

## EDITORIAL

## A Constituição nos desafia

Há algumas décadas – conforme alguns leitores devem se lembrar –, a maioria dos professores de Direito era ligada a alguma carreira pública; juízes lecionavam processo civil e promotores, processo penal. Procuradores do Estado falavam sobre direito administrativo. Os advogados, bem, esses se limitavam a “estranhas disciplinas”, como prática forense. Aqui e ali, surgia um advogado falando sobre direito do trabalho. Com raras exceções, as aulas se limitavam à leitura dos códigos e sua interpretação literal. O ensino jurídico chegava a seu limite de alienação da realidade nas aulas de Direito Constitucional, resumidas à leitura de uma Emenda Constitucional. A Constituição era um nada, alguma coisa com a qual os alunos não deveriam perder tempo.

Estávamos na ditadura civil-militar. Nossos doutrinadores eram majoritariamente ligados ao regime (Orlando Gomes fora disso, Hermes Lima quase clandestino). Os professores que os adotavam talvez nem soubessem disso, pois era natural defender a prevalência do “interesse público”, cujo conceito podia ser amoldado ao gosto de quem estava no poder.

Naqueles dias, os cinemas conheciam a censura prévia e nós nos acostumávamos com um “certificado de censura da Polícia Federal”. A perseguição política e a prática disseminada da tortura – que nos acompanha até hoje – eram formas admitidas de controle e garantia da “ordem pública”. Enquanto isso, as ruas eram inundadas de carros com adesivos, BRASIL: AME-O OU DEIXE-O. O Partido do Governo Militar, a ARENA, tinha vitórias sucessivas sobre o MDB, que – ironias históricas – era oposição; a oposição possível e tolerada. Nas ruas, a polícia enquadrava – “mão na cabeça e documento!” – e praticava “prisões para averiguação”, uma forma selvagem de levar gente sem mandado, para nunca mais, como tantos. As forças de segurança, assim, aprendiam e solidificavam as técnicas que, décadas depois, continuariam a ser usadas contra Amarildo, contra Marielle, contra a população negra, pobre e periférica: a maioria para quem a democracia continua sendo uma quimera ainda hoje.

Na ditadura, quase ninguém tinha direitos, sequer enunciados formalmente. Preto não entra, todos sabíamos que nos clubes associativos da cidade não havia negros. Isso era natural. Ou melhor, naturalizava-se, da mesma forma como era natural que no colégio público houvesse pouquíssimos negros porque o ensino obrigatório não ultrapassava a quarta série. Não se aprendia propriamente História, mas OSPB, *Organização*

*Social e Política do Brasil*. Reminiscências de um tempo sombrio que hoje voltam para nos lembrar o quanto de autoritarismo permanece.

Todos nós testemunhávamos a falência do ensino público no Brasil. Quem tinha dinheiro optou pela criação de um sistema paralelo, privado, para onde migraram as famílias brancas de classe média. Não houve nenhum movimento de emancipação da escola pública, relegada aos filhos dos pobres.

Nos anos 80, uma de nossas muitas *décadas perdidas*, o regime militar se dissolvia, à custa de um endividamento externo brutal e da hiperinflação. O regime não conseguia mais evitar as notícias de corrupção nem a censura prévia conseguia esconder da população que as coisas iam muito mal. Todos sentíamos. Se a censura prévia oficial é suficiente para barrar um filme, um livro, uma canção ou uma peça de teatro, ela jamais escondeu a realidade cotidiana, vivenciada pelo povo: fator que desestabiliza qualquer ditadura.

Naqueles dias, em que a cúpula militar definitivamente não sabia mais como administrar o caos a que deu origem, nossas manchetes sempre se referiam a um sinistro órgão externo, que tudo podia: o FMI. Um Brasil à beira do caos institucional, uma Constituição forjada na ditadura, o jogo virando, o partido do governo perdendo as eleições. Os adesivos começaram a sumir dos carros e ninguém suportava mais a ditadura, ninguém mais suportava censuras, tutelas, as prisões causavam discussões e as pessoas concluíam que, na verdade, andávamos para trás.

Os preços disparavam e, nos supermercados, havia uma função exótica: o *remarcador*, que corria as prateleiras recarimbando preços, de tal sorte que a ida ao supermercado exigia um planejamento estratégico para comprar em sentido contrário ao dele.

Não tínhamos balizamento institucional-legal para quase nada; nossas relações sociais que encontravam alguma regulação eram as trabalhistas. Nem se falava em direito ambiental, direito do consumidor, da infância e da juventude, muito menos, à evidência, de direitos humanos e fundamentais, até porque estávamos acostumados a uma Constituição que refletia o estado de ânimo do ditador da vez.

Mudar a Constituição não nos surpreendia. Era coisa cotidiana, às vezes com mais truculência, fechando-se o Congresso, como se fizera em algumas oportunidades.

## | Caderno de Doutrina

Presunção de inocência e inconstitucionalidade da prisão em 2º grau  
Juarez Cirino dos Santos \_\_\_\_\_ 3

O problema do emprego de armas de fogo ou meio de extrema periculosidade na legítima defesa de agentes estatais  
Jacson Zilio \_\_\_\_\_ 6

O Leviatã de Brumadinho  
Paulo César Busato \_\_\_\_\_ 7

Há perspectivas de superação do reconhecimento pessoal *contra legem*?  
Juliana da Silva Regassi e  
Camila Maués dos Santos Flausino \_\_\_\_\_ 9

Reformas penais isoladas são insuficientes para diminuir a criminalidade  
Luiz Flávio Gomes \_\_\_\_\_ 12

A relevância da proposta pachukaniana às experiências críticas do Direito Penal  
Caio Luís Prata e  
Gabriel Coimbra Rodrigues Abboud \_\_\_\_\_ 14

A falência do garantismo  
Pedro Augusto Simões da Conceição \_\_\_\_\_ 16

A necessidade de cálculo diferenciado para a progressão de regime na unificação de pena e o entendimento do STJ no HC 427.803/PR  
Diego de Azevedo Simão \_\_\_\_\_ 17

Para uma criminologia dos intelectuais revolucionários: o bicentenário de Marx na encruzilhada da questão criminal(1)  
Adrian Barbosa e Silva \_\_\_\_\_ 19

A legitimidade do terceiro delatado para discutir o acordo de colaboração premiada em face da concessão de benefícios extrapenais  
Rafael Junior Soares e  
Luiz Antonio Borri \_\_\_\_\_ 22

## | Caderno de Jurisprudência

## | JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal \_\_\_\_\_ 2181  
Superior Tribunal de Justiça \_\_\_\_\_ 2181  
Tribunal Regional Federal da  
1ª Região \_\_\_\_\_ 2187  
Tribunal de Justiça do Estado  
de São Paulo \_\_\_\_\_ 2188

Nos anos 80, a necessidade de institucionalizar minimamente o país nos uniu em torno de duas grandes bandeiras: eleições presidenciais diretas e uma Assembleia Constituinte. Em 1984, o primeiro projeto foi vencido pelas forças reacionárias que experimentaram, vencendo, uma derrota histórica. Coisas do Brasil, onde perdendo também se ganha. Vivemos uma catarse na morte do candidato vencedor, mas jamais empossado, Tancredo Neves. Seu vice, nascido do mais genuíno espírito de composição que nos atormenta e nos liberta, José Sarney, foi empossado num truque jurídico espetacular. Seu governo foi marcado por uma inflação jamais vista, um sentido democrático emancipatório e, finalmente, pela Assembleia Constituinte (na verdade, um Congresso Constituinte): um parlamento *sui generis* que executava as antigas funções e, simultaneamente, tinha poderes constituintes originários. Parece que não era para dar certo, mas deu.

Num clima de Copa do Mundo, com uma legitimidade muito mais sentida e percebida que explicada, o Brasil pariu sua *Constituição Cidadã*. Parecia que as coisas tomariam outro rumo e, pela primeira vez por aqui, era produzido algo que tinha por objetivo central a limitação dos poderes do Estado. Ninguém sabia exatamente o que significava ou significaria isso, mas a certeza geral era a de um Brasil que renascia, com uma vocação que, até então, desconhecíamos.

Algumas propostas eram – e ainda são – heroicas. Criávamos o maior plano de saúde do planeta, em que todo ser vivente, em território nacional, teria direito aos serviços públicos de saúde. Por meio da afirmação da igualdade e da universalização dos serviços essenciais, a cidadania parecia querer chegar aos baixos dos viadutos. Foram séculos para que toda forma de discriminação fosse posta à margem da lei, que trazia para dentro da Constituição, como uma das vigas mestras desta nossa república, o respeito à dignidade da pessoa humana. A miséria, o racismo, a violência, a tortura, a devastação, o capitalismo selvagem, a dependência internacional, tudo o que nos violava de forma quase atávica era finalmente arrastado. O anúncio, no pórtico, era ambicioso: *Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.*

Como não se encantar com esse país? Vivíamos uma inflação devastadora, tínhamos índices de desemprego medonhos e, não obstante, produzimos uma Constituição que causava admiração, porque havíamos reescrito o país. O melhor Brasil medrava no solo árido de uma economia em frangalhos. Descobríamos a igualdade, descobríamos a proteção à dignidade humana como única alternativa possível para conseguirmos a paz, a diminuição da miséria, a inclusão social. A Constituição tocou em nossas feridas abertas, colocando-nos nus perante o espelho da História.

Décadas depois, a sensação que nos invade é que talvez tenhamos sido ingênuos e nos valorizado demais. Talvez tudo o que houvéssemos tentado sepultar tenha passado a arrastar correntes, a cobrar pedágios sangrentos e a lentamente tornar a Constituição uma espécie de repositório de culpas. Parece ter vencido uma disputa narrativa o discurso perverso segundo o qual poderíamos ser melhores e somente não o somos porque a Constituição não permite.

A luta pela igualdade ofendeu nossas elites. Nosso racismo estrutural protegia o *preto de alma branca*, não esse que reivindica privilégios exclusivos dos brancos. Nossa “mulata” sempre foi exportação. Era dela a *sensualidade e o charme da mulher brasileira*, que, de resto, *sempre soube de seu lugar*, e esse lugar não era na sala de estar, jamais foi. A experiência curta – curtíssima – de se verem negros nos corredores universitários, sem que ali estivessem como faxineiros, acabou se tornando chocante às elites e às classes médias tradicionais, que sempre pensaram ser a elite.

Então, igualdade é isso? Então, proteger a dignidade da pessoa humana é isso? Nesse Brasil, nossa Constituição causa incômodo. Esse incômodo, que era algo um tanto etéreo, passou a se substantivar. Com perplexidade assistimos a pessoas saírem às ruas pedindo *intervenção militar*. Nesse contexto, vimos crescer, tomar corpo e vencer um candidato à Presidência que sempre fez apologia ao golpe militar, que alçou-se à fama a partir de uma profusão de declarações misóginas, homofóbicas e racistas, e que disse pretender jogar o ECA *na latrina*.

Os anos todos que lutamos em defesa do respeito à diversidade sexual estão sendo lançados às águas sujas da intolerância. A luta antimanicomial, uma das mais espetaculares bandeiras que conseguimos erguer à solidariedade humana, está se perdendo em prol de interesses econômicos, com a proliferação de comunidades terapêuticas privadas, e com a permanência da lógica manicomial em diversos aparelhos públicos, como os odiosos hospitais de custódia.

Estamos lotando cadeias como nunca, prendendo como nunca. O Poder Judiciário, concebido pela Constituição para que atuasse na defesa das pessoas comuns contra o poder de punir, comporta-se, em muitos casos, como mera extensão das viaturas policiais. Vemos a militarização invadir periferias e ser praticado um genocídio negro de forma cada vez mais intensa.

Não temos mais censura, é certo; temos *robôs*, uma engenharia virtual que cria vozes inexistentes que falam em ódio, boicote, mortes, ameaças, tripudiam de tragédias pessoais.

Foram vinte anos para que a árvore da Constituição crescesse, mas sua sombra parece ter desagradado muitos dos brasileiros, sobretudo aqueles que mais têm voz em nossa sociedade desigual. Defender a Constituição é defender uma árvore de direitos, de cujos galhos pendem os frutos da igualdade, da equidade de gênero, da solidariedade, da luta contra a miséria, do combate às diferenças de renda, do meio ambiente saudável, do acesso universal à saúde, do respeito aos direitos individuais, aos índios, aos quilombolas, à preservação da fauna e da flora, à sustentabilidade, ao patrimônio cultural e artístico, à privacidade, do respeito à diversidade, do combate ao racismo, ao direito de moradia, à educação livre e constituidora da cidadania crítica, à defesa do salário digno, do direito ao trabalho, do direito à terra.

Defender a Constituição é, sobretudo, adotar os Direitos Humanos como regra de gestão pública e privada.

O IBCCRIM – temos imenso orgulho disso – fechou questão na defesa intransigente da Constituição, não abrindo mão de lutar diuturnamente pela preservação democrática, com as armas de que dispõe: a História, o discurso científico e o agregamento que promove, ao trazer para dentro de sua essência o direito mais amplo, libertário, igualitário e acolhedor que se puder imaginar. O IBCCRIM, ciente de que rema contra a corrente, saúda o povo brasileiro, pede passagem e convoca todas as forças democráticas à resistência.

## EDITAL DE CONVOCAÇÃO ASSEMBLEIA GERAL ORDINÁRIA DE 28 DE MARÇO DE 2019

Convocamos os associados e associadas do INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, CNPJ 68.969.302/0001-06, para se reunir em Assembleia Geral Ordinária, a realizar-se no dia 28 de março de 2019, às 9h30 em primeira convocação e, em segunda convocação, às 10h, na sede da organização, na Rua XI de Agosto, 52, 2º andar, CEP 01018-010, na cidade de São Paulo, estado de São Paulo, tendo por pauta os seguintes itens:

### Ordem do dia da Assembleia Geral Ordinária:

- (i) Aprovação de relatório de contas e de atividades do ano de 2018;
- (ii) Deliberar sobre alteração de valor de contribuição;
- (iii) Deliberar sobre outros assuntos de interesse do Instituto.

São Paulo, 01 de março de 2019.

# Presunção de inocência e inconstitucionalidade da prisão em 2º grau

Juarez Cirino dos Santos

## 1. Introdução

O discurso sobre execução provisória da pena em condenação de 2º grau, permitida pela atual jurisprudência do STF sobre presunção de inocência, tem os seguintes parâmetros: a) em 2009, o julgamento do HC 84.078/09, relator o Min. Eros Grau – um jurista forjado nas lutas do sistema de justiça criminal –, vedava a execução provisória da pena; b) em 2016, o julgamento do HC 126.292/16, relator o Min. Teori Zavascki – um jurista formado no sistema de justiça civil –, permitiu a execução provisória da pena em condenação de 2º grau.

## 2. A justificação da mudança

A mudança na jurisprudência, que abre uma fase de recrudescimento do encarceramento em massa no Brasil, foi conduzida pelo voto do relator Teori Zavascki, mediante reflexão sobre o *alcance* do princípio da presunção de inocência, com o objetivo de estabelecer equilíbrio entre a *presunção de inocência* e a *efetividade da jurisdição*, como valores do acusado e da sociedade.

<sup>(1)</sup> Antes de tudo, os valores referidos parecem constituir uma falsa oposição: o equilíbrio não seria entre valores do *acusado* e da *sociedade*, mas entre valores da *sociedade*, garantida pelo princípio político da presunção de inocência, e do *Estado*, interessado na questão pragmática da *efetividade da jurisdição*. Afinal, a *presunção de inocência* é garantia política da sociedade contra o poder punitivo do Estado, enquanto a *efetividade da jurisdição* constitui interesse pragmático do Estado na área do controle social. Assim, a decisão aposta no controle da criminalidade com penas criminais, assumindo a política criminal repressiva inspirada na Criminologia etiológica, interessada na *eficiência* e na *efetividade* do controle social, ao contrário da Criminologia crítica, que explica a criminalidade pelas desigualdades estruturais e institucionais da formação social capitalista e, por isso, está interessada em *garantir* o cidadão contra a violência do Estado.<sup>(2)</sup>

## 3. Saberes distintos de práticas judiciais diferentes

Como mostra a práxis social, a experiência do trabalho judicial

informa o saber dos atores processuais: a) no sistema de justiça civil, os cidadãos em litígio resolvem conflitos privados *perante* o poder do Estado, como partes *iguais* em face da lei e *livres* em relação ao processo, orientados pela utilitária *efetividade da jurisdição*, uma razão prática que permite resolver o conflito por acordos e prescinde de qualquer presunção de inocência; b) no sistema de justiça penal, o cidadão imputado atua *contra* o poder do Estado, em posição de *desigualdade* processual e de *coação* real, uma situação de desequilíbrio de forças que não se resolve por acordos e depende da *presunção de inocência* para conter o poder do Estado. Por isso, a natureza política da *presunção de inocência* – a maior proteção do cidadão contra o poder do Estado – exclui relativizações fundadas na *efetividade da jurisdição*, que pode ser princípio administrativo, mas não tem *status* de direito fundamental.

## 4. As regras constitutivas da presunção de inocência

A definição do princípio de *presunção de inocência* na Constituição<sup>(3)</sup> é o ponto de partida. A definição não explicita a locução *presunção de inocência*,<sup>(4)</sup> mas insere o conteúdo empírico do *juízo de culpa* na forma jurídica da condenação penal *transitada em julgado*. Assim, a definição do conceito mostra que o conteúdo do *juízo de culpa* ou existe na forma de *sentença transitada em julgado*, ou não pode existir de forma nenhuma.

A literatura identifica na presunção de inocência três regras elementares: a) tratamento como inocente até certeza jurídica da culpa em sentença penal irrecorrível; b) interpretação da prova conforme o princípio *in dubio pro reo*, porque a prova da imputação incumbe à acusação; c) garantia da dignidade do acusado contra toda forma de arbítrio.<sup>(5)</sup> No direito brasileiro, o princípio reitor da *presunção de inocência* aparece em vários dispositivos da legislação ordinária:

a) a regra processual do art. 283 do CPP, em conformidade com o princípio constitucional, reconhece as seguintes modalidades de prisão: a) prisão em flagrante delito; b) prisão por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, sob as espécies (i) de prisão por sentença condenatória transitada em julgado e (ii)

de prisão no curso da investigação ou do processo (as hipóteses de prisão temporária e de prisão preventiva) – excluindo a prisão para execução provisória da pena por condenação em 2º grau;<sup>(6)</sup>

b) a regra processual do art. 674 do CPP, também em consonância com o princípio da presunção de inocência, condiciona a expedição de carta de guia para cumprimento de pena privativa de liberdade ao *trânsito em julgado* da sentença condenatória – igualmente excluindo a hipótese de execução provisória da pena por condenação em 2º grau;<sup>(7)</sup>

c) a norma especial do art. 105 da LEP, também de acordo com o princípio constitucional, determina expedição de guia de recolhimento para execução da pena após *transitar em julgado* a sentença condenatória a pena privativa de liberdade – também excluindo a hipótese de execução provisória da pena por condenação em 2º grau.<sup>(8)</sup>

Como se vê, a presunção de inocência não existe apenas como princípio constitucional, mas aparece em regras específicas da legalidade penal. Portanto, reduzir ou excluir a validade jurídica do princípio constitucional da *presunção de inocência* implica reduzir ou excluir a eficácia jurídica de normas legais específicas, que cumprem funções relevantes: a) definem as *hipóteses* de prisão admissíveis, com exclusão da modalidade de execução provisória por condenação de 2º grau sem *trânsito em julgado* da decisão; b) determinam a *necessidade* de *trânsito em julgado* da condenação para início de execução da pena privativa de liberdade – requisitos formais inexistentes na modalidade de execução provisória da pena por condenação de 2º grau, pendentes recursos extraordinários.<sup>(9)</sup>

## 5. A mutilação do conceito de presunção de inocência

O voto do ilustre Relator mutilou o conceito de presunção de inocência ao excluir os componentes políticos de *tratamento como inocente* até certeza jurídica da culpa e de *garantia da dignidade* do acusado contra o arbítrio do Estado, reduzindo o conceito ao componente processual da *interpretação da prova*, segundo o princípio *in dubio pro reo*. Em ciência, a reflexão crítica pressupõe a estrutura científica do conceito, que o intérprete pode admitir ou rejeitar, mas não pode ignorar ou deformar. A origem da mutilação parece residir na ênfase sobre a locução *considerar culpado*,<sup>(10)</sup> obscurecendo o *trânsito em julgado* da linguagem constitucional – afinal, o ponto decisivo não é o conteúdo do juízo de culpa, mas o momento do juízo de culpa, que somente pode ser formulado após *trânsito em julgado* da condenação.<sup>(11)</sup>

A redução do princípio à *interpretação da prova* – e sua subordinação à *disciplina jurídica da prova*<sup>(12)</sup> –, autoriza dizer que o acusado é inocente *durante a instrução criminal* – uma ideia que amesquinha o conceito, além de impor ao acusado uma impossível prova negativa de culpa para preservar a presunção de inocência. Assim, o voto do culto Ministro avança para o propósito da reflexão: a *efetividade* da decisão de 2º grau resulta do *reexame integral* da matéria de fato, com *preclusão* da prova do fato e *relativização* do princípio de presunção de inocência. As inúmeras exceções à *preclusão da prova do fato* parecem não importar, como as hipóteses (i) de erro judiciário sobre prova de autoria, (ii) de violação da legalidade por inexistência de tipo de injusto e (iii) de equívoco na fixação da pena – situações de *prova de fato* objeto de necessário reexame em recursos extraordinários.

Reduzida a presunção de inocência ao âmbito da *instrução criminal*, o passo seguinte é a redefinição do princípio como *presunção de não culpabilidade*, conforme um segmento repressivo da literatura, com consequências nefastas: a) limita o princípio

à prova da *materialidade* e da *autoria* do fato, como ônus da acusação; b) avalia o princípio conforme o *estágio do procedimento*, com progressivo tratamento mais gravoso do acusado, porque a decisão de 2º grau seria uma declaração de culpabilidade dotada de *considerável força*, diz o voto.<sup>(13)</sup>

## 6. A arbitrária redefinição como presunção de não culpabilidade

A redefinição do conceito como *presunção de não culpabilidade* é arbitrária: o princípio positivo da *presunção de inocência* não pode ser transformado no princípio negativo da *presunção de não culpabilidade*, porque esses conceitos não são idênticos e, por isso, não podem ser permutados. A diferença entre os conceitos pode ser assim demonstrada:

a) a culpabilidade é um conceito qualitativo da *definição de crime*, mas também um conceito quantitativo como *medida da pena*, que pode ser graduado conforme circunstâncias objetivas ou subjetivas do fato:<sup>(14)</sup> o autor do tipo de injusto pode ser mais reprovável ou menos reprovável e, portanto, mais culpado ou menos culpado – uma plasticidade conceitual utilizada para graduar a presunção de inocência conforme o *estágio do procedimento* criminal, mas ao preço de esvaziar o princípio constitucional;

b) a inocência é um conceito qualitativo que não admite qualquer graduação: no processo penal, ou o acusado é inocente, ou não é inocente e, portanto, a hipótese de acusados mais inocentes ou menos inocentes é absurda.<sup>(15)</sup>

Logo, a ideia de graduar a *presunção de inocência* pelo estágio do processo é uma hipótese teratológica, somente possível pela arbitrária redefinição do conceito como *presunção de não culpabilidade*, cuja natureza graduável deforma o significado político do princípio constitucional.<sup>(16)</sup> Ignorando essas diferenças conceituais, a conclusão do voto do Relator aparece com plena força: a prisão para execução provisória da pena (i) é *necessária* após condenação de 2º grau e (ii) é *compatível* com a presunção de inocência, apesar da pendência de recursos.<sup>(17)</sup>

## 7. Recursos extraordinários e justiça do caso concreto

O propósito de negar validade à presunção de inocência utiliza o argumento populista da natureza protelatória dos recursos, com prescrição da pretensão punitiva e inibição da efetividade da jurisdição – como demonstra exemplo raro de recursos sequenciais indeferidos: um caso de exceção, referido como regra de inibição da *efetividade* da justiça criminal - cuja *rapidez* parece mais valorizada que a *justiça* do caso concreto.<sup>(18)</sup> A prescrição da punibilidade não é causada pela presunção de inocência, mas pela demora dos tribunais no julgamento dos recursos, determinada por *déficits* estruturais e funcionais históricos – portanto, a solução não reside em cancelar direitos ou garantias constitucionais do cidadão, como pretende o voto do relator, mas em melhorar a estrutura e as funções do sistema de justiça criminal. O voto examina o recurso extraordinário do ponto de vista da *finalidade* e da *eficácia* processual.<sup>(19)</sup>

A *finalidade* seria preservar a higidez do sistema normativo,<sup>(20)</sup> que excluiria a *justiça do caso concreto* por causa dos requisitos de admissibilidade. Mas aqui cabe a pergunta: se a *liberdade individual* existe como (i) questão constitucional objetiva, (ii) de relevância jurídica, política ou social e, por isso, (iii) merece repercussão geral, então deve ser descartada porque seria *justiça do caso concreto* e, assim, uma questão subjetiva? Afinal, sistemas normativos que convivem com a *injustiça do caso concreto* não podem ser considerados *hígidos* – e a função atribuída ao recurso extraordinário seria inútil.

A *eficácia* seria de 4%, segundo critérios de pesquisa desconhecidos do ex-ministro Joaquim Barbosa, um magistrado conservador e punitivista<sup>(21)</sup> – quando estavam disponíveis dados estatísticos confiáveis de 28,5% de êxito (quase um terço dos recursos), fornecidos pelo Ministro Lewandowski na ADPF 144-DF. Os dados do voto parecem em conflito com o método científico, além de encobrir 1/3 (um terço) de situações comprovadas de erro judiciário.

## 8. Penas privativas de liberdade: execuções definitivas provisórias?

Finalmente, a execução provisória de pena privativa de liberdade é uma *contradictio in adjectio*: a execução de pena privativa de liberdade é sempre definitiva, porque a liberdade suprimida não pode ser restituída em caso de absolvição. Somente pena pecuniária admite execução provisória, porque é possível restituição em caso de futura absolvição. Além disso, a chamada execução provisória da pena privativa de liberdade desconsidera o risco de vida na prisão (5 vezes maior do que em liberdade) e a probabilidade de contaminação por HIV (50% da população carcerária). Como falar da natureza provisória da prisão, em caso de homicídio ou de contaminação por HIV na execução da pena? Em suma, o conceito de execução provisória da pena privativa de liberdade é um disparate jurídico – e a hipótese de indenização compensatória é uma alternativa cínica.

## 9. Conclusões

As conclusões, a seguir resumidas, aparecem no conjunto do texto:

**a)** o propósito de equilíbrio entre *presunção de inocência* e *efetividade da jurisdição* é próprio da Criminologia tradicional, interessada na efetividade do controle social, e não da Criminologia crítica, interessada na garantia do cidadão contra o poder do Estado;

**b)** o saber dos atores judiciais depende da práxis processual: civilistas atuam *perante* o poder do Estado, em situação de partes *iguais e livres*, que resolvem os conflitos privados por acordos; criminalistas atuam *contra* o poder do Estado, em situação de *desigualdade e coação*, não resolvem o conflito com o Estado por acordos e dependem da *presunção de inocência* para conter o poder do Estado;

**c)** a natureza política do princípio constitucional da *presunção de inocência* exclui relativizações fundadas na efetividade da jurisdição, que não tem *status* de direito fundamental;

**d)** a redução da *presunção de inocência* à *disciplina da prova* mutila o conceito, porque afasta as regras políticas de *tratamento como inocente* e de *garantia da dignidade* do acusado;

**e)** a *presunção de inocência* configura normas específicas da legislação, que definem as *hipóteses* de prisão (art. 283, CPP) e a *necessidade* de trânsito em julgado para execução da pena (art. 674, CPP e art. 105, LEP), excluindo a execução provisória da pena;

**f)** a *preclusão* da matéria de fato, que permite a relativização da *presunção de inocência*, exclui hipóteses (i) de erro judiciário sobre autoria, (ii) de lesão da legalidade por atipicidade da conduta e (iii) de abuso na medida da pena, objetos de recurso extraordinário;

**g)** o conceito positivo de *presunção de inocência* não pode ser transformado no conceito negativo de *presunção de não culpabilidade* porque esses conceitos não são idênticos: a *culpabilidade* é um conceito quantitativo que pode ser graduado, admitindo acusados mais ou menos culpáveis; a *inocência* é um

conceito qualitativo que não pode ser graduado, excluindo a existência de acusados mais inocentes ou menos inocentes;

**h)** a proposta de graduar a *presunção de inocência* conforme o estágio do procedimento é uma hipótese teratológica, viabilizada pela mudança semântica do conceito;

**i)** a *presunção de inocência* não é responsável pela prescrição da pretensão punitiva, causada pela demora dos tribunais no julgamento dos recursos, explicável por *déficits* estruturais e funcionais do sistema de justiça criminal;

**j)** a finalidade do recurso extraordinário não se limita à *higidez* do sistema normativo, mas inclui a *justiça do caso concreto*, porque a liberdade do cidadão é questão constitucional objetiva, de relevância jurídica, política ou social e digna de repercussão geral, como mostra quase um terço dos casos;

**k)** a execução de pena privativa de liberdade é sempre *definitiva* e, assim, a pretensa execução *provisória* representa *contradictio in adjectio*, porque a liberdade suprimida pela execução não pode ser restituída.

Por essas razões, a execução provisória da pena privativa de liberdade após condenação de 2º grau é inconstitucional.

## Notas

- (1) Voto do relator, no Acórdão do HC 126.292/16, p. 4: “O tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre (a) o alcance do princípio da *presunção de inocência* aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal”.
- (2) ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Curitiba-Rio: ICPC/Lumen Juris, 2010, p. 8.
- (3) Constituição, art. 5º, LVII: “Ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.
- (4) Documentos internacionais assinados pelo Brasil referem a *presunção de inocência* de modo explícito: a) a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão: “Art. 11º. 1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas”; b) igualmente, o Pacto de São José da Costa Rica: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.
- (5) CASARA, Rubens R.R.; MELCHIOR, Antonio P. *Teoria do processo penal brasileiro*. Rio: Lumen Juris, 2013, v. 1, p. 511-513; AURY LOPES JR. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 236.
- (6) Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.
- (7) Art. 674. Transitando em julgado a sentença que impuser pena privativa de liberdade, se o réu já estiver preso, ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de carta de guia para o cumprimento da pena.
- (8) Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.
- (9) O voto do Relator, em posição contrária (citando o Min. Gilmar Mendes), parece desconhecer essas normas, p. 7-8: “A cláusula não obsta que a lei regulamente os procedimentos, tratando o implicado de forma progressivamente mais gravosa, conforme a imputação evolui”.
- (10) Voto do Relator no HC 126.292/16, p. 7, novamente citando texto do Min. Gilmar Mendes: “Ou seja, a norma afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas está longe de precisar o que vem a ser considerar alguém culpado”.
- (11) Nesse sentido, o voto do Ministro Celso de Mello, no mesmo HC 126.292/16: “Antes desse momento, o Estado não pode tratar os indiciados ou os réus como se culpados fossem. A *presunção de inocência* impõe, desse modo, ao Poder Público um dever de tratamento que não pode ser desrespeitado por seus agentes e autoridades”.
- (12) Voto do Relator, p. 8, citando a Ministra Ellen Gracie: “o domínio mais expressivo de incidência do princípio da não-culpabilidade é o da disciplina jurídica da prova”.

- (13) Voto do Relator, p. 7: “Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado.”
- (14) CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito Penal: parte geral*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 553.
- (15) SUANNES, Aduauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: RT, 1999, p. 232, diz que a Constituição “não distingue entre mais-inocente e menos inocente”.
- (16) Sobre a questão, o voto do Ministro Celso de Mello no HC 126292/16, é **incisivo**: “Acho importante acentuar que a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida em que se sucedem os graus de jurisdição. Isso significa, portanto, que, mesmo confirmada a condenação penal por um Tribunal de segunda instância, ainda assim subsistirá, em favor do sentenciado, esse direito fundamental, (...) como claramente estabelece, em texto inequívoco, a Constituição da República”.
- (17) Ver Voto do Relator, p. 8, novamente citando o Min. Gilmar Mendes.
- (18) Voto do Relator, p. 14-15, referindo registros de Fernando Brandini Barbagalo, assim resumidos: recurso extraordinário, agravo, agravo regimental, embargos de declaração, embargos infringentes, agravo regimental, embargos de declaração pedido de reconhecimento da prescrição.
- (19) Ver Voto do Relator, p. 12-13.
- (20) Ver Voto do Relator, p. 12-13.
- (21) Ver Voto do Relator, p. 13.

**Juarez Cirino dos Santos**

Professor de Direito Penal da UFPR. Presidente do Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC. Advogado.  
icpccursos@gmail.com

# O problema do emprego de armas de fogo ou meio de extrema periculosidade na legítima defesa de agentes estatais

Jacson Zilio

Recentemente, a discussão sobre os limites da legítima defesa entrou na cena pública depois de o Ministro da Justiça anunciar proposta de reforma do art. 25 do atual Código Penal, especialmente para abarcar três situações: a) “do agente policial ou de segurança pública que, em conflito armado ou em risco iminente de conflito armado, previne injusta e iminente agressão a direito seu ou de outrem”; b) “do agente policial ou de segurança pública que previne agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes”; c) de excesso escusável por medo, surpresa ou violenta emoção. Essas são algumas sugestões de alteração legislativa que constam do chamado “pacote anticrime” que, comemorado pelas agências penais, vieram cumprir umas das promessas do governo militarizado de ultradireita de Jair Bolsonaro: reprimir duramente delitos e proteger policiais que matam em serviço.

A pretensão apresenta inúmeras falhas: na primeira parte (item a), embora o projeto pretenda dar tratamento diferenciado a agentes estatais em contexto de conflito armado (ali indefinido), estão mantidos expressamente os requisitos tradicionais da legítima defesa, o que torna tal especificação da situação e do defensor inócua; na segunda parte (item b), embora o projeto pretenda dar tratamento diferenciado a agentes estatais em casos de vítima refém, também tal exemplificação — da situação, do defensor e da vítima — é supérflua, já que o caso retrata uma situação clara de agressão injusta e atual, que permite uma resposta necessária e moderada para obtenção da liberdade; por fim, o excesso escusável por medo, surpresa ou violenta emoção não tem nenhuma relação com a referida excludente de ilicitude, pois se trata, no máximo, de circunstâncias exculpantes, ainda assim bastante perigosas pela amplitude e indeterminação.

Contudo, não só esses equívocos dogmáticos são preocupantes. Do ponto de vista da política criminal, o projeto é um desastre: desvirtua completamente o fundamento da defesa pessoal e inverte o sentido restritivo que ela deve ter quando utilizada por agentes

estatais (e civis) armados.

É verdade que na concretização do princípio da menor lesividade ao agressor, como requisito da necessidade da legítima defesa, o uso de armas de fogo ou outros instrumentos de extrema periculosidade sempre despertou atenção da doutrina penal, especialmente naqueles casos em que é a única alternativa eficaz para proteção do bem jurídico atacado. O problema sempre esteve no uso de meio que, para ser eficaz, gera extrema periculosidade, apresentando-se, portanto, como mortal ao agressor (ou de consequências muito graves). Isso é o que pode ocorrer no uso de armas de fogo por agentes estatais no contexto mencionado (item a supra).

De qualquer modo, a aceitação ilimitada de uso de meio mortal pelo agredido conduz à destruição do princípio da menor lesividade ao agressor e, assim, também à exigência de racionalidade do meio. Conceder ao defensor um poder absoluto de utilização de meio muito perigoso é o mesmo que aceitar a legítima defesa como um direito de natureza ilimitada. Ora, no Estado Social e Democrático de Direito, cimentado na dignidade humana como premissa antropológico-cultural, somente a proibição de tortura e a proibição de pena de morte (nos países em que está radicalmente abolida) são as únicas normas de carácter absoluto. A legítima defesa, ao contrário, nas democracias, é parte de um direito estritamente delimitado pelo Estado, seja por requisitos formais, seja por restrições de ordem material.

De consequência, a compatibilidade entre o princípio de menor lesividade ao agressor e a autorização de emprego de armas de fogo ou instrumentos extremamente perigosos, não apenas por policiais, deve receber alguns contornos mais claros, no sentido da utilização gradual e de acordo com as regras administrativas impostas às autoridades que restringem o uso de armas de fogo.<sup>(1)</sup>

Nesse aspecto, **Iglesias Río** apresenta alguns caminhos exigidos para o reconhecimento da racionalidade da defesa: primeiro, o defensor deve advertir o agressor do perigo do instrumento de

defesa que pretende aplicar; segundo, o defensor deve utilizar o aparato não em direção ao agressor (por exemplo, deve antes efetuar um disparo de advertência ao ar, se outra advertência anterior não surtiu efeito); terceiro, os disparos efetuados na direção da vítima não podem tocar zonas corporais vitais, para não produzir um resultado mais grave que a ofensa; por fim, se todas as medidas anteriores não forem suficientemente aptas para a proteção de um direito fundamental individual atacado, então o defensor pode fazer um disparo mortal, sempre e quando seja a *ultima ratio* necessária para a defesa da vida.<sup>(2)</sup> Portanto, a legítima defesa praticada por agentes estatais, já que utilizam armas de fogo ou instrumentos perigosos, submete-se a requisitos mais severos.<sup>(3)</sup>

Ao contrário do que parece acreditar o projeto do governo, a legítima defesa não é uma ferramenta política de luta contra o delito, de tal modo que o agredido apareça então como um soldado auxiliar do poder punitivo. A legítima defesa, como quebra do monopólio estatal da violência, é direito excepcionalmente concedido ao particular (e aos agentes do Estado quando não existe lei federal que regulamente a atividade policial de intervenção) com o objetivo de proteção de bem jurídico individual (próprio ou de terceiro) e prevailecimento do direito, quando há agressão injusta, atual ou iminente. Por isso, a legítima defesa rege-se por princípios preventivos e de garantias, que não apenas legitimam a violência do resultado justificado, mas também limitam este mesmo resultado a um âmbito de conflito absolutamente restrito.<sup>(4)</sup>

Com razão, **Muñoz Conde** advertia que “a legítima defesa é um bom barômetro da sensibilidade democrática de um país”.<sup>(5)</sup> Talvez isso realmente não importe ao autor da pretendida reforma.

Compreensível. Mal sabe ele, como já dizia John Steinbeck, do fato gritante que ecoa por toda a história: “a repressão só conduz ao fortalecimento e à união dos oprimidos”.<sup>(6)</sup>

## Notas

- (1) POMARES CINTAS, Esther. Delitos de acción. La antijuridicidad (I). In: ZUGALDÍA ESPINAR, José M. (dir.); PÉREZ ALONSO, Esteban J. (coord.). *Derecho penal*. Parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. p. 576.
- (2) IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel. *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*. Consideración especial a las restricciones ético-sociales. Granada: Comares, 1999. p. 208.
- (3) ROXIN, Claus. *Strafrecht – Allgemeiner Teil – Band I – Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München: Verlag C. H. Beck, 2006. p. 712: “Allerdings wird auch nach der hier vertretenen Ansicht ein Polizist bei der Ausübung von Notwehr faktisch in der Regel schonender vorgehen müssen als ein Privater. Denn er ist zur Abwehr von Angriffen besser ausgebildet und ausgerüstet als der gewöhnliche Bürger, so dass er schon mit weniger eingreifenden Abwehrmassnahmen zum Ziele kommen kann.”
- (4) ZILIO, Jacson. *Legítima defensa*. Las restricciones ético-sociales a partir de los fines preventivos y garantísticos del derecho penal. Buenos Aires: Didot, 2012. p. 31.
- (5) MUÑOZ CONDE, Francisco. Prólogo. In: FLETCHER, George P. *En defensa propia* (Sobre el caso Goetz y sus implicaciones legales). Valencia: Tirant lo Blanch, 1992. p. 15.
- (6) STEINBECK, John, *As vinhas da ira*, vol. II, trad. de Ernesto Vinhaes e Herbert Caro, São Paulo: Victor Civita, 1979, p. 15.

**Jacson Zilio**

Doutor em Direito Penal e Criminologia pela  
Universidade Pablo de Olavide de Sevilha, Espanha.  
Promotor de Justiça do Ministério Público do Paraná.  
Professor-adjunto de Direito Penal da UFPR.  
jacsonzilio@hotmail.com

## O Leviatã de Brumadinho

*Paulo César Busato*

O evento de Brumadinho é, sem dúvida, muito mais que um mero acidente, e não pode ser interpretado simplesmente como “algo que acontece”. Ele se inscreve entre os mais graves atentados aos bens jurídicos fundamentais (incluindo a vida) de um número enorme de pessoas; portanto, inscreve-se, sem dúvida, entre os temas de interesse do Direito Penal. Afinal, um Direito Penal pretendidamente democrático é orientado pelo princípio de intervenção mínima, e se ocupa apenas dos ataques mais graves aos bens jurídicos mais importantes para o desenvolvimento dos indivíduos em sociedade.<sup>(1)</sup>

O caso remete ainda ao evento similar ocorrido em Mariana, trazendo à tona evidências de que, neste, o Direito Penal não produziu nenhum resultado, eis que naquele processo, embora denunciadas pessoas físicas e jurídicas, até a presente data não se logrou sequer uma sentença de primeiro grau, mesmo passados três anos, boa parte do tempo gasto na elucidação de quem seriam os responsáveis.

Isso leva, outra vez, à grita sobre impunidade.

Longe de aceitar qualquer ideia de que o Direito Penal possa ser capaz de evitar crimes (base geral das chamadas teorias preventivas), penso que é preciso refletir um pouco mais sobre se há um espaço que ele deva ocupar neste cenário.

A resposta há de ser afirmativa, pelo menos por quatro razões: a) estamos diante de um crime grave; b) perpetrado por um agente contra o qual a persecução não tem sido exercida regularmente; c)

há mecanismos técnico-jurídicos, tanto de *lege lata* quanto de *lege ferenda* para tanto; e d) os avanços técnicos para contenção de novos eventos dessa natureza passam pela discussão de Direito Penal.

O caso de Brumadinho consiste em um atentado contra vidas, integridades corporais e patrimônios, do ponto de vista individual; e contra o patrimônio ambiental, do ponto de vista coletivo, de magnitude tal que reclama, de parte do Estado, uma intervenção com os meios de controle social mais interventivos de que disponha.

À margem de eventuais pessoas físicas que se vinculem causalmente com a criação e realização do risco havido, é indubitável que somente com implicação de uma pessoa jurídica ele poderia ter atingido tal magnitude. A afirmação, aliás, não só se escuda no caso anterior de evento similar no Brasil, que é o caso de Mariana, como também se ajusta ao reconhecimento geral da doutrina penal contemporânea, que aponta para uma realidade criminológica que revela que os piores eventos delitivos do mundo têm implicado pessoas jurídicas. Aponta-se que “mais de 80% dos delitos socioeconômicos se cometem através de empresas”.<sup>(2)</sup> Utiliza-se massivamente a pessoa jurídica para realizar alguns delitos e facilitar a execução de outros, em especial os de caráter internacional.<sup>(3)</sup>

Não obstante essa evidência empírica ter levado imensa maioria dos organismos internacionais a recomendar<sup>(4)</sup> e a maioria dos países do Direito continental<sup>(5)</sup> a adotar a responsabilidade penal de

peças jurídicas, no Brasil o tema segue sendo um verdadeiro tabu que balança entre a timidez legislativa – que restringe as hipóteses aos crimes ambientais – e a renitência da doutrina, que, agarrada a concepções dogmáticas de corte autoritário,<sup>(6)</sup> insiste em balançar o estandarte da incompatibilidade.

O caso é que, de fato, tanto para o caso de Mariana quanto para o de Brumadinho, existe legislação específica – a Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 –, que permite a persecução penal tanto de pessoas físicas quanto jurídicas. No primeiro caso, denunciadas pessoas físicas e jurídicas, até o presente momento não existe sequer sentença de primeiro grau. No segundo caso, nenhuma medida de caráter cautelar, em matéria penal, foi tomada para com a empresa.

As razões para tanto parecem estar imbricadas na própria decisão pela responsabilização penal de pessoas jurídicas, tema ao qual tenho dedicado, há muitos anos, boa parte dos meus estudos.

O Direito Penal de corte democrático esteve preocupado historicamente com a contenção da atividade punitiva do Estado-Leviatã e, por isso, com a sua compressão de modo a intervir minimamente nas liberdades das pessoas. Descurou-se, no entanto, a doutrina em geral, de perceber o avanço de um novo Leviatã: A Corporação. Ele esteve sempre aí, desde os avanços da Revolução Industrial, crescendo exponencialmente e, no ambiente do Direito continental, absolutamente à margem de qualquer controle do Direito Penal, sabidamente a ferramenta mais interventiva de que o Estado dispõe.

A Vale é uma das maiores mineradoras do mundo, primeiro lugar no mundo na exploração de ferro e níquel. Foi criada em 1942, durante o governo Vargas, mas hoje é uma empresa privada, de capital aberto, com ações negociadas na Bolsa de Valores de São Paulo e tendo suas ações cotizadas inclusive na Bolsa de Valores de Nova York (New York Stock Exchange - NYSE), o mais importante mercado acionário do mundo.<sup>(7)</sup> Para que se tenha uma ideia do capital a que se está referindo, depois do evento em Brumadinho, a Vale perdeu R\$ 71 bilhões em valor de mercado, passando de R\$ 289,767 bilhões para R\$ 218,706 bilhões. Ou seja, a empresa é estimada hoje em 59,56 bilhões de dólares, mais do que o PIB que constou nas estimativas de 2017 de muitos países latino-americanos como Bolívia (37,51 bilhões), Paraguai (29,73 bilhões) ou Uruguai (56,16 bilhões).

Penso que está longe do razoável pensar que devemos defender esta pessoa jurídica das possibilidades de intervenção penal do Estado-Leviatã, já que, muito mais do que uma disputa entre Davi e Golias, esse embate se assimila a uma luta entre Titãs. A responsabilidade penal de pessoas jurídicas está na ordem do dia no mundo inteiro. E não mais para discutir “se”, mas sim para se discutir “como”. Já passa da hora de haver um regime geral de responsabilidade penal para pessoas jurídicas no Brasil.

Por último, cabe dizer que não se trata de imaginar que o Direito Penal conseguirá evitar novos casos como os de Mariana e Brumadinho, mas o que se põe em evidência é a necessidade de ajustar nossos mecanismos de controle social àqueles exercidos nos países desenvolvidos.

A imensa maioria dos países de primeiro mundo, hoje em dia, contempla em suas legislações a responsabilidade penal de pessoas jurídicas. A África, a América Latina e o sul da Ásia, atrasadas nessa agenda, são os destinos principais das indústrias poluentes e das atividades empresariais que contemplam risco ambiental, como é o caso da poluição pelo chumbo e a atividade de mineração, por exemplo, referidas no relatório do Blacksmith Institute.<sup>(8)</sup> Será isso mera coincidência?

Não se deve pretender usar a responsabilidade penal de pessoas jurídicas para substituir as responsabilidades individuais que, havendo, devem obviamente ser apuradas, mas é necessário inscrever o Brasil em diretrizes equivalentes às existentes nos países desenvolvidos em matéria penal, para que se exerça em condições iguais o controle social sobre o Leviatã de Brumadinho.

## Notas

- (1) MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte general*. 6. ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 72, 79-80.
- (2) ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, Jose Luis. *Compendio de derecho penal*. 3. ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 279.
- (3) Nesse sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016. p. 569.
- (4) Pode-se apontar, entre tais documentos, especialmente as recomendações do Conselho da Europa, de 28 de setembro de 1977 e de 25 de junho de 1981; as conclusões do VI Congresso da ONU para Prevenção do Delito e Tratamento do Delincente, de Nova York, entre 9 e 13 de julho de 1979; do XII Congresso Internacional de Direito Penal realizado em Hamburgo, de 1979; e do Congresso sobre Responsabilidade Penal das pessoas jurídicas em Direito Comunitário, em Messina, de 30 de abril a 5 de maio de 1979. Também as conclusões do XIII Congresso Internacional de Direito Penal, realizado no Cairo, em 1984; a recomendação número 18, de 20 de outubro de 1988, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa; o XV Congresso Internacional de Direito Penal, de setembro de 1994, no Rio de Janeiro; a convenção da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), celebrada em 7 de dezembro de 1997 e a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional de 2000, conhecida como convenção de Palermo. Confira-se tais dados em SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. pp. 44-46. E em SHECAIRA, Sérgio Salomão; SALCEDO, Leandro. A responsabilidade penal da pessoa jurídica no projeto de novo Código penal (projeto de lei do Senado nº 236/2012). In: FAUZI HASAN CHOUKR, Maria Fernanda Loureiro; VERBVAELE, John (org.). *Aspectos contemporâneos da responsabilidade penal de pessoas jurídicas. v. II*. São Paulo: Fecomércio, 2014. p. 17-18; PÉREZ, Ana Isabel. Modelos tradicionales de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas. In: DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis (dir.). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2013. p. 22; DE LA CUESTA, José Luis; PÉREZ, Ana Isabel. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco europeo: las directrices comunitarias y su implementación por los Estados. In: DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis (dir.), op. cit., p. 132; ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura. Responsabilidad penal de las empresas: experiencias adquiridas y desafíos futuros. In: ROMEO CASABONA, Carlos María; MENDOZA, Fátima Flores (eds.). *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica*. Granada: Comares, 2012. p. 444-445; MIGLIARI JÚNIOR, Arthur. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Lex, 2002. p. 63 e GALVÃO, Fernando. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 2.
- (5) Há uma lista enorme de países que já adotam a responsabilidade penal de pessoas jurídicas, a saber: Holanda (1976); Noruega e Irlanda (1991); Islândia (1993); França (1994); Finlândia (1995); Eslovênia e Dinamarca (1996); Estônia (1998); Bélgica (1999); Malta (2002) Croácia, Lituânia, Suíça e Polônia (2003); Áustria (2005-2006); Portugal (2007) e Espanha (2010). Sobre a relação de países veja-se ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, Jose Luis. *Compendio de derecho penal*. 3. ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 279 e GOMEZ-JARA DIEZ, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Bases Teóricas, regulación internacional y nueva legislación española. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2010. p. 9, nota 4.
- (6) Refiro-me aqui especialmente às concepções clássicas do causalismo e finalismo, atreladas a autores como Edmund Mezger e Hans Welzel, que hoje se sabe profundamente implicados com o governo nacional-socialista. Veja-se, sobre isso, especialmente MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo*. 4. ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2003 e LLOBET RODRIGUEZ, Javier. *Nacionalsocialismo y antigantismo penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- (7) Dados disponíveis em: <http://www.vale.com/brasil/pt/Paginas/default.aspx>. Acesso em: 04 fev. 2019, 14:39h.
- (8) Dados que constam do relatório *The World's Worst Pollution Problems*.
- (9) Assessing Health Risks at Hazardous Waste Sites, publicizado pelo Green Cross e pelo Blacksmith Institute, Disponível em: <http://www.worstpolluted.org>. Acesso em: 04 fev. 2019, 15:20h.

**Paulo César Busato**

Doutor em Direito Penal. Professor de  
Direito Penal da UFPR e da FAE Centro Universitário.  
Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná.  
[pbusato2013@gmail.com](mailto:pbusato2013@gmail.com)

# Há perspectivas de superação do reconhecimento pessoal *contra legem*?

Juliana da Silva Regassi e Camila Maués dos Santos Flausino

## Resumo

A práxis forense desenvolvida no âmbito do processo penal evidencia condenações marcadas pela fragilidade do conjunto probatório no tocante à autoria delitiva, sendo manifestação explícita do tom repressivo e autoritário que cadencia a política criminal atual implementada via Poder Judiciário. A partir da constatação de que, na prática, as cortes chancelam o desrespeito ao artigo 226 do Código de Processo Penal (CPP), que versa sobre o procedimento para reconhecimento de pessoas, neste breve espaço será analisado o projeto de código de processo penal em curso na Câmara dos Deputados (PL 8045/2010), a fim de perquirir se há inovações normativas que impliquem a suplantação do entendimento jurisprudencial ora prevalente, bem como se há prognóstico de mudanças significativas traduzidas em confiabilidade e segurança da prova obtida.

## 1. O reconhecimento pessoal e a jurisprudência do STJ e do STF

O reconhecimento de pessoas e coisas é o meio de prova tipificado nos artigos 226 a 228, do Código de Processo Penal, pelo qual alguém é chamado para confirmar ou refutar a identidade de uma pessoa – ou de um objeto – com outra que viu no passado. O CPP considera o reconhecimento de pessoas e coisas como meio de prova, impescindindo de formalidades (requisitos do art. 226 do CPP) que tocam ao réu, ao ofendido e à testemunha (MAGRANI, 2017).

A má aplicação, ou o abandono completo, do procedimento legal afeto ao reconhecimento pessoal pode vir a dificultar, ou mesmo a inviabilizar, a investigação da autoria delitiva, promovendo o duplo risco de, ao final da persecução criminal, condenar um inocente ou absolver um culpado. Logo, a inobservância do rito procedimental implicará o perigo de distribuir injustiça no caso concreto, em nome de um direito de punir que prevalece sobre o princípio da presunção de inocência, ao arrepio do devido processo legal. Os vícios advindos da inobservância das regras procedimentais – que, em se tratando de processo democrático, reveste-se da função de assegurar as garantias fundamentais do cidadão acusado, em última análise – poderão macular nuclearmente toda a persecução penal, como anota Lopes (2011): “O reconhecimento possui alto grau de falibilidade e, portanto, valor probatório de escassa consistência. Isso porque o subjetivismo inerente à prova em questão contamina sua eficácia. Entretanto, por sua força impressionística, mesmo diante das comprovadas falhas desse meio de prova, os juízes continuam a ser influenciados pela identificação positiva realizada pela testemunha, ainda que tais resultados equivalham a uma pacífica indicação de culpa.”

Nesse sentido, há uma preocupação que aflige os operadores do Direito, militantes na Justiça Criminal, que consiste em condenações baseadas em reconhecimento pessoal praticado em desrespeito ao procedimento legalmente traçado para a prática desse específico ato. Ora, se procedimento é sinônimo de garantia, dentro de um contexto democrático, sobretudo no processo penal, o que legitima então o afastamento em concreto de uma norma jurídica dotada, como qualquer outra, de abstratividade,

bilateralidade, generalidade, imperatividade e coercibilidade? O que explica a transmutação de uma norma jurídica em um conselho (ou recomendação, palpite, pitaco, como preferir o leitor), conquanto, por sua natureza, possui poder imperativo, que anula a vontade individual dos destinatários a ponto de não depender de estes obedecê-la ou não? Como se exigir a observância da lei pelo Estado, a qual é o único instrumento disponível ao cidadão e válido para limitar a expansão da sanha punitivista e intervencionista desse ente?

Esses questionamentos não são por ora respondidos pela jurisprudência penal, uma vez que há uma amplificação do movimento dos integrantes do Poder Judiciário de aplicá-los em *prima ratio*, usando institutos arcaicos, provindos do inquérito policial e da instrução criminal, como apontam Duarte e Curi: “O clamor social tende para a aplicação do Direito Penal Máximo como *prima ratio*, que nada mais é, como já visto, que uma maior intervenção do Direito Penal nos fatos cotidianos, aplicando-se reprimendas severas aos criminosos”.

Sucedo que o arbítrio punitivo deve corresponder ao ideal de racionalidade e de certeza. Assim sendo, um dos pontos mais importantes que conferem a legitimação jurídica é a maneira pela qual o juiz fundamenta sua decisão – isto é, quais são as regras que nortearam a construção de seu texto e quais foram os pressupostos certos e determinados que o levaram a não excluir a responsabilidade penal, em especial nas sentenças baseadas exclusivamente no reconhecimento pessoal. Sobretudo no que tange ao procedimento de reconhecimento de pessoas como meio de prova apto a convencer o julgador, verificando e testando as hipóteses, em especial as do fenômeno da falsa memória – que ocorre “quando uma pessoa lembra de eventos que não aconteceram, situações que nunca presenciou, lugares onde nunca esteve, ou então, se lembra de maneira distorcida do que realmente houve” (LOPES; ALVES, 2007) – e que começou a ser utilizado na gestão de provas do processo penal brasileiro, para evitar que ao delito seja agregada uma nova violência.

Pois bem. A prática de reconhecimento pessoal *contra legem* adotada comumente é objeto de corriqueira insurgência da defesa junto ao Superior Tribunal de Justiça (STJ). O julgado abaixo demonstra o esforço dessa corte na elaboração de uma jurisprudência defensiva convalidante dessa violação legal e condizente com uma política criminal cada vez mais repressora e descompassada com as garantias processuais constitucionais. O endosso do STJ ao reconhecimento pessoal *contra legem* dá-se em nome de uma pretensa praticidade e do livre convencimento motivado, elevando o custo social da vivência democrática: “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. JÚRI. PRONÚNCIA. EXCESSO DE LINGUAGEM. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 226 DO CPP. AUSÊNCIA. FORMALIDADES. RECOMENDAÇÃO LEGAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Não há que se falar, no caso, em excesso de linguagem, porquanto o magistrado em nenhum momento afirmou juízo de certeza acerca da autoria delitiva, mas apenas indicou as provas,

em especial testemunhais (e-STJ fls. 630 e 633), que davam suporte à sua conclusão acerca da existência dos indícios em desfavor do recorrente. 2. O Tribunal estadual afirmou que o reconhecimento operado em juízo é válido e observou as regras do referido artigo. A desconstituição dessa conclusão não pode ser alterada em recurso especial ante o óbice do Enunciado n. 7 da Súmula deste Tribunal. 3. Ademais, as disposições insculpidas no art. 226 do CPP, configuram uma recomendação legal, e não uma exigência absoluta, não se cuidando, portanto, de nulidade quando praticado o ato processual (reconhecimento pessoal) de modo diverso. Precedentes.”

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF), no RHC 119439, de relatoria do Min. Gilmar Mendes.

A compreensão dos Tribunais Superiores acerca do reconhecimento *contra legem* baseia-se no fundamento de que o reconhecimento pessoal praticado com inobservância à lei é justificável diante de outras provas associadas que relativizariam a ilegalidade e superariam a nulidade em validade probatória.

Na prática, no que tange ao reconhecimento pessoal, a sentença condenatória é baseada nas impressões meramente subjetivas, recordações e elaborações cognitivas não respaldadas por qualquer outro meio de prova, e em testemunho policial, que retratam a fragilidade da persecução criminal que necessita ser repensada à luz da Constituição Federal.

A falibilidade dessa prova não autoriza a existência de decisão condenatória que a tenha como espeque único, órfã de embasamento em qualquer outra força probante, maculando de ilegitimidade eventual sentença proferida, pois não só constituir-se-á em inominável afronta ao princípio *in dubio pro reo*, como transformará a garantia fundamental de se ter uma prestação jurisdicional fulcrada no livre convencimento motivado em arbitrariedade incompatível com o Direito e a Justiça.

Não tracejar exigências mais adequadas à produção da prova do reconhecimento pessoal no processo penal (muitas vezes o único meio comprobatório de autoria) pode comprometer a legitimidade da aplicação da pena e uma justa limitação do *ius puniendi*. A fragilidade probatória do reconhecimento pessoal, em especial frente à possível indução e ao possível sugestionamento, pode tornar tendenciosa a forma de reconhecimento, como prevê inclusive a norma insculpida no artigo 226 do Código de Processo Penal, – e por não acarretar a invalidade do ato e tampouco ensejar nulidade processual –, permitindo a formação de enormes espaços para erros em um processo.

Assim, a vulnerabilidade da produção da prova pode afastar a imputação de culpabilidade do verdadeiro autor do delito, contaminando-a e tornando-a ineficaz para seu uso na persecução penal.

## 2. O Projeto de Lei 8.045/2010, em curso na Câmara, e o CPP vigente:

Feito um singelo e célere apanhado sobre o procedimento do reconhecimento pessoal e a tendência jurisprudencial de afastar o texto legal em nome de princípios seletos, passa-se à análise do projeto de lei que versa sobre um novo código de processo penal pós-Constituição de 1988, qual seja, o PL 8.045/2010, limitada às regras referentes ao reconhecimento de pessoas.

O PL 156/2009, aprovado pelo Plenário do Senado Federal no final de 2010, tramita atualmente na Câmara dos Deputados sob o nº 8.045/2010. Diversas novidades foram introduzidas em comparação com o atual, como a redução da quantidade de recursos defensivos e a sumarização da instrução diante

da confissão do acusado. Segundo o senador Raimundo Lira (PMDB-PB), a população carcerária seria cinquenta por cento a menor se um novo Código de Processo Penal estivesse em vigor nos últimos 25 anos.

O referido projeto de lei versa em seus atuais artigos 196 a 198 sobre o procedimento a ser seguido para o reconhecimento de pessoas. A tabela abaixo traz o comparativo das regras atinentes à produção desse meio de prova entre o CPP e o PL 8.045/2010:

CPP vigente (Decreto-lei 3.689/41)	PL 8.045/2010
Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:	Art. 196. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á da seguinte forma:
I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;	I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;
II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;	II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada ao lado de outras, no mínimo de 5 (cinco), que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;
III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;	III - a autoridade providenciará para que a pessoa a ser reconhecida não veja aquela chamada para fazer o reconhecimento;
IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.	IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pelo delegado de polícia, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por 2 (duas) testemunhas presenciais.
Parágrafo único. O disposto no n. III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.	Parágrafo único. O disposto no inciso III do caput deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.
Art. 227. No reconhecimento de objeto, proceder-se-á com as cautelas estabelecidas no artigo anterior, no que for aplicável.	Art. 197. No reconhecimento de objeto, proceder-se-á com as cautelas estabelecidas no art. 196, no que for aplicável.
Art. 228. Se várias forem as pessoas chamadas a efetuar o reconhecimento de pessoa ou de objeto, cada uma fará a prova em separado, evitando-se qualquer comunicação entre elas.	Art. 198. Se várias forem as pessoas chamadas a efetuar o reconhecimento de pessoa ou de objeto, cada uma fará a prova em separado, evitando-se qualquer comunicação entre elas.

À primeira vista, observa-se, após esse cotejo, que não há pretensões de uma reforma significativa por parte do legislador no que concerne ao procedimento a seguir para a realização do

reconhecimento pessoal. Praticamente, os dispositivos que versam sobre o modo de produção probatória são recortes fiéis à textualidade do CPP vigente.

No art. 196, *caput*, inciso II, do PL, o legislador, aparentemente preocupado com a fidedignidade do produto da prova, estabelece o número mínimo de cinco pessoas-parâmetro para o reconhecimento. O CPP atual não prevê quantitativo, ficando ao alvedrio, o que dá azo a inúmeras arbitrariedades. Ademais, o PL retirou a suposta facultatividade de o reconhecimento ser feito com parâmetro múltiplo (“se possível”, como previsto no atual CPP). De outra sorte, comumente, sobretudo em crimes patrimoniais, cuja clientela penal ostenta certa homogeneidade racial (portanto, física) e socioeconômica (portanto, física também), a “qualquer semelhança”, tal como mantido pelo PL, não afastará vícios que vulnerabilizem a prova. O inciso III do PL substitui a menção a “autoridade” por “delegado de polícia”, não afastando a possibilidade de interpretação extensiva para abranger qualquer autoridade que tenha poder de investigação e o juiz. Por fim, o parágrafo único faz uma mera correção de ordem material, para atender a técnica legislativa (art. 10, inciso II, da Lei Complementar 95/1998).

Logo, mudanças procedimentais profundas não foram vislumbradas no PL, sendo, de um modo geral, mantidas as regras atuais concernentes ao reconhecimento pessoal.

Nota-se a falta de previsão expressa de nulidade processual para o caso de descumprimento de tais regras pelo PL, sendo mantida a suposta flutuosidade desses mandamentos à vista de um processo penal cada vez mais distante do modelo do devido processo legal e mais próximo do modelo do controle social do delito por e através dele.

### 3. Conclusões e vaticínio

Os paralelos feitos entre os dispositivos vigentes e os prospectos, ou seja, entre o atual CPP e o PL 8.045/2010, sinalizam para a perduração de regras procedimentais pertinentes à realização do reconhecimento pessoal, sem haver qualquer tendência para inovações a nível prático e jurisprudencial que valorem a segurança do ato e a lisura da produção probatória.

À vista do PL, nota-se a ausência de regulamentação do chamado reconhecimento fotográfico, o acústico, o olfativo e o tátil, que, por falta de disciplina legal, é feito da forma mais conveniente possível pela e para a acusação, em contraponto à perspectiva de certeza do produto probatório e ao devido processo legal.

O grau de desrespeito ao procedimento legal afeto à realização desse meio de prova é tão elevado que vem sendo inclusive sacramentado pela jurisprudência penal, a ponto de subestimar a força cogente da norma legal ao patamar de mera recomendação ou sugestão legislativa. E o que falar da nulidade, enquanto sanção processual cabível em práticas ilícitas de extração probatória? Essa nem é reconhecida pela via legal, de forma textual (para reduzir dúvidas e intimidar os praticantes de arbitrariedades), nem pela via jurisprudencial (à vista do que dispõe o art. 564, inciso IV, do CPP), que avaliza a ilegalidade decorrente do desrespeito à lei sob os brandos do princípio da persuasão racional.

Como registra **Lopes Jr.** (2016, p. 312-315), sobre o reconhecimento pessoal, “*trata-se de uma prova cuja forma de produção está estritamente definida e, partindo da premissa de que – em matéria processual penal – forma é garantia, não há espaço para informalidades judiciais*”. O PL, caso continue com a redação que atualmente possui, perderá a oportunidade de impor, do ponto de vista prático, seriedade e segurança à produção dessa prova através da previsão expressa de nulidade processual na hipótese de

ilicitude, superando assim, pela esteira legislativa, a jurisprudência atual, que vem chancelando a inobservância sistêmica das regras procedimentais em detrimento da qualidade do ato. Também perderá a oportunidade de rever as regras ora vigentes – ao invés de simplesmente repeti-las – com o fito de atualizá-las conforme a atual psicologia judicial, que aconselha a forma sequencial, não simultânea como hoje se faz, do reconhecimento, como meio mais confiável.

Ou seja, os erros acumulados pela práxis forense ao longo de mais de setenta anos de vigência do CPP parece que não foram suficientes para convencer o legislador de que o reconhecimento pessoal, da forma como vem sendo produzido, face à jurisprudência atual, deve ser revisto e deve-se exigir da autoridade que se comporte conforme a ordem jurídica, conforme as leis vigentes que, pela sua essência, são imperativas e dotadas de coercibilidade. As leis não são palpites, conselhos do legislador, mas têm uma razão de existir. A hodierna ineficácia das regras procedimentais atinentes ao reconhecimento pessoal merece atenção especial do legislador, já que a lei é a única garantia usufruída pelo acusado no processo penal.

Sem sermos pessimistas, caso o PL seja aprovado tal como sua redação atual, no que toca ao reconhecimento de pessoas, tudo vai continuar como já vem ocorrendo, isto é, sem inovações que dialoguem com a psicologia e sem respeito ao procedimento legal que coordena a produção dessa prova sob as bênçãos dos Tribunais Superiores.

### Referências

- ALVES, Cíntia Marques; LOPES, Ederaldo José. Falsas memórias: questões teórico-metodológicas. *Pandéia (Ribeirão Preto)*, Ribeirão Preto, v. 17, n. 36, p. 45-56, abr. 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/paideia/v17n36/v17n36a05.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2018.
- BRASIL. Senado Federal. Notícias. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2018/02/novo-codigo-de-processo-penal-pode-ser-votado-neste- semestre-na-camara>>. Acesso em: 15 nov. 2018.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Atividade Legislativa. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-8045-10-codigo-de-processo penal/documentos/outros-documentos/atual-cpp-dl-3689-41-x-pl-8045-10-2/atual-cpp-dl-3689-41-x-pl-8045-10-1>>. Acesso em: 15 nov. 2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 14 nov. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 11 nov. 2018.
- LOPES, Tomé Mariângela. Reconhecimento de pessoas e coisas como meio de prova irrepitível e urgente. Necessidade realização antecipada. *Boletim IBCCRIM*, ano XIX, n. 229, p. 6-7, dez. 2011.
- LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MAGRANI, Couto Maria Teresa. Os detetives de mente e o enigma da falsa memória. Migalhas, 2017. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/1/art20170117-01.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2018.

**Juliana da Silva Regassi**

Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP/USP). Advogada.  
julianaregassi@usp.br

**Camila Maués dos Santos Flausino**

Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP/USP).  
Mestre em Estudos Fronteiriços.  
Defensora Pública do Estado de Mato Grosso do Sul.  
camilamsflausino@gmail.com

# Reformas penais isoladas são insuficientes para diminuir a criminalidade

Luiz Flávio Gomes

## Leis e discursos não bastam.

Por mais eloquentes que sejam os discursos e as criações legislativas, as reformas penais, por si sós, não produzem o efeito de reduzir a criminalidade ou mesmo diminuir a impunidade. O crime organizado, o violento e a corrupção precisam ser combatidos com firmeza, mas temos que orquestrar algo bem efetivo para isso. Ondas assimétricas são antissinérgicas ou neutrais.

## Gastos absurdos com a criminalidade.

O Brasil gasta por ano 283 bilhões de reais (4,4% do PIB) em sete frentes relacionadas à criminalidade, sem contar as perdas de vidas humanas<sup>(1)</sup>. Dados de 2015 revelam: gastos na segurança pública 90 bilhões, segurança privada 60 bilhões, seguros e perdas materiais 51 bilhões, custos judiciais 37,8 bilhões, perda de capacidade produtiva 26 bilhões, encarceramento 16 bilhões e serviços médicos e terapêuticos 2,6 bilhões.

## O mapa da mina foi dado por Beccaria, em 1764.

Cesare Beccaria, em 1764 (no livro *Dos delitos e das penas*<sup>(2)</sup>), com a genialidade de um grande iluminista<sup>(3)</sup>, ofereceu para a humanidade o mapa da mina. Três pontos, dentre outros, são relevantes: (i) é mais importante para a prevenção do crime (e redução da criminalidade) a pena certa e rápida (certeza do castigo) do que as penas duras que não são aplicadas; (ii) nenhuma reforma penal terá sucesso sem as concomitantes reformas socioeconômicas e educacionais [defendo escola de qualidade para todos em período integral até os 18 anos, tirando todas as crianças e adolescentes das mãos dos traficantes]; (iii) infere-se da obra de Beccaria que a certeza do castigo exige uma Justiça estruturada, uma polícia com excelente capacidade investigativa e um Ministério Público independente.

## Ruptura da relação de causa e efeito.

Se a reforma penal se limita à letra da lei, não se pode negar a existência de um vício metodológico, que é agravado quando desacompanhada de pesquisas criminológicas. Das reformas penais feitas no Brasil, não temos conseguido extrair todos os efeitos positivos esperados. Não tem havido relação de causalidade entre a reforma penal e a diminuição do delito (não há uma causa da qual advenha uma determinada consequência).

## A lei penal é o primeiro esforço.

No campo criminal, a elaboração da lei constitui apenas uma parte do esforço de reduzir a criminalidade ou diminuir a impunidade. Muitas vezes esse esforço é louvável (e sincero). Mas a população precisa entender que a redução da criminalidade exige mais que a elaboração da lei, que é necessária (muitas vezes), porém, insuficiente.

## A etapa seguinte é a efetividade da lei (certeza do castigo).

Em geral, menos de 10% dos crimes são investigados e processados no Brasil. Mais de 90% tem impunidade garantida desde o início<sup>(4)</sup>. Em relação aos homicídios, entre 6% e 20% são investigados (há divergências nos institutos de pesquisa), mas nem sequer 10% são julgados. Na França, esse número chega a 80%; nos EUA, 65%; e no Reino Unido, 90% (índice semelhante ao da Espanha). Não existe a certeza do castigo no Brasil. A polícia investigativa está sucateada

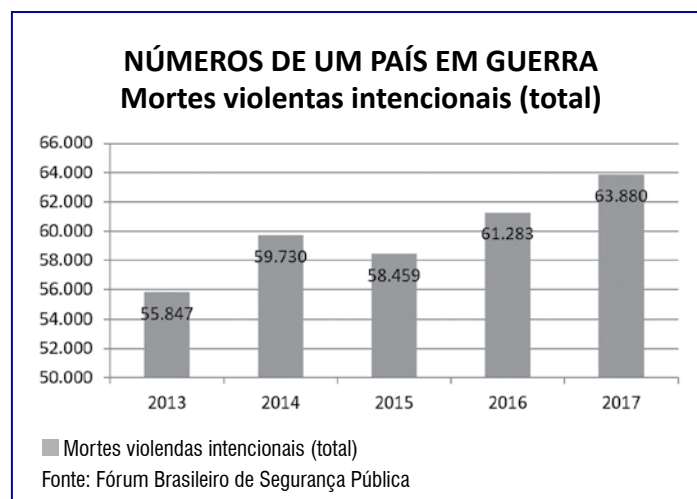
completamente. Sua capacidade de resolução dos crimes é muito baixa. Sem a certeza do castigo não se pode esperar o efeito preventivo da pena. O Direito Penal só pode produzir eficácia preventiva quando a lei é efetivamente aplicada (isso se chama, no direito anglo-saxão, império da lei).

## Leis muitas, efetividade pouca.

Desde 1940 já editamos 180 leis penais de combate à delinquência. O número não está equivocado: computando o ano de 2018, chega-se ao total de 180. Tudo quanto é tipo de endurecimento penal na lei já foi feito. Lei dos crimes hediondos, rigor na execução da pena, múltiplas sanções, aumento de pena, muros, presídios, regime fechado, presídio de segurança máxima e por aí vai. Samba de uma nota só. Tudo já foi inventado. E qual crime reduziu depois dessas reformas penais? Todas as pesquisas criminológicas dão conta do aumento dos crimes, nunca da sua diminuição<sup>(5)</sup>.

## Apesar das leis, os homicídios explodiram.

Em 1960 registrávamos 5,7 homicídios para 100 mil pessoas; em 1969, 9,9; de 1900 a 1960 nunca foi ultrapassada a marca de 10 homicídios para cada 100 mil pessoas<sup>(6)</sup>. Em 1940, data do nosso Código Penal, é de se supor que contávamos com 3 ou 4 mortes para cada 100 mil pessoas. A população a partir daí cresceu bastante (de 41 milhões para 210 milhões), mas os homicídios cresceram muito mais. A população cresceu 5 vezes. Os homicídios aumentaram quase 10 vezes mais (hoje estamos com 30 assassinatos para cada 100 mil pessoas).



Fonte: MARTINS, Rodrigo. O triunfo da inquisição. *Revista Carta Capital*, 13 fev. 2019, p. 27.

## Sem as leis seria pior?

A realidade brasileira evidencia que a edição de leis penais mais duras não alterou o cenário vivencial e infernal da população. Pode-se argumentar que, sem essas leis, a criminalidade poderia ser maior. É uma possibilidade. Mas tampouco nossa criminologia registra qualquer pesquisa nesse sentido. O que é certo é que a promulgação contínua de leis penais não diminui a criminalidade. Ninguém sabe se sem elas teria sido pior ou igual.

## Se as leis isoladamente são ineficazes, elas então são feitas para quê?

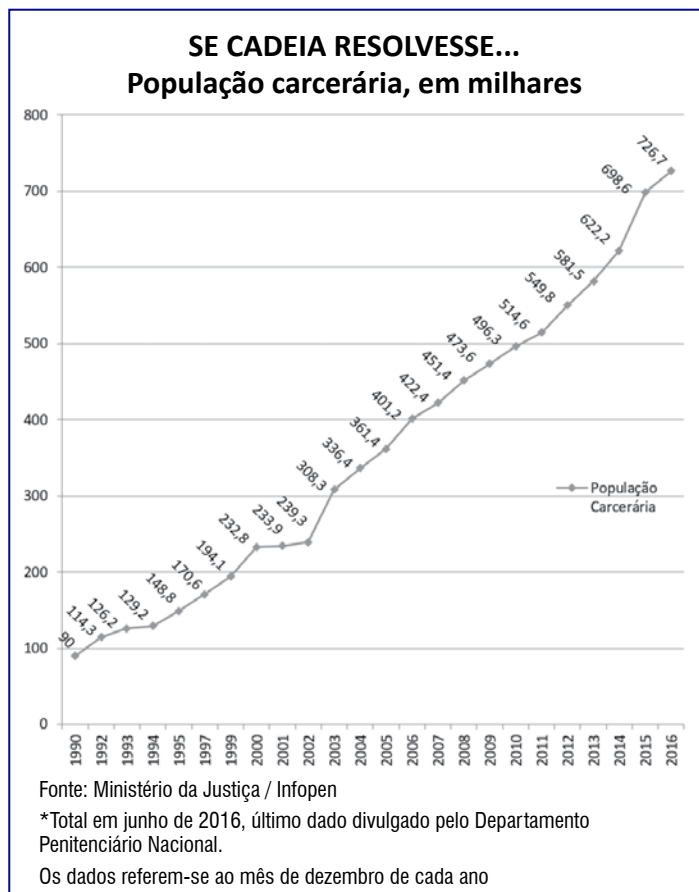
Desde logo, porque elas devem se adequar à evolução da sociedade. Também são feitas porque muitos acreditam que sem as leis mais duras tudo poderia ser pior. De outro lado, as leis se justificam para fazer um ou outro ajuste na legislação, para corrigir a desproporcionalidade de uma pena ou uma anomalia técnica, para preencher uma lacuna incriminatória que pode significar formalmente uma proteção insuficiente de determinado bem jurídico, para atender um reclamo internacional ou da sociedade local.

## Fazer leis simbólicas é ilegítimo.

Editar uma lei apenas para aplacar a ira da população após um crime bárbaro que tenha gerado comoção social, para esquivar o poder público de promover políticas públicas tendentes a resolver clássicos problemas, para satisfazer o eleitorado ou pagar promessas de campanha, ainda que gerando nele a sensação de segurança ou maior coesão social, para estimular o atávico sentimento de vingança que acompanha o humano (de forma mais aguda e primitiva, na medida em que a sociedade conte com maior ou menor grau de civilidade e escolaridade), para firmar a simbólica autoridade do Estado, só para se mostrar que “algo está sendo feito” e que o Estado “não está se omitindo”: tudo isso, sem nenhum comprometimento com a efetividade da lei, não se mostra uma atividade legítima.

## Superlotação carcerária não é sinônimo de menos crimes.

A população carcerária brasileira explodiu nos últimos 30 anos. Em 1990 era de 90 mil presos. Em 2016 já alcançávamos a marca de 726 mil presos. O Brasil é o 3º país com mais encarceramento (atrás dos EUA e China). Está entre os 10 primeiros em evolução prisional. E a criminalidade não diminuiu.



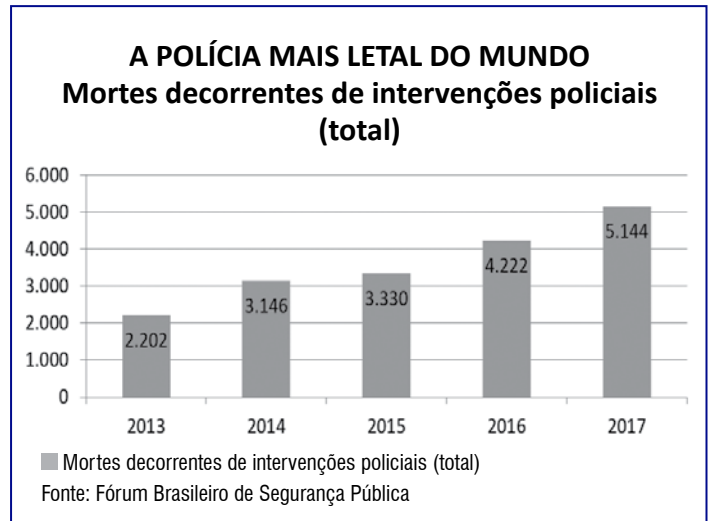
Fonte: MARTINS, Rodrigo. O triunfo da inquisição. Revista Carta Capital, 13 fev. 2019, p. 26.

## E se as prisões não tivessem ocorrido, teríamos mais crimes?

É argumento que se utiliza, mas sobre isso não temos pesquisas. As pesquisas mostram que o encarceramento massivo não diminuiu a criminalidade, mas nada de empírico temos sobre o que aconteceria sem ele. O que existe de concreto é que o STF julgou uma ação sobre o “estado de coisas inconstitucional” e reconheceu que os presídios brasileiros são uma tragédia humana.

## Letalidade gerada pela polícia.

Como mostram as pesquisas, ter a polícia mais letal do planeta não reduz a criminalidade.



Fonte: MARTINS, Rodrigo. O triunfo da inquisição. Revista Carta Capital, 13 fev. 2019, p. 27.

## A letalidade da polícia vem gerando muitas mortes de policiais.

O efeito certo da letalidade policial é a quantidade enorme e absurda de morte de policiais.



### Considerações finais.

Fizemos leis, endurecemos o sistema penal, encarceramos muita gente (sobretudo gente não violenta), matamos enormemente, policiais a rodo morreram e o nosso PIB-C do B (Produto Interno de Brutalidade e Corrupção no Brasil) só aumentou.

O que temos que prestar atenção é se o encarceramento massivo não está alimentando a criminalidade organizada que domina os presídios, gerando-lhe mais riqueza (quando o preso é cooptado pelo crime organizado, sua família paga mensalmente uma taxa de sobrevivência).

### Sugestões.

O que podemos sugerir para aprimorar o projeto anticrime do Moro? Agregar ao projeto (i) dados e estudos empíricos sobre a realidade criminal e carcerária do Brasil; (ii) analisar o que existe no Congresso Nacional sobre o assunto e, na medida do possível, aproveitar as boas ideias; (iii) ouvir todos os especialistas na matéria; (iv) analisar com muita atenção os custos do projeto e seus impactos político-criminais; (v) promover medidas de profissionalização das polícias brasileiras, sobretudo da investigativa; (vi) criar mecanismos de segurança efetiva aos policiais; (vii) incentivar a apuração da corrupção policial; (viii) criar escolas-presídios para presos não violentos, facilitando sua ressocialização; (ix) uma nova política de combate às drogas, distinguindo objetivamente o traficante do usuário; (x) empobrecer os donos dos crimes organizados, por meio do monitoramento e confisco das suas fortunas (só assim eles perdem sua força); (xi) dotar o Brasil de um serviço de inteligência policial eficaz; (xii) cuidar das nossas fronteiras; (xiii) melhorar as condições de

trabalho de todos os policiais assim como seus treinamentos e salários (gerando autoestima e confiança); (xiv) fixar parâmetros técnicos na atuação policial para reduzir a letalidade (pelo policial e do policial); (xv) evitar o autoengano nas questões relacionadas com o combate à criminalidade; (xvi) promover o bom funcionamento das esgarçadas instituições; (xvii) segurança pública não é guerra (se se admite a existência de uma guerra todos nela envolvidos podem ser assassinados, incluindo os policiais); (xviii) política de segurança não pode ser uma necropolítica, cuja eficácia se avaliaria pelo número de mortos; (xix) reformas penais não podem ser medidas de governo, mas, sim, política de Estado.

### Notas

- (1) JANKAVSKI, André; NAISA, Letícia e FLACH, Natália. Uma agenda segura a outra. Revista Exame, edição 1178, ano 53, n. 2, 06 fev. 2019, p. 24 e ss.
- (2) BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. São Paulo: Pillares, 2013.
- (3) GOMES, Luiz Flávio. Beccaria (250 anos) e o drama do castigo penal: civilização ou barbárie? São Paulo: Saraiva, 2014 (Coleção Saberes Críticos).
- (4) Jornal Nacional. Segurança é a 2ª maior preocupação dos brasileiros, segundo pesquisa. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional>>. Acesso em: 21 fev. 2019.
- (5) GOMES, Luiz Flávio e GAZOTO, Luís Wanderley. Populismo penal legislativo: a tragédia que não assusta as sociedades de massas. Salvador: JusPODIVM, 2016.
- (6) MANSO, Bruno Paes. Entre 1960 e 1999, homicídios pularam de 217 casos para 6.653. Em 2000, as mortes começaram a cair. Disponível em: <<https://sao-paulo.estadao.com.br>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

**Luiz Flávio Gomes**

Professor de Direito Penal e de Processo Penal.

Jurista. Deputado Federal.

[dep.luizflaviogomes@camara.leg.br](mailto:dep.luizflaviogomes@camara.leg.br)

# A relevância da proposta pachukaniana às experiências críticas do Direito Penal

*Caio Luís Prata e Gabriel Coimbra Rodrigues Abboud*

A realidade tem sido bem-sucedida em demonstrar, por seus próprios termos, a insuficiência dos paradigmas que classicamente justificaram a aplicação da pena. Os índices de encarceramento, aliados ao contínuo aumento da violência, revelaram que a sanção penal não possui o condão de prevenir ou neutralizar os delitos, quanto menos “ressocializar” o delinquente.

Contudo, tal aparente ausência de racionalidade não deve levar à presunção de uma falta de função da pena. **Emiro Sandoval Huertas**<sup>(1)</sup> já mencionava ser dotada, a sanção penal, de três níveis funcionais recônditos, dos quais dois estariam vinculados à questão político-econômica, sendo necessários à manutenção do *status quo*, bem como à constituição do mercado de trabalho.

Muito antes nascem, porém, as reflexões que interseccionam o poder punitivo e a economia política. Os textos marxianos, ainda no século XIX, já abordavam a questão, mesmo que de maneira menos sistematizada e elaborada. Em escritos como “*Debates sobre a lei referente ao furto de madeira*”, “*Capital punishment*” e “*Population, Crime and Pauperism*”, **Marx** já mencionava a compreensão de que pena e capital imbricam-se numa relação

simbiótica, estrutural e estruturante um do outro.

Tal concepção foi gradativamente aperfeiçoada, através da compreensão da natureza ampliada do Estado<sup>(2)</sup>, cuja funcionalidade depende do agrupamento, ao seu redor, de diversas instituições de sociabilidade, nas quais se incluem o cárcere, os tribunais, os juízos, e todas as células que compõem a justiça criminal.

Há, aí, um primeiro vislumbre, que expõe uma relação consequential: determinando, a economia, o Estado, e, este, a atuação das instituições que os circunscrevem, há uma sobreposição das premissas econômicas do capital. Com efeito, se torna possível afirmar que a atuação criminalizante serve ao capitalismo, não por serem os grandes capitalistas que lhe determinam seu *modus operandi*, mas, sim, por ser sua constituição estrutural essencial para o delinear da sociabilidade da qual depende o referido sistema econômico, estando a ele conformada.

**Evguiéni B. Pachukanis**, jurista soviético, através da aplicação do método apresentado por Marx, em “*Contribuição para a crítica da economia política*”, de 1857, à investigação do Direito, eleva a compreensão da intersecção economia-Direito

Penal a níveis desconhecidos até então. A partir de tal marco é possível compreender que a violência e a desigualdade vão além das agências de criminalização secundária, recaindo sobre o discurso subjacente às mesmas, visto que suas categorias mais básicas refletem as premissas de um sistema necessariamente violento e desigual.

O norte fornecido pelo autor supramencionado delimita que o Direito, de maneira geral, reflete e faz funcionar a troca mercantil. A igualdade formal, bem como a liberdade, por exemplo, serviriam para possibilitar a caracterização dos indivíduos enquanto proprietários, possibilitando a troca de suas mercadorias, o que inclui a venda de sua força de trabalho. O Direito Penal, enquanto manifestação específica da forma jurídica, não se afasta de tal correlação que, aqui, pode ser destacada sob dois aspectos principais: a privação da liberdade enquanto sanção e a correspondência pena-delito.

Com a generalização das trocas e o assentamento das bases de desenvolvimento do sistema capitalista, o trabalho abstrato se torna a forma social predominante. É a partir dessa hegemonia que será possível falar em equivalência, visto que o valor se definirá não mais pela especificidade concreta do trabalho à produção de determinada mercadoria, mas, sim, pela unidade de tempo dispendido em sua produção – o que **Marx** chama de “trabalho socialmente necessário”<sup>(3)</sup>. Não por outro motivo, apenas com a ascensão do modelo econômico supramencionado é que a pena privativa de liberdade passa a ocupar posição central na lógica sancionatória.

A imposição da pena como privação da liberdade, portanto, pode ser traduzida como a privação da produção de valor, haja vista que a execução de trabalho penitenciário corresponde a uma impossibilidade contraprestacional e, portanto, interruptiva à circulação de mercadorias, uma vez que o trabalhador não recebe sua remuneração como propriedade sua, mas nas formas e para os fins descritos no artigo 29, parágrafo 1º da Lei de Execuções Penais.

O segundo ponto, corporificado na relação de equivalência que se dá entre a conduta típica e a imposição da pena, reflete, como aponta o autor, as premissas de funcionamento da forma-mercantil.

Visto que os trabalhos, quando considerados de maneira individual, só podem se traduzir em trabalho social através da intervenção de um equivalente geral, para que possam, então, interagir na dinâmica de trocas, é possível compreender que a relação de compensação entre ofensa e reprimenda é a elevação à abstração jurídica dessa premissa econômica operacional apriorística.

A mercadoria como átomo das relações sociais passa a integrar também a vontade dos sujeitos, uma vez que esses assumem

o centro dos processos de troca e das dinâmicas produtivas, se construindo a figura do “devedor que paga dívida”, correlata à daquele que “cumpre a pena” e, assim, liberta-se da condição de “devedor”.

O panorama exposto, em especial pelas determinações dessas duas contribuições, impende à compreensão do seguinte: a análise promovida por **Pachukanis** é capaz de fornecer um norte teórico que nos permite descortinar as mazelas do Direito Penal para além da lógica operacional de suas agências de concretização. Em que pese ser verdade que a violência por elas empregada é fundamental à conformação de uma realidade violenta, a essência de tanto abarca até mesmo seus pilares teóricos, que se desenham a partir de categorias essenciais a uma forma de organização da vida que se retroalimenta da violência.

Não se descarta, nesse viés, a validade da interpretação jurídica humanista, quão menos das produções teóricas que busquem conter o poder punitivo e seus malefícios. Por outro lado, se aponta diretamente à necessidade de uma reformulação da maneira como se vê e se pensa o Direito, que só pode ser efetiva por meio de uma compreensão radical dos fenômenos jurídico, compreendendo sua complexidade e sua correlação com as estruturas do Estado e da economia. Somente assim, a compreensão crítica, de maneira lúcida e profunda, terá condições de cumprir sua vocação verdadeiramente transformadora.

## Notas

- (1) pud BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 113.
- (2) MASCARO, Alysson Leandro. Estado e forma política. São Paulo: Boitempo, 2013. p. 39.
- (3) MARX, Karl. O capital: livro I: o processo de produção do capital. 2. ed. Boitempo Editorial: São Paulo, 2017. p. 117.

## Caio Luís Prata

Graduando em Direito pela Faculdade de Educação São Luís, Jaboticabal – SP.

Membro do Centro Internacional de Direitos Humanos, vinculado à cadeira San Tiago Dantas, da Academia Paulista de Direito. caioluisprata@hotmail.com

## Gabriel Coimbra Rodrigues Abboud

Mestrando em Direito pela Universidade Estadual Paulista ‘Júlio de Mesquita Filho’ (UNESP).

Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (FDF). Advogado. gabboudguara@gmail.com



DIRETORIA DA GESTÃO 2019/2020

### DIRETORIA EXECUTIVA

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

### CONSELHO CONSULTIVO

Alvino Augusto de Sá  
Cristiano Avila Maronna  
Ela Wiecko Volkmer de Castilho  
Geraldo Prado  
Sérgio Salomão Shecira

### OUVIDORA

Fabiana Zanatta Viana

# A falência do garantismo

Pedro Augusto Simões da Conceição

Quando olhamos para o avanço das ideias reitoras do direito – a teoria geral do direito ou o conjunto de sistemas descritivos que analisam o direito de forma teórica –, parece haver um descompasso entre o discurso geral (sobre teoria do direito e sobre o direito constitucional) e o discurso específico do direito penal.

A narrativa maior aponta para um caminho positivista que tem em **Hans Kelsen** (no mundo da *Civil Law*) e em **Hart** (no mundo da *Common Law*) os ápices de um desenvolvimento epistemológico e reflexivo sobre a norma, a lei, a justiça e assim por diante.

Nos nossos manuais de direito penal, contudo, a história parece ser outra. Haveria, no princípio, uma sintonia entre o desenvolvimento do pensamento jusfilosófico do Iluminismo (de matiz francês) e o papel “inaugural” da obra de **Cesare Beccaria**. Depois disso, um compasso mais ou menos alinhado se mantém entre teoria do direito e direito penal na entrada dos positivismos naturalistas até o neokantismo alemão.

Com o finalismo de **Hans Welzel**, porém, parece haver uma ruptura entre a história do direito e a do direito penal.

O finalismo deixa meio *blur* a própria relação entre teoria do delito e teoria do direito, porque o finalismo é um algo por demais *penalístico*. Ainda que **Welzel** tenha sido um professor de filosofia do direito, sua obra teve um impacto ao mesmo tempo impressionante no direito penal, mas restrito a essa disciplina. É verdade ainda que **Welzel** também não escreveu tratados em outras searas além da criminal.

De fato, o finalismo surgiu como um grande avanço (uma diferenciação, ao menos) em relação ao positivismo em voga. Cabe lembrar que a *magnum opus* de **Kelsen** (*Teoria pura do Direito*) data de 1933, enquanto que uma das obras inaugurais do finalismo em direito penal (*Naturalismo e filosofia dos valores em Direito Penal*) foi publicada em 1936.<sup>(1)</sup>

Além de contemporâneos, **Kelsen** e **Welzel** produziram *pari passu* por algumas décadas.

Mas, depois de **Welzel**, veio o “funcionalismo” de **Claus Roxin**, de **Günther Jakobs** e de outros.

Ao menos é assim que aprendemos nos manuais. Aprendemos, inclusive, como se durante todo esse período nada tivesse sido produzido no mundo da *Common Law*, e apenas algumas referências a outros contextos aparecem pontualmente (uma ferramenta escandinava na execução da pena, um ou outro espanhol mencionado, nenhum francês). No oriente certamente não deve haver direito.

Mas o que quero mostrar, em um primeiro momento, é que nosso solipsismo germânico é artificial, pois ignora o impacto da obra kelseniana nas formulações funcionalistas.

A teoria pura de **Kelsen**, ainda que não seja estritamente funcionalista (está mais alinhada com escolas filosóficas neokantianas) deságua em um sistema operacionalmente fechado que equivale, em muito, às descrições funcionais que seriam depois realizadas, sobretudo por **Niklas Luhmann**.<sup>(2)</sup>

**Roxin** e **Jakobs** não são apenas funcionalistas. São positivistas, forjados em um caldo de cultura kelseniano.

A clareza sobre essa relação mantida em segredo (por que em segredo, não sabemos) ajuda a explicar a fácil aderência às correntes funcionais e ao garantismo penal, ao mesmo tempo. Essa dupla aderência, ao funcionalismo e ao garantismo, é a genealogia *positivista* da produção acadêmica brasileira em matéria penal – me arrisco a dizer –, pelo menos nos últimos 20 anos.

O garantismo, sobretudo pela pena de **Luigi Ferrajoli**,<sup>(3)</sup> sempre foi *declaradamente positivista*.

**Ferrajoli** deixa isso explicitamente claro em seus textos<sup>(4)</sup> – diferentemente dos autores “funcionalistas”.

Mas, no Brasil, a coisa toda ganhou uma cor especial: na academia, os funcionalistas prevaleceram, ainda que postos finalistas persistam; a jurisprudência é cegamente finalista, quando você tem sorte – quando não tem, ela é positivista-naturalista.

Todos, porém, são garantistas – ao menos no discurso – porque foi o garantismo (não o finalismo, nem o funcionalismo) o caldo teórico que mais se desenvolveu em paralelo às normas da Constituição de 1988.<sup>(5)</sup>

O mote do garantismo, no fundo, é a manutenção das leis penais como *limite*<sup>(6)</sup> e, nesse sentido, ao apontarem claros marcos para a atuação punitiva estatal, as leis penais são vistas como *garantias contra o poder*.

O garantismo constitui uma teoria *realista-otimista* – ele encara a punição estatal como um fato político, como uma realidade que transcende a lei a qual, por sua vez, não é o ato fundador da violência estatal, mas seu limite, em uma constante tensão entre facticidade e validade.

Politicamente, o garantismo sustenta um apego à lei, pois se nos mantivermos perto dela teremos o limite sempre presente, o que já é muito.

Mas o garantismo faliu.

Ele faliu, primeiramente, na descrição da lógica punitiva.

A punição se apresenta como poder fático, sim, mas isso não acontece de forma pura nos Estados autodeclarados de direito. Neles, a violência é sempre *ex lege*, sempre posta *a posteriori* – e, diferentemente do que um democrata liberal poderia achar no século retrasado, leis *violentas* são aprovadas todo dia.

A lei, de fato, não é limite para a violência, mas *sua porta*. Ela abre o mundo da *legitimidade* ao validar sua existência em um sentido jurídico.

Os textos que trabalham o estado de exceção, de **Schmitt** a **Agamben**, apreenderam o exato sentido do entrelaçamento entre lei e violência e explicitam que toda violência estatal já é *jurídica*. O aspecto *legal* da atuação punitiva e repressiva é indissociável do *fático*, no contexto da biopolítica, da necropolítica<sup>(7)</sup> e do estado de exceção permanente.<sup>(8)</sup>

Mas o garantismo também faliu procedimentalmente.

Em especial no tocante à relação entre processo penal e direito penal material – sempre anunciada, mas pouco executada. Foi no contexto do contraditório, da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição que foram geridos os mais absurdos conteúdos da hermenêutica penal.

Como toda escola positivista – **Roxin** e **Jakobs** compreendidos –, o garantismo não nos preparou plenamente para a reviravolta da *linguagem*<sup>(9)</sup> e para o poder de um judiciário que começa a pleitear por seu lugar na divisão dos Poderes. Apesar de o garantismo ser também um norte hermenêutico, ele não assume uma posição forte na exegese do direito penal material. Pouco a pouco, portanto, foi-se construindo no nosso país uma jurisprudência materialmente agressiva,<sup>(10)</sup> dentro do jogo do contraditório e de outras garantias processuais.

Pouco a pouco, a interpretação alargada inverteu o próprio jogo das garantias processuais e, após anos de passividade dos atores judiciais acerca de interpretações esdrúxulas sobre conteúdos materiais, o processo penal que lentamente se democratizava tornou-se a vítima recente de avanços conservadores.<sup>(11)</sup>

Não anuncio aqui a falência do garantismo para questionar as

bases democráticas e iluministas da teoria ou de seus formuladores e entusiastas.

De forma alguma. Vale lembrar, a *falência* é um instituto que aponta um esgotamento *futuro*, uma insolvência que mostra o fim da capacidade futura de uma empreitada, mas que, absolutamente, não aponta a extinção do valor, do crédito, da *herança*.

Anuncio essa falência com dois motes, que podem ser lidos aqui como a *herança* que o garantismo nos delega.

O primeiro mote é teórico. É um eco dos esforços de descolonização que ainda engatinham nas humanidades latinas: precisamos de um pensamento jurídico dogmático que reflita nosso passado colonial, nosso presente racista, nossa industrialização mitigada, nossos governos excessivamente bélicos e militarizados, nosso futuro incerto. Por que não refundar o funcionalismo penal a partir da análise sociológica de **Florestan Fernandes**? Por que não introduzir as categorias analíticas da história econômica de **Celso Furtado** em nossos debates sobre direito penal econômico? Por que não pensar a corrupção a partir dos estudos de dominação de **Raymundo Faoro**? Façamos isso.

O segundo mote é estratégico. A falência do garantismo, antes de tudo, é uma falência do poder programático dos argumentos garantistas. Em resumo, *os argumentos garantistas* não convencem mais. A onda conservadora que move o mundo à direita não compra nas bases democráticas do garantismo nenhum benefício. Precisamos, então, nos antecipar à derrocada e dar uma guinada no discurso da defesa dos direitos e das liberdades contra a violência estatal. Precisamos antecipar os próximos passos totalitários e montar discursos que possam convencer, mesmo em um cenário desfavorável. Infelizmente, o garantismo – que de modo algum deve ser rechaçado, jogado no lixo ou relegado ao esquecimento, mas reconhecido como nossa herança – não possui mais a força necessária para conter os avanços da racionalidade punitiva sobre a vida. Travar esse avanço é a função da dogmática penal libertária. Façamos isso.

## Notas

- (1) O texto *Causalidade e ação* o precede, é fato, mas o caminho que leva Welzel de um afastamento do positivismo naturalista para uma filosofia dos valores e, por fim, para sua própria concepção das estruturas lógico-objetivas sobre as quais o homem atua, finalisticamente, passa pela sua tese de habilitação, como também parece pensar Jakobs – JAKOBS, Günther. Hans Welzel, *Bonner Rechtsjournal*, Sonderausgabe 01/2014, p. 31.
- (2) V. LUHMAN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Surkhamp, 1993. p. 102.
- (3) Ferrajoli se preocupa em utilizar a dogmática para diferenciar entre enunciados jurídicos verdadeiros e falsos, preso, portanto, a um paradigma positivista de aproximação ao fenômeno jurídico. Mais ainda, ele interpreta que essa lógica se estendeu para o conteúdo das normas jurídicas pelo movimento do constitucionalismo: “claramente, em este sentido el constitucionalismo en vez

de constituir el debilitamiento del positivismo jurídico o su contaminación jusnaturalista, representa su reforzamiento y su complemento: por decirlo de algún modo represente el positivismo jurídico en su forma más extrema y acabada”. FERRAJOLI, Luigi. *Epistemologia Jurídica y Garantismo*. Coyocán: Fontamara, 2004. p. 266.

- (4) Para fazer justiça ao italiano, ele possui um posicionamento bem próprio sobre a evolução do positivismo na era constitucional. Ferrajoli também se afasta do positivismo ao atribuir à postura garantista um valor pragmático na argumentação jurídica. Por exemplo em FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid: Trotta, 2006. p. 39 e ss.
- (5) Para não fazermos anacronismos, é importante lembrar que a primeira edição de Direito e razão, *magnum opus* de Ferrajoli, data de 1989, mas que a teoria foi gerida ao longo da década de 1970 e 1980. Além disso, o *garantismo*, em sentido mais amplo, remete também à ideia de constituição dirigente, que já imprimiu o tom garantista da Constituição da República Portuguesa de 1976 – uma das grandes influências da nossa própria Constituição.
- (6) Os conceitos de Ferrajoli são *funcionais* nesse sentido, tanto a separação “laica” entre direito e moral, quanto a separação entre validade e vigência e assim por diante. São todos marcos de diferenciação funcional que possuem, à vez, potencial descritivo e pragmático, na argumentação forense. Positivismo jurídico e funcionalismo jurídico são, hoje, duas faces de Jano.
- (7) A biopolítica e a necropolítica são desenvolvimentos teóricos da herança de Michel Foucault, sendo o segundo cunhado por Achille Mbembe. Em sobrevoos, Foucault destacou como a política neoliberal não é apenas um governo do aparelho estatal ao qual consciências se submetem, mas uma verdadeira política que controla as pessoas a partir dos mais basilares aparatos da vida, o corpo, a sexualidade, a raça, a higiene, a saúde, etc. Já a necropolítica enquadra o uso político da morte (do matar ou do deixar viver) como estratégia de governo, em especial no contexto colonial africano, mas que também se aplica como aparato conceitual iluminador para esclarecer, por exemplo, a matança de jovens negros periféricos em nosso país.
- (8) “*The specific contribution of Schmitt’s theory is precisely to have made such an articulation between state of exception and juridical order possible. It is a paradoxical articulation, for what must be inscribed within the law is something that is essentially exterior to it, that is, nothing less than the suspension of the juridical order itself (hence the aporetic formulation: “in a juridical sense, an order still exists... even if not a juridical order”)*”. AGAMBEN, Giorgio. *State of exception*. Chicago: Chicago Press, 2005. p. 33.
- (9) Nesse sentido: SIMÕES DA CONCEIÇÃO, Pedro Augusto. Direito penal e filosofia da linguagem: uma aproximação concreta. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 22, v. 108, p. 91-125, mai./jun. 2014.
- (10) Alguns exemplos: a ideia de que o crime de tráfico é um crime de “violência”, a reformulação da teoria do domínio do fato em crimes empresariais, o descaso com a categoria da continuidade criminal, as presunções de culpabilidade de agentes com progresso criminal, entre tantos outros.
- (11) Símbolos maiores dessa virada foram o uso sistemático de prisões para forçar a realização de acordos de colaboração (os quais, por si só, já foram internalizados em nosso sistema de forma pouco estruturada, sem contar, por exemplo, com um regime ético claro para a atuação da defesa e criando um conflito de competência estranho entre delegados e promotores) e a decisão do Supremo sobre execução de pena após decisão em segunda instância.

**Pedro Augusto Simões da Conceição**  
Mestre em Direito Penal pela USP. Advogado.  
ps@quartegarcia.com.br

# A necessidade de cálculo diferenciado para a progressão de regime na unificação de pena e o entendimento do STJ no HC 427.803/PR

*Diego de Azevedo Simão*

A unificação de pena no âmbito da execução penal é tema que tem sido discutido hodiernamente.

No REsp 1.557.461/SC a terceira seção do STJ assentou o entendimento de que a superveniência do trânsito em julgado de

decisão condenatória não autoriza, por ausência de respaldo legal, a modificação de data-base para a concessão de direitos da execução penal, por ocasião da soma/unificação de penas.

No HC 427.803/PR,<sup>(1)</sup> a Quinta Turma do STJ seguiu o

entendimento de que, havendo unificação de penas, a condição de reincidente em crime hediondo deve incidir sobre o somatório das penas e não apenas na condenação em que resultou a reincidência.

Esse entendimento causa preocupação porque afasta o cálculo diferenciado (2/5 para a progressão no crime hediondo em que o sentenciado é primário e 3/5 para a progressão no crime hediondo em que foi reconhecida a reincidência) e acarreta inequívoco excesso de execução penal.

O cálculo diferenciado para fins de concessão de direitos na execução penal deve ser observado quando da existência de diversas condenações por crimes em que o patamar exigido pela lei para a concessão de direitos é distinto.

Assim, havendo condenação por crime comum, é necessário o cumprimento de 1/6 da pena para a obtenção de progressão de regime. Já em caso de condenação por crime hediondo, o patamar necessário para a progressão de regime será de 2/5 em se tratando de condenado primário, e de 2/5 em condenação na qual o sentenciado tem reconhecida a reincidência.

Ao tratar do tema, **Rodrigo Duque Estrada Roig**<sup>(2)</sup> explica que: *“Ainda no tocante aos prazos para a concessão de progressão de regime, é amplamente admitida a realização de cálculo discriminado (diferenciado) de pena, para aqueles que possuam ao mesmo tempo condenações por delito não hediondo ou equiparado (com fração de 1/6) e por crime hediondo ou equiparado (com as frações de 2/5, se primário, ou de 3/5, se reincidente). Nesse caso, para fazer jus à progressão de regime, o preso cumprirá 1/6 da pena do delito não hediondo ou equiparado, mais 2/5 (se primário) ou 3/5 (se reincidente) da pena do delito hediondo ou equiparado”*.

Na mesma trilha, **Guilherme de Souza Nucci**:

*“Havendo concurso de delito hediondo e crime comum, podem ser realizados cálculos separados para envolver exigências distintas, conforme seja o crime hediondo ou comum. Ao hediondo, aplica-se 2/5 ou 3/5, conforme o caso, mas ao comum usa-se somente 1/6. Não se deve simplesmente somar as penas dos hediondos e comuns, optando-se por 2/5 (3/5) ou 1/6 aleatoriamente. (in Curso de execução penal. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p.167/168)”*.

No caso objeto do HC 427.803/PR, como dito, a condição de reincidente incidiu sobre o somatório das penas e não apenas na condenação em que resultou reconhecida a reincidência.

Com a devida vênia, ao afastar o cálculo diferenciado, o entendimento construído no HC 427.803/PR afrontou, em um só tempo, os princípios da legalidade, da individualização da pena, da separação dos poderes e a garantia da coisa julgada, além de outorgar efeitos pretéritos ao instituto da reincidência e não considerar os efeitos práticos da decisão no âmbito da execução penal.

A violação ao princípio da legalidade restou caracterizada em razão da violação dos artigos 112 da LEP<sup>(3)</sup> e artigo 2º, parágrafo 2º da Lei 8.072/1990,<sup>(4)</sup> que respectivamente determinam de forma expressa o percentual de 1/6 para progressão de regime para crimes comuns e de 2/5 (primário) e 3/5 (reincidente) para a progressão de crimes hediondos.

Importa acrescentar que, mesmo com a aplicação do artigo 111 da LEP<sup>(5)</sup> (soma/unificação de penas), não há que se falar em aplicação de patamar único para a progressão de regime.

Isso porque o artigo 111 da LEP determina 1) a soma/unificação de penas por condenações em processos distintos e 2) a fixação de regime de cumprimento de pena, de modo que diversas condenações sejam executadas simultaneamente (quando a lei permitir) no mesmo processo.

Como se percebe, em momento algum o legislador determinou que na soma de penas deva ser aplicado para todos os crimes o patamar

incidente ao crime hediondo, para fins de progressão de regime.

E isso é assim porque a progressão de regime encontra normativa própria no artigo 112 da LEP e no artigo 2º, parágrafo 2º da Lei de Crimes Hediondos, que estabelecem, de acordo com a espécie de crime (comum ou hediondo) e da primariedade ou reincidência, critérios diferenciados para a progressão de regime para cada infração penal, ainda que as penas sejam objeto de um único processo de execução.

O princípio da individualização da pena também restou ferido de morte, na medida em que a decisão tratou as diferentes reprimendas como condenações por crime hediondo e com reincidência.

O entendimento também afrontou a *garantia constitucional da coisa julgada*, posto que permitiu que a condenação em que não foi reconhecida a reincidência (que deve observar o patamar de 2/5 para a progressão de regime) fosse modificada, para que nela refletissem os efeitos da reincidência, com o aumento do patamar exigido para a progressão de regime prisional, em manifesto excesso de execução penal.

Do mesmo modo, o equivocado entendimento sustentado no *decisum* também afrontou diretamente o sagrado princípio da separação de poderes, posto que, ao não proceder ao cálculo diferenciado, a decisão criou hipótese não prevista em lei como critério para a progressão de regime.

Vale dizer ainda que a aplicação do cálculo diferenciado é inclusive programada na calculadora de execução penal elaborada pelo CNJ, justamente para que se possa aferir separadamente cada fração para fins de progressão de regime e, portanto, realizar o cálculo de penas diferenciado.

De mais a mais, a decisão também acarretou a aplicação equivocada do instituto da reincidência. Isso porque, ao fazer incidir o patamar de 3/5 em todos os crimes, a decisão outorgou ao instituto da reincidência efeitos pretéritos, sendo que os efeitos da reincidência podem ser aplicados apenas para o futuro, quando da prática de novos crimes, conforme já reconheceu o STF no RE 453000 (Informativo 700, do STF), vejamos: *“Considerou-se que a reincidência comporia consagrado sistema de política criminal de combate à delinquência e que eventual inconstitucionalidade do instituto alcançaria todas as normas acima declinadas. Asseverou-se que sua aplicação não significaria duplicidade, porquanto não alcançaria delito pretérito, mas novo ilícito, que ocorreria sem que ultrapassado o interregno do art. 64 do CP. Asseverou-se que o julgador deveria ter parâmetros para estabelecer a pena adequada ao caso concreto. Nesse contexto, a reincidência significaria o cometimento de novo fato antijurídico, além do anterior. Reputou-se razoável o fator de discriminação, considerado o perfil do réu, mercedor de maior repreensão porque voltara a delinquir a despeito da condenação havida, que deveria ter sido tomada como advertência no que tange à necessidade de adoção de postura própria ao homem médio. Explicou-se que os tipos penais preveriam limites mínimo e máximo de apenação, somente alijados se verificada causa de diminuição ou de aumento da reprimenda. A definição da pena adequada levaria em conta particularidades da situação, inclusive se o agente voltara a claudicar. Estaria respaldado, então, o instituto constitucional da individualização da pena, na medida em que se evitaria colocar o reincidente e o agente episódico no mesmo patamar. Frisou-se que a jurisprudência da Corte filiarse-ia, predominantemente, à corrente doutrinária segundo a qual o instituto encontraria fundamento constitucional, porquanto atenderia ao princípio da individualização da pena. Assinalou-se que não se poderia, a partir da exacerbação do garantismo penal, dismantlar o sistema no ponto consagrador da cabível distinção, ao se tratar os desiguais de forma igual. A regência da matéria, harmônica com a Constituição, denotaria razoável política normativa criminal”*. RE 453000/RS, rel. Min. Marco Aurélio, 4.4.2013. (RE-453000)

O entendimento exposto na decisão também afrontou o artigo

9º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos,<sup>(6)</sup> que veda a aplicação de pena mais grave do que a aplicável no momento da perpetração do delito, na medida em que fez retroceder os efeitos da reincidência ao crime hediondo em que inexistia reincidência, com o aumento do patamar para progressão de regime (de 2/5 para 3/5), agravando a pena.

Por fim, importa dizer ainda que o entendimento não considerou as consequências práticas da decisão,<sup>(7)</sup> de maneira que até mesmo no campo da política criminal a decisão é equivocada, porquanto além de ferir a lei, acaba apenas aumentando o tempo de cárcere e em nada contribui para a harmônica integração social do sentenciado; ao contrário, resulta em superlotação carcerária e no aumento de gasto público para a manutenção em regime mais gravoso de pessoa que já deveria cumprir pena em regime mais brando, posto que a progressão de regime acaba sendo postergada para momento futuro.

Dessa maneira, é necessária profunda reflexão sobre o entendimento sustentado no HC 427.803/PR, uma vez que, conforme acima demonstrado, o entendimento jurisprudencial não parece o mais acertado quando analisado sob a luz da legislação e nem mesmo quando analisado tendo por norte os aspectos prático e político-criminais.

## Notas

- (1) HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. CRIME HEDIONDO. REINCIDÊNCIA. ART. 111 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL - LEP. LAPSO TEMPORAL DE 3/5. UNIFICAÇÃO DAS PENAS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA OU COMUM. FRAÇÃO APLICÁVEL. AUSÊNCIA DE DISTINÇÃO LEGAL. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal. 2. A jurisprudência desta Corte fixou-se no sentido de que, ante a unificação das penas, a condição de reincidente do apenado determina o cumprimento de 3/5 sobre o total. Na hipótese, possuindo o paciente quatro condenações, não há falar em aplicação do percentual de 2/5

para a progressão de regime, em relação à primeira condenação, pois, unificadas as penas, conforme determina o art. 111 da LEP, a reincidência deve incidir sobre o somatório das penas e não apenas na segunda condenação. Ademais, esta Corte Superior pacificou entendimento no sentido de que a Lei dos Crimes Hediondos não faz distinção entre a reincidência comum ou específica. Assim, havendo reincidência, ao condenado deverá ser aplicada a fração de 3/5 da pena cumprida para fins de progressão do regime. Habeas Corpus não conhecido. (HC 427.803/PR, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2018, DJe 19/10/2018)

- (2) Execução penal: teoria crítica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 208.
- (3) Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. (Redação dada pela Lei 10.792, de 2003)
- (4) § 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. (Redação dada pela Lei 11.464, de 2007)
- (5) “Art. 111. Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição.
- (6) Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delincente será por isso beneficiado.
- (7) LINDB. Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

*Diego de Azevedo Simão*

Membro da Defensoria Pública do Estado de Rondônia.  
Coordenador adjunto da Coordenadoria Estadual do IBCCRIM em Rondônia.  
Especialista em Direito Processual Penal pela Universidade do Vale do Itajaí - Univale.  
diego.azevedo.simao@gmail.com

# Para uma criminologia dos intelectuais revolucionários: o bicentenário de Marx na encruzilhada da questão criminal<sup>(1)</sup>

*Adrian Barbosa e Silva*

*“A lógica de um pensamento é o conjunto das crises que ele atravessa, assemelha-se mais a uma cadeia vulcânica do que a um sistema tranquilo e próximo do equilíbrio.”*

(Gilles Deleuze)

*“Assim como se admite o triunfo do capitalismo logo depois do colapso das nações socialistas, o capitalismo também revela continuamente sua inabilidade de crescer e de se desenvolver sem expandir e aprofundar a exploração humana (...). Temos que ser capazes de desenredar as nossas noções de capitalismo e de democracia, a fim de adotar modelos verdadeiramente igualitários e democráticos.”*

(Angela Davis)

Em conferência proferida em 1991 na Universidade de Amsterdã, **Cohen**<sup>(2)</sup> propôs o “resgate do espírito” de **Willem Adriaan Bongers** – criminólogo holandês cujo ofício se situava na tensão entre o mundo das táticas políticas (socialismo) e da investigação social (sociologia). Ao considerar a imprescindibilidade de sua obra – *Criminality and economic conditions* (1905) – para o pensamento ocidental, sustentou não apenas ser possível como necessária a interlocução teoria-política a partir da postura (teórica) cética e do compromisso (político) estratégico ante a busca humana por justiça social.

Incorporada ao campo da questão criminal, duzentos anos após o seu nascimento, a obra de **Karl Marx** parece se perpetuar de forma análoga, só que com fôlego e pulsão incomparáveis. Desde a denúncia da assepsia e da despolitização das narrativas

criminológicas, ela reflete a própria inventiva da décima primeira das *Teses sobre Feuerbach*,<sup>(3)</sup> que muito bem poderia ser colocada nos seguintes termos: “os criminólogos apenas *interpretaram* a questão criminal de modos diferentes; é preciso, agora, *transformá-la*”. Muito embora haja estável concordância de que o filósofo de Trier e seus precursores não sistematizaram uma “teoria materialista do desvio e da pena”,<sup>(4)</sup> o *corpus* marxiano possibilitou que fossem forjadas “criminologias marxistas” – analíticas sociais desenhadas para explicar o delito e o controle penal a partir dos eixos de classe, poder e Estado.<sup>(5)</sup>

Visionário que foi, além de inserir chaves de leitura até hoje indispensáveis (v.g. mais-valia, luta de classes, materialismo dialético etc.), antecipou no século XIX a crítica da razão punitiva que seria feita pela penologia e sociologia do desvio na segunda metade do século passado. Para exemplificar: em seu artigo no *New York Daily Tribune*, em 1859, já havia algo de *labelling* (que, futuramente, seria problematizado pelos próprios marxistas) no questionamento às estatísticas criminais e na descrição dos processos de criminalização; bem como, antes disso, em 1853, já publicava o argumento do esvaziamento empírico das teorias retributivas e ressocializadoras da pena – hipóteses levantadas no debate sobre a lei contra o furto de madeira, publicado em 1842 na *Gazeta Renana* –, sempre partindo do pressuposto de que as relações jurídicas somente poderiam ser compreendidas com base nas condições materiais de existência.<sup>(6)</sup> Não é à toa que a contribuição central apropriada pelas ciências criminais tenha sido quanto ao método.<sup>(7)</sup>

Seguindo o raciocínio, a *acumulação originária* descrita em seu *capolavoro*<sup>(8)</sup> se torna indispensável para a percepção da origem histórica do cárcere e sua íntima vinculação à organização da vida econômico-social: essa expropriação violenta que transformou produtores servis (exploração feudal) em assalariados (exploração capitalista) disciplinados nas corporações, sem meios de produção, excluídos, marginalizados e criminalizados na era do protocapital. A relevância conceitual é tamanha que recebeu dedicação específica no estudo de **Rosa Luxemburgo**,<sup>(9)</sup> e atualização por **Harvey**,<sup>(10)</sup> a partir da noção de “acumulação por espoliação” aplicável à geografia do “novo imperialismo”.

Torna-se, assim, fértil o terreno para uma crítica radical ao liberalismo humanizador da prisão e aos ideais burgueses de legalidade, segurança e igualdade (Escola clássica), bem como às proposições etiológicas e deterministas do positivismo criminológico (Escola positiva) – estas, ainda presentes no modelo oficial de ciência penal<sup>(11)</sup> –, crítica essa amplamente desenvolvida por **Pachukanis**,<sup>(12)</sup> **Rusche & Kirchheimer**,<sup>(13)</sup> **Foucault**,<sup>(14)</sup> **Melossi & Pavarini**,<sup>(15)</sup> e **Baratta**,<sup>(16)</sup> – intelectuais que aprofundaram os fundamentos contemporâneos sobre penalidade, criminalização e controle social (v.g. retribuição equivalente, *less eligibility*, disciplina, ilegalismos, isomorfismo, microfísica, defesa social etc.), tendo em comum a associação da operacionalidade dos sistemas punitivos aos sistemas de produção.

O que não se pode ignorar é que o referencial, tal qual qualquer outro complexo e denso campo do conhecimento, não está blindado a críticas.<sup>(17)</sup> Quanto a esse aspecto, fundamental situar alguns “pontos altos” das tensões epistemológicas em torno da inserção do marxismo na questão criminal, a exemplo: do debate promovido entre **Hirst & Taylor & Walton**, publicado na histórica coletânea *Critical criminology* (1975), em que se discutiu o desvio como objeto de preocupação científica marxiana, a romantização

do *lumpemproletariado*, o uso genérico das fases intelectuais do autor etc.,<sup>(18)</sup> da carta de **Bobbio a Baratta**, na qual questionava o estatuto de uma “teoria materialista do desvio”, seja quanto ao uso do referente material como fator *decisivo* ou *exclusivo* de análise, sob pena de se incorrer no mais do mesmo ou em um economicismo denunciado no âmbito do próprio marxismo;<sup>(19)</sup> do texto de **Zolo e Ferrajoli**, publicado na revista *Questione Criminale*, no qual se sustentou que, muito embora a análise marxista oferecesse elementos necessários para a compreensão dos processos de criminalização nas sociedades modernas, tais ferramentas seriam insuficientes para a elaboração de uma teoria “total” sobre o desvio criminal – à qual deveriam ser conjugados elementos empíricos de ordem sociológica, psicológica, política e cultural.<sup>(20)</sup>

De todo modo, inegável que questões externas e internas precisam ser (re)pensadas face ao acúmulo teórico – a exemplo, respectivamente, do eurocentrismo (crítica pós-colonial), do patriarcalismo (crítica feminista), do racismo (crítica antirracista), do determinismo economicista, das leituras ortodoxas reducionistas, da percepção funcionalista do controle social etc., arsenal este que confessa o ímpeto pela interdisciplinaridade e confirma a hipótese de negação de um saber universalizante autossustentável.<sup>(21)</sup>

O que não pode ocorrer é o seu abandono, conforme a seminal passagem de **Foucault**: “Ocorre-me frequentemente citar conceitos, frases e textos de Marx, mas sem me sentir obrigado a acrescentar a pequena peça autenticadora que consiste em fazer uma citação de Marx, em colocar cuidadosamente a referência elogiosa, por meio da qual eu possa ser considerado como alguém que conhece Marx, que reverencia Marx e que será honrado pelas revistas ditas marxistas. Cito Marx sem dizê-lo, sem colocar aspas, e como eles não são capazes de reconhecer os textos de Marx, passo por ser aquele que não cita Marx. Será que um físico, quando faz física, experimenta a necessidade de citar Newton ou Einstein? (...). É impossível fazer história atualmente sem utilizar uma sequência infundável de conceitos ligados direta ou indiretamente ao pensamento de Marx e sem colocar um horizonte descrito e definido por Marx”.<sup>(22)</sup> Nesse sentido, tanto a coletânea organizada por **Greemberg**<sup>(23)</sup> quanto por **Laval, Paltrinieri & Fehrat**<sup>(24)</sup> são imprescindíveis para um balanço problematizador atual.

Dada a crise estrutural do sistema penal e sua configuração refratária aos direitos humanos, o encarceramento em massa, o genocídio em curso, a desigualdade social (de classe, de raça e de gênero) e a seletividade que movem as agências penais, sobretudo em países periféricos, não resta alternativa senão retomar as bases fundacionais da criminologia radical, afinal, “se o pensamento crítico se caracterizou historicamente pela capacidade de demarcar uma posição radical contra a reificação do humano, fundamental, neste cenário, retomar sua potência desconstrutora e, sem qualquer semanticismo que possa reduzir sua força, reafirmar o núcleo teórico e político que o sustenta”.<sup>(25)</sup>

Se a reconstrução da vida revolucionária de um militante cientista social – que, como ninguém, analisou rigorosamente um regime antipopular de produção, em busca da construção de uma sociedade sem opressão e miséria<sup>(26)</sup> – evidencia a completa mudança dos rumos da história, não se pode ignorar, nos termos de **Vera Malaguti Batista**, que “é em Marx que tudo começa. Só os tolos podem achar que a obra marxista está superada; ela só será superada quando derrotarmos o capitalismo”,<sup>(27)</sup> tarefa a ser gestada e vocacionada por *intelectuais revolucionários*.



# A legitimidade do terceiro delatado para discutir o acordo de colaboração premiada em face da concessão de benefícios extrapenais

Rafael Junior Soares e Luiz Antonio Borri

O tema da colaboração premiada tem sido amplamente discutido no cenário jurídico nacional, sobretudo após o advento da Lei 12.850/13, diploma normativo que amparou a celebração de inúmeros acordos de delação nas operações policiais realizadas no Brasil, tornando-se rotineiro que diversas autoridades com foro por prerrogativa de função passassem a figurar como delatadas, o que ensejou o deslocamento das investigações e, por sua vez, a homologação do acordo para os tribunais competentes.

Nesse contexto, embora na grande maioria dos casos os Tribunais superiores examinem os feitos em grau recursal, especificamente em relação ao instituto da colaboração premiada as Cortes de Justiça se depararam com a necessidade de enfrentá-lo diretamente, originando inúmeros precedentes sobre a matéria, dentre eles o HC 127.423/PR, no qual o Ministro relator Dias Toffoli sustentou a tese da impossibilidade de o terceiro delatado discutir o acordo de colaboração premiada, por se tratar de um negócio jurídico personalíssimo.

Por conseguinte, o próprio precedente sofreu relativização no âmbito da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, quando se julgou o HC 151.605/DF (informativo 895, STF). Decidiu-se, naquela oportunidade, o seguinte, “ainda que seja negada ao delatado a possibilidade de impugnar o acordo, esse entendimento não se aplica em caso de homologação sem respeito à prerrogativa de foro”, isso porque o caso versava sobre colaborador que imputou práticas delituosas à autoridade com prerrogativa de foro; no entanto, o acordo havia sido homologado pelo juiz da instância singular, reconhecendo-se a ineficácia do acordo em relação à autoridade delatada.

Com efeito, a compreensão firmada pela Suprema Corte no HC 127.483/PR merece reparos, consoante já sustentando noutra oportunidade.<sup>(1)</sup> Todavia, buscar-se-á, neste momento, debater a matéria à luz dos argumentos sustentados por aqueles que admitem a extensão dos efeitos da colaboração premiada para a esfera extrapenal<sup>(2)</sup> (improbidade administrativa, tributário, administrativo disciplinar etc.), mormente naqueles casos em que se negocia o patrimônio público.

Em verdade, o tema atinente à possibilidade ou não da concessão de benefícios extraleais para abarcar esferas distintas da penal é objeto de inúmeras controvérsias no âmbito doutrinário<sup>(3)</sup> e jurisprudencial<sup>(4)</sup>. De todo modo, tem-se observado a concretização de acordos de colaboração entre Ministério Público e investigado/acusado ampliando os benefícios para atenuar a responsabilidade na seara da improbidade administrativa (algumas vezes com o perdão judicial), sendo pertinente a discussão acerca da possibilidade de o terceiro delatado discutir o acordo em tais circunstâncias.

Insta salientar que, mesmo para doutrinadores que sustentam a concessão de benefícios para além do rol expresso da legislação, é feita a advertência de que a benesse não pode ser vedada por

lei. Acrescenta-se que para o cabimento de determinado benefício seria prudente que decorresse, ainda que com adaptações ao caso concreto, de aplicação analógica de dispositivo existente na legislação.<sup>(5)</sup>

Por essa razão, conforme será abordado a seguir, embora se identifiquem casos nos quais se transacionam as sanções da improbidade administrativa ou mesmo as sanções disciplinares administrativas dos agentes públicos<sup>(6)</sup> que incorreram na prática de crime (frequentemente previstos como falta disciplinar a ensejar punição no âmbito administrativo), tem-se que tais avenças afrontam a legislação e, por vezes, configuram ato violador à moralidade administrativa.

O foco central da discussão diz respeito às hipóteses nas quais, caracterizada lesão ao patrimônio público, se barganha por meio do negócio jurídico entabulado com o colaborador a reparação meramente parcial do dano provocado ou mesmo o perdão judicial (seja por isentar ou atenuar a punição de reparar o dano na improbidade administrativa ou na esfera tributária<sup>(7)</sup>). O exemplo dado acima é importante por se tratar de uma realidade no país, não obstante seja expressamente vedada a transação, acordo ou conciliação em relação à improbidade administrativa (art. 17, §1º, Lei nº 8.429/92).

Sobre a ilegalidade da negociação da improbidade administrativa em sede de colaboração premiada, o Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da PET 7.074 QO/DF, ao citar ilicitudes verificadas em acordos de colaboração, exemplificou com a seguinte situação: “O acordo de Sérgio Machado notabilizou-se também por colocar a salvo da recuperação de ativos bens em nome de familiares, especialmente dos filhos do colaborador. O mesmo acordo transaciona com direitos legalmente negociáveis. A Lei de Improbidade Administrativa veda ‘transação, acordo ou conciliação’ em ações por ela regidas – art. 17, § 1º, da Lei 8.429/92. Ainda assim, a cláusula 10ª afirma que o Ministério Público postulará que as sentenças que reconheçam a responsabilidade do delator, nas ações civis públicas em andamento, sejam meramente declaratórias.”<sup>(8)</sup>

Por conseguinte, a Constituição Federal, no art. 5º, LXXIII, e a Lei 4717/1965, nos arts. 1º e 2º, estabelecem que qualquer cidadão (entendido como aquele em pleno gozo dos direitos políticos) é parte legítima para pleitear anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio dos entes federativos, incluindo entes da administração pública indireta e qualquer pessoa jurídica subvencionada pelos cofres públicos (art. 1º). Em seguida, declina-se que serão nulos os atos lesivos ao patrimônio público, dentre outros, nos casos de ilegalidade do objeto e desvio de finalidade (art. 2º).

Segundo a doutrina, a ação popular tem por objeto o “combate ao ato ilegal ou imoral e lesivo ao patrimônio público, sem contudo

configurar-se a ultima ratio, ou seja, não se exige o esgotamento de todos os meios administrativos e jurídicos de prevenção ou repressão aos atos ilegais ou imorais ao patrimônio público para seu ajuizamento”.<sup>(9)</sup> Com isso pretende-se indicar a pertinência da ação popular para anular o acordo de colaboração premiada que contemple como benesse a redução ou imunidade dos prejuízos causados ao Estado que seriam objeto de ação de improbidade administrativa ou ação fiscalizatória por parte do fisco.

A ação popular teria por escopo a “a desconstituição do ato e, por decorrência, a retirada de qualquer eficácia deste com sua exclusão do mundo jurídico”,<sup>(10)</sup> declarando-se a nulidade do acordo de colaboração premiada e, conseqüentemente, dos depoimentos produzidos pelo colaborador, sobretudo porque a obtenção de informações do delator pelo Estado teria se dado mediante oferecimento de benefícios sem respaldo em lei e até mesmo expressamente vedados, comprometendo a voluntariedade do colaborador.<sup>(11)</sup>

Destarte, deparando-se o magistrado com acordo de colaboração premiada prevendo como benesse o não ajuizamento da ação de improbidade administrativa ou, ainda, a restrição de atuação de órgãos de fiscalização na área tributária, por se tratar de hipótese que afronta a legislação vigente, deveria devolver a avença, deixando de homologar o acordo ou encaminhando para ajustes, nos termos do art. 4º, §8º, da Lei 12.850/13.<sup>(12)</sup>

Como contraponto, poder-se-ia argumentar acerca da pertinência de aplicação analógica da colaboração premiada; no entanto, há de se recordar lição básica de introdução ao estudo do Direito, principalmente porque a analogia constitui método de integração do ordenamento jurídico, ou seja, caracteriza-se por “aplicar a um caso não previsto a norma que rege outro semelhante”.<sup>(13)</sup>

No caso da improbidade administrativa subsiste norma clara e objetiva impedindo a celebração de acordo ou transação (art. 17, §1º, Lei 8.429/92). Da mesma forma, o Código Tributário Nacional estatui que somente a lei pode estabelecer as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários ou de dispensa ou redução de penalidades (art. 97, inc. VI, em sentido semelhante art. 150, §6º, CF), de sorte que o emprego da equidade não pode resultar na dispensa do pagamento de tributo devido (art. 108, §2º).

Não se olvida a possibilidade de óbices processuais ao manejo da ação popular, por exemplo, quando se tratar de réu delatado com direitos políticos suspensos (neste caso o próprio defensor poderia ser o autor na ação popular). No entanto, a existência de instrumento processual disponível a qualquer cidadão reforça a imprescindibilidade de discutir as premissas fixadas no HC 127.483/PR, as quais têm redundado em claro prejuízo aos delatados.

Finalmente, observa-se que o precedente representando pelo HC 127.483/PR merece ser repensado à luz de novos desafios, sobretudo naquelas circunstâncias em que são negociados benefícios extrapenais que impliquem prejuízo financeiro ao patrimônio público, ainda mais quando, por força da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional, é possível que qualquer cidadão ajuíze ação popular para desconstituir o acordo de colaboração premiada, o que inclui o próprio delatado em pleno gozo dos direitos políticos.

## Notas

- (1) BORRI, Luiz Antonio; SOARES, Rafael Junior. A possibilidade de o terceiro delatado discutir o acordo de colaboração premiada: um necessário paralelo com outros meios de obtenção de prova. In: PEREIRA, Janaína Braga Norte; RIBEIRO, Luiz Alberto Pereira; TANIZAWA, Paulo Henrique Guilman (org.). *Direito e democracia: ensaios jurídicos sob a perspectiva dos direitos humanos e fundamentais*. Birigui-SP: Boreal, 2018. p. 181-193.
- (2) DAVID, Décio Franco. Efeitos extrapenais da colaboração premiada. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 26, n. 313 p. 11-12, dezembro/2018.

- (3) Admitindo a extensão da colaboração premiada para alcançar a improbidade administrativa cf. CABRAL, Antonio do Passo. As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta. In: GODINHO, Robson Renault; COSTA, Susana Henriques da (coords.). *Coleção repercussões do novo CPC – Ministério Público*. v. 6. Salvador: JUSPODIVM, 2015. p. 202; FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. *Colaboração premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 150/153; DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 117, jan./mar. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i67.475. Em sentido oposto: BITTAR, Walter Barbosa. *O modelo de investigação mista: a improbidade administrativa e os limites ao prêmio da delação premiada*. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/o-modelo-de-investigacao-mista-a-improbidade-administrativa-e-os-limites-ao-premio-da-delação-premiada-por-walter-bittar/>. Acesso em: 15 jan. 2019.
- (4) Admitindo a extensão da colaboração premiada para o âmbito da improbidade cf: TJPR - 5ª C.Cível - AI - 1696634-0 - Região Metropolitana de Londrina - Foro Central de Londrina - Rel.: Nilson Mizuta - Unânime - J. 15.12.2017. Em sentido oposto, negando tal possibilidade cf. TJPR - 5ª C.Cível - AC - 1243310-0 - Região Metropolitana de Londrina - Foro Central de Londrina - Rel.: Carlos Mansur Arida - Unânime - J. 09.12.2014.
- (5) MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: RT, 2018. p. 96.
- (6) Em julgamento de mandado de segurança, por ocasião da lavratura de voto vencido, o desembargador Xavier de Aquino assentou que “diante da crescente alteração legislativa no sentido de fazer justiça através desse novo modelo de processo penal, forçoso convir que a vontade do legislador hodierno é dar maior amplitude e rapidez na solução dos conflitos de interesse. Ora, se assim o é, tenho para mim que é perfeitamente possível a aplicação da analogia in bonam partem, em favor do impetrante, da delação premiada nos processos administrativos disciplinares, isso porque a similitude entre os feitos é tamanha, sendo certo que agora se admite tal instituto no Direito Penal, cuja consequência é muito mais funesta, bem como o cognominado acordo de leniência, em que se permitem benesses a pessoas jurídicas.” (TJSP; Mandado de Segurança 2190410-93.2014.8.26.0000; Relator (a): Antonio Carlos Malheiros; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 29/04/2015; Data de Registro: 12/05/2015).
- (7) Andrey Borges de Mendonça salienta que “as cláusulas dos acordos não possuem força para vincular outros órgãos fiscalizatórios, como a Receita Federal, o Banco Central, entre outros. Ou seja, não é possível que se concedam benefícios em relação à atuação de outras instituições.” Op. cit., p. 97.
- (8) Pet 7074 QO, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-085 DIVULG 02-05-2018 PUBLIC 03-05-2018.
- (9) MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 205.
- (10) PORTO, Sérgio Gilberto. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al (org.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 524.
- (11) “Assim, não é possível afirmar que a invalidade do acordo de colaboração premiada conduz, automaticamente, à invalidade das provas obtidas a partir dele. Na verdade, isso somente ocorreria em caso de constatação de vício de vontade do colaborador ao firmar o acordo ou ao prestar determinada declaração, porque, aí sim, a informação não teria sido prestada de forma voluntária pelo colaborador.” (Inq 4405 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 27/02/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-064 DIVULG 04-04-2018 PUBLIC 05-04-2018).
- (12) Tratando da não homologação do acordo em razão da concessão de benefícios penais que extrapolem a legislação cf. LEWANDOWSKI, Ricardo. A colaboração premiada em face do princípio da separação dos poderes. In: TOFFOLI, José Antonio Dias (org.). *30 anos da Constituição Brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 517-525.
- (13) MONTORO, André Franco. *Introdução ao estudo do direito*. 26. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 442.

**Rafael Junior Soares**

Mestrando em Direito Penal pela PUCSP.

Professor de Direito Penal da PUCPR, Londrina. Advogado.

[rafael@advocaciabittar.adv.br](mailto:rafael@advocaciabittar.adv.br)

**Luiz Antonio Borri**

Especialista em Ciências Criminais pela PUCPR. Advogado.

[luiz@advocaciabittar.adv.br](mailto:luiz@advocaciabittar.adv.br)

**FIQUE DE OLHO**

**INSCRIÇÕES ABERTAS**

# **LABORATÓRIO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS**

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

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



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

## JURISPRUDÊNCIA

## Supremo Tribunal Federal

**Penal. Processual penal. Ação penal. Peculato-desvio. Deputado federal e correu sem prerrogativa de foro. 1. desvio, em proveito próprio, dos recursos públicos destinados à contratação dos assessores parlamentares. Acervo probatório insuficiente. Ônus da prova. Incumbência do Ministério Público Federal. Ausência de corroboração. 2. modalidade subsidiária de peculato-desvio. Erário público utilizado para pagamento de empregados particulares, contratados, formalmente, como secretários parlamentares. Precedentes inq 1.926 e inq 3.776. Lastro probatório insuficiente. Atividade de secretário parlamentar na ambiência do direito penal assentada na AP 504/DF. Presunção de inocência. Absolvição.**

1. A denúncia descreve esquema de desvio, em proveito próprio, dos recursos públicos da Câmara dos Deputados destinados à contratação de assessores parlamentares. 2. Ausência de inequívoca comprovação de que os assessores parlamentares, efetivamente, repassaram a remuneração ao Deputado Federal por intermédio de seu irmão. 3. As provas orais colhidas nos autos se mostram insubsistentes para caracterizar o cometimento dos crimes noticiados na incoativa, sobretudo quanto cotejadas com o laudo pericial e documentos requisitados. 4. Crime de peculato, sob o viés do desvio de dinheiro público, em proveito próprio, por meio da utilização da Administração Pública para pagar o salário de empregado particular. 5. O julgamento da AP 504/DF, Segunda Turma, Rel. do Acórdão Dias Toffoli, densificou a discussão da matéria ao esclarecer que, na ambiência do direito penal, a atividade de secretário parlamentar “não se limita ao desempenho de tarefas burocráticas (pareceres, estudos, expedição de ofícios, acompanhamentos de proposições, redação de minutas de pronunciamento, emissão de passagens aéreas, emissão de documentos, envio de mensagens eletrônicas oficiais etc.), compreende outras atividades de apoio intrinsecamente relacionadas ao exercício do mandato parlamentar, como o atendimento à população ( art.8º do Ato da Mesa nº 72/97, da Câmara dos Deputados)”. 6. Lastro probatório insuficiente para demonstrar que os secretários parlamentares foram contratados, apenas formalmente, para que recebessem os salários por meio da Câmara dos Deputados, quando, na realidade, desempenhavam exclusiva atividade privada para parlamentar, com auxílio do irmão. 7. Princípio do in dubio pro reo, tendo em conta que a prova contida nos autos é totalmente insegura, o que impõe a absolvição com fulcro no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal.

## Superior Tribunal de Justiça

**Habeas corpus. Processual penal. Prefeito municipal. Prerrogativa de foro. Fatos anteriores ao exercício do cargo. Posse e exercício supervenientes à sentença. Apelação. Julgamento. Deslocamento para o colegiado competente para apreciar ações penais originárias. Descabimento. Constrangimento ilegal evidenciado. Ordem concedida.**

1. A orientação atual da jurisprudência do Superior Tribunal

(STF – 2.ª T. – AP 528 – rel. **Edson Fachin** – j. 12.06.2018 – public. 01.02.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6014**)

**Habeas corpus.** 2. Importação de sementes de maconha. 3. Sementes não possuem a substância psicoativa (THC). 4. 26 (vinte e seis) sementes: reduzida quantidade de substâncias apreendidas. 5. Ausência de justa causa para autorizar a persecução penal. 6. Denúncia rejeitada. 7. Ordem concedida para determinar a manutenção da decisão do Juízo de primeiro grau.

(STF – 2.ª T. – HC 144.161 – rel. **Gilmar Mendes** – j. 11.09.2018 – public. 14.12.2018 – **Cadastro IBCCRIM 6015**)

**Agravo regimental. Ação penal. Instrução criminal. Pretensão de acesso a material periciado. Acolhimento. Quebra de sigilo de dados telefônicos do Núcleo De Inteligência da Polícia Federal. Pretensão não amparada pelo ordenamento jurídico. Indeferimento. Insurgência provida, em parte.**

1. Efetivando a garantia à ampla defesa prevista no art. 5º, LV, da Constituição Federal, o legislador ordinário previu no art. 159, § 6º, do Código de Processo Penal a possibilidade de disponibilização às partes, mediante requerimento, do material probatório periciado, o que autoriza o deferimento, nesse ponto, da pretensão dos agravantes. 2. O pleito de quebra de sigilo de dados telefônicos do Núcleo de Inteligência da Polícia Federal não tem por objeto qualquer investigação da prática de uma infração penal, como exige a Lei 9.296/1996, mas apenas a ciência de quem seria o autor de notícia criminal que culminou com diligência de busca e apreensão. Assim, aos agravantes falta legitimidade ao exercício da pretensão, nos termos do art. 3º do aludido diploma legal, a qual também encontra óbice no art. 3º da Lei 13.608/2018, que protege o sigilo dos dados de informante que se utiliza de serviço telefônico de recebimento de denúncias. 3. Agravo regimental provido, em parte.

(STF – 2.ª T. – Ag. Reg. AP 1.030 – rel. **Edson Fachin** – j. 25.09.2018 – public. 18.02.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6016**)

Jurisprudência compilada por  
**Vivian Peres.**

de Justiça, alinhada à do Pretório Excelso, no que diz respeito a detentores de mandatos eletivos, é no sentido de que a prerrogativa de foro é limitada aos delitos praticados durante o exercício do cargo público e que sejam relacionados ao desempenho dessas funções. 2. O início do exercício do cargo de Prefeito Municipal, posterior à prolação da sentença, não faz com que a competência para julgamento da apelação contra ela interposta se desloque para o Colegiado do Tribunal de 2º grau, que seria responsável

## JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal	2181
Superior Tribunal de Justiça	2181
Tribunal Regional Federal da 1ª Região	2187
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	2188

pelo julgamento de eventual ação penal originária proposta contra prefeito. 3. Situação concreta em que, em razão de o Paciente ter assumido o cargo de Prefeito, o Tribunal de origem determinou que o julgamento da apelação por ele interposta contra a sentença que o condenou por fatos anteriores ao exercício do mandato eletivo fosse deslocado para o Colegiado com competência para apreciar ações penais originárias propostas contra prefeitos municipais. 4. Ordem concedida a fim de cassar o deslocamento de competência interna para apreciar a apelação interposta pelo Paciente, determinado pela Segunda Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ao apreciar questão de ordem suscitada no referido apelo.

(STJ – 6.ª T. – HC 467.618 – rel. Laurita Vaz – j. 13.12.2018 – public. 04.02.2019 – Cadastro IBCCRIM 6017)

### **Recurso ordinário em mandado de segurança. Negativa de acesso da vítima aos autos de inquérito policial em curso. Fundamentação inidônea. Recurso parcialmente provido.**

1. A Súmula Vinculante nº 14 estabelece ser “direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”. 2. No caso em apreço o recorrente, na condição de suposta vítima das ações delituosas investigadas, pretende obter acesso irrestrito aos autos do inquérito policial em curso, que tramita sob o manto do sigilo decretado pela autoridade policial responsável pelas investigações. 3. A decretação de sigilo, mesmo em caso de inquérito, depende da apresentação de razões idôneas que a sustente, sob pena de se subverter o primado constitucional da ampla publicidade dos atos e decisões administrativas e judiciais, em que o segredo tem lugar apenas como exceção. 4. Esse entendimento é o que melhor se coaduna com o modelo democrático adotado pelo Constituinte de 1988, distanciando-se de sistemas inquisitoriais típicos de regimes autoritários, nos quais o investigado é mero objeto das ações de repressão do Estado. 5. Na hipótese examinada, não foram apresentadas justificativas plausíveis para a decretação do sigilo da investigação, uma vez que o segredo de justiça deve se restringir a medidas investigatórias em curso, a fim de evitar a frustração das diligências que estejam sendo adotadas para a apuração do delito ou para preservar a honra e a intimidade do investigado, situações não indicadas nos fundamentos da decisão impugnada, devendo ser assegurado à suposta vítima, assim como ao próprio investigado - ambos legitimamente interessados nos rumos dos trabalhos desempenhados pela Polícia Judiciária e que, inclusive, poderão colaborar com as autoridades competentes na elucidação dos fatos investigados - amplo acesso aos elementos de prova já documentados. 6. Recurso parcialmente provido para que o recorrente tenha acesso aos autos do Inquérito Policial n. 0008866-44.2009.4.03.6181, respeitados os limites delineados na Súmula Vinculante n. 14, do Supremo Tribunal Federal.

(STJ – 5.ª T. – ROMS 55.790 – rel. Jorge Mussi – j. 06.12.2018 – public. 14.12.2018 – Cadastro IBCCRIM 6018)

### **Processual penal e Penal. Habeas corpus. Prisão preventiva. Roubo majorado. Desnecessidade. Subtração de uma maçã. Medidas cautelares alternativas. Suficiência. Art. 580 do CPP. Extensão dos efeitos a corréu. Possibilidade. Habeas corpus concedido, com extensão ao corréu.**

1. Não obstante a excepcionalidade que é a privação cautelar da liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, reveste-se de legalidade a medida extrema quando baseada em elementos concretos, nos termos do art. 312 do CPP. 2. No caso, embora a reincidência delitiva seja indicadora de riscos sociais, por apontar para uma tendência de vida na criminalidade e a idade

da vítima também indica gravidade anormal (67 anos), trata-se de agente já com regular inserção social e o fato criminoso não teve especificada a forma de violência empregada, não se indicando agressão física ou posse de armamento e o objeto do crime é pequena fruta (maçã). Assim, embora até admita a presença de requisito legal para a prisão preventiva, não a compreendo como necessária para evitar os riscos apontados. 3. A subtração de uma maçã, sem arma ou agressão indicada, não é passível de justificar prisão processual, sendo suficientes medidas cautelares menos gravosas do que a prisão. 4. Considerando que a fundamentação do decreto prisional é a mesma com relação ao corréu HENRIQUE COSTA DA SILVA, afere-se a existência de identidade fático-processual, legitimadora da extensão dos efeitos desta decisão, com fundamento no art. 580 do CPP. 5. Habeas corpus concedido para a soltura do paciente WESLEY SOUZA FERNANDES DOS SANTOS e, de ofício, aplicar o art. 580 do CPP para estender a ordem ao corréu HENRIQUE COSTA DA SILVA, o que não impede nova e fundamentada decisão de necessária cautelar penal, inclusive menos gravosa do que a prisão processual.

(STJ – 6.ª T. – HC 467.049 – rel. Nefi Cordeiro – j. 11.12.2018 – public. 01.02.2019 – Cadastro IBCCRIM 6019)

### **Habeas corpus. Tráfico de drogas. Prisão em flagrante convertida em preventiva. Segregação baseada apenas na gravidade abstrata do delito. Ausência de motivação concreta. Condições pessoais favoráveis. Quantidade não expressiva de entorpecentes. Constrangimento ilegal evidenciado. Ordem de habeas corpus concedida para revogar a custódia cautelar, com a possibilidade de imposição de medidas cautelares diversas da prisão.**

1. A decisão de primeiro grau, mantida pelo Tribunal a quo, não apresentou argumentos idôneos e suficientes à manutenção da prisão cautelar da Paciente. Isso porque, apesar de afirmar a presença de indícios suficientes de autoria e materialidade delitiva, não apontou elementos concretos que justificassem a necessidade da custódia, estando essa amparada, tão somente, na gravidade abstrata do delito. 2. Como é cediço, a mera decretação da prisão processual, dissociada de qualquer elemento concreto e individualizado, não tem, por si só, o condão de justificar a custódia cautelar. Precedentes. 3. Na hipótese, foi apreendida com o Paciente, dois corréus e um adolescente quantidade não expressiva de substâncias entorpecentes – 14 (quatorze) porções de cocaína –, incapaz de demonstrar, por si só, o *periculum libertatis*. 4. A reiteração delitiva e o envolvimento de menores de idade são fatos imputados aos corréus pelo decreto de prisão preventiva, logo, não justificam a manutenção da custódia cautelar do Paciente, que possui condições pessoais favoráveis para responder ao processo em liberdade, pois é primário e não possui antecedentes criminais. Assim, em observância ao binômio proporcionalidade e adequação, impõe-se a revogação da custódia preventiva, com aplicação de medidas cautelares diversas da prisão. 5. Ordem de habeas corpus concedida para revogar a prisão preventiva do Paciente, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo da fixação de medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal pelo Juízo de primeiro grau, de maneira fundamentada, ou, ainda, de nova decretação da custódia por fatos supervenientes.

(STJ – 6.ª T. – HC 475.859-PR – rel. Laurita Vaz – j. 11.12.2018 – public. 01.02.2019 – Cadastro IBCCRIM 6020)

### **Recurso especial. Penal. Dosimetria da pena. Art. 59 do CP. Negativação da conduta social com base em condenação com trânsito em julgado. Modificação de entendimento.**

1. A utilização de condenações com trânsito em julgado anteriores para negatar a conduta social era admitida porque os antecedentes

judiciais e os antecedentes sociais se confundiam na mesma circunstância, conforme o art. 42 do Código Penal anterior à reforma de 1984. Essa alteração legislativa, operada pela Lei n. 7.209/1984, especificou os critérios referentes ao autor, desmembrando a conduta social e a personalidade dos antecedentes. 2. Esse tema possuía jurisprudência pacificada no âmbito da Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça, que admitiam a utilização de condenações com trânsito em julgado como fundamento para negatar não só o vetor antecedentes, como também a conduta social e a personalidade. Mudança de orientação no âmbito da Quinta Turma. 3. Em atenção ao princípio da individualização das penas, as condenações com trânsito em julgado não podem servir como fundamento para a negatização da conduta social. 4. *In casu*, prevaleceu na origem a negatização da conduta social com base na condenação anterior com trânsito em julgado. Conforme a nova compreensão adotada, é necessário afastar a negatização dessa circunstância judicial, prevalecendo, assim, no ponto, o voto divergente proferido na origem. 5. Afastada a negatização da conduta social, fixa-se a pena em 6 anos e 6 meses de reclusão, mantendo-se, no entanto, a pena de multa imposta na origem por configurar reformatio in pejus a alteração da pena de multa proposta no voto divergente do julgamento da apelação. 6. Recurso especial provido a fim de redimensionar a pena imposta ao recorrente para 6 anos e 6 meses de reclusão pela prática da conduta descrita no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, mantidos os demais termos da condenação.

(STJ – 6.ª T. – REsp. 1.760.972/MG, rel. **Sebastião Reis Júnior** – j. 08.11.2018 – public. 05.12.2018 – **Cadastro IBCCRIM 6021**)

**Recurso ordinário em habeas corpus. Penal e processo penal. Tráfico de drogas e associação ao tráfico. Autorização judicial de espelhamento, via whatsapp web, das conversas realizadas pelo investigado com terceiros. Analogia com o instituto da interceptação telefônica. Impossibilidade. Presença de disparidades relevantes. Ilegalidade da medida. Reconhecimento da nulidade da decisão judicial e dos atos e provas dependentes. Presença de outras ilegalidades. Limitação ao direito de privacidade determinada sem indícios razoáveis de autoria e materialidade. Determinação anterior de arquivamento do inquérito policial. Fixação direta de prazo de 60 (sessenta) dias, com prorrogação por igual período. Constrangimento ilegal evidenciado. Recurso provido.**

1. Hipótese em que, após coleta de dados do aplicativo WhatsApp, realizada pela Autoridade Policial mediante apreensão judicialmente autorizada de celular e subsequente espelhamento das mensagens recebidas e enviadas, os Recorrentes tiveram decretadas contra si prisão preventiva, em razão da suposta prática dos crimes previstos nos arts. 33 e 35 da Lei n.º 11.343/2006. 2. O espelhamento das mensagens do WhatsApp ocorre em sítio eletrônico disponibilizado pela própria empresa, denominado WhatsApp Web. Na referida plataforma, é gerado um tipo específico de código de barras, conhecido como Código QR (Quick Response), o qual só pode ser lido pelo celular do usuário que pretende usufruir do serviço. Daí a necessidade de apreensão, ainda que por breve período de tempo, do aparelho telefônico que se pretende monitorar. 3. Para além de permitir o acesso ilimitado a todas as conversas passadas, presentes e futuras, a ferramenta WhatsApp Web foi desenvolvida com o objetivo de possibilitar ao usuário a realização de todos os atos de comunicação a que teria acesso no próprio celular. O emparelhamento entre celular e computador autoriza o usuário, se por algum motivo assim desejar, a conversar dentro do aplicativo do celular e, simultaneamente, no navegador da internet, ocasião em que as conversas são automaticamente atualizadas na plataforma que não esteja sendo utilizada. 4. Tanto no aplicativo, quanto no navegador, é possível, com total liberdade, o envio de novas

mensagens e a exclusão de mensagens antigas (registradas antes do emparelhamento) ou recentes (registradas após), tenham elas sido enviadas pelo usuário, tenham elas sido recebidas de algum contato. Eventual exclusão de mensagem enviada (na opção “Apagar somente para Mim”) ou de mensagem recebida (em qualquer caso) não deixa absolutamente nenhum vestígio, seja no aplicativo, seja no computador emparelhado, e, por conseguinte, não pode jamais ser recuperada para efeitos de prova em processo penal, tendo em vista que a própria empresa disponibilizadora do serviço, em razão da tecnologia de encriptação ponta-a-ponta, não armazena em nenhum servidor o conteúdo das conversas dos usuários. 5. Cumpre assinalar, portanto, que o caso dos autos difere da situação, com legalidade amplamente reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, em que, a exemplo de conversas mantidas por e-mail, ocorre autorização judicial para a obtenção, sem espelhamento, de conversas já registradas no aplicativo WhatsApp, com o propósito de periciar seu conteúdo. 6. É impossível, tal como sugerido no acórdão impugnado, proceder a uma analogia entre o instituto da interceptação telefônica (art. 1.º, da Lei n.º 9.296/1996) e a medida que foi tomada no presente caso. 7. Primeiro: ao contrário da interceptação telefônica, no âmbito da qual o investigador de polícia atua como mero observador de conversas empreendidas por terceiros, no espelhamento via WhatsApp Web o investigador de polícia tem a concreta possibilidade de atuar como participante tanto das conversas que vêm a ser realizadas quanto das conversas que já estão registradas no aparelho celular, haja vista ter o poder, conferido pela própria plataforma online, de interagir nos diálogos mediante envio de novas mensagens a qualquer contato presente no celular e exclusão, com total liberdade, e sem deixar vestígios, de qualquer mensagem passada, presente ou, se for o caso, futura. 8. O fato de eventual exclusão de mensagens enviadas (na modalidade “Apagar para mim”) ou recebidas (em qualquer caso) não deixar absolutamente nenhum vestígio nem para o usuário nem para o destinatário, e o fato de tais mensagens excluídas, em razão da criptografia end-to-end, não ficarem armazenadas em nenhum servidor, constituem fundamentos suficientes para a conclusão de que a admissão de tal meio de obtenção de prova implicaria indevida presunção absoluta da legitimidade dos atos dos investigadores, dado que exigir contraposição idônea por parte do investigado seria equivalente a demandar-lhe produção de prova diabólica. 9. Segundo: ao contrário da interceptação telefônica, que tem como objeto a escuta de conversas realizadas apenas depois da autorização judicial (ex nunc), o espelhamento via Código QR viabiliza ao investigador de polícia acesso amplo e irrestrito a toda e qualquer comunicação realizada antes da mencionada autorização, operando efeitos retroativos (ex tunc). 10. Terceiro: ao contrário da interceptação telefônica, que é operacionalizada sem a necessidade simultânea de busca pessoal ou domiciliar para apreensão de aparelho telefônico, o espelhamento via Código QR depende da abordagem do indivíduo ou do vasculhamento de sua residência, com apreensão de seu aparelho telefônico por breve período de tempo e posterior devolução desacompanhada de qualquer menção, por parte da Autoridade Policial, à realização da medida constritiva, ou mesmo, porventura - embora não haja nos autos notícia de que isso tenha ocorrido no caso concreto -, acompanhada de afirmação falsa de que nada foi feito. 11. Hipótese concreta dos autos que revela, ainda, outras três ilegalidades: (a) sem que se apontasse nenhum fato novo na decisão, a medida foi autorizada quatro meses após ter sido determinado o arquivamento dos autos; (b) ausência de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal a respaldar a limitação do direito de privacidade; e (c) ilegalidade na fixação direta do prazo de 60 (sessenta) dias, com prorrogação por igual período. 12. Recurso provido, a fim de declarar a nulidade da decisão judicial que autorizou o espelhamento do WhatsApp via Código QR, bem como das provas e dos atos que dela diretamente dependam ou sejam consequência, ressalvadas eventuais fontes

independentes, revogando, por conseguinte, a prisão preventiva dos Recorrentes, se por outro motivo não estiverem presos.

(STJ – 6.ª T. – ROHC 99.735/SC – rel. Laurita Vaz – j. 27.11.2018 – public. 13.12.2018 – Cadastro IBCCRIM 6022)

**Penal. Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Inadequação. Roubo majorado. Pluralidade de hipóteses majorantes do roubo. Critério meramente matemático. Ilegalidade. Necessidade de fundamentação concreta do quantum de aumento imposto. Aplicação da fração mínima. Súmula 443/STJ. Regime. Motivação idônea para a imposição do regime mais gravoso. Modus operandi. Gravidade concreta do delito. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício.**

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. A individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo permitido ao julgador, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena. 3. Nos termos da Súmula 443 desta Corte, quando da dosimetria da fração da causa de aumento do crime de roubo, na terceira etapa, impõe-se ao julgador fundamentar concretamente o quantum de exasperação, sendo insuficiente a mera menção à quantidade de majorantes. 4. Os fundamentos utilizados pelo decreto condenatório não podem ser tidos por genéricos e, portanto, constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), não havendo falar em violação da Súmula 440/STJ, bem como dos verbetes sumulares 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal. 5. Nada obstante o fato de a pena-base ter sido imposta no piso legal, o estabelecimento do regime mais severo do que o indicado pelo quantum da reprimenda baseou-se na gravidade concreta do delito, evidenciada pelo seu modus operandi. No caso, as subtrações dos veículos foram realizadas em concurso de agentes entre os pacientes e grave ameaça, por meio da utilização de arma de fogo e de veículo de apoio, o que denota a maior reprovabilidade da conduta e a necessidade de regime mais rigoroso, em atendimento ao princípio da individualização da pena. 6. A aplicação de pena no patamar mínimo previsto no preceito secundário na primeira fase da dosimetria não conduz, obrigatoriamente, à fixação do regime indicado pela quantidade de sanção corporal, sendo lícito ao julgador impor regime mais rigoroso do que o indicado pela regra geral do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP, desde que mediante fundamentação idônea. (Precedentes). 7. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para reduzir as penas dos pacientes para 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, a serem cumpridas inicialmente em regime fechado.

(STJ – 5.ª T. – HC 479.960/RJ – rel. Ribeiro Dantas – j. 05.02.2019 – public. 14.02.2019 – Cadastro IBCCRIM 6023)

**Processo penal. Recurso ordinário em habeas corpus. Tráfico de entorpecentes. Prisão preventiva. Gravidade abstrata. Recorrente surpreendida ao adentrar estabelecimento prisional com entorpecentes. Fundamentação deficiente. Recurso provido.**

1. A validade da segregação cautelar está condicionada à observância, em decisão devidamente fundamentada, aos requisitos insertos no

art. 312 do Código de Processo Penal, revelando-se indispensável a demonstração de em que consiste o *periculum libertatis*. 2. Na espécie, realizada a prisão em flagrante, essa foi convertida em preventiva, observada a gravidade abstrata do delito - 27,19g de maconha apreendida por ocasião da tentativa de adentrar presídio em que seu companheiro estava segregado. 3. O decreto de prisão preventiva carece de fundamentação concreta, não havendo nada que justifique a imposição da prisão cautelar. É de se notar, ainda, que foi apreendida quantidade não significativa de entorpecente, além de a acusada ostentar condições pessoais favoráveis, indicativas de que não se dedica a atividades delituosas, tampouco integra organização criminosa. 4. Recurso provido.

(STJ – 6.ª T. – RHC 103.329/MG – rel. Antonio Saldanha Palheiro – j. 13.12.2018 – public. 04.02.2019 – Cadastro IBCCRIM 6024)

**Penal. Agravo regimental nos embargos de declaração no recurso especial. Transcurso do lapso prescricional. Acórdão que manteve a sentença condenatória. Causa interruptiva. Inocorrência. Agravo desprovido.**

1. O Superior Tribunal de Justiça entende que nos termos do art. 117 do Código Penal, o prazo prescricional interrompe-se pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis. O acórdão que confirma a condenação, mas majora ou reduz a pena, não constitui novo marco interruptivo da prescrição' (AgRg no RE nos EDcl no REsp n. 1.301.820/RJ, Corte Especial, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 24/11/2016) (AgRg no AgRg no AREsp 989.408/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 21/3/2018). 2. Agravo regimental desprovido.

(STJ – 5.ª T. – Ag.Rg. EDcl. REsp. 1.666.622/PB – rel. Joel Ilan Paciornik – j. 05.02.2019 – public. 12.02.2019 – Cadastro IBCCRIM 6025)

**Execução penal. Agravo regimental em agravo em recurso especial. Livramento condicional. Prática de novo crime durante o período de prova. Pedido ministerial de manutenção da decisão de origem. Prorrogação do período de prova. Ausência de suspensão ou revogação. Extinção da pena que se impõe. Súmula 617/STJ.**

I - Nos termos do entendimento sumulado por esta Corte de Justiça “A ausência de suspensão ou revogação do livramento condicional antes do término do período de prova enseja a extinção da punibilidade pelo integral cumprimento da pena.” (Súmula 617, Terceira Seção, DJe de 1º/10/2018). II - Na dicção do art. 145 da LEP, ocorrendo a prática de infração penal durante o período de prova, cumpre ao Juízo da Execução Penal suspender o curso do livramento condicional. A revogação dependerá da decisão final da nova ação penal. III - Decorrido o período de prova do livramento condicional sem que seja suspenso ou revogado, a pena deve ser extinta, nos termos do art. 90 do Código Penal. IV - No caso dos autos, foi concedido o livramento condicional ao agravado em 10/12/2014, com a data do encerramento da execução prevista para 04/07/2015. Ocorre que, não tendo havido prorrogação ou suspensão do benefício, o Juízo de origem proferiu decisão, em 05/11/2015, prorrogando o período de prova, por ter sido o réu preso em flagrante no dia 20/02/2015, portanto, em desacordo com a diretriz jurisprudencial consolidada por este Tribunal. Agravo regimental desprovido.

(STJ – 5.ª T. – Ag.Rg. Ag. REsp. 1.378.334/SP – rel. Felix Fischer – j. 27.11.2018 – public. 06.12.2018 – Cadastro IBCCRIM 6026)

**Habeas corpus. Operação conexão Brasília. Dispensa de licitação, emprego irregular de verbas do SUS em finalidade diversa, corrupção passiva, corrupção ativa, peculato, lavagem de capitais e organização criminosa. Writ impetrado contra decisão monocrática**

**do relator, que indeferiu medida de urgência em *mandamus* originário. Súmula 691/STF. Superação na ocasião do deferimento da medida liminar. Superveniência do julgamento da impetração originária. Necessidade de confirmação. Prisão preventiva. Fundamentação. Medidas cautelares diversas da prisão (art. 319 do CPP). Possibilidade. Constrangimento ilegal evidenciado. Ordem concedida nos termos do dispositivo.**

(STJ – 6.<sup>a</sup> T. – monocrática – HC 482.480 – rel. **Sebastião Reis Júnior** – j. 14.02.2019 – public. 18.02.2019 – Cadastro IBCCRIM 6027)

**Processual penal. Embargos de divergência em recurso especial. Cabimento de recurso em sentido estrito contra decisão interlocutória que indefere produção antecipada de prova nas hipóteses de suspensão condicional do processo (art. 366, CPP). Interpretação extensiva do inciso XI do art. 581 do CPP.**

1. Tendo em conta que o art. 3º do Código de Processo Penal admite expressamente tanto a realização de interpretação extensiva quanto de aplicação analógica na seara processual penal, a jurisprudência tem entendido possível a utilização de interpretação extensiva para se admitir o manejo do Recurso em Sentido Estrito contra decisões interlocutórias de 1º grau que, apesar de não constarem literalmente no rol taxativo do art. 581 do CPP, tratam de hipótese concreta que se assemelha àquelas previstas nos incisos do artigo. Exemplos disso se tem no cabimento de recurso em sentido estrito contra a decisão que não recebe o aditamento à denúncia ou à queixa (inciso I do art. 581 do CPP) e na decisão que delibera sobre o *sursis* processual (inciso XI do art. 581 do CPP). 2. “Cabe a aplicação analógica do inciso XI do artigo 581 do Código de Processo Penal aos casos de suspensão condicional do processo, viabilizada, aliás, pela subsidiariedade que o artigo 92 da Lei nº 9.099/95 lhe atribui”. (REsp 601.924/PR, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/09/2005, DJ 07/11/2005, p. 339 e REsp 263.544/CE, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 12/03/2002, DJ 19/12/2002, p. 457). 3. Situação em que, não encontrado o réu, o processo penal foi suspenso, conforme determina a primeira parte do art. 366 do CPP, e o Ministério Público pugnou pela oitiva das testemunhas da acusação, ao argumento de que o decurso do tempo pode causar relevante prejuízo à lembrança que elas têm dos fatos, prejudicando o objetivo da persecução penal. 4. Cabível o manejo de recurso em sentido estrito contra decisão que ordenar a suspensão do processo, as providências de natureza cautelar advindas de tal decisão devem, como ela, ser impugnáveis pelo mesmo recurso. Por consequência, a decisão interlocutória de primeiro grau que indefere pedido de produção antecipada de provas, nos casos de *sursis* processual, também desafia recurso em sentido estrito. Precedentes: AgRg no REsp 1.539.695/GO, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 01/06/2017, DJe 12/06/2017; EDcl no HC 283.119/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 14/11/2017; AgRg no REsp 1.618.545/RN, Rel. Ministro ANTÔNIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, DJe de 15.2.2017; REsp 1.630.598/RN, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe de 15.2.2017; REsp n. 1.633.337/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJe de 24/11/2016; REsp 1.601.399/RN, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe de 2.9.2016; REsp n. 1.604.709/RN, Rel.<sup>a</sup> Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 9/8/2016; REsp 1628262/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016; REsp n. 1.605.331/RN, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe de 22/6/2016; REsp n. 1.535.543/GO, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, DJe de 8/6/2016; REsp 1179202/SP, Rel. Ministra

LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 21/09/2011. 5. Embargos de divergência providos, para reformar o acórdão embargado e dar provimento ao agravo regimental do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte, para reconhecer o cabimento do Recurso em Sentido Estrito para impugnar decisão que indefere produção antecipada de prova, nas hipóteses do art. 366 do CPP.

(STJ – 3.<sup>a</sup> S. – EDiv. REsp. 1.630.121/RN – rel. **Reynaldo Soares da Fonseca** – j. 28.11.2018 – public. 12.12.2018 – Cadastro IBCCRIM 6028)

**Recurso ordinário em *habeas corpus*. Prisão civil decorrente de inadimplemento de alimentos fixados a título de medida protetiva, no âmbito de ação penal destinada a apurar crime de violência doméstica e familiar contra a mulher. 1. Inobservância dos requisitos de admissibilidade recursal. Verificação. Análise, de ofício, da licitude do decreto prisional, em razão da magnitude do direto constitucional do *writ*. Necessidade. 2. Higiidez da decisão para subsidiar a imediata cobrança judicial da verba alimentar. Reconhecimento. 3. Natureza satisfativa da medida (e não assecuratória). Desnecessidade de ajuizamento de ação principal no prazo de 30 (trinta) dias. Reconhecimento. 4. Subsistência do dever de prestar alimentos enquanto perdurar a situação de hipervulnerabilidade, desencadeada pela prática de violação doméstica e familiar. Reconhecimento. 5. Obrigação alimentar mantida até a revogação judicial da decisão que a fixou. Necessidade. 6. Recurso ordinário não conhecido.**

1. Não obstante a existência de vícios formais que obstem o conhecimento do recurso, dada a magnitude da garantia constitucional do *habeas corpus*, decorrente da proteção do direito à liberdade a que visa assegurar, impõe-se o exame de suas razões para constatação de eventual flagrante ilegalidade, apta a ensejar a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*. 2. Controverte-se no presente recurso ordinário em *habeas corpus*, se a decisão proferida no processo penal que fixa alimentos provisórios ou provisionais em favor da então companheira e de sua filha, em razão da prática de violência doméstica, estribada no art. 22, V, da Lei n. 11.340/2006 e, no caso dos autos, ratificada em acordo homologado judicialmente no bojo da correlata execução de alimentos constitui título hábil para cobrança (e, em caso de inadimplemento, passível de decretação de prisão civil) ou se, para tal propósito, seria necessário o ajuizamento, no prazo de 30 (trinta) dias, de ação principal de alimentos (propriamente dita), sob pena de decadência do direito. 3. A medida protetiva de alimentos, fixada por Juízo materialmente competente é, por si, válida e eficaz, não se encontrando, para esses efeitos, condicionada à ratificação de qualquer outro Juízo, no bojo de outra ação, do que decorre sua natureza satisfativa, e não cautelar. Tal decisão consubstancia, em si, título judicial idôneo a autorizar a credora de alimentos a levar a efeito, imediatamente, as providências judiciais para a sua cobrança, com os correspondentes meios coercitivos que a lei dispõe. Compreensão diversa tornaria inócuo o propósito de se conferir efetiva proteção à mulher, em situação de hipervulnerabilidade, indiscutivelmente. 4. O inciso V do art. 22 da Lei n. 11.340/2006 faz menção a alimentos provisórios ou provisionais, termos que são utilizados, no mais das vezes, como sinônimos. Embora não o sejam tecnicamente, a diferença é apenas terminológica e procedimental, guardando entre si, na substância, inequívoca identidade, destinando-se a garantir à alimentanda, temporariamente, os meios necessários à sua subsistência, do que ressaí a sua natureza eminentemente satisfativa, notadamente porque a correspondente verba alimentar não comporta repetição. Desse modo, à medida protetiva de alimentos (provisórios ou provisionais) afigura-se absolutamente inaplicável o art. 806 do CPC/1973 (art.

308 do CPC/2015), que exige o ajuizamento de ação principal no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de perda da eficácia da medida, já que não se cuida de medida assecuratória/instrumental. 5. O entendimento que melhor se coaduna com os propósitos protetivos da Lei n. 11.340/2006 é o que considera subsistentes os alimentos provisórios e provisionais enquanto perdurar a situação de vulnerabilidade desencadeada pela prática de violência doméstica e familiar e não, simplesmente, enquanto perdurar a situação de violência. 5.1 O dever de prestar alimentos, seja em relação à mulher, como decorrência do dever de mútua assistência, seja em relação aos filhos, como corolário do dever de sustento, afigura-se sensivelmente agravado nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Nesse contexto de violência, a mulher encontra-se em situação de hipervulnerabilidade, na medida em que, não raras as vezes, por manter dependência econômica com o seu agressor se não por si, mas, principalmente, pelos filhos em comum, a sua subsistência, assim como a de seus filhos, apresenta-se gravemente comprometida e ameaçada. 5.2 A par da fixação de alimentos, destinados a garantir a subsistência da mulher em situação de hipervulnerabilidade, o magistrado deve, impreterivelmente, determinar outras medidas protetivas destinadas justamente a cessar, de modo eficaz, a situação de violência doméstica imposta à mulher. Compreender que a interrupção das agressões, por intermédio da intervenção judicial, seria suficiente para findar o dever de prestação de alimentos (a essa altura, se reconhecido, sem nenhum efeito prático) equivaleria a reconhecer a sua própria dispensabilidade, ou mesmo inutilidade, o que, a toda evidência, não é o propósito da lei. A cessação da situação de violência não importa, necessariamente, o fim da situação de hipervulnerabilidade em que a mulher se encontra submetida, a qual os alimentos provisórios ou provisionais visam, efetivamente, temporizar. 5.3 A revogação da decisão que fixa a medida protetiva de alimentos depende de decisão judicial que reconheça a cessação de tal situação, cabendo, pois, ao devedor de alimentos promover as providências judiciais para tal propósito, sem o que não há falar em exaurimento da obrigação alimentar. 6. Recurso ordinário não conhecido, inexistindo qualquer ilegalidade do decreto prisional impugnado que autorize a concessão da ordem de habeas corpus, de ofício.

(STJ – 3.<sup>a</sup> T. – RHC 100.446/MG – rel. **Marco Aurélio Bellizze** – j. 27.11.2018 – public. 06.12.2018 – **Cadastro IBCCRIM 6029**)

**Processual penal e constitucional. Questão de ordem na ação penal. Competência criminal originária do STJ. Art. 105, I, “a”, da Constituição. QO na AP 937/STF. QO na APN 857/STJ. AgRg na APN 866/STJ. Desembargador. Crime sem relação com o cargo. Vinculação funcional. Prerrogativa de foro. Finalidade da norma. Exercício independente das funções pela autoridade detentora de foro. Imparcialidade do órgão julgador. Credibilidade do sistema de justiça criminal. Competência do STJ.**

1. Hipóteses em que Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná responde pela prática, em tese, de delito de lesão corporal ocorrido em Curitiba-PR. 2. O crime que é imputado ao réu não tem relação com o exercício do cargo de Desembargador, de modo que, a princípio, aplicando-se o precedente produzido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da QO na AP 937, não teria o réu foro no Superior Tribunal de Justiça. 3. A interpretação do alcance das hipóteses de prerrogativa de foro previstas na Constituição da República, não obstante, responde não apenas à necessidade de que aquele que goza da prerrogativa tenha condições de exercer com liberdade e independência as funções inerentes ao cargo público que lhe confere a prerrogativa. 4. Para além disso, nos casos em que são membros da magistratura nacional tanto o acusado quanto o julgador, a prerrogativa de foro não se justifica apenas para que o acusado pudesse exercer suas atividades funcionais de forma livre e

independente, pois é preciso também que o julgador possa reunir as condições necessárias ao desempenho de suas atividades judicantes de forma imparcial. 5. A necessidade de que o julgador possa reunir as condições para o desempenho de suas atividades judicantes de forma imparcial não se revela como um privilégio do julgador ou do acusado, mas como uma condição para que se realize justiça criminal de forma isonômica e republicana. 6. Questão de ordem resolvida no sentido de se reconhecer a competência do Superior Tribunal de Justiça nas hipóteses em que, não fosse a prerrogativa de foro (art. 105, I, da Constituição), o Desembargador acusado houvesse de responder à ação penal perante juiz de primeiro grau vinculado ao mesmo tribunal.

(STJ – Corte Esp. – QO 878/DF – rel. **Benedito Gonçalves** – j. 21.11.2018 – public. 20.12.2018 – **Cadastro IBCCRIM 6030**)

**Embargos de divergência em agravo regimental no recurso especial. Crime contra a ordem tributária anterior à edição da súmula vinculante n. 24/STF. Termo inicial do prazo prescricional. Divergência configurada. Adoção do posicionamento consagrado no Supremo Tribunal Federal. Necessidade da constituição do crédito tributário. Embargos de divergência providos.**

I - Segundo a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, os embargos de divergência têm como finalidade precípua a uniformização de teses jurídicas divergentes, aplicadas dentro de um mesmo contexto. II - A análise da prescrição dos crimes materiais contra a ordem tributária deve se dar à luz da Súmula Vinculante n. 24 do Supremo Tribunal Federal, que dispõe: “não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1.<sup>o</sup>, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo”. Desse modo, nos termos do art. 111, do Código Penal, a prescrição da pretensão punitiva somente tem seu início com a constituição definitiva do crédito, momento em que se consuma o delito. III - Constituindo a súmula vinculante n. 24 mera consolidação de remansosa interpretação judicial, tem aplicação aos fatos ocorridos anteriormente à sua edição. Precedentes IV - Não transcorrido o lapso prescricional entre a constituição definitiva do crédito e o recebimento da denúncia, ou entre esta e a prolação de sentença condenatória, impõe-se a reforma do julgado que a declara consumada, com a consequente devolução dos autos à respectiva Turma para apreciação das demais teses recursais levantadas. Embargos de divergência providos.

(STJ – 3.<sup>a</sup> S. – EDiv. Ag.Rg. REsp. 1.318.662/PR – rel. **Felix Fischer** – j. 28.11.2018 – public. 05.12.2018 – **Cadastro IBCCRIM 6031**)

**Recurso especial. Penal. Dosimetria da pena. Art. 59 do CP. Negativação da conduta social com base em condenação com trânsito em julgado. Modificação de entendimento.**

1. A utilização de condenações com trânsito em julgado anteriores para negatar a conduta social era admitida porque os antecedentes judiciais e os antecedentes sociais se confundiam na mesma circunstância, conforme o art. 42 do Código Penal anterior à reforma de 1984. Essa alteração legislativa, operada pela Lei n. 7.209/1984, especificou os critérios referentes ao autor, desmembrando a conduta social e a personalidade dos antecedentes. 2. Esse tema possuía jurisprudência pacificada no âmbito da Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça, que admitiam a utilização de condenações com trânsito em julgado como fundamento para negatar não só o vetor antecedentes, como também a conduta social e a personalidade. Mudança de orientação no âmbito da Quinta Turma. 3. Em atenção ao princípio da individualização das penas, as condenações com trânsito em julgado não podem servir como fundamento para a negativação da conduta social. 4. In casu, prevaleceu na origem a negativação da conduta social com

base na condenação anterior com trânsito em julgado. Conforme a nova compreensão adotada, é necessário afastar a negativação dessa circunstância judicial, prevalecendo, assim, no ponto, o voto divergente proferido na origem. 5. Afastada a negativação da conduta social, fixa-se a pena em 6 anos e 6 meses de reclusão, mantendo-se, no entanto, a pena de multa imposta na origem por configurar reformatio in pejus a alteração da pena de multa proposta no voto divergente do julgamento da apelação. 6. Recurso especial provido a fim de redimensionar a pena imposta ao recorrente para 6 anos e 6 meses de reclusão pela prática da conduta descrita no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, mantidos os demais termos da condenação.

(STJ – 6.ª T. – REsp. 1.760.972/MG – rel. **Sebastião Reis Júnior** – j. 08.11.2018 – public. 05.12.2018 – **Cadastro IBCCRIM 6032**)

**Recurso especial. Art. 3º, III, da lei n. 8.137/1990 (advocacia administrativa perante a administração fazendária). Utilização da qualidade de funcionário. Não ocorrência. Atipicidade da conduta. Recurso especial provido.**

1. A conduta tipificada no art. 3º, III, da Lei n. 8.137/1990 - tipo especial em relação ao delito previsto no art. 321 do Código Penal - pressupõe que o agente, valendo-se da sua condição de funcionário público, patrocine, perante a administração fazendária, interesse alheio em processo administrativo. Pressupõe-se que o agente postule o interesse privado, direta ou indiretamente, utilizando-se

da sua condição de funcionário para influenciar os responsáveis pela análise do pleito. 2. No caso, as instâncias ordinárias não noticiam que a recorrente tenha atuado, valendo-se da sua qualidade de funcionária, perante a administração fazendária, para facilitar ou influenciar eventual julgamento favorável ao terceiro. 3. Desse modo, não se pode tomar como típica a conduta da recorrente de proceder à correção, “quanto aos aspectos gramatical, estilístico e técnico”, das impugnações administrativas anteriormente confeccionadas pelos causídicos do administrado. Não se pode inferir que o conhecimento técnico a respeito de alguma área profissional seja decorrência exclusiva da ocupação de determinado cargo público. 4. Muito embora a conduta perpetrada pela recorrente possa ser avaliada sob o aspecto ético, tem-se que ela não se justapõe à conduta típica descrita no art. 3º, III, da Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária. 5. Recurso especial provido para absolver a recorrente, ante o reconhecimento da atipicidade da sua conduta.

(STJ – 6.ª T. – REsp. 1.770.444/DF – rel. **Antonio Saldanha Palheiro** – j. 08.11.2018 – public. 04.12.2018 – **Cadastro IBCCRIM 6033**)

Jurisprudência compilada por

*Bruno Maurício, Jonas Augusto de Freitas,  
Milene Maurício, Roberto Portugal de Biazi e  
Vivian Peres.*

## Tribunal Regional Federal da 1ª Região

**Penal e processual penal. Corrupção ativa. Art. 333 do código penal. Preliminares afastadas. Materialidade e autoria comprovadas. Validade prova. Testemunho de policiais. Dosimetria.**

1. Preliminar de intempestividade da apelação do réu, constante do parecer ministerial, afastada. Tanto a manifestação do interesse de recorrer, quanto o oferecimento das razões recursais se deram nos prazos legais dos arts. 593 e 600 do CPP. 2. Não há falar em nulidade da sentença. Eventual ausência de defesa técnica só será reconhecida, nos termos da Súmula 523 do STF, se houver prova do prejuízo, o que não ocorreu no caso.

3. O crime de corrupção ativa é formal e se consuma com a mera oferta de vantagem indevida, independente da ocorrência do resultado naturalístico. O dolo consiste na vontade do agente em solicitar, exigir, cobrar ou obter para si ou para outrem vantagem ou promessa de vantagem, sob a justificativa de exercer influência no ato praticado por funcionário público. 4. Materialidade e a autoria suficientemente comprovadas nos autos. O contexto probatório demonstra que o réu, com vontade livre e consciente, ofertou vantagem indevida a policiais federais. 5. “A prova testemunhal obtida por depoimento de agente policial não se desclassifica tão-só pela sua condição profissional, na suposição de que tende a demonstrar a validade do trabalho realizado; é preciso evidenciar que ele tenha interesse particular na investigação ou, tal como ocorre com as demais testemunhas, que suas declarações não se harmonizem com outras provas idôneas” (HC 74522/AC, rel. Ministro MAURÍCIO CORRÊA). 6. Dosimetria mantida. 7. Apelação não provida.

(TRF1 – 3.ª T. – AP 0008318-22.2011.4.01.4300 – rel. **Ney Bello** – j. 22.01.2019 – public. 04.02.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6034**)

**Penal e processual penal. Crime do artigo 90 da lei 8.666/93. Inocorrência da prescrição. Deputado federal e ex-prefeito. Fraude ao caráter competitivo do procedimento licitatório. Máfia dos sanguessugas. Materialidade e autoria delitivas comprovadas nos**

**autos em relação ao parlamentar. Condenação penal mantida. Insuficiência de provas quanto à prática do injusto penal em relação ao ex-prefeito. Absolvição com base no art. 386, v, do CPP.**

1. Rejeitada a tese de prescrição da pretensão punitiva estatal porquanto entre a data dos fatos e o recebimento da denúncia, bem assim entre a data do recebimento da denúncia a sentença condenatória, não transcorreu o prazo prescricional. 2. O crime previsto no art. 90 da Lei nº 8.666/93 pune-se a frustração ou fraude do caráter competitivo do procedimento licitatório mediante acordo ou qualquer outro instrumento para alcançar esse fim. É a eliminação da competição ou a promoção de uma ilusória competição entre participantes da licitação por qualquer mecanismo. 3. Materialidade e autoria do delito de corrupção passiva demonstradas pelos documentos juntados autos e, ainda, pelos depoimentos testemunhais prestados em esfera policial e em juízo, todos uníssomos no sentido de que o réu, na condição de Deputado Federal, percebeu vantagem indevida paga em virtude de sua atuação em fraude no processo de licitação, consubstanciado na proposição de emendas orçamentárias em benefício de municípios para favorecer empresas da organização criminosa no certame. Provas firmes e seguras quanto aos fatos. 4. Os motivos do crime - desejo de obter lucro fácil - são próprios da descrição típica e, portanto, não traduzem uma reprovabilidade adicional, além daquela já prevista no tipo penal incriminador, de modo a justificar a exasperação da pena-base. Redução da pena-base. 5. As provas arroladas aos autos não indicam que o corrêu, ex-Prefeito Municipal, tenha contribuído para o evento criminoso, não havendo elementos no sentido de que ele tenha sequer previamente consentido para a prática ilícita. Não há como lhe imputar a responsabilidade penal, sobretudo porque o depoimento das testemunhas arroladas pelo Ministério Público Federal aponta em sentido contrário àquele pretendido pela acusação. 6. Apelação do réu Antônio Tavares de Sales provida para absolvê-lo da imputação da prática do delito do art. 90 da Lei n. 8.666/93, nos termos do art. 386, V, do CPP. 7. Apelação do réu Amarildo Martins da Silva

parcialmente provida para reduzir as penas impostas na sentença. (TRF1 – 3.ª T. – AP 0015896-07.2009.4.01.4300 – rel. **Ney Bello** – j. 29.01.2019 – public. 12.02.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6035**)

**Penal. Processual penal. Crime de organização criminosa. Art. 2º, caput, e §§ 3º e 4º, II e III da lei 12.850/2013. Ausência de prova de materialidade e autoria delitivas. Princípio *in dubio pro reo*. Parecer pelo conhecimento e desprovimento da apelação ministerial.**

1. O princípio *in dubio pro reo* tem fundamentação no princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, impondo a absolvição quando não houver prova segura da prática do crime. 2. O conjunto probatório carreado aos autos mostrou-se insuficiente para demonstrar a autoria e o elemento subjetivo exigido pelo tipo

incriminador do delito em comento. 3. No presente caso, não se comprovou um padrão relacionado à divisão de tarefas ou hierarquia entre os acusados, impossibilitando o reconhecimento da prática do crime de organização criminosa. 4. Esse entendimento também está assentado no parecer do Ministério Público Federal, o que reforça as razões de decidir. 5. Sentença absolutória mantida por seus próprios fundamentos. 6. Apelação não provida.

(TRF1 – 3.ª T. – AP 0035755-71.2015.4.01.3500 – rel. **Monica Sifuentes** – j. 29.01.2019 – public. 12.02.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6036**)

Jurisprudência compilada por

**Kaïque Rodrigues de Almeida.**

## Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

**Habeas Corpus.** Pedido de nulidade da decisão que permitiu o acesso aos dados do celular do paciente por ausência de fundamentação. Ocorrência. Decisão que se limitou a deferir o pedido de quebra de sigilo dos dados e da comunicação do celular apreendido, sem que dela conste a devida fundamentação. Ofensa ao artigo 93, IX, da CF. Violação da intimidade caracterizada. Constrangimento ilegal verificado. Nulidade reconhecida. Ordem concedida.

(TJSP – 16.ª Câm. Crim. – HC 2000533-61.2019.8.26.0000 – rel. **Leme Garcia** – j. 15.02.2019 – public. 20.02.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6037**)

**Apelação do Ministério Público.** Quadrilha ou bando. Lavagem de dinheiro. Estelionatos consumados e tentados. Falsidade ideológica. Imputação dos delitos previstos nos artigos 288, caput (com redação anterior à lei n. 12.850/13), 171, caput, 171, caput, c.c o 14, inciso II, e 299, caput, enlaçados na forma do 69, todos do Código Penal e; 1º, inciso VII, da lei nº 9.613/98. A apresentação das razões recursais fora do prazo legal não determina, necessariamente, a intempestividade automática do recurso, tratando de mera irregularidade que, no caso dos autos, justifica-se pela complexidade da causa penal, com a nota de que o oferecimento de prazo maior para que a defesa contrariasse o apelo garante o respeito ao princípio da paridade de armas. Ocorrência da prescrição da pretensão punitiva pela pena máxima in abstracto cominada aos delitos previstos nos artigos 288, caput, (com redação anterior à lei n. 12.850/13), 171, caput, c.c o 14, inciso II, e 299, caput, todos do Código Penal. Fluência do lapso temporal superior ao prazo de 8 (oito) anos entre a data do recebimento da denúncia e a do presente julgamento. Incidência Inteligência dos artigos 109, caput e inciso IV, Código Penal (com redação anterior à lei n. 12.234/10) e 61, caput, do Código de Processo Penal. Prejudicado, neste ponto, o exame do mérito recursal. Preliminares arguidas que não comportam acolhida. A juntada de documentos pela defesa técnica na fase de memoriais não impõe, obrigatoriamente, a necessidade de manifestação da acusação, especialmente quando não se trata de fato novo. Obediência às regras do sistema processual penal acusatório, bem como aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Inteligência do artigo 231, do Código de Processo Penal. Insubsistente a alegação que a r. sentença não analisou as provas carreadas aos autos. Documentos, enquanto fontes de prova, não se confundem com os elementos de prova que deles podem ser obtidos caso a acusação se desincumba de seu ônus probatório. Discordância quanto ao resultado do julgamento do pedido de mérito que não implica reconhecimento de error in procedendo, a ensejar a anulação da

decisão. Ademais, ao magistrado não é imposto analisar, para a formação de seu livre convencimento motivado, todos os pontos ventilados pelas partes. Ausência de violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, que é dirigido ao legislador a fim de garantir o exercício do direito de ação, o qual foi atendido no caso concreto. A inaplicabilidade da emendatio libelli, não demanda o reconhecimento da nulidade da r. sentença. Magistrada que, contrariamente ao alegado pela acusação, não reconheceu, nos fatos descritos na denúncia, a prática de conduta prevista em outro tipo penal, mas apenas sugeriu que, caso fossem comprovados o que, segundo ela, não ocorreu não caracterizaram o tipo penal descrito na acusação. Mérito. Mantido o reconhecimento da atipicidade da conduta de lavagem de dinheiro. A Lei nº 9.613/98, com redação anterior à lei nº 12.850/13, previa rol taxativo de crimes que podiam figurar como antecedentes da lavagem de dinheiro, dentre os quais não se encontrava o crime à época previsto no artigo 288, do Código Penal (quadrilha ou bando), o qual não pode ser utilizado para caracterizar a antiga hipótese do inciso VII do artigo 1º da Lei nº 9.613/98. Ausência, àquele tempo, de conceito legal de organização criminosa. Impossibilidade de utilização, por analogia, do cunhado pela Convenção de Palermo. Obediência ao princípio da reserva legal. Entendimento pacificado pelo Colendo Supremo Tribunal federal. Precedentes. Não verificada a tipicidade formal das condutas de estelionato descritas na denúncia. O elemento subjetivo do tipo penal do artigo 171, caput, do Código Penal, pressupõe que a entrega da coisa seja obtida de forma fraudulenta, o que não ocorreu no caso concreto, já que os recursos dos cooperados supostamente utilizados pelos agentes para o atendimento a interesses ilícitos foram obtidos licitamente fato incontroverso nos autos. Fatos que poderiam se amoldar a outro tipo penal, mas por ausência de descrição dos elementos objetivos e subjetivos de outro delito impedem a aplicação da emendatio libelli. Não verificada a tipicidade, sequer em tese, dos fatos imputados aos recorridos, fica prejudicado o exame de sua veracidade. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DECLARADA EX-OFFICIO QUANTO AOS CRIMES DE ESTELIONATO TENTADO, FALSIDADE IDEOLÓGICA E QUADRILHA OU BANDO. PREJUDICADO, NO PONTO, O EXAME DO MÉRITO. PRELIMINARES REJEITADAS. RECURSO DESPROVIDO.

(TJSP – 16.ª Câm. Crim. – AP 0017872-34.2007.8.26.0050 – rel. **Camargo Aranha Filho** – j. 19.02.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6038**)

Jurisprudência compilada por

**Roberto Portugal de Biazi.**