721, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-204 DIVULG 08-09-2017 PUBLIC 11-09-2017). 5. A despeito do cabimento, em tese, da proposta de suspensão condicional do processo, esta teria de ser ofertada concomitantemente com o ajuizamento da queixa-crime, conforme previsão da norma de regência (“ao oferecer a denúncia [ou queixa], poderá propor a suspensão do processo”). E, no caso, não houve tal proposta pelos Querelantes. Outrossim, a Querelada não se manifestou na primeira oportunidade (na resposta à acusação) sobre seu eventual interesse na proposta. Como se vê, o oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo incumbiria exclusivamente aos Querelantes, sendo que a recusa infundada deveria ser alegada na primeira oportunidade que a Defesa tivesse para se pronunciar nos autos, sob pena de preclusão. 6. Se não bastasse, nesse interregno entre o oferecimento da queixa-crime e esta sessão de julgamento para análise do recebimento da acusação, sobreveio o recebimento de outra queixa-crime nos autos da APn 895/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/05/2019, DJe 07/06/2019, pelo crime de injúria. Portanto, por estar respondendo a outra ação penal, a Querelada não preenche um dos requisitos objetivos do art. 89 da Lei n.º 9.099/1995, qual seja, o benefício pode ser oferecido “desde que o acusado não esteja sendo processado [...] por outro crime”. 7. “5. Quando várias pessoas denigrem a imagem de alguém, via internet, cada uma se utilizando de um comentário, não há coautoria ou participação, mas vários delitos autônomos, unidos no máximo por conexão probatória. Precedente. 6. A falta de inclusão de autor de comentário autônomo na queixa-crime não configura, pois, renúncia tácita ao direito de queixa” (APn 895/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/05/2019, DJe 07/06/2019). 8. É sabido que ao procedimento especial da Lei n.º 8.038/90 é aplicável, subsidiariamente, as regras do procedimento ordinário (§ 5.º do art. 394 do CPP). Contudo, não se verifica nem a hipótese de rejeição liminar da queixa (art. 395 do CPP) nem a de absolvição sumária (art. 397 do CPP). 9. É certo que “O dolo específico (animus calumniandi), ou seja, a vontade de atingir a honra do sujeito passivo, é indispensável para a configuração do delito de calúnia” (Apn 473/DF, CORTE ESPECIAL, Rel. Ministro GILSON DIPP, DJe de 08/09/2008). 10. No entanto, “a inexistência de dolo específico é questão que deve situar-se no âmbito da instrução probatória, por não comportar segura ou precisa análise nesta fase processual, que é de formulação de um simples juízo de delibação. Caso em que as condutas em foco se amoldam, em tese, aos delitos invocados na peça acusatória, sendo que a defesa apresentada pelo querelado não permite concluir, de modo robusto ou para além de toda dúvida razoável, pela improcedência da acusação” (Inq 2036/PA, Tribunal Pleno, Rel. Ministro CARLOS BRITTO, DJ de 22/10/2004). 11. A conduta da Querelada de divulgar mensagem em rede social, imputando à vítima falecida o crime do art. 2.º da Lei n.º 12.850/2013 (“Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa”), configura, em tese, o crime de calúnia. 12. Queixa-crime parcialmente

recebida em desfavor da Querelada, como incurso no art. 138, § 2.º, c.c. o art. 141, inciso III, do Código Penal, apenas por ter imputado à vítima falecida o crime do art. 2.º, da Lei n.º 12.850/2013.

(STJ – Corte Especial – AP912/RJ – rel. Laurita Vaz – j. 07.08.2019 – public. 22.08.2019 – Cadastro IBCCRIM 6108)

Penal e processo penal. Conflito negativo de competência. Inquérito policial. Estelionato. Depósito em dinheiro e transferência de valores, pela vítima, para conta corrente do suposto estelionatário, com o objetivo de adquirir carta de crédito de consórcio de automóvel que jamais veio a ser entregue. Competência do local em que se auferiu a vantagem indevida: local da conta para a qual foi transferido o dinheiro.

1. Nos termos do art. 70 do CPP, a competência será de regra determinada pelo lugar em que se consumou a infração e o estelionato, crime tipificado no art. 171 do CP, consuma-se no local e momento em que é auferida a vantagem ilícita. De se lembrar que o prejuízo alheio, apesar de fazer parte do tipo penal, está relacionado à consequência do crime de estelionato e não à conduta propriamente. De fato, o núcleo do tipo penal é obter vantagem ilícita, razão pela qual a consumação se dá no momento em que os valores entram na esfera de disponibilidade do autor do crime, o que somente ocorre quando o dinheiro ingressa efetivamente em sua conta corrente.

2. Há que se diferenciar a situação em que o estelionato ocorre por meio do saque (ou compensação) de cheque clonado, adulterado ou falsificado, da hipótese em que a própria vítima, iludida por um ardil, voluntariamente, efetua depósitos e/ou transferências de valores para a conta corrente de estelionatário. Quando se está diante de estelionato cometido por meio de cheques adulterados ou falsificados, a obtenção da vantagem ilícita ocorre no momento em que o cheque é sacado, pois é nesse momento que o dinheiro sai efetivamente da disponibilidade da entidade financeira sacada para, em seguida, entrar na esfera de disposição do estelionatário. Em tais casos, entende-se que o local da obtenção da vantagem ilícita é aquele em que se situa a agência bancária onde foi sacado o cheque adulterado, seja dizer, onde a vítima possui conta bancária. Já na situação em que a vítima, induzida em erro, se dispõe a efetuar depósitos em dinheiro e/ou transferências bancárias para a conta de terceiro (estelionatário), a obtenção da vantagem ilícita por certo ocorre quando o estelionatário efetivamente se apossa do dinheiro, seja dizer, no momento em que ele é depositado em sua conta. Precedentes: CC 161.881/CE, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Terceira Seção, julgado em 13/03/2019, DJe 25/03/2019; CC 162.076/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Terceira Seção, julgado em 13/03/2019, DJe 25/03/2019; CC 114.685/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Terceira Seção, julgado em 09/04/2014, DJe 22/04/2014; CC 101.900/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Terceira Seção, julgado em 25/08/2010, DJe 06/09/2010; CC 96.109/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Terceira Seção, julgado em 26/08/2009, DJe 23/09/2009. 3. Tendo a vítima efetuado um depósito em dinheiro e duas transferências bancárias para duas contas correntes vinculadas a agências bancárias situadas na cidade de São Bernardo do Campo/SP, é de se reconhecer a competência do Juízo de Direito de São Bernardo do Campo/SP para conduzir o inquérito policial. 4. Conflito conhecido, para declarar a competência do Juízo da 5ª Vara Criminal de São Bernardo do Campo/SP, o suscitado.

(STJ – 3.ª S. – CC 167025/RS – rel. Reynaldo Soares da Fonseca – j. 14.08.2019 – public. 28.08.2019 – Cadastro IBCCRIM 6109)

Habeas corpus. Execução penal. Saídas temporárias. Apenado em prisão domiciliar por ausência de vagas em estabelecimento prisional no regime semiaberto. Compatibilidade. Art. 122 e seguintes da LEP. Cabimento do benefício. Ordem concedida.

1. Ao apenado em regime semiaberto que preencher os requisitos objetivos e subjetivos do art. 122 e seguintes da Lei de Execuções Penais, deve ser concedido o benefício das saídas temporárias. 2. Observado que o benefício da saída temporária tem como objetivo

a ressocialização do preso e é concedido ao apenado em regime mais gravoso - semiaberto -, não se justifica negar a benesse ao reeducando que se encontra em regime menos gravoso - aberto, na modalidade de prisão domiciliar -, em razão de ausência de vagas em estabelecimento prisional compatível com o regime semiaberto. 3. Habeas corpus concedido para restabelecer a decisão do Juízo das execuções que deferiu o benefício de saídas temporárias ao paciente. (STJ – 6.ª T. – HC 489106/RS – rel. **Nefi Cordeiro** – j. 13.08.2019 – public. 26.08.2019 – Cadastro IBCCRIM 6110)

Recurso especial. Violência doméstica e familiar. Medida protetiva. Afastamento do emprego. Manutenção do vínculo trabalhista. Competência. Vara especializada. Vara criminal. Natureza jurídica do afastamento. Interrupção do contrato de trabalho. Pagamento. Interpretação teleológica. Interpretação extensiva. Previsão legal. Inexistência. Falta justificada. Pagamento de indenização. Auxílio doença. Instituto nacional do seguro social. Recurso especial provido parcialmente.

1. Tem competência o juiz da vara especializada em violência doméstica e familiar ou, caso não haja na localidade o juízo criminal, para apreciar pedido de imposição de medida protetiva de manutenção de vínculo trabalhista, por até seis meses, em razão de afastamento do trabalho de ofendida decorrente de violência doméstica e familiar, uma vez que o motivo do afastamento não advém de relação de trabalho, mas de situação emergencial que visa garantir a integridade física, psicológica e patrimonial da mulher. 2. Tem direito ao recebimento de salário a vítima de violência doméstica e familiar que teve como medida protetiva imposta ao empregador a manutenção de vínculo trabalhista em decorrência de afastamento do emprego por situação de violência doméstica e familiar, ante o fato de a natureza jurídica do afastamento ser a interrupção do contrato de trabalho, por meio de interpretação teleológica da Lei n. 11.340/2006. 3. Incide o auxílio-doença, diante da falta de previsão legal, referente ao período de afastamento do trabalho, quando reconhecida ser decorrente de violência doméstica e familiar, pois tal situação advém da ofensa à integridade física e psicológica da mulher e deve ser equiparada aos casos de doença da segurada, por meio de interpretação extensiva da Lei Maria da Penha. 4. Cabe ao empregador o pagamento dos quinze primeiros dias de afastamento da empregada vítima de violência doméstica e familiar e fica a cargo do INSS o pagamento do restante do período de afastamento estabelecido pelo juiz, com necessidade de apresentação de atestado que confirme estar a ofendida incapacitada para o trabalho e desde que haja aprovação do afastamento pela perícia do INSS, por incidência do auxílio-doença, aplicado ao caso por meio de interpretação analógica. 5. Recurso especial parcialmente provido, para a fim de declarar competente o Juízo da 2ª Vara Criminal de Marília-SP, que fixou as medidas protetivas a favor da ora recorrente, para apreciação do pedido retroativo de reconhecimento do afastamento de trabalho decorrente de violência doméstica, nos termos do voto.

(STJ – 6.ª T. – REsp. 1757775/SP – rel. **Rogério Schietti Cruz** – j. 20.08.2019 – public. 02.09.2019 – Cadastro IBCCRIM 6111)

Penal e processual penal. Recurso em habeas corpus. Lesão corporal no trânsito. Transação penal. Acordo celebrado. Descumprimento parcial. Denúncia oferecida. Prazo prescricional que não se suspende. Recurso provido.

1. Conforme orientação desta Corte, as causas suspensivas da prescrição demandam expressa previsão legal” (AgRg no REsp n. 1.371.909/SC, relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 23/8/2018, DJe de 3/9/2018). 2. Durante o prazo de cumprimento das condições impostas em acordo de transação penal (art. 76 da Lei n. 9.099/1995) não há, em razão da ausência de previsão legal, a suspensão do curso do prazo prescricional. 3. No caso, embora o prazo prescricional seja de 8 anos, entre a data

do fato e a denúncia passaram-se mais de 10 anos, o que evidencia o advento da prescrição da pretensão punitiva. 4. Recurso provido. (STJ – 6.ª T. – RHC 80148 – rel. **Antonio Saldanha Palheiro** – j. 01.10.2019 – public. 04.10.2019 – Cadastro IBCCRIM 6112)

Recurso em habeas corpus. Ação penal de competência do júri. Comunidade indígena Kaingang. Tradução dos autos. Impossibilidade. Ausência de comprovação do prejuízo. Aceitação tácita da defesa técnica constituída. Requerimento de intérprete realizado após o término da instrução processual. Não comprovação de prejuízo à compreensão dos atos processuais. Inviabilidade de conclusão em sentido contrário ao afirmado no acórdão. Estudo antropológico. Estatuto do índio. Relevância para a adequada compreensão dos contornos socioculturais dos fatos analisados. Momento oportuno. Sentença. Dosimetria da pena. Recurso parcialmente provido.

1. Os recorrentes, que pertencem à etnia Kaingang, durante a instrução relativa à primeira fase do procedimento do Tribunal do Júri, tiveram permanente assistência de defesa técnica por eles constituída, que os acompanhou em todos os atos processuais, sem que, em nenhum momento até o encerramento da instrução criminal, tenham arguido algum prejuízo e solicitado o acompanhamento de intérprete ou a tradução de documentos do processo. 2. Tanto o juiz de primeiro grau quanto o tribunal assinalaram que os acusados, ao longo dos atos processuais, se comunicaram livremente em língua portuguesa e demonstraram plena capacidade de compreensão quanto aos termos da acusação, e salientaram que, dos elementos trazidos aos autos, “os indígenas possuem pleno entendimento dos fatos delituosos a eles imputados, não havendo a necessidade de tradução da peça acusatória, até porque, a defesa dos pacientes está sendo realizada por procuradores constituídos pelos próprios acusados”. Concluir em sentido contrário, como pretendem os recorrentes, esbarra na impossibilidade de, em habeas corpus, realizar-se incursão vertical sobre as provas constantes dos autos da ação penal em curso. 3. Outrossim, o processo encontra-se ainda na primeira fase do procedimento inerente aos crimes dolosos contra a vida, destinada a tão somente avaliar a existência ou não de prova da materialidade do crime e de indícios suficientes de autoria, nada impedindo que se renove a prova perante o juízo natural da causa – o Tribunal do Júri – se, por hipótese, vierem os recorrentes a ser pronunciados. 4. Por sua vez, a realização do estudo antropológico se apresenta como relevante instrumento de melhor compreensão dos contornos socioculturais dos fatos analisados, bem como dos próprios indivíduos a quem são imputadas as condutas delitivas, de modo a auxiliar o Juízo de primeiro grau na imposição de eventual reprimenda, mormente diante do que prescreve o art. 56 do Estatuto do Índio, segundo o qual, “[n]o caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola”. 5. Recurso parcialmente provido apenas para determinar que, na hipótese eventual de serem os réus pronunciados, se realize estudo antropológico antes da data designada para a sessão do Tribunal do Júri, cassada a liminar deferida, de modo a restabelecer o regular trâmite da Ação Penal n. 5004459-38.2016.404.7117.

(STJ – 6.ª T. – RHC 86305 – rel. **Rogério Schietti Cruz** – j. 01.10.2019 – public. 18.10.2019 – Cadastro IBCCRIM 6113)

Recurso em habeas corpus. Associação para o tráfico transnacional de drogas. Litispendência. Fatos apurados em distintos estados soberanos. Bis in idem. Não ocorrência. Recurso não provido.

1. A litispendência guarda relação com a ideia de que ninguém pode ser processado quando está pendente de julgamento um litígio com as mesmas partes (eadem personae), sobre os mesmos fatos (eadem res), e com a mesma pretensão (eadem petendi), que é expressa por antiga máxima latina, o ne bis in idem. 2. Pela análise

de normativa internacionais incorporada e vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, constata-se a regra de que é a sentença definitiva oriunda de distintos Estados soberanos - e não a existência de litígio pendente de julgamento - que pode obstar a formação, a continuação ou a sobrevivência da relação jurídica processual que configuraria a litispendência. 3. Não há elementos suficientes nos autos para se afirmar, com certeza, que a investigação realizada no Uruguai envolveu exatamente as mesmas condutas. Ademais, caso se reconheça, na jurisdição ordinária, que o recorrente haja respondido, no Uruguai, pelos mesmos fatos delituosos a que veio a ser condenado no Brasil, dúvidas não há de que incidirá o art. 8º do Código Penal: “A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas”. Tal dispositivo, embora não cuide propriamente da proibição de dupla punição e perseguição penais, dispõe sobre o modo como deve ser resolvida a situação de quem é punido por distintos Estados soberanos pela prática do mesmo delito. 4. Não se afigura possível, na via estreita do habeas corpus, avaliar a extensão das investigações realizadas numa e noutra ação penal, bem como os fatos delituosos objeto de um e de outro processo, para se concluir, com precisão, se há ou não bis in idem ou litispendência. 5. A questão da litispendência há de ser enfrentada e dirimida nas instâncias ordinárias, onde o maior âmbito da cognição - horizontal e vertical - permitirá a aferição da efetiva ocorrência do alegado pressuposto negativo da validade da relação processual. 6. Recurso em habeas corpus não provido.

(STJ – 6.ª T. – RHC 104123/SP – rel. **Rogério Schietti Cruz** – j. 17.09.2019 – public. 20.09.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6114**)

Processo penal. Recurso em mandado de segurança. Homicídio qualificado. Tribunal do júri. Indeferimento do pedido de apresentação do réu com roupas civis em plenário. Princípio da plenitude de defesa. Ausência de prejuízo ao processo. Nulidade acolhida. Recurso parcialmente provido.

1. O Tribunal do Júri, juiz natural e soberano para julgar os crimes dolosos contra a vida, é instituição que desempenha papel fundamental na efetividade da justiça e no exercício da sociedade democrática, nos termos preceituados no art. 5º, XXVIII, da Constituição Federal. 2. O Conselho de Sentença, no uso de suas prerrogativas constitucionais, adota o sistema da íntima convicção, no tocante à valoração das provas, de forma que “a decisão do Tribunal do Júri, soberana, é regida pelo princípio da livre convicção, e não pelo art. 93, IX, da CF.” (HC 82.023/RJ, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, j. 17/11/2009, DJe 7/12/2009). 3. A Carta Magna prevê a plenitude de defesa como marca característica e essencial à própria instituição do Júri, garantindo ao acusado uma atuação defensiva plena e efetiva, ensinando o doutrinador Guilherme de Souza Nucci que “O que se busca aos acusados em geral é a mais aberta possibilidade de defesa, valendo-se dos instrumentos e recursos previstos em lei e evitando-se qualquer forma de cerceamento. Aos réus, no Tribunal do Júri, quer-se a defesa perfeita, dentro, obviamente, das limitações naturais dos seres humanos.” (NUCCI, Guilherme de Souza. Tribunal do Júri. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 35). 4. Havendo razoabilidade mínima no pleito da defesa, como se vislumbra do pedido pela apresentação do réu em Plenário com roupas civis, resta eivada de nulidade a decisão que genericamente o indefere. 5. A nulidade não exsurge do simples comparecimento do acusado na Sessão Plenária com as vestimentas usuais dos presos, sendo certo que diariamente julgamentos ocorrem nessa condição. 6. Desponta-se constrangimento ilegal quando, pleiteada a substituição dos trajes, dentro de uma estratégia defensiva traçada, o Juízo, sem pormenores, indefere o pedido, havendo cerceamento da plenitude de defesa do réu nesse ponto, haja vista não lhe ser proibido buscar a melhor forma, dentro dos parâmetros da razoabilidade, de se apresentar ao júri. 7. Recurso parcialmente provido para cassar a decisão do Juízo da 1ª Vara Criminal de Poços de Caldas/MG, na

ação penal n.º 0518.17.013273-3, de forma permitir ao réu, ora recorrente, usar roupas civis na Sessão do Tribunal do Júri.

(STJ – 5.ª T. – RMS 60575 – rel. **Ribeiro Dantas** – j. 13.08.2019 – public. 19.08.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6115**)

Revisão criminal. Art. 621, I, CPP. Condenação pelo furto tentado de 10 (dez) barras de chocolate. Reincidência. Aplicação do princípio da insignificância, pelo tribunal de justiça, que, à época, prejudicou o exame do pedido subsidiário de redução de pena. Provimento monocrático do recurso especial do ministério público, para restabelecer sentença condenatória. Pendência de exame do pedido subsidiário formulado pela defesa na apelação criminal: aplicação do princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional. Desconstituição parcial do trânsito em julgado para que o tribunal de justiça analise a tese defensiva pendente de julgamento.

1. A expressão “texto expresso da lei penal”, contida no inciso I do art. 621 do CPP, não deve ser compreendida apenas como a norma penal escrita, abrangendo, também, qualquer ato normativo que tenha sido utilizado como fundamento da sentença condenatória (por exemplo, portarias, leis completivas empregadas na aplicação de uma lei penal em branco etc.), a norma penal processual, a norma processual civil (aplicável subsidiariamente no processo penal, na forma do art. 3º do CPP) e a norma constitucional. 2. Nessa mesma linha, a melhor exegese da norma indica que o permissivo de revisão criminal constante no inciso I do art. 621 do CPP compreende, ainda, as normas processuais não escritas e que podem ser depreendidas do sistema processual como um todo, como ocorre com o direito ao duplo grau de jurisdição, a proibição de supressão de instância e a obrigação do julgador de fornecer uma prestação jurisdicional exauriente. 3. Assim sendo, é admissível a revisão criminal fundada no art. 621, I, do CPP ainda que, sem indicar nenhum dispositivo de lei penal violado, suas razões apontem tanto a supressão de instância quanto a ausência de esgotamento da prestação jurisdicional como consequência de error in procedendo do julgado que se pretende rescindir. Precedentes: RvCr 3.638/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Terceira Seção, julgado em 26/04/2017, DJe 04/05/2017 e AgRg na RvCr 3.480/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Terceira Seção, julgado em 22/06/2016, DJe 27/06/2016. 4. Situação em que o autor da revisão criminal, condenado a 1 (um) ano e 7 (sete) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, assim como ao pagamento de 11 (onze) dias-multa, pela tentativa de furto de 10 (dez) barras de chocolate, veio a ser absolvido pelo Tribunal de Justiça, com fundamento no princípio da insignificância, ficando, à época, prejudicado o pedido da defesa de redução da pena. Interposto recurso especial pelo Ministério Público, foi provido para afastar a aplicação do princípio da insignificância e restabelecer a sentença e a respectiva condenação, determinando, ainda, a imediata execução da pena. 5. Constatado error in procedendo por parte desta Corte quando do julgamento do recurso especial, por não ter submetido o caso novamente ao exame do Tribunal de segundo grau, é de rigor a desconstituição parcial do trânsito em julgado para a análise da matéria, em atenção ao princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional. 6. Revisão criminal julgada procedente, para que seja desconstituída a coisa julgada na parte referente à fixação da pena e seja determinado que o TJ/MG prossiga no julgamento das demais teses defensivas apresentadas quando da interposição do recurso de apelação, pertinentes à dosimetria da pena.

(STJ – 3.ª S. – Rev.Crim. 4944/MG – rel. **Reynaldo Soares da Fonseca** – j. 11.09.2019 – public. 20.09.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6116**)

Jurisprudência compilada por
Roberto Portugal de Biazi e Vivian Peres.