

| EDITORIAL

Nova lei de abuso de autoridade e democratização do sistema de justiça criminal

O debate recente sobre os 19 pontos vetados pelo presidente da República na Lei 13.869/2019, mais conhecida como “nova” Lei de Abuso de Autoridade, trouxe à tona a discussão sobre direito de defesa, combate à corrupção, presunção de inocência e devido processo legal.

É louvável a preocupação do legislador em atualizar a defasada Lei de Abuso de Autoridade, que é de 1965. A antiga lei, editada durante os “anos de chumbo” da Ditadura Civil-Militar brasileira, vem sendo criticada desde o início, eis que se voltava, na verdade, à proteção de autoridades que incorressem em abuso, mediante a cominação de penas muito inferiores àquelas cominadas a fatos análogos praticados por particulares. A nova lei define os crimes de abuso de autoridade e pretende alterar esse estado de coisas, violador da proporcionalidade e da igualdade, definindo de forma mais objetiva os crimes e cominando penas mais consentâneas com a gravidade dos delitos cometidos por agente público, servidor ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído (art. 1º).

É inegável que a discussão se dá em boa hora, pois os vazamentos do site *The Intercept* mostram abusos reiterados praticados por membros do Ministério Público Federal e Magistratura, subvertendo o sistema acusatório e o devido processo legal.

Todavia, em um cenário de inchaço legislativo penal, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais tem a obrigação de buscar elementos para a reflexão e racionalização do debate.

Mais uma vez, assiste-se a uma polarização da política nacional. De um lado, alguns magistrados, promotores e policiais se contrapõem à nova Lei, alegando cerceamento de suas atividades profissionais. De outro, uma parcela de profissionais do Direito aguarda a atualização e aprimoramento da antiga Lei de 1965.

Por que, afinal, seria oportuna, hoje, a nova Lei de Abuso de Autoridade?

Quando o legislador constitucional inseriu o artigo 133 na Carta Magna, reconhecendo que o exercício da advocacia é fundamental para a

realização da Justiça, quem ganhou foi a própria cidadania. Em um país democrático, o agente público que comete abusos, por óbvio, deve ser responsabilizado. Observamos uma tendência dos meios de comunicação de desprestigiar a figura do defensor, de desacreditá-lo, fato que colabora para o déficit democrático do sistema de Justiça. Quando essa tendência se transforma em desrespeito a direitos, como a violação de escritórios de advocacia, impedimento de comunicação reservada do defensor com a pessoa presa ou, ainda, quando é dada voz de prisão ao advogado no exercício do seu mister, sem fundamento jurídico válido, quem perde é a própria cidadania. Tais violações são preocupantes e geram um desequilíbrio no processo democrático.

Porém, a expectativa de que uma lei penal vá promover a democratização do sistema de Justiça, contudo, não deixa de afigurar-se como ilusória. Diante de uma reflexão mais aprofundada sobre o tema, soa ingênuo apostarmos que mais uma medida simbólica, como tantas outras, seria capaz de mudar esse déficit democrático do nosso sistema de Justiça. A reforma processual capaz de retirar das autoridades judiciárias poderes absolutos e instituir, finalmente, o sistema acusatório no processo penal brasileiro, retirando sua matriz inquisitorial, perpassa por questões mais complexas e a mudança de toda uma cultura jurídica.

Ainda que se promova com rigor a criminalização primária de atos de abuso de autoridade, sabe-se que o Direito Penal não é instrumento hábil ao enfrentamento dos problemas estruturais que marcam as práticas do sistema de justiça brasileiro.

É bastante previsível que os dispositivos incriminadores apenas se abatam contra indivíduos dos estratos mais baixos do serviço público, ou contra juízes e promotores que não gozem de cobertura política suficiente no interior de suas instituições, que os protejam contra as tentativas de criminalização secundária com base na nova lei. Como qualquer lei penal, não há como se desconsiderar que sua aplicação se dará de forma essencialmente seletiva.

Nesse sentido, as formas de criminalização da

| Caderno de Doutrina

An intersectional approach to understanding the challenges facing incarcerated women
Jamelia N. Morgan 2

Projeto de lei anticrime e a interceptação ambiental da conversa entre os advogados e os presos nos presídios federais
Antonio Baptista Gonçalves 5

A relação entre o projeto de lei anticrime e a teoria do estado de exceção permanente
Thaiana Conrado Nogueira e Thomaz Muylaert de Carvalho Britto 8

Barganha à brasileira: entre a proteção radical de direitos fundamentais e o inquisitorialismo nosso de cada dia
Fernando Alberto Cavaleiro de Macedo Barra 11

Política Criminal Negativa
Raphael Boldt 14

Lava jato: a competência da justiça eleitoral e a convalidação dos acordos de delação premiada
Chiavelli Facenda Falavigno e Alexandre Wunderlich 16

Projeto de Lei Anticrime e seus desejos de encarceramento em massa como solução analgésica de uma política criminal fadada ao fracasso
Natalia Lopes Alves 17

Pacote anticrime e Whistleblower: um ponto dentro da curva
Fábio Augusto Tamborlin 21

O “pacotão” anticrime e o des(Moro)namento do efeito recursal suspensivo da decisão de pronúncia
Daniel Kessler de Oliveira e Diogo Machado de Carvalho 22

Expansão e seletividade: a justiça penal negociada no pacote anticrime
Gabriel Martins Furquim e Salvador Scarpelli Neto 24

O excesso legitimado como regra: a excludente de ilicitude no projeto de lei “anticrime”
Taiguara Libano Soares e Souza e Rebecca Féo de Oliveira 26

Equilibrar o desequilíbrio: a Resolução do CNJ sobre indígenas submetidos à persecução penal
André Augusto Salvador Bezerra, Guilherme Madi Rezende e Michael Mary Lonan 30

| Caderno de Jurisprudência

| CORTES INTERNACIONAIS E SUAS DECISÕES COMENTADAS

Garantias pré-processuais, tortura, o direito a não ser condenado com base em provas ilícitas e “controle difuso de convencionalidade”: o caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México
Renata Tavares da Costa 2217

| JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal 2220
Superior Tribunal de Justiça 2222
Superior Tribunal Militar 2223
Tribunal de Justiça de Santa Catarina 2224
Tribunal de Justiça de São Paulo 2224
Tribunal de Justiça do Paraná 2224

dita “cifra dourada”, visando à penalização de atos dos poderosos, provavelmente se converterá em medida meramente simbólica, conclusão que se extrai das recentes experiências de movimentação da máquina penal contra indivíduos que não se enquadram no estereótipo delinquencial clássico. Por outro lado, não se pode desconsiderar a hipótese de que a criminalização do abuso de autoridade seja utilizada como instrumento de *lawfare* (criminalização por falta de cobertura), promovendo a perseguição apenas daquelas autoridades que não demonstrem adesão ideológica ao projeto autoritário de encarceramento em massa encampado pela cúpula do Poder Judiciário brasileiro e pelo Ministério Público.

A democratização do sistema de Justiça, assim, demanda muito mais que a edição de uma norma penal. Há que se repensar a seleção dos magistrados e promotores, a ausência de participação social e de ouvidorias externas nessas instituições, a implementação de cotas nos concursos de ingresso e promoção, o estabelecimento de formas de responsabilização político-criminal e publicização das decisões etc.⁽¹⁾

O IBCCRIM sedia a Plataforma Justa, que se propõe a coletar dados e avaliar as distorções havidas no sistema de Justiça no que diz respeito à representatividade, ao orçamento e ao teor das decisões. Nesse diapasão, a partir dos dados de 2018, a Plataforma identificou que, nos Tribunais Estaduais, a probabilidade de um homem branco tornar-se desembargador é 33,5 vezes maior que a possibilidade de uma mulher negra alçar a esse cargo. Dentre os juízes de primeira instância, 48,3% são homens brancos e 31,8% são mulheres brancas, sendo que apenas 11,8% dos juízes declaram-se como homens negros e 6,6% das juízas são mulheres negras.

No que toca aos dados orçamentários do sistema de justiça, a situação de falta de transparência e distorção acerca de prioridades também é evidente. Tomando-se por exemplo o Estado de São Paulo, verificou-se que, em 2018, 5,14% de todo o orçamento estadual foi destinado ao Tribunal de Justiça, sendo um montante superior à soma do orçamento destinado às áreas de assistência social, habitação, saneamento, direitos e cidadania, trabalho, ciência e tecnologia, ambiental, comunicação, esportes e energia.⁽²⁾ Do orçamento do TJSP, 79% foi destinado exclusivamente ao pagamento de pessoal. Nesse diapasão, a plataforma revela que as remunerações de

juízes e promotores no Estado superam em muito, na média, o teto constitucional.

Assim, o déficit democrático do sistema de Justiça é um problema muito mais complexo e que demanda propostas estruturais mais amplas do que a criminalização simbólica de algumas condutas, no sentido de desconstituição da cultura que alça as “castas judiciárias” a um estamento acima da regência da lei.

Se as investidas anteriores de endurecimento penal com vistas à mudança da cultura jurídica no país não foram bem-sucedidas, a repetição dessa fórmula não deverá contribuir significativamente para uma mudança estrutural e efetivação do sistema processual penal acusatório no país. Por outro lado, não se pode negar que o debate sobre as mais diversas formas de abuso de autoridade, ainda que pela via ilusória da edição de uma lei penal, aponta para o reconhecimento da lesividade desse tipo de conduta abusiva praticada por quem historicamente se comporta como se estivesse acima da lei. O reconhecimento da falta de controle das autoridades reforça o quanto precisa ser combatido o elitismo e o autoritarismo presentes sobretudo nas carreiras jurídicas, visando à efetivação de leis já existentes que protegem e garantem o respeito às prerrogativas profissionais e os direitos fundamentais dos cidadãos e cidadãs. A nova Lei de Abuso de Autoridade, assim, está muito longe de promover uma “revolução democrática da Justiça”, conforme preconizada por Boaventura de Souza Santos.⁽³⁾ Contudo, o debate sobre a imposição de limites às autoridades e às práticas palacianas que marcam a cultura jurídica brasileira é urgente, o que se demonstra pela reação das corporações do sistema de Justiça contra o debate legislativo sobre o tema, no afã da manutenção de seus privilégios e de sua recusa em submeter-se à regência do ordenamento jurídico.

Notas

- (1) Dentre essas medidas, a criação de ouvidorias externas do sistema de justiça e a criação de responsabilidade político-criminal para a criminalização de novas condutas encontram-se propostas nas “16 medidas contra o encarceramento em massa” do Ibccrim, Pastoral Carcerária, AJD e CEDD/UnB. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/docs/2017/16MEDIDAS_Caderno.pdf.
- (2) Os dados podem ser conferidos em justa.org.br.
- (3) SANTOS, Boaventura de Souza. *Por uma revolução democrática da Justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

An intersectional approach to understanding the challenges facing incarcerated women

Jamelia N. Morgan

Introduction: Mass Incarceration

Any discussion on women in prisons must reckon with the fact that we are in a period of mass incarceration, or more accurately race and class-based incarceration. The rates of incarceration are unprecedented in the course of human history. The United States with just 5% of the world’s population holds 25% of those who are imprisoned.

Women are the fastest growing segment of the incarcerated here in the United States. Many of us are familiar with the data. One in 56 women will experience incarceration in their lives – that is, one in 111 white women, one in 18 Black women, one in 31 Latina women. Our

nation incarcerates nearly a third of all women in prison, according to a 2014 report by the International Center for Prison Studies. As I will discuss in this short essay, many these incarcerated women are living with disabilities and women with disabilities represent the vast majority of incarcerated women.

Disability and Incarcerated Women

As many as 80% of incarcerated women meet the criteria for at least one lifetime psychiatric disability. Nearly 73% of incarcerated women in state institutions and 47% in federal institutions report using drugs regularly prior to incarceration. Incarcerated women have

higher rates of disability than the general population: 12% of women in the general population have symptoms of a mental disorder, or psychiatric disability, a term I will use in this essay instead of mental illness or disorder, compared to 73% of women in state prison, 61% in federal prison, and 75% in local jails. There are gender disparities in the prevalence rates of disability in prison: Seventy-three percent of women in state prisons have psychiatric disabilities versus 55% of men, and 75% of women in local jails reported having mental health problems versus 63% of men. According to one study, 65.5% of women have a history of diagnosed mental disabilities and 20% reported experiencing serious distress in the past 30 days. For men, approximately 34% reported a history of diagnosed mental disabilities and 14% reported experiencing serious distress in the past 30 days. According to another study, incarcerated women reported higher rates of PTSD than war veterans. Although it is likely that gender norms against disclosing psychiatric disabilities likely influence the number of men willing to report experiencing mental health problems in prison, as in many cases doing so could render them more vulnerable to violence and abuse in the carceral setting, the evidence of gender disparities is persuasive.

Physical Disability and Women

Incarcerated women are more likely than men to report having a physical disability. In a 2015 U.S. Department of Justice report, about 40% of women and 31% of men in prison and 49% of women and 39% of men in jail reported a disability.

The report defined disability as including hearing, vision, cognitive, and ambulatory disabilities. It also included disabilities that provide challenges with self-care and independent living, which refers to the ability to navigate daily life schedules, activities, and events without assistance.

Systemic Failures:

Despite these significant numbers, there is evidence that prisons and jails are routinely failing to meet the needs of women with disabilities.

Real Stories:

- Michelle Kindoll experienced multiple strokes while confined in a Northern Kentucky jail. Rather than treating her properly, Kindoll, then 43 years old, was placed in an isolated cell for a period spanning several days. While confined she suffered multiple strokes, but medical staff ignored her symptoms, which included a numb leg, curling arm and slurred speech, according to a federal lawsuit. Instead, jail officials labeled Kindoll of being disruptive.
- Following amputation surgery, Martinique Stoudemire contracted MRSA, a serious bacterial infection. Prison policy required that Stoudemire be quarantined in a segregation unit due to her infection, and she was quarantined in the segregation unit at Huron Valley Women's Facility. Stoudemire stated that prison officials managing the Huron Valley Women's Facility held her in solitary confinement for two weeks with limited medical assistance and absolutely no contact with a prison doctor. She alleged that she received "extremely poor medical care while in segregation," and that the "cells were not equipped to accommodate" her disability. Specifically, she alleged that she "was never provided with any assistive devices that might have

allowed her to safely move between her bed, wheelchair, toilet, and shower," and that "[t]here was no call button, so Stoudemire had to shout when she needed assistance." Stoudemire was also "forced to crawl from her bed to the toilet." On one occasion, she defecated on herself when staff failed to respond to her requests for assistance. During her two weeks in segregation, Stoudemire "received only one shower . . . and was required to dress her wounds herself, which put her at risk of infection." The Michigan Department of Corrections settled the suit with Stoudemire in May 2016, awarding her over \$200,000 for the harm caused.

- Erika Rocha spent her 35th birthday confined in California Institution for Women in Chino Valley. The women in her tier threw her a Tinker Bell party to celebrate. A few months later on April 14, Rocha's body was discovered hanging in her 10-by-15-foot cell. Rocha's parole hearing had been scheduled for the next day. According to investigative reporters, stories like Erika's have become far too common at California Institution for Women, a facility known for its surge in suicides and suicide attempts in the last few years. Six women have died by suicide at the prison since the start of 2013, and there have been 73 suicide attempts, according to the California Department of Corrections. Prisoner-rights advocates say the number of attempts is likely higher. The suicide rate at CIW, as reported by the Department of Corrections, is five times the state average, and four to five times the national average for all female inmates in state prisons.

How do we understand the failure to meet the needs of incarcerated women with disabilities or the erasure of women with disabilities from the reforms to end mass incarceration and end the mistreatment of women in prison?

Disability & Incarcerated Women in Historical Context

To understand the treatment of incarcerated women with disabilities today, we have to understand disability in historical context. For most of human history, disability was viewed as illness, deformity, or deviation from a medicalized norm. Disability was viewed as an ailment to be cured and an attribute that rendered one abnormal and less than the ideal able body or mind. To understand this conception of disability – the medical model of disability – you have to understand the racial origins of this concept of disability.

During the period of eugenics when pseudo-science was used to justify the superiority of the white race, the idea of disability was that it distorted the ideal or normalized white body. Under the racist logics of eugenics, disability corrupted the purity of the white race. Disability in bodies and minds was linked to (for the purposes of our conversation on incarcerated women) immorality/sin, deviance, criminality, and sexual promiscuity. Where disability (today what would be labeled as cognitive or developmental, physical or psychiatric) was identified it was often linked to immorality, criminality and/or sexual promiscuity and in turn used to institutionalize people with disabilities including women. In short, disability linked with criminality, linked with sexual promiscuity, and linked with immorality resulted in institutionalization. Once institutionalized, women with disabilities were then forcibly sterilized on the grounds that the state had an interest in preventing women from reproducing children with "undesirable traits" who were presumed to be public charges and strain the public fisc.

In 1927, the Supreme Court sanctioned forcible sterilizations in

Buck v. Bell, a test case for the Virginia Eugenical Sterilization Act (passed in 1924). Officials at the Virginia Colony for the Epileptic and Feeble-minded argued in the Supreme Court that the state of Virginia had the right to forcibly sterilize a young white woman named Carrie Buck. Carrie, like her mother Emma committed to the Colony an asylum, where women labeled as “feeble-minded,” “immoral,” and “sexually promiscuous” were forcibly sterilized. Carrie’s 4-year-old daughter was forcibly removed from her on account of her commitment to the institution. Historians have since discovered that Carrie Buck did not have an intellectual disability and became pregnant as a result of a forcible rape. Despite these facts, the Supreme Court upheld the Act in an 8-to-1 decision. Carrie Buck became the first person forcibly sterilized under the new law. In a notorious line, Justice Oliver Wendell Holmes wrote, “Three generations of imbeciles is enough.”

Based on the legacies of eugenics logics, Black and Indigenous women were sterilized at alarming rates well into the 1970s. In one case of thousands of identified forcible sterilizations, the Eugenics Commission of North Carolina sterilized Nial Ruth Cox, at the age of eighteen. Cox reported that officials had threatened to discontinue her family’s welfare payments if she refused to submit to surgical sterilization. Notably, the North Carolina state eugenics program targeted young Black women deemed to be “promiscuous” or “feeble-minded”, epileptics, and women who had been deemed by social workers to have undesirable traits. Similar programs targeted Native American women. A 1976 study by the U.S. General Accounting Office found that Indian Health Service regions sterilized 3,406 Native American women without their permission between 1973 and 1976. The GAO found that 36 women under age 21 had been forcibly sterilized during this period despite a court-ordered moratorium on sterilizations of women younger than 21.

4

This brief history gives us a glimpse into how to contextualize the mistreatment of incarcerated women and incarcerated women with disabilities. The laws in several states continue to shackle pregnant women during childbirth and post-partum. Though states and the federal system are now passing laws to prohibit the inhumane and degrading practice, the practice can be viewed in historical context as part of efforts to control, subjugate, and restrict the reproductive freedoms of women labeled criminal, and labeled as immoral. Moreover, though we no longer explicitly criminalize disability we indirectly criminalize disabilities by incarcerating survivors of abuse who are experiencing or have experienced trauma or substance use dependencies (instead of providing alternatives to incarceration), by locking women in solitary instead of providing mental health treatment and support, or by failing to provide accommodations for policies and practices, such as through

trauma informed care, in a way that recognizes the unique needs of women in prison. Disability therefore offers an appropriate lens for understanding how women get into prison and how they respond to harsh prison conditions. The lens of disability provides a pathway for more humane treatment in spaces that were not designed to provide mental health treatment and medical care.

Intersectionality

I offer these grim statistics to provide a framework for understanding the problem of mass incarceration in American and, particularly, the plight of women and women with disabilities. Recent improvements in advocacy efforts notwithstanding, single-axis framework continues to dominate prison reform and advocacy. The dominant conception of mass incarceration is that it occurs along a single axis (e.g., racial subordination, as explained so eloquently by Michelle Alexander in *The New Jim Crow*). In this framework, the injustice of mass incarceration tends to be viewed from the lens of low-income, cis-gender Black men (a group that is certainly experiencing the brutal harms of mass incarceration). However, this erases the experiences of women and women with disabilities. As a result, these groups are often marginalized in U.S. prison reform advocacy.

Effective approaches aimed at removing barriers and ensuring equal access for incarcerated women with disabilities must adopt an intersectional lens. Intersectional approaches reflect the reality that disadvantage and exclusion are based on the interaction of multiple identities and social structures. An intersectional lens recognizes that women with disabilities have a diversity of lived experiences and possess multiple identities that may intersect and overlap to compound the forms of marginalization and oppression they experience while incarcerated. Women with disabilities identify as members of historically marginalized racial minority groups. They also identify as lesbian, bisexual, transgender, or gender non-conforming. Reforms that address the challenges facing women with disabilities must provide intersectional solutions that acknowledge the many ways that these women may be marginalized in prisons and jails nationwide. Only through such holistic and intersectional efforts can we truly begin to dismantle mass incarceration in America.

Jamelia N. Morgan

Associate Professor of Law, University of
Connecticut School of Law.

Recebido em: 13.08.2019

Aprovado em: 13.08.2019

Versão final: 16.09.2019



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 Shecara

OUVIDORA

Fabiana Zanatta Viana

Projeto de lei anticrime e a interceptação ambiental da conversa entre os advogados e os presos nos presídios federais

Antonio Baptista Gonçalves

Resumo: A interceptação telefônica é uma medida excepcional que tem auxiliado sobremaneira nas investigações a fim de coibir organizações criminosas, agentes do narcotráfico, exploração de mulheres e menores, tráfico de pessoas, embranquecimento de capitais e demais atividades ilícitas que se ramificam e se tornam complexas e de difícil rastreamento. Desde que se obedeça aos requisitos e limites impostos pela Lei n. 9.296/96. No entanto, não se pode considerar o advogado como parte ou alvo desse processo. Se o advogado é criminoso, que se investigue, mas ser objeto de uma interceptação somente por ter conversas com seus clientes não pode jamais ser autorizado pela justiça. As prerrogativas profissionais devem ser respeitadas.

Palavras-chave: Interceptação telefônica. Direitos fundamentais. Prerrogativas profissionais.

O Projeto de Lei Anticrime, elaborado pelo ministro da Justiça e da Segurança Pública, Sergio Moro, se aprovado, alterará catorze leis nacionais, dentre elas o Código Penal, o Código de Execução Penal e a Lei de Execução Penal, Lei de Crimes Hediondos e Código Eleitoral, com o fim de otimizar o sistema penal objetivando o combate ao crime organizado, à corrupção e aos crimes com grave violência à pessoa.

O projeto proposto pelo ministro Sergio Moro objetiva principalmente: a figura do *whistleblower* ou informante do bem; alterações na questão da legítima defesa na intervenção policial; modificação dos embargos infringentes; maior repressão penal para as organizações criminosas; modificação na prescrição estatal; uso do bem apreendido; autorizar as interceptações das conversas entre advogados e clientes dentro dos presídios federais; e medidas de combate à corrupção. O Projeto Anticrime ainda contempla outras, porém estas são as que possuem maior impacto e discussão na doutrina.

Aqui analisaremos dois pontos que estão ligados no projeto: a questão do endurecimento penal para as organizações criminosas e as interceptações nos presídios federais. Começamos pelo endurecimento. Ainda que não exista uma exposição de motivos para o Projeto Anticrime propriamente dito, o ministro da Justiça e da Segurança Pública faz algumas poucas observações quando apresenta o Projeto à Câmara. Assim, há alguns pontos que foram mencionados e justificados, ainda que sem a devida profundidade ou investigação doutrinária e acadêmica; portanto, podemos notar alguns elementos elucidativos apresentados pelo ministro, dos quais ressaltamos em especial a clareza do endurecimento por parte do projeto: “Incluem-se no art. 22 da referida lei os parágrafos 52, 62 e 72, que dificultam a progressão de regime e as saídas temporárias em determinadas situações. O agravamento das condições é diretamente proporcional à gravidade dos crimes hediondos. Caso tenha ocorrido morte da vítima, a progressão dependerá do cumprimento de três quintos da pena. Trata-se de necessidade premente, qual seja, enrijecer a sanção nos crimes de maior gravidade. Propositadamente foi excluído o crime de

Abstract: Telephone interception is an exceptional measure that has greatly aided in investigations to curb criminal organizations, drug traffickers, exploitation of women and minors, trafficking in persons, money laundering and other illicit activities that are branching out and becoming complex and of difficult tracking. Provided that the requirements and limits imposed by Law n. 9.296/96. However, the lawyer can not be considered as part or target of this process. If the lawyer commits crimes, then investigate, but being subject to an interception only by having conversations with his client can never be authorized by justice. Professional prerogatives must be respected.

Keywords: Telephone interception. Fundamental rights. Professional prerogatives.

tráfico de drogas no §72, pois ele envolve situações de diferentes graus de gravidade, ora extremamente relevantes (p. ex., tráfico internacional de cocaína), ora de pequena monta (p. ex., cessão de droga leve entre jovens). Portanto, o endurecimento não deve ser generalizado.⁽¹⁾

A questão do endurecimento está clara quando do trecho: “Trata-se de necessidade premente, qual seja, enrijecer a sanção nos crimes de maior gravidade”. E se admite o endurecimento quando se prevê a necessidade de critérios para a aplicação do mesmo: “O endurecimento não deve ser generalizado”.

Claramente há um rigor em uma legislação que já possui rigidez, como é a Lei dos crimes hediondos. Agora, se objetiva aumentar o tempo de cumprimento em regime fechado antes da possibilidade de progressão de pena. O aumento de um quinto é elevado e busca manter por mais tempo presos os criminosos mais violentos, dispositivo que, combinado com outros como o artigo 33, em seus parágrafos 5º, 6º e 7º do Código Penal, com a redação do Projeto passará a prever a figura do criminoso habitual, profissional e por tendência. Tema este que será base para o aumento da repressão e do endurecimento penal.

Dentro do tema do endurecimento penal, o Projeto previu também a relação dos presos com seus advogados através do monitoramento da conversa entre eles: “§2º Os atendimentos de advogados serão previamente agendados, mediante requerimento, escrito ou oral, à direção do estabelecimento penal federal. §3º Os estabelecimentos penais federais de segurança máxima deverão **dispor de monitoramento de áudio e vídeo no parlatório e nas áreas comuns**, para fins de preservação da ordem interna e da segurança pública, vedado seu uso nas celas (grifo nosso). §4º As gravações das visitas não poderão ser utilizadas como meio de prova de infrações penais pretéritas ao ingresso do preso no estabelecimento. §5º **As gravações de atendimentos de advogados só poderão ser autorizadas por decisão judicial fundamentada**” (grifo nosso).

Não é nova a ideia de se gravar a conversa entre os presos e seus advogados. É interessante para o Estado, e o pretexto segue

o mesmo: suspeita do causídico em atividades criminosas como facilitador do crime organizado. Assim, a fim de se responsabilizar uma parcela da classe que transgredir e afeta a todos. O que não se percebe no Projeto é o procedimento sobre as gravações, isto é, somente a necessidade de autorização judicial. Contudo, em quais casos? De que forma? Qual o método de obtenção das provas? A defesa do preso será maculada por um pré-julgamento das conversas ouvidas pelo magistrado? O contraditório e a ampla defesa serão respeitados? A fim de buscar informações sobre as facções criminosas, o Estado pode relativizar e, em muitos casos, suprimir seus direitos fundamentais? Inclusive burlar a norma mais cara da Carta Magna: a preservação da dignidade da pessoa humana?

A possibilidade de o advogado encaminhar mensagens de e para as lideranças das facções é tema recorrente pelo legislador nacional. As interceptações telefônicas entre advogados e clientes presos não são notícia inédita; e frequentemente são obtidas via autorização judicial. Há previsão legal da degravação quando se identifica que a conversa envolve advogado. Todavia, o magistrado já teve acesso a seu conteúdo e já formou um prévio convencimento sobre os fatos ali registrados, ainda que seja retirada dos autos, a mesma informação não será extraída do magistrado; e a ampla defesa e o contraditório já foram maculados sob a pecha da defesa da sociedade e do combate ao crime organizado.

Segundo o Projeto Anticrime, a interceptação que se pretende é a ambiental, na qual o conceito é o mesmo da interceptação telefônica, contudo, a gravação é feita na conversa ambiente captada por um terceiro, sem o conhecimento prévio de nenhum dos interlocutores.⁽²⁾ A interceptação e a escuta dependem de autorização judicial para que sejam consideradas como prova lícita.⁽³⁾

O presidente da seção do Distrito Federal da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (Abracrim-DF), **Michel Saliba**, avalia que a proposta viola não só direitos do advogado, mas também do cidadão: “Não há como um réu formular a sua defesa e as razões da sua defesa se ele não tem o necessário sigilo da tese jurídica que ele vai aproveitar. A acusação vai saber antecipadamente da sua defesa. Por mais que ele seja réu confesso, dentro da estrutura da defesa há estruturas – *lícitas, éticas e morais* – que só cabem ao advogado ou ao réu. E com o réu preso, isso tudo é estabelecido dentro do presídio”.⁽⁴⁾

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre o tema através dos HC 59.967 e HC 66.368/PR. E, como dissemos, quando o advogado tem conversa interceptada acidentalmente, por conta de investigação criminal, não dele, mas sim do cliente ou alguém relacionado, a interceptação não é ilegal; contudo, deve ser considerada inválida em decorrência do sigilo profissional.

O STJ possui decisão sobre o tema: “A captação incidental de diálogos entre o advogado e o cliente/investigado não configura violação do sigilo profissional do causídico. Precedente. Na hipótese, em interceptação telefônica devidamente autorizada pela justiça, foram captados incidentalmente diálogos entre o advogado e a esposa de um dos investigados, a qual não estava sob seu patrocínio.” (AgRg no AREsp 457.522/SC, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, julgado em 10/11/2015, DJe 25/11/2015).

O problema que se coloca é a previsão de o Projeto Anticrime interceptar as conversas entre os clientes e os seus advogados de forma deliberada e proposital, mesmo através de autorização judicial. Tal ato não deve ocorrer, pois ao profissional do Direito deve residir autonomia plena de função; e sua relação de confiança

com seus clientes não pode ser maculada em nenhuma hipótese.⁽⁵⁾

A Constituição Federal através dos artigos 5º, XII, XIV, LVI e 133, além do artigo 8º, 2, d e g, 3 do Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, e do artigo 7º, incisos I e II do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, garantem a impossibilidade de captação de qualquer conversa entre os advogados e seus clientes, especialmente para proteger os interesses do acusado, para preservar que sejam desveladas situações que maculem ou tragam prejuízos inadmissíveis a sua privacidade e intimidade ao afetarem seus direitos: consciência, silêncio, presunção de inocência e a confiança na relação com o causídico, visto que em alguma dessas conversas podem ser relevados elementos que contribuam para sua autoincriminação ou que maculem sua defesa.

No sopesamento dos direitos fundamentais, pela visão pretendida pelo Projeto Anticrime, é legítimo relativizar e suprimir direitos de um cidadão brasileiro, em defesa da bandeira da segurança e da proteção social. Se o Estado é ineficiente e não dispõe de outros elementos para coibir os delitos, não podem ser autorizadas a relativização e supressão de direitos. O Direito Penal do Inimigo não faz parte da realidade brasileira, apesar de o Ministro da Justiça querer, pelo visto, se aproximar a passos largos dos conceitos defendidos por **Günther Jackobs**.

Ressalte-se que não há proteção quando o advogado passa a ser investigado por ser membro de organização criminosa, estar vinculado a atividades ilícitas e se aproveitar da prerrogativa do sigilo da profissão para transmitir informações relevantes à organização criminosa e a seus membros.

Importante destacar que a legislação penal vigente já estabelece que integrar organização criminosa é ato punido com pena de 3 a 8 anos de prisão. Além disso, será que o presente Anteprojeto revogaria o artigo 288-A do Código Penal? Ademais, como ficam temas passíveis de inconstitucionalidade como os impedimentos, para os membros de organizações criminosas, para progressão de regime, ou para a concessão do livramento condicional e também para os benefícios adquiridos pelo preso por organização que mantiver vínculo associativo? Será autorizada a supressão de direitos?

No tocante às organizações criminosas, claro está que o Brasil tem perdido a batalha para as facções criminosas que se transnacionalizaram e ampliaram suas operações⁽⁶⁾ graças à colaboração ativa de agentes públicos do Estado nas fronteiras ao longo do território nacional; mas não só isso, porque também há falta de efetivo, falta de motivação, baixa remuneração, falta de equipamento, materiais, além de uma não proteção efetiva às fronteiras; pois em muitos trechos não há sequer um aparato para separar os países.

O Brasil, graças à atuação das organizações criminosas nas fronteiras, se tornou o segundo consumidor de cocaína do mundo no último ano. Cerca de 6 milhões de brasileiros provaram cocaína alguma vez na vida, e 2,8 milhões fizeram uso da droga em 2018, segundo pesquisa que situa o Brasil como segundo consumidor mundial da substância entorpecente e seus derivados, ficando atrás apenas dos Estados Unidos.

Ciente da expansão das facções criminosas, o Estado Democrático de Direito Brasileiro responde da maneira que sempre o fez: com repressão penal, a solução mais rápida e midiática como resposta à crise da segurança pública. Desde 1940, ano de criação do ainda vigente Código Penal, até os dias correntes o Brasil criou 180 leis penais. E qual foi o impacto de tais medidas no universo prisional? Um aumento exponencial da população carcerária.

Em 1993, ano da criação do PCC, a população carcerária era de 126,2 mil presos.⁽⁷⁾ Passados pouco mais de 25 anos, os números assustam, pois, segundo o Conselho Nacional do Ministério Público, a população carcerária é de pouco mais de 700 mil presos, população 175% acima da capacidade de ocupação, isto é, com notada superlotação. Se analisado por região, a situação somente piora, pois no Norte do Brasil temos quase três vezes a quantidade de presos em relação ao espaço disponível.⁽⁸⁾

Com o Projeto de Lei Anticrime, o legislador brasileiro pretende seguir com sua política de endurecimento penal, sem tratar do cerne do problema das facções criminais: a falta de harmonização das penas. As facções ganham espaço e força perante os detentos por terem se tornado uma espécie de sindicato do crime, na luta por melhoria de condições dentro dos presídios.

Afinal, falha o Estado Democrático de Direito quando não há respeito à dignidade da pessoa humana; ao manter os presos em locais superlotados, sem condições sanitárias e dignas. Da mesma sorte, ao não respeitar os direitos dos presos, retardar sua progressão de regime, não lhe retirar do sistema quando já cumpriu pena, mantendo-o preso por descuido estatal.

Em verdade, o que precisa ser feito é tratar a causa do problema e não as suas consequências, como tem feito o legislador brasileiro. E o cerne da questão é um Estado que não respeita a população carcerária, não aplica a harmonização das penas e não incentiva a ressocialização prisional, o que reflete no aumento do cometimento de crimes e no inchaço da massa prisional. Endurecer não é a solução, portanto, para melhorar o sistema O Estado deve se preocupar em criar condições para que o presos não precisem se filiar as facções como forma de sobreviver, mas sim tenham a opção de escolha entre uma proposta ressocializatória estatal com harmonização das penas e respeito aos seus direitos e garantias ou pertencer ao mundo do crime e das facções criminosas. Hoje não há essa possibilidade de escolha. E criar novas leis não mudará o cenário, será apenas mais uma ação midiática de pouca eficácia prática.

A interceptação ao nosso ver também é um mero paliativo, não afeta o real problema. Para atingir eficazmente as facções criminosas, o Brasil deve se modernizar e investir sim, não na criação de novas leis de endurecimento, mas em cooperação internacional, com parcerias em investigação científica, a fim de melhorar sua tecnologia, seu serviço de inteligência, a capacitação dos seus agentes para atuar na prevenção do crime organizado transnacional e estar em conformidade com os organismos internacionais dedicados ao tema.

Notas

- (1) Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=DBE5D738153B1355BF1554F5F33DD07A.proposicoesWebExterno1?codteor=17121111&filename=Tramitacao-PL+882/2019>. Acesso em: 10 mai. 2019.
- (2) A legislação também prevê a possibilidade de “captação e interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial”, consoante o inciso IV do art. 2º da Lei n. 9.034/95, incluído pela Lei n. 10.217, de 11.04.2001. STRECK, Lenio Luiz (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 293.
- (3) O legislador perdeu uma boa oportunidade de regulamentar o assunto, que normalmente vem tratado, no direito estrangeiro, juntamente com a disciplina das interceptações. O Projeto Miro Teixeira cuidava expressamente dessas hipóteses, considerando lícita a produção da prova obtida mediante gravação clandestina, desde que utilizada para proteção de direito ameaçado ou violado de quem gravou a conversa. Com efeito, parece-nos que a licitude ou não da prova obtida através desse expediente deve ser analisada casuisticamente, de acordo com o caso concreto. É claro que essa conclusão vai de encontro com o princípio da segurança

jurídica, mas não enxergamos outra solução até que se regulamente a matéria. Nesse sentido, o STJ considerou ilícita a gravação clandestina realizada pela companheira do acusado, com o objetivo de incriminá-lo pelo homicídio da vítima, pessoa com quem ela mantinha uma relação amorosa. Nos termos da ementa da decisão: “tal prova (gravação clandestina) foi colhida com indevida violação de privacidade (art.5º, X, da CF) e não como meio de defesa ou em razão de investida criminosas, razão pela qual deve ser reputada ilícita”. Sem embargo dos posicionamentos contrários à utilização da gravação clandestina (ambiental ou telefônica) como meio de obtenção de prova, reiteramos que o tema deve ser discutido de acordo com o caso concreto, à luz do princípio da proporcionalidade. Deve-se, portanto, perquirir se o sacrifício ao direito à intimidade da pessoa gravada de forma sub-reptícia se justifica diante da finalidade da gravação. Em outras palavras, é imprescindível que os bens jurídicos em confronto sejam sopesados, dando-se preferência àquele de maior relevância. Demais disso, não podemos olvidar que a gravação de uma conversa não se confunde com a sua divulgação. É a divulgação que viola o direito à intimidade e não a gravação, afinal, as informações compartilhadas com a pessoa responsável pelo registro da comunicação ocorrem de maneira espontânea, sem qualquer tipo de coação ou engodo. Sendo assim, havendo justa causa (juízo de proporcionalidade), tais informações podem perfeitamente ser utilizadas como prova. Ora, se uma pessoa pode prestar testemunho sobre uma conversação da qual ela fez parte, por que uma gravação do mesmo diálogo seria considerada ilícita?! GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 17 p. 115.

- (4) RODAS, Sérgio. Pacote “anticrime” quer permitir gravação de conversa entre advogado e cliente preso. *Revista Consultor Jurídico*, 7 fev. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-07/pacote-anticrime-permitir-gravacao-entre-advogado-cliente-preso>>. Acesso em: 16 mai. 2019.
- (5) O que dizer da “escuta ambiental”, que permite “a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos”, que poderá, vejam bem, ser realizada “no período noturno ou por meio de operação policial disfarçada”? Vai na mesma linha da autorização que o projeto planeja conferir às autoridades de, em presídios federais, gravar as conversas entre advogado e cliente. Gravar advogado. Agente do Estado disfarçado praticando “escuta ambiental”. Além de uma espécie de “licença para matar”, o projeto “anticrime” é atingido pelo Fator Big Brother. Isso porque, além do policial disfarçado que, à la Grande Irmão, tudo escuta, também se pretende que seja possível agora a prática do agente encoberto. De novo: o discurso é bonito. Na prática, a teoria é outra. STRECK, Lenio Luiz. PCC, CV e milícias ganham status legislativo: Moro dá boia aos nomes! *Revista Consultor Jurídico*, 14 fev. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-14/senso-incomum-pcc-cv-milicias-ganham-status-legislativo-moro-bois-aos-nomes>>. Acesso em: 15 mai. 2019.
- (6) Inquestionável, por outro lado, que, hoje, a atuação do crime organizado é praticamente universal. A interligação da economia mundial permitiu ao crime organizado a globalização de suas “atividades”, mormente após a queda do comunismo soviético e a dissolução das fronteiras da Europa por consequência da formação da comunidade econômica europeia. Com isso a Máfia, seja a siciliana ou sua coirmã norte-americana, tende a crescer ainda mais, e assim também aquelas organizações menores, algumas das quais lhe são aparentadas, como a “Camorra” de Nápoles, a “Sacra Carona Unira” de Púglia e a “N’drangheta” da Calábria. E igualmente se expandem as Triades chinesas e a Yakuza japonesa, além de bandos criminosos que, amparados pela Máfia siciliana, agem na Europa do Leste e na Rússia e, presentemente, na França, na Holanda, na Grã-Bretanha e na Alemanha. FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. *Criminologia integrada*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 446.
- (7) Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2019.
- (8) Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>>. Acesso em: 12 mai. 2019.

Antonio Baptista Gonçalves

Pós-doutor em Ciências Jurídicas pela Universidade de La Matanza. Doutor e mestre em Filosofia do Direito pela PUCSP.

MBA em Relações Internacionais pela FGV. Especialista em Direitos Fundamentais pela Universidade de Coimbra.

Advogado.

ORCID: 0000-0002-1666-3461
antonio@antoniongoncalves.com

Recebido em: 14.03.2019

Aprovado em: 20.08.2019

Versão final: 19.09.2019

A relação entre o projeto de lei anticrime e a teoria do estado de exceção permanente

Thaiana Conrado Nogueira e Thomaz Muylaert de Carvalho Britto

Resumo: O presente ensaio vislumbra uma análise acerca do cotejamento entre o projeto de lei anticrime e a teoria do estado de exceção permanente, de modo que se objetiva a comprovação ou o afastamento da perspectiva segundo a qual o aludido projeto consubstancia um sintoma da categoria do estado de exceção permanente.

Palavras-chave: Exceção. Projeto. Sintomas. Lei. Crime.

Introdução

O tema deste artigo diz respeito ao contexto do Estado de exceção permanente, que é abordado na obra de **Agamben** a partir do aprofundamento das ideias presentes nos campos teóricos de **Benjamin** e **Schmitt**.

De acordo com as lições de **Agamben**, as democracias não estão imunes ao Estado de exceção permanente. Apesar de o Estado de exceção, em tese, ocorrer apenas em circunstâncias excepcionais, a exceção pode transmutar-se em regra e torna-se técnica governamental, dando ensejo à tomada de medidas que podem violar frontalmente direitos constitucionalmente assegurados. Questiona-se, assim, como cada Poder deve atuar no contexto do Estado de exceção permanente, tendo em vista a proteção de direitos fundamentais.

A relevância deste estudo traduz-se na identificação, constantemente ofuscada, do “Estado de exceção permanente”, de **Agamben**, na realidade brasileira e da utilização desse instituto como justificativa para a atuação dos poderes no sentido de restringir direitos dos cidadãos.

Nesse âmbito, o objetivo crucial da pesquisa abarca a comprovação ou o falseamento da hipótese de que o Projeto de Lei Anticrime, apresentado pelo Ministro da Justiça, Sérgio Moro, é um instrumento de cerceamento de direitos, que se justifica com base na ideia de Estado de exceção permanente.

Frise-se que, no decorrer do trabalho, não houve preocupação com a colocação da expressão “Estado de exceção” em letras minúsculas ou maiúsculas, pois, nas traduções das obras, tal aspecto, geralmente, não é sopesado. Nesse sentido, optou-se, genericamente, pela aposição de letra maiúscula apenas na expressão “Estado” e, não, em “exceção”.

Metodologicamente, o tipo de pesquisa escolhido é o teórico-normativo, o qual se desenvolverá a partir das técnicas de pesquisa documental, estudo bibliográfico e investigação de casos, bem como dos instrumentos relativos a artigos científicos, dissertações e obras específicas, como as de **Agamben** e **Schmitt**. As fontes de pesquisa, além disso, contemplam a seara bibliográfica e o plano documental. A orientação epistemológica embasa-se no racionalismo kantiano.

1 Compreensões acerca do Estado de exceção

1.1 Estado de exceção e soberania

A categoria “Estado de exceção” se sujeitou, historicamente, a incontáveis reflexões. **Carl Schmitt**, **Walter Benjamin** e **Agamben** representam alguns exemplos. Em **Carl Schmitt** (2006, p. 7), “soberano é quem decide sobre o Estado de exceção”. O campo decisório, portanto, nas considerações do teórico, assume um papel

Abstract: This essay wants to analyze the comparison between the justice minister’s law project against crime and the theory of state’s permanent exception. In this way, the objective is to corroborate or to refute the perspective that the mentioned law project means a symptom of the category of permanent exception state.

Keywords: Exception. Project. Symptom. Law. Crime.

crucial, na medida em que o âmago subjetivo, relativo à figura do soberano, apropria-se da decisão e, com isso, delibera acerca dos rumos concernentes ao Estado de exceção. Nesse passo, **Souza** (2018, p. 38) argumenta que “na teoria schmittiana, apenas o conceito de exceção, juntamente com o conceito de decisão, é capaz de revelar o poder do soberano e trazer à tona a sua identidade”.

Sobre o poder de soberano, **Schmitt** destaca: “Não se submetendo a ação a nenhum controle, não há, de nenhuma forma, a divisão, como ocorre na práxis da Constituição jurídico-estatal, em diversas instâncias que se equilibram e se obstruem reciprocamente, de modo que fica claro quem é o soberano. Ele decide tanto sobre a ocorrência do estado de necessidade extremo, bem como sobre o que se deve fazer para saná-lo” (**SCHMITT**, 2006, p. 8).

Os debates produzidos mediante a tese de **Schmitt** fomentaram sua relevância no cenário jurídico-político. Anteriormente ao posicionamento do pensador em questão, a compreensão juspositiva predominava. O fundamento do Direito e a decisão relativa à exceção se entrelaçaram com o escopo de refutação da citada visão juspositiva (**DULCI**, 2016, p. 204).

Segundo **Dulci** (2016, p. 205), “ao invés de esgotar o direito na imanência do próprio sistema de normas legais, o que Schmitt procura fazer é observar que a ordem é criada por uma decisão soberana anormal”. A decisão soberana afastada da normalidade, logo, enquadra-se como a resposta fundante para a consolidação da ordem. Ademais, o Direito ultrapassa o sistema de normas legais.

O Direito se relaciona às circunstâncias, às situações. A proteção à circunstância deriva do soberano. A decisão, no corrente viés, amolda-se a uma clivagem de poder. Em outras palavras, a decisão final depende da vontade do soberano, ocorrendo a centralização do plano decisório no soberano. O ambiente abarcado pela normalidade, cercado de momentos em repetição, não traduz a mesma potencialidade probatória da exceção (**SCHMITT**, 2006, p. 14-15).

O Estado de exceção, em **Schmitt**, formula uma relação com a ordem jurídica. A exceção instrumentaliza-se como objeto de decisão do soberano. O desenvolvimento conceitual, em **Agamben**, no tocante ao Estado de exceção, distancia-se de uma visão referente ao laço da exceção com a ordem jurídica (**SOUZA**, 2010, p. 17). **Dulci** (2016, p. 203) parece concordar com a referida ilação, pois defende que, para **Schmitt**, o Estado de exceção integra o ordenamento jurídico, enquanto, para **Agamben**, configura um “estado esvaziado”. Nas palavras de **Agamben** (2004, p. 78-79), “o estado de exceção não é uma ditadura (constitucional ou inconstitucional, comissária ou soberana), mas um espaço vazio de direito”.

No que se refere à teoria desenvolvida por **Carl Schmitt**, **Bercovici** explana: “A necessidade do soberano era por Schmitt interpretada na

normalidade da exceção. A soberania é a ‘competência’ imprevisível, estranha às normas de direito público, pois não se trata do término do direito, mas de sua própria origem. A soberania é a afirmação da ordem e, ao mesmo tempo, a sua negação. Isto significa dizer que o ordenamento está à disposição de quem decide. O soberano está, ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico, pois ao utilizar o seu poder de suspender a validade do direito, coloca-se legalmente fora da lei. O estado de exceção se justifica pela situação de ameaça à unidade política, portanto, não pode ser limitado, a não ser que a exceção deixe de existir” (BERCOVICI, 2006, p. 96).

A conclusão de Bercovici a respeito da tese de Schmitt concatenase à colocação, pelo último, do poder decisório na figura do soberano, o qual decide sobre a exceção. Nesse plano, Bercovici afirma as distintas localizações teóricas do soberano em face do ordenamento jurídico, tendo em ótica suas possíveis deliberações.

1.2 Estado de exceção permanente

Para Walter Benjamin (1987, p. 3), o “Estado de exceção” correspondia à regra no período em que escreveu *Teses sobre o conceito da história*, de modo que sustentou o combate ao fascismo a partir da formação de “um verdadeiro estado de exceção”, conforme suas palavras. Em suma, Benjamin destaca que “a tradição dos oprimidos nos ensina que o ‘estado de exceção’ em que vivemos é na verdade a regra geral. Precisamos construir um conceito de história que corresponda a essa verdade. Nesse momento, perceberemos que nossa tarefa é originar um verdadeiro estado de exceção; com isso, nossa posição ficará mais forte na luta contra o fascismo. Este se beneficia da circunstância de que seus adversários o enfrentam em nome do progresso, considerado como uma norma histórica. O assombro com o fato de que os episódios que vivemos nos séculos XX ‘ainda’ sejam possíveis, não é um assombro filosófico. Ele não gera nenhum conhecimento, a não ser o conhecimento de que a concepção de história da qual emana semelhante assombro é insustentável” (BENJAMIN, 1987, p. 3).

Depreende-se da análise do pensamento de Benjamin sobre o Estado de exceção uma mudança, qual seja, a exceção transmuta-se em regra. Com esteio nessa constatação e na associação entre poder e violência, Agamben nota a exceção como prática governamental, porquanto a violência se instala com roupagem legal, porém não há qualquer essência excepcional (SANTOS, 2010, p. 113-114).

Consoante as detidas observações de Santos (2010, p. 114), quanto à exceção em tela, “o instrumento da exceção, quando abandona seu caráter excepcional, revestido aparentemente de forma legal, seria a parte mais cínica da atuação deste tipo de poder, atuando como violência legal explícita”. A presente colocação critica, evidentemente, o revestimento supostamente legal do mecanismo de exceção.

O Estado de exceção não pertence exclusivamente aos regimes totalitários. Assim, é possível sua identificação em algumas democracias. Nos regimes democráticos, o Estado de exceção permanente vale-se de certas roupagens a fim de ofuscar sua essência emergencial. Em tese, a exceção ocorre quando há circunstâncias que exijam a instauração desse momento; no entanto, ela tem se tornado prática governamental, ou seja, um mecanismo a partir do qual os governos operam com o intuito de alcançar determinados objetivos (AGAMBEN, 2004, p. 13).

A partir de Walter Benjamin e Carl Schmitt, Agamben verifica, nos Estados Constitucionais, a presença do Estado de exceção. Dessa forma, em que pese haver uma Constituição, cuja finalidade se exemplifica pela limitação das funções do poder estatal, alternativas excepcionais são manipuladas sob o manto da normalidade, a qual, de fato, inexistente (BARALDI, 2011, p. 115).

Pela escolha do exemplo nazista, Agamben explica que “logo que tomou o poder (ou, como talvez se devesse dizer de modo mais exato, mal o poder lhe foi entregue), Hitler promulgou, no dia 28 de fevereiro, o Decreto para a proteção do povo e do Estado, que suspendia os artigos da Constituição de Weimar relativos às liberdades individuais. O decreto nunca foi revogado, de modo que todo o Terceiro Reich pode ser considerado, do ponto de vista jurídico, como um estado de exceção que durou doze anos” (AGAMBEN, 2004, p. 12-13). A forma pela qual Hitler, durante o Terceiro Reich, desapropriou-se da Constituição e seguiu uma orientação dissonante da mesma explicita a configuração da excepcionalidade enquanto regra do sistema em que estava inserida.

De acordo com Souza (2010, p. 19), “o estado de exceção estaria se generalizando e misturando-se com o que deveria ser o seu oposto (o estado de direito)”. Nesse âmbito, conforme os ensinamentos da autora, a propensão de Agamben refere-se ao distanciamento da exceção em relação à ordem jurídica. A tese de Agamben, em razão do exposto, descortina algumas práticas supostamente normais que, ao revés, guardam a excepcionalidade como fundamento e razão de ser. Mesmo as democracias, consoante foi abordado, restam maculadas pela difusão do Estado de exceção.

O estudo da exceção pressupõe o entendimento sobre o governo. O elemento circunstancial, anteriormente, era relacionado ao conceito de Estado de exceção, porém, averigua-se, em vários governos, sua utilização como aspecto normal da prática (AGAMBEN, 2014, p. 25).

1.3 O Brasil como exemplo de Estado de exceção permanente

Em Agamben (2004), verifica-se o Estado de exceção permanente como paradigma teórico. Ainda que não se conclua categoricamente pela existência atual de um Estado de exceção permanente no âmbito brasileiro, há que se considerar a existência de ao menos alguns indicativos.

São diversas as situações de excepcionalidade verificadas no contexto brasileiro dos últimos anos. Desde o espectro político, em que os pedidos de *impeachment* demonstram o ápice da anormalidade, até a atuação judicial, em que o Poder Judiciário assume papel protagonista na tomada de decisões de cunho fundamental, é possível concluir que não é raro que posições sejam adotadas, no âmbito dos três poderes, com base em uma suposta situação fática que justificaria medidas excepcionais.

Diante disso, fica claro que o Estado tem a prerrogativa de comprometer a garantia de direitos fundamentais de forma permanente, dado que a exceção tem se tornado a regra, ou seja, as medidas que deveriam ser tomadas apenas em contextos específicos têm sido utilizadas no dia a dia, sem qualquer preocupação com a sua justificação ou com as consequências práticas no que tange à restrição de direitos fundamentais. O soberano, seja ele compreendido como Poder Executivo ou como a junção deste com os demais poderes, vem efetivamente sobrepondo suas vontades sobre os anseios dos cidadãos.

2 O Projeto de Lei Anticrime

Tendo em vista o acima exposto, torna-se essencial a análise do Projeto de Lei Anticrime, apresentado em fevereiro de 2019 pelo então ministro da Justiça, Sérgio Moro. Sua relevância se justifica pelo fato de que referido projeto traz modificações em 14 diplomas normativos vigentes, modificações essas que perpassam direitos fundamentais previstos na Constituição. Assim, é importante que se afira se a criação de projetos desse cunho configura ou não medidas de um Estado de exceção permanente. Para tanto, serão feitas breves observações sobre ele.

A primeira medida prevista é a alteração do Código de Processo Penal, nos artigos 617-A, 637, 638, 283, 133 e 122. Já no Código Penal, seriam modificados os artigos 50 e 51. A Lei de Execução Penal seria alterada em seus artigos 105, 147 e 164. Esse primeiro conjunto de medidas tem por objetivo permitir a prisão dos réus condenados em segunda instância, sem que haja a necessidade de trânsito em julgado da decisão. Consoante cediço, esse tema tem gerado constante debate jurídico e político nos últimos anos, de modo que o Supremo Tribunal Federal tem sido o responsável por dirimir as controvérsias. Entretanto, com a aprovação do projeto em análise, passará a ser admitida a prisão sem maiores questionamentos após proferida decisão colegiada, ainda que pendentes recursos. O ponto nevrálgico desse debate é justamente a limitação que a prisão em segunda instância impõe ao princípio constitucional da presunção de inocência, previsto no artigo 5º.

Outro ponto de grande relevância do projeto é o que diz respeito à legítima defesa. Por meio da modificação dos artigos 23 e 25 do Código Penal, a conduta do agente policial que vier a praticar homicídio no exercício de suas funções poderá ser considerada legítima defesa em hipóteses legais previstas de forma ampla. Ademais, em caso de excesso, o juiz poderá reduzir ou não aplicar a pena cominada se o policial agiu por motivo de medo, surpresa ou violenta emoção. O problema é que a forma como foram redigidos os artigos deixa margem para diversas interpretações e permite que a atuação policial se torne ainda mais violenta em conflitos armados, sobretudo em comunidades pobres, o que mais uma vez viola claramente direitos fundamentais.

Por fim, o último aspecto do projeto a ser estudado neste artigo diz respeito ao endurecimento de penas, por meio da alteração dos artigos 33 e 59 do Código Penal; 2º da Lei 8.072/1990 e 2º da Lei 12.850/2013. O que se objetiva por meio desses artigos é tornar determinadas penas ainda mais duras ou graves, como forma de inibir a prática de novos crimes. Trata-se da ideia de que quanto mais severas forem as punições, menos elas terão que ser aplicadas. Entretanto, há muito já se refutou esse pensamento. Na criminologia, são vários os trabalhos que se dedicam justamente a demonstrar que criminalizar mais ou agravar mais as penas já cominadas não é a melhor solução para o problema da criminalidade nos tempos atuais. Assim, além de não solucionar o problema, esse tipo de postura gera mais encarceramento e viola outros direitos fundamentais previstos na Constituição.

Quanto ao forte apoio da população no tocante à conversão do projeto em lei, parece plausível a consideração de que o contexto social, em que as taxas de criminalidade são alarmantes, condiciona o pensamento do cidadão e faz com que ele acredite em respostas imediatas e desprovidas de análise mais profunda, especialmente com cotejo sociológico, como em uma típica democracia delegativa que o Brasil é. Assim, é possível um questionamento acerca da atuação dos governantes no sentido de concretização de suas perspectivas políticas com o poder quase ilimitado que lhes é conferido por grande parte da população.

A lei é violada sob o argumento de sua própria proteção e a suspensão do ordenamento, com o escopo de resguardar o mesmo, dificultando a percepção ante o abuso e a pertinência. Os direitos fundamentais, assim, submetem-se, no Estado de exceção, às supostas demandas que encerrem a crise (SOUZA, 2018, p. 37).

Conclusão

Portanto, o Estado de exceção é categoria bastante debatida, tendo proporcionado novas reflexões especialmente depois dos

escritos do teórico italiano Agamben. Em Schmitt, as bases do Estado de exceção se concatenam com o poder decisório proveniente do soberano, ao qual cabe a responsabilidade pela deliberação concernente ao Estado de exceção.

A observação de Benjamin de que a exceção tem se convertido em regra foi apropriada na compreensão de Agamben, estando sujeita, logo, a um aprofundamento, que desencadeou o Estado de exceção permanente, caracterizado como técnica governamental e incorporado inclusive em Estados regidos pela democracia.

Assim, com fulcro na pesquisa realizada, confirmou-se a hipótese para a percepção de que o Projeto de Lei Anticrime insere-se no contexto do Estado de exceção permanente de Agamben. A realidade brasileira aproxima-se ainda mais do Estado de exceção permanente, uma vez que direitos fundamentais constitucionalmente previstos são subtraídos dos cidadãos em prol de medidas que supostamente ensejariam o bem comum.

Referências

- AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção e genealogia do poder. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 108, p. 21-39, jan./jun. 2014. Disponível em: <<https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/P.00347191.2014v108p1>>. Acesso em: 10 dez. 2018.
- _____. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- BARALDI, Tereza Cristina Albieri. Resenha de Estado de Exceção. *Org & Demo*, v. 12, n. 1, p. 115-120, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/orgdemo/article/view/779>>. Acesso em: 10 jan. 2019.
- BENJAMIN, Walter. *Teses sobre o conceito de história*. Tradução de Sérgio Paulo Rouanet. São Paulo, Brasiliense, 1987.
- BERCOVICI, Gilberto. O estado de exceção econômico e a periferia do capitalismo. *Pensar*, v. 11, p. 95-99, fev. 2006. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/279445649_O_ESTADO_DE_EXCECAO_ECONOMICO_E_A_PERIFERIA_DO_CAPITALISMO_DoI_105020231721502006v11n1p95>. Acesso em: 18 dez. 2018.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 dez. 2018.
- DULCI, Pedro Lucas. A exceção como regra: a teologia política de Carl Schmitt em diálogo com Giorgio Agamben. *Revista Contemplação*, n. 13, p. 201-216, 2016. Disponível em: <<http://fajopa.com/contemplacao/index.php/contemplacao/article/view/119>>. Acesso em: 15 dez. 2018.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Projeto de Lei Anticrime. Disponível em: <justica.gov.br/projeto-de-lei-anticrime> Acesso em: 18 fev. 2019.
- SANTOS, André Ricardo Dias. Violência e poder: o conceito de Estado de Exceção para Walter Benjamin e algumas de suas implicações na Filosofia Política contemporânea. *Prima Facie*, v. 9, n. 16, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/view/6970>>. Acesso em: 8 jan. 2019.
- SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- SOUZA, Danigui Renigui Martins de. Estado de exceção: Giorgio Agamben entre Walter Benjamin e Carl Schmitt. *Princípios*, v. 25, n. 47, mai./ago. 2018. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.21680/1983-2109.2018v25n47ID12733>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

Thaiana Conrado Nogueira
Mestranda em Direito Constitucional pela UFF.
ORCID: 0000-0003-1781-5612
thaiananogueira@yahoo.com.br

Thomaz Muiyalaert de Carvalho Britto
Mestrando em Direito Constitucional pela UFF.
ORCID: 0000-0002-8217-7947
thomazbritto@hotmail.com

Recebido em: 20.02.2019

Aprovado em: 07.06.2019

Versão final: 08.07.2019

Barganha à brasileira: entre a proteção radical de direitos fundamentais e o inquisitorialismo nosso de cada dia

Fernando Alberto Cavaleiro de Macedo Barra

Resumo: O artigo buscou realizar uma leitura da proposta de importação da barganha para o processo penal brasileiro sob a ótica do binômio inquisitorialismo/eficientismo versus efetiva garantia de direitos fundamentais. Primeiro, analisaram-se questões formais da proposta de alteração legislativa, para, logo em seguida, examinar a realidade crua do Sistema de Justiça e qual o papel do juiz diante de um instituto como o do acordo de não persecução penal.

Palavras-chave: Barganha. Inquisitorialismo. Eficientismo. Garantia de Direitos Fundamentais.

Abstract: The article aims to interpret the import proposal for the Brazilian penal process from the perspective of the binomial inquisitorialism/efficientism versus effective guarantee of fundamental rights. First, we analyse the formal questions of the proposal for legislative amendment to, therefore, contrast to the atrocious reality of the judicial system and the judge's role before an institute as the non-persecution agreement.

Keywords: Bargain. Inquisitorialism. Efficiency. Guarantee of Fundamental Rights.

1 Introdução

O modelo de Justiça Criminal Negocial tem promovido mudanças na interpretação de postulados que, até recentemente, eram intocáveis no Direito e no processo penal brasileiro; por exemplo, o princípio da indisponibilidade da ação penal pública, o direito ao silêncio, o contraditório, a presunção de inocência etc. A popularização de institutos como o da colaboração premiada, indica que esse modelo veio para ficar. Neste momento, aparece no cenário político o Projeto Anticrime do governo recém-eleito, com o objetivo de trazer para dentro do Sistema de Justiça a técnica da barganha.⁽¹⁾

Já se passaram anos desde a entrada em vigor da Lei 12.850/2013; e a instrumentalização do *Plea bargain* ainda suscita debates acalorados no meio acadêmico e no próprio cotidiano forense, dada a potencialidade desse tipo de procedimento para a violação de direitos fundamentais. Nesse contexto, a atuação do Poder Judiciário entra em profunda evidência, uma vez que, enquanto titular da jurisdição, é capaz de conter a violência estatal ou de flexibilizar garantias em prol da eficiência punitiva.

Neste ensaio, o objeto de análise voltou-se para a relação entre o acordo de não persecução penal e a atuação dos magistrados, ou seja, o problema de pesquisa consiste em saber qual deve ser a postura do juiz diante do acordo de não persecução penal, caso aprovado pelo Congresso o trecho do Pacote Anticrime que trata desse instituto.

Primeiro, apresentam-se os aspectos formais da proposta de alteração legislativa contida no Projeto Anticrime, na parte que trata da institucionalização da barganha. Logo em seguida, trata-se do mérito da questão, a partir de um olhar panorâmico sobre o atual cenário do controle punitivo no Brasil, buscando discutir o tema da atuação do magistrado diante do procedimento de barganha.

O objetivo deste trabalho é analisar o *Plea bargain* desde um outro ângulo, para mostrar a profunda diferença que existe entre a realidade nua do sistema penal brasileiro e os discursos burocráticos que insistem em negligenciar essa realidade, de modo a situar o juiz como sujeito responsável pela limitação da violência institucional. Ademais, o trabalho parte de um enfoque qualitativo, na medida em que procura realizar a compreensão e não a quantificação das variáveis de pesquisa, utilizando-se de referenciais bibliográficos para o exercício dessa compreensão.

2 O Projeto Anticrime do governo Bolsonaro e o acordo de não persecução penal: o futuro do sistema de justiça criminal?

Com a eleição da nova direita em 2018 e a indicação de um dos principais nomes da Operação Lava-Jato para a pasta do Ministério da Justiça e Segurança Pública, já era esperado que uma das pautas centrais da Presidência da República seria o combate à corrupção e ao crime organizado. Agora, o Projeto Anticrime⁽²⁾ apresentado pelo Ministro Sérgio Moro dá concretude à visão política encampada pelo governo Bolsonaro.

Tal projeto propõe alterações em quatorze leis, como Código Penal, Código de Processo Penal, Lei de Execução Penal, Lei de Crimes Hediondos, Código Eleitoral, entre outras. Contudo, uma das propostas mais sensíveis está na forma de operacionalização do Sistema de Justiça, com a previsão de introduzir soluções negociadas no Código de Processo Penal (CPP).

De acordo com o projeto, será acrescentado um artigo 28-A no CPP, o qual estabelece as linhas gerais do acordo de não persecução penal. O *caput* desse artigo traz os requisitos objetivos para a realização da barganha, isto é, não estar o Ministério Público diante de uma hipótese de arquivamento, bem como, que o investigado tenha confessado a prática da infração penal (BRASIL, 2019).

Ademais, as circunstâncias do caso não podem envolver o cometimento de crimes com violência ou grave ameaça; e a pena máxima cominada ao tipo deve ser inferior a quatro anos. Para o acusado fazer jus ao acordo, devem ser cumpridos, isolada ou cumulativamente, requisitos como reparar o dano ou restituir a coisa à vítima; renunciar voluntariamente a bens e direitos que sejam produto ou proveito do crime; prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima; pagar prestação pecuniária; e, por fim, cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada (BRASIL, 2019). É justamente através deste último requisito que se abre a possibilidade de o *Parquet* negociar a prisão do indivíduo.

Os parágrafos seguintes tratam, respectivamente, dos critérios para aferição da pena mínima, sendo consideradas para tal as causas de aumento e diminuição de pena aplicáveis ao caso concreto, assim como constam as hipóteses em que não será admitida a proposta de barganha (BRASIL, 2019).

Em síntese, entre os parágrafos 4º e 14º constam disposições relativas à necessidade de respeito à voluntariedade e legalidade para a formalização do acordo, o procedimento de homologação deste, a forma como tal acordo será executado e as consequências decorrentes do descumprimento de quaisquer das condições estipuladas na barganha. Ressalte-se que tais disposições se assemelham às da Lei de Organizações Criminosas. Assim, percebe-se a profunda conexão que há entre o instituto da colaboração premiada e o acordo de não persecução penal. Barganha e a delação representam faces da mesma moeda, isto é, espécies do gênero Justiça Criminal Negocial (**GIACOMOLLI; VASCONCELLOS**, 2015).

A segunda alteração proposta pelo Projeto Anticrime é o acréscimo de um artigo 395-A no CPP. O caput prevê que, após a celebração do acordo, as partes poderão requerer imediatamente a aplicação da pena. Já o §1º estabelece os requisitos do acordo, tais como: a confissão; que a pena privativa de liberdade seja aplicada dentro dos parâmetros legais e de acordo com as circunstâncias do caso penal; por fim, a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção de provas por elas indicadas e de renunciar ao direito de recurso.

Como o artigo 28-A, o novo 395-A também possui um extenso rol de parágrafos, mais precisamente onze. Eles envolvem, em suma, questões relativas à formalização do procedimento de barganha. Vale ressaltar, porém, um ponto muito importante contido no dispositivo 395-A, qual seja, o §5º, que determina que “se o juiz considerar inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, devolverá os autos ao Ministério Público para reformular a proposta de acordo de não persecução, com concordância do investigado e seu defensor” (BRASIL, 2019, n.p.). Esse parágrafo deixa claro que tais medidas estão, de fato, comprometidas com uma política criminal de recorte inquisitorial e efficientista, ou seja, o encarceramento se apresenta, cada vez mais, como uma realidade quase que imediata aos sujeitos selecionados pelo poder punitivo.

A questão principal, no entanto, é realizar a leitura dessa técnica de repressão penal dentro da realidade concreta em que está imerso o poder punitivo no Brasil. Somente essa realidade é que poderá mostrar a pertinência ou não de tão significativa mudança no modo de fazer Justiça neste país.

3 A barganha e o cotidiano judicial: entre a proteção radical de direitos fundamentais e o inquisitorialismo nosso de cada dia

A crescente busca por eficiência na repressão penal tem apagado as linhas que demarcam o clássico sistema adversarial de modelos consensuais de Justiça Penal. Essa busca, segundo o discurso oficial, impõe-se diante da quantidade de demandas criminais que lotam o Poder Judiciário,⁽³⁾ bem como da necessidade de promover uma resposta eficiente aos elevados índices de criminalidade.

Resta saber: se aprovada a parte do Pacote Anticrime que versa sobre a barganha, qual deve ser a postura do juiz frente ao acordo de não persecução penal? A resposta exige um raciocínio que está além de uma concepção tecnocrática, não se tratando apenas de uma questão de mera aplicação da lei. Pelo contrário, a resposta está desenhada na contradição entre proteção radical de direitos fundamentais, seja por meio do minimalismo garantista ou do minimalismo abolicionista, *versus* os projetos inquisitórios e efficientistas de controle punitivo.

O inquisitorialismo, enraizado no dia a dia do Poder Judiciário, é

a materialização do aforismo maquiavélico de que “os fins justificam os meios”. Para Jacinto Coutinho (2018), - além da gestão da prova - o sistema processual inquisitório se diferencia do acusatório, na medida em que nele há a possibilidade de o juiz decidir primeiro e só depois sair a procura da prova necessária ou suficiente para a condenação ou absolvição do réu.⁽⁴⁾

Nesse contexto, em que o magistrado é senhor da gestão da prova, ele pode manipular o processo conforme suas próprias convicções. São, portanto, suas pulsões e percepções sobre temas como segurança pública, direitos humanos, controle punitivo *etc.*, que determinam quais hipóteses serão assumidas como verdadeiras, sobrepondo-se até mesmo aos fatos ou ao conjunto objetivo de garantias legais e constitucionais. Daí que “o resultado depende tão só de encontrar elementos discursivos hábeis a justificar a decisão o que, com frequência, transmuta-se em retórica fácil” (**COUTINHO**, 2018, p. 117).

É essa mentalidade inquisitória, umbilicalmente ligada às doutrinas efficientistas, de lei e ordem e à outras tantas formas de punitivismo, que empurra o Sistema de Justiça Criminal brasileiro para o caos. Vejam-se os números divulgados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública⁽⁵⁾ no ano de 2018: foram contabilizadas 729.463 pessoas presas até 2016, sendo que 689.947 estão no sistema prisional e mais de 39 mil indivíduos sob a custódia das Polícias. Contudo, só existem 367.217 vagas em todos os presídios nacionais, enquanto as prisões recebem mais que o dobro de pessoas do que a sua capacidade permite. Não é só isso; o financiamento da política de segurança custou aos cofres públicos, apenas em 2017, 84,7 bilhões de reais, o equivalente a 1,3% do produto interno bruto brasileiro; porém, não consegue reduzir as taxas de encarceramento ou as taxas absolutas de violência individual e institucional.

Note-se que os discursos punitivistas desconsideram esses dados e, por negligenciá-los, legitimam-nos, junto com todos os custos sociais que advêm desse modelo brutal de política de segurança. Tais discursos se erguem sob premissas que omitem a conjuntura atual do cárcere, do Direito e do processo penal. Aqueles que defendem o punitivismo, quando observam a profunda crise de legitimidade em que está imersa a pena, o direito e o processo, fazem-no apenas para dizer que essa crise é de eficiência e não de atuação, de modo que se o controle punitivo não funciona é porque ele não é suficientemente repressivo (**ANDRADE**, 2006).

A consequência dessa perspectiva é a constante reclamação, que vai desde a mídia até as instituições, pelo endurecimento das penas, criminalização de mais condutas e enfraquecimento das políticas de direitos humanos. O cárcere deixa de ser *ultima* para se tornar *prima ratio* (**CIRINO DOS SANTOS**, 2018).

A barganha abraça completamente essa lógica⁽⁶⁾ e despreza o fato de que o poder punitivo age de maneira seletiva. Para vencer a criminalidade, o Projeto Anticrime aceita a hipertrofia do Estado de polícia sem fazer o devido questionamento acerca das consequências que a adoção desse tipo de política pública possa gerar na ponta do Sistema de Justiça, em que está a criminalidade de massa, formada pelo exército de homens negros, pobres e jovens, que por vezes não têm recursos para o acesso a um patrocínio jurídico digno, combativo e qualificado (**FREITAS; MANDARINO; ROSA**, 2017). É esse exército que compõe a clientela preferencial das agências de criminalização (secundária e terciária). As alterações propostas pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública investem, portanto,

na reproposição de um projeto técnico-corretivo sabidamente fracassado, a prisão (FOUCAULT, 2015, p. 224).

As filosofias minimalistas, contudo, partem do mesmo local de análise, qual seja, o consenso sociológico acerca do cenário atual do sistema penal no Brasil e no mundo, de onde é possível perceber a “eficácia invertida” desse sistema, em razão da contradição entre as suas funções declaradas e suas funções latentes (ANDRADE, 2006, p. 171). Esse retrato não é ignorado pelo minimalismo, antes é incorporado a essa perspectiva como exemplo a não ser seguido, eis que a partir desse contexto são pensadas políticas alinhadas aos direitos humanos para reduzir os danos decorrentes da operacionalidade das agências de criminalização (ZAFFARONI, 1993).

Destarte, “a função do Direito Penal [...] deve ser a redução e a contenção do poder punitivo dentro dos limites menos irracionais possíveis. Se o Direito Penal não consegue que o poder jurídico assuma esta função, lamentavelmente terá fracassado e com ele o Estado de Direito perecerá” (ZAFFARONI, 2016, p.172). Daí a necessidade de o juiz compreender seu papel dentro do mecanismo de Justiça Criminal enquanto garantidor de direitos fundamentais, como instituição democrática contramajoritária, vinculada à legalidade substancial e apta a conter a violência institucional (FERRAJOLI, 2010).

Uma postura radical de proteção dos direitos humanos impõe ao juiz analisar o acordo de não persecução penal sob a ótica dos dados empíricos e proposições jurídicas voltadas para a diminuição da punitividade. Em eventuais acordos que busquem a prisão imediata, o magistrado deve considerar que o encarceramento é o momento de maior vulnerabilidade do acusado; ele inviabiliza ao sujeito manifestar uma vontade livre. Se, por um lado, a prisão possui previsão normativa legítima, concretamente, a execução penal nos presídios brasileiros está eivada de inconstitucionalidade (CARVALHO, 2015). Daí porque o Supremo Tribunal Federal, em 2015, decidiu por caracterizar “o sistema penitenciário nacional [...] como ‘estado de coisas inconstitucional’” (BRASIL, 2015, p.3).

A aposta em um modelo americanizado de *Plea bargain* cobra um preço alto. O ambiente prisional, por ser marcadamente violento e insalubre, estimula novos modos de relacionamento e sociabilidade. Vale lembrar inclusive que as interações humanas estabelecidas no âmbito do cárcere têm servido, frequentemente, como mão de obra para as facções criminosas que o próprio Projeto Anticrime visa enfrentar (FELTRAN, 2010, p. 69).

A tentativa de implementação da barganha no processo penal brasileiro vai na contramão de projetos engajados com a redução do poder punitivo, pois negligencia soluções como a descriminalização, a despenalização e a descarcerização, compreendidas como vitais para a realização de um programa tático dirigido à diminuição do autoritarismo estatal, bem como um projeto político de construção de uma sociedade mais pacífica e mais segura (ALMEIDA JÚNIOR, 2011, p. 135).

Considerações finais

A realidade crua do Sistema de Justiça Criminal mostra, todos os dias, que existe uma desconexão entre aquilo que o poder punitivo promete e aquilo que efetivamente ele cumpre. A Constituição Federal de 1988 buscou, através de um complexo de garantias jurídicas, blindar o indivíduo contra as práticas penais e processuais irracionais e inquisitórias. Desde a promulgação do novo texto constitucional, a dogmática tem se esforçado para

construir um conjunto de limites e vínculos à aplicação da pena, dado o seu caráter aflitivo e violento.

Agora, o Ministério da Justiça e Segurança Pública do governo recém-eleito propõe uma significativa alteração do processo penal, com o objetivo de ampliar o espectro de projeção da punição, por meio da institucionalização da barganha. É fato que o sistema de Justiça Brasileiro se mostra incapaz de recepcionar tamanha ampliação; não há mais espaço para o encarceramento de seres humanos. Daí que é preciso uma reflexão séria sobre a necessidade de, ao invés de expandir, contrair o poder punitivo.

Destarte, diante das ondas inquisitórias, cabe aos juízes apoiarem-se na força normativa da Constituição para construírem projetos político-criminais de minimização do poder punitivo e maximização da paz social. Não há outro caminho senão a proteção radical de direitos humanos fundamentais.

Referências

- ALMEIDA JÚNIOR, Reinaldo Santos de. *A política criminal alternativa: a proteção libertária de bens jurídicos na vida concreta da América Latina*. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. *Revista Sequência*, v. 52, p. 163-182, jul. 2006.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Projeto de Lei Anticrime*. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1550594052.63/pl-mj-sp-medidas-contracorrupcao-crime-organizado.pdf>>. Acesso: 20 fev. 2019. 20:45:50.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/Distrito Federal*. Requerente Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 09/09/2015. Processo Eletrônico DJe-031, divulgado 19-02-2016, publicado 19-02-2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>>. Acesso em: 19fev. 2019.
- CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A criminologia radical*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.
- COUTINHO, Jacinto N. de M. Democracia e sistema inquisitório: a farsa do combate à corrupção no Brasil. In: COUTINHO, Jacinto N. de M.; PAULA, Leonardo C. de; SILVEIRA, Marco A. N. da. (Org.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: estudos sobre a reforma do CPP no Brasil: volume 4*. Curitiba: Observatório da mentalidade inquisitória, 2018.
- FELTRAN, Gabriel de Santis. Crime e castigo na cidade: os repertórios da justiça e a questão do homicídio nas periferias de São Paulo. *Caderno CRH*, v. 23, p. 59-73, jan.-abr. 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2014.
- FREITAS, M. H. D. A.; MANDARINO, R.P; ROSA, L. Garantismo penal para quem? O discurso penal liberal frente à sua desconstrução pela criminologia. *Revista Sequência*, v. 75, p. 129-156, abr. 2017.
- GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 20, p. 1108-1134, set.-dez. 2015.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl. La Rinasca del Diritto Penale Liberale o la ‘Croce Rossa’ Giudiziaria. In: GIANFORMAGGIO, Letizia. *Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli*. Torino: Giappichelli, 1993.
- _____. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 4ª reimpressão, outubro de 2016.

Notas

- (1) Segundo Giacomolli e Vasconcellos (2015, p. 1111), o termo barganha pertence ao universo da Justiça Penal Negocial. Esse modelo de sistema criminal, enraizado em pressupostos mercadológicos de otimização da eficiência e redução de custos, engloba mecanismos como o da colaboração premiada, transação penal e o próprio acordo de não persecução penal. O modelo de negociação baseado no formato norte-americano de *Plea bargain* apresenta-se sob a feição de uma inclinação contemporânea do reconhecimento estatal da necessidade de colaboração do acusado com a atividade persecutória.

- (2) O Projeto de Lei Anticrime ainda não possui numeração oficial mas já foi apresentado ao Congresso Nacional. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/02/19/bolsonaro-assina-pacote-anticrime-que-sera-enviado-ao-congresso-nacional.ghtml>>. Acesso: 20 fev. 2019. 15:33:50.
- (3) De fato, o Sistema de Justiça está sobrecarregado de processos. Dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) mostram que, apenas em 2017, ingressaram no Poder Judiciário 2,7 milhões de novos casos criminais, sendo que 1,7 milhão (61,6%) estão no 1º grau, 357,5 mil (13,1%) em execução de 1º grau, 19,6 mil (0,7%) em tumas recursais, 576 mil (21,1%) em 2º grau e 95,6 mil (3,5%) em Tribunais Superiores. A Justiça Estadual continua sendo o segmento com o maior número de litígios, com 69,4% da demanda total. Apesar de em 2017 ter havido uma redução de 5,3% de novos processos criminais em relação a 2016, os casos pendentes ainda equivalem a 2,8 vezes a demanda. Chama atenção o fato de que o sistema carcerário também está superlotado, mas o Estado brasileiro ainda continua investindo em soluções punitivistas, que apostam no aprisionamento. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>>. Acesso em 20 fev. 2019.
- (4) Já no processo do sistema acusatório, ao contrário, “retira-se do juiz a iniciativa probatória e, com isso, produz-se um alheamento *a priori* dele do conhecimento referente ao caso penal (e com isso favorecendo que não decida antes das questões estarem satisfatoriamente conhecidas)” (COUTINHO, 2018, p. 118).
- (5) Os dados foram coletados no Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2018. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/08/FBSP_Anuario_Brasileiro_Seguranca_Publica_Infografico_2018.pdf>. Acesso em: fev. 2019.
- (6) ZAFFARONI (2016, p. 62), por exemplo, afirma que a barganha é pouco menos do que uma extorsão das instituições de controle penal contra os acusados. Segundo o autor, por causa desse tipo de técnica de repressão penal, o processo acusatório tornou-se, em grande medida, uma ficção, pois a verdadeira decisão fica nas mãos do acusador e não do juiz, “devido principalmente a esse fenômeno, estimulou-se uma legislação inquisitória, contendo elementos da Idade Média (espíões, delatores, procedimentos secretos, posições de garantia absurdas etc.), aplicável a nebuloso conjunto de infrações, designadas genericamente como *crime organizado*”.

Fernando Alberto Cavaleiro de Macedo Barra

Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Centro
Universitário Internacional e Instituto de Criminologia e Política
Criminal (UNINTER/ICPC). Bacharel em Direito pelo Centro
Universitário do Pará (CESUPA). Advogado.

ORCID: 0000-0003-3333-1140

fernandobcmacedo@gmail.com

Recebido em: 25.02.2019

Aprovado em: 14.03.2019

Versão final: 20.04.2019

Política Criminal Negativa

Raphael Boldt

Resumo: Diante do cenário de crise da justiça criminal, o texto busca oferecer novas respostas para o exercício democrático e não violento do controle social, construídas estrategicamente a partir da perspectiva abolicionista e de uma política criminal negativa.

Palavras-chave: Política Criminal. Direito Penal. Abolicionismo.

Abstract: Faced with the crisis scenario of criminal justice, the text seeks to offer new answers to the democratic and non-violent exercise of social control, strategically built from the abolitionist perspective and from a negative criminal policy.

Keywords: Criminal Policy. Criminal Law. Abolitionism.

Conforme análise realizada em trabalhos anteriores,⁽¹⁾ a pretensão de humanização do sistema penal tem sido objeto de inúmeras discussões, presentes em obras importantes como *Dos delitos e das penas*, de **Beccaria**,⁽²⁾ e *Direito e razão*, de **Ferrajoli**.⁽³⁾ Apesar dos avanços obtidos a partir do ideário iluminista e da consequente tentativa de impor limites racionais ao poder punitivo estatal, a realidade de países como o Brasil revela as limitações do discurso humanizador, formulado com base no “*paradigma racionalista das ciências criminais forjado no alvorecer da modernidade*”.⁽⁴⁾ A busca por fundamentos teóricos capazes de relegitimar o sistema penal evidencia uma visão romântica do poder, a permanência do que **Salo de Carvalho** descreve como “*ilusão do bom poder punitivo*”,⁽⁵⁾ a despeito do aparente objetivo de efetivação dos direitos e garantias fundamentais e minimização das violências arbitrárias provocadas pelo Estado.

A incapacidade de compreender o mundo sem a pena está intimamente ligada à racionalidade penal moderna, tendo em vista que esta fundamenta a punição como uma necessidade, independentemente das transformações experimentadas no plano discursivo desde o período dos reformadores. A afirmação de que a pena deve necessariamente existir (*Strafe muss sein*) sugere a dificuldade de configurar alternativas ao sistema penal e reforça a ideia de que a racionalidade penal moderna constitui um obstáculo epistemológico à inovação, isto é, à criação de uma nova racionalidade e de outra estrutura normativa.⁽⁶⁾

A colonização exercida pelo sistema penal sobre a nossa

percepção faz parecer “natural” a estrutura normativa escolhida e obsta, por exemplo, qualquer transformação significativa do atual modelo de gestão de conflitos criminalizados. Cumpre notar que a naturalização do poder punitivo está condicionada à universalização de uma espécie de racionalidade que encontra o sentido e a justificação da punição em sua contribuição para preservar a ordem estatal.

Definida por **Scheerer** como “*razão punitiva*” (*strafende Vernunft*),⁽⁷⁾ a racionalidade subjacente à justiça criminal moderna permite ofuscar a violência inerente às práticas punitivas e favorece a construção paradoxal das relações entre Direito Penal e direitos humanos, ou seja, ao mesmo tempo em que o recrudescimento penal é compreendido como meio de eliminar a violência (uma das promessas da modernidade) e tutelar os direitos humanos, ele degrada os direitos que deveria afirmar. Esse conflito é supostamente resolvido pela própria racionalidade penal, ao pensar separadamente os conceitos de justiça e humanismo, de forma que para “ser justo” não é necessário “ser humano”.⁽⁸⁾

Apesar de utilizar a razão instrumental como referencial primordial para a razão punitiva, uma análise minuciosa das obras de **Scheerer** permite concluir que esta espécie de racionalidade possui resquícios teológicos, tratando-se de uma forma de pensar escolástica,⁽⁹⁾ cuja principal pretensão é sedimentar as bases ideológicas do Direito Penal e justificar racionalmente a “fé” no sistema de justiça criminal. Os elementos teológicos que conformam essa racionalidade obscurecem a capacidade de pensar

criticamente o sistema penal e oferecem o instrumental necessário para a construção de argumentos supostamente racionais, lógicos e coerentes, fundados em uma perspectiva dogmática que busca, simplesmente, confirmar a necessidade do controle social punitivo, rejeitando assim qualquer questionamento sobre a sua existência.

Não obstante o discurso oficial otimista, diante do inegável cenário de crise da justiça criminal, o desafio que se impõe, sobretudo aos acadêmicos identificados com as perspectivas criminológicas críticas, é oferecer novas respostas para o exercício democrático e não violento do controle social, construídas estrategicamente a partir de uma política criminal negativa,⁽¹⁰⁾ orientadora de autênticas “reformas negativas” deslegitimadoras, consubstanciadas principalmente em “alterações que abolem ou removem partes maiores ou menores das quais o sistema em geral é mais ou menos dependente”.⁽¹¹⁾ Esse modelo político-criminal, originalmente objeto de muitas críticas precisamente por sua “negatividade” e por se opor à elaboração de alternativas, reflete inúmeras demandas e perspectivas abolicionistas e apresenta-se como opção concreta e apta a nortear o trabalho de identificação dos “elementos repressivos do atual sistema social que mereçam ser abolidos por terem se tornado supérfluos com a evolução da sociedade”, auxiliando ainda na “contínua e antirrepressiva transformação do sistema”.⁽¹²⁾

A política criminal negativa assume a necessidade de abolir sofrimentos desnecessários e rejeita a construção de alternativas positivas ilusórias, principalmente sob as condições de sociedades não esclarecidas e repletas de agressão e repressão, nas quais a busca por opções às reformas negativas acaba geralmente alavancando alterações conservadoras que sofisticam o aparato punitivo sob a justificativa de oferecer “alternativas” menos degradantes. No caso do Brasil, alguns exemplos são elucidativos, como as Leis 9.099/95, 7.209/84 (responsável pela criação das penas restritivas de direito substitutivas da pena privativa de liberdade), 9.714/98 (lei que ampliou o rol de “penas alternativas”) e, mais recentemente, as chamadas medidas cautelares alternativas, inseridas no ordenamento pela Lei 12.403/11.

Ainda que seja possível afirmar que qualquer realidade é artificial e que a tentativa de desconstruir o discurso hegemônico no plano das ciências criminais repousa em um acordo temporário e circunstancial, é necessário compreender também a violência simbólica subjacente ao processo de ocultação do caráter retórico de teorias que foram historicamente formuladas e difundidas para justificar e universalizar o sistema penal. Difundida e funcional no ambiente jurídico, essa estratégia permite que meras opiniões sejam reconhecidas como “a verdade” em virtude da autoridade de quem as emite e inviabiliza a reflexão sobre alternativas ao paradigma triunfante.

Diante da proposta abolicionista de uma política criminal negativa, faz-se necessário reconhecer que, embora não seja uma exclusividade das sociedades periféricas, atualmente no campo político-criminal é perceptível uma tendência à adoção de posturas conservadoras quanto ao Direito Penal e ao processo penal, compreendidos como instrumentos de proteção dos cidadãos, perspectiva vinculada ao conhecido movimento de “defesa social”. Com a ascensão de modelos dessa natureza, até mesmo a “renovação do direito penal” criticada por autores como **Christie**, **Mathiesen** e **Scheerer**, parece cada vez mais distante e irracional. Em meio a discursos que defendem o recrudescimento da legislação

penal e que justificam a violência punitiva, inclusive com o “*abate de seres humanos*”, as chances de humanização do sistema penal e redução de danos por intermédio de eventuais alternativas restam praticamente bloqueadas e sob o risco de serem colonizadas pela razão punitiva.

É exatamente nesse contexto que surge a necessidade de repensar o uso do sistema penal e buscar outros critérios de legitimação, outra lógica epistêmica, mais apropriada para uma cultura jurídica pluralista e democrática, condições para reordenar a racionalidade moderna e configurar novos modelos de justiça, principalmente no caso dos países periféricos, onde o mimetismo cultural colonizador produziu o distanciamento de uma práxis transformadora e emancipatória. Em tempos de autoritarismo e barbárie, somente uma autêntica “teoria penal pós-colonial”,⁽¹³⁾ que compreende o Direito Penal como um mecanismo para a manutenção da dominação e exploração econômica, será capaz de renovar as nossas esperanças em uma justiça transformadora.

Notas

- (1) A respeito dos limites concernentes à humanização e democratização do sistema de justiça criminal, conferir: BOLDT, Raphael; ADEODATO, João Maurício. Processo e catástrofe: a racionalidade do processo penal moderno a partir da filosofia da história de Walter Benjamin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, v. 125, p. 255-276, nov. 2016.
- (2) BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 1999.
- (3) FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1997.
- (4) CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 114.
- (5) Idem, p. 119.
- (6) PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 68, São Paulo: CEBRAP, 2004.
- (7) SCHEERER, Sebastian. Kritik der strafenden Vernunft. *Ethik und Sozialwissenschaften*. Hamburg: Lucius, n. 12, p. 69-83, 2001, p. 70.
- (8) PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 68, São Paulo: CEBRAP, 2004.
- (9) Em relevante exposição sobre os fundamentos teológicos do Direito Penal, conferir: SCHEERER, Sebastian. Warum sollte das Strafrecht Funktionen haben? Gespräch mit Louk Hulsman über den Entkriminalisierungsbericht des Europarates. Disponível em: <www.wiso.uni-hamburg.de>. Acesso em: 10 jan. 2014. Para uma relação com o processo penal moderno: BOLDT, Raphael. *Processo penal e catástrofe: entre as ilusões da razão punitiva e as imagens utópicas abolicionistas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- (10) MATHIESEN, Thomas. *Überwindet die Mauern! Die skandinavische Gefangenenbewegung als Modell politischer Randgruppenarbeit*. Neuwied und Darmstadt: AJZ Druck & Verlag, 1993. Para uma análise sobre as relações entre a política criminal negativa e o abolicionismo penal, ver também: LAMNEK, Siegfried; VOGL, Susanne. *Theorien abweichenden Verhaltens II: “Moderne Ansätze”*. Paderborn: Wilhelm Fink Verlag, 2017. p. 325 e ss.
- (11) MATHIESEN, Thomas. *The Politics of abolition revisited*. New York: Routledge, 2015. p. 223-224.
- (12) SCHEERER, Sebastian. Die abolitionistische Perspektive. *KrimJ*, p. 98, 1984.
- (13) DÜBGEN, Franziska. *Theorien der Strafe: zur Einführung*. Hamburg: Junius Verlag, 2016. p. 147.

Raphael Boldt

Pós-doutorado em Criminologia pela Universität Hamburg (bolsa DAAD). Doutor e mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV (estágio doutoral – Johann Wolfgang Goethe-Universität, Frankfurt am Main). Professor (Graduação e Pós-graduação) da FDV. Advogado. ORCID: 0000-0002-1625-9856 raphaelboldt@hotmail.com

Recebido em: 13.01.2019

Aprovado em: 28.05.2019

Versão final: 19.07.2019

Lava jato: a competência da justiça eleitoral e a convalidação dos acordos de delação premiada

Chiavelli Facenda Falavigno e Alexandre Wunderlich

Resumo: O presente artigo visa a discutir a repercussão da mudança de competência para o julgamento das ações provenientes da operação Lava Jato nos acordos de delação premiada realizados nos processos em curso.

Palavras-chave: Competência processual. Justiça eleitoral. Delação premiada.

Abstract: This article aims to discuss the repercussion of the change of jurisdiction for the judgment of the actions from the Car Wash operation in the Plea bargaining agreements concluded in the ongoing proceedings.

Keywords: Procedural competence. Electoral justice. Plea bargaining.

A competência da Justiça Eleitoral em matéria criminal está delimitada no Código Eleitoral, fruto de referência expressa contida no artigo 121 da Constituição Federal, segundo o qual “*Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais*”. Determina o artigo 35 do referido Código que compete aos juízes eleitorais o julgamento dos crimes eleitorais, os quais se encontram definidos em lei, e daqueles que lhes forem conexos, caracterizando o chamado *foro de vis atractiva*.

O conceito de conexão, por sua vez, se encontra entabulado no artigo 76 do Código de Processo Penal, podendo referir-se às pessoas envolvidas nos delitos, à finalidade das infrações, ou, ainda, a questões de prova. Importante salientar que a redação “crimes comuns que lhe forem conexos” permite o questionamento acerca de se esta conexão que atrai a competência para o juízo eleitoral deve abranger apenas as hipóteses de direito material, ou seja, finalidade e pessoas, ou também aquela de direito processual, pertinente à prova. Entende-se, neste texto, que todas as relações devem ser abrangidas. Aliás, a conexão por motivo processual permite aferir a existência de uma relação de prejudicialidade entre a comprovação da ocorrência do primeiro crime ou de uma de suas circunstâncias elementares na definição do segundo crime, tornando mais concreta a necessidade de julgamento conjunto.

Assim sendo, conforme vem apontando parte da doutrina, era de se esperar que algumas das ações penais derivadas da chamada operação “Lava Jato” fossem remetidas à Justiça Eleitoral. A maioria dos casos diz respeito à ocorrência do chamado “Caixa 2”, tipificado no artigo 350, do Código Eleitoral. Sabe-se, ademais, que a competência em razão da matéria é de natureza absoluta. Destarte, não se acredita que o Ministério Público ofereceria a denúncia pelo crime eleitoral no Juízo comum, ampliando o objeto da demanda e obrigando o Magistrado a reconhecer-se incompetente, operando a dita remessa. Uma vez oferecidas as denúncias separadamente – em ambas as justiças, eleitoral e federal –, haverá evidente pluralidade de demandas em conexão, sendo tarefa da defesa pugnar pela unificação das ações penais ou, ainda, dos Magistrados em atuação *ex officio*.

Verdade é que os critérios de conexão comportam alguma flexibilidade, de acordo com o artigo 80 do CPP, mas a hermenêutica do texto permite auferir que a separação dos casos conexos é medida excepcional, que deve ser justificada. Ademais, o artigo 82

do mesmo diploma determina a avocação dos processos nos casos de conexão em que forem instaurados procedimentos diversos. Ou seja: em uma análise sistemática, nota-se que a regra é a reunião dos casos conexos.

Com o início de ação penal na Justiça Eleitoral, é cogente que o reconhecimento de dita conexão se dê de forma imediata. A incompetência absoluta, se prolongada indevidamente, pode gerar a invalidação de atos instrutórios praticados na justiça federal – o eu se traduz em problema, não apenas em termos de economia processual, mas também do ponto de vista do direito de defesa. A ratificação dos atos é opcional, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.⁽¹⁾ No entanto, a nulidade pela perpetuação da incompetência indevida está prevista no artigo 564, I, do CPP. Por ser absoluta, tal nulidade, ademais, não deve comportar juízo sobre ocorrência de prejuízo, nos termos da obra de **Zacris**,⁽²⁾ ou mitigações em razão de motivos alheios à dogmática processual: pressões midiáticas e internacionais, razões escusas de política criminal de combate à corrupção etc.

Ademais, segundo **Grinover**, **Scarance** e **Gomes Filho**, no caso de incompetência absoluta de foro com previsão constitucional, a sentença pode vir a ser considerada inexistente,⁽³⁾ não havendo falar-se em convalidação posterior. Urge, portanto, a necessidade de que a incompetência seja analisada de forma imediata e idônea, séria e, se for o caso, devidamente reconhecida, ainda antes do termo final de ditos processos.

Por fim, sublinhe-se que a nossa preocupação com a publicação do presente texto diz respeito ao direito de defesa, fundamentalmente em razão da série de acordos de colaboração premial realizados no âmbito da Operação Lava Jato. Sabe-se que o procedimento da colaboração com a Justiça é bastante novo, não havendo jurisprudência consolidada sobre muitos de seus termos, como o contrato com sanções abertas ou fechadas, a natureza de alguns atos jurídicos, etc. O eventual reconhecimento de nulidade absoluta e a fragilidade dogmática de muitas dessas categorias podem prejudicar os indivíduos envolvidos nesses casos, que agiram de boa-fé frente ao Estado. Frise-se que a ideia aqui é evitar desídia estatal, impunidade por fatos narrados aos órgãos de persecução, o que já ocorreu em diversos casos anulados por questões de incompetência relegadas a um plano de menor importância. O pronto reconhecimento da conexão deve vir, ao que tudo indica, acompanhado da ratificação dos atos instrutórios

praticados na justiça federal, incluindo os acordos de colaboração homologados.

Em tempos de aceleração social e de um judiciário atuante sobre textos legislativos inovadores, no caso da Lei 12.850/2013, e sobre textos com problemas de atualização, de redação e mesmo de sistematização, como o Código de Processo Penal, o apego à técnica e à dogmática é, mais do que a hermenêutica principiológica, uma forma de impor a fundamentação racional como limite à arbitrariedade.

Notas

- (1) RHC 82.698/MT, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 21/02/2018
- (2) ZACLIIS, Daniel. *As nulidades no processo penal*: estudo crítico sobre a aplicação da regra do prejuízo. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016.
- (3) GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarence; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 6 ed. ver. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 48.

Chiavelli Facenda Falavigno

Doutora em Direito Penal pela USP.

Mestra em Ciências Criminais pela PUCRS.

Professora adjunta de Direito Penal e Processual Penal da UFSC.

ORCID: 0000-0002-7264-2171

chiavelli.falavigno@gmail.com

Alexandre Wunderlich

Doutor em Direito pela PUCRS.

Professor de Direito Penal da PUCRS. Advogado.

ORCID: 0000-0001-8090-631X

alexandre.wunderlich@pucrs.br

Recebido em: 22.04.2019

Aprovado em: 09.08.2019

Versão final: 17.09.2019

Projeto de Lei Anticrime e seus desejos de encarceramento em massa como solução analgésica de uma política criminal fadada ao fracasso

Natália Lopes Alves

“O principal nesta minha obra da Casa Verde é estudar profundamente a loucura, os seus diversos graus, classificar-lhe os casos, descobrir enfim a causa do fenômeno e o remédio universal. Este é o mistério do meu coração. Creio que com isto presto um bom serviço à Humanidade”.

(Machado de Assis, *O Alienista*)

Resumo: A política criminal e penitenciária inerente ao Projeto de Lei Anticrime brasileiro reforça o imaginário social punitivista de uma sociedade carente de mínimos direitos humanos. A sociedade quer ver o criminoso sendo torturado nas cadeias, e a mídia reforça essa proposta porque lucra com a venda de imagens que violentam os envolvidos com crimes. Assim, urge políticas públicas criminais e penitenciárias inclusivas.

Palavras-chave: Políticas Públicas. Inclusão Social. Lei Anticrime.

Introdução

Lançado um mês após a posse de Sérgio Moro como ministro da Justiça e Segurança Pública, o projeto de Lei Anticrime traz significativas mudanças no Código Penal Brasileiro, no Código de Processo Penal, Código Eleitoral, Lei de Execuções Penais, Lei de Crimes Hediondos, Lei de Improbidade Administrativa, Lei de Interceptação Telefônica, Lei dos Crimes de Lavagem de Capitais, Estatuto do Desarmamento, Lei de Drogas, Lei de Transferência e Inclusão de Preso, Lei de Identificação Criminal, Lei de Organização Criminosa e na Lei do *Whistleblower* (ou do denunciante/informante). Trata-se de projeto que já enfrenta maciça crítica entre juristas de todo o país, sendo duvidoso que tenha maioria nas casas legislativas para que obtenha êxito em sua aprovação nos termos

Abstract: The criminal and penitentiary policy inherent in the Brazilian Anti-Crime Bill reinforces the punitivist social imaginary of a society lacking minimum human rights. Society wants to see the perpetrator being tortured in jails, and the media backs this up because it profits from selling images that violate those involved in crimes. Thus urge inclusive criminal and prison public policies.

Keywords: Public Policies. Social inclusion. Anticrime Law.

em que se encontra. O Projeto de Lei Anticrime viola princípios e normas constitucionais que já são questionadas em Ações Diretas de Constitucionalidade e aguardam julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, como no caso da presunção de inocência até o trânsito em julgado das ações penais, nas ADC's 43 e 44.

Várias são as controvérsias encontradas no Projeto de Lei Anticrime e todas convergem para a prática de política criminal e penitenciária punitiva e repressiva, quando, ao contrário disso, nossa sociedade necessita de políticas públicas inclusivas. A “lei e ordem” parece ser a de atribuir a culpa pelos atos infracionais ao indivíduo, excluindo toda e qualquer responsabilidade do Estado diante desses feitos.

Em uma sociedade carente de mínimos direitos humanos, não é possível que o Estado Brasileiro atue dessa maneira. Trata-se de

uma forma de punir ainda mais a população, atuando mediante uma “cegueira estatal deliberada”, na qual os fins dos seus propósitos escusos de encarceramento em massa justificam plena e totalmente os meios para tal realização.

1 Incoerências do Projeto de Lei Anticrime

Muitos são os pontos controversos no Projeto de Lei Anticrime do ministro Sérgio Moro. Alguns exemplos podem ser citados aqui de forma rasa, para fins de conhecimento: o fato de, em fase de “execução provisória da pena”, o juiz poder determinar a avaliação e venda dos bens do acusado, para, só ao final do processo, caso tenha havido algum erro do Estado, aquele que carregou a mácula da nomenclatura “réu” venha a ser absolvido, tendo como prêmio de consolação o “direito à restituição dos valores acrescidos de correção monetária”. Uma verdadeira arbitrariedade estatal que institucionaliza o Direito Penal Máximo, em um país que não raras vezes se depara com prisões e condenações de inocentes.

Outro ponto de grande crítica são as medidas relacionadas à legítima defesa: no §1º, do Art. 23, do Código Penal, tem-se a previsão de que “o juiz poderá reduzir a pena até a metade ou deixar de aplicá-la se o excesso ocorrer de escusável medo, surpresa ou violenta emoção”; ou ainda, no que se refere aos policiais e agentes de segurança pública, no parágrafo único, do Art. 25, do referido código, aduz-se que “o agente policial ou de segurança pública que, em conflito armado ou em risco iminente de confronto armado, previne injusta e iminente agressão a direito seu ou de outrem”. Na prática, pode-se interpretar como uma permissão para matar, trazendo à população mais vulnerável um resultado catastrófico. Somente no ano de 2018, segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 5.144 pessoas foram mortas no Brasil em intervenções policiais, o que corresponde a um total de 8% de todos os assassinatos registrados naquele ano. Se aprovada a proposta sem alterações, esse número será ainda maior.

Mais um exemplo que se pode citar diz respeito às “medidas para introduzir soluções negociadas no Código de Processo Penal e na Lei de Improbidade”. O denominado *plea bargaining*, extraído da legislação americana, e desconhecida por muitos até a deflagração da Operação Lava-jato, traz um modelo de acordo entre acusação, através do Ministério Público e réu: este confessa o crime e passa a negociar a pena. Necessário ressaltar que, no modelo jurisdicional brasileiro, a acusação possui ampla discricionariedade, podendo desequilibrar a isonomia e trazer prejuízo ao princípio da ampla defesa, de modo que, por medo e pressão do Estado acusador, o acusado acabe confessando crime que jamais cometeu para livrar-se de prosseguir com uma ação penal durante anos.

Todas essas controvérsias observadas nos pontos aqui assinalados demonstram uma política criminal e penitenciária voltada para o encarceramento da população, exatamente como planejava o Dr. Bacamarte, personagem da célebre obra de Machado de Assis, *O Alienista*. Bacamarte pretendia prender todos os loucos da cidade em um hospício. Acabou prendendo quase toda a população em seu recinto, ficando apenas, ao final, ele mesmo preso e sozinho no local.

2 Política criminal e penitenciária na contramão do desenvolvimento

A política criminal coloca como alvo pessoas vítimas da seletividade e vulnerabilidade do sistema penal, o que só vem a

reproduzir um sistema de desigualdade social que já se encontra arraigado na história dessa nação. Dados do DEPEN (2018) mostram: “[...] o panorama geral da população prisional brasileira registrada em 30/06/2016 em 1.422 unidades prisionais que participaram do levantamento. Em Junho de 2016, existiam 726.712 pessoas privadas de liberdade no Brasil, sendo 689.510 pessoas que estão em estabelecimentos administrados pelas Secretarias Estaduais de Administração Prisional e Justiça, o sistema penitenciário estadual; 36.765 pessoas custodiadas em carceragens de delegacias ou outros espaços de custódia administrados pelas Secretarias de Segurança Pública; e 437 pessoas que se encontram nas unidades do Sistema Penitenciário Federal, administradas pelo Departamento Penitenciário Federal. Em relação ao número de vagas, observamos um déficit total de 358.663 mil vagas e uma taxa de ocupação média de 197,4% em todo o país, cenário também agravado em relação ao último levantamento disponível”.

O DEPEN caracteriza o perfil social dessa população prisional: 55% é formada por jovens até 29 anos; 64% é composta por pessoas negras; 17, 75% ainda não acessou o ensino médio, tendo concluído, no máximo, o ensino fundamental (entre a população que se encontra no ensino médio, tendo concluído ou não esta etapa da educação formal, 24% é privada de liberdade); destaca-se a concentração de pessoas solteiras, que representam 60%; 1% da população prisional é composta por pessoas com deficiência; 56% dos estrangeiros que se encontram no sistema prisional brasileiro são provenientes do continente americano, 27% vêm da África e 13% da Europa; 53% dos homens privados de liberdade não têm filhos, enquanto entre as mulheres, 74% têm pelo menos 1 filho; os crimes de tráfico correspondem a 28% das incidências penais pelas quais as pessoas privadas de liberdade foram condenadas ou aguardam julgamento em junho de 2016.

O DEPEN ainda apresenta dados que comprovam que, com relação aos tipos penais, os crimes de roubo e furto somam 37% das incidências e os homicídios representam 11%. Ao se comparar a distribuição entre homens e mulheres, evidencia-se a maior frequência de crimes ligados ao tráfico de drogas entre as mulheres. Entre os homens, os crimes ligados ao tráfico representam 26% dos registros, enquanto entre as mulheres esse percentual atinge 62%. Os crimes de roubo e furto representam 38% dos crimes pelos quais os homens privados de liberdade foram condenados ou aguardam julgamento e 20% dos crimes relacionados às mulheres. 21, 54% das pessoas privadas de liberdade foram condenadas a até, no máximo, 8 anos de prisão.

A crise social vivenciada hoje no Brasil, da qual a criminalidade e a violência são indissociáveis, deve-se, também, à crise do modelo repressivo aplicado nas políticas públicas criminais e penitenciárias. Trata-se de política repressiva, que nunca foi abandonada pelo ideário jurídico penal. O problema da criminalidade e da violência brasileiras é de ordem social e está longe de ser resolvido apenas com medidas de caráter repressivo. Essa lógica já demonstra há tempos que não é capaz de resolver os problemas sociais, mas apenas agravá-los. Não é sem razão que **Mauro Malin** (2019) assegura que o abuso da repressão é antidemocrático, enfraquece a autoridade e alimenta a corrupção.

As políticas públicas criminais e penitenciárias ainda carecem de largo distanciamento do ideário propagado pelo Direito Penal do

inimigo, aquele que só enxerga o indivíduo como centro causador de todos os males da sociedade. O Estado precisa assumir a sua responsabilidade social diante da criminalidade e violência que assolam o Brasil.

A sociedade brasileira é refém do Estado há algum tempo. Ela atribui ao indivíduo toda a noção de culpabilidade pelo ato criminoso praticado, isentando o Estado de sua responsabilidade social, como prevê a Constituição Federal. Nessa concepção, o indivíduo é responsabilizado por seus erros e deve pagar severamente pelo que fez. A população se reúne para cobrar, então, um conjunto de medidas severas em relação a esse criminoso. Essa cobrança recebe o apoio da mídia, que reduplica e solidifica essa visão punitiva e repressiva em relação aos criminosos. Como efeito dominó, os governantes são bastante cautelosos em emitirem qualquer tipo de defesa a envolvidos com a marginalidade, punindo o crime e isolando da sociedade o indivíduo que o praticou.

Estando a massa contra as pessoas que cometem o crime, alimentando sentimento de vingança diante desse grupo de criminosos, dificilmente serão criadas políticas públicas que promovam a devida inclusão social dessas pessoas, uma vez que proporcionar a reeducação dessa classe seria o mesmo que estar do lado deles; e seria o mesmo também que abrir mão dos seus interesses e futuro político. Assim, políticas públicas de ressocialização da pessoa criminosa não serão incentivadas enquanto os cidadãos compactuarem com esse imaginário de repúdio e ódio, de reciprocidade entre crime e pena.

Se as massas tivessem um pensamento mais humano diante de sua concepção sobre o outro, teríamos uma visão mais cidadã e responsável em relação àquele que pratica o crime. Isso significaria a possibilidade de os nossos governantes poderem atuar de forma mais enérgica e eficaz na criação de políticas públicas criminais e penitenciárias que promovessem a inclusão social. Isso porque não haveria preocupação com uma suposta perda de votos por conta da implementação de ações afirmativas em prol da comunidade penitenciária. Possivelmente também haveria mais políticas públicas para se evitar a entrada dos indivíduos no mundo da criminalidade, com a promoção de políticas sociais voltadas para a área da educação, saúde, assistência social, seguridade social, cultura e esportes.

O imaginário popular apenas alimenta a criação de novos tipos penais, medidas paliativas, ignorando medidas que sejam realmente efetivas para a diminuição da criminalidade e o tratamento daqueles que já se encontram sob a tutela estatal. Uma das maiores contribuições da sociologia criminal foi, sem dúvida, permitir a compreensão de que assim como a criminalização é resultado de um pensamento dominante em determinado momento e local, o criminoso é resultado de seletividade que se impõe sobre um grupo de pessoas vulneráveis e que correspondem a um estereótipo. Trata-se também de uma forma de desviar a atenção da sociedade de outros problemas causadores da criminalidade, como o desemprego, taxas de juros, inflação, pobreza, corrupção, entre outros.

A política criminal e penitenciária está relacionada com a política social, isto é, seu desenvolvimento tem a ver com o momento histórico – sociocultural e econômico – em que se vive numa determinada época. Quanto menos eficazes forem as políticas sociais, menos eficazes também serão as políticas criminais e

penitenciárias, incapazes de atingir o indivíduo envolvido com a marginalidade exatamente por serem falhas as políticas no âmbito social.

3 Por uma mudança nas políticas criminais e penitenciárias

O racionalismo do século XVII inaugura a Modernidade com **Descartes**, que, ao lado de **Bacon** e **Galileu**, pregou a aplicação do pensamento empírico a todos os ramos do conhecimento (PUC-RIO, 2018).

O pensamento cartesiano provoca um reducionismo do Direito, uma vez que afasta o Direito da vivência social. Sabe-se que a vida em sociedade é o sêmen do Direito, não podendo este afastar-se dela. A partir disso é que **Chaim Perelman** se dedicou à construção da Nova Retórica. **Perelman** queria a retirada da lógica formal das ciências humanísticas, devido à inviabilidade metodológica de aplicação do raciocínio matemático às ciências sociais, fato este que resultaria na incapacidade de as ciências humanas responderem aos fenômenos sociais. Tratava-se de uma violência e agressão ao pensamento das humanidades, sufocando o seu objeto de estudo (PUC-RIO, 2019, p. 24-25). **Perelman** defendia “[...] *que a razão não serve apenas para descobrir a verdade e o erro, mas também para deliberar, para fazer escolhas, para tomar decisões, para chegar a um acordo satisfatório entre interesses contrastantes e para se solucionar litígios ou dilemas em geral*” (PUC-RIO, 2019, p. 26).

Poder-se-ia perguntar o que isso tem de relação com o que se quer aqui defender. O pensamento de **Perelman** eleva o juízo de valor em detrimento da lógica da boa escolha, do certo e errado de **Descartes**. Isso significa dizer que: “[...] *em Perelman, a ética discursiva, fundada no princípio da tolerância, do pluralismo e na rejeição da violência, subjaz à racionalidade argumentativa, tornando possível o diálogo racional, fundado em valores*” (PUC-RIO, p. 28). Esse pensamento é crucial para os fundamentos de nossa proposta de mudança das bases argumentativas das políticas públicas criminais e penitenciárias porque ajuda a modificar a lógica clássica arraigada ao pensamento jurídico quando do processo de elaboração dessas políticas. Deve-se se libertar das amarras do pensamento clássico punitivo e repressivo, que não incluem socialmente o cidadão e só pensam em medidas de punição severas à população.

Urge a elaboração de políticas públicas criminais e penitenciárias que envolvam a sociedade como parceira colaborativa e que incluam a sociedade, em vez de excluir. Isso significa dizer que, antes de se criarem leis punitivas, deve-se pensar em políticas públicas voltadas para a inclusão social do apenado-reeducando, ou mesmo em políticas públicas sociais que inibam a entrada da população no mundo da criminalidade. Para a população prisional, é o mesmo que se pensar em políticas públicas voltadas para a reinserção social da comunidade prisional. Trata-se da aplicação social dos horizontes da racionalidade argumentativa em prol desse público tão carente de direitos, de indivíduos impedidos de se desenvolverem plenamente como pessoas e cidadãos.

A título de exemplo, poder-se-ia pensar na reinserção social por meio da valorização da leitura nos processos de remição de pena. A sociedade letrada da atualidade é aquela que faz uso com autonomia das habilidades de ler e escrever, em que os sujeitos vivem em estado de letramento, praticando a leitura e a escrita de modo a

atender as demandas sociais (SOARES, 2000). Considerando as exigências dessa sociedade e as contradições nela existentes, acredita-se na possibilidade de um trabalho de reinserção social com apenados-reeducandos que trabalhe a leitura e inclua processos de conscientização e questionamentos; que utilize a habilidade de ler para compreensão do contexto social e inserção dos sujeitos, fazendo uso das mídias e do hipertexto como meios que os auxiliem a compreender o mundo a sua volta. Isso despertaria nesse grupo o interesse pela leitura, por ser um recurso que trabalha com a interatividade e, sobretudo, com valores universais indispensáveis à formação do cidadão, como orienta Senna (2001).

Para Brandão e Michelitti apud Chiappini (GERALDI, 1984, p. 17):

“O ato de ler é um processo abrangente e complexo; é um processo de compreensão, de inteligência de mundo que envolve uma característica essencial e singular ao homem: a sua capacidade simbólica e de interação com o outro pela mediação da palavra”.

Ler não é uma tarefa fácil. É uma capacidade humana muitas vezes adormecida. Reavivá-la requer tempo e estratégias atrativas o suficiente para atrair, por exemplo, neste caso, o apenado-reeducando.

De acordo com Kuenzer (2002, p. 101), “*Leitura, escrita e fala [...] são atividades sociais, entre sujeitos históricos, realizadas sob condições concretas*”, promovendo a formação do sujeito crítico e reflexivo. É através do desenvolvimento dessas habilidades, portanto, que os apenados-reeducandos podem posicionar-se com autonomia em situações cotidianas ou não. Cabe ao Estado a tarefa de oportunizar a esse grupo situações de reeducação social que contextualizem os conhecimentos que os mesmos já trazem quando chegam aos estabelecimentos penitenciários, e por meio dos quais serão reprogramados para um convívio social mais harmônico e pacífico em sociedade.

Para os indivíduos com aptidões específicas, poder-se-ia estimular o empreendedorismo através de cursos e capacitação técnica, num trabalho em rede, para compartilhar conhecimentos e contribuir na elaboração de produtos para venda por empresas parceiras. Um exemplo de ressocialização por meio do empreendedorismo é o que acontece hoje na Penitenciária Feminina Júlia Maranhão, na Cidade de João Pessoa-PB, onde as reeducandas, após passarem por cursos de corte e costura, iniciaram o projeto denominado “Castelo de Bonecas”, que consiste na fabricação de bonecas artesanais de alto padrão, de iniciativa da Fundação Cidade Viva, fundação sem fins lucrativos, e que hoje tem o apoio da Vara de Execução Penal e do Tribunal de Justiça da Paraíba. O projeto, a convite da então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Carmem Lúcia, teve suas bonecas expostas em evento da referida Suprema Corte Brasileira. As políticas públicas voltadas para a área penal precisam seguir esses novos rumos mundiais, sempre em busca de propostas que alcancem de fato, dentre outras coisas, a reeducação da pessoa humana e sua reinserção na sociedade.

Considerações finais

A política criminal e penitenciária deve ser orientada a partir da ótica do respeito à dignidade da pessoa humana; a dignidade da pessoa humana nem sempre se encontra inserida em determinadas estruturas culturais e sociais que deveriam respeitar o próximo e ter

garantido o direito à vida e a integridade corporal, não admitindo tratamentos cruéis, humilhantes e nem penas desumanas.

As mudanças trazidas pela proposta da Lei Anticrime são muitas, as incertezas também, mas algo tem que ficar claro: não existem soluções simples como se utilizar da estrutura legislativa para tratar de problemas tão graves, que deságum nas penitenciárias já superlotadas. Algo mais profundo deve ser tratado, no campo antropológico e social, que se inicia na educação. Países que investiram mais em educação, por exemplo, deixaram de gastar com segurança pública. Precisamos de um país livre da violência? Sim. Então, é necessário tratar a causa, não somente as consequências. E não é com medidas punitivas que se resolve o problema da criminalidade no Brasil, mas sim com políticas públicas criminais e penitenciárias de inclusão social.

Referências

- AZEVEDO, Ailton Pereira. *O imaginário social e a criminalidade registrada em Santa Cruz do Sul*. 2017. Disponível em: <<https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/25427/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Mestrado%20ISPC%20Ailton%20Azevedo.pdf>>. Acesso em: fev. 2019.
- CNJ. *Postulados, princípios e diretrizes para a política de alternativas penais*. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: jan. 2019.
- CNPCP. *Plano nacional de política criminal e penitenciária*. Disponível em: <www.trj.jus.br>. Acesso em: jan. 2019.
- DEPEN. *Levantamento nacional de informações penitenciárias – 2016*. Disponível em: <www.emporiiodireito.com.br>. Acesso em: jan. 2019.
- FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. 2005. Disponível em: <<http://www.afoiceomartelo.com.br/posfsa/autores/Furtado.pdf>>. Acesso em: dez. 2018.
- GERALDI, J. W. *O texto na sala de aula - leitura e produção*. Cascavel: Assoeste, 1984.
- KUENZER, Acácia (org.). *Ensino Médio: construindo uma proposta para os que vivem do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2002.
- MALIN, Mauro. *Debate busca raízes da violência*. Disponível em: <<https://www.acessa.com/gramsci/?page=visualizar&id=703>> & HYPERLINK “<https://www.acessa.com/gramsci/?page=visualizar&id=703>” & HYPERLINK “<https://www.acessa.com/gramsci/?page=visualizar&id=703>” id=703>. Acesso em: dez. 2018.
- ONU. *Transformando nosso mundo: a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável*. Disponível em: <www.nacoesunidas.org.br>. Acesso em: jan. 2019.
- PERELMAN, Chaim; TYTECA, Lucie Olbrechts. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- PISCO DE LUZ. *Objetivos de desenvolvimento sustentável*. Disponível em: <www.piscodeluz.org.br>. Acesso em: jan. 2019.
- PUC-RIO. *As teorias da argumentação jurídica: importância para o debate filosófico atual*. Disponível em: <http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesabertas/0115455_03_cap_02.pdf>. Acesso em: jan. 2019.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 7. ed. Rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SOARES, Magda. *Letramento: um tema em três gêneros*. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.
- SOUZA, Marcelo. *Políticas públicas e criminais*. Disponível em: <<https://www.ebah.com.br/content/ABAAAFnScAA/politicas-publicas-criminais>>. Acesso em: jan. 2019.
- PORTAL CORREIO. “*Castelo de Bonecas*” leva produção de presas ao STF. Disponível em: <<https://portalcorreo.com.br/castelo-de-bonecas-leva-producao-de-reeducandas-da-pb-ao-stf/>>. Acesso em: jan. 2019.

Natália Lopes Alves

Pós-graduanda em Direito Penal, Processo Penal e Segurança Pública pelo Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ.

Presidente da Comissão Paraibana de Advogadas Criminalistas da ABRACRIM. Advogada.

ORCID: 0000-0001-7439-8793

natalia.alves@minadvocacia.com.br

Recebido em: 26.02.2019

Aprovado em: 28.05.2019

Versão final: 05.07.2019

Pacote anticrime e *Whistleblower*: um ponto dentro da curva

Fábio Augusto Tamborlin

Resumo: O “informante do bem” é mais uma das tendências inerentes ao direito penal atual, observado sob uma perspectiva internacional. O presente artigo objetiva expor uma visão panorâmica sobre o tema, sem se olvidar, contudo, das implicações negativas que podem advir, especialmente, a partir da regulamentação e da posterior aplicação dos dispositivos normativos.

Palavras-chave: Informante do bem. Direito penal. Perspectiva internacional.

Whistleblower, informante, reportante, “dedo duro”,⁽¹⁾ todas essas expressões correspondem a denominações atribuíveis ao indivíduo de boa-fé que informa a ocorrência de um ilícito, notadamente de caráter penal. Vale destacar, desde logo, que esse personagem é distinto do protagonista da delação premiada, pois o delator via de regra possui envolvimento com o fato delitivo, ocupando ao menos o papel de suspeito ou de acusado no âmbito da persecução penal. Essa comunicação realizada pelo informante poderá ser direcionada a um canal de denúncias instalado na estrutura organizacional de uma empresa, ou a uma ouvidoria implementada na administração pública. A legislação brasileira, sobretudo a Lei 13.608 de 2018 e as alterações que lhe foram propostas pelo denominado “pacote anticrime”, dispõe a respeito dessa segunda hipótese, visando à prevenção da ocorrência de ilícitos que permeiam ou perpassam, em alguma medida, o ambiente estatal.

O projeto em comento visa à regulamentação do tema. Uma das principais modificações constantes no projeto de alteração legislativa diz respeito à mudança do status em relação à existência de canais de recepção de denúncias, tendo deixado de configurar uma mera possibilidade para se tornar uma obrigação a ser cumprida pelos entes públicos. Outra novidade importante é a previsão de recompensa em benefício do reportante que prestar informações relevantes à recuperação de bens ou de valores subtraídos ilicitamente da administração pública. Resta clarividente também a preocupação com a proteção do informante, tanto no tocante à divulgação da identidade (proteção de dados), quanto na prevenção e na repressão a possíveis retaliações que lhe possam ser direcionadas.

Deve ser lido com ressalvas o teor do artigo 4º-B, §2º do projeto de lei – “ninguém poderá ser condenado apenas com base no depoimento prestado pelo informante, quando mantida em sigilo a sua identidade” –, visto que tal redação, por indução, permitiria o raciocínio segundo o qual o depoimento do reportante devidamente identificado, por si só, seria apto a embasar uma sentença penal condenatória. Diante disso, uma alteração textual desse tópico seria adequada. Contudo, apesar desse detalhe, salienta-se que entre as proposições dispostas no referido pacote legislativo o tema em comento, introdução do informante do bem, ocupa um espaço mais afastado no que diz respeito às principais polêmicas.

Ainda não é possível travar diversos debates e pontos de tensão nesta etapa, em razão de algumas peculiaridades do ordenamento jurídico brasileiro, entre as quais se destacam a inexistência da responsabilização penal das pessoas jurídicas (excetuando-se a persecução de delitos ambientais), a ausência de disposições

Abstract: The “whistleblower” is another trend inherent in current criminal law, viewed from an international perspective. This article aims to provide a panoramic view on the subject, without forgetting, however, the negative implications that may arise, especially from the regulation and subsequent application of normative provisions.

Keywords: *Whistleblower*. Criminal law. International perspective.

penais relativas aos programas de integridade, e a redação do dispositivo relativo à regulação do informante, a qual regulamenta a denúncia de atividades ilícitas com foco na administração pública, havendo, em relação ao setor privado, uma lacuna a ser preenchida.

Entre as questões propensas a questionamentos figuram os direitos trabalhistas no âmbito das corporações, pois em uma estrutura organizacional na qual haja um programa de integridade instalado é possível que, além dos canais de denúncias, sejam adotados procedimentos de investigação interna conduzidos pela perspectiva privada, visando a apurar ilícitos, a averiguar as informações prestadas pelo reportante, mas também a proteger os interesses da empresa e a blindá-la face às repercussões negativas. Desse modo, proteger-se-á a corporação perante o mercado, os consumidores, as autoridades públicas e os meios de comunicação social de eventuais divulgações de que naquele ente privado, ou por intermédio dele, verifica-se a prática de ilícitos, com especial valoração aos de natureza penal.⁽²⁾

Em uma conjuntura na qual parcela da persecução penal é de certa forma privatizada, existindo no interior da estrutura empresarial uma espécie de processo prévio cujo resultado poderá ser encaminhado a autoridades públicas, o informante estaria em uma posição de maior fragilidade no tocante à exposição e a represálias, vicissitude que apenas se agravaria em virtude da inexistência das mesmas garantias inerentes a um servidor público estável.⁽³⁾

Essas inquietações, embora provavelmente venham a ocupar uma posição de protagonismo apenas na próxima etapa da regulação do *whistleblower*, são de suma importância para que haja efetividade do papel político-criminal a ser desenvolvido por esse instituto e não apenas uma aparência de eficiência que dará azo a denúncias inócuas e ao manejo do instrumento persecutório penal da maneira que melhor aprouver aos mais variados interesses privados, em detrimento da natureza pública do Direito Penal.

Ademais, é importante ressaltar que a temática em apreço não se consubstancia como um ponto fora da curva, pois faz parte de uma conjuntura na qual se difundem os princípios e as estruturas da governança corporativa e dos programas de integridade, tanto no ambiente público quanto na esfera privada. O Brasil não está alheio a esse contexto, muito pelo contrário.⁽⁴⁾ Mesmo que no âmbito penal ainda seja uma discussão de *lege ferenda*, a implementação de programas de cumprimento normativo ocupa um espaço cada vez mais relevante, seja sob o prisma empresarial, seja pela perspectiva do poder público. Alguns dispositivos legais, tais como

a Lei 12846 de 2013 e o Decreto 8420 de 2015, regulamentam a responsabilização administrativa das pessoas jurídicas, especialmente no tocante às relações estabelecidas entre o ente privado e a administração pública.

O *Whistleblowing* é um instituto cuja origem advém dos Estados Unidos. Está inserido, portanto, na matriz jurídica do *common law*, a qual vem produzindo influxos no Direito Penal dos países de *civil law*, entre os quais se situa o Brasil. Em decorrência disso, vislumbram-se importações não só de institutos do *common law*, mas também das respectivas denominações. Nesse ponto, a introdução da expressão “informante do bem” no título do tópico relativo à temática, referindo-se, no texto do projeto legislativo, ao indivíduo reportante como “informante”, enaltece uma denominação que facilita a compreensão daqueles que não são pesquisadores da área jurídico-penal, configurando um passo relevante para que a referida importação seja adaptada às vicissitudes do ordenamento jurídico pátrio.⁽⁵⁾

Diante do exposto no presente texto, verifica-se que o “informante do bem” faz parte de um movimento internacional tendente à difusão de uma cultura de cumprimento normativo e de implementação de programas de integridade com a finalidade última de prevenir a ocorrência de ilícitos. As disposições constantes no pacote anticrime a respeito do *whistleblowing* corroboram com a referida tendência, ocorrendo a inserção de mais um “jogador” no sistema penal.⁽⁶⁾ Em caso de aprovação da regulação do instituto do “informante do bem”, conforme a proposição analisada, será possível o aprofundamento do estudo em relação às implicações, as quais extrapolam a fronteira jurídica, afetando, por exemplo, os relacionamentos interpessoais e os dilemas éticos inerentes a uma sociedade desconfiada e sedenta de segurança.⁽⁷⁾

Notas

- (1) LOPES JR, Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Regulamentaram o “dedo-duro” no “país do jeitinho”* – e por lei. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-02/limite-penal-regulamentaram-dedo-duro-pais-jeitinho-lei>>. Acesso em: 05 fev. 2019.
- (2) GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Compliance y derechos de los trabajadores. In: KUHLÉN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. (eds.) *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 130-132.
- (3) BUSATO, Paulo César. O que não se diz sobre compliance em direito penal. In: BUSATO, Paulo César; COUTINHO, Aldacy Rachid (org.). *Aspectos jurídicos do compliance*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 56-57.
- (4) Destaca-se o ativismo da Controladoria Geral da União em relação ao desenvolvimento de uma cultura de integridade, especialmente no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br>. Acesso em: 07 fev. 2019.
- (5) RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria (org.). *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Atelier, 2013. p.161-165.
- (6) MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Teoria dos jogos e processo penal: a short introduction*. Florianópolis: Empório Modara, 2017.
- (7) “É por essa dupla razão – proteger-nos dos perigos e de sermos classificados como um perigo – que temos investido numa densa rede de medidas de vigilância, seleção, segregação e exclusão. Todos nós devemos identificar os inimigos da segurança para não sermos incluídos entre eles. Precisamos acusar para sermos absolvidos, excluir para evitarmos a exclusão.” BAUMAN, Zygmunt. *Vigilância líquida: diálogos com David Lyon/Zygmunt Bauman*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 98-99.

Fábio Augusto Tamborlin

Mestre em Direito de Estado pela UFPR. Pesquisador do Núcleo de Pesquisa Sistema Criminal e Controle Social, vinculado ao Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR.

ORCID: 0000-0002-2318-8320

fabiotamborlin7@yahoo.com.br

Recebido em: 01.03.2019

Aprovado em: 15.06.2019

Versão final: 08.07.2019

O “pacotão” anticrime e o des(Moro)namento do efeito recursal suspensivo da decisão de pronúncia

Daniel Kessler de Oliveira e Diogo Machado de Carvalho

Resumo: Dentre as diversas polêmicas do projeto anticrime apresentado pelo Ministro Sérgio Moro, merece especial atenção pelos efeitos que pode decorrer, a que busca a supressão do efeito suspensivo do recurso em face da decisão de pronúncia. A evidenciar isso, o presente artigo realiza uma análise teórica e uma pequena amostragem jurisprudencial dos ricos inerentes à pretensa alteração.

Palavras-chave: Pacote Anticrime. Pronúncia. Recurso. Efeito Suspensivo.

Agora longe da toga, porém ainda imbuído do mesmo ideal de “fazer Justiça”, o ministro Sérgio Moro – versão tropical de *Nicolas Marshall*⁽¹⁾ – apresentou ao Congresso um compilado de *every day theories* “contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa”. Dentre tantos pontos controvertidos, adquirem relevo aquelas “medidas para aumentar a efetividade do Tribunal do Júri”, mormente a almejada alteração do

Abstratc: Within the many controversies of the anticrime Project given by Minister Sérgio Moro, it is deserved a special attention to the effects that may occur from the ideia of supression of the suspension effects given by the Pronuntia Suitcase’s Decision. To evidence this, the presente article goes thru a theoretical analysys and a small sample of how law’s jurisprudential is related to the intended law modification.

Keywords: Anticrime Project. Pronuntia. Legal Resource. Suspensive effect.

art. 421 do CPP: “*Proferida a decisão de pronúncia e de eventuais embargos de declaração, os autos serão encaminhados ao juiz-presidente do Tribunal do Júri, independentemente da interposição de outros recursos, que não obstarão o julgamento*”.

Ao (con)fundir conceitos de efetividade com aceleração processual, a proposta legislativa solapa – quiçá numa simples canetada *bic* – o efeito suspensivo do recurso em sentido estrito

interposto contra a decisão de pronúncia. Ou seja, possibilita-se o findar do *judicium accusationis* independentemente da preclusão da decisão de pronúncia; autoriza-se a realização do Tribunal do Júri ainda que sem a definitiva demarcação dos limites da pretensão acusatória a ser deduzida em plenário.⁽²⁾

No afã declarado de buscar “efeitos práticos”, a mudança acaba por “não agradar professores de direito, de processo penal”, mas, também, todas as partes envolvidas no processamento do crime doloso contra a vida, sobretudo a acusação. Longe de configurar “mimimi defensivo” ou “chororô bandidolatra”, sem o inerente efeito suspensivo atribuído ao recurso em sentido estrito ofertado contra a pronúncia, permite-se, por exemplo, 1) que haja o Tribunal do Júri para apreciar crime que escapará a sua constitucional competência, eis que este poderá ser desclassificado em grau recursal – vide o notório caso da “Boate Kiss”; 2) o julgamento pelo Conselho de Sentença de fato com definição jurídica de menor gravidade, eis que o eventual reconhecimento das causas de aumento e/ou qualificadoras (afastadas em sede de pronúncia) ainda dependerá do provimento do recurso acusatório.

Tal alteração legislativa inserida dentro do atual contexto que envolve o procedimento dos crimes dolosos contra a vida se apresenta extremamente perigosa e atentatória aos mandamentos legais que regem nossa sistemática processual e aos ideais de busca pela redução do risco de erro acerca do pronunciamento judicial em um processo criminal.

No que tange aos dispositivos legais e constitucionais que cercam a matéria, submeter alguém a um julgamento popular antes de preclusa a decisão de pronúncia é ignorar preceitos primários de teoria geral recursal; ao esvaziar o sentido de existir do próprio recurso, uma vez que exposto a todo o ritual do júri, certamente o recurso que visava discutir sobre a decisão de ser legítimo ou não submeter o acusado ao julgamento popular será inócuo.

Ou seja, uma vez julgado e condenado pelo júri, quantos julgadores em quantos tribunais de justiça do país estarão dispostos a anular todo o julgamento por entender que o réu não deveria ter sido submetido ao júri ou, ainda, que qualificadoras ou crimes conexos tivessem de ser afastados? Tal alteração suprime (em efeitos práticos) o direito recursal, pois ou 1) o réu fora absolvido e o recurso estará prejudicado, ou, 2) o réu já fora condenado e, não é de se duvidar, que usem a “soberania do júri” para justificar a manutenção da decisão.

Além disso, a pretendida alteração reduz os mecanismos destinados a minorar as possibilidades de erro judicial. É nesse contexto que o recurso deve ser compreendido. O erro sempre haverá, isso é inerente aos juízos humanos, a desconfiança deve pairar em medidas que ignorem tais limitações e que creem em uma decisão absoluta.

Ora, nunca se deve olvidar que necessitamos de um processo penal para identificar “O” culpado, não bastando a localização de “UM” culpado. Por mais elementar que seja tal frase, ela necessita ser repetida em um cenário que clama pelo eficientismo e que se contenta com medidas que coloquem fim ao processo penal, apontando um culpado.

O Tribunal do Júri no Brasil é revestido de peculiaridades e problemas que demandam análises muito maiores. A enormidade de problemas talvez seja a razão pela qual tal modelo seja adotado com exclusividade pelo nosso país. Poucos países ainda adotam julgamentos populares e nenhum país comporta a miscelânea de procedimentos que revestem o modelo tupiniquim. Duas fases, que viram três (contando o inquérito policial), provas que, em tese, não podem justificar uma condenação por um juiz togado, mas convencem o jurado. Voto secreto, não comunicabilidade, impossibilidade de se explicar a sentença de pronúncia (que é entregue aos jurados no dia do julgamento), decisão sem motivação, dentre tantas outras situações paradoxais.

Um crime doloso contra a vida deverá ser julgado pelo tribunal do júri. Sabedores disso, muitas vezes, os atores judiciais “empurram” o trabalho para o plenário. Não raras vezes o magistrado não efetiva o devido filtro nem no recebimento da denúncia e nem na pronúncia e, escorando-se na competência dos jurados para decidir e no famigerado “*in dubio pro societate*”, acaba por “lavar suas mãos”, deixando tudo para o conselho de sentença. Isso faz com que questões técnicas (prova ilícita, prova policial, crime doloso ou culposo e etc.) de extrema complexidade tenham que ser solucionadas por aqueles que não possuem o conhecimento técnico para solucioná-las.

Sobre o “princípio” do “*in dubio pro societate*”, leciona Aury Lopes Jr: “*Não se pode admitir que os juízes pactuem com acusações infundadas, escondendo-se atrás de um princípio não recepcionado pela Constituição, para pronunciar réus, enviando-lhes para o Tribunal do Júri e desconsiderando o imenso risco que representa o julgamento nesse complexo ritual judiciário*”.⁽³⁾

Tais problemas são inerentes ao instituto do júri, mas a pretensão alteração apenas os potencializa, pois confere ainda maiores poderes ao juiz de origem, que verá sua decisão tonar-se praticamente imutável.

Em uma pesquisa rápida, até mesmo pelos limites do presente texto, foram consultados os últimos julgamentos de recurso em sentido estrito no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. No campo de pesquisa de jurisprudência, selecionados os julgamentos de 01.10.2018 até 26.02.2019, foram localizados 1.280 recursos; analisando os 100 primeiros, verificou-se que 50 destes eram casos de recurso defensivo contra a sentença de pronúncia. Dentro destes 50, verificou-se que 15 processos tiveram modificações que vão desde absolvição sumária, passando por impronúncia e desclassificação, até o afastamento de uma ou duas qualificadoras.

Obviamente que é uma amostragem muito pequena, mas a pesquisa objetivou apenas ilustrar uma situação: a de que 30% dos casos foram alterados. Pesquisas mais amplas podem modificar esses números, mas certamente teremos um índice significativo de mudanças pelo Tribunal. A simples retirada de uma qualificadora pode representar um apenamento mínimo de 12 anos para 6 anos, em caso de condenação. Afora o enorme dano que o julgamento popular causa, por si próprio. Portanto, há muito em jogo e há um risco muito grande em retirar o efeito suspensivo de tal recurso.

Os danos decorrentes do risco que se assume com a supressão (em termos práticos) do recurso da sentença de pronúncia são infinitamente superiores aos pseudobenefícios a serem trazidos com o implemento de tal mudança.

Quando a qualidade da prestação jurisdicional sucumbe diante da celeridade desta, e quando garantias fundamentais são ignoradas e tratadas como empecilho, é sinal de que já se esvaziou a própria essência do processo penal. É preciso resistir em nome dos Direitos Fundamentais para que tal des(Moro)namento processual não seja possível.

Notas

- (1) “O Juiz (Nicolas Marshall) era um respeitável e honrado magistrado durante o dia, cumprindo as leis em vigor, os prazos processuais, os direitos dos acusados e, no entanto, no período da noite, longe do Tribunal, com roupas populares, cabelos soltos – já que os tinha compridos –, decidia ‘fazer Justiça’. O seriado, por isso, denominava-se ‘Justiça Final’. Pretendendo o bem da sociedade e, antes, das vítimas – evidente –, procurava por todas as formas aniquilar, matar e ‘resolver’ os casos criminais (leia-se ‘criminosos’) que conhecia, ao arrepio da Lei, claro. Acreditava que a Justiça ordinária era incapaz de ‘dar a devida resposta aos criminosos’ e, então, por suas mãos, enfim, aplicava a (sua boa) Justiça” (ROSA, Alexandre Moraes da. Rumo à praia dos juizados especiais criminais: sem garantias, nem pudor. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (orgs.). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 66).
- (2) Importante relembrar que o “guardião” STF já deu o primeiro passo na subversão da lógica processual penal ao determinar que “a pendência de recursos especial e extraordinário, que tenham sido interpostos contra a decisão de pronúncia, não deve

ser óbice à realização do julgamento pelo Tribunal do Júri” (HC nº 134.900/RS).
(3) LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 799.

Daniel Kessler de Oliveira

Doutorando e mestre em Ciências Criminais pela PUCRS.
Professor de Direito Penal e Processual Penal da Universidade
Feevale (RS). Advogado.
ORCID: 0000-0002-4768-6025
danielkessleradv@gmail.com

Diogo Machado de Carvalho

Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor de
Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Feevale (RS).
Advogado.
ORCID: 0000-0002-7072-1626
decarvalhus@gmail.com

Recebido em: 01.03.2019

Aprovado em: 04.06.2019

Versão final: 09.07.2019

Expansão e seletividade: a justiça penal negociada no pacote anticrime

Gabriel Martins Furquim e Salvador Scarpelli Neto

“O espírito humano parece interessar-se apenas por uma única coisa: especular sobre o assassinato”
(Emma Goldman)

Resumo: O estudo pretende perspectivar, a partir da criminologia crítica, como a justiça penal negociada no pacote anticrime, apresentado pelo Ministro da Justiça Sérgio Moro, favorece a expansão do sistema penal e, ao mesmo tempo, dos processos de criminalização secundário por seletividade e desigualdade.

Palavras-chave: Justiça penal negociada. Seletividade penal. Sistema penal brasileiro.

Abstract: From de critical criminology, the study aims to look at how the negotiated criminal justice proposed in the anti-crime project presented by Minister of Justice Sérgio Moro favors the expansion of the criminal system and, at the same time, criminalization processes for selectivity and inequality

Keywords: Negotiates criminal justice. criminal selectivity. Penal system.

No que concerne à finalidade do sistema penal, é certo que esta estrutura de poder exerce uma função política. No plano processo de criminalização secundária, a pena, carente de sentido que não o simples exercício do poder estatal realizado pela agência judicial, deve ser compreendida como a consequência jurídica que impõe sofrimento⁽¹⁾ a pessoas específicas.

Mesmo considerando a da metáfora do dique, escrita por Zaffaroni,⁽²⁾ que se refere à contenção do violento e seletivo poder punitivo, através dos “filtros críticos da constitucionalidade e da racionalidade” (ALAGIA, et al., 2016, p. 20), a fim de que a legalidade seja observada, é certo que o Direito, enquanto forma necessária das relações capitalistas, não é capaz de atingir tal posição de garantia à pessoa acusada, haja vista servir como reproduzidor das relações de troca.

A vinculação que se estabelece entre o Direito e o modo de produção capitalista escapa aos interesses da classe dominante, vinculando-se “ao próprio fenômeno jurídico enquanto tal” (BATISTA, 2014, p. 92). Assim, a ideologia legitimadora do sistema penal, que é capitalista, constrói-se a partir da lei penal. Esta o municia “de uma discursividade que justifica e legitima a sua existência” (ANDRADE, 2017, p. 134).

Nesses termos, a inerente seletividade do sistema penal não é operada mediante a regra do discurso jurídico-penal, que exige, para habilitar o poder punitivo estatal, a comprovação, mediante o processo penal, da realização de uma conduta típica, antijurídica e culpável. Pelo contrário, diante da realidade social desse poder, podemos concluir que a função política se manifesta através da seleção criminalizante, instrumentalizada para recair sobre

“pessoas selecionadas segundo certos estereótipos historicamente condicionados” (ALAGIA, et al., 2016, p. 79).

Em razão desse elemento real, pode-se concluir que a função principal do sistema penal foge à oficial promessa de realizar a redução e a eliminação da criminalidade, ao proteger os bens jurídicos universais e garantir a segurança pública. Sua eficácia invertida,⁽³⁾ seletiva e estigmatizantemente, constrói a criminalidade, reproduzindo, “material e ideologicamente, as desigualdades e assimetrias sociais” (ANDRADE, 2017, p. 136). Esta é a síntese da sistemática real do sistema penal.

A partir dessa perspectiva teórica, estrutura-se a crítica que assevera que as mudanças processuais propostas pelo ministro da Justiça, que versam sobre a justiça penal negociada ou o *plea bargain*, habilitarão uma profunda expansão do sistema do sistema penal. Na medida em que tais artigos, para atingirem a finalidade a que estão vinculados, condicionam a suspensão da própria ordem jurídica convencional e constitucional, o poder punitivo, agora dentro deste espaço indeterminado,⁽⁴⁾ conseguirá ampliar ainda mais o alcance de seu extermínio institucionalizado.

Compreender a ampliação do poder punitivo e suas mazelas como decorrência do paradigma da justiça penal negociada, apresentada pelo anteprojeto de lei anticrime, exige discorrer como esse mecanismo está estruturado. Pretende-se a inclusão de dois novos artigos no Código de Processo Penal, marcado por diversas alterações, e uma nova redação para o § 17, da Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa).

Uma das alterações possibilitaria a realização de acordo de não persecução penal – espécie de acordo penal anterior à apresentação da

denúncia –, desde que preenchidos requisitos positivos e negativos: confissão e infração penal, cometida sem violência ou grave ameaça, cuja pena máxima seja inferior a quatro anos, indicação de suficiência para a reprovação e prevenção do crime, assim como de favorabilidade dos antecedentes, conduta social, personalidade, motivos e circunstância do crime (art. 28-A, caput, e § 2º, IV); excluindo-se a aplicação nas seguintes hipóteses: quando cabível transação penal; o investigado for reincidente ou houver elementos probatórios a indicar habitualidade, reiteração ou profissionalismo, não repercutindo infrações pretéritas que sejam insignificantes; não ter sido beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, não apenas em acórdão de não persecução penal, mas também em transação penal ou suspensão condicional do processo (art. 28-A, § 2º, I, II e III).

Por outro lado, insere a possibilidade de realização de acordo penal para a aplicação imediata das penas, após o juízo de admissibilidade da denúncia e antes do início da instrução processual, desde que cumpridos os requisitos: confissão e manifestação de aplicabilidade das penas dentro dos limites legais e dispensa da instrução probatória. Neste, inexistente hipótese de exclusão para a celebração do acordo penal, mas apenas parâmetro para a proposta de pena, como previsão de cumprimento em regime fechado, quando a pessoa for reincidente ou houver elementos a indicar comportamento habitual, reiterado ou profissional.

Dessa forma, os instrumentos de justiça penal negociada são extremamente alargados; e isso faz com que o poder punitivo – a partir da possibilidade de aplicação imediata de pena, alternativa ou privativa de liberdade – e os processos de criminalização seletivos sejam também ampliados, sem as amarras do processo penal, ou seja, sem controle jurisdicional efetivo e democrático. E os traços autoritários são potencializados (GIACOMOLLI; VASCONCELLOS, 2015, p. 1125).

Ademais, as formas de controle do negócio penal, como as hipóteses de não homologação, seriam meramente ilusórias em decorrência do funcionamento do sistema penal, que está atravessado pela racionalidade da eficiência, pelo esvaziamento das garantias processuais e pela gestão diferencial com base na posição de classe, pertencimento étnico e outras vulnerabilidades. Se não se analisa contemporaneamente, e de forma adequada, a existência de justa causa para a ação penal, também, por inferência, não haveria verificação se as provas no processo são manifestamente insuficientes para uma condenação criminal (art. 395, § 7). Portanto, sem quaisquer entraves concretos e preocupações com os sujeitos marginalizados, automatiza-se a homologação do acordo penal da mesma forma como já acontece com o juízo de admissibilidade da denúncia, malgrado a existência também de mecanismo de controle na sistemática processual. Significa isso que a materialização em dimensão alargada da punição e, ao mesmo tempo, a ampliação da automação dos processos de criminalização por seletividade e desigualdades.

Além disso, em ambas as hipóteses, presente a supervalorização do inquérito policial e, embora marcado por diversas incongruências e ineficiência dos instrumentos de controle, serviria para balizar os termos da negociação (LOPES JR., 2019). Esse cenário legitimaria, por exemplo, injustiças decorrentes de falsas memórias formadas, no mais das vezes, na fase de investigação e em decorrência de diversos fatores inerentes ao funcionamento do sistema penal seletivo, como sugestionamento, racismo estrutural e outras formas. E essas falsas memórias, por sua vez, balizariam o negócio penal, que legitimaria o processo de criminalização seletivo que o antecede, potencializando a condenação de inocentes

cujas presunção de inocência se desvirtuou (GIACOMOLLI; VASCONCELLOS, 2015, p. 1130). Assim, “a acusação [t] em um instrumento de pressão, capaz de gerar autoacusações falsas, testemunhos caluniosos por conveniência, obstrucionismo ou prevaricações sobre a defesa, desigualdade de tratamento e insegurança” (LOPES JR., 2019).

A despeito de existirem diversos problemas dogmáticos concernentes, sobretudo, à importação de instituto de sistema jurídico diverso e com o nosso incompatível, a expansão dos instrumentos de justiça penal negociada significaria reconfigurar o Direito Penal enquanto instrumento para a conservação da seletividade do sistema penal e no gerenciamento diferencial da criminalidade conforme a posição de classe do autor, pertencimento étnico, cultural, territorial e outros, sob a pretensão de atribuir eficácia e certeza na materialização imediata de uma pena, sem o arnês dos direitos e garantias e com liberação da acusação de sua carga probatória.

Referências

- BATISTA, F. R. O conceito de ideologia jurídica em teoria geral do direito e marxismo: uma crítica a partir da perspectiva da materialidade das ideologias. *Verinotio*, Belo Horizonte, v. X, p. 91-105, 2014.
- FURQUIM, Gabriel Martins. *Delação premiada como instrumento do direito penal seletivo*. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/delacao-premiada-como-instrumento-do-direito-penal-seletivo/>. Acesso em: 25 fev. 2019.
- GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal. *Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica*, v. 20, n. 3, p. 1108-1134, set.-dez. 2015.
- LOPES JR., Aury. *Adoção do plea bargaining no projeto “anticrime”: remédio ou veneno?* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno>. Acesso em: 25 fev. 2019.

Notas

- (1) ZAFFARONI, E. R. *Em busca das penas perdidas*. Trad. Amir Lopes da Conceição; Vânia Romano Pedrosa. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p. 202.
- (2) ALAGIA, A. et al. *Direito penal brasileiro: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade*. v. 2. Rio de Janeiro: Revan, 2016. p. 20.
- (3) Termo utilizado por Vera Regina P. de Andrade. Para mais ver: ANDRADE, V. R. P. de. *Pelas mãos da criminologia: O controle penal para além da (des)ilusão*. Florianópolis: Revan, 2012.
- (4) Utilizamos o termo no sentido empregado por Agamben, referindo-se a uma zona de anomia. Para mais ver: AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2017.

Gabriel Martins Furquim

Mestrando Interdisciplinar em Ciências Humanas e Sociais Aplicadas pela Faculdade de Ciências Aplicadas da Unicamp.
Advogado.

ORCID: 0000-0003-4504-6072
g.furquim1@gmail.com

Salvador Scarpelli Neto

Bacharel em Direito pela PUC-Campinas. Advogado.
ORCID: 0000-0001-5064-4806
salvadorscarpelli@outlook.com

Recebido em: 01.03.2019

Aprovado em: 15.06.2019

Versão final: 10.07.2019

O excesso legitimado como regra: a excludente de ilicitude no projeto de lei “anticrime”

Taiguara Libano Soares e Souza e Rebecca Féo de Oliveira

Resumo: O projeto de lei “anticrime” indica o propósito de promover maior repressão penal. No entanto, a análise do seu conteúdo, em especial da regra que prevê a possibilidade de o juiz deixar de aplicar a pena quando há determinadas formas de excesso à legítima defesa, revela o potencial da nova norma para, na verdade, aumentar a impunidade de determinados crimes.

Palavras-chave: Excludente de ilicitude. Legítima defesa. Violência policial.

Abstract: The “against crime” bill indicates the purpose to enhance the severity of the punishment. However, an analysis of its content, precisely of the rule that entitles the Court to not punish some kinds of self-defense excesses, reveals that the bill has the potential to increase the impunity of some crimes.

Keywords: Defense of lawfulness. Self-defense. Police violence.

1 Introdução

A violência em nosso país afeta o dia a dia e a liberdade das pessoas e, por isso, a busca de meios para lidar com essa realidade e promover melhor qualidade de vida para os brasileiros é objeto de preocupação para agentes públicos e estudiosos da segurança pública, que buscam medidas para oferecer uma resposta à sociedade.

O Projeto de Lei Anticrime (PL 882/2019),⁽¹⁾ apresentado ao Congresso Nacional em fevereiro de 2019 pelo ministro da Justiça, prevê uma ampla reforma de leis penais e processuais com a promessa de diminuir a impunidade dos crimes violentos, dos praticados por organizações criminosas e dos crimes de corrupção.⁽²⁾

Dentre as inovações, tratamos neste artigo da que consideramos especialmente grave pelo potencial de geração de efeitos nocivos à sociedade brasileira: a que prevê a possibilidade de o juiz não aplicar a pena quando verificado que, ao exceder-se na legítima defesa, a ação decorreu de medo, surpresa ou violenta emoção do agente.

Como passamos a tratar, essa modificação possivelmente aumentará a impunidade dos crimes violentos, uma vez que os fatores determinantes para evitar a punição são a emoção humana e a avaliação do juiz acerca de sua existência e motivação do agente no momento do excesso.

Parece haver, assim, incoerência lógica entre o resultado pretendido de combate ao crime e a medida proposta para alcançá-lo, sendo esse o problema objeto da análise.

O Código Penal Brasileiro, desde 1940, prevê que age em legítima defesa quem “usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”. Também prevê que o excesso culposos na legítima defesa é considerado ilícito e, assim, punível.

A reforma de 1984⁽³⁾ ampliou a punição do excesso para atingir o culposos e o doloso; e também o praticado em todos os casos de excludente de ilicitude, ou seja, além da legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito.

Neste ano de 2019, a proposta do PL 882/2019 segue caminho diverso, isto é, mais restritivo quanto à punição do excesso, ao prever a inclusão de um §2º ao artigo 23 do Código Penal: “O juiz poderá reduzir a pena até a metade ou deixar de aplicá-la se o excesso decorrer de escusável medo, surpresa ou violenta emoção”.

Embora, no PL 882/2019, essa mudança conste no item: “IV)

Medidas relacionadas à legítima defesa”, a mitigação da punição pelo excesso alcança todas as excludentes de ilicitude mencionadas no artigo 23.

Para a reflexão, consideramos o que se compreende por excesso do deficiente, analisamos cada um dos elementos normativos que podem ensejar a ausência de punição e os efeitos nocivos que se pode esperar diante da realidade brasileira. Por fim, propomos para o debate uma sugestão de redação para o proposto §2º do artigo 23.

2 O excesso legitimado

Quanto à verificação do excesso, referimo-nos especificamente à legítima defesa, que é o foco do Projeto, embora, como mencionado, alcance todas as excludentes de ilicitude.

Pode-se identificar o excesso na legítima defesa com o uso de meios imoderados, o grau de sua utilização ou a perduração no tempo que seja desnecessária para repelir a injusta agressão.

Afirmou o ministro Sérgio Moro⁽⁴⁾ que a proposta de inclusão do §2º ao artigo 23 reflete o que os juízes já fazem na prática; e citou o caso da legítima defesa praticada pelo irmão da apresentadora Ana Hickmann. Disse que foi absolvido pela morte do agressor porque o juiz entendeu que não houve o excesso e que talvez o juiz tenha decidido dessa forma porque, embora houvesse sim o excesso, ele não tinha alternativa melhor.

É verdade que, de acordo com a atual redação do parágrafo único do artigo 23 do Código Penal, ao excesso nas excludentes de ilicitude cabe punição, sem exceções. Com isso, ao reconhecer o juiz que houve excesso, de acordo com a norma em vigor, deve impor a pena correspondente.

A reação considerada legítima pelo Direito somente se distingue da ação criminosa pelo elemento subjetivo: o propósito de defender-se do agente, o *animus defendendi* é o que atribui significado positivo à conduta objetivamente despida de valor.⁽⁵⁾

Há situações em que o agente, no calor do momento, não percebe que está se excedendo, ou seja, age acreditando que ainda existe risco à sua integridade ou à de terceiro (com *animus defendendi*). Nesse caso, há verdadeiro erro escusável quanto ao excesso, conduta compatível com a descriminante putativa do artigo 20, §1º, do Código Penal.

Por outro lado, bastante diverso disso é o que prevê o PL 882/2019, ao reconhecer que a ação motivada pelo medo, pela violenta emoção ou pela surpresa escusável do deficiente que se excede é o que basta para diminuir sua pena ou mesmo para afastar a sua punição.

A Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Brown v. United States*, em 1921,⁽⁶⁾ estabeleceu a orientação de que o direito de um homem defender-se quando atacado com uma arma mortal, mesmo na extensão de tirar a vida do agressor, está condicionado ao fato de ele razoavelmente acreditar que estava em perigo imediato de morte ou de lesão corporal grave na situação concreta, e não ao teste abstrato sobre se um homem de prudência razoável naquela situação poderia pensar que era possível fugir em segurança ou desarmar seu agressor, ao invés de matá-lo.

O *justice Holmes* esclareceu que, no caso concreto, havia evidência de que o último tiro foi disparado pelo defendente após o agressor ter caído. Se este último disparo foi intencional e parece ter sido desnecessário, se considerado “a sangue frio”, o defendente não necessariamente deve perder sua imunidade se havia outros elementos indicativos de que, no calor do conflito, ele acreditava que estava lutando por sua vida.

Como se pode perceber, a Suprema Corte reconheceu que nem todo excesso é punível e o fez com base na compreensão de que a ação movida pelo *animus defendendi*, ainda que excessiva, mas justificada pelas circunstâncias, é escusável e não deve ser punida.

Ao contrário, a possibilidade de deixar de punir o excesso com base exclusivamente em elementos subjetivos, como prevê o PL 882/2019, representa a verdadeira legitimação do excesso, distorcendo a própria concepção de defesa legítima, que é a de conter o agressor.

Passamos, então, a analisar os elementos subjetivos previstos pelo Projeto, que conduzem à possibilidade de redução da pena e ao perdão judicial, ou seja, à legitimação do excesso.

3 Medo, surpresa e violenta emoção

O medo é uma complexa emoção humana que, portanto, é de difícil definição. Também chamado de temor, terror, pânico, que aparece em maior ou menor grau em transtornos de ansiedade, síndrome do pânico, estresse e fobias. Ainda, é uma emoção que pode aparecer camuflada de timidez, pessimismo ou ceticismo.⁽⁷⁾

O medo pode conduzir a ações de salvação diante de uma situação de perigo e também de destruição, por deturpar as circunstâncias objetivas que revelem a inexistência do perigo.

Não por acaso, portanto, o PL 882/2019 promove a estreia dessa emoção em nosso ordenamento jurídico penal para fins de justificação de uma ação não permitida.

A lei penal pune condutas, ativas ou omissivas, não emoções ou sentimentos e, nessa perspectiva, a *contrario sensu*, uma emoção humana não deveria servir de fundamento válido para justificar, por si só, uma ausência de punição.

É verdade que a previsão do medo na legislação penal, como prevê o PL 882/2019, não é inédita. O código penal português⁽⁸⁾ prevê que o agente não será punido quando se exceder na legítima defesa “se o excesso resultar de perturbação, medo ou susto, não censuráveis”.

A transposição de normas estrangeiras para outro sistema penal, contudo, deve levar em consideração o contexto no país de origem e no país de destino.

A esse respeito, destaca-se que, de acordo com relatório de 2018, Portugal ocupa o 4º lugar no ranking dos países mais pacíficos do mundo⁽⁹⁾ e está no topo da lista desde 2013. O Brasil, por sua vez, ocupa a 106ª posição.

Na maioria dos países da América Latina, os órgãos e os sistemas penais operam em nível tão alto de violência que causam

mais mortes do que a totalidade dos homicídios dolosos entre os particulares. A seletividade, a reprodução da violência e a corrupção institucionalizada são elementos estruturais do exercício de poder nesses sistemas.⁽¹⁰⁾

Não se pode ignorar a realidade de que o Direito Penal tem servido de instrumento para aprofundar as diferenças sociais, justificando-se a intervenção punitiva oficial em auxílio a privilégios minoritários.⁽¹¹⁾

O Brasil é um dos países com maior taxa de homicídios do planeta;⁽¹²⁾ no ano de 2016, atingimos a marca histórica de 62.517 homicídios.⁽¹³⁾ É com essa realidade que precisamos lidar.

Em termos globais, há uma sensação de aceleração dos acontecimentos, modificações tecnológicas e econômicas constantes, que geram ansiedade e incerteza, produzindo desorientação pessoal, sendo difícil não se sentir inseguro.⁽¹⁴⁾

Além disso, a representação do criminoso construída pelos meios de comunicação como um ser anormal, totalmente alheio ao corpo social que, violando as regras consensualmente aceitas, comete uma barbaridade, facilita a consolidação do discurso moralizador, que explora os sentimentos de medo e insegurança social.⁽¹⁵⁾

O convívio com o medo, portanto, é constante e, assim, dificilmente essa emoção não estará presente naquele que se defende da injusta agressão praticada contra si ou terceiro.

Isso nos leva a refletir sobre como o juiz avaliará se, no caso concreto, o defendente só agiu com excesso porque fora tomado pelo medo; e, ainda, se este agir amedrontado é escusável.

Sendo o medo uma emoção humana que se manifesta junto com outras e de modo desordenado, como saber se foi o que determinou aquela conduta específica? Valerá a palavra do agressor a esse respeito? Ou a perspectiva do juiz sobre o que lhe causa medo? Ou sobre o que o juiz acredita que justifica ou não o medo daquele réu e é, assim, escusável?

Como resposta a essas indagações, há apenas a verificação de que a regra proposta fundamenta-se em uma base incerta e, assim, atenta contra a proteção dos direitos fundamentais à vida e à integridade física, já que excessos identificados pelo “medo” do agente poderão ser perdoados com base na lei e, assim, plenamente legitimados.

A surpresa, que é a reação humana a um fato inesperado, também estreia em nosso Código Penal por meio da previsão do PL 882/2019.

Quem está disposto a agredir, embora muitas vezes faça prévias ameaças, normalmente não avisa sobre o local e o horário do ataque. Surpreender a vítima é normalmente parte importante de quem visa o êxito na agressão.

Assim sendo, da mesma forma que o medo, é natural que o elemento surpresa esteja presente para aquele que se defende de uma agressão; assim, reconhecer que o que levou o agente a exceder-se em sua defesa foi a surpresa e, com isso, diminuir sua pena ou eximi-lo de responsabilidade pela ação também estabelece uma porta aberta para interpretações violadoras dos direitos fundamentais, especialmente contra os mais vulneráveis, a “clientela” habitual do sistema penal.

Dos elementos subjetivos previstos pela norma proposta, a violenta emoção é a única já prevista como atenuante na parte geral do Código Penal e como causa de diminuição da pena no homicídio e na lesão corporal.

A inovação do PL 882/2019 é promover a violenta emoção à causa de possível perdão judicial e, portanto, de efetiva isenção de pena para o agressor que se exceder por esse motivo.

A violenta emoção é o mais impreciso dos elementos previstos

pelo Projeto; considerando o amplo espectro de emoções humanas, algumas talvez inominadas, abrange inclusive as emoções decorrentes de sentimentos vis como a raiva, o desejo de vingança e o ódio.

Nesse sentido, a nova norma penal traz para a sociedade uma mensagem de que a impunidade para crimes violentos pode ocorrer sob a justificativa de sentimentos desprezíveis, o que afronta o valor social da justiça e da harmonia social.

Se atualmente, como mencionou o ministro Moro, é difícil para o juiz deixar de condenar o agente pelo excesso, quando é escusável, como será para o juiz, diante da nova regra, aplicar a pena pelo excesso cometido, motivando sua decisão no sentido de que aquele excesso não decorreu de medo, ou de surpresa ou de violenta emoção do defendente que se excedeu? Parece-nos que essa tarefa é muito mais complexa que a primeira.

Dessa forma, pode-se afirmar que o afastamento da pena com base em emoções humanas, de fato, torna a impunidade do excesso nas excludentes de ilicitude a regra geral, não a exceção.

4 Consequências nocivas

Já foi observado que as reformas penais no Brasil são normalmente impulsionadas pela demanda punitiva, representando o que se denomina de “populismo punitivo”. Como o populismo está associado ao imediatismo, não se realizam investigações empíricas prévias, que seriam relevantes para avaliar minimamente os impactos da nova lei no âmbito judicial e administrativo.⁽¹⁶⁾

A esse respeito, o Projeto de Lei 4373/2016,⁽¹⁷⁾ ainda em tramitação, estabelece regras acerca da responsabilidade legislativa sobre a norma penal, com a justificativa de que a falta de estudos técnicos aprofundados faz com que o parlamento seja levado a votar propostas penais sem a real dimensão dos seus efeitos na vida de milhões de brasileiros.

No caso do PL 882/2019, a abrangência das causas que permitem a redução da pena ou seu afastamento no caso de excesso de legítima defesa tem o potencial de agravar problemas sérios da sociedade brasileira. Passamos a tratar especificamente de dois deles.

4.1. Violência contra a mulher

Apenas cinco anos depois de uma condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos, foi publicada em nosso país a Lei 11.340/2006, Lei Maria da Penha.

Mesmo após doze anos de vigência, são inúmeros os casos noticiados de agressão a mulheres, sob a alegação de ciúme ou inconformismo com o fim do relacionamento.

As emoções que motivam tais atos têm, em geral, uma base firme no machismo e na misoginia, mas isso muitas vezes não é percebido ou não se quer que seja identificado.

Mesmo entre os juristas, não se identifica a posição da mulher como vulnerável em si, a merecer uma proteção do sistema. Afinal, a convergência de atributos valorizados por nossa sociedade em uma mulher, como a inteligência, a respeitabilidade profissional, o êxito em posição de poder e a situação econômica favorável parecem colocá-la em situação de destaque social, incompatível com a vulnerabilidade.

Assim, para muitos “o objetivo da Lei Maria da Penha não foi o de conferir uma proteção indiscriminada a toda e qualquer mulher, mas apenas àquelas que efetivamente se encontrarem em situação de vulnerabilidade”, ou seja, “é indispensável que a vítima esteja em situação de hipossuficiência física ou econômica”⁽¹⁸⁾ perante o agressor.

O perigo de tal raciocínio é a negação da existência do machismo,

que, embora não seja ostensivo, está presente nas diversas relações sociais.

Lembramos que estudos no ano de 2016 mostraram que a violência letal contra mulheres aumentou no Brasil, que é um dos piores países da América Latina para se nascer menina, devido aos níveis extremamente altos de violência de gênero, dentre outros fatores.⁽¹⁹⁾

A violência de gênero – que para muitos sequer existe – tem potencial para se converter em mais mortes de mulheres com a mudança sugerida acerca das excludentes de ilicitude.

Mas, pode-se perguntar: se houve legítima defesa, a mulher foi quem agrediu primeiro?

Em uma sociedade patriarcal e marcada por um elevadíssimo grau de diversas formas de violência às mulheres, culpar a mulher não é só o lugar mais cômodo, é o lugar comum.

É possível que brigas do casal levem à violência física e que a agressão tenha partido da mulher (também possível que, mesmo que isso não tenha ocorrido, induza-se o juiz a acreditar que sim, especialmente nos casos de morte da mulher); dessa forma, um excesso na legítima defesa por parte do defendente, que leve a mulher à morte, poderá ser perdoado pelo juiz; afinal, ele pode entender que o agressor foi levado pelo medo, ou foi pego de surpresa ou foi tomado por uma violenta emoção. O resultado: mais uma vida perdida e mais uma ação reprovável impune.

Imagina-se ainda a situação de estado de necessidade a que a mulher não deu causa, por exemplo. Um excesso que atinja sua integridade física ou atente contra a sua vida, nesse contexto, poderá do mesmo modo ser perdoado pela nova regra.

Essa realidade, que já é insustentavelmente grave e vergonhosa para o Brasil, deve ser considerada.

4.2 Violência policial e a pena de morte extrajudicial

O sistema penal nos países da *civil law* é burocrata, e cada uma das instituições que o compõem (polícia, Ministério Público, penitenciárias, instituições de internação etc.) está estruturada de modo separado, desenvolvendo seus próprios critérios de ação, ideologias e culturas. Usualmente, no Brasil, não há um trabalho articulado, mas ações independentes, e não raras vezes contraditórias.⁽²⁰⁾

Nesse sistema, a polícia está situada no lugar “mais inferior”. Desde D. João VI, cuja coroa está simbolicamente presente no brasão da Polícia Militar do Rio de Janeiro até os dias de hoje – e também em relação à Polícia Civil –, vincula-se a ideia de polícia a serviço do Rei, do Estado, que se orienta não para resolver os conflitos negociando e disciplinando preventivamente a ordem para os cidadãos, mas sim para “conciliar forçadamente” ou para reprimir conflitos, promovendo a garantir a ordem pública.⁽²¹⁾

Nesta tradição repressiva das políticas de segurança pública, destaca-se o “auto de resistência”, classificação administrativa existente desde a ditadura militar, que passou a ser usada com maior frequência para designar as mortes resultantes das ações policiais,⁽²²⁾ ou seja, às situações de confronto que, em tese, estão justificadas pela legítima defesa.

Entretanto, os autos de resistência correspondem, muitas vezes, à execução sumária de pessoas, revestida como verdadeira pena de morte extrajudicial.

O exame médico legal é um meio de verificar a falta de verossimilhança dos autos de resistência e, portanto, da legitimidade da defesa. Além da dinâmica do fato, o exame revela em face de quais corpos específicos estão direcionadas essas práticas. Como esclarece

a pesquisadora **Flávia Medeiros** sobre seu trabalho de campo no IML-RJ por nove meses acerca de ações policiais: “*eu nunca acompanhei uma necropsia, tampouco vi nos registros produzidos pelos policiais, o cadáver de uma pessoa branca morta por projétil de arma de fogo*”.⁽²³⁾

Em 2016, o relator especial da ONU para questões relativas a minorias apresentou recomendação ao Conselho de Direitos Humanos para que a classificação automática dos homicídios cometidos por policiais como “*resistência seguida de morte – que presume que o policial agiu em legítima defesa e não leva a nenhuma investigação*”, seja abolida.⁽²⁴⁾

O auto de resistência como classificação administrativa realmente foi abolido,⁽²⁵⁾ porém os abusos e as execuções sumárias continuam.

Norberto Bobbio afirma que uma das poucas lições certas e constantes que podemos retirar da história é que a violência chama a violência, não só de fato, mas também com todas as suas justificações éticas, jurídicas, sociológicas, o que é mais grave. Infelizmente, parece ser este o caso dessa inovação proposta pelo PL 882/2019.⁽²⁶⁾

5 Conclusão

A regra em nosso sistema penal com fundamento na Constituição de 1988 e nos direitos fundamentais ali previstos é de que o excesso nas excludentes de ilicitude deve ser punido, pois se trata de ação ilícita que viola bens jurídicos tutelados.

Em um sistema penal desequilibrado, que atinge substancialmente os excluídos sociais, no qual há uma polícia que sofre e ajuda a promover uma violência extrema, e com crimes gravíssimos contra as mulheres, tendo o machismo como aspecto presente, ainda que de forma inconsciente, o que o torna ainda mais pernicioso, é possível prever que os elementos “*medo, surpresa e violenta emoção*” serão usados como subterfúgio para o extermínio.

A redação proposta para o §2º do artigo 23 do Código Penal torna a ausência de punição do excesso como regra, ao invés de exceção, como é atualmente em nosso sistema penal.

Estamos de acordo, entretanto, que nem todo excesso deve ser punido. Assim, parece-nos pertinente a inclusão de um §2º a esse respeito, porém em situações realmente excepcionais.

Nesse sentido, sabendo-se que elaborar um texto legislativo não é tarefa simples e, a fim de colaborar para uma norma mais adequada às necessidades sociais brasileiras, propomos para o §2º uma nova redação e, assim, também nos expomos à crítica: “§ 2º O juiz poderá reduzir a pena até a metade ou deixar de aplicá-la quando verificar, *pelos circunstâncias do fato, que o defendente ainda acreditava estar em risco*”.

Parece-nos que essa redação oferece maior grau de objetividade e, ainda que não solucione os problemas da violência em nossa sociedade, ao menos não os agravam e, por isso, já se pode considerar positiva.

Notas

- (1) Projeto de Lei 882/2019. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/amaranoticias/noticias/SEGURANCA/572671-PACOTE-ANTICRIME-DIVIDE-DEPUTADOS.html>>. Acesso em: 28 fev. 2019.
- (2) Entrevista coletiva do Ministro Sérgio Moro, em 4/2/2019. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/2019/02/sergio-moro-fala-ao-vivo-sobre-projeto-de-lei-anticrime>>. Acesso em: 27 fev. 2019.
- (3) Item 21 da Exposição de Motivos nº 211, de 9 de maio de 1983. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>>. Acesso em: 24 fev. 2019.
- (4) Entrevista coletiva do Ministro Sérgio Moro, op. cit.
- (5) BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. v. 1. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 429.

- (6) Suprema Corte dos EUA, *Brown v. United States*, julgado em 16/5/1921. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/256/335/>>. Acesso em: 24 fev. 2019.
- (7) CASTRO, Henrique Meira de. *Medo e relações de poder: uma contribuição para a psicologia da educação*. 2012. 82 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 39. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/16055>>. Acesso em: 26 fev. 2019.
- (8) Código Penal. Portugal. Disponível em: <<https://dre.pt/application/dir/pdf1sdp/2007/09/17000/0618106258.PDF>>. Acesso em: 24 fev. 2019.
- (9) INSTITUTE FOR ECONOMICS & PEACE. *Global Peace Index 2018: Measuring Peace in a Complex World*, Sydney, 2018. p. 8-9, p. 71. Disponível em: <<http://visionofhumanity.org/reports>>. Acesso em: 24 fev. 2019.
- (10) ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 13; p. 15.
- (11) CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. Tradução de: Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 33.
- (12) ANISTIA INTERNACIONAL – *Informe 2016/17*. p. 23, p. 82. Disponível em: <https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2017/02/AIR2017_ONLINE-v.3.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2019.
- (13) IPEA-FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Atlas da violência, 2018. p. 20. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/9/atlas-2018>>. Acesso em: 27 fev. 2019.
- (14) SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *La expansión del derecho penal*. 2. ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2001. p. 34.
- (15) CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 428/429.
- (16) CARVALHO, Salo de. Em defesa da lei de responsabilidade político-criminal. *Boletim IBCCRIM*, n. 193, dez. 2018. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/106878241/Carvalho-Em-Defesa-da-Lei-de-Responsabilidade-Politico-Criminal-Boletim-IBCCRIM>>. Acesso em: 28 fev. 2019.
- (17) Projeto de Lei nº 4373/2016. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2077166>>. Acesso em: 28 fev. 2019.
- (18) LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação especial criminal comentada*. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 903.
- (19) ANISTIA INTERNACIONAL, op. cit., p. 86.
- (20) SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 303.
- (21) KANT DE LIMA, Roberto. Polícia e exclusão na cultura judiciária. *Tempo Social: Rev. Sociol. USP*, S. Paulo, v. 9, n. 1, p. 169-183 mai. 1997. p. 181.
- (22) SOUZA, Taiguara Libano. *A era do grande encarceramento: tortura e superlotação prisional no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2018. p. 160.
- (23) MEDEIROS, Flávia. “*Linhas de investigação*”: uma etnografia das técnicas e moralidades dos “homicídios” na Polícia Civil da Região Metropolitana do Rio de Janeiro. Tese (Doutorado em Antropologia) – Universidade Federal Fluminense, Instituto de Ciências Humanas e Filosofia, Departamento de Antropologia, 2016. p. 54. Disponível em: <<https://www.capes.gov.br/images/stories/download/pct/2017/Mencoes-Honrosas/Antropologia-Arqueologia-Flavia-Medeiros-Santos.PDF>>. Acesso em: 28 fev. 2019.
- (24) ANISTIA INTERNACIONAL, op. cit., p. 82-83.
- (25) Resolução Conjunta 2, de 13/10/ 2015 do Departamento de Polícia Federal e Conselho Superior de Polícia.
- (26) BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 199.

Taiguara Libano Soares e Souza

Doutor em Direito pela PUC-Rio. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional da UFF. Professor titular de Direito Penal do IBMEC-RJ.
ORCID: 0000-0001-9383-5901
taiguaralsouza@gmail.com

Rebecca Féo de Oliveira

Mestranda em Direito Constitucional pela UFF. Especialista em Regulação da Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP.
ORCID: 0000-0003-2204-471X
rebecca.feo@gmail.com

Recebido em: 01.03.2019

Aprovado em: 07.06.2019

Versão final: 11.07.2019

Equilibrar o desequilíbrio: a Resolução do CNJ sobre indígenas submetidos à perseguição penal

André Augusto Salvador Bezerra, Guilherme Madi Rezende e Michael Mary Lonan.

Resumo: O presente artigo objetiva descrever e salientar a importância da Resolução nº 287/2019, editada pelo Conselho Nacional de Justiça. Tal ato normativo estabelece procedimentos no tratamento judicial de indígenas submetidos à perseguição penal. O texto sustenta a importância da Resolução para concretizar o princípio constitucional da igualdade, eis que concede tratamento especial a um estrato da população que sofre peculiares violações decorrentes de práticas históricas colonialistas.

Palavras-chave: Povos Indígenas. Perseguição penal. Igualdade.

Abstract: The article aims to describe and emphasize the importance of Resolution nº 287/2019, edited by the National Council of Justice. This normative act establishes procedures in the judicial treatment of indigenous people subjected to criminal prosecution. The paper supports the importance of the Resolution to achieve the constitutional principle of equality, because it grants special treatment to a stratum of population that suffers peculiar violations arising from colonial historic practices.

Keywords: Indigenous people. Criminal prosecution. Equality.

Em conhecida análise acerca do caráter histórico dos Direitos Humanos, **Noberto Bobbio** (*A era dos direitos*, 2014, p. 64) destacou o processo de positivação de valores jurídicos destinados a garantir a dignidade de determinados estratos populacionais. Trata-se de quadro fortalecido na segunda metade do século XX, o qual, segundo o autor, gerou uma mudança de fundamental importância no foco de proteção estatal: a passagem da preocupação pelo ser humano genérico (objeto teórico do jusnaturalismo, fundamento das liberdades públicas clássicas) para o ser humano específico (isto é, tomado na diversidade de seus diversos *status* sociais).

Necessário ressaltar que essa destinação especial de direitos não objetiva estabelecer situações privilegiadas em favor de certas categorias. Pelo contrário, quer-se promover o equilíbrio social, decorrente de violações históricas sofridas peculiarmente por essas mesmas populações, as quais as colocam em desvantagem em relação às demais.

É o caso dos direitos dos povos indígenas, previstos no vigente ordenamento jurídico como respostas civilizatórias a práticas colonialistas perpetradas especificamente contra tal estrato populacional desde o final do século XV, responsáveis por um dos maiores genocídios que se conhece. Lembra-se, aqui, que o estado de violações persiste nos dias atuais, a ponto de ter havido mais mil assassinatos de indígenas em pleno pós-Constituição de 1988.

Desse grave contexto é que se deve começar a compreender a importância de Resolução nº 287, aprovada em 25 de junho de 2019 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão responsável pelo controle externo do Judiciário, objetivando estabelecer procedimentos especiais no tratamento judicial de indígenas submetidos à perseguição penal.

A Resolução nº 287/2019 reafirma direitos já estabelecidos no Estatuto do Índio – Lei 6001/73 – e na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), além de preencher lacunas até então existentes de modo a dar concretude aos direitos e garantias de que são destinatários os indígenas.

Importa desde logo esclarecer que são sujeitos dos direitos regulamentados na Resolução nº 287/2019 pessoas indígenas consideradas, nos termos do seu art. 2º, “*todas as pessoas que assim*

se identifiquem como indígenas, brasileiros ou não, falantes tanto de língua portuguesa quanto de línguas nativas, independentemente do local de moradia, em contexto urbano, acampamentos, assentamentos, áreas de retomada, terras indígenas regularizadas e em diferentes etapas de regularização fundiária”.

Os arts. 2º e 3º da Resolução em exame estão em consonância com a Convenção 169 da OIT que estabelece a autodeclaração para o reconhecimento da identidade étnica. Vale ressaltar: índio não deixa de ser índio porque mora em área urbana, porque lê, escreve e fala a língua portuguesa, porque usa calça jeans... Está fulminada a ideologia integracionista de que o índio vai deixando de ser índio à medida que vai se integrando à sociedade não indígena.

E cabe às autoridades policial e judicial competentes para a condução da investigação, do processo e, especialmente, da audiência de custódia, ao menor indício, indagar da pessoa se ela é indígena, cientificando-a da possibilidade de autodeclaração e esclarecendo-a das garantias decorrentes dessa condição, além de fazer constar em todos os registros de atos processuais informações sobre a etnia, língua falada e grau de conhecimento da língua portuguesa.

Mesmo que o indígena tenha algum conhecimento da língua portuguesa, se a sua língua materna for outra, deverá lhe ser assegurada a presença de um intérprete em todas as etapas do processo. A Resolução nº 287/2019, em seu art. 5º, garante esse direito se houver dúvida quanto ao domínio e entendimento do vernáculo ou mesmo mediante solicitação da defesa, da FUNAI ou de pessoa interessada.

A garantia de poder se comunicar em sua própria língua – mesmo compreendendo o português – é decorrência lógica da autodefesa, sem a qual não se concretiza a ampla defesa. Não se pode exigir do indígena que num momento tão determinante quanto responder a um processo penal, seja obrigado a fazê-lo em outro idioma que não o seu natural.

Intérprete não é simplesmente um tradutor. Não lhe cabe traduzir palavra por palavra, mas sim compreender a ideia e o raciocínio exposto na fala, transmiti-la ao indígena na forma e modo tradicionais de sua cultura. A língua tem forte influência na

forma com que o raciocínio se desenvolve. A língua é minha pátria, lembra **Caetano**.

O art. 6º da Resolução nº 287/2019 cuida da importância da realização de laudo antropológico que traga subsídios ao processo sobre as circunstâncias pessoais, culturais, sociais e econômicas da pessoa acusada; sobre os usos, costumes e tradições da comunidade à qual se vincula; bem como sobre o entendimento da comunidade indígena em relação à conduta típica, além dos mecanismos próprios de julgamento e punição adotados para os seus membros.

A compreensão dos usos, costumes e tradições da comunidade é relevante para a aferição da culpabilidade da pessoa indígena acusada. Isso porque, se a sua conduta, embora típica, estiver de acordo com os valores da sua comunidade não poderá ser considerada criminosa. Se a Constituição, em seu art. 231, reconhece a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições de uma comunidade indígena, as condutas que estão em consonância com esses valores têm amparo constitucional e, portanto, não podem ser consideradas criminosas. Deve ser afastada a culpabilidade do indígena que age de acordo com os valores da sua comunidade. A relação entre os valores da comunidade e a conduta do indígena acusado deve ser estabelecida a partir do laudo antropológico.

Nessa mesma linha de raciocínio, devem ser respeitados os mecanismos próprios de julgamento e punição adotados por cada comunidade para os seus membros, conforme dispõe o art. 7º da Resolução nº 287/2019, com amparo nos arts. 8º e 9º da Convenção 169 da OIT.

Quanto ao cumprimento da pena, a Resolução em exame, na esteira do que determina o art. 10 da Convenção 169 da OIT e o art. 56 do Estatuto do Índio, estabelece a importância de se evitar o encarceramento de pessoas indígenas.

Assim é que o art. 9º da Resolução nº 287/2019 determina que na definição da pena e regime de cumprimento a ser imposto a uma pessoa indígena, o juiz deverá considerar as características culturais, sociais e econômicas, suas declarações e a perícia antropológica de modo a aplicar penas restritivas de direitos adaptadas às condições e prazos compatíveis com os costumes, local de residência e tradições da pessoa.

Na impossibilidade de aplicação de penas restritivas de direitos, deve ser aplicado, sempre que possível e mediante consulta à comunidade indígena, o regime especial de semiliberdade,

conforme previsão do art. 10 da Resolução nº 287/2019 e o já mencionado art. 56 do Estatuto do Índio.

A Resolução em exame traz ainda uma série de disposições especiais aplicadas às mulheres indígenas. São disposições que estão em harmonia com as Regras de Bangkok, com a lei 13.769/2018 e com a decisão do STF no HC 143.641-SP.

O princípio da igualdade impõe tratamento diferente aos diferentes na exata medida das suas diferenças.

A Constituição Federal, ao dedicar um capítulo aos direitos indígenas, reconhece suas diferenças e a necessidade de que tenham um tratamento especial.

A Resolução ora editada, reafirmando a importância dos direitos expressamente previstos no arcabouço normativo vigente, vem a regulamentar o tratamento de pessoas indígenas no processo penal.

O respeito à Resolução nº 287/2019 reequilibra o jogo, dando concretude ao princípio da igualdade.

André Augusto Salvador Bezerra

Doutor pelo Programa Humanidades e Direitos da USP.

Membro e ex-Presidente da Associação Juízes para a Democracia (AJD). Juiz de Direito.

ORCID: 0000-0002-3546-2016

andreaugusto@usp.br

Guilherme Madi Rezende

Mestre em Direito Penal pela PUCSP. Diretor do Instituto de Defesa do Direito de Defesa e do Instituto Terra,

Trabalho e Cidadania. Advogado.

ORCID: 0000-0002-2458-7964

guilherme@madirezende.com.br

Michael Mary Nolan

Assessora Jurídica do Conselho Indigenista Missionário.

Presidente do Instituto Terra, Trabalho e Cidadania.

Membra da Congregação das Irmãs de Santa Cruz.

ORCID: 0000-0002-3729-8723

mmarynolan@gmail.com

Recebido em: 17.07.2019

Aprovado em: 17.07.2019

Versão final: 18.09.2019

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661

CONSELHO EDITORIAL: Aury Lopes Jr., Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Salomão Shecaira.

EDITOR-CHEFE: Luigi Giuseppe Barbieri Ferrarini.

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

EDITORES EXECUTIVOS: Rafael Vieira e Williams Meneses.

CORPO DE PARECERISTAS DESTE VOLUME:

Bruno Tadeu Palmieri Buonicore (Universidade de Frankfurt - Alemanha), Clara Moura Masiero (UNISINOS - São Leopoldo/

RS), Daiana Santos Ryu (USP - São Paulo/SP), Décio Franco David (UENP - Curitiba/PR), Fernanda Carolina de Araujo Ifanger (PUC - Campinas/SP), Gustavo Tozzi Coelho (PUC - Porto Alegre/RS), Leticia Galan Garducci (UERJ - Rio de Janeiro/RJ), Marcio Guedes Berti (Universidade do Oeste do Paraná - Toledo/PR), Paulo Gustavo Lima e Silva Rodrigues (UFAL - Maceió/AL), Pedro Augusto Simões da Conceição (USP - São Paulo/SP), Plínio Leite Nunes (USP - São Paulo/SP), Thadeu Augimeri de Goes Lima (USP - São Paulo/SP) e Vanessa Aparecida de Souza Fontana (UFRGS - Porto Alegre/RS).

CORPO DE PESQUISA JURISPRUDENCIAL DESTE VOLUME:

Frederico Manso Brusamolín, José Flávio Ferrari, Maria Carolina Bissoto, Vivian Peres e Yasmim Lóndero Carniel.

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



VIRE A CHAVE

podcast

O PODCAST QUINZENAL DO IBCCRIM

Com mais de dez episódios gravados, o **Vire a Chave** debate, sob diversas perspectivas, temas atuais do campo penal, como política criminal, segurança pública, direito penal, sistema de justiça e direitos humanos.

Acompanhe nossas redes sociais e adicione o
IBCCRIM no WhatsApp
para enviar sugestões de pauta e perguntas
para os convidados do podcast:
11 94327-8374

DISPONÍVEL NO SPOTIFY E NO SOUNDCLOUD



Acesse os episódios em www.ibccrim.org.br/podcast

| CORTES INTERNACIONAIS E SUAS DECISÕES COMENTADAS

Garantias pré-processuais, tortura, o direito a não ser condenado com base em provas ilícitas e “controle difuso de convencionalidade”: o caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México

Renata Tavares da Costa

1 Introdução

Quando o professor **Nilo Batista** saudava os “colegas da garoa” pelos seus 15 anos, conheci o Boletim de Jurisprudência e o IBCCRIM.⁽¹⁾ Encontro necessário. No dia a dia corrido de uma defensora, mãe solteira de dois filhos, não sobra tempo para pesquisas apuradas de Jurisprudência, época em que a internet não era uma ferramenta tão importante. Daí o encanto da descoberta! Graças a ele, o trabalho se qualificou e o STF, STJ e outros tribunais, até de terras longínquas, passaram a fazer parte da Vara de Execuções Penais, órgão em que atuei por oito anos.

Essa mesma felicidade da descoberta senti ao ter acesso ao Boletim nº 319, especialmente quando li o artigo “Um convite para pensar as Ciências Criminais a partir de uma perspectiva de direitos”.⁽²⁾ Mais uma vez, a “turma da garoa” saindo na frente. A importância de se estudar o que as Cortes Internacionais de Direitos Humanos têm para oferecer ao estudo das ciências criminais é genial!

Importância esta que salta aos olhos nos tempos em que vivemos. Mas que se soma à necessidade de que o Brasil saia do “marasmo” imposto por sua histórica “condição de império”.⁽³⁾ Explico-me: ao contrário das outras nações americanas, nosso país, em especial seu sistema de Justiça, recusa-se a aplicar os padrões (estândares) internacionais de direitos humanos dos tratados a que voluntariamente se submeteu. O senso comum é sempre no sentido de que as decisões dos Sistemas Internacionais não têm aplicabilidade, pois são políticas, ou são usadas como direito comparado,⁽⁴⁾ ou a recusa se baseia na ideia de que “somos soberanos”.⁽⁵⁾

Felizmente esta mentalidade está mudando. No estado do Rio de Janeiro, por exemplo, os juízes da VEP estão fazendo “controle de convencionalidade” para aplicar as Decisões da Corte Interamericana no “Caso Medidas Provisionais do Presídio Plácido Sá Carvalho”: “Assim, considerando que a República Federativa do Brasil reconhece a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos desde 1998, em estrito cumprimento à Resolução de 22.11.2018, referente às medidas provisórias a serem adotadas para proteger a vida e a integridade das pessoas privadas de liberdade no Instituto Penal Plácido Sá Carvalho, elabore-se manualmente cálculo penal, computando-se em dobro cada dia de privação de liberdade cumprido no IPPSC...”.⁽⁶⁾

Ventos de mudanças assolam nossa terra. Prova disso é nossa Corte Suprema. De acordo com **Ramos**: “A visão tradicional acima mencionada do STF no que tange aos tratados de Direitos Humanos passou por forte revisão. No recém julgado R.E 466.343, simbolicamente também sobre a prisão civil do depositário infiel, a maioria de votos sustentou novo patamar normativo para os tratados

internacionais de Direitos Humanos, inspirados pelo § 3º

do art. 5º da CF/88 introduzido pela EC 45/04.13/14 A nova posição prevalecente no STF foi capitaneada pelo Min. Gilmar Mendes, que, retomando a visão pioneira de Sepúlveda Pertence (em seu voto no HC 79.785-RJ15) sustentou que **os tratados internacionais de Direitos Humanos, que não forem aprovados pelo Congresso Nacional no rito especial do art. 5º, § 3º da CF/88, têm natureza supralegal: abaixo da Constituição, mas acima de toda e qualquer lei**. No mesmo sentido formaram a nova maioria os ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Esta corrente, agora majoritária, admite, contudo, que tais tratados tenham estatuto constitucional, desde que aprovados pelo Congresso pelo rito especial do parágrafo 3º ao art. 5º (votação em dois turnos nas duas Casas do Congresso, com maioria de três quintos). Foram votos parcialmente vencidos, no tocante ao estatuto normativo dos tratados de Direitos Humanos, os ministros **Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau e Ellen Gracie**, que sustentaram a **hierarquia constitucional de todos os tratados sobre Direitos Humanos, aprovados ou não pelo rito especial do art. 5º, § 3º**. De fato, para Celso de Mello trata-se de adaptar a CF/88, pela via interpretativa, ao novo contexto social de aceitação da internacionalização dos Direitos Humanos. Assim, o Ministro Celso de Mello, revendo sua posição anterior, sustentou que os tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil integram o ordenamento jurídico como norma de estatuto constitucional. De acordo ainda com a posição do Ministro Celso de Mello, a CF/88 em sua redação original determina a prevalência dos Direitos Humanos (art. 4º, inc. II da CF/88) e reconhece o estatuto constitucional dos tratados internacionais de Direitos Humanos (art. 5º, § 2º da CF/88). Desta forma, os tratados de Direitos Humanos, mesmo que anteriores a EC 45/04, seriam normas consideradas constitucionais”.⁽⁷⁾

E que agora esta sessão ganha mais um aliado na luta pela internalização do Direito Internacional dos Direitos Humanos: a sessão do Boletim de Jurisprudência do IBCCRIM.

O “encanto da descoberta” esteve na primeira vez que li a sentença de Cabrera García e Montiel Flores. O comando convencional reafirmou que os direitos de defesa existem desde que a pessoa é apontada como possível autora de um delito; que tem direito a contar com um advogado; que tem o direito ao tempo adequado para preparar sua defesa; que a tortura e os tratos cruéis produzem efeitos deletérios na confissão; que as vítimas de violação de direitos humanos têm direito a uma investigação séria, independente e imparcial, especialmente no contexto de usurpação militar de função policial; que todos os órgãos jurisdicionais devem fazer o controle de convencionalidade a fim de

| CORTES INTERNACIONAIS E SUAS DECISÕES COMENTADAS

Garantias pré-processuais, tortura, o direito a não ser condenado com base em provas ilícitas e “controle difuso de convencionalidade”: o caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México
Renata Tavares da Costa 2217

| JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal 2220
Superior Tribunal de Justiça 2222
Superior Tribunal Militar 2223
Tribunal de Justiça de Santa Catarina 2224
Tribunal de Justiça de São Paulo 2224
Tribunal de Justiça do Paraná 2224

adequar a norma interna não só ao Pacto, como também à interpretação que lhe dá a Corte Interamericana, seu “intérprete último”.

Por essas e por outras é um caso paradigmático no Sistema Interamericano. Um artigo não seria suficiente. Por isso, tentarei resumir o máximo possível.

2 O caso

Trata-se de operação protagonizada pelo Exército Mexicano na comunidade Pizotla, Município de Ajuchitlán, no Estado de Guerrero, com intenção de combater o tráfico de drogas visto que havia a informação de que um chefe do narcotráfico ali se abrigava. Os militares chegaram ao local dia 2 de maio de 1999, por volta das 10 horas da manhã. Houve disparo de arma de fogo que vitimou uma pessoa; e, então, os senhores Cabrera Garcia e Montiel Flores foram se abrigar na floresta, quando foram encontrados e presos. Ambos ficaram detidos às margens do Rio Pizotla até o dia 4 de maio de 1999, quando foram transportados para o Batalhão de Infantaria na cidade de Altamirando e, de lá, responderam à acusação de porte de arma de fogo e plantação de maconha.

Houve condenação no crime de porte de arma de fogo e absolvição no referente ao plantio. As defesas plantearam a questão dos maus tratos e da tortura quando estavam custodiados pelo Exército e prestaram as primeiras declarações. O MP notificou o Exército para investigar. Mas, em ambas as tentativas, a justiça militar requereu o arquivamento do feito. Ao final, os réus foram libertados por questões humanitárias.

3 Os direitos pré-processuais

Inicialmente, a Corte assinala as questões referentes ao contexto local, tendo em vista que os fatos ocorreram num momento com forte presença militar no Estado de Guerrero, nos anos 1990, como resposta ao narcotráfico e a grupos armados. Reafirmando jurisprudência anterior, considera que a “alta presença militar e a intervenção das forças armadas em atividades de segurança pública podem implicar a introdução de um risco para os direitos humanos”. Embora reconheça que é obrigação do Estado garantir a segurança pública, tem poder limitado pelo Direito; considerando especialmente que os militares estão treinados para derrotar o inimigo e não para proteger os civis (como a polícia, por exemplo). Por isso, há uma exigência reforçada para atender aos requisitos estritos de excepcionalidade e devida diligência.

Depois, a Corte define o direito previsto no art. 7.5 da Convenção, qual seja, “o direito de a pessoa detida ser submetida sem demora à revisão judicial”. Direito que tem objetivo claro de evitar arbitrariedade ou ilegalidade das detenções. O critério é “levar ante o juiz o mais rápido possível”, sendo a obrigação deste reforçada nos casos ocorridos nas zonas de alta presença militar. No caso concreto, a violação foi reconhecida, uma vez que se passaram cinco dias até a apresentação dos acusados.

Os representantes também assinalaram a violação do “direito à informação sobre as razões de sua detenção”. Segundo a Corte, o art. 7.4 define a obrigação do Estado de informar os motivos e as razões da detenção no exato momento que ela ocorre. Trata-se de um mecanismo para evitar detenções ilegais ou arbitrárias e garante o direito de defesa do indivíduo. Some-se ainda que o agente responsável pela detenção deve fazer uso de linguagem simples, livre de tecnicismos, com fatos e bases jurídicas essenciais. Afirma, por fim, que não se cumpre com o art. 7.4 a simples menção a sua base legal. Concretamente, o artigo refere-se a dois aspectos: a informação oral ou escrita sobre as razões da detenção e a notificação escrita da acusação. No caso, a Corte entendeu que houve violação visto que não havia no expediente prova da notificação nem oral e nem escrita.

Há, no caso, uma importante discussão sobre os direitos de defesa. Reiterando jurisprudência anterior, a Corte determina que estes devem ser exercidos desde que uma pessoa é apontada como possível autora de um delito; e somente termina quando se finaliza o

processo, incluindo a execução penal. Impedir seu exercício desde o início da investigação é potencializar os poderes investigativos do Estado em desrespeito aos direitos fundamentais. Assim sendo, o direito de defesa obriga o Estado a tratar o indivíduo a todo o momento como verdadeiro sujeito do processo, no mais amplo sentido, e não como objeto do mesmo.

A defesa deve ser diligente, inclusive a ministrada pelo Estado. E isso significa que a pessoa apontada como possível autora de um delito deve ter acesso à *defesa técnica*, especialmente antes de prestar a primeira declaração. Impedir o acesso ao advogado é limitar severamente o direito de defesa, o que ocasiona desequilíbrio processual, deixando a pessoa sem tutela frente ao exercício do poder punitivo. E reitera que não basta ao Estado nomear um advogado para cumprir sua obrigação, a defesa deve ser diligente, ou seja, que atue com o fim de proteger as garantias processuais do acusado.

Afirma também que uma das garantias inerente aos direitos de defesa é contar com *tempo e meio adequado para preparar* a mesma, fato que obriga o Estado a permitir o acesso do inculcado ao expediente, ao seu advogado, com tempo adequado para preparar sua primeira declaração. Mas, no caso concreto, a Corte não reconheceu a violação por ausência de prova suficiente da violação.

4 Padrões interamericanos de investigação dos crimes de tortura

A Corte inicia afirmando que há um dever do Estado de investigar possíveis atos de tortura e outros tratos cruéis, obrigação reforçada pela Convenção contra a Tortura.⁽⁸⁾ Para tanto, diz a Convenção contra a Tortura que quem denuncia tem o direito de ser examinado imparcialmente e que o Estado deve iniciar de ofício a investigação.

No caso concreto, consta que a defesa havia informado ao Ministério Público sobre a tortura, cuja investigação foi iniciada três meses depois. Afirma que a falta de investigação dirigida contra os responsáveis limita a possibilidade de concluir sobre as alegações de tortura.

Há também a responsabilidade do Estado em dar uma explicação plausível para aqueles casos onde a pessoa é presa sem nenhum problema de saúde e, posteriormente, tem a sua integridade física ou mental prejudicada

Assim, afirma que em todo caso que existam “indícios da ocorrência de tortura, o Estado deverá iniciar de ofício e de imediato uma investigação imparcial, independente e minuciosa que permita determinar a natureza e a origem das lesões advertidas e identificar os responsáveis bem como iniciar seu processamento”. Para tanto, deverá o Estado organizar apoio e atendimento médico e de saúde para prestar assistência aos detidos.

Obrigação esta que existe também nos casos em que a “pessoa alegue dentro do processo que sua declaração ou confissão foi obtida mediante coação”, quando os Estados devem verificar a veracidade da denúncia através de uma investigação levada com a devida diligência.

5 Direito absoluto a não ser condenado em processo onde há provas ilícitas: exclusão da prova obtida por coação

Segundo a Comissão Interamericana, as vítimas foram coagidas a confessar, pois se encontravam sob o efeito do medo, da angústia e dos sentimentos de inferioridade, passados uns dias de sua detenção e dos maus-tratos físicos. Para eles, a falta de investigação séria, independente e imparcial foi suficiente para que não fossem sanados possíveis vícios.

Na decisão, a Corte discute a exclusão das provas obtidas mediante coação. Afirma que tal regra é reconhecida por diversos tratados e que, de acordo com o art.8.3 da Convenção, a confissão de um imputado só será válida se feita sem coação de qualquer natureza, não se limitando à existência ou não de tortura. Além disso, entende que a confissão obtida mediante coação não pode ser considerada verdadeira, pois a pessoa coagida vai dizer o necessário para acabar

com o sofrimento. E aceitar tais declarações é uma violação direta ao julgamento justo. O caráter absoluto da exclusão é reforçado, vez que não se admitem nem as provas derivadas.

No caso concreto, a Corte reconhece a coação na confissão, tendo em vista que: não sabendo ler nem escrever, colocaram somente sua digital e prestaram declarações diferentes de quando estavam em frente ao juiz.

Diz o tribunal que a situação vulnerável em que se encontram as pessoas submetidas a tratos inumanos e cruéis, para suprimir sua resistência psíquica e forçar a se declararem culpados, pode produzir sentimentos de medo, angústia e inferioridade capaz de humilhar e devastar uma pessoa, quebrando sua resistência física e moral, sujeitando-a a confessar o que não é verdade.

Outra importante questão é a referente à carga probatória. Para o Estado Mexicano, não basta a alegação dos maus-tratos; o denunciante deve provar. Mas a Corte reafirma que a carga é do Estado. *E conclui que tais declarações devem ser totalmente retiradas do processo, visto que extraídas com base na confissão*, reforçando a ideia de que, se estiverem no processo, a condenação é nula!

Conclui-se, portanto, que não se admite, em nenhuma hipótese, a prova obtida mediante coação de qualquer natureza. Ela deve ser retirada do processo.

6 Sobre o “controle difuso de convencionalidade”

O Estado Mexicano interpôs exceção preliminar de “quarta instância”, alegando a incompetência da Corte, tendo em vista que os tribunais nacionais efetivamente exerceram “controle de convencionalidade”, o que não pode ser mudado pelos juízes interamericanos.

Relembra o Tribunal o surgimento da Doutrina do Controle de Convencionalidade no caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, que determinou que o Poder Judicial deve exercer controle de convencionalidade entre as normas internas e as internacionais, levando em consideração não só o tratado como também as decisões da Corte, intérprete última da Convenção.

No caso *Cabrera Garcia*, a Corte esclarece essa doutrina para estender a todos os órgãos do Estado, incluindo os juízes – que devem velar para o “efeito útil do Pacto”. Ao contrário do controle concentrado, exercido pela Corte, esse controle difuso deve ser exercido por todos os juízes nacionais, criando um *dever de atuação no âmbito interno*, reservando à Corte qualidade de intérprete última da Convenção Americana. *Converte o juiz nacional em um juiz interamericano*. Reflete a evolução na recepção nacional do Direito internacional dos direitos humanos e se manifesta em reformas legislativas nos estados nacionais.

7 Conclusão

O Brasil tem um vácuo na aplicação das normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos, fato que pode ser explicado por sua condição histórica de império. No entanto, em nome de sua “soberania”, e renegando seu próprio passado, nota-se a persistência em assinar pactos internacionais; enquanto, nacionalmente, pouco se empenha na garantia da aplicação dos mesmos. Graças aos processos de internalização dos Direitos Internacionais dos Direitos Humanos, esse vácuo está diminuindo. Prova disso é o comportamento do STF, da VEP do Rio de Janeiro e esta sessão do IBCCRIM.

Movimento que é necessário para diminuir a violência estrutural do Sistema Judiciário contra a pessoa que é apontada como possível autora de um delito. Nesse contexto, a normativa internacional e, em especial, a interamericana é uma ferramenta de resistência e luta para um processo penal mais justo. Prova disso são as inovações trazidas na sentença do Caso *Cabrera Garcia* e *Montiel Flores* pela Corte Interamericana. Na decisão, o Tribunal Interamericano começa a definir as garantias pré-processuais que estão presentes desde que uma pessoa é apontada como possível autora de um delito. Excluindo,

desse modo, a discussão sobre quando iniciam os direitos de defesa.

Discute-se a confissão para definir que não só a coação física é capaz de invalidá-la, mas qualquer tipo de coação, inclusive as advindas dos tratos inumanos e cruéis; e reafirma-se a necessidade de se iniciar uma investigação séria, independente e imparcial para dirimir as dúvidas das pessoas que denunciem qualquer tipo de tortura ou trato inumano. Reforça também que as Forças Armadas não podem agir como força de segurança pública, visto que sua função é derrotar o inimigo, ao contrário das outras, que têm por função primordial a proteção dos cidadãos. Assim, só podem ser usadas contra civis em casos excepcionais, com obrigação reforçada de agir conforme o Direito em todos os casos.

Por fim, a mais importante parte da decisão transforma o controle de convencionalidade num controle difuso, qual seja, a compatibilidade entre a normativa interna e a externa deve ser feita por todos os órgãos do Estado, inclusive os juízes de primeira instância!

Dessa forma, *Cabrera Garcia* e *Montiel Flores* é um caso paradigmático do Sistema Interamericano, especialmente quando se pretende discutir investigação da denúncia de maus-tratos que permeia o dia a dia dos defensores e das defensoras criminais. Também dá sentido à luta contra a incorporação da prova ilícita, visto que liga a anuência de investigação com o contexto de violação estrutural de direitos humanos. E por isso deve ser considerado um alento em tempos de cólera!

Referências

- OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/files/contendo/arquivo/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf> >. Acesso em: 12 set. 2019.
- , Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Artavia Murillo vs. Chile*. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf >. Acesso em: 12 set. 2019.
- BATISTA, Nilo. *Bodas de Cristal*. *Boletim de Jurisprudência do IBCCRIM*, São Paulo, n. 179, out. 2007. Disponível em < https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3502-Bodas-de-cristal >. Acesso em: 10 set. 2019.
- MACHADO, Isabel Penido; YOUSSEF, Surrailly. Um Convite a pensar as Ciências Criminais a partir de uma perspectiva de direitos humanos. *Boletim de Jurisprudência do IBCCRIM*, São Paulo, n. 319, jun. 2019.
- Diz a lenda que Simon Bolívar, defensor árduo dos princípios republicanos, olhava com desconfiança o país vizinho, visto que tinha rei, o que representava os valores europeus em nosso continente. Confesso que ele tinha lá suas razões. O reino virou império e, como tal, insistia em não cumprir internamente acordos celebrados externamente. Prova disso foram as rejeições aos acordos internacionais para pôr fim à escravidão, e a aprovação das leis que não foram cumpridas. Veja-se, por todos, CHALUB, Sidney. *A força da escravidão*. São Paulo: Cia das Letras, 1990.
- Um bom exemplo é o voto concorrente da Min. Rosa Weber no *HC 124.306*, sobre o aborto, que cita a sentença de *Artavia Murillo vs. Costa Rica* no tópico “Experiência Comparada”. STF. *HC 124.306*. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311410567&text=.pdf> >. Acesso em: 09 set. 2019.
- Para comprovar o senso comum, repito a fala do então presidente do STF, Joaquim Barbosa: “(...)E mais, Ministro Celso: Justiça que se preza não se submete, ela própria, a órgãos externos de natureza política. E a Comissão o é.” GOMES, Luiz Flavio. *Celso de Mello diz que Joaquim Barbosa (o herói nacional) está errado*. Disponível em: < <https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Politica/Celso-de-Mello-diz-que-Joaquim-Barbosa-o-heroi-nacional-esta-errado%2509/4/27759> >.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo nº 0357916-09.000.
- RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 104, p. 241-286, jan./dez. 2009.
- OEA. *Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura*. Disponível em: < <http://www.oas.org/juridico/portuguese/tratados/a-51.htm> >. Acesso em: 12 set. 2019.

Renata Tavares da Costa

Mestranda em Direito Internacional dos Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires. Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro, titular da 4ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias (RJ).

ORCID: 0000-0002-6503-9884
renata-tavares1976@hotmail.com

Supremo Tribunal Federal

Ação direta de inconstitucionalidade. Constitucional. Lei Federal 13.060/2014. Norma que disciplina o uso dos instrumentos de menor potencial ofensivo pelos agentes de segurança. Inexistência de ofensa à autonomia estadual, à iniciativa privativa do chefe do poder executivo ou à reserva de administração. Ação direta julgada improcedente.

1. Lei federal que disciplina o uso dos instrumentos de menor potencial ofensivo pelos agentes de segurança pública e que visa proteger o direito à vida não ofende a autonomia estadual. 2. A proporcionalidade no uso da força por parte dos agentes de segurança decorre diretamente do texto constitucional e dos tratados de direitos humanos que a República Federal do Brasil aderiu. 3. Nenhuma pessoa pode ser arbitrariamente privada de sua vida. A arbitrariedade é aferida de forma objetiva, por meio de padrões mínimos de razoabilidade e proporcionalidade, como os estabelecidos pelos Princípios Básicos sobre o Uso da Força e Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, adotados em 7 de setembro de 1990, por ocasião do Oitavo Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes. 4. A Lei Federal 13.060/2014 dá respaldo aos Princípios Básicos, adotando critérios mínimos de razoabilidade e objetividade, e, como tal, nada mais faz do que concretizar o direito à vida. 5. Ação direta julgada improcedente. (STF – Tribunal Pleno – ADI 5243 – rel. **Alexandre De Moraes** (rel. p/ Acórdão: **Edson Fachin**) – j. 11.04.2019 – public. 05.08.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6085**)

Habeas corpus. Furto. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Reiterância delitiva. Abrandamento de regime inicial de cumprimento da pena. Ordem concedida de ofício.

1. A orientação firmada pelo Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL é no sentido de que a aferição da insignificância da conduta como requisito negativo da tipicidade, em crimes contra o patrimônio, envolve um juízo amplo, que vai além da simples aferição do resultado material da conduta, abrangendo também a reincidência ou contumácia do agente, elementos que, embora não determinantes, devem ser considerados (HC 123.533, Relator Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, DJe de 18/2/2016). 2. Busca-se, desse modo, evitar que ações típicas de pequena significação passem a ser consideradas penalmente lícitas e imunes a qualquer espécie de repressão estatal, perdendo-se de vista as relevantes consequências jurídicas e sociais desse fato decorrentes. 3. A aplicação do princípio da insignificância não depende apenas da magnitude do resultado da conduta. Essa ideia se reforça pelo fato de já haver previsão na legislação penal da possibilidade de mensuração da gravidade da ação, o que, embora sem excluir a tipicidade da conduta, pode desembocar em significativo abrandamento da pena ou até mesmo na mitigação da persecução penal. 4. Não se mostra possível acatar a tese de atipicidade material da conduta, pois não há como afastar o elevado nível de reprovabilidade assentado pelas instâncias antecedentes, ainda mais considerando os registros do Tribunal local dando conta de que o paciente é contumaz na prática delituosa, o que desautoriza a aplicação do princípio da insignificância, na linha da jurisprudência desta CORTE. 5. Quanto ao modo de cumprimento da reprimenda penal, há quadro de constrangimento ilegal a ser corrigido. A imposição do regime inicial semiaberto, com arrimo na reincidência e nos maus antecedentes, parece colidir com a proporcionalidade na escolha do regime que melhor se coadune com as circunstâncias da conduta de furto de bem pertencente a estabelecimento comercial, avaliado em R\$ 130,00 (cento e trinta reais). Ainda, à exceção dos antecedentes, as demais

circunstâncias judiciais são favoráveis, razão por que a pena-base fora estabelecida pouco acima do mínimo legal (cf. HC 123.533, Tribunal Pleno, Rel. Min. ROBERTO BARROSO), de modo que o regime aberto melhor se amolda à espécie. 6. Ordem de Habeas Corpus concedida, de ofício, para fixação do regime inicial aberto para cumprimento da reprimenda. (STF – 1.ª T. – HC 135164 – rel. **Marco Aurélio** (rel. p/ Acórdão: **Alexandre de Moraes**) j. 23.04.2019 – public. 06.08.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6086**)

Execução penal. Constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Pena de multa. Legitimidade prioritária do Ministério Público. Necessidade de interpretação conforme. Procedência parcial do pedido. 1. A Lei nº 9.268/1996, ao considerar a multa penal como dívida de valor, não retirou dela o caráter de sanção criminal, que lhe é inerente por força do art. 5º, XLVI, c, da Constituição Federal. 2. Como consequência, a legitimação prioritária para a execução da multa penal é do Ministério Público perante a Vara de Execuções Penais. 3. Por ser também dívida de valor em face do Poder Público, a multa pode ser subsidiariamente cobrada pela Fazenda Pública, na Vara de Execução Fiscal, se o Ministério Público não houver atuado em prazo razoável (90 dias). 4. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga parcialmente procedente para, conferindo interpretação conforme à Constituição ao art. 51 do Código Penal, explicitar que a expressão “aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição”, não exclui a legitimação prioritária do Ministério Público para a cobrança da multa na Vara de Execução Penal. Fixação das seguintes teses: (i) O Ministério Público é o órgão legitimado para promover a execução da pena de multa, perante a Vara de Execução Criminal, observado o procedimento descrito pelos artigos 164 e seguintes da Lei de Execução Penal; (ii) Caso o titular da ação penal, devidamente intimado, não proponha a execução da multa no prazo de 90 (noventa) dias, o Juiz da execução criminal dará ciência do feito ao órgão competente da Fazenda Pública (Federal ou Estadual, conforme o caso) para a respectiva cobrança na própria Vara de Execução Fiscal, com a observância do rito da Lei 6.830/1980. (STF – Tribunal Pleno – ADI 3150 – rel. **Marco Aurélio** (rel. p/ Acórdão: **Roberto Barroso**) – j. 13.12.2018 – public. 06.08.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6087**)

Direito processual penal. Quarto agravo regimental. Falsidade ideológica eleitoral. Corrupção ativa e passiva. Evasão de divisas e lavagem de dinheiro. Competência do Supremo Tribunal Federal para determinados fatos. Declínio de competência quanto a outros. Competência da justiça eleitoral, por conexão, quanto a crimes de competência da justiça federal ou impossibilidade de reconhecimento da competência eleitoral, considerada a competência federal que ostenta natureza constitucional e absoluta. Afetação ao pleno.

1. Na linha do que vem sendo decidido pelo Supremo Tribunal Federal, desde a solução da Questão de Ordem na AP 937, devem permanecer sob jurisdição do Tribunal os fatos supostamente praticados em 2014 pelo detentor de foro, uma vez que no exercício do cargo e em razão dele. 2. Quanto aos demais fatos, praticados em 2010 e 2012, não subsiste competência do Supremo Tribunal Federal para investigá-los, na medida em que praticados fora do exercício do cargo. 3. Quanto ao declínio de competência em relação aos fatos supostamente praticados em 2012 – crimes comuns de competência da Justiça Federal conexos a crimes eleitorais –, argui-se a necessidade de cisão da competência na origem para que se remetam à Justiça

Eleitoral somente os crimes eleitorais, nada obstante a previsão legal (art. 35, II, do Código Eleitoral) de competência da Justiça Eleitoral para os crimes conexos, considerada a competência constitucional absoluta da Justiça Federal. Entender de modo diverso seria autorizar que a lei modificasse a competência constitucionalmente estabelecida no art. 109 da CF. 4. Nesse ponto, sustenta-se também um argumento pragmático, para além do fundamento técnico: a extrema complexidade que ostenta boa parte dos crimes de competência da Justiça Federal dificulta, quando não verdadeiramente impede, a efetiva persecução penal ser realizada pela Justiça Eleitoral que não é aparelhada para esse fim, não contando com estrutura adequada, ou com profissionais especializados nesse tipo de persecução penal. 5. Considerado que a Segunda Turma, após o julgamento da Pet 6820, tem, sempre por maioria, reiteradamente decidido no sentido de que cabe à Justiça Eleitoral processar e julgar os crimes comuns federais conexos a crimes eleitorais, considero importante que Plenário estabeleça, após ampla discussão, uma orientação segura para a matéria. 6. Tema afetado ao Plenário para definir o alcance da competência criminal eleitoral.

(STF – 1.^a T. – Inq. 4435 – rel. **Marco Aurélio** – j. 20.11.2018 – public. 01.08.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6088**)

DECLARAÇÕES – CARÁTER DISCRIMINATÓRIO – INEXISTÊNCIA. Declarações desprovidas da finalidade de repressão, dominação, supressão ou eliminação não se investem de caráter discriminatório, sendo insuscetíveis a caracterizarem o crime previsto no artigo 20, cabeça, da Lei nº 7.716/1989. **DENÚNCIA – IMUNIDADE PARLAMENTAR – ARTIGO 53 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – INCIDÊNCIA.** A imunidade parlamentar pressupõe nexo de causalidade com o exercício do mandato. Declarações proferidas em razão do cargo de Deputado Federal encontram-se cobertas pela imunidade material.

(STF – 1.^a T. – Inq. 4694 – rel. **Marco Aurélio** – j. 11.09.2018 – public. 01.08.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6089**)

Questão de ordem na extradição. Extradição voluntária. Consentimento expresso do extraditando com sua entrega ao estado requerente, manifestada mediante assistência por advogado constituído. Art. 87 da lei nº 13.445/2017.

1. A extradição voluntária exige a declaração expressa do extraditando, em que veiculada sua concordância com a entrega voluntária ao Estado requerente, mediante a assistência por advogado (art. 87 da Lei nº 13.445/2017). 2. A concordância do extraditando é condição inapta a afastar o controle de legalidade sobre o pedido de extradição, mas possibilita sua apreciação monocrática pelo Ministro relator. 3. Questão de ordem resolvida para autorizar os Ministros integrantes da Primeira Turma a julgarem monocraticamente os pleitos extradicionais, sempre que o próprio extraditando manifeste expressamente, de modo livre e voluntário, com assistência técnico-jurídica de seu Advogado ou de Defensor Público, concordância com o pedido de sua extradição, sem que tenha cometido crime no território nacional e se preenchidos os demais requisitos. **EXTRADIÇÃO INSTRUTÓRIA. TRATADO ENTRE A REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E A REPÚBLICA POPULAR DA CHINA. CRIMES DE EXTORSÃO, ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, DETENÇÃO ILEGAL DE PESSOAS, PERTURBAÇÃO DA ORDEM E EXPLORAÇÃO DE JOGOS DE AZAR. CONCORDÂNCIA EXPRESSA E VOLUNTÁRIA MANIFESTADA PELO EXTRADITANDO, MEDIANTE ASSISTÊNCIA DE SEU ADVOGADO CONSTITUÍDO (ART. 87 DA LEI Nº 13.445/2017. DUPLAS TIPICIDADE E PUNIBILIDADE. NECESSIDADE DE ATRIBUIÇÃO DE PENA DE PRISÃO NÃO INFERIOR A 2 (DOIS) ANOS. CIRCUNSTÂNCIA IMPEDITIVA DA EXTRADIÇÃO. ART. 82, IV, DA LEI Nº 13.445/2017. REQUISITO PARCIALMENTE**

ATENDIDO. EXTRADIÇÃO DEFERIDA QUANTO AOS CRIMES DE EXTORSÃO, ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E DETENÇÃO ILEGAL DE PESSOAS. 1. A extradição instrutória, requerida em autos devidamente munidos com os documentos exigidos pelas normas de regência, tem por fim viabilizar o julgamento do suspeito da prática de crime que atende aos requisitos das duplas tipicidade e punibilidade. 2. No processo de extradição, a cognição deste Supremo Tribunal restringe-se à legalidade extrínseca do pedido, sem ingresso no mérito da procedência da acusação, pelo que descabe verificar contradições nos elementos de prova apresentados pelo Estado requerente, ou, ainda, perscrutar a existência de justa causa para a ação penal em curso na jurisdição estrangeira. 3. In casu, trata-se de pedido de extradição instrutória formulado pela República Popular da China, a fim de que nacional chinês responda à ação penal instaurada para apurar a suposta prática dos crimes de organização criminosa, detenção ilegal de pessoas, extorsão, perturbação da ordem e exploração de jogos de azar, em relação aos quais restam caracterizadas as duplas tipicidade e punibilidade. 4. Ademais, inexistente circunstância impeditiva à extradição (art. 82 da Lei nº 13.445/2017), eis que: (a) o extraditando não tem nacionalidade brasileira nata; (b) o Estado requerente tem jurisdição para julgar os fatos imputados ao extraditando e a República Federativa do Brasil não dispõe de competência para julgar, anistiar ou indultar a pessoa reclamada; (c) o extraditando responde a processo perante Tribunal regularmente instituído e processualmente competente para os atos de instrução e de julgamento, em conformidade ao princípio do juiz natural; (d) o crime imputado tem natureza comum, não havendo nenhuma evidência de que os fatos imputados sejam enquadrados como crime político; (e) inexistem elementos de que o pedido extraditório possua outras finalidades que não a aplicação regular da lei penal; (f) a prescrição da pretensão punitiva do delito de tráfico de drogas consuma-se, de acordo com a legislação americana, se passados 5 anos do cometimento do crime não houver o indiciamento do suspeito. Pela legislação brasileira, o crime de tráfico de drogas prescreve em 20 anos, e o de associação para o tráfico em 16 anos. Considerando que os fatos ocorreram entre 2014 e 2015, e o ato de indiciamento se deu em 09.08.2016, a dupla punibilidade persiste em ambos os países. 5. É descabida a extradição quando a lei brasileira impuser ao crime pena de prisão inferior a 2 (dois) anos, circunstância que impede o deferimento do pedido apenas quanto aos crimes de perturbação da ordem e exploração de jogos de azar. 6. Pedido de extradição deferido quanto à imputação pelos crimes de extorsão, organização criminosa e detenção ilegal de pessoas, observados os compromissos de: (i) não aplicação de penas vedadas pelo ordenamento constitucional brasileiro, em especial a de morte ou de prisão perpétua (art. 5º, XLVII, a e b, da CF); (ii) observância do tempo máximo de cumprimento de pena previsto no ordenamento jurídico brasileiro, 30 (trinta) anos (art. 75, do CP); e (iii) detração do tempo que o extraditando permaneceu preso para fins de extradição no Brasil. Homologada a declaração de consentimento para fins de entrega voluntária de HUANG HE.

(STF – 1.^a T. – Ext. 1564 – rel. **Luiz Fux** – j. 21.05.2019 – public. 01.08.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6090**)

Recurso ordinário em “habeas corpus”. Tribunal do Júri. Quesito genérico de absolvição (art. 483, inciso III, e respectivo § 2º, do CPP). Interposição, pelo Ministério Público, do recurso de apelação previsto no art. 593, inciso III, alínea “d”, do CPP. Descabimento. Doutrina. Jurisprudência. Recurso ordinário provido. – A previsão normativa do quesito genérico de absolvição no procedimento penal do júri (CPP, art. 483, III, e respectivo § 2º), formulada com o objetivo de conferir preeminência à plenitude de defesa, à soberania do pronunciamento do Conselho de Sentença e ao postulado da liberdade de íntima convicção dos jurados, legitima a possibilidade de os jurados – que não estão

vinculados a critérios de legalidade estrita – absolverem o réu segundo razões de índole eminentemente subjetiva ou de natureza destacadamente metajurídica, como, p. ex., o juízo de clemência, ou de equidade, ou de caráter humanitário, eis que o sistema de íntima convicção dos jurados não os submete ao acervo probatório produzido ao longo do processo penal de conhecimento, inclusive à prova testemunhal realizada perante o próprio plenário do júri. Doutrina e jurisprudência. – Isso significa, portanto, que a apelação do Ministério Público, fundada em alegado conflito da deliberação absolutória com a prova dos autos (CPP, art. 593, III, “d”), caso admitida fosse, implicaria frontal transgressão aos princípios constitucionais da soberania dos veredictos do Conselho de Sentença, da plenitude de defesa do acusado e do

modelo de íntima convicção dos jurados, que não estão obrigados – ao contrário do que se impõe aos magistrados togados (CF, art. 93, IX) – a decidir de forma necessariamente motivada, mesmo porque lhes é assegurado, como expressiva garantia de ordem constitucional, “o sigilo das votações” (CF, art. 5º, XXXVIII, “b”), daí resultando a incognoscibilidade da apelação interposta pelo “Parquet”. Magistério doutrinário e jurisprudencial.

(STF – 1.ª T. – RHC 117076 – rel. **Celso de Mello** – j. 16.09.2013 – pendente de publicação – **Cadastro IBCCRIM 6091**)

Jurisprudência compilada por

Roberto Portugal de Biazzi e Vivian Peres.

Superior Tribunal de Justiça

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Descabimento. Tráfico de drogas. Ilicitude da prova. Revista pessoal realizada no agente por integrantes da segurança privada da companhia paulista de trens metropolitanos - CPTM. Impossibilidade. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, ante as alegações expostas na inicial, afigura-se razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal. Não é cabível a utilização do habeas corpus como substitutivo do meio processual adequado. 2. Discute-se nos autos a validade da revista pessoal realizada por agente de segurança privada da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos - CPTM. 3. Segundo a Constituição Federal - CF e o Código de Processo Penal - CPP somente as autoridades judiciais, policiais ou seus agentes, estão autorizados a realizarem a busca domiciliar ou pessoal. 4. Habeas corpus não conhecido. Todavia, concedida a ordem, de ofício, para absolver o paciente, com fulcro no art. 386, inciso II, do CPP.

(STJ – 5.ª T. – HC 470937 – rel. **Joel Ilan Paciornik** – j. 04.06.2019 – public. 17.06.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6092**)

Habeas corpus. Tráfico de drogas e porte ilegal de arma. Pedido de superação da súmula nº 691 do STF. Teratologia. Prisão em flagrante por mais de 24 horas. Demora na realização da audiência de custódia. Ilegalidade caracterizada. Ordem concedida.

1. Permite-se a superação da Súmula n. 691 do Supremo Tribunal Federal quando, a um primeiro olhar, constatar-se flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente. 2. No caso dos autos, o investigado foi preso em 13/12/2018 e permaneceu custodiado unicamente em função do flagrante até o cumprimento da decisão que deferiu o pedido liminar. 3. Considerando que a prisão em flagrante se caracteriza pela precariedade, de modo a não permitir-se a sua subsistência por tantos dias sem a homologação judicial e a convalidação em prisão preventiva, identifico manifesta ilegalidade na omissão apontada, a permitir a inauguração antecipada da competência constitucional deste Tribunal Superior. 4. Ordem concedida para, confirmada a liminar, relaxar a prisão em flagrante do atuado, sem prejuízo da possibilidade de decretação da prisão preventiva, se concretamente demonstrada sua necessidade cautelar, ou de imposição de medida alternativa, nos termos do art. 319 do CPP. Determinada, ainda, comunicação ao CNJ.

(STJ – 6.ª T. – HC 485355 – rel. **Rogério Schietti Cruz** – j. 19.03.2019 – public. 26.03.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6093**)

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Descabimento. Impedir ou embaraçar a investigação de organização criminosa prevista no art. 2º, §1º, da lei n. 12.850/13. Conduta delituosa que abrange o inquérito policial e a ação penal. Tipicidade da conduta. Detração penal. Supressão de instância. Valor da multa e uso de arma de fogo. Exame aprofundado de provas. Regime fechado. Pena superior a 4 que não exceda 8 anos. Circunstância judicial negativa. Possibilidade. Execução provisória da pena. Esgotamento da instância ordinária. Viabilidade. Writ não conhecido.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, ante as alegações expostas na inicial, afigura-se razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal. Não é cabível a utilização do habeas corpus como substitutivo do meio processual adequado. 2. A detração penal não foi debatida na instância ordinária, sendo que este Tribunal Superior encontra-se impedido de pronunciar-se a respeito, sob pena de indevida supressão de instância. 3. A tese de que a investigação criminal descrita no art. 2º, § 1º, da Lei n. 12.850/13 cinge-se à fase do inquérito, não deve prosperar, eis que as investigações se prolongam durante toda a persecução criminal, que abarca tanto o inquérito policial quanto a ação penal deflagrada pelo recebimento da denúncia. Com efeito, não havendo o legislador inserido no tipo a expressão estrita “inquérito policial”, compreende-se ter conferido à investigação de infração penal o sentido de persecução penal, até porque carece de razoabilidade punir mais severamente a obstrução das investigações do inquérito do que a obstrução da ação penal. Ademais, sabe-se que muitas diligências realizadas no âmbito policial possuem o contraditório diferido, de tal sorte que não é possível tratar inquérito e ação penal como dois momentos absolutamente independentes da persecução penal. 4. A constatação de que o paciente não teria condições financeiras para arcar com o valor estabelecido a título de multa, bem como o reconhecimento de que não restou provado o uso de arma de fogo na prática do crime, demandariam o exame aprofundado de provas, o que não é cabível na via eleita. 5. Pode ser fixado o regime fechado para o início de cumprimento da pena superior a 4 e que não exceda a 8 anos, desde que exista circunstância judicial negativa. 6. “Em atenção ao que foi decidido pelo Pretório Excelso, no julgamento do HC n. 126.292/MG, realizado em 17/2/2016, o Supremo Tribunal Federal, ‘este Sodalício passou a admitir a execução provisória da pena, ainda que determinada em recurso exclusivo da defesa, afastando as alegações de reformatio in pejus e de necessidade de comprovação da presença dos requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo

Penal, uma vez que a prisão decorrente da decisão que confirma a condenação encontra-se na competência do juízo revisional, não dependendo da insurgência da acusação' (AgRg no HC 438.209/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 30/08/2018)" (AgRg na Pet 12.506/RN, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 15/3/2019) 7. Habeas corpus não conhecido.

(STJ – 5.^a T. – HC 487962 – rel. Joel Ilan Paciornik – j. 28.05.2019 – public. 07.06.2019 – Cadastro IBCCRIM 6094)

Recurso ordinário em habeas corpus. Corrupção passiva e de lavagem de dinheiro (operação lama asfáltica). Prisão preventiva. Medida excepcional. Periculum libertatis afastado pelo decurso do tempo. Desmantelamento da prática criminosa. Recebimento da denúncia. Medidas cautelares diversas da prisão. Suficiência para evitar a reiteração criminosa. Recurso provido.

1. A prisão preventiva, para ser legítima à luz da sistemática constitucional, exige que o Magistrado, sempre mediante fundamentos concretos extraídos de elementos constantes dos autos (arts. 5.^o, LXI, LXV e LXVI, e 93, inciso IX, da Constituição da República), demonstre a existência de prova da materialidade do crime e de indícios suficientes de autoria delitiva (*fumus comissi delicti*), bem como o preenchimento de ao menos um dos requisitos autorizativos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, no sentido de que o réu, solto, irá perturbar ou colocar em perigo (*periculum libertatis*) a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal. 2. Além disso, de acordo com a microrreforma processual procedida pela Lei n.^o 12.403/2011 e com os princípios da excepcionalidade (art. 282, § 4.^o, parte final, e § 6.^o, do CPP), provisionalidade (art. 316 do CPP) e proporcionalidade (arts. 282, incisos I e II, e 310, inciso II, parte final, do CPP), a prisão preventiva há de ser medida necessária e adequada aos propósitos cautelares a que serve, não devendo ser decretada ou mantida caso intervenções estatais menos invasivas

à liberdade individual, enumeradas no art. 319 do CPP, mostrem-se, por si sós, suficientes ao acautelamento do processo e/ou da sociedade. 3. Hipótese em que o Juiz Federal de primeira instância, em 18/07/2018, decretou a custódia cautelar, ao argumento de que os investigados estariam ocultando provas, bem como continuavam a proceder lavagem de dinheiro, por meio de Instituto Ícone de Ensino Jurídico, razão pela qual a medida constritiva se fazia necessária para a garantia da ordem pública e a conveniência da instrução criminal. 4. Contudo, passados meses desde a data da prisão e recebida a denúncia, o risco de reiteração nos mesmos crimes já se enfraqueceu, seja pelo decurso do tempo ou pelo noticiado encerramento das atividades do Instituto utilizado para dar legitimidade aos valores adquiridos de forma espúria. 5. De mesmo modo, a alegada necessidade de garantir a conveniência da instrução criminal, por sua vez, não se faz tão premente após o recebimento da denúncia, fundada em extensa investigação e garantida com veementes indícios da prática delitiva, enquanto não se vislumbra quaisquer indícios de intimidação às testemunhas ou qualquer ingerência na produção de provas sob o crivo do contraditório. 6. Recurso ordinário em *habeas corpus* provido para, confirmando a liminar, substituir a prisão dos Recorrentes pelas medidas cautelares do art. 319 do Código de Processo Penal de proibição de manter contato com os demais investigados e suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica relacionada à prática delitiva, além de outras a serem especificadas pelo Juízo de primeiro grau, podendo, ainda, a custódia ser novamente decretada em caso de descumprimento das referidas medidas (art. 282, § 4.^o, c.c. o art. 316 do Código de Processo Penal) ou de superveniência de fatos novos.

(STJ – 6.^a T. – RHC 104519 – rel. Laurita Vaz – j. 19.03.2019 – public. 01.04.2019 – Cadastro IBCCRIM 6095)

Jurisprudência compilada por

Roberto Portugal de Biazi e Vivian Peres.

Superior Tribunal Militar

Habeas corpus. Especialidade da Justiça Militar da União. Recepção dos artigos 59 e 61 do CPM pela Constituição de 1988. Ausência de constrangimento ilegal a pairar sobre o paciente. Denegação da ordem.

A Carta Magna preconiza, em diversos artigos, o tratamento que deve ser dispensado ao jurisdicionado militar. Consagra, em particular nos arts. 122, 123 e 124, uma Justiça especializada para processá-lo e julgá-lo, de acordo com uma codificação penal e processual penal, orientada para tutelar bens jurídicos cuja preservação é indispensável à manutenção da estabilidade e da operacionalidade das Forças Armadas. Nessa linha de compreensão, as dicções dos arts. 59 e 61 do CPM - ora questionadas em sua constitucionalidade - de nenhum modo maltratam a Constituição da República, não estando, pois, a significar qualquer afronta aos princípios aventados na Impetração, destacadamente os da individualização da pena e da isonomia. Como ressaltai com clareza meridiana do quanto fundamentado na Inicial, deixou a Impetrante de levar em conta, no seu juízo de ponderação dos princípios constitucionais a serem considerados na espécie, principalmente o da soberania, o qual avulta como razão maior para a existência das Forças Armadas e da própria Justiça Militar como um dos mais efetivos meios para garantir-lhes a estabilidade e a efetividade da sua destinação constitucional de defesa da Pátria, da garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer deles, da lei e da ordem. Nessa perspectiva, os arts. 59 e 61 do CPM devem ser conceituados como preceitos regulatórios de cumprimento da pena de natureza especial, perfeitamente

justificados, em última análise, pelo interesse das Forças Armadas, em determinadas hipóteses, de ver reprimidas condutas criminosas de seus integrantes, mas sem o comprometimento irreversível dos seus retornos às suas atividades na Caserna. Também na mesma perspectiva, não cabe dizer que seriam preceitos a conter lacunas, na medida em que, com clareza meridiana, estabelecem as condições que devem ser cumpridas na aplicação da pena dos sentenciados a que se referem; e, obviamente, no que diz respeito particularmente à dicção do art. 59 do CPM, há silêncio quanto aos regimes prisionais elencados no art. 33 do Código Penal, visto que, como norma especial não carente de complementação, dispensa alusão a qualquer outro dispositivo de lei, tendo, inclusive, justamente por essa sua natureza especial, prevalência sobre outra congêneres de caráter geral. Desse modo - e mais uma vez realçada a natureza especial do direito penal militar como um todo harmônico e sistêmico -, não há que se ver constrangimento ilegal algum a pairar sobre o Paciente, em face de não estar cumprindo a reprimenda que lhe foi imposta em regime aberto, conforme pretendido pela Impetrante. Denegação da Ordem. Decisão majoritária.

(STM – Plenário – HC 7000107-68.2019.7.00.0000 – rel. Luis Carlos Gomes Mattos – j. 28.02.2019 – public. 02.04.2019 – Cadastro IBCCRIM 6096)

Jurisprudência compilada por

Maria Carolina Bissoto.

Tribunal de Justiça de Santa Catarina

Apelação criminal. Crime ambiental. Danificar vegetação secundária em estágio médio de regeneração do bioma mata atlântica (art. 38-A da Lei n. 9.605/1998). Sentença condenatória. Inconformismo da defesa. Pleito de absolvição por ausência de dolo ou desclassificação para crime culposo. Impossibilidade. Dolo verificado. Réu que confessou os fatos e demonstrou conhecimento da matéria ambiental, sendo capaz de saber as espécies que possuía em sua propriedade e que tais eram vegetação secundária pertencente ao bioma mata atlântica. Pedido pela absolvição diante do princípio da insignificância. Crime ambiental. Grau de reprovabilidade do comportamento que não é reduzido. Direito ao meio ambiente que se trata de direito fundamental previsto na constituição federal. Supressão de aproximadamente dois mil metros quadrados de vegetação, não havendo que se falar em irrelevância da conduta. Dosimetria. Pedido de substituição da pena restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade por multa. Não acolhimento. Poder discricionário do juiz na escolha da pena substitutiva. Ausência de ordem de preferência. Indeferimento do pedido. Procurador de justiça que opina pela aplicação da pena de multa, prevista alternativamente à pena de detenção. Possibilidade.

Sentença que não fundamentou a razão da escolha pela pena privativa de liberdade. Réu primário e com circunstâncias judiciais favoráveis. Fixação da pena mais benéfica ao acusado. Alteração da pena corporal imposta por multa. Reconhecimento, de ofício, da prescrição da pretensão punitiva estatal, na forma retroativa. Pena de multa que prescreve em dois anos. Lapso prescricional transcorrido entre a data do recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória. Redação dos artigos 107, IV, 110, § 1º e 114, I, todos do código penal. Decretação da extinção da punibilidade do réu. Recurso conhecido e desprovido.

(TJSC – 5.ª Câ. Crim. – AP 0026252-83.2013.8.24.0020 – rel. **Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer** – j. 25.04.2019 – public. 29.04.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6097**)

Jurisprudência compilada por

**Frederico Manso Brusamolin e
Yasmim Lôndero Carniel.**

Tribunal de Justiça de São Paulo

Proposta de suspensão condicional do processo – cabimento apenas após enfrentamento de teses veiculadas em resposta à acusação – nulidade da audiência designada sem cumprimento da etapa do art. 396 do CPP Resposta à acusação – necessidade de adequada análise das teses suscitadas – nulidade da decisão que ratificou o recebimento da denúncia.

(TJSP – 12.ª Câ. Crim. – HC 2067544-10.2019.8.26.0000 – rel. **Vico Mañas** – j. 25.06.2019 – registro: 25.06.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6098**)

Jurisprudência compilada por

Roberto Portugal de Biazzi.

Tribunal de Justiça do Paraná

2224

Execução penal. Tráfico de drogas e associação para o tráfico. Indulto. Decreto presidencial 9.246/2017. Possibilidade em relação à associação para tráfico. Decreto presidencial que deve observância à constituição federal. Previsão ilegal, porém, constitucional. Requisitos objetivos e subjetivos preenchidos. Concessão. Extinção da pena.

O STF não referendou a cautelar concedida pelo Min. Relator na ADI 5874, permitindo a concessão de indulto e comutação de penas aos condenados à pena superior à 8 anos de reclusão. Art. 3º considera impeditivo o crime previsto no artigo 33 da Lei 11.343/06 e não inclui o crime do artigo 35 da Lei 11.343/06, em conflito com disposto no artigo 44 da Lei 11.343/06, que veda a concessão de indulto. Apesar de ilegal a previsão contida no Édito Presidencial, possibilitando a concessão de indulto e comutação de pena ao crime previsto no artigo 35 da Lei 11.343/06, ela é constitucional, porque o artigo 5º, XLIII, da CF/88 somente impõe que a lei preveja como hediondo o crime de tráfico de drogas em si e não a associação. Precedentes: STJ, item 12, Edição 45, Jurisprudência em Teses - O delito de associação para o tráfico de drogas não possui natureza hedionda. Preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos. Concessão do indulto exclusivamente quanto ao delito de associação para o tráfico de drogas. Extinção da pena referente ao crime de tráfico de drogas pelo cumprimento.

(TJPR – Monocrática – processo n.º 0001292-84.2016.8.16.0148 – rel. **Alberto José Ludovico** – j. 20.05.2019 – public. 20.05.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6099**)

Execução penal. Penas restritivas de direitos substitutivas. Descumprimento injustificado. Pedido de reconversão em pena privativa de liberdade e regressão de regime prisional. Improcedente. Excesso de execução. Cumprimento de 98,63%

da pena. Remanescente de 10 horas de prestação de serviços à comunidade. Teoria civilista do adimplemento substancial. Preenchimento dos requisitos doutrinários. Extinção da pena.

Pena de prestação pecuniária cumprida. Pena de prestação de serviços à comunidade substancialmente satisfeita. Condenado não encontrado para retomar o cumprimento da pena. Uma vez realizada a reconversão da pena, o §4º do artigo 44 do Código Penal impõe que as 10h de prestação de serviços à comunidade sejam majoradas para 30 dias de reclusão. Medida se mostra desproporcional e não razoável. Excesso de execução penal (art. 185 LEP). Aplicação da teoria do adimplemento substancial, aplicável no Direito Civil para afastar a resolução contratual, quando há satisfação relevante da dívida. Requisitos considerados: “I) cumprimento expressivo das condições impostas diante da análise das circunstâncias judiciais favoráveis do acusado; II) condições realizadas pelo acusado que se aproxime da finalidade do benefício concedido; e III) boa-fé objetiva no cumprimento das condições impostas, ou seja, até o momento do descumprimento o réu vinha agindo de forma efetiva, concreta, sem frustrar ou criar embaraços ao normal cumprimento das condições”. Não é razoável movimentar o aparato judicial, de alto custo, para buscar alguém que está em lugar não sabido, unicamente para exigir o cumprimento de singelas dez horas de serviços comunitários. Extinção da pena pelo cumprimento.

(TJPR – Monocrática – processo n.º 0008631-31.2015.8.16.0148 – rel. **Alberto José Ludovico** – j. 29.05.2019 – public. 29.05.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6100**)

Jurisprudência compilada por

**Frederico Manso Brusamolin,
José Flávio Ferrari e Yasmim Lôndero Carniel.**