

EDITORIAL

Dos massacres e dos lucros: a lógica privatista, a irresponsabilidade judicial e a banalidade do extermínio nas prisões

O início de 2017 trouxe aos olhos do país a lembrança das condições aviltantes a que são submetidas as pessoas presas. Somente em janeiro daquele ano, 133 presos foram mortos em rebeliões ocorridas em Roraima, Rio Grande do Norte e Amazonas. Neste último Estado, foram 56 mortos em uma rebelião no Complexo Penitenciário Anísio Jobim (Compaj), em Manaus.

Na oportunidade, as autoridades do Poder Executivo imputaram às próprias vítimas a culpa pela tragédia, pois supostamente eram partícipes de uma guerra entre facções. Por sua vez, representantes do Poder Judiciário atribuíram o problema exclusivamente à gestão dos presídios pelos governos estaduais, como mencionou o Editorial do Boletim nº 291, em fevereiro daquele ano.

Pouco mais de dois anos depois, a tragédia se repetiu em Manaus: em maio deste ano, mais 55 pessoas foram assassinadas em dois dias no sistema prisional amazonense. Uma vez mais, a política criminal e penitenciária brasileira levou morte, dor e sofrimento a centenas de familiares e amigos dos assassinados. Contudo, não é possível dizer que fomos pegos de surpresa.

Com efeito, a tragédia de 2017 trouxe alertas, mas não aprendizados. As matrizes políticas da tragédia de 2019 consistem na intensificação daquelas mesmas que determinaram o massacre anterior, há dois anos: encarceramento em massa de jovens pobres e negros, superlotação prisional, abuso na decretação de prisões preventivas e violação dos direitos humanos mais básicos aos presos e seus familiares. No caso amazonense, ainda há um fator determinante que revela a coisificação dos corpos sujeitos à prisão: o complexo prisional no qual a tragédia se repetiu é gerido por uma entidade privada.

Mesmo após as consolidadas reflexões sobre o papel da privatização dos presídios no violento e racista processo de encarceramento em massa estadunidense, o discurso que traduz

a importação do modelo de presídios privados para o Brasil ganha força, especialmente em período eleitoral.

Para além do discurso, no caso amazonense, há um fiel exemplo prático do modelo almejado por muitos. Mais caro que o modelo público, sua ineficiência se revela em números de mortes e nos constantes relatos de maus tratos. Mesmo após mais de cinco dezenas de mortos em 2017, a empresa responsável pela gestão do Compaj teve o contrato renovado pelo governo. Pouco mais de dois anos depois, igualmente renovada restou a tragédia, com a diferença de apenas uma vida entre as duas ocorrências: 56 em 2017, 55 em 2019.

A única renovação verdadeiramente cabível diante da barbárie civilizatória representada pelas dezenas de mortes em Manaus é aquela realizada nesse mesmo espaço editorial em fevereiro de 2017, ao concluir que “os movimentos reformistas pelo desencarceramento soçobraram pelo fato de que o problema não está apenas na produção legislativa ou no déficit de políticas públicas, mas também na postura dos juízes, imersos em uma cultura classista, ilegalista e autoritária. Alterações legais e medidas político-criminais pouco valem quando os juízes atuam como combatentes de uma suposta guerra contra a criminalidade, sem qualquer limite ou baliza legal.”

O papel do Poder Judiciário no processo de encarceramento em massa e na barbárie representadas pelo cotidiano prisional brasileiro não encontra mais esconderijo em cínicas transferências de responsabilidade. Não bastasse o papel constitucional de garantidor de direitos fundamentais, na Lei de Execução Penal há três funções expressas do juiz que invalidam qualquer discurso que permita que ele lave suas mãos: a) zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança; b) inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o

| Caderno de Doutrina

O “dinheiro organizado” e o crime sistêmico
Antônio Avelãs Nunes 2

Os limites interpretativos do crime de favorecimento à prostituição ou outra forma de exploração sexual
Beatriz Daguer, Luiz Antonio Borri e Rafael Junior Soares 6

Oxente! Prisão preventiva, gravidade concreta e a deusa Afrodite
Ivan Jezler Júnior 8

A falácia do garantismo integral
André Lozano Andrade 10

“Projeto de Lei Anticrime” e o reconhecimento de justificantes pelo delegado de polícia
Rafael Francisco Marcondes de Moraes 12

Execução provisória da condenação criminal após julgamento em segunda instância: a aplicação da punibilidade progressiva e Estado de exceção
Amanda Alves Oliveira Purger e Amaury Silva 14

Pacote anticrime e a teoria do caos
Jardel Sabino de Deus e Rafael Fernandes de Souza 18

Acerca das propostas de alteração à Lei de Organizações Criminosas (Lei 12.850/2013) no “Projeto de Lei Anticrime”
Ana Carolina de Moraes Colombaroli e Fernando Andrade Fernandes 20

| Caderno de Jurisprudência

| CORTES INTERNACIONAIS E SUAS DECISÕES COMENTADAS

Caso Ruano Torres vs. El Salvador: breve reflexão sobre a parametrização da defesa eficaz no sistema interamericano de direitos humanos
Rivana Barreto Ricarte de Oliveira 2197

| JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

Superior Tribunal de Justiça
Éric Lavoura 2200

| JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal 2205
Superior Tribunal de Justiça 2205
Superior Tribunal Militar 2206
Tribunal Regional Federal da 1ª Região 2206
Tribunal Regional Federal da 3ª Região 2208
Tribunal de Justiça de São Paulo 2208

caso, a apuração de responsabilidade; c) interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei (art. 66, VI, VII e VIII).

A tragédia anunciada e repetida, assim, decorre da esquivia à assunção de responsabilidade judicial no derramamento de sangue, ao lado da insistência em uma política privatista evidentemente fracassada que, ainda assim, pretende-se ampliar para o restante do país. A privatização de presídios se mostra, no exemplo concreto de Manaus, uma falsa alternativa à crise prisional, pois constitui um elemento de intensificação

dos problemas que levaram ao quadro de barbárie. O lucro depende de mais presos e penas, cuja execução deve ser a menos custosa possível. Os cortes que aumentam os lucros são os mesmos que condenam as vidas, descartáveis e matáveis.

Sob pena de repetição da tragédia a qualquer momento, é preciso investir em medidas que revertam a receita da barbárie. A persistência no caminho do encarceramento em massa, da busca lucrativa por mais corpos a gerir e da fuga de responsabilidade por parte das autoridades, à evidência, apenas reproduzirá indefinidamente os massacres, sob a cegueira deliberada e o silêncio conivente dos operadores do sistema penal.

NOTA DE PESAR: FALECIMENTO DO PROF. ALVINO AUGUSTO DE SÁ

Com pesar, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) comunica o falecimento do prof. Augusto Alvino de Sá, membro do atual Conselho Consultivo do Instituto, do Conselho Editorial do Boletim e professor do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, da Faculdade de Direito da USP. Alvino teve complicações de uma cirurgia de emergência e faleceu na madrugada do dia 19 de junho de 2019.

Desde a fundação, o IBCCRIM sempre procurou fomentar o diálogo entre diversos campos do conhecimento, relacionados às Ciências Criminais. É nesse sentido que aprendemos muito com o professor Alvino, que construiu a formação acadêmica na área da Psicologia, tornando-se um dos grandes nomes da Criminologia Clínica do país.

Em sua trajetória, marcada pela interdisciplinaridade, Alvino também fundou o Grupo de Diálogo Universidade-Cárcere-Comunidade, o GDUCC, e compôs o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e o Conselho Penitenciário do Estado de São Paulo por muitos anos.

Pelo IBCCRIM, Alvino esteve à frente do Laboratório de Ciências Criminais, fazia parte do Conselho Editorial da RBCCRIM e participou inúmeras vezes dos Seminários Internacionais promovidos pelo Instituto, publicando ainda dezenas de artigos em nossos periódicos.

“O legado do nosso querido mestre e Conselheiro Alvino Augusto de Sá permanecerá em cada pessoa que teve o privilégio de com ele conviver e aprender, não apenas sobre criminologia, mas sobre amizade, dignidade, lealdade e humanidade”, afirma Eleonora Nacif, presidenta do IBCCRIM.

Assim, o IBCCRIM agradece a contribuição do professor Alvino Augusto de Sá, que continuará a inspirar o Instituto no fortalecimento das Ciências Criminais como resistência dos valores democráticos. Sempre com um sorriso no rosto e uma seriedade ímpar, prof. Alvino deixa um rico legado acadêmico e, sobretudo, um legado humanista.

São Paulo, 01 de julho de 2019.

O “dinheiro organizado” e o crime sistêmico

Antônio Avelãs Nunes

1 Costuma atribuir-se a **Roosevelt** a afirmação segundo a qual permitir o domínio da política pelo capital financeiro (o “dinheiro organizado”) é mais perigoso do que confiar o governo do mundo ao “crime organizado”. Seja quem for o autor deste diagnóstico, ele traduz bem a realidade atual e encontra nela plena confirmação: a coberto da sacrossanta *liberdade de circulação do capital* e da *livre criação de produtos financeiros derivados*, o *dinheiro organizado* vem cometendo toda a espécie de *crimes contra a humanidade*, sabendo que continua a ser-lhe garantida a segurança nos *paraísos fiscais*, verdadeiros ‘santuários’ utilizados pelo grande capital financeiro para proteger todos os grandes senhores do “crime organizado” (tráfego de drogas, tráfego de armas, tráfego de mulheres, lavagem de dinheiro, fuga ao fisco, gestão danosa

de dinheiros públicos, financiamento de atividades ilegais de espionagem e de subversão, corrupção de toda a espécie, financiamento do terrorismo internacional). O capitalismo do nosso tempo assenta no *crime sistêmico* e está ao serviço do *crime sistêmico*: é o *capitalismo do crime sistêmico*.

2 Nos anos 1970, as chamadas *crises do petróleo* obrigaram a uma mudança de paradigma do capitalismo à escala mundial. Por um lado, a Administração Nixon pôs fim à convertibilidade do dólar em ouro, dando início ao sistema de câmbios flutuantes. Por outro lado, aquelas *crises do capitalismo* trouxeram consigo o *paradoxo da estagflação*: a depressão e o desemprego conviviam com preços altos e taxas de inflação elevadas e crescentes. O fim do *sistema de Bretton Woods* abriu o caminho ao *império dos mercados*. A *estagflação* veio

pôr em evidência os limites das políticas keynesianas e deitar por terra o mito do *capitalismo sem crises*.

Os liberais monetaristas (neoliberais), capitaneados por **Hayek** e **Friedman**, aproveitaram a onda e imputaram às políticas keynesianas todos os males do mundo (a inflação e o desemprego). E, com o apoio dos grandes centros de produção ideológica e de todas as fundações ‘protetoras’ da ‘atividade científica’, o *neoliberalismo* consolidou-se como a ideologia do *pensamento único*. E o *neoliberalismo* não é o produto inventado por uns quantos ‘filósofos’ que não têm mais nada em que pensar, é antes a expressão ideológica da hegemonia do capital financeiro sobre o capital produtivo, hegemonia construída e consolidada com base na ação do poder político dominante (estados nacionais e agências e entidades internacionais e supranacionais).

3 O *Consenso Keynesiano* (fruto do *compromisso* exigido, depois da derrota do nazifascismo, para conseguir a “paz democrático-capitalista”) foi substituído pelo chamado *Consenso de Washington*, que ‘codifica’ a nova estratégia de clara inspiração neoliberal, apostada em transferir para o grande capital os ganhos do aumento da produtividade.

A *contra-revolução monetarista* levou à guerra contra os sindicatos (os “opressivos monopólios do trabalho”), considerados como *inimigos internos*, perante os quais é preciso atuar “sem vacilar perante as consequências que esta atitude possa ter a curto prazo” (**Hayek**). Foi o que fizeram todos os pinochets que o imperialismo semeou pelo mundo fora. E à guerra contra a contratação coletiva, contra o sistema público de segurança social, contra o estado social, que **Milton Friedman** considera filho de “uma doutrina essencialmente subversiva”, à qual atribui o crime de ter provocado o “declínio das atividades privadas de caridade”, um ‘crime’ grave para quem entende que “a caridade privada dirigida para ajudar os menos afortunados” é “o mais desejável” de todos os meios para aliviar a pobreza e é “um exemplo do uso correto da liberdade.” Parece que regressámos ao séc. 18, quando a caridade era “um exemplo do uso correto da liberdade” e a mendicidade foi considerada um *crime* punido pelo Estado, que executou muitos milhares de ‘mendigos’ e ‘vagabundos’ por cometerem o *crime* de serem pobres e, por isso, socialmente perigosos.

Estas *políticas de globalização neoliberal* correspondem aos interesses dos 1% mais ricos, das grandes empresas que vivem de rendas e “condicionam a máquina política”. É (cito **Stiglitz**) a “globalização assimétrica”, que “parece frequentemente substituir as antigas ditaduras das elites nacionais por novas ditaduras das finanças internacionais.” É a *ditadura do grande capital financeiro*, que vem colonizando muitos países que se julgavam independentes, vem acentuando as *desigualdades*, vem empobrecendo povos inteiros e vem condenando à extrema *pobreza* milhões de seres humanos, espalhando, como uma nódoa, a chaga da *exclusão social*. É a “nadiificação do outro” (**Walter Salles**), porque os *excluídos* são como que entidades inexistentes: a sociedade (o Estado) só os inclui no âmbito do Direito Penal, e não na sua qualidade de vítimas, mas na sua veste de ‘criminosos’ que, como os “bárbaros” do tempo da *revolução industrial*, ameaçam *invadir a cidade* que dela os exclui.

4 A euforia provocada pelos *trinta anos gloriosos* após a 2ª GM gerou um ambiente de ‘otimismo teórico’, que animou

a literatura sobre a *sociedade da abundância* e a crença num *capitalismo sem crises*, e alimentou as teses de que o *estado social*, a *democratização do capital* e a *revolução dos gerentes* tinham transformado o capitalismo em socialismo ou num *sistema misto* (que reunia em si o melhor do capitalismo e o melhor do socialismo), ou na *sociedade dos gerentes* (dotados de *poder sem propriedade*, que já não estava ao serviço do capital), na qual a propriedade deixaria de ditar as orientações da economia, dirigida pelos gerentes profissionais das “empresas dotadas de alma”.

5 Mas o mundo mudou. E as *metas* impostas aos administradores profissionais dos grandes grupos económicos são *metas* que estão nos antípodas das preocupações com o *bem comum*, próprias das tais *empresas dotadas de alma...* e consistem (como sempre!) em dar muito dinheiro a ganhar aos grandes acionistas (elevadíssimos ganhos de capital e dividendos chorudos).

A prossecução destas metas levou o sistema financeiro a especializar-se nas atividades especulativas de alto risco (*especulação com a vida de milhões de pessoas*), à margem da economia real, que podem proporcionar elevados ganhos (especulativos) que as ‘atividades normais’ não permitem, mas exigem novas ‘técnicas’ de gestão, que vieram transformar as empresas em instrumentos de pura especulação, meros *ativos* que se ‘jogam’ na bolsa, na esperança de obter elevados ganhos de capital (falam os autores de “*irresponsible companies*”).

Esta política de *valorização bolsista* só pode atingir-se com base no recurso sistemático à fraude em grande escala, através de práticas criminosas que estiveram na ordem do dia nas últimas décadas: aquisição de ações próprias; falsificação da contabilidade (valorizando ou dissimulando dívidas, créditos, vendas e compras); fornecimento de informação opaca ou mesmo viciada; manipulação das cotações, sem qualquer relação com a atividade e com o valor real das empresas.

6 Em 1995, “a primeira grande crise dos mercados globalizados”, que teve o peso mexicano como protagonista, fez tremar o sistema financeiro dos EUA e, por reflexo, o sistema financeiro mundial. No rescaldo da crise, o diretor-geral do FMI concluiu: “*o mundo está nas mãos destes tipos*” [os grandes especuladores institucionais]. E Jacques Chirac acrescentou que *estes tipos* são a “*a aids da economia mundial*.” Apesar do alarme, nada se fez para aliviar os perigos desta espécie de *aids* particularmente perigosa: o ‘governo’ do mundo por *estes tipos* tornou-se ainda mais violento e mais visível.

Após a crise que atingiu a chamada *nova economia* (março/2000), vários escândalos vieram a lume: a falência da *ENRON* (a 7ª maior empresa dos EUA) e da *WorldCom* (a maior falência de sempre na história americana), e graves problemas com outras ‘empresas-modelo’, como a *Tyco*, a *Global Crossing*, a *Qwest*, a *Adelphia Communications*, a *Xerox* e a *Vivendi Universal* (todas elas empresas industriais transformadas em *holdings financeiras* dedicadas a atividades especulativas de alto risco). A falência da *ENRON* (que arrastou consigo a falência da ‘princesa’ das agências de consultadoria, a *Arthur Andersen*) é já um exemplo de escola: ela decorreu exclusivamente das suas atividades financeiras, não tendo nada que ver com a atividade da empresa nos setores do gás e da eletricidade.

O ‘filme’ destas histórias veio desfazer o mito da transparência,

da racionalidade e da eficiência dos *mercados financeiros regulados*, pondo a nu a incompetência ou a cumplicidade (ou as duas coisas) das agências reguladoras ditas *independentes* e deixando de rastros a honorabilidade das mais ‘distintas’ empresas de contabilidade e de consultoria financeira e das ‘sagradas’ agências de *rating*, todas elas comprometidas até a medula com as instituições financeiras e com os gestores das grandes empresas neste jogo de falsidades e de atividades criminosas ao mais alto nível. Nos EUA, o próprio Congresso, alertado para a situação, nada fez para pôr cobro à fraude, porque (J. Crotty) “*as indústrias financeiras e de contabilidade estão entre os maiores contribuintes para as campanhas dos políticos de Washington*”.

Por vezes, os ‘jogos de casino’ da especulação correm mal... Mas os grandes acionistas (e os seus gestores) sabem que, quando as coisas correm mal, se se tratar de grandes interesses financeiros ou de grupos económicos muito poderosos, o estado amigo lá está para cobrir os prejuízos, em nome do interesse nacional... O *Estado garantidor* foi inventado para isso mesmo: para garantir ao grande capital financeiro os lucros desejados, sem risco e sem falências. É o *capitalismo sem risco e sem falências*, que rapidamente se afirmou como *capitalismo do crime sistémico*.

7 Em 2007/2008, nova crise do capitalismo, mais uma vez associada às *atividades criminosas* do setor financeiro.

No início de 2010 veio a público a notícia de que o *Goldman Sachs* tinha ajudado o Governo grego (conservador) a obter crédito no valor de milhares de milhões de euros e a falsificar as suas contas para enganar as autoridades da UE. O capital financeiro e os seus servidores ganharam muito dinheiro com estas manobras, mas a Grécia endividou-se e o povo grego, vítima da fraude, foi depois acusado de ter cometido o ‘pecado’ de viver acima das suas posses e condenado pelos “mercados” a ‘penitências’ infernais.

Os chamados “mercados” estão aqui retratados de corpo inteiro. Quando estas manobras vieram a público, a Sr^a Angela Merkel comentou, com ar ‘angelical’, que seria “vergonhoso” que “*os bancos, que já nos levaram à beira do precipício, tivessem igualmente participado na fabricação das estatísticas orçamentais da Grécia.*” A verdade é que participaram, como a Sr^a Merkel estava farta de saber. E tudo isto é *vergonhoso*. Mas nada disto é novo neste mundo do *capitalismo do crime sistémico*.

E o crime compensa. Mario Draghi, que era o vice-presidente do *Goldman Sachs* para a Europa (e que, nessa qualidade, foi o responsável direto por aqueles ‘negócios’ com o Governo grego), é hoje o Presidente do Banco Central Europeu, com o indispensável voto favorável da Sr^a Merkel.

8 Em meados de 2012, veio a público que os grandes bancos falsificaram as taxas *Libor* e *Euribor*, pelo menos desde 2005, para ganhar, fraudulentamente, milhões de milhões de euros.

Alguns Comissários Europeus falaram de “comportamento escandaloso por parte dos bancos”; declararam-se “chocados com o conluio entre bancos que deviam ser concorrentes”; falaram de “dinheiro organizado”, de “atividades criminosas no setor bancário” e falaram até de *banksters* a propósito desta elite.

Perante isto, o que aconteceu? A Comissão Europeia aplicou umas multinhas aos *bancos criminosos*. E informou que se propunha adotar legislação que *proíba inequivocamente* este tipo

de atuação, passando a considerá-la como *atividade criminosa* passível de *sanções penais*. Pergunto eu: mas então as referidas “atividades criminosas” não eram já passíveis de sanções penais? Eu creio que sim. Mas talvez possa compreender o embaraço da Comissão: quem *abusa do mercado*, quem *manipula o mercado*, quem comete estas *atividades criminosas* é o grande capital financeiro especulador, porque esse é o seu negócio, porque isso está na sua natureza. E não é fácil meter na cadeia o *capital financeiro*...

9 Também nos EUA ocorreram vários casos de *banksterismo* (manipulação das taxas *Libor* e *Euribor*, fraude fiscal, lavagem de dinheiro dos cartéis da droga). O Departamento de Justiça fez um acordo com os criminosos: estes pagavam umas multinhas e o Estado não acusava criminalmente nem os bancos nem os seus administradores, justificando o acordo com o receio de que a ação judicial contra estes criminosos poderia pôr em perigo a sua estabilidade do sistema financeiro.

Uma abundante literatura lembra-nos que a estabilidade do sistema financeiro é um *bem público*, indispensável à proteção dos direitos dos depositantes, à estabilidade da economia, à salvaguarda da soberania e da independência nacionais. Muito bem. Mas, se assim é, então teremos de concluir que os responsáveis por tais práticas deveriam ser impedidos de voltar a exercer a atividade bancária, levados a tribunal e condenados, nos termos da lei, em pena correspondente à gravidade dos crimes cometidos. E os bancos que praticassem um tal crime deveriam ser pura e simplesmente nacionalizados, sem direito a qualquer indemnização. E teremos de admitir que o setor financeiro (bancos e seguradoras) deve ser colocado sob o controlo do poder político democrático, retirando ao “dinheiro organizado” o controlo da poupança e do investimento de toda a comunidade, por forma a garantir que a poupança das famílias e das empresas possa ser utilizada para o financiamento da inovação, da criação de emprego e de riqueza, ao serviço da melhoria das condições de vida e de trabalho dos povos.

10 Deveria ser assim, mas não é. Porque o capitalismo atual é o *capitalismo do crime sistémico*, que assenta na *cumplicidade entre o Estado e o crime organizado*. O grande capital financeiro assenta o seu funcionamento em práticas criminosas. E, para quem acredita nas virtudes do mercado e da livre concorrência, a manipulação dos mercados é um *crime de lesa-mercado*, um *crime contra a própria divindade!* Mas o poder político, em vez de punir os criminosos que praticam tais crimes (verdadeiros “crimes económicos contra a humanidade”, verdadeiros atos de “terrorismo financeiro”), garante-lhes a impunidade; cobre, com dinheiro dos trabalhadores (milhões de milhões de dólares), os prejuízos das suas atividades especulativas; mantém intocáveis o princípio da liberdade absoluta de circulação de capitais e o princípio da banca universal (os bancos podem fazer o que quiserem com os depósitos dos seus clientes); garante que os bancos não podem falir (sobretudo os que são *too big to fail*).

Moral da história: o *estado capitalista*, o seu Direito e os seus Tribunais não existem para isso, e as cadeias não foram feitas para gente fina. Um editorial de *The Economist* (15.12.2012) esclarece tudo: os bancos não são apenas *too big to fail*, são também *too big to jail* (demasiado grandes para irem para a cadeia). No mundo capitalista, as cadeias não se fizeram para ‘gente de bem’ (os senhores do mundo, os grandes

especuladores institucionais, a *aids* da economia mundial, os ‘padrinhos’ do crime sistémico). As cadeias são para os miseráveis, para os negros (e há negros de todas as cores), para os imigrantes, para os ‘inadaptados’ à ‘civilização ocidental’. Por estas e por outras razões, venho falando há tempos, creio que justificadamente, de *capitalismo do crime sistémico*. E o crime sistémico não será propriamente um crime perfeito, porque é público e notório, mas tem a vantagem de oferecer aos seus autores uma total impunidade.

11 As políticas de austeridade – escreveu um antigo assessor do Presidente da Comissão Europeia – foram impostas pelo “poder político dos bancos franceses e alemães” e prosseguidas impiedosamente pela Comissão e pelos “Governos que identificam os bancos como campeões nacionais a proteger (...), colocando os interesses dos bancos à frente dos interesses dos cidadãos, (...), uma relação quase corrupta entre bancos e políticos: muitos políticos seniores ou trabalharam em bancos ou esperam trabalhar depois.”

A sua ‘crueldade’ foi particularmente visível no caso da Grécia. Até o *Financial Times* (27.1.2015) reconheceu que “o reembolso da dívida implicaria que a Grécia se transformasse numa economia escrava”. Mas a verdade é que as “instituições” da UE, representando os interesses dos credores, obrigaram o governo grego – que já tinha “cedido em nove décimos das exigências dos seus interlocutores”, na esperança de conseguir “qualquer coisa que se parecesse com um acordo honroso” – a aceitar um *diktat* impiedoso. Convencido de que as ditas instituições “tinham apenas um objetivo: humilhar o Governo grego e fazê-lo capitular”, o Ministro Varoufakis não se conteve: “o que estão a fazer à Grécia tem um nome: terrorismo”. Tem inteira razão. É o terrorismo de Estado ao serviço do crime sistémico. É a ditadura do grande capital financeiro!

Mas estas têm condenado os países devedores (“a nova classe baixa da UE”) a sofrer “perdas de soberania e ofensas à sua dignidade nacional” (Ulrich Beck). Elas são políticas (Paul Krugman) que exigem às suas vítimas (os pobres dos países mais pobres) “sacrifícios humanos em honra de deuses invisíveis”. O Presidente da Comissão Europeia, Jean-Claude Juncker, confessou em público, referindo-se às políticas de austeridade promovidas pela UE: “Pecámos contra a dignidade dos povos”.

Pergunto eu: se, em vez de falarmos em pecado, falarmos em crime, que tipo de crime teremos aqui? Certamente um crime grave, porque é um crime contra a dignidade dos povos! Ainda por cima um crime premeditado, minuciosamente preparado e impiedosamente executado. Eu arriscarei dizer que se trata de um crime contra a Humanidade. Pois se não merece esta classificação um crime contra a dignidade dos povos, não vejo que outro possa caber neste tipo de crime.

12 As políticas de austeridade são políticas comandadas por “poderes estranhos e superiores, que chamamos mercados financeiros e/ou Europa” (Felipe González, *Expresso*, 5.1.2013), são políticas (escreve Habermas) que não podem deixar de “corroer qualquer credibilidade democrática” das instituições europeias. Durante o período mais dramático da tragédia grega, as maiores autoridades da União Europeia proclamaram alto e bom som que “as eleições não mudam nada”, que a UE “não muda de política em função de eleições”, que “não pode haver escolhas democráticas contra as regras que constam dos

Tratados”. É a ditadura das regras, das regras alemãs plasmadas no Tratado de Maastricht e no Tratado Orçamental, promovidas ao papel de constituição das constituições, ‘constituição’ outorgada pela Srª Merkel quando impôs o Tratado Orçamental (2012): “Precisamos na Europa de algo que nos garanta que, mesmo mudando os governos, as políticas não mudem.” Parece um requiem pela democracia na Europa... Deixo mais uma pergunta: estão tipificados crimes contra a democracia?

Só porque encontrei esta ideia em Stiglitz (afinal não é um qualquer, é um Prémio Nobel respeitado!) é que me autorizo a deixá-la aqui hoje (embora ela me tivesse assaltado várias vezes muito antes de a ler em Stiglitz): “É claro que muitos dos crimes mais hediondos são cometidos por pessoas que afirmam estar simplesmente a seguir as regras” [ou a cumprir as ‘ordens’ de Bruxelas, digo eu].

Escreveu o grande sociólogo alemão Wolfgang Streeck: “já ficou várias vezes demonstrado que o neoliberalismo necessita de um estado forte que consiga travar as exigências sociais e, em especial, sindicais de interferência no livre jogo das forças do mercado”. Por isso é que “o neoliberalismo não é compatível com um estado democrático”. E vai mais longe: a “imunização do mercado a correções democráticas” pode ser levada a cabo “através da abolição da democracia, segundo o modelo chileno dos anos 1970” [opção que entende não estar disponível atualmente], ou então “através de uma reeducação neoliberal dos cidadãos” [promovida pelo que designa “relações públicas capitalistas”, as grandes centrais de produção e difusão da ideologia neoliberal].

Estas reflexões obrigam-nos a levar a sério uma questão fundamental: as soluções ‘brandas’ que vêm sendo adotadas, apesar de ‘musculadas’ e até violentas, só serão prosseguidas se “o modelo chileno dos anos 1970” não ficar disponível para o grande capital financeiro. Se as condições o permitirem (ou o impuserem...), o Estado capitalista pode vestir-se e armar-se de novo como Estado fascista, sem máscaras, deixando para trás o fascismo de mercado, o fascismo amigável de que falavam Paul Samuelson e Bertram Gross já no início da década de 1980.

Vivemos um tempo de resistência, um tempo que nos impõe “lutar quando é fácil ceder” (Chico Buarque). Termino com Geraldo Vandré: “Quem sabe faz a hora, não espera acontecer.”

Referências

- AVELÁS NUNES, A. J. *A Constituição Europeia: a constitucionalização do neoliberalismo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. *A crise do capitalismo: capitalismo, neoliberalismo, globalização*. 6. ed. revista e ampliada. Lisboa: Página a Página, 2013. [Edição brasileira: *A crise atual do capitalismo: capitalismo financeiro, neoliberalismo, globalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.]
- _____. *O Estado capitalista e as suas máscaras*. 3. ed. revista. Lisboa: Edições Avante, 2013. [Edição brasileira: Rio de Janeiro: Lumen Juris.]
- _____. *Do capitalismo e do socialismo*. 2. ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- BECK, Ulrich. *A Europa alemã: de Maquiavel a “Merkievel”: estratégias de poder na crise do Euro*. Lisboa: Edições 70, 2013.
- BLYTH, Mark. *Austeridade: A história de uma ideia perigosa*. Lisboa: Quetzal, 2013.
- COLE, G. D. H. *Historia del pensamiento socialista*. México: Fondo de Cultura Económica, 1957.
- CROTTY, James. The neoliberal paradox : the impact of destructive product market competition and impatient finance nonfinancial corporations in the neoliberal era. *em Review of Radical Political Economics*, v. 35, n. 3, p. 271-279, 2003.
- FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. *Liberdade para escolher*. Lisboa : EuropaAmérica, s/d.
- HABERLER, Gottfried. *Inflación y Desarrollo Económico*. *Revista de Economía y*

- Estadística*, n. 3, p. 8183, 1958.
- _____. Política de salarios, empleo y estabilidad monetaria. *Información Comercial Española*, p. 165173, ago.-set. 1969.
- HABERMAS, Jürgen. *Um ensaio sobre a Constituição da Europa*. Lisboa: Edições 70, 2012.
- HAYEK, Friedrich A. The use of knowledge in society. *The American Economic Review*, v. XXXV, n. 4, p. 519-530, set. 1945.
- _____. Inflation: causes, consequences and cures. *IEA Reading 14*, Londres, The Institute of Economic Affairs, p. 115120, 1974.
- _____. *Law, legislation and liberty: the mirage of social justice*. v. II. Londres, Routledge, 1976.
- _____. *Studies in philosophy, politics and economics*. Londres: Routledge and Kegan Paul, 1978.
- KAYSER, Carl. The social significance of modern corporation. *The American Economic Review*, mai. 1957.
- KRUGMAN, Paul. Quando a austeridade falha. *The New York Times*, 25 mai. 2011.
- _____. *Acabem com esta crise já!*. Lisboa: Editorial Presença, 2012.
- STIGLITZ, Joseph E. *Globalization and its discontents*. Madrid: Santillana Ediciones Generales, 2002.
- _____. *O preço da desigualdade*. Lisboa: Bertrand, 2013.
- _____. *O Euro: como uma moeda única ameaça o futuro da Europa*. Lisboa: Bertrand, 2016.
- STREECK, Wolfgang. *Tempo comprado: a crise adiada do capitalismo democrático*. Lisboa: Conjuntura Actual, 2013;
- _____. Uma hegemonia fortuita. *Le Monde Diplomatique* (ed. port.), mai. 2015.
- Varoufakis, Yanis. *Os fracos são os que sofrem mais? A crise da Europa e a estabilidade global ameaçada*. Lisboa: Marcador, 2016.

António Avelãs Nunes

Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de
Direito de Coimbra. Doutor Honoris Causa pelas
Universidades Federais de Alagoas, do Paraná e da Paraíba.
Sigillo d'Oro da Università Degli Studi di Foggia.
Doutor Honoris Causa pela Universidad de Valladolid.
anunes@fd.uc.pt

Os limites interpretativos do crime de favorecimento à prostituição ou outra forma de exploração sexual

Beatriz Daguer, Luiz Antonio Borri e Rafael Junior Soares

O artigo 218-B foi introduzido no Código Penal brasileiro por meio da Lei 12.015/09, especificamente no Título VI, em que constam os crimes contra a dignidade sexual, com o escopo de criminalizar as condutas de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de criança, adolescente ou vulnerável, tutelando a liberdade sexual dos indivíduos. O acréscimo do legislador constitui densificação infraconstitucional da norma veiculada no artigo 227, §4º, da Constituição Federal, que prevê a punição severa do abuso, violência e exploração sexual da criança e do adolescente.

Ao examinar o dispositivo, observa-se que o legislador estabeleceu três situações delituosas, dispostas no *caput*, § 2º, incisos I e II, respectivamente.⁽¹⁾ No entanto, apesar da introdução da conduta no Código Penal há quase dez anos, o presente artigo visa abordar exclusivamente os problemas decorrentes da interpretação da conduta daquele que “*pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no caput deste artigo*”, visto que os tribunais superiores têm hesitado nas posições adotadas quanto à atipicidade da conduta por ausência de elemento normativo do tipo penal,⁽²⁾ ocasionando uma dubiedade de interpretação que não encontra posicionamento jurisprudencial concreto até o momento.

O tipo objetivo trazido pelo legislador estabeleceu a reprimenda contra aquele que pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de dezoito anos e maior de catorze anos ou que por enfermidade ou deficiência não tem o necessário discernimento na situação descrita no *caput* do artigo. Ao se examinar de forma conjugada a normativa posta, denota-se que a situação narrada constitui os núcleos submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração

sexual, além de facilitar, impedir ou dificultar que a abandone.

Dessa forma, para que se tenha a efetiva configuração do artigo 218-B, § 2º, inciso I, faz-se necessário que o terceiro tenha favorecido a prostituição ou exploração sexual nas formas descritas acima e não a realização do ato sexual por si só, bem como o que pratica a conjunção carnal ou outro ato libidinoso tenha o efetivo conhecimento da circunstância. Além disso, não há subsunção à norma penal quando a suposta vítima tenha praticado o ato submetida à situação de prostituição e/ou exploração por meios escusos e próprios.⁽³⁾

Nesse sentido, de acordo com **Vicente de Paula Rodrigues Magglio**, na hipótese de incidência do inciso I, § 2º, do artigo 218-B, o sujeito é punido “*desde que tenha ciência de que a mesma tenha sido vítima do favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável. (...) Com efeito, o fato é atípico para quem mantém relações sexuais com a pessoa menor de 18 e maior de 14 anos que enveredou por conta própria pelo caminho da prostituição, pois, neste caso, o menor não se encontra na situação descrita no caput deste artigo*”.⁽⁴⁾

De acordo com lição doutrinária de **Guilherme de Souza Nucci**, “*outro prisma relevante diz respeito à prostituição do menor de 18 anos, sem qualquer intermediação, constituindo fato atípico. O art. 218-B deixou clara a necessidade de existir alguma forma de submissão, induzimento, atração, facilitação, impedimento ou dificuldade para o menor de 18 anos. Sem tal situação, não há que se falar em crime*”, prossegue o autor, advertindo expressamente que “*cuidando-se de ato voluntário do menor de 18, qualquer relacionamento por ele mantido, ainda que sob a veste da prostituição, é atípico*”.⁽⁵⁾

Em caso paradigmático sobre o tema, vale destacar

interessante trecho do parecer emitido pelo Ministério Público Federal: “*Em seguida, verifica-se que não assiste razão ao Parquet quanto à imputação pelo crime do artigo 218-B. In casu, em nenhum momento restou configurada a submissão, indução ou atração dos ofendidos à prostituição ou outra forma de exploração sexual. Pelo contrário, depreende-se do caderno processual que os atos perpetrados pelo réu tiveram o escopo de satisfazer sua própria luxúria.*”⁽⁶⁾

As Cortes de Justiça de diversos Estados da federação também acolhem similar solução jurídica, afastando a conduta criminosa em se tratando da prática de relações sexuais consentidas com menores de 18 anos em que não há intenção de se obter vantagem financeira, mas tão somente a satisfação da própria lascívia.⁽⁷⁾ Logo, se não houve a consumação de nenhuma das condutas descritas no *caput*, aquele que se limitou a perpetrar relação sexual sem proveito material não favorece a prostituição, sendo tal conduta inequivocamente atípica.

A submissão, atração ou aliciamento da vítima para prostituição ou exploração sexual constitui circunstância inarredável para a incriminação da conduta de manter relação sexual com a adolescente,⁽⁸⁾ visto que o legislador criminalizou o comportamento de manter conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 18 anos e maior de 14, na situação descrita no *caput* do artigo 218-B, do Código Penal.

Assim, no artigo 218-B, §2º, inciso I, do Código Penal, objetiva-se punir o cliente do agenciador de menores de 18 anos, ressaltando-se que para a caracterização do delito “*é fundamental encontrar o menor de 18 ou enfermo (ou deficiente) em situação de exploração sexual por terceiro (...) a partir disso, almeja-se punir o cliente do cafetão, agenciador dos menores de 18 anos, que tenha conhecimento da exploração sexual.*”⁽⁹⁾

Nada obstante a compreensão doutrinária e jurisprudencial exposta, identifica-se no Superior Tribunal de Justiça entendimento de que é prescindível a participação de terceiro agenciando o menor de 14 e maior de 18 anos para que o cliente responda pelo injusto penal, bastando, assim, para a configuração do delito, que o cliente convença a vítima, mediante pagamento, a com ele praticar conjunção carnal ou outro ato libidinoso.⁽¹⁰⁾

De toda sorte, a despeito da gravidade da conduta ora examinada, sobretudo em se tratando de crimes cometidos contra a dignidade sexual, deve-se respeitar os limites interpretativos do crime de favorecimento à prostituição, visto que não há como se ampliar a incidência do dispositivo sem se ofender o princípio da legalidade (artigo 5º, II, da Constituição Federal de 1988).

Conclui-se que, para incorrer no tipo penal em análise, é necessário o conhecimento do agente sobre a idade da vítima e da sua condição de prostituição ou outra forma de exploração sexual ante a conduta criminosa de outrem, de forma que a realização do ato sexual pela vontade própria do menor de idade não caracteriza o favorecimento previsto na norma examinada.

Notas

- (1) Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone; (...) §2º Incorre nas mesmas penas quem: I - quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no *caput* deste artigo; iii) II - o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verificarem as práticas referidas no *caput* deste artigo.

- (2) RECURSO ESPECIAL. FAVORECIMENTO DA PROSTITUIÇÃO OU DE OUTRA FORMA DE EXPLORAÇÃO SEXUAL DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE OU DE VULNERÁVEL. TIPICIDADE. CLIENTE OCASIONAL. RESTABELECIMENTO DA CONDENAÇÃO. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. (...) 2. A leitura conjunta do *caput* e do § 2º, I, do art. 218-B do Código Penal não permite identificar a exigência de que a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com adolescente de 14 a 18 anos se dê por intermédio de terceira pessoa. Basta que o agente, mediante pagamento, convença a vítima, dessa faixa etária, a praticar com ele conjunção carnal ou outro ato libidinoso. (...) 4. Recurso provido para restabelecer a sentença monocrática, que condenou o réu à pena de 4 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, como incurso no art. 218-B, § 2º, I, do Código Penal. REsp 1490891/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 02/05/2018.
- (3) “(...) *aquele que pratica a conjunção carnal com pessoa prostituída ou explorada sexualmente, maior de 14 e menor de 18 anos, que tenha por vontade própria se colocado na condição de prostituição ou exploração sexual e cujo abandono não tenha sido dificultado ou impedido por quem quer que seja, não estará praticando o crime.*” BUSATO, Paulo César. *Direito penal - parte especial*. v. 2 – Artigos 121 a 234 do Código Penal. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 882.
- (4) MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. O crime de favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (CP, artigo 218-B) – de acordo com a Lei nº 12.978/2014. *Revista Síntese de direito penal e processual penal*, n. 86, v. 15, p. 15-25, 2014. Artigo digital.
- (5) Nucci, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*. 3. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 129.
- (6) REsp 1312620/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 10/06/2014, DJe 27/06/2014.
- (7) APELAÇÃO CRIMINAL - FAVORECIMENTO DA PROSTITUIÇÃO OU OUTRA FORMA DE EXPLORAÇÃO SEXUAL DE VULNERÁVEL - ARTIGO 218-B, CP - CRIME NÃO CARACTERIZADO - PRÁTICA DE RELAÇÕES SEXUAIS CONSENTIDAS COM MENOR DE 18 ANOS - NÃO COMPROVAÇÃO DA INTENÇÃO DE OBTER PROVEITO FINANCEIRO OU MATERIAL - OBJETIVO DE SATISFAÇÃO DA LASCÍVIA - SENTENÇA REFORMADA - ABSOLVIÇÃO. -Se o réu não extraiu lucro ou qualquer compensação material da sexualidade da vítima menor de 18 anos, mas apenas com ela manteve relações sexuais consentidas, não se caracteriza exploração sexual e, portanto, não se configura o delito previsto no artigo 218-B do Código Penal. - (...) (TJMG - Apelação Criminal 1.0073.11.004054-7/001, Relator(a): Des.(a) Beatriz Pinheiro Caires, 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 22/11/2012, publicação da súmula em 03/12/2012); APELAÇÃO CRIMINAL. EXPLORAÇÃO SEXUAL. ART. 218-B, § 2º, I, CP. RECONHECIMENTO, PELO RÉU, DA PRÁTICA DE RELAÇÕES SEXUAIS COM A VÍTIMA, QUE CONTAVA COM 15 ANOS. ATOS LIBIDINOSOS OCORRIDOS COM A PROMESSA DE PRESENTES AO OFENDIDO, QUE CONSENTIA COM A SITUAÇÃO. CONDUTA QUE NÃO SE SUBSUME AO TIPO PENAL EM ANÁLISE. DELITO INVESTIGADO QUE PRESSUPÕE A EXPLORAÇÃO SEXUAL POR PARTE DE TERCEIRO, COM O INTUITO DE OBTER LUCRO. VÍTIMA NÃO ENQUADRADA NA CONDIÇÃO DE EXPLORADA, NO SENTIDO DADO PELO DISPOSITIVO LEGAL. PLEITO ABSOLUTÓRIO ACOLHIDO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC - Apelação Criminal n. 2012.047657-4, de Sombrio, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. em 4/9/2012); TJPR - 3ª C.Criminal - AC - 1260703-9 - Nova Londrina Rel.: Jefferson Alberto Johnsson - Unânime - - J. 29.01.2015.
- (8) Nesse sentido a lição de Cléber Masson “*Cuida-se de crime acessório, de fúso ou parasitário, pois pressupõe a prática do delito definido no caput do art. 218-B do CP*” (*Código Penal comentado*. 2. ed. São Paulo: Método, 2014).
- (9) Nucci, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 13. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 1000.
- (10) HC 371.633/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/03/2019, DJe 26/03/2019; RHC 65.205/RN, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 20/04/2016.

Beatriz Daguer

Acadêmica do 10º período de Direito da PUCPR,
Campus Londrina.
bedaguer@hotmail.com

Luiz Antonio Borri

Especialista em Ciências Criminais pela PUCPR.
Advogado.
luiz@advocaciabittar.adv.br

Rafael Junior Soares

Mestrando em Direito Penal pela PUCSP.
Professor de Direito Penal da PUCPR, Campus Londrina.
Advogado.
rafael@advocaciabittar.adv.br

Oxente! Prisão preventiva, gravidade concreta e a deusa Afrodite

Ivan Jezler Júnior

Introdução do problema e da hipótese:

A palavra “oxente” é uma interjeição empregada com o significado de admiração, surpresa ou mesmo estranheza. O termo é costumeiramente popular na região Nordeste do Brasil, onde se pode ouvir nas mais diversas redes de comunicação.⁽¹⁾

E foi com estranheza, mas sem admiração, que fomos expectadores, nos últimos dez anos, da materialização de um novo argumento (fundamento) para decretação da prisão preventiva por juízes e tribunais, a gravidade concreta do fato penalmente relevante.

Não se recusa a ideia de que a segregação antecipada é uma medida instrumental, hipotética, o instrumento do instrumento, já que a situação processual penal é meio necessário para a efetivação de uma reprimenda penal. E se é assim, o processo penal sendo o instrumento para eventual exercício do direito potestativo de punir, as medidas provisionais, e essa é a natureza jurídica da prisão preventiva, constituem o instrumento do instrumento.

Uma natureza instrumental naturalmente edificada pelas peculiaridades da segregação provisória. Tutelar situação processual ainda não finda, ao menos definitivamente, para assegurar o ajustamento do caso penal sem danos à produção probatória, esse é o principal escopo das cautelares; e assim surge a decretação dessa medida subsidiária por conveniência da instrução criminal, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Mas o legislador não se limitou a tal requisito, exigindo o *fumus commissi delicti*, um lastro probatório mínimo para construir um juízo de possibilidade cautelar, como também permitiu a imposição corporal antecipada para garantir a ordem pública, econômica ou para assegurar futura aplicação da lei penal, complementando o *periculum libertatis*.

Não são novos os ataques deitados pela dogmática em relação à viabilidade jurídica de se decretar a prisão cautelar com base em argumentos exógenos, pela lógica dos riscos e da necessidade de uma resposta penal célere ao abalo social supostamente provocado pela prática criminosa. E os olhares recaem, nesse contexto, especialmente sobre a garantia da ordem pública. Mesmo os tribunais superiores jamais conseguiram construir uma definição coerente para tal terminologia, ao menos sem oscilação em seus precedentes.

Assim, mais fácil tornou-se enumerar os casos em que a segregação não poderia se materializar para tutelar a ordem, tais como o clamor público, repercussão midiática, credibilidade da justiça e a gravidade em abstrato do delito.

Entretanto, nos últimos dez anos, as decisões se proliferaram como um vírus para admitir o surgimento de

uma nova motivação cautelar, pretensamente empírica, a gravidade concreta do fato. Numa simples pesquisa no banco de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, nossa demanda é atendida com 11.34 acórdãos, 49.452 decisões monocráticas e 5 informativos de jurisprudência sobre o tema.⁽²⁾

Com tais arestos, percebemos que as duas Turmas do STJ⁽³⁾ acolhem tal fundamentação para legitimar a prisão cautelar, especialmente em casos de grande apreensão de substâncias entorpecentes, crimes contra dignidade sexual ou pelo *modus operandi* do (suposto) delito.

O amorfismo das decisões

Por analogia, entende-se por uma forma de integração da lei penal e processual, nos termos do art. 3º do Código de Processo Penal, provocando a aplicação de lei existente em casos semelhantes, para quais as regras aplicáveis são omissas,⁽⁴⁾ desde que *in bonam partem*.

No que toca à decisão interlocutória mista de pronúncia, nos termos do art. 413 do CPP, em seu parágrafo primeiro, existe uma previsão expressa de que tal juízo de admissibilidade da acusação dolosa contra a vida não permita um excesso vernacular, uma adjetivação excessiva, uma análise meritória, quando limitar-se-á aos indícios suficientes de autoria/participação e materialidade. É o juízo de probabilidade.

Lopes Júnior⁽⁵⁾ entende que a projeção de culpabilidade no processo penal é escalonada, que há níveis de verificação da responsabilidade que, como num carrossel meritório, vão propiciando ao julgador juízos de certeza em menor ou maior grau, a depender das fases processuais.

Se é assim, no despacho positivo de recebimento da declaração petítoria (art. 396 do CPP), o juiz verifica a existência de indícios suficientes de autoria e materialidade (crime não transeunte), sob pena de rejeição da inicial, quando, nesse último caso, o grau de “culpa” será reduzido. Na sentença condenatória recorrível, esse nível de culpabilidade sofre uma elevação, aumento que pode ser afastado em caso de eventual absolvição recursal.

Nessa linha intelectual, o juízo de culpabilidade existente, em tese, em uma decisão de pronúncia, é maior do que aquele concentrado na manifestação cartorária que impõe ou ratifica uma prisão preventiva. E, se ao pronunciar o acusado, o magistrado não pode se exceder na linguagem, invadir aspectos meritórios, sendo esta uma mera decisão processual, não seria lícito ao juiz, *mutatis mutandis*, enfrentar o mérito na manifestação cautelar, sob pena de nulidade do *decisum*.

Mas, a gravidade concreta se apegua a elementos instrumentais? São dados fáticos, empíricos? Pensamos

que não. Mais do que isso, tal fundamentação revela uma antecipação do *meritum causae*, a análise do material probatório de maneira antecipada, antes de ser assegurado o contraditório, em um grau de cognição que não se coaduna com a gênese de uma medida acautelatória.

O que é isto?⁽⁶⁾ Senão enfrentar a pretensão acusatória, em sede incidental, afirmando que “a quantidade de droga encontrada fora excessiva, que os crimes contra a dignidade sexual foram graves ou que o investigado integra organização criminosa”. E, na maioria dos cases, a restrição à liberdade é imposta na fase inquisitorial, quando para esses mesmos tribunais não há obrigatoriedade quanto à incidência do contraditório e da ampla defesa, núcleo rígido de direitos fundamentais que, pela previsão do art. 5º da CF88, deveria ser aplicado também na etapa investigatória. Isso por um lado.

Por outro, esses “acusados em geral” já são atingidos por um preconceito cautelar que viola a imparcialidade objetiva de um juiz que, por força do instituto da prevenção, por certo (ao menos até a aprovação do novo CPP) será o mesmo que analisará a matéria de fundo, já tendo, antecipadamente, se manifestado sobre os elementos objetivos e subjetivos que constituem a acusação.

De maneira reflexa, a presunção de inocência, que segundo Prado⁽⁷⁾ é um preceito que se aplica desde a notícia crime até eventual trânsito em julgado de sentença condenatória, também é violada, com uma antecipação de culpabilidade, e um desamor ao contraditório, pois a banalização da prisão propicia o empobrecimento moral e material do imputado, além de atingir o núcleo da ampla defesa. Não há reação contra a ação dentro da cadeia. O único “re” que se perpetuará é de uma futura reincidência. Todos perguntam acerca do rio que vem e tudo arrasta, mas ninguém comenta sobre as margens que o comprimem.⁽⁸⁾ Uma medida que é naturalmente irreversível, pois o tempo perdido no cárcere não pode ser restabelecido.

Gloeckner afirma que a prevenção geral ou especial constitui um dos fins da pena. Dessa forma, a prevenção oriunda da aplicação da prisão preventiva, para garantia da ordem pública, é a mesma da prisão pena, não pode ser tratada como uma cautelar, que visa resguardar o processo e não antecipar uma reprimenda penal. E continua:⁽⁹⁾ “Além de ser um instrumento que se destina ao controle social, seja fazendo as vezes de medida de segurança, enclausurando o respectivo perigoso ou, ainda, executando uma pena antecipada, a garantia da ordem pública se reveste de claro autoritarismo, manifesto em sua sintática aberta, sujeita às mais flexíveis interpretações. O que vem a ser essa entidade metafísica que ronda a sociedade? Não se podendo apurar quem é o sujeito (ordem pública), como seria possível a determinação de um objeto (garantia)? Como garantir algo se este algo permanece indecifrável? Afronta, portanto, o princípio da legalidade e taxatividade em matéria penal, possibilitando o uso em larga escala, mediante o construto de aparatos sintáticos e imprecisos, constituindo-se em verdadeira e ingente institucionalização de uma prisão à la carte”.

O paradoxo, nesse evidente desnivelamento processual é que, em sede de *habeas corpus* ou qualquer contracautela prisional, a defesa técnica não pode se aprofundar nos elementos meritórios, pena de não conhecimento da ação impugnativa, pois “a análise da prova é perfunctória”.⁽¹⁰⁾

Chegamos ao final dessa pequena travessia, concluindo que a prisão preventiva decretada com base na garantia da ordem pública ou econômica, tendo por abrigo a gravidade em concreto do delito, viola a presunção de inocência e se reflete como uma moldura falsa da rechaçada gravidade em abstrato do tipo penal. Um meio para legitimar o encarceramento em massa, e saciar no senso comum o prazer decorrente da desgraça alheia, pela ilusão de efetividade do sistema penal produzido por conta do aprisionamento antecipado.

Mas, continuamos a garantir algo que não conhecemos; e a “ordem pública” se assemelha a Afrodite, pois: como a personificação da beleza, a verdadeira aparência dessa Deusa é, na verdade, mutável, sua forma mudaria para se amoldar a cada pessoa que olhasse para ela. E, assim, o problema da garantia da ordem pública continua muito mais no observador do que no objeto. O garantismo está nas pessoas, não num conceito ou definição casual de determinado instituto processual, pessoas que não mudam de acordo com o movimento jurisprudencial.

Notas

- (1) SIGNIFICADOS. Disponível em: <<https://www.significados.com.br/oxente>>. Acesso em: 24 jan. 2019.
- (2) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 02 de jan. 2019.
- (3) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 02 de jan. 2019.
- (4) ARAGÃO, Gerson. *Qual a diferença entre interpretação analógica e analogia no direito penal?* Jusbrasil.com.br.
- (5) LOPES JR., Aury. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 157.
- (6) STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomas de. *O que é isto: as garantias processuais penais?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 6.
- (7) PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistemas de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014b. p. 33.
- (8) PENSADOR. Disponível em: <<https://www.pensador.com/brechtbertolt>>. Acesso em: 24 jan. 2019.
- (9) GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco e processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado*. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 322.
- (10) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Habeas Corpus* n. 143147. Paciente: Jonas Abib. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Relator: Ministro Ericson Maranhão. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 17 mar. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200901445119>. Acesso em: 24 jan. 2019.

Ivan Jezler Júnior

Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Especialista em Direito Público pela Unyana. Professor de Direito Penal e Processual Penal da Universidade Ruy Barbosa, bem como de Processo Penal do Centro de Estudos José Aras (CEJAS), da Escola de Magistrados da Bahia, da Escola Superior de Advocacia (ESA) e da Pós-Graduação LFG. Advogado. ivanjezler@gmail.com

A falácia do garantismo integral

André Lozano Andrade

O Garantismo Penal surge como uma teoria dedicada a conferir certeza à interpretação e aplicação do Direito Penal por meio de princípios orientadores ao legislador e ao julgador. Busca-se promover maior segurança jurídica, a fim de que o Direito seja aplicado com mais segurança, estabelece critérios materiais às imputações, fazendo a separação entre Direito e moral;⁽¹⁾ e também legitima possíveis condenações criminais a partir de um processo penal democrático. O processo penal, assim, não seria um instrumento voltado para a condenação do acusado, mas para que os direitos e garantias individuais dos réus sejam materializados.⁽²⁾

A análise do Direito Penal baseada no Garantismo revela critérios de validade da norma penal,⁽³⁾ não bastando apenas uma leitura literal dos dispositivos legais, mas em respeito à Constituição e coerente com o ordenamento jurídico como um todo. Apesar de não bastar uma simples interpretação literal dos dispositivos legais isso não significa que a letra da lei não tenha importância; muito pelo contrário, o texto legal é o primeiro critério orientador para a aplicação do Direito.

Com o estabelecimento de parâmetros de racionalidade, justiça e legitimidade o Garantismo busca reduzir a incidência e irracionalidade do poder punitivo.⁽⁴⁾ Ferrajoli propõe a utilização de critérios de lesividade para criação e interpretação dos tipos penais incriminadores, que indiquem a necessidade de tipificação prévia, que prescrevam que a pessoa só pode ser punida por uma ação ou omissão; veda a responsabilidade penal objetiva, bem como exige um processo com clara diferenciação entre acusador e julgador. A acusação deve ser clara, tendo o acusador o ônus da prova e, por fim, deve haver de defesa técnica qualificada.⁽⁵⁾ Desse modo, cria-se um sistema penal voltado para efetivar garantias para o cidadão.

O objetivo do Garantismo é tornar o sistema penal mais racional e previsível e estabelecer limites ao Estado no momento em que subtrai para si o poder de punir. Isso ocorre pois, ao longo da história, o Estado foi o principal violador de direitos e garantias.⁽⁶⁾ Por meio de um poder punitivo carente de controle é que foram possíveis diversos genocídios, bem como subjugar lideranças populares e reformadoras para impedir a disseminação de novas ideias. Os representantes estatais agiam conforme a lei, fazendo com que seus atos, por mais bestiais e atroz, fossem legitimados. O argumento utilizado é que a repressão buscava salvar a nação ou promover o bem comum.

Nesse sentido, o Garantismo admite que o Estado, quando se fala em sistema penal, quando não controlado, é um obstáculo para a efetivação de direitos e garantias. No momento em que o Estado é responsável pela redução de liberdades – criação de imputação de condutas – e pela aplicação de sanções, não basta que confiemos na boa vontade de parlamentares, acusadores e julgadores. É preciso definir critérios capazes de restringir a incidência do poder punitivo estatal para que o cidadão não seja massacrado. Ferrajoli admite que a resposta

penal, ou seja, a imposição de uma pena, é necessária, ainda que apenas para evitar a vingança privada, mas que é ilusório acreditar que o sistema criminal, por si só, possa prevenir delitos, sendo mais aptas para tal fim políticas sociais que visem assegurar os mínimos vitais.⁽⁷⁾

A perspectiva garantista penal exige o controle de um poder que tende à irracionalidade e aos abusos. A intenção é impedir que a face violenta do Estado negue direitos às pessoas. É preciso nunca perder de vista que o Estado penal é o Leviatã e, se não controlado, pode ser manipulado para perseguir grupos políticos, religiosos, sociais ou raciais, bem como impedir que direitos e garantias sejam efetivadas.

Evidentemente, os abusos praticados são apresentados revestidos de um discurso legitimador. Para tanto, busca-se inserir a imagem de um inimigo a ser combatido, papel que hoje é representado pelo traficante, ladrão ou político corrupto.

Apesar do vasto material histórico comprovando que o sistema penal é utilizado para perseguir e restringir direitos, há uma corrente que se apropria do termo *Garantismo* para propor uma leitura que subverte os seus princípios e conceitos. Essa corrente, denominada “Garantismo Penal Integral”, defende a implementação de justiça social por meio do sistema penal, advoga que as garantias devem servir para toda a sociedade, inclusive para as vítimas, propondo a redução de direitos processuais e relativização de nulidades. Ou seja, os autores entendem que eventuais abusos ou atuação contrária às leis por agentes estatais seriam aceitáveis em nome da proteção da sociedade, nada muito diferente do que ocorreu em regimes totalitários ao longo da história.

O garantismo integral parte do pressuposto de que houve uma evolução na proteção de Direitos Humanos, de modo que “a teoria garantista não existe apenas para a proteção de interesses e direitos fundamentais individuais”.⁽⁸⁾ Antes restritos a meras obrigações de não fazer, para que o Estado deixasse de promover abusos contra o cidadão, os Direitos Humanos passaram a englobar também a busca pela concretização de direitos sociais e supraindividuais.

De fato, a relação entre Estado e Direitos Humanos mudou com o surgimento dessas novas dimensões de proteção. Se antes o Estado tinha apenas obrigações negativas, a evolução histórica e o surgimento do Estado de bem-estar social acarretaram novas obrigações positivas ao Estado,⁽⁹⁾ como proporcionar educação, lazer, acesso à saúde. Para tanto, este dispõe de meios jurídicos e extrajurídicos para aplicar políticas públicas ou dar acesso a direitos ao cidadão e à coletividade.

No entender dos adeptos do Garantismo Penal Integral a pena tem função dissuasória, ou seja, baseiam-se na função de prevenção geral negativa. Mais que isso, entendem que a busca pela efetivação e proteção de direitos se dê por meio do sistema penal,⁽¹⁰⁾ sem atentar que existem outros meios

mais adequados para evitar a prática de delitos. Com isso, fica claro o afastamento entre o Garantismo Penal Integral e **Ferrajoli**, que entende que o Direito Penal não pode “*produzir magicamente o desaparecimento da delinquência*”,⁽¹¹⁾ mas que “*a verdadeira prevenção da delinquência é uma prevenção pré-penal, bem mais do que penal*”.⁽¹²⁾

O sistema penal somente atua após a prática do crime, ou seja, quando o direito da vítima ou o bem jurídico tutelado pela norma penal já pereceu. Dessa forma, somente seria concebível se falar em proteção da sociedade por meio da criminalização de condutas caso haja evidências que demonstrassem que a prevenção geral negativa funciona, o que não parece ser o caso.⁽¹³⁾ Até mesmo **James Wilson**, um dos autores que inspira a doutrina de Lei e Ordem, admite que a pena ou novas criminalizações não exercem efeito relevante no que se refere à redução da prática das condutas.⁽¹⁴⁾

Quando se fala em proibição de proteção deficiente, tenta-se trazer elementos que estão fora do Direito Penal. São objetos e valores que devem ser protegidos e implementados por políticas públicas capazes de afetar de forma positiva a vida do cidadão, com o objetivo de garantir acesso à cidadania.

Trazer esse conceito para o Direito Penal como mandados de criminalização não apenas foge do objetivo que se deseja dar ao termo proibição de proteção deficiente, como ainda causa o efeito contrário, já que, por meio da expansão do sistema penal, são retiradas garantias sem comprovação de eficácia dessas medidas, jogando por terra a ideia do Direito Penal mínimo defendido por **Ferrajoli**.⁽¹⁵⁾

A utilização do sistema penal para proteção de direitos supraindividuais mostra-se menos eficaz que outras esferas, pois o Direito Penal apenas impõe uma pena e, através da utilização de outros meios extrapenais, pode-se reparar ou reduzir o dano, o que não é viável por meio do processo penal.

Merece destaque a forma como os defensores do garantismo integral utilizam o acusado pela prática de delitos econômicos – o qual pode ser visto como o atual inimigo da sociedade. Propõe-se o combate ao crime dos poderosos, pois esses causam males muito maiores do que aqueles gerados pela criminalidade comum. Para que essas pessoas sejam punidas, defende-se a relativização de garantias e a flexibilização das nulidades.

O Garantismo Penal Integral propõe a interpretação das normas penais contra o acusado, com o objetivo de proteger a sociedade por meio do encarceramento, ou de procedimentos investigatórios por órgãos sem competência normativa ou qualquer fiscalização.

Para essa finalidade, defendem até mesmo o afastamento do princípio da taxatividade e anterioridade da lei penal,⁽¹⁶⁾ propondo uma leitura dos princípios a fim de aumentar a incidência da norma penal, o que é claramente refutado pelo Garantismo Penal.⁽¹⁷⁾ Propõe, ainda, contrariar dispositivo expresso e claro da Constituição para viabilizar a execução penal antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e relativização de nulidades que, a grosso modo, é uma ilegalidade ou “*fraude processual a serviço do punitivismo*”.⁽¹⁸⁾

As teses do garantismo integral colidem com os

princípios garantistas forjados por **Ferrajoli**, que buscam reduzir a arbitrariedade estatal. Utilizar o termo Garantismo é uma inversão do discurso, pois as medidas propostas pelo garantismo integral aumentam a arbitrariedade ao alcance do poder penal. Utilizam indevidamente um nome atraente para um Direito Penal autoritário, trazendo como isca delitos que causam grande indignação. Em verdade, estamos tratando do canto da sereia, da utilização de um discurso de defesa dos direitos humanos para atacar direitos,⁽¹⁹⁾ pois, apesar do discurso sedutor sobre moralização política, serão poucos os empresários e políticos punidos; essas medidas legitimarão um sistema injusto e excludente, sendo os pobres, pretos e periféricos que mais sofrerão com essas propostas.

Com o discurso dos adeptos do Garantismo integral, tenta-se legitimar o desrespeito às regras democráticas e à Constituição Federal, como o devido processo legal e a taxatividade. Inverte-se o ônus da prova, afasta-se o *in dubio pro reo* e coloca-se novamente o acusado na posição de objeto do processo, sendo este mero expediente para legitimar sua punição.

Ao contrário do defendido pelos adeptos do garantismo integral, essa corrente não é um complemento da obra de **Ferrajoli**, mas a apropriação indevida do nome de sua teoria com o fim de legitimar um sistema penal autoritário e sem controle dos órgãos acusatórios.

Notas

- (1) FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. p. 208.
- (2) ABI-ACKEL TORRES, Henrique. *Política criminal contemporânea: o discurso populista na intervenção punitiva*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 168 e 169.
- (3) FERRAJOLI, op. cit., p. 422/425.
- (4) Idem, ibidem, p. 785.
- (5) Idem, ibidem, p. 91.
- (6) ABI-ACKEL TORRES, op. cit., p. 172.
- (7) FERRAJOLI, Luigi. Democracia e medo. Trad. Sérgio Lamarão. *Discursos Sediciosos: crime direito e sociedade*, Rio de Janeiro, ano 19, n. 21-22. p. 117-127, p. 124.
- (8) FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELA, Eduardo. *Garantismo penal integral*. Questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 30-77, p. 39
- (9) FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Tradução. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004. p. 29-30.
- (10) FISCHER. *O que é garantismo?...*, p. 34.
- (11) FERRAJOLI, *Democracia e medo...*, p. 119.
- (12) Idem, ibidem, p. 125.
- (13) HASSEMER, Winfried. *Prevención general y aplicación de la pena*. In: NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried; LÜDERSEN, Klaus. Principales problemas de la prevención general. Buenos Aires: Julio César Fara, 2006. (Maestros del derecho penal, 14). p. 45-82, p. 60-61
- (14) WILSON, James Q. *Thinking about crime*. New York: Basic Books, 2013. p. 107.
- (15) FERRAJOLI. *Direito e razão...*, p. 786.
- (16) Fischer. *O que é garantismo?...*, p. 55-73.
- (17) FERRAJOLI. *Direito e razão...*, p. 351.
- (18) LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1137
- (19) BIZZOTTO, Alexandre. *A inversão do discurso garantista: a subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para a ampliação do sistema penal*. Rio de Janeiro: 2009. p. 125.

André Lozano Andrade
Mestrando em Direito Penal pela PUCSP.
Membro do IBCCrim. Advogado.
andre@jacoblozano.com.br

“Projeto de Lei Anticrime” e o reconhecimento de justificantes pelo delegado de polícia

Rafael Francisco Marcondes de Moraes

O intitulado “Projeto Anticrime”, proposto pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública e protocolado na Câmara dos Deputados sob o Projeto de Lei 882/2019, tenciona modificar quatorze diplomas legais e tem repercutido no meio social e na comunidade acadêmica.⁽¹⁾

Sem olvidar da relevância dos demais dispositivos que o aludido Projeto intenta alterar, o presente ensaio se concentrará em recorte acerca de tópico que trata de medidas relacionadas à legítima defesa e especificamente na mudança almejada via inserção do artigo 309-A no Código de Processo Penal (Decreto-lei 3.689/41), que cuida do reconhecimento de excludentes de antijuridicidade pelo delegado de polícia.

O aludido artigo do Projeto de Lei veicula a seguinte redação: “*Se a autoridade policial verificar, quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, que o agente manifestamente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II ou III do caput do art. 23 do Decreto-lei nº 2.848, de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, deixar de efetuar a prisão, sem prejuízo da investigação cabível, e registrar em termo de compromisso a necessidade de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revelia e prisão*”.

O objetivo da proposta, no ponto em comento, consiste em sedimentar a avaliação pelo delegado de polícia de causas justificantes elencadas nos incisos do artigo 23 do Código Penal (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito) quando as reputar presentes por ocasião de apresentação de indivíduo sob aparente estado flagrancial delitivo.

A depuração constitucional, atrelada aos direitos fundamentais, impõe que, longe de mera faculdade, constitui dever do delegado de polícia analisar a configuração e reconhecer, motivadamente e com independência funcional,⁽²⁾ eventuais excludentes de ilicitude, porquanto não há delito quando o sujeito age em sede de discriminante, exegese advinda da literalidade do artigo 23, *caput*, do Estatuto Criminal, assim como da aplicação das garantias da dignidade humana, da legalidade, da presunção de não culpabilidade e do senso comum de justiça, orientação dominante na doutrina contemporânea.⁽³⁾

A iniciativa suplanta antigo olhar assistemático e isolado do parágrafo único do artigo 310 do CPP, que trata da concessão de liberdade pelo juiz de direito àquele que atua amparado em causas de exclusão, posição equivocada que limitava a apreciação da autoridade policial a um raso juízo de tipicidade da conduta do indivíduo investigado, sem considerar a antijuridicidade do fato ou a culpabilidade do agente.

A Lei Maior, ao consagrar a liberdade como regra,

excepciona a custódia cautelar e imprime a seguinte leitura ao destacado dispositivo do CPP: se o delegado de polícia não reconhecer a verossímil discriminante e indevidamente autuar o agente em flagrante, a autoridade judicial, assim que científica, retificará o lapso e restabelecerá a liberdade, até porque o próprio CPP, em seu artigo 314, veda o cárcere preventivo diante de causas justificantes.

Anota-se que, em qualquer hipótese, deve haver escrutínio do episódio, para infirmar ou confirmar as versões sustentadas desde o limiar processual penal no âmbito do inquérito policial, até possível fase judicial se não demonstrada a legalidade no comportamento dos sujeitos implicados.

Outro relevante aspecto no texto do referido artigo 309-A do Projeto está em explicitar que a não determinação da custódia flagrancial ocorrerá “*sem prejuízo da investigação cabível*”.

Nesse contexto, o afastamento da prisão em flagrante pelo delegado de polícia diante de justificantes reclama lastro probatório e elementos de convicção concretos, que evidenciem a aparente configuração da discriminante e não significa, em absoluto, deixar de investigar. A autoridade registrará os fatos, fundamentará sua decisão e determinará as providências para perscrutar o evento, que integrarão o respectivo inquérito policial instaurado por portaria.⁽⁴⁾

Outrossim, por se tratar de hipótese de aferição na apresentação de suspeito por prática em flagrante delito, seria adequada a adaptação do conteúdo do artigo 309-A do “Projeto Anticrime” diretamente no corpo do artigo 304 do CPP, propiciando uma atualização redacional do dispositivo que disciplina a decisão sobre a lavratura do auto prisional e estabelecendo a distinção técnica entre as etapas da captura (“prisão-captura”) e da prisão em flagrante propriamente dita (“prisão-custódia”).⁽⁵⁾

Aliás, o Projeto do Novo Código de Processo Penal (PLC 8.045/2010, artigo PLS 156/2009), atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados, contém texto semelhante, conforme § 6º, do artigo 577, do substitutivo mais recente ao dispor que “*o delegado de polícia, vislumbrando a presença de causa de exclusão de antijuridicidade poderá, fundamentadamente, deixar de efetuar a prisão, sem prejuízo da adoção das diligências investigatórias cabíveis*”.⁽⁶⁾

Ademais, a apreciação de um fato, para definir sua classificação jurídica e subsunção a uma infração penal, reclama juízo sobre todos os elementos do crime. A índole da divisão entre tais elementos é exclusivamente didática, voltada à pesquisa de seu conceito analítico. A avaliação do fato é integral e abrange o evento perquirido e todos os seus elementos constitutivos, razão pela qual não há e nem poderia

existir previsão legal que restrinja a análise do delegado de polícia a um superficial juízo de tipicidade.

Oportuno enfatizar que a decretação da prisão em flagrante, como espécie do gênero decisão de indiciamento, requer não apenas o estado de flagrância delitiva, seu requisito temporal, retratado em uma das modalidades dos incisos do artigo 302 do CPP, mas também a fundada suspeita, seu requisito probatório consubstanciado na justa causa (*fumus commissi delicti*), do § 1º, do artigo 304, do CPP, como suporte indiciário a autorizar o encarceramento extrajudicial fiel aos postulados da Carta Magna.⁽⁷⁾

Logo, a ausência de fundamentos sólidos e claros torna ilegal a custódia flagrancial, enseja o denominado *flagrante obtuso*⁽⁸⁾ ou *criptoflagrante* (derivado do *criptoindiciamento*)⁽⁹⁾ e obsta a lavratura do auto prisional por implicar relaxamento e responsabilização por abuso, sem prejuízo da deflagração da correlata investigação policial.

É preciso ter em mente que o comentado artigo 309-A do “Projeto Anticrime” situa-se em tópico sobre medidas afetas à legítima defesa e abrange situações como as mortes decorrentes de intervenções policiais, outrora formalizadas em documento alcunhado “auto de resistência”, com base no artigo 292 do CPP.

O “auto de resistência” gradativamente deixou de ser adotado pelas instituições de polícia judiciária, após uma série de atos normativos infralegais editados em virtude de sua associação, em determinados casos, a condutas espúrias e distorções na comunicação dos fatos, que ocultavam assassinatos cometidos por agentes estatais e em especial por policiais.⁽¹⁰⁾

Destarte, a tendência atual tem sido a formalização inicial em boletim de ocorrência circunstanciado, sob a designação “morte decorrente de intervenção policial” e o registro substitui o “auto” previsto no artigo 292 do estatuto processual criminal, com apuração via inquérito policial iniciado por portaria. Nesse registro policial são descritos os fatos de modo pormenorizado, sendo também coligidas as oitivas dos policiais e das pessoas envolvidas, apreendidas armas e objetos, requisitados exames periciais pertinentes e promovidas as demais diligências cabíveis, que instruirão o procedimento investigatório para o esclarecimento do ocorrido, como se espera em toda morte violenta.

Com efeito, a licitude de ação policial com resultado fatal exige abrigo em discriminante de estrito cumprimento do dever legal no início, que desencadeie a intervenção diante da suspeita de flagrante delito ou da abordagem de pessoa com ordem prisional pendente. Concomitante ou subsequentemente, a atitude precisa se revestir de excludente de legítima defesa própria ou de terceiro contra atual ou iminente agressão injusta do indivíduo submetido à atuação estatal.

Convém lembrar que a legítima defesa é apenas uma dentre as causas de exclusão da antijuridicidade apreciadas diuturnamente por delegados de polícia e inerentes à presidência da investigação criminal.

A título ilustrativo, qualquer policial, ao capturar pessoa em

aparente estado de flagrância delitiva (flagrante compulsório) ou um particular que realize essa detenção (flagrante facultativo), priva momentaneamente a liberdade do suspeito, atitude ajustável, sob uma perspectiva de mera tipicidade, ao crime de sequestro ou cárcere privado (CP, art.148). Todavia, o agente estatal atua em estrito cumprimento de seu dever legal, enquanto o particular em exercício regular de direito (CPP, art. 301). São causas justificantes valoradas pelo delegado de polícia em sua rotina laboral e mensuradas de acordo com as circunstâncias de cada caso.

Por derradeiro, o aludido artigo 309-A do Projeto dispõe ainda que, na constatação provisória de aparente discriminante, será registrado um termo de compromisso de comparecimento aos atos processuais, sob pena de revelia e prisão.

Referida previsão acentua a imparcialidade do delegado de polícia que, se verificar durante a apuração substratos que rechacem a versão prestada pelos policiais ou por outros envolvidos, representará pelas medidas cautelares cabíveis, notadamente pela custódia provisória dos servidores investigados, sem prejuízo da decretação da prisão flagrancial nas hipóteses autorizadoras em face de notícia preliminar inidônea e inverossímil.

Não se pode desprezar que, para além dos avanços no campo legislativo, há premente necessidade de melhor capacitação e valorização dos policiais, mediante investimento em recursos humanos e tecnológicos, sobretudo na área de inteligência na investigação, a corroborar os imperativos de transparência e eficiência do Poder Público, viabilizar a contenção e a repressão de violências e reduzir riscos de danos à população e aos próprios agentes públicos.

De todo modo, assentar a apreciação de excludentes impede a banalização da custódia em flagrante e evita que seja tratada como coerção pessoal autômata e arbitrária. Reforça o controle pelo Poder Judiciário, a fiscalização pela acusação, seja pelo órgão ministerial ou por advogado constituído, assim como pela defesa, via Defensoria Pública ou procuradores particulares, acompanhadas do monitoramento pela Ordem dos Advogados do Brasil, pela imprensa e pela sociedade civil.

À luz das ponderações lançadas e a despeito das opiniões contrárias ou favoráveis ao “Projeto Anticrime”, roga-se que a discussão no Congresso Nacional consiga ser pautada em argumentos técnicos e em evidências, com consciência dos reflexos das reformas pretendidas e dos desafios em torno das agendas sobre Segurança Pública e Justiça Criminal.

Notas

- (1) O PLC 882/2019 foi apresentado pelo Poder Executivo Federal em 19/02/2019, apensado ao PLC 10.372/208 em 13/03/2019 e passou a tramitar em regime de prioridade.
- (2) A independência funcional é garantida aos delegados de polícia pela autonomia intelectual para interpretar o ordenamento jurídico e decidir, com imparcialidade e isenção, de modo fundamentado, prerrogativa consolidada, no Estado de São Paulo, na Constituição Paulista (art. 140, § 3º) e na Lei Complementar Bandeirante 1.152/2011 (art.1º, § 1º e 2º).
- (3) BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 730; BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. *Processo penal brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 237-238; DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. São Paulo:

- Revista dos Tribunais, 2016. p. 316; MACIEL, Silvío; GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. *Prisões e medidas cautelares*: comentários à Lei 12403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 138; PAGLIONE, Eduardo Augusto. A prisão em flagrante e as causas excludentes da antijuridicidade. *Boletim IBCCRIM*, v.15, p. 15-17, set. 2007.
- (4) QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. *Legítima defesa e indiciamento na polícia*. Campinas: Pontes Editores, 2018. p. 101-103.
- (5) SAAD, Marta. Direito ao silêncio na prisão em flagrante. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (org.). *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 423-453.
- (6) CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei 8.045 de 2010*. Disponível em: <www.camara.leg.br>. Acesso em: 01 abr. 2019.
- (7) MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. *Prisão em flagrante delito constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 160-168.
- (8) Fala-se em *flagrante obtuso*, como alusão a uma postura rude ou tola, para retratar leitura deturpada do artigo 304 do CPP, meramente topográfica e carente de filtro constitucional, segundo a qual o delegado de polícia deveria lavrar auto de (não) prisão em flagrante em todos os casos e indiscriminadamente, a despeito de não vislumbrar respaldo legal para a custódia ao analisar o contexto fático. CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Do flagrante obtuso ou da pretensão de que o delegado de polícia lavre auto de “não prisão” em flagrante em qualquer caso de condução de capturado. *Revista Prática Jurídica*, ano XV, 176, Consulex, p. 6-16, nov. 2016.
- (9) Designa-se *criptoindiciamento* o indiciamento infundado, destituído da indispensável motivação exarada pelo delegado de polícia, expondo os elementos que o justificam (Lei 12.830/13, art.2º, § 6º), expressão que suscita o neologismo *criptoflagrante*, derivado da aglutinação do vocábulo flagrante com o antepositivo “cripto”, que significa “oculto” ou “secreto”, para simbolizar a arbitrária e ilegal decretação de prisão em flagrante desprovida de fundamentação e de acervo mínimo para a justa causa (fundada suspeita – requisito probatório) ou fora das hipóteses de flagrância delitiva (requisito temporal). MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. *op. cit.*, p. 239-248; PAULA, Fernando Shimidt de. *Criptoindiciamento*. São Bernardo do Campo: Universidade Metodista de São Paulo, 2018. p. 106-110.
- (10) A Resolução 8/2012, do Conselho de Direitos de Defesa da Pessoa Humana, à época da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, recomenda às autoridades não empregarem as nomenclaturas “auto de resistência” e “resistência seguida de morte”. Já a Resolução Conjunta 2/2015, do Conselho Superior de Polícia do Departamento de Polícia Federal e do Conselho Nacional dos Chefes da Polícia Civil, dispõe sobre procedimentos nas mortes decorrentes de intervenção policial e a Portaria 229/2018, do Ministério da Segurança Pública, cita, em seu artigo 3º, inciso V, a expressão “morte por intervenção de agente do Estado”.

Rafael Francisco Marcondes de Moraes
Doutorando e mestre em Direito Processual Penal pela USP.
Professor concursado da Academia da Polícia Civil do Estado de São Paulo (Acadepol). Delegado de Polícia.

Execução provisória da condenação criminal após julgamento em segunda instância: a aplicação da punibilidade progressiva e Estado de exceção

14

Amanda Alves Oliveira Purger e Amaury Silva

Resumo

No presente estudo discute-se a perspectiva do *overruling* no STF quanto à temática da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação, no contexto de um posicionamento que incorpora a normalização da inconstitucionalidade. Examina-se o encaminhamento ao Congresso Nacional do projeto “Anticrime” apresentado pelo ministro da Justiça, a partir da construção do conceito de punibilidade progressiva, que altera a interpretação constitucional do princípio da presunção do estado de inocência para consagrar a sensação de efetividade da jurisdição penal pelo medo da punição, segundo a perspectiva de **Thomas Hobbes**, em *Leviatã*. Nessa premissa, insere-se a perspectiva de modificação desse panorama constitucional com a produção do que se compreende em **Agamben** como um estado penal de exceção, considerando que no Brasil as funções da pena não se resumem à proteção do sistema normativo.

Introdução

O “pacote anticrime” apresentado pelo ministro da Justiça (Sérgio Moro) tem deflagrado intensas reflexões e discussões

por se tratar de uma proposta deveras extensa, contendo 19 “medidas” contra “a corrupção, o crime organizado e os crimes violentos”.

A primeira delas, intitulada “Medida para assegurar a execução provisória da condenação criminal após julgamento em segunda instância”, exige uma impactante imersão no panorama constitucional quanto aos valores da liberdade e proteção jurídica do fenômeno criminal, em jogo na dialética do processo penal.

A abordagem atual do STF ao princípio da presunção de não culpabilidade, ou estado de inocência é sugestiva de uma articulação com certo apelo popular. Esse quadro é demonstrado por uma breve análise....

No que se refere ao apelo popular quanto aos posicionamentos do STF, frente ao cenário político-jurídico nacional contemporâneo, pode-se sublinhar o entendimento de que se tem dado ao princípio da presunção de não culpabilidade, ou estado de inocência. Utiliza-se, como instrumento para aferir isso, breve análise de dois votos, constantes nas decisões do STF quanto aos *Habeas Corpus* 152.752/PR e 126.292/SP.⁽¹⁾ O escopo central é uma busca pelo entendimento da aplicação

da “punibilidade progressiva” no contexto político-jurídico.

Cabe dizer que a expressão “punibilidade progressiva” fora construída a partir do instituto do trânsito em julgado progressivo, originário da esfera processual civil. O novo regime processual civil prevê de modo expresso a possibilidade do fracionamento da sentença, com a da formação progressiva da coisa julgada, por em capítulos autônomos e independentes da sentença.

Defende-se, na perspectiva deste artigo, que o parâmetro da “punibilidade progressiva” é utilizado como critério axiológico pelo STF, a fim de se construir uma nova interpretação para o princípio do estado de inocência e reafirmar a efetividade da jurisdição penal por intermédio do temor quanto à punição.

Esse referencial é simétrico ao tratado pelo jurisfilósofo **Thomas Hobbes** (2008) em *Leviatã*, ao tratar da finalidade da punição na relação entre soberano e súditos. Em uma visão contemporânea, tais implicações deflagrariam a verificação do que se compreende em **Agamben** (2004) como um estado penal de exceção.

A proposição que se cogita neste estudo é a desconstrução da hipótese *hobesiana*. Propõe-se a demonstração de que a função da punição – além da disseminação do medo (função preventiva) e de que o mal da punição seja maior que o ganho pelo desrespeito às normas vigentes (função retributiva) – é também ressocializadora, conforme a criminologia moderna.

1 A aplicação da Punibilidade Progressiva versus as Garantias Constitucionais

No julgamento do HC 152.752/PR, o ministro do STF, Dias Tófoli, faz uma remissão aos fundamentos do seu próprio voto, proferido no âmbito do julgamento da medida cautelar nas ADC 43 e 44.

Neste, em posição referencial ao voto do ministro Teori Zavascki, percebe-se a divisão das camadas do processual penal em duas fases: a fase ordinária (até o segundo grau de jurisdição – o primeiro grau de jurisdição mais os recursos ordinários), e a fase extraordinária (recurso de natureza extraordinária – Recurso Especial e Extraordinário e outros recursos provenientes destes). Assim, encontra eco em tal raciocínio a estrutura proveniente do trânsito em julgado progressivo de índole processual civil. A divisão de sentenças penais em partes que podem ser analisadas apenas nas fases processuais pertinentes, por serem questões meritórias, processuais, legais e procedimentais na fase ordinária; na fase extraordinária, apenas as questões processuais, legais e procedimentais. Há uma ideia rizomática, mas que sofre contenções compartimentadas quanto à extensão da análise do respectivo objeto.

Desse modo, ocorreria, com o fim da prestação jurisdicional na segunda instância, um trânsito em julgado parcial, a fim de se autorizar o cumprimento de sentença, tendo em mente que na fase extraordinária não mais haveria discussão quanto ao mérito (autoria, materialidade, exame de provas e eventuais teses meritórias), mas sim o cumprimento do sistema

normativo (questões processuais, legais e procedimentais – preliminares e prejudiciais). Após esta, se for o caso, chega-se ao trânsito em julgado definitivo.

Adotou-se a nomenclatura punibilidade progressiva, pois esse entendimento é bem próximo ao tratado no Direito Processual Civil como “Trânsito em Julgado Progressivo” e tem sido completamente aceito pelo Supremo Tribunal Federal no que alude ao prazo decadencial para ações rescisórias. Nessa ordem de ideias, considera-se a possibilidade do fracionamento da sentença, com a possibilidade da formação progressiva da coisa julgada em capítulos autônomos e independentes da sentença.

2 As Garantias Constitucionais e sua representação

É importante trazer à baila que, dentre os mecanismos de controle social formal, o Direito Penal é considerado *ultima ratio* por ser mais rígido (**GRECO**, 2018, p. 97). É que, por ser meio de uma sanção penal, pode restringir diretamente a liberdade do cidadão, constituindo assim uma interferência brusca do Estado no direito à vida e à liberdade. As garantias constitucionais, como preleciona **Rui Barbosa** “são as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder.” (apud **SILVA**, 1992, p. 360).

A Constituição Federal de 1988, refletindo a Declaração de Direitos do Homem, e reinserindo no contexto nacional o respeito ao indivíduo, estampou em seu artigo 5º, LVII da CFRFB a seguinte redação vigente: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Ainda é importante trazer que, por meio do Decreto Legislativo nº 27 de 1992, o Brasil aderiu ao sistema interamericano na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Pacto São José da Costa Rica, que estampa no seu artigo 8º, item 2, que: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. Sabe-se que, com base no entendimento dominante,⁽²⁾ o Pacto em testilha possui caráter supralegal, de acordo com a teoria do monismo jurídico (**SARLET**, 2017, p. 258).

Ademais, em hierarquia infraconstitucional das normas, o artigo 283 do Código de Processo Penal de 1941 teve a redação alterada pela Lei 12.403/11, para melhor adequá-lo ao ordenado pela Constituição Federal em seu artigo 5º, LVII.

No que tange ao julgamento do *Habeas Corpus* aqui referido anteriormente, **Streck** (2016) trouxe a seguinte reflexão: “o STF desconsiderou o argumento histórico e a lição doutrinária que exigem não confundir decisão definitiva com condenação em segundo grau. E, para isso, desconsiderou, justamente, o sentido normativo da garantia da presunção de inocência”.

O recolhimento ao cárcere é um efeito da condenação penal; assim, somente poderia ser feito com o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Ademais, pode-se interpretar que o direito de recurso além do segundo grau

de jurisdição estaria mitigado em face do adiantamento da pretensão executória estatal.

Em ponderação contrária, o que se vê estampado no voto do ministro Zavaski é que a interpretação dada à garantia da não culpabilidade é “*harmonizar o princípio da presunção do estado de inocência com a efetividade da função jurisdicional*”, a fim de “*controlar as situações de injustiça ou excessos em juízos condenatórios recorridos*” para “*preservar a higidez do sistema normativo*”. Esse pensamento coaduna-se com o que traz **Thomas Hobbes** (2008).

3 Ensinamentos de Hobbes aplicados aos fundamentos do ministro Teori Zavaski em seu voto como relator no HC 126.292/SP

As lições de **Thomas Hobbes** (esclarecem que, com a finalidade de regular a convivência social dos homens, surgiu o Estado e a instituição de um poder visível, maior que os outros, na figura do soberano. O Estado visaria à proteção, à segurança, à paz e ainda a uma vida melhor e mais confortável, vez que as liberdades dos indivíduos isolados fariam com que estes buscassem a dominação frequente de outrem para alcançar seus projetos individuais. Assim, o medo teria sido um importante fator à construção do Estado.

A obediência seria alcançada por medo do castigo.⁽³⁾ A afirmação consiste em dizer que, para **Hobbes**, o castigo deve ser aplicado de forma a desencorajar as condutas contrárias à lei: por se obter menos vantagens com a prática do crime do que com a punição sofrida. É a reafirmação de que a punição é o instrumento político do soberano para assegurar a manutenção da obediência política e do pacto instituído pelo Estado. Importante afirmar que este pacto visa à segurança individual e não à tirania.

Portanto, sem o medo da punição (mecanismo), o homem se torna tirânico, por buscar a dominação frequente dos outros, com o propósito de satisfazer seus desejos individuais e se tornar “lobo do próprio homem”.

Com base nas lições de **Hobbes**, é possível reconhecer que o STF teria feito a interpretação restritiva do princípio da presunção do estado de inocência ao permitir a punibilidade progressiva, tendo como base as justificativas de morosidade processual pelo abuso no direito de recorrer, que geraria um sentimento generalizado de injustiça. E, por conseguinte, motivar-se-ia o desrespeito às leis e à ordem decorrente do pacto estatal.

Nesse cenário, a punibilidade progressiva seria a forma de retomada da ordem e harmonia do Estado e do respeito às leis (como limitadora do direito), a fim de restaurar o medo da punição proporcional dos “transgressores”, para que percebam que o mal sofrido pelo desrespeito às leis e à ordem são maiores que os benefícios dessas transgressões, mesmo que haja mitigação de princípios reguladores do Estado Civil.

A função da punição não é apenas preventiva e retributiva, mas também ressocializadora. E, por isso, a mitigação do princípio da presunção do estado de inocência não seria aceitável, pois ele constitui margem ao poder de punir. O

desrespeito ao princípio da presunção do estado de inocência demonstraria que o Estado soberano em seu estado natural, agindo com o direito natural... Seu desrespeito figuraria o Estado soberano no estado natural, agindo com direito natural, mas sem leis naturais, seja com relação à execução provisória seja definitiva da pena. O reingresso do réu condenado e executado penalmente ao convívio social é um objetivo da pena no sistema adotado hoje no Brasil, conforme art. 1º, da Lei de Execuções Penais, Lei 7.210/84.

4 O estado de exceção instalado na atual conjuntura nacional

Agamben (2004, p. 11) indica o desequilíbrio entre direito público e um fato político como um estado de exceção. Mesmo que essa exceção não seja incluída no Direito, ela, por meio de medidas, ocasionam uma suspensão de direitos (total ou parcial), tornando-o dessa forma um “*espaço jurídico vazio*”, em que paira um “*patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo; pode ser ilegal, mas é jurídico e constitucionalmente perfeito, concretizando-se a partir de novas regras*” (2004, p. 12); e autoriza-se “*a abertura de uma lacuna fictícia no ordenamento, com o objetivo de salvaguardar a existência da norma e sua aplicabilidade à situação normal*” (2004, p. 48).

O que se vê é que a forma com que estamos desenvolvendo o sistema repressivo, com elementos de “democracia” e autoritarismo, resulta em grande aproximação às teorias de Direito Penal do inimigo⁽⁴⁾, e em um estado de exceção permanente, conforme ensinamentos de **Agamben**. Principalmente quando, no pacote anticrime aduz às “organizações criminosas”, pois entende-se que as disposições sobre este assunto no dito projeto são lutas excepcionais, por conta de uma emergência, ante ao exacerbado aumento da criminalidade, pela qual existe a prerrogativa de abrir mão de conquistas tão custosas como a universalização dos direitos humanos e as prerrogativas cidadãs do Direito Penal e Processual Penal que se baseiam no respeito aos direitos humanos.

Agamben, estabelece que o estado de exceção visto como paradigma de governo e suporte da criação de um estado de emergência permanente, mesmo que não seja declarado em sentido técnico, torna-se uma prática nos governos atuais com o deslocamento de medidas provisórias e excepcionais para técnica de administração pública.

Infere-se, portanto, que esse fenômeno causa inversão de valores, em que os direitos e garantias individuais tornam-se vias punitivas e o Direito e processo penal, que deveriam ser freios e contrapesos contra as atitudes exacerbadas do Estado, tornam-se meios de agir da segurança pública, ou seja, do próprio Estado.

Conclusão

A iniciativa do Governo Federal de promover a alteração legislativa no âmbito do Direito Penal, Processual e execução penal, intitulada “Projeto anticrime”, destacando a medida

que assegura a validade jurídica do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da decisão criminal condenatória, se apresenta como providência que confirma a hipótese de **Hobbes**, ao tratar da utilização do medo da punição como elemento de imposição de obediência. Tais “*Medidas para assegurar a execução provisória da condenação criminal após julgamento em segunda instância*” se concentram na perspectiva da punibilidade progressiva, originária do trânsito em julgado progressivo e derivada da corrente de entendimento no âmbito do STF que chancela essa posição.

O princípio da presunção do estado de inocência é uma das garantias processuais completamente abraçada pela Constituição Federal, mais ainda em vista dos muitos tratados internacionais de que o Brasil é signatário e está obrigado a cumprir. Traduz-se que ninguém pode ser considerado culpado sem o trânsito em julgado de sentença condenatória. Nesse caso é transito em julgado, não trânsito em julgado parcial (punibilidade progressiva).

Cabe também trazer a lume que o Anteprojeto em testilha requer a alteração do art. 283 do Código de Processo Penal para aumentar o rol de uma exceção (prisão), porém, não pode mudar o texto constitucional do artigo 5º LXI.

Assim, acredita-se que ao seguir a hipótese de **Hobbes**, interpreta-se o princípio da presunção do estado de inocência, primando-se pela higidez do sistema normativo, o que traz credibilidade ao Judiciário frente à população, afirmando-se a “efetividade da função jurisdicional”. Relativizam-se princípios e garantias, interpretando-as de modo a levar à população um sentimento de prestação jurisdicional.

A punibilidade progressiva aqui é vista como a retomada da ordem estatal e do respeito às leis por meio do medo da punição, mesmo diante de lesão a garantias constitucionais (princípios reguladores do Estado Civil). A legislação passa a ser utilizada como instrumento de segurança pública (freio aos atos do cidadão) e não mais como salvaguarda dos direitos dos cidadãos (freio dos poderes do Estado). Sendo assim, o trânsito em julgado progressivo serve para legitimar a relativização de direitos e garantias constitucionais, dando foco ao bem maior, a retomada da efetividade da função jurisdicional e do poder Estatal, utilizando-se a exceção (da atuação plena constitucional).

A função ressocializadora está estampada em nossos textos legais, entre eles a Lei de Execuções Penais e Constituição Federal, constituindo-se em imperativo ao Estado brasileiro. Com a necessidade de afirmação do poder estatal e higidez do sistema normativo, se assimila uma perfeita salada entre Direito público e fato político, com suspensão de direitos individuais, o que gera insegurança e abre uma lacuna fictícia no ordenamento para proteger o novo e sua aplicação. Esse fenômeno é chamado por **Agamben** de estado de exceção.

Logo, entende-se que se tem primado aqui pela teoria hobbesiana, aplicando-se o estado de exceção, com a mitigação de entendimentos já consolidados sobre garantias constitucionais, como o princípio da presunção do estado de

inocência, ou não culpabilidade, e sua eficiência e eficácia ante lesão ao princípio basilar de ordem internacional.

Referências

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 17 mai. 2018.
- _____. Decreto-Lei 3689, de 03 de out. 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 17 mai. 2018.
- _____. Lei 7.210, de 11 DE julho de 1984. Lei de Execuções Penais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 07 jun. 2018.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 126.292/SP. Relator: MIN. TEORI ZAVASCK. Publicado no DJ de 16 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoInformativoTema/anexo/Informativomensalfevereiro2016.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2018.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 152.752/PR. Relator: MIN. EDSON FACHIN. Publicado no DJ de 09 de abril de 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5346092>>. Acesso em: 05 mai. 2018.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 401, Corte Especial, julgado em 07.10.2009, DJe 13.10.2009, RSTJ vol. 216.. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_37_capSumula401.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2018.
- CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. 22 nov. 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em: 05 mai. 2018.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <https://www.pcp.pt/actpol/temas/dhumanos/declaracao.html>. Acesso em: 05 mai. 2018.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. v. 1. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. v. 1. 15. ed. Niterói: Ímpetus, 2018.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9 ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1992.
- STRECK, Lenio Luiz. *Presunção de inocência: Fachin interpreta a Constituição conforme o CPC*. Disponível em: <www.conjur.com.br/2016-jun-30/senso-incomum-presuncao-inocencia-fachin-interpreta-constituicao-conforme> Acesso em: 16 mai. 2018.

Amanda Alves Oliveira Purger

Mestra em Ciências Jurídicas pela PUC-Rio. Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal pela FADIVALE. Professora de Direito Penal e Processual Penal. Advogada. amandaoliveira@hotmail.com

Maury Silva

Doutorando em Ciências da Comunicação (interface com Direito Eleitoral) pela UNISSINOS e mestre em Estudos Territoriais (ênfase em Criminologia e Direitos Humanos) pela UNIVALE. Professor de Direito Penal e Processual Penal. Juiz de Direito no Estado de Minas Gerais. amau@uai.com.br

Pacote anticrime e a teoria do caos

Jardel Sabino de Deus e Rafael Fernandes de Souza

Introdução

O presente trabalho pretende formular uma breve análise acerca do “pacote anticrime” apresentado recentemente pelo ministro Sérgio Moro e, por meio da utilização de uma lógica jurídica baseada na observação do Direito Penal enquanto mecanismo de dominação a partir da Teoria do Caos, visa tentar desvelar o que de fato há por trás do apelidado “projeto Moro” e suas possíveis consequências para a sociedade, em sendo aprovado da forma que se apresenta.

Para tanto, será utilizada a metodologia da revisão bibliográfica; e, com vistas a explorar a ideia aqui descrita, utilizar-se-á de conjecturas físico-jurídicas na tentativa de demonstrar os perigos relacionados a um maior hiperencarceramento dos indesejáveis como uma real e latente consequência daquilo que se apresenta como último avatar de combate ao crime (o projeto). Mas a que crime se quer combater? Quem são os criminosos que se deseja punir? A quem, de fato, se quer endereçar o rigor da lei penal? São essas algumas das perguntas a que se pretende responder neste pequeno ensaio.

Para falar a respeito de situações novas, importante, primariamente, contextualizar a gênese de tais situações, e os motivos pelos quais elas evoluíram para o cenário existente. Portanto, diante do contexto que será discutido nesta incursão, se revela importante visualizar-se o panorama em que o atual ministro da justiça e da segurança pública ergue sua bandeira de combate ao crime e a “criminosos”.

A sociedade brasileira, como um todo, impregnada com notícias midiáticas de corrupção, crimes do colarinho branco e utilização indevida de verbas públicas, amplamente divulgadas pelos meios de comunicação de massa, promoveu recentemente um rompimento com o dualismo de poder existente no Brasil nos últimos anos. Elegeu para a Presidência da República um candidato que se autoafirma ultradireitista e que sempre foi objeto de escárnio perante a população e até mesmo entre seus colegas parlamentares em razão das ideias alucinantes que defendia, a saber, a defesa da ditadura militar, da tortura e de torturadores.

O candidato em questão, hoje Presidente Jair Bolsonaro (PSL/RJ), sempre teve uma atuação parlamentar polêmica, caricata, pregando, por vezes, ódio contra mulheres, homossexuais, presidiários, pretos, quilombolas, índios etc. Acontece que esse discurso, fundido à exposição na mídia de uma corrupção sistêmica que aflorou durante os governos passados, e graças à velocidade das informações, aliados ao “atentado” sofrido por ele às vésperas do pleito, alavancou a sua candidatura e o fez vencer a corrida eleitoral à Presidência da República.

O militar reformado, com o discurso inicial de nomear para os seus ministérios profissionais técnicos, que não

tivessem manchas em suas reputações, logo no momento pós-eleitoral escolhe para seu ministério da justiça e da segurança pública o agora ex-magistrado, que havia pouco condenara os opositores do mais novo presidente por crimes de corrupção, lavagem de dinheiro, dentre outros, em um processo deveras tumultuado e objeto de uma série de questionamentos, inclusive acerca de sua suspensão, já que o julgador atuava como se estivesse em um intenso “cabo de guerra”; era como se, no referido jogo processual, ele não pudesse perder de forma alguma, já que a partir dali passou a gozar de fama, prestígio midiático e internacional – afinal, os holofotes têm verdadeiro poder de seduzir aqueles que almejam o poder acima de tudo e de todos.

Não se pretende, no presente ensaio, fazer uma aprofundada análise de ponto a ponto do que se vem chamando de “projeto Moro”; todavia, entendemos ser possível formular uma reflexão a respeito das mudanças propostas enquanto conjunto fechado, em sua plenitude, fazendo uso da consagrada Teoria do Caos⁽⁴⁾ como elemento desvelador de ao menos um dos objetivos dessas mudanças.

Obviamente, como se trata de uma alteração no tecido social brasileiro, e como todos os elementos dessa sociedade estão interligados, fatalmente, quando se alterar um elemento (neste caso, a lei), os demais sofrerão maior ou menor interferência; dessa forma, o desafio de combater o crime e a corrupção, conforme anunciado, ganha contornos inimagináveis para um governo que foi eleito há pouco menos de quatro meses, e especialmente para um ministro que até pouco tempo atrás era juiz de Direito e sequer cogitava ser alçado ao posto de ministro da justiça.

Eis um grande problema do Direito e da política brasileira, na medida em que os dois se relacionam intimamente; trata-se de questões sérias e hipercomplexas, enviesadas pela banalidade típica daquilo que a doutrina chama de “direito penal de emergência” (ou promocional), que ignora direitos e garantias fundamentais, que ignora inclusive a literalidade do texto constitucional com a finalidade de promover-se às custas de quem quer que seja em seu trajeto de exclusão dos indesejáveis, para ascensão e manutenção no poder.

Quanto à lógica da dominação nas sociedades capitalistas emergentes, como é o caso da brasileira, Zaffaroni já nos alertava para a mola propulsora que representa a desigualdade patrocinada pelas políticas punitivas excludentes do Direito Penal, concluindo com maestria ao ressaltar que “(...) ser explorado é uma dialética; sem explorado, não existe o explorador, sem dúvida. Mas, o excluído não é necessário para o incluído. O incluído não necessita do incluído. O excluído perturba; é alguém que está demais, alguém que nasceu errado e que é descartável” (ZAFFARONI, 2005, p. 22 - 23).

De maneira objetiva na criminalização secundária, o primeiro ou principal elemento de seleção que se apresenta, inclusive no *novel* pacote anticrime, é o se chamar de “padrão básico de criminoso” (DEUS, 2018, p. 485-508), tipicamente identificado pelas instituições penalizantes segundo sua etnia, gênero, cor de pele, idade e classe social. Uma vez mais na linha da doutrina de Zaffaroni e Nilo Batista, o modelo básico de criminoso acaba sendo caracterizado assim: “*Isto leva à conclusão pública de que a delinquência se restringe aos segmentos subalternos da sociedade, e este conceito acaba sendo assumido por equivocados pensamentos humanistas que afirmam serem a pobreza, a educação deficiente, etc., as causas do delito, quando, na realidade, são estas, junto ao próprio sistema penal, fatores condicionantes dos ilícitos desses segmentos sociais, mas, sobretudo, da sua criminalização, ao lado da qual se espalha, impune, todo o imenso oceano de ilícitos dos outros segmentos, que os cometem com menor rudeza ou mesmo com refinamento*” (ZAFFARONI, 2011, p. 48).

Por esse prisma, não é forçoso constatar que, no processo histórico mundial e brasileiro, inclusive, a clientela favorita do sistema de justiça penal comumente são os nichos marginalizados e pobres, em decorrência dos processos históricos de desqualificação dos negros, pobres e moradores das periferias; esses e outros setores da sociedade são mais reféns dos órgãos de repressão inerentes ao poder punitivo estatal, representando o “projeto moro” nada mais do mesmo.

1 Interações sociais e emergência penal, mais um passo rumo ao caos

A sociedade é uma teia complexa de tecidos sociais, constituída de diversas interações entre seus elementos. Tais interações sociais são mais intensas entre alguns elementos, em detrimento de outros; e cada interação interfere, em menor ou maior intensidade, em elementos externos à relação que criou tais interações; uma verdadeira dinâmica de causa e efeito(s).

Qualquer movimento na sociedade, por mais simples que seja, trará enormes consequências para ela, pois tem-se um sistema dinâmico com interações infinitas, e por isso essas modificações, ainda que sutis, trarão grandes resultados, por certo danosos, a curto ou a longo prazo.

Pode-se tomar emprestado o conceito clássico da Teoria do Caos, desenvolvida por Edward Norton Lorenz, matemático norte-americano, para apresentar tais interações e suas consequências provenientes de pequenas modificações no sistema. Vejamos o que diz um pequeno trecho do resumo do artigo original: “(...) Para aqueles sistemas com soluções limitadas, verifica-se que as soluções não periódicas são normalmente instáveis no que diz respeito a pequenas modificações, de modo que estados iniciais ligeiramente diferentes podem evoluir para estados consideravelmente diferentes”.⁽²⁾

Em que pese o estudo estar focado em questões jurídicas, a teoria apresentada se aplica com exatidão para explicar prováveis consequências do que poderá ocorrer com o

complexo pacote anticrime recém-anunciado; pois, como diz o matemático, uma pequena mudança nas condições iniciais poderá acarretar enormes transformações.

Obviamente que a ideia é mais abrangente do que o que é aqui mencionado; porém, nos permite fazer algumas constatações importantíssimas. Vejamos: o pacote anticrime pretende alterar diversos dispositivos legais, como vem sendo apregoado, tudo com o aparente interesse de aumentar a eficiência do Estado no combate ao crime. No entanto, ao fazer tais mudanças, inevitavelmente todo o tecido social será afetado, o que poderá gerar consequências inimagináveis. Dentre elas, o hiperencarceramento a partir de propostas de “carta branca” às forças policiais, avalizadas por instituições de poder como Ministério Público, Executivo e Judiciário, sendo que todas deveriam zelar pela preservação dos direitos individuais conquistado a duras penas.

Por certo o governo não formulou projeções de todas as possíveis consequências; e se uma pequena mudança já apresenta enormes consequências, quem dirá diversas mudanças simultaneamente. O que a Teoria do Caos nos diz é que o sistema social brasileiro terá consequências cuja vastidão, a priori, nem se consegue imaginar.

Diante dos possíveis efeitos deletérios apresentados pelo projeto que seguirá seu curso no processo legislativo meramente formal que tem sido o brasileiro, algumas concatenações são lógicas e evidentes: aumentando o hiperencarceramento, num sistema prisional falido, que não comporta mais uma pessoa sequer, em pequenos e drásticos cubículos que só contribuem para maior rebaixamento de sua dignidade, aumentarão as revoltas dos presos e de seus familiares; e por isso mais rebeliões poderão acontecer. Detentos e não detentos passarão a experimentar um cenário ainda mais caótico, que por vezes se inflama como elemento de uma economia disfuncional, ausência de implementação de direitos básicos do cidadão e desemprego constante; estaremos, se já não estamos, indubitavelmente a um passo do caos.

As variáveis são tantas que nem mesmo o computador mais potente poderá analisá-las todas de uma única vez e, portanto, o pacote anticrime tem todos os adjetivos para deixar a sociedade ainda pior, em vez de lhe proporcionar qualquer bem-estar.

Na verdade, mudanças como as sugeridas não objetivam solucionar o problema da criminalidade, senão criar maior ferramental jurídico-penal com a finalidade de fortalecer a braço neoliberal, que somente se estende aos menos favorecidos enquanto mecanismo de força, de segregação em massa e de detenção dos indesejados da República.

Não se está a pregar pessimismo com relação ao pacote antirriminalidade. Trata-se, na verdade, de constatar aquilo que os principais centros de estudos penais brasileiros e mundiais já constataram, que o Direito Penal não possui força para tratar questões que não são de Direito Penal; e quando usado por esse viés somente acarreta danos ainda maiores do que aqueles já experimentados pelas classes subalternas da sociedade.

Conclusão

Em verdade, a implementação de mudanças como aquelas que estão sendo apresentadas – endurecimento de penas para determinados crimes, gravação de diálogos entre clientes e seus advogados, alijamento completo do princípio da presunção da inocência com a prisão a partir de condenação em segunda instância e logo após condenação pelo tribunal do júri, ao arrepio do texto constitucional, fortalecimento da letalidade policial, abertura da possibilidade de comercialização e porte de armas de fogo, formação de banco de DNA de pessoas presas, endurecimento da lei de crimes hediondos etc. –, evidentemente não tem o condão de atingir os verdadeiros alcoses da República, mas sim de promover o fortalecimento do Estado penal por meio de um Direito Penal de emergência sem precedentes na história brasileira, o que por certo trará consequências nefastas e incalculáveis para a sociedade e para os direitos humanos coletiva e individualmente conquistados.

Referências

DEUS, Jardel Sabino de; CARVALHO, Thiago Fabres de. Até que ponto a pena privativa de liberdade “vale a pena”? O mito do (des)controle social por meio da punição no direito penal brasileiro. In: CONGRESSO DE PESQUISA EM CIÊNCIAS CRIMINAIS, 2., 2018, São Paulo. *Anais* [...]. São Paulo: IBCCRIM, 2018. p. 485-508. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/docs/2018/CPCRIM_2018.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2019.

LORENZ, Edward Norton. *Deterministic Nonperiodic Flow*. p. 01. Disponível em: <[https://doi.org/10.1175/1520-0469\(1963\)020<0130:DNF>2.0.CO;2](https://doi.org/10.1175/1520-0469(1963)020<0130:DNF>2.0.CO;2)>. Acesso em: 22 fev. 2019. Tradução Livre.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Abertura. In: KARAM, Maria Lúcia (org.). *Globalização, sistema penal e ameaças ao Estado democrático de direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 22-23.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro – I*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 48.

Notas

- (1) A teoria do Caos foi proposta pelo premiado matemático e meteorologista norte-americano Edward Norton Lorenz.
- (2) Trata-se de uma Livre tradução. O original pode ser encontrado no link que está na referência.

Jardel Sabino de Deus

Doutorando e mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV.
Professor de Direito Penal e Teoria Geral do Direito da Faculdade Doctum de Vitória/ES.
Assessor de nível superior para assuntos jurídicos do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.
jardeldedeus@yahoo.com.br

Rafael Fernandes de Souza

Graduando em Direito pela Faculdade Doctum de Vitória/ES.
doctum.adv@gmail.com

Acerca das propostas de alteração à Lei de Organizações Criminosas (Lei 12.850/2013) no “Projeto de Lei Anticrime”

Ana Carolina de Moraes Colombaroli e Fernando Andrade Fernandes

Nas últimas décadas do século XX e neste início de século XXI, a concepção teórica do que seria uma organização criminosa foi objeto de grande interesse global e divergência na doutrina especializada.⁽¹⁾ À dificuldade doutrinária, somava-se a ausência, na legislação brasileira, da definição de organização criminosa. O resultado do quadro era a confusão rotineira entre o concurso eventual de pessoas, a associação criminosa e a organização criminosa,⁽²⁾ com a consequente banalização do conceito de crime organizado e a recorrente postura das autoridades repressoras em atribuir a uma “organização criminosa” todas as infrações penais envolvendo mais de três pessoas.

A Lei 9.034/1995, que dispunha sobre meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, absteve-se de apresentar uma definição legal do fenômeno.⁽³⁾ O referencial normativo para a definição de casos que envolvessem a suposta organização criminosa passou a ser a Convenção das Nações Unidas sobre Crime Organizado, conhecida como Protocolo de Palermo

(reconhecida pelo Decreto 5.015/2004).⁽⁴⁾ A Lei 12.694, de julho de 2012, finalmente apresentou a definição legal de organização criminosa, mas esta não chegou a consolidar-se no Ordenamento Jurídico brasileiro, pois o legislador editou a Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013, redefinindo a organização criminosa com outros contornos e outras abrangências.⁽⁵⁾

A Lei 12.850/2013 definiu a organização criminosa nos seguintes termos: “*considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional*” (art. 1º, §1º). Seriam, portanto, características inerentes ao tipo penal da organização criminosa: a associação organizada de ao menos quatro pessoas com o propósito de cometer crimes; o fim especial de obter vantagem de qualquer natureza; a estrutura ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas,

o que exige um mínimo de organização hierárquica estável e harmônica, com distribuição de funções e obrigações organizativas, bem como estabilidade e permanência, como elementares implícitas; a prática de infrações penais supostamente graves (penas máximas superiores a 4 anos) ou de infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional.

A partir dessa definição conceitual, verificou-se um importante avanço em garantir a segurança na aplicação do tipo penal, uma vez que se tornou vedado às autoridades repressoras e aos magistrados a confusão entre organização criminosa, associação criminosa e concurso de pessoas e também o recurso às definições internacionais para ampliar a concepção brasileira de organização criminosa. Restringiu-se a banalização do conceito, o que era necessário, especialmente diante da gravidade da pena cominada.⁽⁶⁾

O Projeto de Lei propõe, pouco mais de 5 anos após a entrada em vigor da Lei 12.850, a alteração do conceito de organização criminosa. Se aprovada a alteração legislativa, o art. 1º, §1º da Lei 12.850, passará a vigorar com a seguinte redação: “§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, e que: I - tenham objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos; II - sejam de caráter transnacional; ou III - se valham da violência ou da força de intimidação do vínculo associativo para adquirir, de modo direto ou indireto, o controle sobre a atividade criminal ou sobre a atividade econômica, como o Primeiro Comando da Capital, Comando Vermelho, Família do Norte, Terceiro Comando Puro, Amigo dos Amigos, Milícias, ou outras associações como localmente denominadas”.

Ao §1º e seus incisos I e II, não se vê qualquer inovação em relação ao texto original, mas somente a divisão das características inerentes ao tipo penal em dois incisos. A controvérsia se coloca justamente sobre o inciso III.

O que mais se destaca no novo inciso é a inclusão, com citação nominal, de conhecidas facções na definição do crime de organização criminosa. O pressuposto de uma lei penal é a necessidade de que seja ampla, objetiva e impessoal, de modo que “não seria conveniente definir-se organização criminosa por meio de ‘conceitos estritos ou mesmo de exemplos de condutas criminosas’”, possa tanto propiciar lacunas de punibilidade quanto implicar “um arbítrio excessivo do aplicador do Direito no momento de decidir o que constitui ou não uma organização criminosa”,⁽⁷⁾ demonstrando a ausência de técnica legislativa. Além disso, conforme dito por **Elio Gaspari** em sua coluna na Folha de São Paulo,⁽⁸⁾ “ao nominar o PCC e outras facções de criminosos, o ministro Sérgio Moro deu-lhes um verdadeiro CNPJ”. O Projeto confere estatuto jurídico às facções criminosas, as legítimas e demonstra a sua força: força suficiente para serem mencionadas pela legislação. E deixa ainda a dúvida: todas as facções criminosas nominalmente inseridas no Projeto de

Lei, bem como as milícias, já são abrangidas pelo conceito de organização criminosa apresentado no texto original da Lei 12.850/2013? Não há razão que justifique a citação dos nomes no texto legislativo.

Mais importante, porém, do que conferir estatuto jurídico às facções, o inciso III incluído no projeto passa a tratar como organização criminosa associações que não se enquadrariam nas características típicas do conceito original. Em outros termos, para a configuração de uma organização criminosa, não seria mais necessária a prática de infrações penais com a pena máxima superior a quatro anos, ou a prática de infrações penais de caráter transnacional.

São apresentados, para a possibilidade de classificação enquanto organização criminosa, termos extremamente vagos e imprecisos, como “se valer da força de intimidação do vínculo associativo” e “para obter controle sobre atividade criminal ou sobre a atividade econômica”. O que exatamente seria a “força do vínculo associativo”? O “controle sobre atividade econômica” possibilitaria englobar no conceito de organização criminosa até mesmo os conglomerados empresariais.

Esses termos conferem às autoridades repressoras e aos julgadores, mais uma vez, uma grande margem interpretativa para classificar como organizações criminosas – além da tradicional confusão com associações criminosas e concurso de pessoas –, associações legítimas. Fica possibilitada, mais uma vez, a banalização do conceito de organização criminosa.

É necessário, então, questionar se a ausência de técnica legislativa e a imprecisão do texto do novo inciso são propositais, com a intenção não declarada de garantir discricionariedade aos atores do sistema de justiça criminal ao manejar o tipo penal de organização criminosa.

O Projeto de Lei, que se assemelha mais a um “pacote de medidas”, para além da ampliação do conceito de organização criminosa e da nominação das facções no texto legislativo, propõe também a inserção de dois parágrafos no art. 2º da Lei 12.850/2013, referentes à execução da pena.

A proposta do §8º propõe que as lideranças das organizações criminosas armadas, ou que tenham armas à disposição, deverão iniciar o cumprimento de sua pena em estabelecimentos penais de segurança máxima.

Inspirados nas “supermax” norte-americanas, os estabelecimentos prisionais de segurança máxima fazem parte do Sistema Penitenciário Federal, e caracterizam-se por um regime disciplinar extremamente rigoroso, no qual os presos permanecem sozinhos nas celas durante 22 horas por dia, sem a possibilidade de utilização de rádio, TV ou qualquer equipamento elétrico. Poderia ser considerado um regime “super fechado”.

Conforme a legislação atualmente vigente (Lei 11671/2008), a necessidade de recolhimento nas prisões de segurança máxima deve ser justificada pelo interesse da segurança pública ou do próprio preso, e depende de decisão fundamentada do juízo federal competente. Portanto, trata-se de hipótese que se destina a circunstâncias específicas, que

pressupõe a demonstração da necessidade das restrições mais graves, a ser verificada em concreto, e não aplicada em termos genéricos. Se aprovada a proposta de alteração legislativa, qualquer liderança de organização criminosa que tenha armas à disposição deverá, imediatamente, iniciar o cumprimento de pena em estabelecimento de segurança máxima.

No entanto, a obrigatoriedade de que os líderes das organizações criminosas iniciem o cumprimento de pena em estabelecimento prisional de segurança máxima ofende a garantia constitucional da individualização da pena. Nesse sentido, o STF manifestou-se, em 2012, no HC 111.840, pela declaração incidental de inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei 8.072/90, destacando que os critérios para fixação do regime prisional inicial devem sempre harmonizar-se com as garantias constitucionais, sendo sempre necessária a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado. Em 2017, no ARE 1052700, o STF reafirmou a jurisprudência que veda regime prisional baseado apenas na hediondez do crime, ocasião em que firmou a Tese de Repercussão Geral 972: “É inconstitucional a fixação ex lege, com base no artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei 8.072/1990, do regime inicial fechado, devendo o julgador, quando da condenação, ater-se aos parâmetros previstos no artigo 33 do Código Penal”. Se é inconstitucional a determinação legal de que o regime inicial de cumprimento deve ser o fechado, por certo o é também a determinação legal de que a pena deve ser cumprida em presídios de segurança máxima, questão diretamente relacionada ao regime de cumprimento de pena.

Além da inconstitucionalidade no plano da legitimação, no plano da eficácia político-criminal a medida desconsidera a capacidade de reorganização das organizações criminosas: se uma das lideranças é encaminhada a estabelecimento de segurança máxima, outros integrantes estarão preparados para substituí-la, especialmente no caso de facções como o Primeiro Comando da Capital, que não tem uma organização piramidal, mas sim em células. Como explicou **Camila Nunes Dias**, ao falar da transferência do líder “Marcola” para um presídio de segurança máxima, “o PCC sempre trabalhou com essa perspectiva de ter alguém para substituir algumas pessoas-chaves quando elas vão para regimes de isolamento”.⁽⁹⁾

A proposta do §9º para o art. 2º da Lei 12.850/2013 prevê que o condenado por integrar organização criminosa ou por crime praticado através de organização ou associação criminosa não poderá progredir de regime, obter livramento condicional ou outros benefícios na execução da pena se houver elementos que indiquem a manutenção de vínculo associativo.

Mais uma vez, o Projeto de Lei apresenta uma proposta que já foi considerada inconstitucional pelo STF. No HC 82.959, o STF apontou que a obrigatoriedade do regime fechado conflita com a garantia de individualização da pena, declarando a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º da Lei 8.072/90 que, originalmente, estabelecia que a pena em

crimes hediondos seria cumprida integralmente em regime fechado. Com isso, editou a Súmula Vinculante 26: “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico”.

Na proposta deste §9º, o “pacote de medidas”, mais uma vez, demonstra prescindir de técnica legislativa e de conceitos básicos sobre organização criminosa, ao impedir a progressão de regime dos condenados por crimes praticados tanto por organizações criminosas quanto por meras associações criminosas, contrariando a própria Lei de Organizações Criminosas e indo na contramão da doutrina especializada, que empreendeu esforço para deixar claras as diferenças entre a associação criminosa, prevista no art. 288 do Código Penal, e a organização criminosa, prevista no art. 1º, §1º da Lei 12.850/2013.

Com o impedimento para a progressão de regime e a concessão de benefícios na execução da pena, o projeto supõe que os encarcerados seriam dissuadidos de ingressar ou continuar integrando alguma organização criminosa. No entanto, uma vez dentro do cárcere, um argumento muito mais convincente do que a impossibilidade de progressão de regime impele os encarcerados a compor os quadros de uma organização criminosa: a sobrevivência. Em qualquer prisão, é necessário estar integrado a algum grupo para sobreviver. Com a superlotação carcerária e as condições desumanas dos estabelecimentos prisionais, os presos vivem a ameaça cotidiana à sua integridade física, e são as facções prisionais, e não os agentes penitenciários, que estabelecem a ordem no cárcere.

Por fim, para além das inconstitucionalidades e das imprecisões legislativas no que tange à conceituação das organizações criminosas e aos regimes de pena mais rigorosos aos seus líderes e integrantes, o pacote de alterações legislativas proposto, considerado em sua totalidade, resultará em um considerável aumento da população carcerária brasileira – notadamente entre os jovens pobres e periféricos, clientela habitual do sistema de justiça criminal – e, conseqüentemente, em um enorme número de membros a serem recrutados pelas facções penitenciárias. Ante o recrudescimento da persecução penal e do modelo de policiamento de “guerra”, o discurso das facções prisionais, fundado nas mazelas cotidianas da população carcerária e dos jovens da periferia, será capaz de arregimentar mais e mais soldados.

As opções de política criminal apresentadas no pacote de medidas apostam, mais uma vez, no encarceramento em massa e nas respostas populistas, que nem apresentam coerência com o ordenamento jurídico brasileiro, nem se apresentam em conjunto com um plano efetivo de segurança pública. O que se vê é a insistência em um modelo de repressão que formatou o cenário propício para o fortalecimento e a disseminação das organizações criminosas brasileiras.

Notas

- (1) *Révue Internationale de Droit Pénale, Nouvelles Études Pénales*. Éditions Éres, 3º e 4º trimestre de 1997. KARSTEN INGVALDSEN, V.; LUNDGREN, S. (ed.). *Organised Crime: norms, markets, regulation and research*. Oslo: Unipub, 2009. CANCIO MELIÁ, Manuel; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Delitos de organización*. Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2008. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La “intervención a través de organización”, ¿una forma moderna de participación en el delito? In: *Delitos de organización*. . . p. 87-118. MINGARDI, Guaracy. *O estado e o crime organizado*. São Paulo: IBCCRIM: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, 1998. GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/1995) e político-criminal*. São Paulo: RT, 1995. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Crime organizado: uma categorização frustrada. Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*, a. 1, n. 1, p. 45-68, 1996.
- (2) PRADO, Luiz Régis; CASTRO, Bruna Azevedo de. *Crime organizado e sistema jurídico brasileiro: a questão da conformação típica*. v. 890. São Paulo: RT, dez. 2009. p. 3-5.
- (3) FRANCO, Alberto Silva. Um difícil processo de tipificação. *Boletim IBCCrim*, n. 21, set. 1994.
- (4) ONU. Convenção das Nações Unidas contra a delinquência transnacional Organizada, Palermo, dez. 2000. Naciones Unidas: New York. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 15 mai. 2019. UNITED NATIONS. Statement by the Secretary-General on the World Ministerial Conference on Organized Crime. *Press Release*, 21st November 1994.
- (5) GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à lei de organização criminosa: Lei n. 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- (6) BITENCOURT, Cezar Roberto. Nossas primeiras reflexões sobre organização criminosa. *Revista Acadêmica*, v. 86, n. 1, p. 79, 2014.
- (7) HASSEMER, Winfried. Límites del estado de derecho para el combate contra la

criminalidad organizada tesis y razones, *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 23, p. 2, jul. 1998, que critica o uso de “una definición vaga y generosa de la criminalidad organizada”. PRADO, Luiz Régis; CASTRO, Bruna Azevedo de. *Crime organizado e sistema jurídico brasileiro: a questão da conformação típica*. v. 890. São Paulo: RT, dez. 2009. p. 5-6.

- (8) GASPARI, Elio. As mineradoras precisam chamar os oncologistas. *Folha de S. Paulo online*, 10 fev. 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/eliogasp/2019/02/as-mineradoras-precisam-chamar-os-oncologistas.shtml>>. Acesso em: 10 fev. 2019.
- (9) JOSINO, Josmar; CRUZ, Maria Tereza. Marcola e outros integrantes da cúpula do PCC são transferidos para presídios federais. *Ponte online*, 13 fev. 2019. Disponível em: <<https://ponte.org/lider-do-pcc-presno-no-interior-de-sp-sera-transferido-para-presidio-federal/>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

Ana Carolina de Moraes Colombaroli
Mestra em Direito pela UNESP. Professora da Libertas
Faculdades Integradas. Advogada.
c.colombaroli@gmail.com

Fernando Andrade Fernandes
Pós-doutor em Direito Penal pela Universidade de Salamanca.
Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra. Professor de
Direito da UNESP e
da Universidad de Salamanca, Espanha.
feranfer@uol.com.br



DIRETORIA DA GESTÃO 2019/2020

DIRETORIA EXECUTIVA

Presidenta: Eleonora Rangel Nacif
1.º Vice-Presidente: Bruno Shimizu
2.º Vice-Presidente: Hélio Alejandro Nogués Moyano
1.ª Secretária: Andréa Cristina D'Angelo
2.ª 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

Alvino Augusto de Sá
Cristiano Ávila Maronna
Ela Wiecko Volkmer de Castilho
Geraldo Prado
Sérgio Salomão Shecaira

OUIDORAS

Fabiana Zanatta Viana

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661

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

EDITOR-CHEFE: Luigi Giuseppe Barbieri Ferrarini.

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

EDITORES/AS EXECUTIVOS/AS: Rafael Vieira, Taynara Lira e Willians Meneses.

CORPO DE PARECERISTAS DESTA VOLUME:

Anna Carolina Canestraro (Universidade de Coimbra - Portugal), Antonio de Holanda Cavalcante Segundo (UFCC - Ceará/CE), Christiane Heloisa Kalb (UFSC - Florianópolis/SC), Cristiano de Barros Santos Silva (USP - São Paulo/SP), Daiana Santos Ryu (USP - São Paulo/SP), Daniel Kessler de Oliveira (Feevale - Novo Hamburgo/RS), Gabriel Huberman Tyles (FADISP - São Paulo/SP), Indaia Lima Mota (UFBA - Salvador/BA), Jacqueline do Prado Valles (PUC - São Paulo/SP), Jônica Marques Aragão (UFMG - Campina Grande/PB), Leticia Galan Garducci (UERJ - Rio de Janeiro/RJ) e Luiz Fernando Kazmierczak (UENP - Jacareizinho/PR).

CORPO DE PARECERISTAS:

Alvino Augusto de Sá, Ana Cristina Gomes, Ana Paula Zomer, Anna Carolina Canestraro, Anna Carolina Faraco Lamy, Antonio Baptista Gonçalves, Antonio de Holanda Cavalcante Segundo, Arthur Felipe Azevedo Barretto, Brenno Gimenes Cesca, Brunna Laporte Cazabonnet, Bruno Tadeu Palmieri Buonicore, Camila Rodrigues Forigo, Carla Benitez Martins, Cassio Eduardo Zen, Chiavelli Facenda Falavigno, Christiane Heloisa Kalb, Christiano Falk Fragoço, Christiany Pegorari Conte, Clara Moura Masiero, Cloves Augusto Alves Cabral Ferreira,

Cristiano de Barros Santos Silva, Criziany Machado Felix, Daiana Santos Ryu, Daniel Kessler de Oliveira, Daniel Leonhardt, Daniel Nicory do Prado, Daniela Carvalho Almeida da Costa, Dayane Aparecida Fanti Tangerino, Décio Franco David, Eduardo Neves Lima Filho, Emília Merlini Giuliani, Felipe do Amaral Matos, Fernanda Carolina de Araújo Ifanger, Fernando Barboza Dias, Flavio Antonio da Cruz, Gabriel Huberman Tyles, Gabriela Guimarães Machado, Gerson Faustino Rosa, Guilherme Brenner Lucchesi, Guilherme Gouvea de Figueiredo, Guilherme Grané Diniz, Guilherme Siqueira Vieira, Gustavo Britta Scandelari, Gustavo Noronha de Ávila, Gustavo Tozzi Coelho, Hélio Peixoto Junior, Indaia Lima Mota, Isabela Albuquerque Mustafa, Iverson Kech Ferreira, Jacqueline do Prado Valles, Jaqueline Aparecida Fernandes Sousa, Joel de Freitas, Jônica Marques Coura Aragão, Juliana da Silva Regassi, Júlio César Faria Zini, Keity Saboya, Leonardo Costa de Paula, Leticia Galan Garducci, Luana Adriano Araújo, Lucas Minorelli, Lucas Silva Machado, Luís Carlos Valois, Luiz Fernando Kazmierczak, Luiz Francisco Torquato Avolio, Luiz Philipe Ferreira de Oliveira, Marcelo Lemos, Marcio Guedes Berti, Márcio Soares Bercclaz, Marco Aurélio Gumieri Valério, Marco Aurélio Moura dos Santos, Maria Gorete Marques de Jesus, Marianna de Queiroz Gomes, Maria Eduarda Azambuja Amaral, Mariana Chies Santiago Santos, Naiara Vilardi Soares Barbério, Octavio Augusto da Silva Orzari, Pablo Rodrigo Alfien, Paola Bianchi Wojciechowski, Patricia Maria da Silva Gomes, Patrick Lemos Cacicedo, Paulo Bueno de Azevedo, Paulo Gustavo Lima e Silva Rodrigues, Pedro Augusto Simões da Conceição, Plínio Leite Nunes, Rafael Fecury Nogueira, Renan Barboza de Faria, Renata Macedo, Renato Watanabe de Moraes, Ricardo Juozepavicius Gonçalves, Rossana Brum Leques, Ruiz Ritter, Sara Vieira Antunes, Sérgio Salomão Shecaira, Sarah Merçon-Vargas, Spencer Toth Sydow, Thadeu Augimeri de Goes Lima, Thais Del Monte Buzato, Thaisa Bernhardt Ribeiro, Thiago Allisson Cardoso de Jesus, Thiago Baldani Gomes De Filippio, Thiago Miranda Minagé, Tiago Venicius André dos Santos, Tomás Grings Machado, Túlio Felipe Xavier Januário,

Vanessa Aparecida de Souza Fontana, Vanessa de Lima Marques Santiago Sousa, Vinicius Gomes de Vasconcellos, Vitor Gonçalves Machado, Vitória Chammass Varela Alves e Yuri Felix.

CORPO DE PESQUISA JURISPRUDENCIAL:

Bruno Maurício, Camila Saldanha Martins, Caroline Bussoloto de Brum, Fábio Suardi D'Elia, Felipe Azenha, Frederico Manso Brusamolín, Jairton Ferraz Júnior, Jonas Augusto de Freitas, Juliana Bertholdi, Kaique Rodrigues de Almeida, Luana Oliveira, Maria Carolina Bissoto, Mariana Beda, Milene Maurício, Pedro Machado de Almeida Castro, Renato Silvestre Marinho, Roberta Werlang Coelho Beck, Stephan Gomes Mendonça, Verônica Carvalho Rahal, 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: 4.180 exemplares

ENDEREÇO DO IBCCRIM:
Rua Onze de Agosto, 52 - 2º andar, CEP 01018-010 - S. Paulo - SP
Tel.: (11) 3111-1040 (tronco-chave)
www.ibccrim.org.br

25^o SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

INSCRIÇÕES ABERTAS

FIQUE DE OLHO

- **Data:**
27 a 30 de agosto de 2019
- **Local:**
Hotel Tivoli Mofarrej – São Paulo (SP)
- **Site:**
www.ibccrim.org.br/seminario25

PALESTRANTES INTERNACIONAIS

- ▮ Anabela Miranda Rodrigues (Portugal)
- ▮ Kabengele Munanga (Congo)
- ▮ Luis Alberto Arroyo Zapatero (Espanha)
- ▮ Máximo Emiliano Sozzo (Argentina)
- ▮ Máximo Langer (EUA)
- ▮ Natalie Byfield (EUA)
- ▮ Omar Palermo (Argentina)
- ▮ Pat Carlen (Inglaterra)
- ▮ Paulo de Sousa Mendes (Portugal)
- ▮ Urs Kindhäuser (Alemanha)

PALESTRANTES NACIONAIS

- ▮ Adriano Teixeira Guimarães (MG)
- ▮ Alberto Zacharias Toron (SP)
- ▮ Alessandra Teixeira (SP)
- ▮ Amara Moira (SP)
- ▮ Andréa Abritta (MG)
- ▮ Andrei Schimidt (RS)
- ▮ Antonio Eduardo Ramires Santoro (RJ)
- ▮ Antonio José Teixeira Martins (RJ)
- ▮ Antonio Magalhães Gomes Filho (SP)
- ▮ Arthur Pinto de Lemos Jr. (SP)
- ▮ Artur Gueiros (RJ)
- ▮ Carlos Eduardo Adriano Japiassú (RJ)
- ▮ Caroline Proner (RJ)
- ▮ Clara Masiero (RS)
- ▮ Diogo Rais (SP)
- ▮ Ela Wieko (DF)
- ▮ Fabyolla Rodrigues (SP)
- ▮ Flaviane de Magalhães Barros (MG)
- ▮ Gustavo Badaró (SP)
- ▮ Gustavo Rabay (PB)
- ▮ Haroldo Caetano (GO)
- ▮ Ilene Patrícia de Noronha Najarian (SP)
- ▮ Juarez Tavares (RJ)
- ▮ Juliana Damasceno (BA)
- ▮ Leandro Ayres França (RS)
- ▮ Lenio Streck (RS)
- ▮ Leonardo Isaac Yarochevsky (MG)
- ▮ Livia Casseres (RJ)
- ▮ Maíra Fernandes (RJ)
- ▮ Marcelo Semer (SP)
- ▮ Mariângela Gama de Magalhães Gomes (SP)
- ▮ Marina Ganzarolli (SP)
- ▮ Mario Sarrubbo (SP)
- ▮ Raquel Lima Scalcon (RS)
- ▮ Renato de Mello Jorge da Silveira (SP)
- ▮ Ronaldo Bezerra dos Santos (MT)
- ▮ Sheila Jorge Selim de Sales (MG)
- ▮ Simone Schreiber (RJ)
- ▮ Thayara Castelo Branco (MA)
- ▮ Thiago Bottino (RJ)
- ▮ Thiago M. Minagé (RJ)
- ▮ Vilma Reis (BA)

REALIZAÇÃO



PATROCÍNIO MASTER

Confira os escritórios patrocinadores do evento em 2019 (até 13/06)

Accioly, Laufer Sociedade de Advogados • Advocacia Sobbé • Alexandre Wunderlich Advogados • Almeida Castro Advogados Associados
Andre Kehdi e Renato Vieira Sociedade de Advogados • Ariosvaldo Campos Pires Advogados • Arruda Botelho Sociedade de Advogados
Arthur Lavigne Advogados Associados • Aury Lopes Jr. Advogados Associados • Badaró Advogados Associados
Barandier Advogados Associados • Burg Advogados Associados • Cascione Pulino Boulos Advogados • Cury e Cury Sociedade de Advogados
Dotti e Advogados • Edson Luz Knippel • Fernando Fernandes Sociedade de Advogados • Geraldo Prado Consultoria Jurídica
Hasson Sayeg, Novaes, Venturole, Andrade e D'Ávila Advogados • Iko Advogados • Joyce Roysen Advogados Associados
Koury Lopes Advogados • Marcos Eberhardt Advogados Associados • Maria Elizabeth Quejo e Eduardo M. Zynger Advogados
Maronna, Stein e Mendes Advogados • Maurício Campos Júnior Sociedade de Advogados • Mudrovitsch Advogados
Nogués Moyano Sociedade de Advogados • Ráo, Pires & Lago Advogados • Sá Domingues e Fanti Sociedade de Advogados
Teixeira e Kullmann Advogados • Tofic Simantob, Perez, José e Ortiz Sociedade de Advogados • Toron, Torihara e Cunha Advogados
Trigueiro Fontes Sociedade de Advogados • Wedy Advogados • Wilson Tavares Advogados • Zuba Advocacia

Saiba como seu escritório pode patrocinar o Seminário. Escreva para eventos@ibccrim.org.br

| CORTES INTERNACIONAIS E SUAS DECISÕES COMENTADAS

Caso Ruano Torres vs. El Salvador: breve reflexão sobre a parametrização da defesa eficaz no sistema interamericano de direitos humanos

Rivana Barreto Ricarte de Oliveira

A discussão sobre o papel exercido pela defesa no âmbito processual penal, sua efetividade, sua abrangência e sua autonomia é um desafio que ganha força na medida em que se aprofunda na reflexão da centralidade do sujeito defendido, no limite ético do sujeito defensor e no fortalecimento da autonomia institucional da Defensoria Pública em particular.

A mera existência de leis específicas não é suficiente para garantir o acesso à defesa penal efetiva. É necessário conjugar abordagens diversas que abrangem, em um primeiro ângulo, verificar a existência ou não de uma estrutura constitucional e legislativa apropriada na área dos direitos de defesa criminal, até a conferência quanto às normas legais, existência de instituições regulamentadas e procedimentos que permitem que esses direitos sejam reconhecidos e aplicados de forma eficaz. Em um segundo ângulo, ressalta-se a imprescindibilidade da análise quanto às condições pessoais e profissionais dos responsáveis por realizar a defesa criminal.

Em 2008, no Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador, pela primeira vez, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) sancionou o país pela atuação deficiente da Defensoria Pública no ato de interrogatório.⁽¹⁾ Em 2015, por sua vez, a Corte foi além. No Caso Ruano Torres vs. El Salvador, o tema se expandiu para suscitar nova análise sobre o direito de defesa e o direito à presunção de inocência.⁽²⁾ A Corte analisou os diferentes aspectos do caso em relação ao direito de defesa e a atuação da Defensoria Pública, para determinar e esclarecer o alcance da responsabilidade do Estado, bem como para traçar parâmetros do que seria considerado uma defesa diligente, que resguarde os direitos dos imputados.

Por essa razão, estabelecer parâmetros avaliativos sobre a eficiência da defesa é importante e encontra, na jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), uma ferramenta essencial.

O artigo aborda a defesa eficaz a partir da análise da jurisprudência da CorteIDH no tema da responsabilidade do Estado por falhas decorrentes da atuação da Defesa efetivada por meio da Defensoria Pública. Para tanto, inicia-se apresentando os contornos fáticos do caso, em seguida discutem-se os parâmetros de defesa no sistema interamericano e, por fim, problematiza-se a existência ou não de limites éticos à defesa e o respeito aos *standards* interamericanos.

| CORTES INTERNACIONAIS E SUAS DECISÕES COMENTADAS

Caso Ruano Torres vs. El Salvador: breve reflexão sobre a parametrização da defesa eficaz no sistema interamericano de direitos humanos
Rivana Barreto Ricarte de Oliveira — 2197

| JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

Superior Tribunal de Justiça
Éric Lavoura — 2200

| JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal — 2205
Superior Tribunal de Justiça — 2205
Superior Tribunal Militar — 2206
Tribunal Regional Federal da 1ª Região — 2206
Tribunal Regional Federal da 3ª Região — 2208
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo — 2208

O caso: contorno fático

Os fatos remetem a outubro de 2000, quando José Agapito Ruano Torres foi capturado pela Polícia Nacional Civil de El Salvador, dentro de sua própria casa, onde foi torturado na frente de seus familiares, por seu suposto envolvimento em um crime de sequestro cometido em 22 de agosto de 2000, com sérias dúvidas sobre se ele era de fato a pessoa apelidada de “El Chopo”. Posteriormente, ele foi condenado a 15 anos de prisão por um processo judicial que apresentou irregularidade em razão de sua errônea identificação. As duas únicas provas nas quais a condenação se baseou foram realizadas com uma série de irregularidades. O senhor Ruano Torres permaneceu preso por 13 anos e depois recebeu o benefício da liberdade provisória.

Em 12 de dezembro de 2003, a denúncia sobre o Caso foi levada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), ocasião em que se apontava que o desempenho técnico deficiente do defensor público que atuou no processo no país de origem constituiu violação do direito de defesa. Após a tramitação na Comissão, esta fez chegar o caso à Corte, definindo, no seu Informe de Mérito,⁽³⁾ os fatos violatórios em análise. Questionou-se o porquê de vícios do processo não terem sido alegados pela defesa técnica, acarretando a condenação do acusado.

Já em tramitação na CorteIDH, em maio de 2014, foi feita a designação de Defensores Públicos Interamericanos (DPIs)⁽⁴⁾ para realização da assistência de defesa da vítima. Conforme apontado pela CIDH e pelos defensores públicos interamericanos, por meio do Escrito de Solicitações, Argumentos e Provas (ESAP),⁽⁵⁾ os defensores públicos no caso deixaram de realizar pronta intervenção no início do processamento da causa criminal; de formular perguntas e exigir esclarecimentos sobre a forma de identificação do acusado; e de interpor recurso contra a decisão de primeiro grau.

Em 5 de outubro de 2015, a CorteIDH emitiu uma sentença declarando o Estado de El Salvador responsável pela violação do direito à integridade pessoal e pela proibição da tortura, pela violação do direito à liberdade pessoal, da presunção de inocência, do direito de defesa e de ser ouvido com as devidas garantias, e do direito à proteção judicial. O Tribunal analisou questões, tal qual ressaltou **Renata Tavares da Costa**, de como e quando devem ser nomeados os defensoras ou defensores públicos, e acerca

das “condições pessoais e institucionais do advogado defensor proporcionado pelo Estado e sua atuação no caso concreto”.⁽⁶⁾ No processamento do caso perante a CorteIDH, o Estado de El Salvador emitiu um reconhecimento de responsabilidade internacional que incluiu a aceitação total dos fatos.

A defesa eficaz: standards interamericanos

As normas internacionais que preveem direitos de defesa para o acusado constituem um corpo normativo amplo, claro e preciso, semelhante ao que constitui a base das demais convenções de direitos humanos. No âmbito do sistema interamericano, **Amélia Soares da Rocha** chama atenção para que o direito de defesa é consagrado tanto no âmbito do *hard law*, como por *soft law*.⁽⁷⁾ A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) previu as garantias judiciais, e, mais especificamente, no art. 8.2, o pleno exercício do direito de defesa material, por exemplo, através do direito que o acusado tem de “defender-se pessoalmente ou ser assistido por um defensor de sua escolha” (art. 8.2.d) e que, se não o fizer, tem o “direito inalienável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo legislação interna” (art. 8.2.e), além de possuir o “direito a não ser forçado a testemunhar contra si mesmo” (art. 8.2.g). Todos os dispositivos são de cláusula aberta, em construção contínua, cuja interpretação é resultado da evolução jurisprudencial do SIDH. Em razão disso, a CorteIDH foi estabelecendo, ao longo dos anos, diversos *standards* para o direito de defesa.

Além dessa previsão do direito de defesa em âmbito convencional (*hard law*), em 2011, durante o 41º período de sessões ordinárias da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), aprovou-se, por unanimidade, a Resolução AG/RES. 2656 (XLI-0/11), que aborda o tema do acesso à justiça como um direito autônomo.⁽⁸⁾ O documento (*soft law*) reconhece a Defensoria Pública como a instituição eficaz para a garantia desse direito, sobretudo para as pessoas em situações de vulnerabilidades e recomenda a todos os Estados-membros a instalação de Defensorias Públicas dotadas de autonomia e independência funcional. Desde sua primeira edição, a OEA vem anualmente ratificando e fortalecendo esse posicionamento, aprofundando o compromisso dos Estados-membros e ressaltando, através da publicação de novas resoluções (*soft law*), o papel da Defensoria Pública e a imprescindibilidade do respeito à independência das defensoras e defensores públicos no exercício de suas funções.

No Caso Ruano Torres, a sentença proferida pela CorteIDH reafirmou a centralidade do direito de defesa para o devido processo, referindo-se especificamente aos padrões operacionais de defesa pública. Ou seja, reafirmou o direito da defesa técnica no processo penal, conferindo ênfase especial às condições pessoais e institucionais da defensora ou defensor público proporcionado pelo Estado e à efetiva atuação dessa defesa, fazendo nascer, assim, a ideia de defesa eficaz ou defesa diligente.

A defesa eficaz, segundo **Alberto Binder**, está relacionada àquela defesa oportuna realizada por agente capacitado, que permita fortalecer o interesse concreto do imputado e não como simples meio de cumprir formalmente uma obrigação. Nenhuma defensora ou defensor, seja público ou privado, pode subordinar os interesses de seus defendidos a seus interesses, especialmente os particulares.⁽⁹⁾ Para **Binder**:

“A defesa criminal efetiva exige que um suspeito ou acusado

possa participar dos processos que lhe dizem respeito, entender o que é dito e que os outros entendem, receber informações sobre o alegado crime ou a suposta acusação, ser informado sobre as razões para as decisões que são tomadas, ter acesso às provas do caso ou à evidência, ter tempo e recursos para responder às acusações e se preparar para o julgamento, ser capaz de apresentar informações e provas em seu favor, ser tratado de tal forma que não seja colocado em situação desfavorável e possa recorrer das decisões relevantes tomadas contra os seus interesses”.⁽¹⁰⁾

Para a defesa diligente, é importante que seja garantida a presença da defesa técnica revestida de garantias suficientes para sua atuação eficiente e em igualdade de armas com o poder persecutório. Conforme estândares internacionais, reafirmados no Caso Ruano Torres, aspectos de autonomia e independência tornam-se relevantes e serão alcançados na medida em que se fortalece a instituição Defensoria Pública.

Nessa toada, a atuação da defensora ou defensor público deve ser ampla e irrestrita, iniciando desde que a pessoa seja identificada como possível autor ou participante de um ato punível,⁽¹¹⁾ e só deve terminar quando o processo concluir, alcançando, quando apropriado, o estágio de execução da penalidade. Ademais, acerca das condições pessoais da defensora ou defensor proporcionado pelo Estado, a CorteIDH ressalta que a pessoa designada para realizar a defesa deve ser profissional da área jurídica, que irá assessorar o investigado sobre seus direitos e deveres e executará, *inter alia*, um controle crítico e de legalidade na produção de provas.⁽¹²⁾ Defensores que só assinam atos, que não conheceram o acusado, que emprestam sua assinatura para dar cumprimento a um requisito formal foram rejeitados pela jurisprudência da CorteIDH.

Por sua vez, analisando as condições institucionais da defesa, a sentença ressalta a necessidade de uma política pública de organização do serviço de assistência jurídica gratuita prestada pelo Estado. Não bastaria apenas a instituição formal do serviço de defesa, sendo necessário que a Defensoria Pública seja capaz de prestar um serviço eficiente e em igualdade de condições com o órgão acusatório, inclusive assegurando-se a autonomia funcional necessária para exercer adequadamente suas funções de assessoramento segundo seu melhor julgamento profissional e na atenção aos interesses do acusado.⁽¹³⁾ O Estado tem o dever de garantir uma defesa pública adequada através, por exemplo, da implementação de processos apropriados para a seleção de defensores públicos, o desenvolvimento de controles sobre seu trabalho e a organização de treinamento periódico.⁽¹⁴⁾ A opção política de não fortalecer os defensores públicos do modo como é exigido e desejado, implica que grande parte da população que não pode pagar um advogado privado tenha uma defesa material deficiente pela ausência de profissionais em todos os juízos e comarcas.⁽¹⁵⁾

O imperativo apresentado pela CorteIDH é de que a nomeação de uma defensora ou defensor com o único propósito de cumprir uma formalidade processual equivaleria a não ter uma defesa técnica. A defensora ou defensor público necessita gozar de capacidade técnica e idoneidade (condições pessoais) e ter o suporte necessário (condições institucionais) para agir diligentemente na proteção das garantias processuais do acusado, evitando assim que seus direitos sejam violados e que a relação de confiança seja quebrada.⁽¹⁶⁾

Pela leitura da sentença do Caso, verifica-se que a

jurisprudência interamericana sobre as garantias judiciais avança substancialmente na medida em que, utilizando-se de parâmetros das Cortes Constitucionais de países como Colômbia, Argentina e Costa Rica, a CorteIDH aponta, pela primeira vez, seis hipóteses para a parametrização da defesa eficaz no sistema interamericano. São elas: (a) desenvolver atividade probatória mínima; (b) não deixar de apresentar argumentos em favor dos interesses do acusado; (c) não apresentar falta de conhecimento técnico e jurídico do processo penal; (d) não deixar de interpor recursos em detrimento dos direitos do acusado; (e) apresentar fundamentação adequada aos recursos interpostos; (f) não abandonar a defesa.

O princípio é claro: viola a CADH qualquer forma de defesa aparente. Para reconhecer se o direito de defesa foi vulnerado, deve-se avaliar se a ação ou omissão da defensora ou defensor público nas hipóteses mencionadas constituiu negligência inescusável ou falha manifesta no exercício da defesa, acarretando efeito decisivo contra os interesses do acusado.

Os limites éticos à defesa e o respeito aos standards interamericanos

A Defensoria Pública, no Brasil, é instituição essencial ao estado democrático de direito e instrumento da democracia, bem como possui o dever constitucional de promover os direitos humanos (art. 134 da CF); na América Latina, é a instituição estatal dotada da capacidade de fazer efetivo tais direitos às pessoas que não possuem condições de apontar um advogado. O direito à defesa, como já assinalado, foi erigido jurisprudencialmente a componente central do devido processo legal, que obriga o Estado a tratar o indivíduo a todo momento como um verdadeiro sujeito do processo, no sentido mais amplo desse conceito, e não simplesmente como um objeto dele. Ou seja, em todo momento, o acusado/defendido deve ser protagonista de sua defesa, ainda quando esta for feita através de um advogado.

De posse dos parâmetros elencados, cabe analisar em que medida defensoras e defensores públicos brasileiros estão violando a CADH quando não estão presentes, por exemplo, no momento da oitiva do acusado durante a fase policial e deixam de produzir provas; ou mesmo na fase judicial, em que a precariedade do contato entre o acusado e a defensora ou defensor público é óbvia. No mesmo sentido, reflete-se em que medida a não interposição de recurso ou não apresentação de argumentos em favor do interesse do acusado viola o direito de defesa.

Das seis hipóteses elencadas, caracterizadoras da negligência ou falha manifesta que comprometeria a defesa eficaz, uma delas é, conforme apontam **Franfklyn Roger** e **Diogo Esteves**, demasiadamente aberta, impactando a independência funcional, como é o caso daquela referente à “*indevida fundamentação dos recursos interpostos*”, que reflete a condução da atividade técnica defensiva.⁽¹⁷⁾ O parâmetro interamericano estabelece que a defensora ou defensor público deve exaurir a defesa, quase que sugerindo a aplicação do princípio da eventualidade (alegação de teses conflitantes), norteador do exercício da defesa no processo civil.

Tomando-se por base o direito nacional, o espaço para a reflexão se abre. Todas as teses argumentativas devem ser levantadas? Deve ser garantido à defensora ou ao defensor público a decisão quanto à conveniência e oportunidade para apresentação dos argumentos? Como dialogar com a função de promover os direitos humanos sem violar direitos humanos?

Os questionamentos evidenciam que o estabelecimento da parametrização da defesa técnica obriga a pensar acerca da existência (ou não) de limitação ética da defesa no âmbito do processo criminal. Ao tratar do tema, **Renata Tavares da Costa** é enfática, afirmando inicialmente que a limitação ética da atuação defensorial não pode significar uma limitação de atuação no campo da defesa em si. No entanto, a defesa deve ser ética, deve obedecer aos limites éticos do sujeito defensor e ser produzida dentro dos parâmetros institucionais previstos na Constituição e na Lei Orgânica. Ou seja, “*o Defensor não pode ter a esquizofrênica posição de promover os direitos humanos e, ao mesmo tempo, sustentar teses que sustentem tais violações de direitos*”.⁽¹⁸⁾

Assim, por mais que os parâmetros interamericanos sejam norteadores da avaliação quanto à eficácia da defesa, uma discrepância não substancial entre estes e a estratégia de defesa ou o resultado de um processo não será suficiente para gerar implicações em relação ao direito de defesa. Deve ser garantida, portanto, autonomia à defensora ou ao defensor público quanto à escolha e apresentação da tese defensiva para cada caso, segundo seu melhor julgamento profissional e na atenção aos interesses do acusado, mantendo-se o respeito à promoção de direitos humanos.

Uma defesa ineficaz é fruto não da aparente incompletude de uma das hipóteses elencadas pela CorteIDH, mas da somatização delas no caso concreto. O fato é que, tomando como parâmetro o caso Ruano Torres e a condenação do Estado de El Salvador, o Brasil será sempre sancionado por atos desidiosos praticados por quaisquer Defensorias Públicas, seja no plano estadual, distrital ou federal, quando estes resultarem em efeito decisivo contra os interesses do acusado.

Há, como ressalta **Binder** um longo caminho a percorrer, contudo, “*começar a determinar claramente os parâmetros de uma defesa eficaz, e começar a discutir sua expansão permanente, com base em uma aplicação progressiva dos direitos humanos, é sem dúvida um dos as grandes tarefas que temos pela frente*”.⁽¹⁹⁾

Notas

- (1) CorteIDH. Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Série C n. 172, 2007, par.159.
- (2) CorteIDH. Caso Ruano Torres vs. El Salvador. Mérito, Reparações e Custas. Série C n. 303, 2015, par.166. Ver também: Melet, Anabel y Correia, Ana Maria. *Comentarios a la sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador*. ANUARIO. Volumen 38, Año 2015. Pág. 189-208.
- (3) O art. 50 do Regulamento da CIDH, prevê como ocorre a comunicação através da qual a Comissão transmite ao Estado parte os fatos violatórios que estão em análise. Tal documento passou a ser conhecido como “Informe do artigo 50”.
- (4) A expressão “defensor interamericano” significa a pessoa que a Corte designe para assumir a representação legal de uma suposta vítima que não tenha designado um defensor por si mesma. A prestação do serviço de assistência jurídica gratuita para vítimas junto ao processamento do caso perante a Corte Interamericana é realizada por Defensores Públicos de diversos Estados, que passam a atuar conjuntamente a partir da designação da Associação Interamericana de Defensores Públicos (AIDEP), mediante comunicação da Corte. Os Defensores Públicos designados pelos Estados passam a ser conhecidos como Defensores Públicos Interamericanos. No Caso Ruano Torres vs. El Salvador, atuaram os Defensores Públicos Dr. Rudy Orlando Arreola Higueros (Guatemala) e Dr. Alberto Hassim González Herrera (Panamá), nomeados para o caso em 14 de maio de 2014.
- (5) Conforme o art. 36 do Regulamento da CorteIDH, notificada a demanda à suposta vítima, seus familiares ou seus representantes devidamente acreditados, disporão de um prazo improrrogável de 2 meses para apresentar autonomamente à Corte suas petições, argumentos e provas, definindo as violações que pretendem ver reparadas.
- (6) COSTA, Renata Tavares da. O conceito de defesa eficaz da Corte Interamericana

- de Direitos Humanos e sua aplicação no tribunal do júri. *Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro*, DPGE-RJ, v. 26. n. 27, p. 191-214, dez. 2017.
- (7) ROCHA, Amélia Soares da. *Defensoria pública: fundamentos, organização e funcionamento*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 40-44.
- (8) A Resolução AG/RES. 2656 (XLI-0/11) consagrou-se como o primeiro documento normativo específico sobre o acesso à Justiça no âmbito da OEA. O tema vem sendo reafirmado no âmbito assemblear da OEA anualmente: Resolução AG/RES. 2656 (XLI-0/11), Resolução AG/RES. 2714 (XLII-0/12), Resolução AG/RES. 2801 (XLIII-0/13), Resolução AG/RES. 2821 (XLIV-0/14), Resolução AG/RES. 2887 (XLVI-0/16), Resolução AG/RES. 5580 (XLVII-0/17), Resolução AG/RES. 2928 (XLVIII-0/18).
- (9) CorteIDH. Caso Ruano Torres vs. El Salvador. Mérito, Reparações e Custas. Série C n. 303, 2015, par.158.
- (10) Original em espanhol: “*La defensa penal efectiva requiere que una persona sospechosa o acusada sea capaz de participar en los procesos que le conciernan, entienda lo que se le dice y que otros la entiendan, reciba información relativa al supuesto delito o la supuesta acusación, sea informada sobre las razones de las decisiones que se toman, tenga acceso a la carpeta del caso o a las pruebas, disponga de tiempo y recursos que le permitan responder a las acusaciones y prepararse para el juicio, sea capaz de presentar información y pruebas a su favor, sea tratada de tal forma que no se le ponga en situación de desventaja y pueda apelar las decisiones relevantes que se tomen en contra de sus intereses.*”. BINDER, Alberto M; CAPE, Ed; NAMORADZE, Zaza. *Defensa penal efectiva en América Latina*. Colombia: Ediciones Antropos Ltda., jun. 2015. p. 9.
- (11) CorteIDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores. Mérito, Reparações e Custas. Série C n. 220, 2010, par.154.
- (12) CorteIDH. Caso Ruano Torres vs. El Salvador. Mérito, Reparações e Custas. Série C n. 303, 2015, par.153.
- (13) CorteIDH. Caso Ruano Torres vs. El Salvador. Mérito, Reparações e Custas. Série C n. 303, 2015, par.163.
- (14) CorteIDH. Caso Ruano Torres vs. El Salvador. Mérito, Reparações e Custas. Série C n. 303, 2015, par.163.
- (15) No caso do Brasil, por exemplo, isso é percebido pelo número reduzido e proporcionalmente desigual de defensores públicos estaduais (6.013em comparação com o número de juizes estaduais (cerca de 11.807) e promotores estaduais (10.874).
- (16) CorteIDH. Caso Ruano Torres vs. El Salvador. Mérito, Reparações e Custas. Série C n. 303, 2015, par.157. Ver também: CorteIDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores. Mérito, Reparações e Custas. Série C n. 220, 2010, par.155.
- (17) SILVA, Franklyn Roger; ESTEVES, Diogo. A responsabilidade internacional pelas deficiências da Defensoria. *Conjur*, 18 set. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-set-18/responsabilidade-internacional-pelas-deficiencias-defensoria>>. Acesso em: 14 jun. 2019.
- (18) COSTA, Renata Tavares da. Os direitos humanos como limite ético na defesa dos acusados de feminicídio no tribunal do júri. In: CONGRESSO NACIONAL DE DEFENSORES PÚBLICOS, XII, 2015, Paraná. *Livro de teses e práticas exitosas: Defensoria como metagarantia: transformando promessas constitucionais em efetividade*. Paraná: 04-07 Nov. 2015, p. 201-208. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/XII_CONADEP_P_GINA_DUPLA.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2019.
- (19) Original em espanhol: “*comenzar a discutir su permanente ampliación, con base en una aplicación progresiva de los derechos humanos es, sin duda, una de las grandes tareas que tenemos por delante.*” BINDER, Alberto M; CAPE, Ed; NAMORADZE, Zaza. *Defensa penal efectiva en América Latina*. Colombia: Ediciones Antropos Ltda., jun. 2015. p. 95.

Rivana Barreto Ricarte de Oliveira

Doutora em Direitos Humanos pela USP.

Defensora Pública do Estado do Acre – atualmente exerce o mandato de Defensora Pública Interamericana.

rivanaricarte@gmail.com

| JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

Superior Tribunal de Justiça

Agravo regimental em habeas corpus indeferido liminarmente. Execução penal. Reincidência não considerada na sentença. Possibilidade de reconhecimento pelo juízo da execução. Não ocorrência de afronta à coisa julgada. Inexistência de reformatio in pejus. Acórdão do tribunal estadual em consonância com precedentes da sexta turma. Inevitância de constrangimento ilegal.

1. A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça entende que, em se tratando de sentença penal condenatória, o juízo da execução deve se ater ao teor do referido decisum, no tocante ao quantum de pena, ao regime inicial, bem como ao fato de ter sido a pena privativa de liberdade substituída ou não por restritivas de direitos. Todavia, as condições pessoais do paciente, da qual é exemplo a reincidência, devem ser observadas pelo juízo da execução para concessão de benefícios (progressão de regime, livramento condicional etc). Com efeito, “a individualização da pena no processo de conhecimento visa aferir e quantificar a culpa exteriorizada no fato passado. A individualização no processo de execução visa propiciar oportunidade para o livre desenvolvimento presente e efetivar a mínima dessocialização possível. Daí caber à autoridade judicial adequar a pena às condições pessoais do sentenciado” [...]. Não prospera, nessa perspectiva, o argumento de que a consideração da reincidência, apenas na fase de execução penal, revelaria o inaceitável reformatio in pejus, tendo em vista que não há falar em agravamento da reprimenda, mas apenas em individualização da pena, que na esfera de competência do juízo da execução se relaciona com institutos próprios (progressão de regime, livramento condicional etc) - (Ag.Rg. no REsp n. 1.642.746/ES, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta

Turma, DJe 14/8/2017). 2. As condições pessoais do paciente, da qual é exemplo a reincidência, devem ser observadas na execução da pena, independente de tal condição ter sido considerada na sentença condenatória, eis que também é atribuição do juízo da execução individualizar a pena (AgRg no HC n. 385.043/ES, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 21/11/2017). 3. Em outras palavras, esta Corte já manifestou o entendimento de que, em caso de duas ou mais execuções penais, a reincidência do apenado deve ser levada em consideração, depois da unificação das penas, para a análise dos benefícios executórios, ainda que a sentença seja omissa nesse ponto. 3. Não cabe ao Juiz da Execução rever a pena e o regime aplicados no título judicial a cumprir. Contudo, é de sua competência realizar o somatório das condenações (unificação das penas), analisar a natureza dos crimes (hediondo ou a ele equiparados) e a circunstância pessoal do reeducando (primariedade ou reincidência) para fins de fruição de benefícios da LEP (AgRg no AREsp n. 1.237.581/MS, Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 1º/8/2018). 4. Nessa perspectiva, inexistente constrangimento ilegal a ser reparado por meio de habeas corpus, se, como na espécie, o Tribunal estadual decidiu nos termos da jurisprudência desta Corte, afirmando que a não incidência da reincidência na fase de conhecimento não impede o reconhecimento dos seus efeitos na fase executória; não havendo falar em ofensa aos limites da coisa, julgada ou ao princípio da non reformatio in pejus. 5. Agravo regimental improvido. (STJ – 6.ª T. – Ag.Rg. HC 451.341/ES – rel. **Sebastião Reis Júnior** – j. 06.12.2018 – public. 01.02.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6059**)

Anotação

Comentários ao ven. acórdão do Ag.Rg. no Habeas Corpus 451.341/ES

Éric Lavoura

1 Introdução

Este artigo objetiva analisar a matéria de fundo tratada no Agravo Regimental em *Habeas Corpus* 451.341/ES (2018/0122268-3), do Superior Tribunal de Justiça, da Relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, cuja ementa é:

“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS INDEFERIDO LIMINARMENTE. EXECUÇÃO PENAL. REINCIDÊNCIA NÃO CONSIDERADA NA SENTENÇA. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA DE AFRONTA À COISA JULGADA. INEXISTÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL ESTADUAL EM CONSONÂNCIA COM PRECEDENTES DA SEXTA TURMA. INEVIDÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL”.⁽¹⁾

Suscitou-se, em essência, a seguinte questão: *poderia o juízo da execução, quando da análise de benefícios pertinentes àquela fase, considerar a circunstância pessoal da reincidência, mesmo quando não reconhecida pelo juízo de conhecimento ao tempo da prolação da sentença condenatória (ora irrecorrível), sem importar reformatio in pejus?*

A resposta passará por três assuntos principais: (a) o complexo processo de individualização da pena; (b) a fase de cognição judicial e a formação da coisa julgada penal (especialmente quanto à sentença condenatória); e, (c) a execução penal e o acórdão-paradigma.

2 O complexo processo de individualização da pena

A Carta Republicana de 1988, seguindo tradição inaugurada pela Constituição de 1946,⁽²⁾ consagrou, na categoria dos *direitos e garantias individuais*, a *individualização da pena* (artigo 5º, inciso XLVI).

Cumprindo tal comando, e no desempenho de competência legislativa privativa (artigo 22, inciso I, CR/88), o legislador federal elaborou o Código Penal, instituindo ali um complexo sistema de individualização das penas, prevendo:

(a) na *Parte Geral do Código Penal*, a forma de cálculo da reprimenda a ser adotada pelo julgador (e, em se tratando de sanção privativa de liberdade, os regimes prisionais representativos da intensidade da restrição ambulatorial); e,

(b) na *Parte Especial*, juntamente às condutas tipificadas, a modalidade de sanção cabível, com limites de apenação mínimo e máximo (*preceito secundário da norma penal incriminatória*).

Roberto Lyra⁽³⁾ anota que a atuação dos magistrados ao tempo da Revolução Francesa permitiu que o arbítrio da fria e inflexível norma legal (com sanções fixas, invariáveis e, assim, definidoras da pior das iniquidades), então vigente, fosse temperado, humanizado, mediante considerações a respeito da vida e da personalidade de cada homem.

Salienta que *três etapas de individualização da pena*

passaram a ser vislumbradas: (a) a *legislativa*; (b) a *judicial*; e, (c) a *administrativa/executória* (sob prévio controle judicial).

O mesmo doutrinador⁽⁴⁾ explica que o Código Penal de 1940, inovando quanto às experiências imperial e republicana anteriores, instituiu um *regime de cominação relativamente determinada*, estabelecendo limites de *quantidade e qualidade*⁽⁵⁾ entre os quais o juiz poderia operar.

Também nos *Comentários ao Código Penal de 1940*, **Nelson Hungria**⁽⁶⁾ já observava que o sistema daquele *Codex* pretendia superar as mazelas do vetusto Talião⁽⁷⁾ e dos modelos das Escolas Clássica⁽⁸⁾ e Positiva,⁽⁹⁾ criando um arbítrio judicial temperado, limitado, controlado, para ensejar a adequação da punição ao crime e à personalidade do criminoso. Proscrescia-se o arbítrio puro do juiz ou do legislador, permitindo-se a aplicação da justiça ao caso concreto.

A *Reforma da Parte Geral do Código Penal*, empreendida pela Lei 7.209, de 11 de julho de 1984, como denotam os itens 49 a 61 de sua Exposição de Motivos (de nº 211, de 9 de maio de 1983), buscou aprimorar o inovador sistema de 1940 – sem, contudo, alterar-lhe os alicerces.⁽¹⁰⁾

Melhor especificando o procedimento da dosimetria das penas, consagrou o *sistema trifásico* (artigo 68), deixando claro, no que importa ao presente estudo, que a análise dos *antecedentes* do condenado pertenceria à *primeira fase* do cálculo da sanção (artigo 59, 2ª figura); e o exame da *reincidência*, na qualidade de circunstância agravante genérica (artigo 61, inciso I), à *segunda fase*.

3 A fase de cognição judicial e a formação da coisa julgada penal (especialmente quanto à sentença condenatória)

A *segunda etapa da individualização da pena* está a cargo do julgador.

No evoluir da História, a entidade coordenadora da vida em coletividade (atualmente denominada *Estado*) passou a concentrar em si a *jurisdição*, poder de julgar os conflitos havidos por socialmente relevantes.⁽¹¹⁾

Esta *jurisdição*, no âmbito processual penal atual, *será* prestada após o regular exercício da ação penal (pública ou privada), por meio de um procedimento legalmente instituído, em que se colherão elementos informativos com a participação tanto do agente social provocador (acusador) quanto daquele que foi referido na peça de provocação (acusado, acompanhado de seu defensor), ao cabo do qual o julgador externará um provimento, denominado *sentença*.⁽¹²⁾

3.1 Do dispositivo da sentença penal e sua complexidade

A sentença criminal, a seu turno, vê-se composta por *três* elementos lógico-formais:

(1) *relatório*: narrativa da questão penal trazida à resolução do Estado-jurisdição; nele, o juiz evidencia, às partes e à coletividade, ter domínio da causa penal, que está madura para ser decidida; (2) *motivação* (ou *fundamentação*): exame crítico dos fatos envolvidos e da parte do ordenamento jurídico que ostenta relevo à resolução da questão (penal ou processual penal), expondo seus raciocínios e conclusões, construídos com lastro nas provas colhidas ao longo da dialética processual e mediante a análise das regras jurídicas aplicáveis;⁽¹³⁾ e, (3) *dispositivo* (ou *decisório*): síntese das conclusões extraídas quando desse referido exame, contendo o substrato das decisões tomadas e os efeitos a serem produzidos.

Afeiçoa-se correta, assim, a constatação de **Fernanda Gomes Camacho**⁽¹⁴⁾ de que o dispositivo da sentença penal, diversamente de seu correlato civil, encerrará um *duplo conteúdo*: (a) *conteúdo primário* ou *declaratório*: declarará, sem tecer qualquer juízo valorativo, os termos, objetivos e subjetivos, em que se deu a conduta rotulada, na imputação penal, como típica, antijurídica e culpável;⁽¹⁵⁾ e, (b) *conteúdo secundário*: imporá ao suposto praticante da conduta uma consequência jurídico-penal, que poderá ser, respectivamente: (b.1) sua *absolvição* (*conteúdo secundário absolutório*); ou, (b.2) sua *condenação*, com a especificação sancionatória (*conteúdo secundário sancionatório*).

Essa especificação, por força do artigo 68 do Código Penal, será feita conforme o *sistema trifásico de dosimetria das sanções penais*.

A primeira fase (*fixação da pena base*) será orientada pelo artigo 59 do Código Penal. Tal dispositivo arrola determinadas circunstâncias fáticas que deverão ser analisadas pelo juiz quando do estabelecimento da sanção-referência de seu raciocínio quantitativo penal – a oscilar dentro dos limites penais mínimo e máximo abstratamente cominados no *preceito secundário da norma incriminatória*. Dentre estas, estão os *maus antecedentes*.

Definida a *pena base*, parte-se para o exame de *circunstâncias atenuantes ou agravantes* – genericamente previstas no Código Penal (respectivamente, nos seus artigos 65 a 67; e 61 e 62) e, especificamente cominadas, na legislação especial (como, por exemplo, as agravantes contidas no artigo 15 da Lei 9.605/98, e as atenuantes do artigo 14 do mesmo texto normativo). Desponta, dentre as agravantes, a *reincidência* (artigo 61, inciso I, do Código Penal).

No terceiro instante da dosimetria, incidem as *causas de aumento ou diminuição de pena*, as quais, em regra, foram instituídas juntamente com os tipos penais ou, ainda, no final dos capítulos em que estes estão inseridos.

Entretanto, na Parte Geral do Código Penal também estão descritas *causas gerais* de aumento e diminuição de reprimendas, como as derivadas do concurso formal,⁽¹⁶⁾ do crime continuado⁽¹⁷⁾ e da tentativa.⁽¹⁸⁾

Atingido o montante final das penas e atento às circunstâncias em que se praticou a conduta, caberá ao magistrado *definir o regime prisional* a ser aplicado,⁽¹⁹⁾ a *possibilidade de concessão do sursis*⁽²⁰⁾ ou de *substituição da sanção privativa de liberdade por outra(s) restritiva(s) de direitos ou por multa*.⁽²¹⁾

Essa *dualidade de conteúdo do dispositivo da sentença penal* (conteúdo primário + conteúdo secundário) encontra-se em *estrita correlação* com a própria complexidade do *objeto da atividade processual penal* (imputação + consequências jurídico-penais).

É, pois, no *dispositivo penal* que se encontra a equalização do *objeto processual* promovida pelo exercício do poder jurisdicional, bem como é dali que irradiará a eficácia do *ato decisório penal de mérito* (a ser acobertada pela *coisa julgada penal*).

3.2 Da coisa julgada penal: origem da ideia, modalidades, funções e limites

No final no século XIX, **Pietro Cogliolo**⁽²²⁾ já advertia que, no princípio de toda sociedade humana viável, existe a inexorável necessidade de uma *noção* de coisa julgada – compreendida como *certeza e estabilidade do Direito*, precedendo o próprio surgimento do instituto e de toda a sua teoria.

Na tradição do direito continental, o instituto da coisa julgada remonta a Roma Antiga.

Pietro Cogliolo⁽²³⁾ fala da existência de uma suposta *Lex Antigua*, obstativa de segunda persecução em juízo da mesma ação, que teria dado azo até mesmo a uma expressão popular corriqueira na vida romana (*actum agam* – um agir em vão, inútil), usada anteriormente à “Lei das XII Tábuas”.

Arturo Rocco⁽²⁴⁾ afirma que a maioria dos cultores clássicos entende ser tal diploma legal o primeiro a expressamente consagrar a regra da coisa julgada (*ne bis in idem*). E apenas para *proteção do procedimento* quanto a futuras tentativas de infirmação de suas manifestações decisórias, ocasionadas por desavisadas ou maliciosas repropósitos do caso à cognição.

Apenas em data recente, com o desenvolvimento da *Teoria dos Direitos Humanos* e do *Direito Internacional*,⁽²⁵⁾ passou a receber um significado também de *garantia à pessoa acusada*, impedindo sua submissão a novo julgamento pelo mesmo fato por que já tenha sido processado pelo Estado-jurisdição.

Na contemporaneidade, a *coisa julgada penal* encontra duas principais acepções: *formal* e *material*.

Por *coisa julgada penal formal* entende-se a qualidade que adere à decisão judicial meritória, quando cessadas as vias de impugnação (por seu não uso ou pelo exaurimento), de modo a garantir que não poderá mais ser modificado dentro do procedimento no qual foi exarada.⁽²⁶⁾

No caso da *sentença penal condenatória*, tal qual no acórdão-paradigma, a *coisa julgada penal formal* servirá como: (1) *marco de cessação do estado de inocência do acusado* (a partir dela, torna-se *culpado*);⁽²⁷⁾ (2) *estabilizador da sentença condenatória dentro do procedimento*; (3) *base para o surgimento do título executivo judicial (definitivo)*, elemento-chave para a *terceira etapa da individualização da pena* (tema do tópico “4” deste estudo); e, (4) *elementar do conceito (normativo) de reincidência* (artigo 63 do Código Penal).

Já a *coisa julgada penal material* consiste na qualidade de imutabilidade do *dispositivo* da sentença penal, que, ao reforçar-lhe a estabilidade, impede que o fato ali elucidado seja alçado à condição de objeto de persecução penal posterior.⁽²⁸⁾

Formada a *coisa julgada penal material*, passam a operar suas *funções*: (a) *negativa* (ou *ne bis in idem*): a genuína *objeção de coisa julgada*,⁽²⁹⁾ estatuída nos artigos 95, inciso V, c.c. 110, ambos do Código de Processo Penal. Não mais se poderá exercer jurisdição penal quanto àquele *mesmo acusado* (*eadem reo*) em relação ao *mesmo fato irrogado* na peça acusatória formal anterior (*eadem facto*). Em termos mais simples: *veda-se a reapresentação judicial da mesma imputação* (*eadem imputatio*).⁽³⁰⁾ (b) *positiva*: obrigação do julgador de um processo futuro uniformizar-se ao conteúdo afirmado em decisão de mérito precedente não recorrida.

Vislumbra-se sua ocorrência quanto à *interrelação entre os juízos criminal e cível*, disciplinada pelos artigos 63 e seguintes do Código de Processo Penal.

3.3 Da formação da coisa julgada penal sobre a sentença penal condenatória

A *coisa julgada penal material*, ao incidir sobre o *dispositivo*, estabiliza a resposta estatal ali contida e, em se tratando de sentença condenatória (como a versada na espécie): (a) define, vez por todas, o enunciado do fato penalmente relevante, em todas as suas circunstâncias; e, (b) torna certas e exequíveis as

sanções aplicadas ao culpado, delimitando o exercício do poder-dever de punir do Estado (na posterior execução penal).

Quando considerada apenas a *dimensão fato declarado*⁽³¹⁾-*sanção aplicada* constante do dispositivo, devidamente transitada em julgado, tem-se a concretização do que doutrinariamente se costuma denominar *limites objetivos da coisa julgada penal*.⁽³²⁾

Mister anotar, nesse particular, que esses *limites objetivos* veem-se protegidos pela *objeção de coisa julgada penal* (artigo 110, § 2º, do Código de Processo Penal) e, ainda, serão referência para a etapa executória.

Por força da proteção do *ne bis in idem*, caso algum elemento da infração penal, por falha da investigação criminal ou do acusador, não tenha sido incorporado ao objeto processual penal já resolvido por ato decisório de mérito transitado em julgado (isto é, ultrapassado o rito do artigo 384 do Código de Processo Penal), não será possível a posterior persecução penal da particularidade faltante, com viés punitivo (e reflexo quantitativo ou qualitativo na pena).

Entretanto, essa imutabilidade formada em torno do *complexo conteúdo do decisório penal condenatório*, diferentemente do que acontece com a sentença extrapenal, nunca terá grau absoluto, basicamente por três fenômenos: (1) a *potencial superveniência de lei penal mais benéfica* (ocasionando *abolitio criminis* ou *novatio legis in melius*), a qual sempre retroagirá para favorecer o condenado; (2) a *aplicação de institutos executórios penais* (tais como a anistia, a graça, o indulto, a comutação, a remição, a unificação de penas e a progressão de regime prisional), reveladores de que, na execução, avança-se no tempo *estimulando* o condenado a *reintegrar-se harmonicamente à sociedade*, uma vez cumprida a sanção que lhe foi imposta (tema do tópico “4”); e, (3) a propositura de *habeas corpus* e/ou revisão criminal, para correção de eventuais *errores in procedendo* (vícios do rito) ou *in iudicando* (erros que podem estar situados no *conteúdo primário* ou *secundário* do decisório da sentença irrecorrível).

Assim, no plano axiológico, os valores *segurança e certeza do Direito* (estruturantes da coisa julgada e de sua imutabilidade) cedem ante a *justiça das decisões penais* e o *estímulo ao progresso na reintegração social na execução penal*.

4 A execução penal e o acórdão-paradigma

Com lastro no conhecimento construído, a resposta à questão de fundo versada no acórdão-paradigma.

O *conteúdo secundário sancionatório da sentença penal condenatória*, após ser imunizado pela *coisa julgada penal*, libera a atuação punitiva estatal. Torna-se, assim, *justo título* para a execução penal, firmando a quantidade da pena a cumprir e o regime prisional a ser inicialmente observado.

Como bem destacara **Roberto Lyra**,⁽³³⁾ no Brasil, a coordenação e a gestão do sistema de cumprimento de penas (o intitulado *sistema carcerário*) estão a cargo do Poder Executivo, estadual ou federal. Entretanto, sempre sob controle judicial, quanto à estrutura e aos benefícios em vias de concessão ou meramente pretendidos.

Em cumprimento ao fundamento constitucional da preservação da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III) e às garantias individuais da inexistência de sanções penais atentatórias a tal valor (de morte, cruéis, de caráter forçado, de banimento, de trabalho perpétuo) e de individualização da pena, a Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, logo em seu artigo 1º, evidencia que a execução penal brasileira tem por finalidades: (1) *efetivar o conteúdo*

sancionatório do dispositivo da sentença penal condenatória; e, (2) *promover a harmônica reinserção do condenado e do internado (“impropriamente absolvido”) à vida social*.

Buscando a melhor efetivação desses objetivos, a Lei de Execução Penal, em seu artigo 5º,⁽³⁴⁾ fala na necessidade de individualização da execução penal de cada condenado, por meio de sua classificação a partir de seus antecedentes e personalidade.

Tal ordenação, a resultar em um *roteiro de cumprimento de penas*, é elaborada por uma Comissão Técnica de Classificação, de caráter multidisciplinar, a qual pode, para conclusão de seus trabalhos, realizar entrevistas, requisitar dados do condenado junto a órgãos públicos e, inclusive, ordenar diligências e exames, dentre os quais, os de classificação e o criminológico (este, obrigatório para apenados ao regime fechado; e facultativo aos sentenciados para regime semiaberto).

Ou seja: ao entrar no sistema carcerário, novamente investigam-se antecedentes e personalidade, de modo a melhor se planejar a “rota” do cumprimento de cada pena.

Essa disciplina legal desvela que a preocupação com a vida criminal progressiva do condenado – mote do questionamento versado no recurso ora objeto de comentário (centrado na reincidência existente, mas não reconhecida quando do apenamento) – *não tem pretensão alguma de alterar o título executivo penal*.

Não se trata de cognição retrospectiva (voltada a modificar/ infringir qualquer dos conteúdos do dispositivo da sentença já irrecorrível), como sucederia nas hipóteses de *reformatio in pejus* (para tornar mais gravosa a situação do condenado) ou *reformatio in melius* (para melhorar tal situação).

A pena concretizada na sentença, e apresentada à execução após o trânsito em julgado, *não será sobremaneira atingida*. Inidôneo, portanto, falar-se em *reformatio in pejus* ou, até, em violação ao *ne bis in idem*.

Trata-se, isso sim, de uma genuína *prolepse*, serviente a nova etapa de individualização da pena (a terceira): certificados o passado e a condição atual da pessoa sujeita à execução penal, o Legislador demandou que a tutela estatal melhor se projete a alcançar maior eficácia no objetivo de reintegração social, sempre observando a conduta pessoal do apenado.

Não se deslembre: a execução penal não tem por objetivo apenas a punição (cumprimento da pena imposta), mas também a reabsorção do condenado pelo tecido social.

A pergunta fundamental que se deve fazer (e que até hoje o Estado responde mal e, pior, a sociedade não cobra adequada melhora) é: de que modo se deseja o retorno à real liberdade de quem passou pelo sistema carcerário?

Todo benefício executório penal conta com *requisitos objetivos e subjetivos* específicos; assim, foi instituído, como pedra angular do sistema da execução penal brasileira, o conceito de *mérito* ou merecimento.

Ensina **Sérgio Marcos de Moraes Pitombo**⁽³⁵⁾ que mérito nada mais é do que “o *juízo objetivo*, que se ultima no processo de execução, do *proceder do condenado*; assim *valorando-o*, em base de *vários elementos*, postos em *relacionalidade*, e ostentado em *ato decisório motivado*”.

E a concretização do *mérito*, na execução, dá-se quando do cumprimento dos deveres (artigo 39), do respeito à disciplina dentro do estabelecimento prisional (artigo 44) e, ainda, pela adoção do comportamento compatível com o gozo dos benefícios da execução penal – tais como, o trabalho externo (artigos 36

a 37), as saídas temporárias (artigos 122 a 125), o livramento condicional (artigo 131), a progressão de regime (artigo 112), a anistia e o indulto (artigos 187 a 193). Nessa toada, qualquer crime cometido nesse *iter*, importando reincidência, interessa flagrantemente à execução das sanções, pois desvela *demérito* (ou desvalor de condição subjetiva) de seu autor.

Os benefícios executórios são, em seu âmago, mecanismos que, de modo direto na rotina do sentenciado, prestam-se a estimular, de *modo premial* (abreviação do cumprimento da pena), a constante adoção do comportamento legalmente rotulado, na Lei de Execução Penal e no Código Penal, como eticamente positivo.

Por isso, a resposta conferida no venerando acórdão do Superior Tribunal de Justiça – ao manter a r. decisão monocrática que indeferiu liminarmente a petição inicial do *Habeas Corpus* 451.341/ES, face a seu manifesto descabimento – mostra-se consentânea com o sistema de individualização da pena definido pelo Legislador, com o regime de coisa julgada penal tratado em nossa legislação processual penal e, ainda, com os princípios e normas regentes da execução penal brasileira.

Notas

- (1) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no *Habeas Corpus* nº 451.341/ES, da 6ª Turma, Brasília, DF, 6 de dezembro de 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>. Acesso em: 20.04.2019>.
- (2) Em seu artigo 141, § 29.
Desde então, tal prática viu-se repetida na Constituição Federal de 1967 (artigo 150, § 13) e na Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969 (artigo 153, § 13).
- (3) LYRA, Roberto. *Comentários ao código penal*: decreto nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vol. II (Arts. 28 a 74). Rio de Janeiro: Forense, 1949. p. 158-160.
- (4) LYRA, *op. cit.*, p. 156-158.
- (5) Modalidade prisional a ser observada para aquele tipo penal. Os artigos 29 a 31 do Código Penal de 1940 esclareciam serem 2 (duas) as hipóteses: *reclusão* e *detenção*. O Decreto-lei 3.688, de 3 de outubro de 1941 (“Lei das Contravenções Penais”), criaria modalidade prisional mais branda: a *prisão simples* (artigo 5º, inciso I).
- (6) HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao código penal*: decreto nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. v. I (arts. 1 a 27). Rio de Janeiro: Forense, 1949. p. 85-87.
- (7) Em que a reprimenda era preordenada e de aplicação invariável, sem qualquer consideração de proporcionalidade, independentemente do agente e da forma como o ilícito fosse praticado.
Paradigma encontra-se no *Código de Hamurabi* (Babilônia, cerca de 1780 a.C.), podendo-se destacar, dentre outras, a seguinte norma: “*Se alguém enganar a outrem, difamando esta pessoa, e este outrem não puder provar, então que aquele que enganou deve ser condenado à morte*”.
UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. *Código de Hamurabi*. Disponível em: <<http://www.direitos-humanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-a-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/codigo-de-hamurabi.html>>. Acesso em: 23 abr. 2019.
- (8) Baseada no subjetivismo, a Escola Clássica tinha por foco o crime, não o criminoso (que, assim, permanecia imerso em um segundo plano de preocupações). À pena atribuía-se a direta conotação de castigo, como mera retribuição pelo mal concretizado na conduta proscrita praticada. HUNGRIA, *op. cit.*, p. 86.
- (9) Lastreada no objetivismo e tendo por norte o positivismo científico, a Escola Positiva compreendia a pena como medida de defesa social, não mais como retribuição do mal pelo mal. Nesse contexto, deveria ser calculada não conforme a gravidade da conduta praticada, mas segundo a temibilidade ou periculosidade do agente criminoso *in se*, apreciada por meio de sua constituição fisiopsicológica e do seu grau de inadaptabilidade à vida social. HUNGRIA, *op. cit.*, p. 85-86.
- (10) BRASIL. Câmara dos Deputados. *Exposição de Motivos nº 211, de 9 de maio de 1983* (Reforma da Parte Geral do Código Penal). Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-expositivaodemotivos-148972-pe.html>>. Acesso em: 25 abr. 2019.
- (11) Em nosso livro (LAVOURA, Éric. *A coisa julgada penal e seus limites objetivos*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 7-34), há uma análise crítica da formação do Poder e do Direito, com ênfase na consolidação do sistema de justiça pública em Roma Antiga.
- (12) Maiores informações sobre o sistema decisório penal serão encontradas em nosso artigo: As decisões processuais penais: análise crítica do sistema atual e tendências da legislação projetada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 19, n. 90, p. 245-287, mai./jun. 2011.
- (13) A recente edição do Decreto Federal 9.830, de 10 de junho de 2019, ao regulamentar o disposto nos artigos 20 a 30 do Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro), trouxe relevantes regras para a motivação das decisões judiciais (artigos 2º a 6º).
- (14) CAMACHO, Fernanda Gomes. *Mutabilidade da sentença penal condenatória: unificação e soma de penas*. 2002. 232f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 44-48.
- (15) Fernanda Gomes Camacho (*op. cit.*, p. 54-55) observa que, nas sentenças penais, tradicionalmente não se confere destaque à reconstrução fática que integra o *conteúdo declaratório do dispositivo*, diferentemente do que ocorre com o *conteúdo sancionatório*. Ao revés, fica relegada a expressões como “condeno” ou “julgo procedente a ação penal para o fim de condenar”.
Por isso, escreve (p. 55): “[...] muitas vezes [o conteúdo declaratório do dispositivo da sentença] é confundido com a motivação da sentença”.
- (16) Na modalidade concurso formal *perfeito*, ensejará o aumento na pena do crime mais grave de 1/6 (um sexto) à 1/2 (metade) (artigo 70, primeira parte, do Código Penal).
- (17) Na sua espécie simples, acarretará o acréscimo de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) à pena do crime mais grave (se idênticas as penas dos ilícitos cometidos em continuidade, qualquer uma delas servirá de referência – artigo 71, *caput*, do Código Penal).
- (18) Redução das penas de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), conforme a parcela do *iter criminis* percorrida pelo agente (artigo 14, inciso II e parágrafo único, do Código Penal).
- (19) Artigo 33 do Código Penal.
- (20) Artigos 77 a 80 do Código Penal.
- (21) Modalidades de sanções não prisionais previstas nos artigos 44 a 52 do Código Penal.
- (22) COGLIOLO, Pietro. *Trattato teorico e pratico della eccezione di cosa giudicata secondo il diritto romano e il codice civile italiano*. Torino: Fratelli Bocca, 1883. p. 1-4.
- (23) COGLIOLO, *op. cit.*, p. 4.
- (24) ROCCO, Arturo. *Trattato dela cosa giudicata come causa di estinzione dell'azione penale*. In: ROCCO, Arturo. *Opere giuridiche*. v. II. Roma: Società Editrice del “Foro Italiano”, 1932. p. 43-45.
- (25) No que importa ao Direito brasileiro, pelo artigo 8º, n. 12, da Convenção Americana de Direitos Humanos (OEA) e pelo artigo 14, n. 7, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (ONU).
- (26) LAVOURA, *op. cit.*, p. 196-199.
Da obra conjunta da própria Ada Pellegrini Grinover com Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco (*Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 305-306), tem-se que a preclusão é o antecedente lógico da coisa julgada formal.
- (27) Vide artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República.
- (28) LAVOURA, *op. cit.*, p.199-211.
- (29) Não se trata de mera exceção.
Uma vez que os interesses jurídicos tratados no procedimento penal são objetivos e públicos (e não subjetivos e individuais), toda circunstância capaz de obstar a atividade processual penal ostentará relevância pública e, assim, poderá ser reconhecida independentemente de provocação das partes.
Hélio Bastos Tornaghi (*Instituições de processo penal*. v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 430), ao invés de valer-se do termo *objeção processual*, prefere a expressão *impedimentos processuais* ao versar sobre qualquer das hipóteses arroladas no artigo 95 do Código de Processo Penal de 1941, reconhecendo-lhes a aptidão do reconhecimento de ofício.
- (30) Considerações históricas e críticas acerca da construção da *Teoria da Tríplex Identidade* (ou dos Três “Eadem” - *eadem pars*, *eadem petitum* e *eadem causa petendi*), bem como sua completa superação no atual processo penal brasileiro, podem ser encontradas em: LAVOURA *op. cit.*, p. 141-144 e 212-213.
- (31) Por fato declarado (ou principal - como rege o artigo 110, § 2º, do Código de Processo Penal), deve-se compreender o evento naturalístico cuja autoria é imputada ao acusado, imerso em todas as suas circunstâncias, pouco importando se estas foram (ou não) deduzidas expressamente quando da formulação da peça acusatória.
- (32) Sobre *limites objetivos da coisa julgada penal*, ver: LAVOURA *op. cit.*, p. 252-256 e 257-308.
- (33) E explicado no item 2.
- (34) “Art. 5º Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal”.
- (35) PRTOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Conceito de mérito no andamento dos regimes prisionais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 5, n. 27, p. 149-158, jul./set. 1999. A citação ora realizada encontra-se lançada à p. 156.

Éric Lavoura
Mestre em Direito Processual pela USP.
Assistente Jurídico junto ao Órgão Especial e à Seção de
Direito Privado (I) do TJSP.
eric@ericlavoura.com.br

Supremo Tribunal Federal

Comissão Parlamentar de Inquérito. Pessoa potencialmente sujeita a perseguição penal. Aprovação, mesmo assim, de requerimento de sua convocação por referido órgão legislativo. Direito ao não comparecimento resultante da prerrogativa contra a autoincriminação. Ilegitimidade da condução coercitiva para efeito de inquirição. Dispensa de assinar termo de compromisso (CPP, art. 203). Precedentes do STF. Reconhecimento, em favor do paciente, de seu direito ao silêncio. Prerrogativa constitucional contra a autoincriminação. Precedentes do supremo tribunal federal. Direito de presença do advogado constituído, ao lado de seu cliente, ao longo de referida inquirição. Faculdade do cliente (paciente) de entrevistar-se, pessoal e reservadamente, com o seu advogado durante tomada de depoimento, sempre facultativo, por membros da CPI. Prerrogativa profissional do advogado que não pode ser desrespeitada pelo órgão de investigação legislativa. Precedentes. Direito de a pessoa convocada e de seu advogado

serem tratados com urbanidade e respeito pelos integrantes da CPI. Eventual transgressão, pela CPI, desse direito e, também, de outras faculdades asseguradas pela medida liminar autoriza o paciente e seus advogados a retirarem-se, imediatamente, do recinto da inquirição, sem que se possa adotar contra eles qualquer medida restritiva de direitos ou privativa de liberdade. A intervenção jurisdicional, quando promovida para fazer cessar situações de abuso, de arbítrio ou de excesso de poder, além de plenamente legítima, não implica ofensa ao postulado da separação de poderes (CF, art. 2º). Precedentes. Medida cautelar deferida.

(STF – Monocrática – HC 172.119 MC – rel. **Celso De Mello** – j. 07.06.2019 – public. 12.06.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6060**)

Jurisprudência compilada por

Roberto Portugal de Biazi e Vivian Peres.

Superior Tribunal de Justiça

Habeas corpus. Organização criminosa. Concussão. Prisão preventiva. Periculum libertatis. Organização criminosa formada por policiais civis. Periculosidade. Garantia da ordem pública. Ausência de contemporaneidade. Medidas cautelares diversas da prisão. Possibilidade. Constrangimento ilegal evidenciado.

1. A prisão preventiva constitui medida excepcional ao princípio da não culpabilidade, cabível, mediante decisão devidamente fundamentada e com base em dados concretos, quando evidenciada a existência de circunstâncias que demonstrem a necessidade da medida extrema, nos termos do art. 312 e seguintes do Código de Processo Penal. 2. Hipótese em que a decisão de primeiro grau não apresentou argumentos suficientes à manutenção da prisão cautelar, o que caracteriza nítido constrangimento ilegal. A imposição de prisão, sem indicação de reiteração e com possibilidade concreta de se prolongar por anos (48 os denunciados), é desproporcional, podendo a segregação ser substituída por cautelares outras nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal. 3. A prisão cautelar deve ser imposta somente como ultima ratio, sendo ilegal a sua determinação quando suficiente a aplicação de medidas cautelares alternativas. No caso, a decisão impugnada não afastou, fundamentadamente, com relação ao paciente, a possibilidade de aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. 4. A falta de contemporaneidade, considerando a data dos crimes imputados ao paciente e a data em que foi determinada a sua prisão, nos termos da jurisprudência desta Casa e do próprio Supremo Tribunal Federal, desautoriza a restrição mais drástica. Precedentes. 5. Ordem concedida a fim de substituir a prisão preventiva imposta ao paciente, decretada nos autos do Processo n. 00216668920188190206, impondo-lhe as medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal, em seu art. 319, consistentes em: a) comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo Juízo de primeiro grau, para informar e justificar atividades; b) proibição de ausentar-se da comarca sem autorização judicial; c) proibição de manter qualquer tipo de contato com os corréus e com as testemunhas;

d) suspensão do exercício de função pública; e e) monitoração eletrônica, sem prejuízo da aplicação de outras cautelas pela instância a quo, ou de decretação da prisão preventiva, em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força das cautelares ou caso haja motivos concretos e supervenientes para tanto.

(STJ – 6.ª T. – HC 480.274/RJ – rel. **Sebastião Reis Júnior** – j. 07.05.2019 – public. 14.05.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6061**)

Penal e processual penal. Inadequação do habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Tráfico ilícito de entorpecentes. Execução provisória da pena após o exaurimento da jurisdição ordinária. Possibilidade. Mãe de menor de 12 anos. Prisão domiciliar. Cabimento. Art. 318-A do Código de Processo Penal. Ausência de excepcionalidade que impeça o deferimento do benefício. Integridade física e emocional de menor de idade. Necessidade de proteção. Constitucionalismo fraterno. Preâmbulo e art. 3º da CF. Parecer ministerial favorável à concessão da ordem. Habeas corpus não conhecido. Ordem, no entanto, concedida de ofício.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando assim o sistema recursal vigente. 2. Admite-se, entretanto, em casos de flagrante ilegalidade, a concessão da ordem, de ofício. Assim, embora o presente habeas corpus não possa ser conhecido, passo à análise das teses suscitadas pela defesa, a fim de verificar se é o caso de flagrante constrangimento ilegal hábil a justificar a atuação, de ofício, deste Superior Tribunal de Justiça, em respeito ao princípio constitucional da ampla defesa. 3. Caso em que, sem noticiar a oposição de embargos declaratórios, de recurso especial ou extraordinário, a defesa sustenta: i) a ilegitimidade da execução provisória da pena, argumentando que o seu cumprimento só deveria ocorrer depois do trânsito em julgado da condenação, no exaurimento das eventuais instâncias

especial e extraordinária; e ii) a possibilidade de que a paciente, que teve sua condenação a 5 anos de reclusão em regime inicial fechado confirmada em segundo grau, cumpra a pena em regime domiciliar, no interesse de sua filha de 3 anos, com fundamento no art. 318, III, do CPP. 4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal entende que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal (STF, HC n. 126.292, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe 17/5/2016). 5. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar Habeas Corpus coletivo n. 143.641/SP, de relatoria do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, em 20/2/2018, concedeu comando geral para fins de cumprimento do art. 318, V, do Código de Processo Penal, em sua redação atual. No ponto, a orientação da Suprema Corte é no sentido de substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo n. 186/2008 e Lei n. 13.146/2015), salvo as seguintes situações: crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício. 4. O art. 318-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.769/2018, estabelece um poder-

dever para o juiz substituir a prisão preventiva por domiciliar de gestante, mãe de criança menor de 12 anos e mulher responsável por pessoa com deficiência, sempre que apresentada prova idônea do requisito estabelecido na norma (art. 318, parágrafo único), ressalvadas as exceções legais. Todavia, naquilo que a lei não regulou, o precedente da Suprema Corte (HC n. 143.641/SP) deve continuar sendo aplicado, pois uma interpretação restritiva da norma pode representar, em determinados casos, efetivo risco direto e indireto à criança ou ao deficiente, cuja proteção deve ser integral e prioritária. 5. A fim de proteger a integridade física e emocional da filha menor e pela urgência que a medida requer, mister autorizar a substituição da prisão da paciente, ainda que se tratasse de execução provisória da pena, pela prisão domiciliar, com fundamento nos arts. 117, inciso III, da Lei de Execuções Penais e no art. 318, inciso V, do Código de Processo Penal, com alicerce, ainda, no Preâmbulo e no art. 3º da Constituição Federal. Resgate do princípio constitucional da fraternidade. 6. Habeas corpus não conhecido. Ordem, no entanto, concedida de ofício, para conceder prisão domiciliar à paciente, sem prejuízo da fixação de outras medidas cautelares, a critério do Juízo a quo. (STJ – 5.ª T. – HC 487.763/SP – rel. Reynaldo Soares da Fonseca – j. 02.04.2019 – public. 16.04.2019 – Cadastro IBCCRIM 6062)

Jurisprudência compilada por

Roberto Portugal de Biazi e Vivian Peres.

Superior Tribunal Militar

Habeas corpus. Prisão preventiva. Homicídio tentado. Garantia da ordem pública. Pedido de revogação da custódia cautelar. Descabimento. Decisão fundamentada. Medidas cautelares diversas da prisão. Não incidência. Especialidade da Justiça Militar. Audiência de custódia. Desentranhamento das gravações. Descabimento. Alegações de ordem meritória. Revolvimento probatório. Fuga ao escopo do remédio heroico. Acesso aos elementos de prova. Súmula vinculante nº 14. Ordem parcialmente concedida. Unanimidade.

Considera-se devidamente fundamentada a prisão decretada com base em fatos concretos observados pelo magistrado, notadamente em razão da periculosidade do Acusado, em virtude da gravidade e do modus operandi da conduta delitiva. Conforme a jurisprudência desta Corte Castrense, as medidas cautelares diversas da prisão dispostas no Código de Processo Penal comum não podem incidir na seara da JMU, em face da especialidade dos bens jurídicos por ela tutelados. Por ocasião da Audiência de Custódia, denota-se plenamente admissível o questionamento sobre a vida do preso, sua inserção social, emprego e residência, pois, aspectos subjetivos, sopesados pelo magistrado na aferição dos riscos sociais e da necessidade

ou não da prisão, são ponderações feitas sobre a pessoa e não detidamente acerca do fato criminoso. Alegações inerentes à matéria de mérito devem ser avaliadas pelo juiz natural da causa, mormente porque o habeas corpus não se presta ao necessário revolvimento aprofundado do conjunto probatório, a ser obtido na Ação Penal. Nada respalda ocultar da defesa dados contidos em autos de procedimento investigativo ou em processo alusivo a ação penal. O direito ao «acesso amplo», descrito no verbete sumular vinculante nº 14 do STF, engloba a possibilidade de obtenção de cópias, por quaisquer meios, de todos os elementos de prova já documentados, inclusive mídias que contenham gravação de depoimentos em formato audiovisual. Writ conhecido e parcialmente concedido. Decisão à unanimidade.

(STM – Plenário – HC 7001056-29.2018.7.00.0000 – rel. Carlos Augusto de Souza – j. 13.03.2019 – public. 21.03.2019 – Cadastro IBCCRIM 6063)

Jurisprudência compilada por

Maria Carolina Bissoto.

Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Penal. Processual penal. Habeas corpus. Tutela indireta da liberdade. Cabimento. Suspensão das atividades do Instituto Lula. Sanção penal imposta à pessoa estranha ao ilícito penal.

Constrangimento ilegal. Ordem de habeas corpus concedida.

1. A presente impetração se direciona contra a decisão que, proferida nos autos da ação penal na qual o paciente figura como

réu (sob acusação de haver praticado, em tese, o crime capitulado no artigo 2º, § 1º da Lei n. 12.850/2013), deferiu, de ofício, medida cautelar e determinou a suspensão das atividades do Instituto Lula. 2. A jurisprudência tem estendido o cabimento do *writ* para as hipóteses em que, à semelhança do caso presente, se verifique a manifesta ilegalidade ou teratologia da decisão apontada como ilegal, objetivando-se evitar o constrangimento ilegal imposto ao paciente. 3. No caso, ainda que pareça que a decisão não se trata de imediata restrição ao direito de liberdade do paciente, é relevante destacar que a medida cautelar ora impugnada (imposta com base no inciso VI, do artigo 319 do CPP) foi fixada como substitutiva da prisão, o que já caracteriza motivo suficiente para se buscar amparo na esfera protetiva do *Habeas Corpus*. 4. Ademais, afigura-se plausível a alegação de existência de ilegalidade manifesta, apta a configurar o constrangimento ilegal a que estaria sendo submetido o paciente, que merece ser sanada pela presente impetração, uma vez que a medida restritiva foi deferida de ofício, no momento em que a instrução processual já estava na fase do artigo 402 do CPP, sem a demonstração da justa causa para a sua adoção e por afetar diretamente a esfera jurídica de terceiro, cuja personalidade jurídica não se confunde com a dos réus, em especial não se confunde com a do ora paciente. 5. Considerando o conteúdo da inicial acusatória em que se imputa ao paciente e a outros denunciados a prática, em tese, do crime capitulado no artigo 2º, § 1º da Lei n. 12.850/2013, e bem assim a própria decisão judicial aqui confrontada, não se verifica sequer indício de que o Instituto Lula, pessoa jurídica, tenha sido colocado na posição de parte em qualquer demanda submetida ao juízo penal de primeira instância. 6. As decisões judiciais, em sua eficácia subjetiva, só podem alcançar aqueles que são partes no processo. Possuindo o Instituto personalidade jurídica própria, autônoma e diversa da personalidade dos acusados na presente demanda penal, não poderia a decisão alcançar - para restringir - direitos fundamentais de primeira grandeza, consistentes no seu patrimônio assim como na sua liberdade geral de agir e liberdade de empresa. 7. Mesmo que a pessoa jurídica fosse diretamente demandada, não haveria no caso congruência ou adstrição entre os fundamentos apresentados na decisão e sua conclusão lógica, isso porque, concentrando-se os motivos que supostamente ensejariam a medida cautelar aqui discutida na conduta do paciente, a decisão, contudo, concentrou-se principalmente na esfera patrimonial e de liberdade da pessoa jurídica conformada pelo Instituto, desconectando-se, assim, logicamente o motivo da consequência. Em outras palavras, fosse o caso, e - pela distância temporal dos fatos - não é, de deferir alguma medida restritiva, dever-se-ia exclusivamente atingir a esfera jurídica do paciente, não se justificando em nada a decisão que apanha, sem mais, a esfera jurídica do Instituto Lula, que possui personalidade jurídica autônoma e diversa. 8. Mesmo em relação ao paciente, verifica-se haver ausência de congruência na fundamentação, uma vez que não se descortina, com lógica e clareza, em que a suspensão das atividades do Instituto poderia impedir-lo de ter contato com outras pessoas e, em qualquer outro local, desenvolver as atividades que o magistrado suspeita serem ilícitas. Seja esclarecido que, pelos fundamentos expostos na decisão, o maior receio (não único) do juízo de primeira instância é o de que o paciente pudesse se valer do referido Instituto para realizar encontros com finalidades ilícitas. Se é assim, no caso, a suspensão, obviamente, seria medida totalmente inadequada para atingir o fim pretendido. 9. A necessidade de qualquer medida cautelar há de ser considerada à luz de sua contemporaneidade, isto é, há que se demonstrar que a medida é necessária para o

momento atual, não se compreendendo possam os direitos fundamentais (liberdade de agir e de ir e vir) sofrer limitação de tal ordem, quando considerados fatos que, se ocorridos e demonstrados, dizem respeito a tempo passado (2014/2015) e como tal distanciados do presente momento. Com efeito, sem contemporâneo que justificasse a medida, não se pode compreender por que, não tendo sido deferida ao tempo da suposta prática delitiva, haveria de ser deferida após o transcurso de dois anos. 10. Também não se verifica no caso a justa adequação entre a medida restritiva adotada e a finalidade a que eventualmente se destina. Em primeiro lugar, seja dito que não está muito clara a finalidade a que a decisão visa especialmente considerar e proteger. Por outro lado, mesmo observando de forma genérica, tendo em vista especificamente o delito cujo processo tem curso nos presentes autos, não se pode entender qual a relação de adequação lógica entre a medida restritiva cautelar combatida pelo presente *habeas corpus* e a finalidade que ela deveria atingir. 11. O que se depreende da decisão impugnada é que ela pretende ter vocação muito mais para acautelar delitos que já estão sendo objeto de outros processos e alocados a outra jurisdição, do que propriamente garantir objetivos específicos do processo e julgamento aqui em curso e sob a competência do juízo da 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal. Isso também explicaria porque o próprio Ministério Público Federal não se sentiu habilitado a requerer a medida aqui sob consideração, que, por isso mesmo, teve que ser deferida de ofício. 12. Vê-se, ainda, que a decisão não indicou o que se procura resguardar com a imposição da medida restritiva, limitando-se a consignar que "(...) o artigo 319 do Código de Processo Civil possibilita ao magistrado medidas cautelares diversas da prisão, que, em síntese, buscam evitar qualquer inerepação desnecessária, mas também assegurar os objetivos cautelares, todos descritos pelo artigo 312 do Estatuto Processual Penal." 13. No caso, restritamente, o art. 2º, § 1º da Lei n. 12.850/2013, estabelece que, incorre em pena "quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa." Esse é o crime aqui sob processamento, já alcançando o processo a fase do art. 402, do CPP. Portanto, as medidas cautelares aqui sob discussão deveriam, como acessórias que são do processo principal, vincular-se a esse específico escopo, não desbordando para precaver a suposta prática de crimes já investigados em outros processos, inclusive, alheios à jurisdição do juízo, não tendo relação direta, necessária e adequada com a garantia da aplicação da lei penal ou da investigação dos fatos específicos sob seu julgamento. 14. A decisão de primeira instância, conforme se retira de seu próprio conteúdo, está suportada em grande medida em documento e vídeo extraídos da rede mundial de computadores, sem que fosse facultado ao paciente o direito de se manifestar ou contestar sua qualidade, higidez e legitimidade probatória, ferindo, frontalmente, os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. 15. Nesse ponto, a fragilidade dos meios de provas de que se valeu a decisão também impediria a medida constritiva, mesmo que tivesse sido direcionada exclusivamente ao paciente. 16. Ordem de *Habeas Corpus* que se concede para, confirmando o que decidido em sede liminar, determinar a imediata cassação dos efeitos da decisão proferida nos autos da Ação Penal 42543-76. 2016.4.01.3400/DF (inquérito n. 40755-27.2016.4.01.3400/DF), na parte em que suspendeu as atividades do Instituto Lula.

(TRF1 – 4.ª T. – HC 0023139-20.2017.4.01.0000/DF – rel. **Néviton Guedes** – j. 23.04.2019 – public. 06.05.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6064**)

Crime contra a ordem tributária (art. 1º, i, c/c arts. 11 e 12, I, da Lei 8.137/1990). Alteração legislativa promovida pela Lei 12.382/2011. *Novatio legis in pejus*. Suspensão do processo e da pretensão punitiva estatal. Natureza da norma. Caráter material evidenciado.

A Lei 12.382/2011, ao alterar o § 2º do art. 83 da Lei 9.430/1996, estabeleceu: “É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no caput, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal”. A inovação legislativa instituída pela Lei 12.382/2011 é mais gravosa ao réu, pois criou um marco temporal para o deferimento da suspensão da

pretensão punitiva estatal, ou seja, exige-se que o pedido de parcelamento do débito tributário tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia, aplicando-se apenas às condutas perpetradas após sua entrada em vigor. Portanto a regra acerca da punibilidade do agente constante da Lei 12.382/2011 é de natureza material e somente poderá ser aplicada aos delitos praticados após a sua vigência. Unânime.

(TRF1 – 4.ª T. – HC 1013644-95.2018.4.01.0000 – rel. **Néviton Guedes** – j. 02.04.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6065**)

Jurisprudência compilada por

**Kaïque Rodrigues de Almeida e
Renato Silvestre Marinho.**

Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Penal. Habeas corpus. Crime de patrocínio infiel (CP, art. 355). Ausência de descrição na denúncia de traição em juízo de interesse confiado ao paciente. Crime de estelionato (CP, art. 171). Elementar da fraude não verificada. Atipicidade da conduta. Trancamento da ação penal. Questão objetiva que se comunica a corréu. Ordem concedida.

1. Habeas corpus impetrado contra a decisão do Juízo Federal que recebeu denúncia oferecida contra o paciente e outro denunciado pela suposta prática dos crimes previstos no artigo 171, *caput* (estelionato), e no art. 355, *caput* (patrocínio infiel), ambos do Código Penal. 2. A competência, em caso de crime de patrocínio infiel praticado no bojo de ação trabalhista é da Justiça Federal, nos termos do art. 109, IV, da Constituição Federal, porque o bem jurídico primordialmente tutelado pela norma penal é a administração da justiça, de molde que seu malferimento atinge interesse direto da União. 3. Hipótese em que não se pode extrair, sequer em tese, a ocorrência do crime de patrocínio infiel, a partir da narrativa fática contida na denúncia, o que impõe o trancamento da ação penal originária, quanto à imputação do delito tipificado no artigo 355 do Código Penal. 4. Como se infere da redação do artigo 355 do Código Penal, o crime de patrocínio infiel, para sua caracterização, exige que o advogado traia o dever profissional, prejudicando o interesse de seu constituinte, em juízo. Em outras palavras, para sua configuração, o delito de patrocínio infiel exige que o advogado, com sua conduta, no processo, provoque um prejuízo

ao seu constituinte, prejudicando o interesse que deveria na verdade defender, por força de seu dever profissional. 5. Caso concreto em que a conduta descrita na denúncia – advogados que deixam de promover o competente registro de carta de arrematação expedida nos autos de ação trabalhista – não se subsume, sequer em tese, ao tipo do artigo 355 do Código Penal, de maneira que o prosseguimento da ação penal originária, relativamente a tal imputação, configura constrangimento ilegal, passível de saneamento de ofício por esta Corte. 6. Atipicidade da conduta imputada como crime de estelionato. Ausência da elementar da fraude/ardil. Hipótese em que eventuais prejuízos decorrentes dos atos de administração praticados pelo paciente, relativamente ao bem imóvel indiviso, causados aos demais condôminos, é questão que não se submete à tutela do Direito Penal. 7. A atipicidade das condutas é matéria de natureza objetiva e que, portanto, se comunica à corré nos autos da ação penal originária, motivo pelo qual a ordem deve ser igualmente estendida em seu benefício. 8 - Ordem concedida.

(TRF3 – 11.ª T. – HC 5001769-69.2019.4.03.0000 – rel. **José Lunardelli** – j. 27.03.2019 – public. 30.03.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6066**)

Jurisprudência compilada por

**Kaïque Rodrigues de Almeida e
Mariana Beda.**

Tribunal de Justiça de São Paulo

Estupro de vulnerável. Quadro probatório que se mostra seguro e coeso para evidenciar autoria e materialidade do delito Palavra das vítimas corroborada pelos demais elementos de prova Manutenção da condenação Possibilidade de alteração da capitulação delitiva para o art. 215-A, CP, mais adequado à realidade dos fatos Reconhecimento da continuidade delitiva. Adequação da pena Pena integralmente cumprida Análise quanto ao regime e possibilidade de substituição prejudicada.

Recurso parcialmente provido, com extinção da punibilidade, de ofício, e expedição de alvará de soltura (voto n. 39437).

(TJSP – 16.ª T. – AP 0005731-38.2017.8.26.0565 – rel. p/ Acórdão: **Newton Neves** – j. 07.05.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6067**)

Jurisprudência compilada por

Roberto Portugal de Biazzi.