

EDITORIAL

A morte do perdão: os ataques ao instituto constitucional do indulto e a contaminação ideológica dos poderes constituídos

O instituto do indulto, inserido no texto constitucional originário como ato de competência privativa da Presidência da República, compõe o sistema de *freios e contrapesos*, que garante a harmonia entre os Poderes. Trata-se de instrumento pelo qual o Poder Executivo procura corrigir distorções perpetradas pelo sistema punitivo, levando em conta o hiperencarceramento, o excessivo rigor judiciário e as condições materiais desumanas das prisões, já declaradas como estado de coisas inconstitucional.

Dunker aponta que o “poder de perdoar” conta com registros na lei mosaica e nos ordenamentos clássicos greco-romanos⁽¹⁾. O instituto atravessou a Idade Média e os Estados Absolutistas, chegando aos sistemas ocidentais modernos e, sendo assim, recepcionado pela ordem constitucional de 1988 no Brasil. Tradicionalmente, seguindo-se o costume francês, o indulto coletivo passou a ser concedido no período natalino. Em 2018, contudo, pela primeira vez desde a redemocratização formal brasileira, a Presidência da República optou por não editar um decreto de indulto⁽²⁾.

A morte do indulto, entretanto, já há algum tempo vem sendo tramada pelos artífices da “nova era”, em que os discursos punitivistas irracionais sobre o tema da punição ocuparam a cúpula dos Poderes constituídos.

Nesse sentido, menciona-se a heterodoxa liminar concedida em dezembro de 2017 pela Ministra Cármen Lúcia na ADC n. 5.874/DF, em que a Presidência do Supremo suspendeu parcialmente a vigência do Decreto n. 9.246/2017. Pela decisão da então Presidente do STF, dentre outros pontos, ficou suspensa a possibilidade de declaração de indulto

nos casos de crimes sem violência ou grave ameaça. A irracionalidade da decisão judicial ficou evidente, na medida em que, visando os “presos da operação lava-jato”, suspendeu-se o indulto para os crimes não violentos em geral, como furtos e receptações, mantendo-se a vigência do decreto apenas para crimes com violência ou grave ameaça. Essa evidente inversão de valores demonstra como a excessiva politização judicial produz decisões atabalhoadas, prolatadas no afogadilho a fim de fazer jus ao clamor midiático⁽³⁾.

Findo o recesso judiciário, no início de 2018, os autos da ADI foram à conclusão ao seu relator. Assim, em decisão igualmente inédita, o Min. Roberto Barroso reviu a liminar concedida, reescrevendo o decreto de indulto, aumentando lapsos aquisitivos e retirando eficácia de outros artigos. Na prática forense, grande parte dos juízes de piso passou a negar a declaração de indulto mesmo nas hipóteses que não haviam sido atingidas pela decisão do STF, alegando pendência judicial sobre a validade do decreto.

Em novembro de 2018, a ADI em comento foi submetida a julgamento pelo Pleno do STF. Na sessão de julgamento, seis Ministros votaram pela improcedência da ação e pelo consequente restabelecimento da vigência do decreto original, sob o fundamento de que o Judiciário não tem autorização para usurpar competência privativa de outro Poder. Dessarte, a maioria dos Ministros entendeu que a liminar que suspendeu o decreto era inconstitucional. Ainda assim, surpreendentemente, a medida cautelar que modulou seus efeitos permaneceu vigente, já

| Caderno de Doutrina

Os problemas decorrentes dos parcelamentos nos crimes contra a ordem tributária

Rafael Junior Soares e

Luiz Antonio Borri _____ 3

A necessária distinção entre os crimes de roubo e extorsão após a Lei 13.654/2018

Brenda Sharon Rocha Reis e

Paulo Martins da Costa Crosara _____ 5

A competência do tribunal do júri para o julgamento do latrocínio (art. 157, § 3º, II, do CP): o equívoco da Súmula 603 do STF

Marco Aurélio Vogel Gomes de Mello _____ 6

A inconstitucionalidade do porte ilegal compartilhado de arma de fogo

Carlos Hélder Carvalho Furtado Mendes e

José Muniz Neto _____ 9

A criminalização do *revenge porn*: análise do art. 218-C (Código Penal)

Leandro Ayres França e outros

(Grupo de Estudos em Criminologias Contemporâneas) _____ 11

Precisamos falar sobre cárcere e necropolítica

Roberto Barbosa de Moura _____ 13

O crack, o neoliberalismo e o racismo de Estado

Eduardo Neves Lima Filho _____ 14

Um ano sem o Reitor – Uma morte anunciada

Hélio Rubens Brasil _____ 17

| Caderno de Jurisprudência

| O DIREITO POR QUEM O FAZ

Tribunal de Justiça de

Minas Gerais _____ 2173

| JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal _____ 2176

Superior Tribunal de Justiça _____ 2179

que o julgamento foi interrompido, mesmo com maioria já formada em sentido contrário, por força de pedido de vista do Min. Luiz Fux. Foi aventada pelo Pleno a cassação da medida cautelar, mas o incidente também não foi julgado, em virtude de pedido de vista do Min. Dias Toffoli. Nesse episódio, ficou claro o *modus operandi* de parte do Judiciário em valer-se de manobras regimentais para impedir a prestação jurisdicional quando a decisão for politicamente desagradável ao sentimento punitivista, que parece ter sequestrado as agendas de boa parte do Tribunal.

Mais recentemente, em 19 de dezembro de 2018, véspera do recesso judiciário, o TRF da 4ª Região, em decisão que gerou perplexidade na comunidade jurídica, declarou a inconstitucionalidade do próprio instituto do indulto coletivo, afirmando que a Presidência estaria proibida de editar os decretos de indulto, salvo para favorecer pessoa determinada, na modalidade do indulto individual ou graça. A decisão, que afronta norma constitucional originária, deu-se a partir de argumentos pouco jurídicos, relativos ao mantra de “combate à impunidade” (algo que configura como evidente contrassenso no terceiro país que mais encarcera no mundo).

Enquanto boa parte dos discursos jurídicos se pauta pelo clamor gerado pela criminalidade do colarinho branco, cujo contingente é insignificante no contexto da população prisional, o número de presos segue em crescimento vertiginoso. O resultado dos ataques ao indulto é o incremento do encarceramento de pessoas condenadas sobretudo pelos delitos mais leves⁽⁴⁾.

O custo dessa opção ideológica é o enfraquecimento do texto constitucional, vilipendiado por decisões *sui generis*, acompanhado do agravamento das violações de direitos dos presos. No mais, a aposta no encarceramento em massa, ora aplaudido pelos Poderes Constituídos, fortalece as facções prisionais e agrava a insegurança pública que sobeja no território nacional. Fatos como os crimes de maio de 2006, em São Paulo, os massacres em presídios

do Norte e do Nordeste do país no início de 2017 e a atual situação no Ceará, onde o domínio das facções no sistema prisional vem ocasionando ataques por todo o Estado, são frutos dessa ideologia, inspirada pela fantasia higienista que agora ascendeu ao poder de forma inegavelmente ostensiva. A insistência nesse equívoco deverá apresentar sua fatura integral em breve, apontando para um colapso das instituições e para o agravamento do contingente de miseráveis, lançados à marginalidade depois de períodos longos de aprisionamento.

Diante do recrudescimento dessa política de irracionalidade punitiva, faz-se imprescindível a união de todos e todas que se propõem à defesa da Constituição Federal, sem sectarismos, no sentido de impedir os retrocessos que vêm tomando corpo. Àqueles e àquelas que acreditam no regime democrático constitucional cabem apenas a escolha entre manifestar-se e incidir agora, ou esperar ser tarde demais.

Notas

- (1) DUKER, William F. The President's Power to Pardon: A Constitutional History, 18 Wm. & Mary L. Rev. 475 (1977), <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol18/iss3/3>.
- (2) Recentemente, o Governo Federal sinalizou à imprensa que poderia editar um decreto de indulto humanitário, restrito a pessoas acometidas de doenças terminais ou deficiências físicas graves. Até o fechamento da presente edição deste Boletim, contudo, não houve a edição do decreto e, ainda que assim não fosse, um indulto meramente humanitário não atenderia à sua função político-criminal.
- (3) Sobre essa decisão, cf. texto produzido à época pela diretoria do Ibccrim: SHECAIRA, Sérgio Salomão e SHIMIZU, Bruno. *Para erro político-criminal não há perdão! O indulto natalino e a liminar da ministra Cármen Lúcia*. In JOTA, 30.12.2017. disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/para-erro-politico-criminal-nao-ha-perdao-30122017>.
- (4) Os dados mais recentes do Infopen, de junho de 2016, demonstravam a existência de cerca de 73 mil pessoas presas por furto no Brasil, bem como a existência de cerca de 20 mil pessoas presas por receptação. O relatório ainda aponta a existência de mais de 150 mil pessoas presas por tráfico de drogas. Trata-se de exemplos de crimes desprovidos de violência, aos quais a lei e a jurisprudência dos Tribunais Superiores admitem a aplicação de penas alternativas ao encarceramento e que apenas poderiam ser geradoras de pena de prisão em circunstâncias excepcionais, como a reincidência ou a extrema gravidade do fato. Os números de aprisionamento por essas condutas, no entanto, demonstram uma resistência ao cumprimento da lei e das orientações jurisprudenciais superiores por parte dos juízes e Tribunais.

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 fevereiro de 2019.

Os problemas decorrentes dos parcelamentos nos crimes contra a ordem tributária

Rafael Junior Soares e Luiz Antonio Borri

Os crimes contra a ordem tributária têm sofrido ao longo dos anos diversos reflexos em razão de posições dos Tribunais,⁽¹⁾ bem como da criação de normas que permitiram o parcelamento e pagamento do tributo devido, repercutindo de forma relevante em determinados institutos penais que merecem exame mais aprofundado.

Dessa forma, o presente trabalho visa abordar especificamente a Lei 12.382/11, na parte que regula a representação fiscal nos casos em que houve parcelamento do tributo sonegado; e sua repercussão, sob dois vieses: i) do ponto de vista da lei penal no tempo; ii) da incoerência de se autorizar o parcelamento somente antes do recebimento da denúncia.

A sonegação fiscal sempre foi tema polêmico no país, recebendo beneplácitos diversos por parte do legislador, o qual possui nítida preocupação com a arrecadação fiscal; preocupação evidenciada pela criação de inúmeras formas de extinção da punibilidade,⁽²⁾ muitas vezes em questionável inobservância de proteção efetiva do bem jurídico erário público.

A questão dos benefícios quanto ao pagamento e parcelamento não é novidade na área dos crimes fiscais, existindo desde a antiga Lei 4.729/65 (crimes de sonegação fiscal). A título cronológico, partindo-se da Lei 8.137/90, é possível visualizar o próprio art. 14 da referida lei; posteriormente as Leis 9.249/95, 9.964/00, 10.684/03, 11.941/09, e, finalmente, a Lei 12.382/11.⁽³⁾ Na medida em que o legislador editava novas possibilidades, alteravam-se marcos temporais quanto ao adimplemento/parcelamento.

O art. 83, §§ 2º e 4º, da Lei 9.430/96, após a modificação efetuada pela Lei 12.382/11, assentou que o parcelamento do débito tributário somente poderia ocorrer até o recebimento da denúncia; no entanto, o pagamento do tributo concretizado a qualquer tempo teria o condão de gerar a declaração da extinção da punibilidade.

A primeira preocupação reside na sucessão de leis penais, visto que, após a Súmula Vinculante 24, é possível vislumbrar situação que afetaria a garantia constitucional da irretroatividade da lei penal (art. 5º, XL, CF). Com efeito, o posicionamento da Corte Suprema quanto à tipificação do crime tributário depois do encerramento do processo administrativo cria um descompasso entre a ação ou omissão geradora da infração penal e eventual conclusão na seara administrativa, permitindo que haja um hiato entre ambos os momentos. Ou seja, o momento da conduta que representaria a supressão ou redução de tributo não seria equivalente à consumação do crime.

Ocorre que a interpretação, nesse sentido, permitiria que legislações mais graves (p.ex.: aumento de penas, restrição de hipóteses de extinção da punibilidade etc.) fossem aplicadas indevidamente de forma retroativa. Imagine-se, por exemplo, que determinado sujeito tenha realizado condutas que configurem crimes fiscais nos anos de 2002 e 2003; mas que a decisão final na esfera administrativa somente tenha ocorrido no ano de 2010. Nesse caso, muito embora o resultado⁽⁴⁾ do crime fiscal fique vinculado à decisão final na esfera administrativa, a ação e omissão – as quais servirão de norte para a resolução da sucessão de leis penais – ocorreram há bastante tempo, devendo-se aplicar, nessa hipótese, a teoria da atividade do Código Penal.⁽⁵⁾

Ora, de volta o ao foco do estudo, a partir do advento da Lei 12.382/11 limitou-se o critério temporal do parcelamento da dívida fiscal, que deveria ser formalizado antes do recebimento da denúncia, tratando-se de verdadeira *novatio legis in pejus*, que instituiu prejuízo em relação à situação jurídica de acusados. Corroborando o alegado no ensaio, o desembargador Paulo Fontes afirmou que a norma não poderá retroagir: “(...), deve-se considerar o crime praticado quando da ação ou omissão praticada pelo contribuinte – seja ao omitir informações ao Fisco, seja ao prestá-las de forma inverídica, seja ao deixar de recolher os valores descontados do empregado, etc. Se tais condutas situarem-se em momento anterior à vigência da Lei 12.382 (dia 01/03/2011, nos termos do art. 7º), a legislação a ser aplicada é a anterior (art. 68 da Lei 11.941/2009) que não exigia fosse o parcelamento efetivado antes do recebimento da denúncia”.⁽⁶⁾

Quanto à primeira questão a ser examinada, denota-se que a Lei 12.382/11 não é aplicável para fatos anteriores à sua vigência,⁽⁷⁾ vez que na sucessão de leis no tempo valerá a teoria da atividade (art. 4º, CP), que utiliza como critério a ação ou omissão para definir o conflito de leis penais, não se levando em conta o lançamento definitivo do crédito tributário.⁽⁸⁾

O segundo ponto questionado reside na incongruência do legislador ao definir tratamento desigual entre o parcelamento e o pagamento do tributo. Como se vê do dispositivo invocado, o parcelamento da dívida fiscal pode ser efetuado somente até o recebimento da denúncia, em nítida limitação temporal quanto à sua realização. No entanto, no que tange ao pagamento, o legislador foi mais generoso, na medida em que permitiu a quitação a qualquer tempo, inclusive após o trânsito em julgado da decisão condenatória, conforme art. 9º, § 2º, da Lei 10.684/03.⁽⁹⁾

Numa simples análise dos dispositivos legais vigentes,

observa-se que a lei favorece aquele que possui mais recursos econômicos, optando por responder ao processo e seus eventuais desdobramentos, com a solução de quitar o tributo em caso de decisão desfavorável. Já aquele investigado que opte por parcelar seria obrigado a levantar recursos de forma célere, para se antecipar ao fim do marco temporal imposto em lei. O legislador talvez tenha expressado de forma mais clara nesse dispositivo seu mero intuito arrecadatório, quando se trata de hipótese de quitação integral.

Do ponto de vista lógico, não faz sentido oferecer tratamento mais rigoroso àquele que dá sinais de restituição ao Estado, do que àquele que prefere aguardar eventual desfecho da ação penal. É interessante destacar, inclusive, que quando da interpretação do art. 34 da Lei 9.294/95, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que o mero parcelamento já seria suficiente para proporcionar a extinção da punibilidade, ainda que o dispositivo dispusesse a necessidade do pagamento. Com efeito, o intento de promover o pagamento deveria ser compreendido como qualquer manifestação concreta no sentido de pagar o tributo, enquadrando-se nesse caso o ato de parcelar para fins, da mesma forma, de suspensão do processo até ulterior quitação.⁽¹⁰⁾

Os tribunais pátrios têm aplicado a regra de impedimento da suspensão após o recebimento da denúncia sem maiores reservas. No entanto, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, há precedente identificando a incoerência discutida: “(...) não obstante o parcelamento tenha sido efetuado após o recebimento da denúncia, entendendo cabível a suspensão da presente ação penal, até a quitação do débito, já que o entendimento de que a referida negociação seja anterior ao recebimento da denúncia não é pacífico”.⁽¹¹⁾

Da mesma forma, sob o ponto de vista dos custos despendidos pelo Estado com o processo criminal⁽¹²⁾ (econômicos e mesmo estruturais, visto que os funcionários públicos responsáveis pela condução de um processo criminal fadado à extinção poderiam ter seu trabalho direcionado aos casos importantes), também não parece adequada a limitação temporal imposta ao agente que formaliza o parcelamento do débito tributário indicando a pretensão de quitar os tributos devidos; até porque, com o adimplemento da dívida, independentemente do momento em que ocorra, estará configurada a extinção da punibilidade do agente.

Some-se a isso a inegável existência de penas processuais, representada pela simples tramitação de processo criminal, com a necessidade de comparecimento a atos processuais, indisponibilidade de bens, estigmatização social e jurídica, angústia e sofrimento psíquico, além do constrangimento inerente à submissão ao exercício do poder estatal.⁽¹³⁾

Pode-se concluir, à luz dos argumentos expendidos, que a Lei 12.382/11 somente poderá ser aplicada às condutas praticadas após a sua vigência (01/03/11), a fim de que seja respeitada a garantia da irretroatividade da lei. Além disso, o critério temporal do parcelamento até o recebimento da

denúncia representa verdadeira incongruência se comparada ao pagamento do tributo a qualquer tempo nos moldes de outras legislações; devendo-se, assim, permitir o parcelamento independentemente da fase do processo criminal, por se tratar de intuito de promover o pagamento suficiente para suspensão da ação penal até a quitação total do débito.

Notas

- (1) O STF encerrou discussão a respeito da natureza jurídica dos crimes contra a ordem tributária, definindo-os como crimes materiais e, por consequência, estabelecendo que sua consumação dependeria do esgotamento da via administrativa (HC 81.611, rel. min. Sepúlveda Pertence, P, j. 10-12-2003, DJ de 13-5-2005). Posteriormente, editou-se a Súmula Vinculante 24, com a seguinte redação: Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo. Cite-se também a questão da aplicação do princípio da insignificância nos valores de 10 a 20 mil reais.
- (2) BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal econômico. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 709.
- (3) Para melhor compreensão da evolução legislativa, veja: STOCO, Rui; STOCO, Tatiane de Oliveira. Crimes contra a ordem tributária. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 173-210.
- (4) Há quem questione se se trataria de elemento normativo do tipo, condição objetiva de punibilidade ou mera constatação da materialidade. BITTAR, Walter Barbosa. O encerramento do procedimento administrativo e a questão da punibilidade da tentativa nos crimes contra a ordem tributária. *Jornal de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 59-70, jul.- dez. 2018; Reale Junior, Miguel. Restrição ilegal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 21, n. 245, p. 2/3, abril/2013.
- (5) Nesse sentido, “como se nota, a teoria da ação ou da atividade é acolhida, sendo o tempo da infração penal tanto o da ação como o da omissão, independentemente do momento do evento, salvo para a prescrição e decadência (arts. 111 e 103, CP)”. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- (6) TRF 3ª Região, QUINTA TURMA, ACR - APELAÇÃO CRIMINAL - 58445 - 0001881-36.2013.4.03.6111, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES, julgado em 12/06/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 20/06/2017.
- (7) RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 83, §2º, DA LEI N. 9.430/1996; 6º DA LEI 12.382/2011; E 2º DO CP. MATÉRIA DE ÍNDOLE PENAL. NOVO PARCELAMENTO DO DÉBITO APÓS O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. NOVATIO LEGIS IN PEJUS. SUSPENSÃO DO PROCESSO E DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. RECONHECIMENTO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. MANUTENÇÃO QUE SE IMPÕE. APLICAÇÃO DO ART. 68 DA LEI N.11.941/2009. PRECEDENTE. 1. A nova redação do art. 83, § 2º, da Lei n. 9.430/1996, atribuída pela Lei n. 12.382/2011, traz regras acerca do exercício da persecução criminal estatal, motivo pelo qual possui natureza de direito penal material. Por restringir a formulação do pedido de parcelamento ao período anterior ao recebimento da denúncia, é mais gravosa em relação ao regramento que substituiu, que não trazia essa limitação, o que impede sua aplicação às condutas a ela pretéritas. 2. Recurso especial improvido. (Resp. 1493306/ES, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 15/08/2017).
- (8) Embora a aplicação da teoria da atividade possa parecer despida de maiores divergências, o Superior Tribunal de Justiça possui precedente no qual compreendeu aplicável, para fins de definição do marco temporal adequado para o parcelamento dos tributos devidos e consequente suspensão da ação penal, a data da consumação do crime: “no caso dos autos, ainda que a conduta omissiva atribuída aos réus remonte aos anos de 2002, 2003 e 2004, quando a suspensão da pretensão punitiva estatal nos casos de parcelamento do crédito tributário era regulada pela Lei 10.684/2003, o certo é que o crime material contra a ordem tributária que lhes foi imputado somente se configurou com o lançamento definitivo do crédito tributário, quando já estava em vigor a Lei 12.382/2011.” (RHC 65.810/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 17/03/17).
- (9) Habeas corpus. Crime contra a ordem tributária. Aplicação do princípio da insignificância. Tese não analisada pelo Superior Tribunal de Justiça. Impossibilidade de conhecimento pela Suprema Corte. Inadmissível supressão de instância. Precedentes. Não conhecimento do writ. Requerimento incidental de extinção da punibilidade do paciente pelo pagamento integral do débito tributário constituído. Possibilidade. Precedente. Ordem concedida de ofício. (...) 3. O pagamento integral de débito – devidamente comprovado nos autos – empreendido pelo paciente em momento anterior ao trânsito em julgado da condenação que lhe foi imposta é causa de extinção de sua punibilidade, conforme opção político-criminal do legislador pátrio. Precedente. 4. Entendimento pessoal externado por ocasião do julgamento, em 9/5/13, da AP nº 516/DF-ED pelo Tribunal Pleno, no sentido de que a Lei nº 12.382/11, que regrou a extinção da punibilidade dos crimes tributários nas situações de parcelamento do débito tributário, não afetou o disposto no § 2º do art. 9º da Lei 10.684/03, o qual prevê a extinção da punibilidade em razão do pagamento

do débito, a qualquer tempo. 5. Ordem concedida de ofício para declarar extinta a punibilidade do paciente. (HC 116828, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 13/08/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-206 DIVULG 16-10-2013 PUBLIC 17-10-2013)

(10) REsp 383.218/SC, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 11/02/2003, DJ 03/12/2007, p. 370.

(11) HABEAS CORPUS – CRIME TRIBUTÁRIO – ARTIGO 1º, INCISOS I, II E IV DA LEI 8.137/90 - SUPRESSÃO DO PAGAMENTO DE TRIBUTOS (ICMS), MEDIANTE A OMISSÃO DE REGISTRO DE OPERAÇÕES TRIBUTADAS NOS LIVROS FISCAIS - PLEITO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO DE FALTA DE JUSTA CAUSA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO – PARCELAMENTO DO DÉBITO EFETUADO APÓS O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA – TODAVIA, NECESSIDADE DE OPORTUNIZAR AOS PACIENTES O INTEGRAL PAGAMENTO DO TRIBUTOS, SENDO CLARO QUE O OBJETIVO DO PARCELAMENTO É A QUITAÇÃO INTEGRAL DO DÉBITO - ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA PARA SUSPENDER A AÇÃO PENAL ATÉ O INTEGRAL PAGAMENTO DO TRIBUTOS. (TJPR, HC 0021247-89.2018.8.16.0000, rel. José Carlos Dalacqua, j. 22/06/18).

(12) ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. Empório do Direito: Santa Catarina, 2017. p. 155/123.

(13) LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 77/78.

Rafael Junior Soares

Mestrando em Direito Penal pela PUCSP.

Professor de Direito Penal da PUCPR, Campus Londrina.

Advogado.

Luiz Antonio Borri

Especialista em Ciências Criminais pela PUCPR.

Advogado.

A necessária distinção entre os crimes de roubo e extorsão após a Lei 13.654/2018

Brenda Sharon Rocha Reis e Paulo Martins da Costa Crosara

A lei 13.654/2018 alterou substancialmente as majorantes que incidem no crime de roubo, previsto no art. 157, do Código Penal. Se o uso de arma antes estava elencado junto às demais causas de aumento de pena, no inciso I do §2º do mencionado artigo, aumentando a pena de 1/3 até metade, agora está previsto no §2º-A, inciso I, aumentando a pena em 2/3. Além dessa mudança, o texto legal agora prevê, explicitamente, a expressão “arma de fogo” na nova majorante. Na redação anterior, o aumento de pena se dava pelo “emprego de arma”, podendo ser essa de fogo ou não, conforme se definiu jurisprudencialmente.⁽¹⁾

Diante dessas alterações, algumas reflexões se fazem necessárias acerca da tipificação da conduta comumente classificada como “roubo”, qual seja, a exigência de entrega de algo mediante violência ou grave ameaça, utilizando-se de arma de fogo. Mais detalhadamente, propõe-se discutir a capitulação da conduta quando é utilizado *modus operandi* bem comum: o criminoso, a pé ou em uma moto, aponta uma arma de fogo para a vítima, obrigando-a a entregar seus pertences.

A doutrina e jurisprudência brasileiras nunca discutiram o problema a fundo, pois “*eventual equívoco de interpretação não causa prejuízo considerável, na medida em que as penas são iguais*”.⁽²⁾ De fato, a diferença entre roubo e extorsão em casos concretos não possuía relevantes efeitos práticos, uma vez que ambos os delitos possuíam, até abril de 2018, pena cominada entre 4 a 10 anos, com causa de aumento entre 1/3 e 1/2 quando havia o emprego de arma. Essa ausência de debate se reflete em números: no dia a dia dos fóruns brasileiros, percebe-se que diversas ações penais em curso no país tratam do crime tipificado no art. 157, CP. Segundo

o relatório do Infopen de 2016,⁽³⁾ 52.236 pessoas foram condenadas ou aguardavam julgamento pela prática do crime de roubo qualificado. Todavia, apenas 2.427 pessoas⁽⁴⁾ foram condenadas ou aguardavam julgamento pela prática do crime de extorsão.

Um critério bastante adotado para diferenciar roubo e extorsão é o lapso temporal entre o mal e o prejuízo sofrido. Enquanto, no roubo, a grave ameaça e o prejuízo são contemporâneos, na extorsão haveria um intervalo de tempo entre a coação perpetrada pelo agente e a entrega da coisa pela vítima. Nesses casos, no exemplo fático aqui tratado, estaríamos diante do crime de roubo.

Noutro lado, essa não nos parece a melhor solução, uma vez que se cria distinção onde a lei não a cria,⁽⁵⁾ de forma a prejudicar o réu.

A distinção deve se centrar na análise dos verbos núcleo dos tipos penais. Assim, percebe-se que o agente, nos crimes de roubo, utiliza-se de violência ou grave ameaça para realizar a ação de subtrair a *res furtiva*. Portanto, o agente teria uma postura ativa, de efetiva subtração do objeto de propriedade alheia.

Ao contrário, quando o agente constrange a vítima a lhe entregar algo, a postura ativa de transferência de posse da *res furtiva* é praticada pela própria vítima, em decorrência da postura violenta ou ameaçadora do agente. Ou seja, a conduta subsume-se melhor ao tipo penal previsto no art. 158, CP.

Apesar de, do ponto de vista prático, a diferença ser pequena, sob o prisma técnico é forçoso se reconhecer que no roubo há uma *contrectatio*; e, na extorsão, uma *traditio*;⁽⁶⁾ e que tais figuras não se confundem.

Pode-se aventar que a distinção entre roubo e extorsão seja a mesma daquela entre furto mediante fraude e estelionato. Enquanto no furto o agente se utiliza da fraude para burlar a vigilância da vítima, fazendo com que essa não perceba que está sendo subtraída, no estelionato, a vítima, em erro – devido à fraude – entrega seu patrimônio ao agente.⁽⁷⁾

Mutatio mutandis, essa seria a diferença entre os crimes de roubo e extorsão. No entanto, o meio utilizado pelo agente não é a fraude, mas sim a violência ou grave ameaça. Na extorsão, a vítima entrega seu patrimônio, enquanto no roubo a *res* lhe é subtraída. Portanto, o que é informalmente chamado de assalto, muita das vezes se trata, na verdade, do crime de extorsão. Atualmente, isso irá refletir de forma relevante na dosimetria da pena.

Classificando-se a conduta como crime de extorsão, caso haja a utilização de arma de fogo, a pena será aumentada no *quantum* de 1/3 a 1/2, já que se aplica o art. 158, §1º, CP. Destaca-se ainda que a aplicação da majorante se daria quando utilizado qualquer tipo de arma. Como ressaltado, a jurisprudência, apesar de inicial divergência, consolidou o entendimento de que a expressão “arma” contida no texto legal abrange todos os tipos de armas – por exemplo, as brancas, definidas no art. 3, XI, Decreto 3.665/2000.

Já para os crimes de roubo, o aumento da pena será de 2/3 quando houver emprego de arma de fogo, de acordo com a novel legislação. A utilização de outros tipos de armas não mais majora o delito previsto no art. 157, CP, aplicando-se a pena cominada no *caput*.⁽⁸⁾

Como se viu, as semelhanças fáticas e de pena aplicadas contribuíram para a ausência de maiores debates sobre a

diferença entre os dois tipos penais aqui tratados. Discorda-se da utilização do lapso temporal entre o mal e o prejuízo como critério de diferenciação das condutas. Com o advento da lei 13.654/2018, tal critério extrapola o texto legal, para prejudicar sensivelmente o réu, não sendo a melhor solução. A distinção deve se centrar na conduta do agente e da vítima, observando-se se houve a entrega da coisa ou a sua subtração. Portanto, a inovação legislativa exige maior atenção na tipificação da conduta criminosa bastante comum na sociedade brasileira, pois figuras delitivas bastante próximas passaram a ter punições diferentes.

Notas

- (1) Por exemplo: HC 411.074/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 14/11/2017.
- (2) BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. v. 3. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 146.
- (3) Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>.
- (4) Idem.
- (5) HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. v. VII. Rio de Janeiro: Forense, 1955. p. 63.
- (6) Idem.
- (7) BITENCOURT, op. cit., p. 59.
- (8) Por fugir do objeto desse trabalho, não se irá discutir a questão da constitucionalidade do art. 4º, da Lei 13.654/2018, que revogou o art. 157, §2º, I, CP, por suposto vício no devido processo legislativo.

Brenda Sharon Rocha Reis
Estudante de Direito.

Paulo Martins da Costa Crosara
Bacharel em Direito pela UFMG.
Especialista em Ciências Penais pela PUCMG.
Advogado.

A competência do tribunal do júri para o julgamento do latrocínio (art. 157, § 3º, II, do CP): o equívoco da Súmula 603 do STF

Marco Aurélio Vogel Gomes de Mello

A Constituição da República previu a instituição do tribunal do júri como garantia fundamental, assegurando-lhe a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (art. 5º, XXXVIII, “d”). A competência do júri para processar e julgar os crimes dolosos contra a vida, consumados ou tentados, portanto, é considerada cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV, da CRFB), não podendo ser suprimida ou reduzida pelo poder constituinte derivado (emenda constitucional), embora não seja absoluta, pois pode ser afastada, excepcionalmente, por previsão do próprio poder constituinte originário, como

na hipótese, por exemplo, de crimes dolosos contra a vida cometidos por autoridades detentoras de foro por prerrogativa de função instituído no texto constitucional. Em se tratando, no entanto, de competência obrigatória mínima assegurada pela *lex maxima*, é possível que seja ampliada pelo legislador infraconstitucional para outras espécies delitivas ou até mesmo para matérias cíveis.

O Código de Processo Penal regulamentou a referida competência *ratione materiae*, dispondo no § 1º de seu art. 74 competir ao tribunal do júri o julgamento dos crimes dolosos

previstos no primeiro capítulo do título I da parte especial do Código Penal (“dos crimes contra a vida”), quais sejam, as modalidades de homicídio doloso (art. 121, *caput* e §§ 1º e 2º, do CP), induzimento, instigação ou auxílio a suicídio (art. 122 do CP), infanticídio (art. 123 do CP) e os vários crimes de aborto (arts. 124 a 127 do CP). Previu, ainda, competir ao tribunal do júri o julgamento de crimes conexos a infrações penais dolosas contra a vida (art. 78, I, do CPP).

O art. 157, § 3º, II, do Código Penal prevê a figura do roubo qualificado pelo resultado morte, conhecida como latrocínio, embora o dispositivo não traga rubrica com este *nomen juris*. Segundo posição amplamente majoritária, considerando a gravidade da sanção penal cominada – 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, e multa – o resultado mais grave (morte) pode advir de preterdolo (culpa) ou dolo (direto ou eventual),⁽¹⁾ desde que previsível. Sendo um crime complexo, fruto da junção dos delitos de roubo e homicídio (doloso ou culposos), é considerado delito pluriofensivo, na medida em que há dois bens jurídicos tutelados: o patrimônio e a vida humana. Diante de tal constatação, questiona-se a competência para julgar o latrocínio quando a morte resultar de dolo.

O posicionamento amplamente dominante considera que o crime de latrocínio, ainda que a morte seja dolosa, não é de competência do tribunal do júri, mas do juiz monocrático, conforme a Súmula 603 do STF. O fundamento é que o latrocínio não seria crime doloso contra a vida, pois está localizado topograficamente no título referente aos “crimes contra o patrimônio”, uma vez que a conduta do agente é dirigida precipuamente a atacar os bens da vítima, sendo a morte apenas um meio para alcançar este desiderato, como defendia NELSON HUNGRIA⁽²⁾ ao comentar, em nota de rodapé, o art. 141, § 28, da Constituição de 1946 (que, assim como a Constituição de 1988, conferiu ao tribunal do júri competência para processar e julgar os “crimes dolosos contra a vida”): “Com o desastrado § 28 do art. 141 da [...] Constituição federal [de 46], que resistiu à sua descontrolada soberania o Tribunal do Júri, foi obrigatoriamente atribuído a este o julgamento dos ‘crimes dolosos contra a vida’, e pretendeu-se que o latrocínio incidia sob tal competência. Refutando o entendimento, argumentamos que o latrocínio é classificado pelo Cód. Penal, a que implicitamente faz remissão o preceito constitucional, entre os ‘crimes contra o patrimônio’, atendendo ao critério científico segundo o qual, para a classificação do crime complexo, deve ter-se em conta o bem ou interesse cuja lesão representa o escopo final do agente (os crimes-membros perdem sua autonomia, para, aglutinados, formarem uma entidade criminal unitária; mas a consideração do bem ou interesse lesado pelo crime-fim é que prevalece para classificação da unidade complexa, ainda que tal bem ou interesse seja inferior aos lesados pelos crimes-meios ou famulativos). Por outro lado, o evento ‘morte’, no latrocínio, tanto pode ser *corpus delicti* de homicídio doloso, quanto de homicídio culposos ou preterdoloso, e seria um desconchavo que o julgamento, conforme a hipótese, ora coubesse ao júri,

ora ao juiz singular. O nosso ponto de vista é o adotado pelo Supremo Tribunal Federal [...]: a competência para o processo e julgamento dos réus de latrocínio é do juiz singular”.

Com a devida vênia, não parece ser o melhor entendimento. Primeiramente, conforme ANGELITO A. AIQUEL,⁽³⁾ “o legislador [constituente] não disse que são da competência do júri os crimes de dolo específico contra a vida, mas os crimes dolosos contra a vida”. Não cabe ao intérprete restringir o que o texto constitucional não restringiu. Tanto é assim que no chamado “homicídio mercenário” (art. 121, § 2º, I, do CP), por exemplo, a finalidade última do matador de aluguel é a obtenção do pagamento ou recompensa, e não a morte da vítima, que é apenas o meio para consecução do objetivo final, e ninguém discorda que se trata de um crime doloso contra a vida, de competência do júri.⁽⁴⁾ Ademais, acrescenta MARCELO FORTES BARBOSA:⁽⁵⁾ “E é também certo que o Júri, órgão especial da Justiça Comum, face a regra do art. 78, n. I do Código de Processo Penal, tem competência prevalente, vis atractiva, com relação a delitos que acompanham os delitos contra a vida, quer em conexão, concurso de crimes em suas formas, ou ainda em unidade complexa, já que a lei não faz distinções”.

O argumento topográfico também não merece prosperar. Segundo JOSÉ SALGADO MARTINS,⁽⁶⁾ “o preceito constitucional quis dar ao júri o julgamento de todos os crimes em que a vida constitui, isoladamente ou em concurso com outro bem jurídico, a ‘ratio’ incriminadora, desde que a lesão à vida esteja na esfera do dolo propulsor do delito”. Para determinar a competência do júri, portanto, a interpretação do que constitua “crime doloso contra a vida” não está vinculada à classificação dos crimes pelo Código Penal ou ao rol do art. 74, § 1º, do Código de Processo Penal, pois não pode o legislador ordinário retirar da competência do tribunal do júri crimes que, na essência, representam uma agressão dolosa à vida humana, considerando que nem mesmo emenda à Constituição poderia fazê-lo. Ora, seria possível que uma lei, por exemplo, que alterasse a legislação penal para retirar o crime de aborto sem o consentimento da gestante do rol dos crimes contra a vida, transferindo-o para um capítulo denominado “dos crimes contra a liberdade gestacional” (ou algo do gênero), o afastasse da competência do júri? A resposta só pode ser negativa, sob pena de se permitir ao legislador infraconstitucional estabelecer quais crimes dolosos contra a vida serão de competência do júri e quais serão julgados por juiz singular, burlando a previsão do art. 5º, XXXVIII, “d”, da CRFB. Da mesma forma, a competência do júri para o julgamento dos latrocínios não está subordinada a eventual alteração legislativa transformando o crime em modalidade qualificada de homicídio doloso (ou delito autônomo do capítulo “dos crimes contra a vida”). Não se pode interpretar a Constituição a partir do Código Penal ou do Código de Processo Penal. Sempre que o agente ceifar dolosamente uma vida humana, ou tentar fazê-lo, deverá ser julgado pelo tribunal do júri, independentemente do enquadramento típico da conduta.

Note que o plenário do Supremo Tribunal Federal, com base no art. 109, VI, da CRFB, já considerou ser de competência federal o crime de redução a condição análoga à de escravo (art. 149 do CP), muito embora não conste no rol dos crimes contra a organização do trabalho (arts. 197 a 207 do CP), sob o fundamento de que, na essência, tal delito violaria a organização do trabalho (STF, REsp 398.041-6/PA e REsp 459.510/MT). No julgamento do REsp 398.041-6/PA, consignou em seu voto o relator ministro **JOAQUIM BARBOSA**:⁽⁷⁾ “A Constituição, no art. 109, VI, determina que são da competência da justiça federal ‘os crimes contra a organização do trabalho’, sem explicitar que delitos se incluem nessa categoria. Embora no Código Penal brasileiro haja um capítulo destinado a tais crimes, o entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante é no sentido de que não há correspondência taxativa entre os delitos capitulados no referido Código e aqueles indicados na Constituição, cabendo ao intérprete verificar em quais casos se está diante de ‘crime contra a organização do trabalho’”.

O mesmo raciocínio, *mutatis mutandis*, é aplicável à espécie: O art. 5º, XXXVIII, “d”, da CRFB determina serem da competência do júri os “crimes dolosos contra a vida”, sem, no entanto, explicitar quais figuras delitivas se incluem nessa categoria. Não obstante o Código Penal possua um capítulo destinado aos “crimes contra a vida”, não há correspondência exaustiva entre tais delitos e aqueles indicados no texto magno como de competência do júri, cabendo ao intérprete a função de analisar em quais hipóteses se está diante efetivamente de um crime doloso contra a vida.

Por tais motivos, conclui **SALGADO MARTINS**,⁽⁸⁾ “a competência do júri deverá orientar-se, principalmente, pelo aspecto exterior do delito, desde que dele se possa inferir razoavelmente a existência do dolo contra a vida”. Assim, em que pese o entendimento majoritário consolidado na Súmula 603 do STF, o latrocínio, quando a morte for ocasionada dolosamente, deverá ser considerado, para fins de determinação da competência, crime doloso contra a vida, sendo julgado pelo tribunal do júri. Diversamente, quando se tratar de crime preterdoloso, tendo o resultado morte se dado de forma culposa, será de competência do juiz singular. O mesmo se aplica a outros crimes do Código Penal, como extorsão com resultado morte (art. 158, § 2º, do CP) e extorsão mediante sequestro com resultado morte (art. 159, § 3º, do CP), e até

mesmo a delitos previstos na legislação extravagante, como o genocídio, considerado isoladamente, quando praticado mediante homicídios ou abortos (art. 1º, letras “a”, “c” e “d”, da Lei 2.889/56).⁽⁹⁾

Notas

- (1) Nesse sentido, por exemplo, STJ, AgRg no HC 367.173/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, julgado em 16/03/2017, DJe 27/03/2017.
- (2) HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. v. 7. Rio de Janeiro: Forense, 1955. p. 57-58, com adaptações ortográficas.
- (3) AIQUEL, Angelito A. Algumas das restrições inconstitucionais à competência do júri. *Revista da Faculdade de Direito de Pôrto Alegre*, Porto Alegre, v. 2, n. 3, p. 629-651, 1951. p. 632.
- (4) Este argumento parece ser compartilhado por EUGÊNIO PACELLI e DOUGLAS FISCHER, ao afirmarem: “Nota-se que o crime de *latrocínio* (art. 157, § 3º, CP) não vem incluído como crime doloso contra a vida. A razão parece estar ligada ao sistema *finalista* da ação, dando-se primazia à finalidade dolosa dirigida diretamente contra a vida. No *latrocínio*, como se sabe, a conduta se dirigiria precipuamente ao patrimônio, surgindo o resultado morte como *inconveniente de percurso*. Vá que seja, mas o homicídio praticado como meio de obtenção de pagamento ou recompensa (art. 121, § 2º, I, CP) também não teria natureza semelhante?” (PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 181).
- (5) BARBOSA, Marcelo Fortes. O latrocínio face ao novo código penal. *Justitia*, São Paulo, v. 36, n. 87, p. 199-203, out.-dez., 1974. p. 201.
- (6) MARTINS, José Salgado. O júri e a sua competência fixada pela Constituição. *Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre*, Porto Alegre, a. 1, n. 1, p. 121-134, 1949. p. 134.
- (7) STF, RE 398.041/PA, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 30/11/2006, DJe-241 DIVULG 18/12/2008 PUBLIC 19/12/2008 EMENT VOL-02346-09 PP-02007 RTJ VOL-00209-02 PP-00869.
- (8) Idem, loc. cit., com adaptação ortográfica.
- (9) Nesse sentido, sustenta GUILHERME DE SOUZA NUCCI: “Note-se que aquele que ‘matar membros do grupo, com a intenção de ‘destruir, no todo ou em parte’ um agrupamento ‘racial’, está, em verdade, atentando contra a vida humana, porém, com finalidade específica. Parece-nos inviável sustentar que, nessa hipótese, surge um bem *acima* da vida humana, somente porque a motivação é especial. Por tal razão, voltando-se o agente contra a vida de membros de um grupo, com as finalidades previstas no art. 1º, *caput*, desta Lei [2.889/56], pensamos seja competência do Tribunal do Júri” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 656-657). Em sentido contrário, entendendo que o genocídio só será julgado pelo tribunal do júri quando houver conexão com crime doloso contra a vida, STF, REExt 351.487/RR, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/2006, DJ 10/11/2006 PP-00050 EMENT VOL-02255-03 PP-00571 RTJ VOL-00200-03 PP-01360 RT v. 96, n. 857, 2007, p. 543-557 LEXSTF v. 29, n. 338, 2007, p. 494-523.

Marco Aurélio Vogel Gomes de Mello

Bacharel em Direito pela UFF.

Especialista com treinamento em serviço na modalidade residência jurídica, em nível de pós-graduação *lato sensu*, pela UERJ.

Técnico superior jurídico da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.



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 Ávila Maronna

Ela Wiecko Volkmer de Castilho

Geraldo Prado

Sérgio Salomão Shecaira

OUVIDORA

Fabiana Zanatta Viana

A inconstitucionalidade do porte ilegal compartilhado de arma de fogo

Carlos Hélder Carvalho Furtado Mendes e José Muniz Neto

A atual política brasileira de desarmamento foi implementada pela Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003, vulgo Estatuto do Desarmamento. Dentre os vários preceitos constantes nessa legislação, constam um rol de crimes e penas, dentre eles o crime de porte ilegal de arma de fogo em duas modalidades, as armas de uso permitido e as de uso proibido.

Desde então, os tribunais pátrios foram constantemente instados a se manifestarem sobre fatos que se enquadravam nos citados tipos penais. Nos diversos entendimentos exarados sobre os mencionados crimes, um chama a atenção: o reconhecimento da conduta de porte ilegal compartilhado de arma de fogo. Daqui surge o problema a ser analisado: é constitucional o reconhecimento jurisprudencial do crime de porte ilegal compartilhado de arma de fogo na ordem jurídica brasileira?

Para ilustrar o que aqui se afirma, o STJ, em decisão publicada em 26 de fevereiro de 2018, no *HC 352523/SC*,⁽¹⁾ decidiu que “*As circunstâncias em que a prisão dos acusados foi efetuada evidenciam que o porte da arma de fogo apreendida era compartilhado, razão pela qual resta clara a presença de unidade de desígnios para a prática delituosa, não havendo se falar em absolvição do paciente. Decerto, ainda que se trate de crime unissubjetivo, admite-se a coautoria quanto ao delito do art. 16 da Lei n. 10.826/2003*”. Imediatamente se deve questionar como ocorreria esse compartilhamento. No caso em comento, sustentou-se que a arma foi adquirida em unidade de desígnios e que ora era transportada por um dos indivíduos, ora pelo outro.

O crime de porte ilegal de arma de fogo, como exposto, subdivide-se em dois. Primeiro, o porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, presente no art. 14 do Estatuto, consistente nas condutas de “*Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar*”. Além dele, o art. 16 do mesmo diploma prevê a posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, que se traduz em “*Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar*”. Este último ainda traz uma série de condutas equiparadas ao seu

parágrafo único. O recorte metodológico que aqui se faz em ambos os tipos é para a conduta de portar. O porte se refere à possibilidade de carregar o objeto consigo fora dos limites da residência ou estabelecimento comercial dentro do qual é permitida a utilização (art. 14 e parte do art. 16 do diploma legal mencionado).

Sobre as características principais dos citados crimes, destaca-se que são tipos penais alternativos ou de ações múltiplas, os quais podem ser consumados pela prática de qualquer dos verbos nucleares constantes na norma penal e a prática de mais de um dos verbos importa na realização de uma única conduta delituosa; ambos são tipos penais em branco heterogêneos, pois exigem complementação por ato normativo diverso de lei para determinar o que é o “desacordo com determinação legal ou regulamentar”; são crimes de perigo abstrato e de mera conduta, podendo ser consumados inclusive se a arma estiver desmuniada;⁽²⁾ por fim, e o que realmente releva para o presente estudo, são as discussões se tais crimes são de mão própria ou se são unissubjetivos.

Os crimes de mão própria possuem como enfoque a pessoa do agente. Para a sua prática é necessário um “sujeito ativo qualificado”,⁽³⁾ sendo somente ele capaz de cometer a conduta delituosa diretamente, não admitindo coautoria e autoria mediata, somente participação.⁽⁴⁾ Por outro lado, os delitos unissubjetivos (monossubjetivos ou de concurso eventual) dizem respeito à quantidade de sujeitos capazes de cometer o delito ao mesmo tempo. São unissubjetivos os delitos que podem ser praticados por apenas uma pessoa, ou seja, permitem que possam ser praticados por um ou por vários indivíduos na mesma empreitada criminosa, o que leva à conclusão que permitem tanto coautoria quanto autoria mediata e participação.⁽⁵⁾ Nota-se, portanto, que as duas classificações não permitem coexistência, uma vez que há nos crimes de mão própria a impossibilidade de coautoria ou de autoria mediata.

No citado *HC 352523/SC* em que o STJ decidiu pela possibilidade de coautoria no crime de porte ilegal de arma de fogo, considerou-se o tipo como um crime unissubjetivo. O argumento utilizado para defender a possibilidade de compartilhamento desse porte ilegal foi a unidade de desígnios entre os envolvidos. Essa unidade de desígnios deve ser compreendida como presente quando preenchidos os requisitos para o concurso de agentes no Direito Penal, quais sejam: pluralidade e relevância causal das condutas; liame subjetivo ou vínculo psicológico entre os participantes

e identidade da infração.⁽⁶⁾ Além desse requisito, o HC 198.186/RJ, também citado anteriormente, ainda inclui a possibilidade de disposição por todos os coautores da arma de fogo como elemento necessário para atestar a responsabilidade subjetiva dos agentes.

No entanto, esse posicionamento não é unânime. Há decisões que sustentam a classificação como crime de mão própria ao crime de porte ilegal de arma de fogo. Cite-se, por exemplo, o acórdão proferido pelo TJ-RJ na Apelação Criminal 0015848-64.2010.8.19.0004,⁽⁷⁾ de autoria do desembargador Paulo Rangel, que entendeu que o crime em comento não permite sua realização por mais de uma pessoa ao mesmo tempo.

Esse parece ser o entendimento mais correto. A conduta de “portar” deve ser compreendida como o ato de “carregar consigo; levar, conduzir [...]”,⁽⁸⁾ o que demonstra uma clara impossibilidade de se portar ao mesmo tempo determinado objeto por mais de uma pessoa. Reconhecida essa impossibilidade física de realização conjunta do crime em questão, não há o que se falar na sua execução compartilhada, ou melhor, antes disso, não se pode afirmar que outro indivíduo que não aquele que efetivamente portava ilegalmente a arma de fogo cometeu tal crime, a não ser que se tenha uma situação bem clara de porte compartilhado, por exemplo, que ambos os agentes segurem a arma ao mesmo tempo.

No caso concreto inscrito no HC 352523/SC não se poderia falar em coautoria do crime de porte ilegal, mas sim em autórias separadas, individuais, de cada agente a partir da efetiva conduta de portar ilegalmente a arma de fogo. Para tanto, há necessidade de comprovação nos autos, o que foi realizado no referido acórdão,⁽⁹⁾ defendidas todas as garantias de contraditório e ampla defesa do acusado, do porte real por parte dos envolvidos, sob pena de se condenar alguém objetivamente, uma vez que não se estaria diante de uma responsabilização baseada no princípio da culpa e todos os componentes subjetivos dele decorrentes. Por outro lado, a condenação por um suposto porte compartilhado entre indivíduos que atuem em uma mesma empreitada criminosa, mas que apenas um ou alguns possuam ou tenham possuído o porte ilegal durante o ato, é flagrantemente inconstitucional, pela não obediência ao princípio da responsabilização subjetiva, individual do réu.

Diante dessas considerações, o reconhecimento da unissubjetividade do crime de porte ilegal de arma de fogo viola claramente o princípio da legalidade previsto no ordenamento brasileiro (art. 5º, XXXIX, CRFB/88 e art. 1º, CP). Este deve ser compreendido na sua dupla perspectiva, em sentido amplo e estrito. A legalidade em sentido amplo determina que não há crime e nem pena sem prévia determinação legal.⁽¹⁰⁾ Por outro lado, a legalidade em sentido estrito, também denominada de princípio da taxatividade, prescreve que o tipo penal deve ser certo, deve conter expressamente todas as condutas que o legislador

efetivamente quis proibir, impedindo, assim, criminalizações genéricas ou vagas.⁽¹¹⁾ O conteúdo total do princípio da legalidade serve como limitador do *jus puniendi* estatal; portanto, atua como garantia do acusado para, em uma visão negativa, saber efetivamente aquilo que lhe é vetado e, em uma visão positiva, aquilo que lhe é permitido.

Portanto, como demonstrado ao longo deste estudo, a conduta de portar ilegalmente de forma compartilhada não está abrangida pelos tipos penais dos arts. 14 e 16 do Estatuto do Desarmamento. Há, antes de tudo, dificuldade material, concreta no compartilhamento da arma de fogo. A interpretação aplicada pelos tribunais no sentido de admitir a coautoria nesses crimes deve ser vista como clara analogia *in malam partem*, a qual é vedada na nossa ordem jurídica.⁽¹²⁾ É importante que se compreenda que a utilização do verbo “portar” possui algum sentido e intenção por parte do legislador, de maneira que, antes de qualquer outra forma de interpretação, deve-se realizar a interpretação exegética para verificar a amplitude das palavras utilizadas no tipo, uma vez que não se “pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”.⁽¹³⁾ Em resumo, “[...] no Direito Penal e Processual Penal, palavra é limite, palavra é legalidade, as palavras ‘dizem coisas’ e nos trabalhos de lupa em cima do que diz a palavra e do que o intérprete diz que a palavra diz (Lenio Streck)... Logo, nunca se diga que é ‘apenas’ palavra (Coutinho), pois a palavra é tudo”.⁽¹⁴⁾ Assim, resta caracterizada a inconstitucionalidade das compreensões jurisprudenciais de reconhecimento do crime de porte ilegal compartilhado de arma de fogo, por violação dos princípios da legalidade e da responsabilização subjetiva do indivíduo.

Notas

- (1) STJ - HC: 352523 SC 2015/0047998-6, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 20/02/2018, Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 26/02/2018. Inobstante, não se trata de uma decisão isolada. Além de ter sido proferido o mesmo entendimento em outros julgados do STJ, a exemplo do HC 198.186/RJ, Rel. Min. JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 05/02/2014, ele também é facilmente encontrado em decisões proferidas nos tribunais inferiores pátrios.
- (2) STF - HC: 117206 RJ, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 05/11/2013, Segunda Turma, DJe 20/11/2013.
- (3) Nucci, Guilherme de Souza. Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 396
- (4) BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 24 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 416 (livro eletrônico); FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito Penal: parte geral, 2. ed., 2ª reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 305; GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral. v. 1., 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017. p. 244-245 (livro eletrônico); JESUS, Damásio de. Direito penal: parte geral. v. 1, 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 228-229; NUCCI, Guilherme de Souza. Ibidem, p. 396-397; PACHELLI, Eugênio. Manual de direito penal: parte geral, 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016. p. 160-161 (livro eletrônico).
- (5) BITENCOURT, Cezar Roberto. Ibidem, p. 415-416; GRECO, Rogério. Ibidem, p. 264-265; NUCCI, Guilherme de Souza. Ibidem, p. 406-407; PACHELLI, Eugênio. Ibidem, p. 160.
- (6) BITENCOURT, Cezar Roberto. Ibidem, p. 815-817; GRECO, Rogério. Ibidem, p. 563-564; JESUS, Damásio de. Ibidem, p. 462 e ss; NUCCI, Guilherme de Souza. Ibidem, p. 694, o qual ainda inclui a “existência de fato punível” como requisito; PACHELLI, Eugênio. Ibidem, p. 269-270.
- (7) TJ-RJ - APL: 00158486420108190004 RJ 0015848-64.2010.8.19.0004, Relator: DES. PAULO SERGIO RANGEL DO NASCIMENTO, Data de Julgamento: 17/03/2015, TERCEIRA CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 24/03/2015.
- (8) FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Miniaurélio Século XXI Escolar: o minidicionário da língua portuguesa. Coord. Margarida dos Anjos, Maria Baird Ferreira. 4. ed., rev. ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000. p. 547;

- GAMA KURY, Adriano da (superv.). Minidicionário Gama Kury da Língua Portuguesa. Ubiratan Rosa (org.). São Paulo: FTD, 2001. p. 618.
- (9) “Ora, tendo reunido o conjunto probatório provas firmes no sentido de que ambos os acusados, Guilherme Rodrigues Rodakowski e Cleiton Galvani, praticaram o delito previsto no art. 16, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.826/03 - posto que dirigiram-se até os fundos do salão Líder Club, no município de Jaraguá do Sul, e adquiriram, em unidade de designios, um revólver, marca Taurus, calibre 38, com numeração raspada, passando, a partir de então, a transportá-lo, ora um, ora outro, sem autorização e em desacordo com determinação legal -, flagrante a coautoria e, portanto, a necessidade de condenação de ambos pela prática do delito de porte ilegal de arma de uso restrito” (destacou-se).
- (10) BITENCOURT, Cezar Roberto. *Ibidem*, p. 67-68; GRECO, Rogério. *Ibidem*, p. 173 e ss.; JESUS, Damásio de. *Ibidem*, p. 51; NUCCI, Guilherme de Souza. *Ibidem*, p. 129-131; PACHELLI, Eugênio. *Ibidem*, p. 91-92; PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal – Parte Geral: a teoria da infração como teoria da decisão penal*, 3ª ed. Lisboa: AAFDL, 2017. p. 82 e ss.
- (11) BITENCOURT, Cezar Roberto. *Ibidem*, p. 68 e ss.; NUCCI, Guilherme de Souza. *Ibidem*, p. 146 e ss.; PACHELLI, Eugênio. *Ibidem*, p. 94-95; PALMA, Maria Fernanda. *Ibidem*, p. 87.
- (12) BITENCOURT, Cezar Roberto. *Ibidem*, p. 290 e ss.; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Ibidem*, p. 187 e ss.; GRECO, Rogério. *Ibidem*, p. 122 e ss.; JESUS, Damásio de. *Ibidem*, p. 51; NUCCI, Guilherme de Souza. *Ibidem*, p. 228-230; PACHELLI, Eugênio. *Ibidem*, p. 92-93; PALMA, Maria Fernanda. *Ibidem*, p. 84.

- (13) STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 64.
- (14) LOPES JR, Aury. Teoria geral do processo é danosa para a boa saúde do processo penal. Consultor Jurídico. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processo-danosa-bom-saude-processo-penal>>. Acesso em: 27 out. 2018.

Carlos Hélder Carvalho Furtado Mendes
Mestrando em Ciências Criminais pela PUCRS.
Pós-graduado em Ciências Penais e em Direito Penal
Econômico.
Advogado.

José Muniz Neto
Mestrando em Direito Penal e Ciências Criminais pela
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal.
Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal.
Advogado.

A criminalização do *revenge porn*: análise do art. 218-C (Código Penal)⁽¹⁾

Leandro Ayres França e outros

(Grupo de Estudos em Criminologias Contemporâneas)

A Lei 13.718/2018, promulgada em 24/09/2018, alterou o Código Penal, estabelecendo como crimes a importunação sexual (art. 215-A) e a divulgação de cena de estupro e de cena de sexo, nudez ou pornografia sem consentimento (art. 218-C). Estabeleceu causas de aumento de pena, além de ter tornado pública incondicionada a ação penal para os crimes contra a dignidade sexual. Em razão de o fenômeno contemporâneo do vazamento não consentido de imagens íntimas ter sido objeto de pesquisa do nosso grupo de estudos (www.projeto vazou.com), o presente artigo se atém mais especificamente à redação do novo art. 218-C.

Havia uma expectativa de criminalização do vazamento não consentido de imagens íntimas a partir do Projeto de Lei da Câmara 18/2017 (originalmente PL 5.555/2013). A sua proposta final incluía a violação da intimidade no âmbito da violência psicológica descrita na Lei Maria da Penha (art. 7º, II) e previa a criminalização, no próprio Código Penal, do registro (art. 216-B) e da divulgação (art. 216-C) não autorizados da intimidade sexual.

No entanto, a alteração legislativa no CP derivou do Projeto de Lei 5.452/2016. Originalmente, esse PL pretendia tipificar o crime de divulgação de cena de estupro e previa causa de aumento de pena para o crime de estupro cometido por duas ou mais pessoas. Em dezembro de 2016, o Parecer do Relator da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) recomendou a complementação do tipo, de modo

a criminalizar também as hipóteses em que a divulgação tivesse por objeto não apenas cena de estupro, mas também de sexo explícito ou de pornografia sem o consentimento da vítima, com uma pena privativa de liberdade de 3 meses a 1 ano, qualificada para o caso de o crime ser cometido por agente que manteve qualquer relação íntima de afeto com a vítima, ou com o fim de vingança ou humilhação (2 a 5 anos). Em novo Parecer da CCJC, a partir das análises feitas pela Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher e das sugestões constantes das proposições apensadas ao projeto principal, o tipo penal ganhou novo posicionamento (art. 218-C); foram sugeridos a exclusão da palavra “explícito” da expressão “sexo explícito”, em razão da subjetividade que o critério poderia carregar, e o acréscimo do termo “nudez”, para englobar a divulgação não consentida de imagens íntimas que não contivessem cena de sexo ou não fossem de caráter pornográfico; a pena em abstrato foi aumentada para 2 a 5 anos; a qualificadora anterior se tornou uma causa de aumento de pena de um a dois terços (§ 1º); e foi prevista uma excludente de ilicitude específica (§ 2º). Posteriormente, tendo em conta o art. 241-A, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), foi incluída a ressalva de que o artigo apenas deveria ser aplicado se o fato não constituísse crime mais grave.

Ainda que devam ser reconhecidos os esforços por uma adequada elaboração legislativa (*legislative drafting*), ou seja,

por uma forma apropriada de expressar o conteúdo pretendido pelo texto normativo (aspecto linguístico), encontramos problemas de técnica legislativa (estrutura formal) e de conteúdo (MADER, 2001):

- O posicionamento do novo tipo penal demonstra uma má técnica legislativa. O art. 218-C foi disposto no capítulo dos crimes sexuais contra vulneráveis, o que pode restringir sua aplicação nos casos em que a vítima não for considerada penalmente vulnerável. Menores de 14 anos de idade são penalmente vulneráveis; mas, nesse caso, aplicam-se os arts. 241 e 241-A, do ECA. Também são penalmente vulneráveis as pessoas que não têm o necessário discernimento para a prática do ato sexual e aquelas que não podem oferecer resistência. Nesse sentido, o critério da ausência de consentimento para a configuração do crime de vazamento de imagens íntimas torna-se um contrassenso porque elas sequer consentiram com o ato sexual.

- Na redação final do art. 218-C, perdeu-se a oportunidade de criminalizar a conduta de registro (fotografar, filmar) não autorizado, como previa o PLC 18/2017. Do mesmo modo, não virou crime a posse ou o armazenamento dos arquivos (diferentemente do previsto no criticável art. 241-B, ECA). Assim, alguém que grava e/ou guarda, sem consentimento, um arquivo íntimo, sem posteriormente compartilhá-lo, não comete o crime do art. 218-C.

- O art. 218-C não prevê a responsabilização das empresas de serviço de rede social pela distribuição desse material, cabendo a elas somente a regra especial de responsabilização subsidiária de provedores prevista no art. 21, do Marco Civil da Internet.

- Ainda que tenha previsto um aumento de pena para os casos em que o agente mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou tenha vazado as imagens com o fim de vingança ou humilhação, acertando na maior reprovação dessas situações, o artigo não traz a previsão de aumento de pena para os casos de graves consequências do compartilhamento não consentido, como o desenvolvimento de transtornos psicológicos, assédios e agressões públicas, automutilações e até mesmo suicídio da vítima. Por ora, para esses casos, tem o julgador a opção de aumentar a pena na análise das circunstâncias judiciais do art. 59, CP, em razão das consequências do crime.

- Numa variedade de possibilidades para a realização de um propósito, para cumprir um padrão de comportamento (campanhas informativas, sanções pecuniárias, medidas alternativas etc.), decidiu-se exclusivamente pela pena privativa da liberdade, mantendo-se a falida tradição de se utilizar o aprisionamento como norte sancionatório. O nosso ordenamento já prevê outras formas de sanção penal que poderiam ser mais adequadas, como as possibilidades das restritivas de direitos: prestação pecuniária à vítima, perda de bens (dispositivos utilizados para o compartilhamento indevido) e prestação de serviços à comunidade. Além disso, porém, o novo regramento poderia ter inovado o ordenamento

jurídico com outras sanções imagináveis, como uma medida educativa de comparecimento a programa sobre as violências contra as mulheres ou até mesmo a proibição temporária de utilizar telefones celulares (medida que, ainda que de difícil aplicação prática, se corretamente aplicada, teria um forte efeito dissuasivo pela contemporânea dependência desses aparelhos). E mais: a pena privativa de liberdade, prevista em 1 a 5 anos, não encontra paralelo no direito comparado. Em recente pesquisa (NERIS et al, 2017, p. 339-340) que analisou o processo de criminalização do vazamento não consentido de imagens íntimas em 27 países, constatou-se que, dos onze países que já dispunham de legislação específica sobre essa prática, em apenas 3 deles as penas máximas ultrapassavam 2 anos de prisão para casos com vítimas maiores de idade; e, dos dez países que somente tinham, à época, projetos de lei para isso, a maioria tratava exclusivamente como uma questão penal; e a média para as penas máximas oscilava entre 2 e 3 anos.

Existe uma perspectiva instrumental da legislação – o que certamente fundamentou esse processo legislativo – de que a criminalização pode ser um instrumento de orientação e controle social, na tentativa de resolver um problema alterando o comportamento daqueles para quem ela é endereçada; mas essa concepção não passa de uma premissa romântica do Direito Penal. Uma análise crítica do processo legislativo e da redação final do art. 218-C sugere que a inovação legal parece ser, utilizando a distinção feita por **Saló de Carvalho** (Boletim IBCCRIM, n. 193), mais um projeto para um caso emergencial (e o *revenge porn* é, de fato, um problema contemporâneo que precisa ser compreendido e enfrentado) do que um projeto idealizado a partir de uma atividade racionalmente orientada e voltada a realizar propósitos específicos. Em outras palavras, esse ato legislativo é muito mais um ato simbólico, que traduz a ciência de um problema pelas autoridades políticas e a expressão de que estão atentas às preocupações públicas, porém sem qualquer ambição real de produzir resultados práticos.

Não cabe à criminologia fazer prognósticos. Somente com o tempo será possível indicar se o novo crime do art. 218-C cumprirá com as necessárias *efetividade* (extensão à qual os comportamentos observáveis da população alvo da lei correspondem ao, e são uma consequência do, modelo normativo), *eficácia* (extensão à qual a ação legislativa atinge seu objetivo) e *eficiência* (relação “custo/benefício” do ato legislativo, que não se limita às consequências financeiras e deve levar em conta fatores não materiais) (MADER, 2001). Por ora, nos parece que resolver a questão do *revenge porn* simples e exclusivamente com sua criminalização parece uma boa forma de não resolvê-la realmente.

Referências

- MADER, Luzius. Evaluating the effects: a contribution to the quality of legislation. *Statute Law Review*, v. 22, n. 2, p. 119-131, 2001.
- NERIS, Natália; RUIZ, Juliana Pacetta; VALENTE, Mariana Giorgetti. Análise comparada de estratégias de enfrentamento a “revenge porn” pelo mundo, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

Nota

- (1) Trabalho apresentado no encontro do Grupo de Estudos em Criminologias Contemporâneas (coordenado por Leandro Ayres França, em Porto Alegre) com o Grupo de Pesquisa Modernas Tendências do Sistema Criminal (coordenado por Paulo César Busato, em Curitiba), realizado em Curitiba, na tarde de 20 de outubro de 2018. São coautores deste texto: Alice Gonçalves dos Passos, Carlos Adalberto Ferreira de Abreu, Diego da Rosa dos Santos, Donélia Souza, Douglas Ferreira da Silva, Flávia Kolling, Gabriela Jardim, Gedeon Antunes Possamai, Jaison Soares, Jéssica Veleza Quevedo, Leandro Ayres França, Paulo André Torres e Renan Zambon Braga.

O texto foi submetido em 23/10/2018 e aprovado para publicação em 03/12/2018. Posterior a isso, a Lei 13.772/2018, de 19/12/2018, diretamente derivada do PL 5.555/2013, incluiu a violação da intimidade como uma violência psicológica (art. 7º, II, Lei Maria da Penha)

e criminalizou o registro não autorizado da intimidade sexual (novo art. 216-B, CP). A proposta de criminalização da divulgação não autorizada da intimidade sexual (que seria o art. 216-C, CP) foi rejeitada porque essa conduta – segundo a Relatora da CCJC, Deputada Cristiane Brasil – já estaria abrangida pelo recente tipo penal do art. 218-C, CP (parecer equivocado, conforme nossos argumentos acima).

Leandro Ayres França e outros
Pós-doutorado em andamento pelo Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da PUCRS.
Doutor e mestre pelo mesmo programa.
Professor de Direito Penal e Processo Penal da Faculdade Estácio Rio Grande do Sul.

Precisamos falar sobre cárcere e necropolítica

Roberto Barbosa de Moura

O abandono das missões declaradas das políticas RE's (ressocialização, readaptação, reinserção) tornou o cárcere, em seu amorfismo pleno, aparato neutralizador e castigador (**GARLAND**, 2008, p. 59) do outro. Assim, o cárcere se torna precipuamente uma forma de controle dos indesejados.

Contudo, a governamentalidade mortífera dentro do cárcere – em claro círculo de morte-presença (**FREITAS JR.**, 2017), como morte que pode ocorrer a todo instante –, advinda de uma dinâmica própria da prisão, em que o gosto de *thanatos* fustiga a saliva cotidianamente, para além de uma conceituação genérica axiomática, precisa ser analisada na realidade em suas determinações, concretudes e particularidades.

Um trabalho bastante aprofundado, denominado *Mortes nos cárceres de Alagoas entre 2012 e 2015* (**ASSIS; MOURA**, 2018), traz um dado relevante quanto à construção discursiva de quem deve morrer no sistema penitenciário. Por meio de entrevistas e discursos nos processos judiciais, resta claro quem é o inimigo do inimigo: tarados, cabanos, caguetas e mãos-limpas.

Observam-se então os meandros de determinada narrativa histórica que retrata e dá concretude a essa construção discursiva, encontrada em um processo judicial sem segredo de justiça do Tribunal de Justiça de Alagoas (2016).

J.L.F., advindo da cidade X, 18 anos, preso e encaminhado para a delegacia do seu município, ao chegar à cela encontra M.M., que o espanca e o estupra dentro da delegacia.

Ocorre que o município X não possui cárcere e os presos que estão na delegacia são encaminhados ao Complexo Penitenciário ou para o presídio no interior, em dinâmicas sem nenhuma racionalidade quanto ao domicílio do preso ou quanto a onde o mesmo poderá estabelecer melhor convívio. Apenas as mobilidades são critério de gerenciamento de um sistema que possui um excedente de 928 presos (SERIS, 2018), tal como observado por **Rafael Godoi** no que se refere à realidade paulistana (2015).

Um homem estuprado, violado em todos os seus espaços, inclusive sexual, neutralizado e desumanizado, J.L.F.

Tempos após, J.L.F. foi transferido para outra unidade no Complexo Penitenciário, momento em que encontra seu algoz no mesmo módulo.

Destaque-se o fato de M.M. ser um tarado; bem como, o fato de J.L.F. não possuir mais honra no cárcere, visto que, em um espaço onde o que conta é virilidade, violência e força, o fato de você ser estuprado destrói as únicas possibilidades de subjetividade dentro do presídio, ocorrendo por isso a neutralização plena do sujeito.

J.L.F., embebido de raiva por M.M., convida-o para a cela 02, enforca-o com um lençol, pisa-o com muita força no intuito de subjugar-lo. E, após matá-lo, arrasta M.M. até o pátio coberto.

Eis aqui a dinâmica mortífera no sistema penitenciário, como já bem alertado pela professora **Maria Lúcia Karam** em 1993: “Grande parte destes homicídios brutais, entre os próprios presos, nasce da convivência forçada, que faz com que qualquer incidente, qualquer divergência, qualquer desentendimento, qualquer antipatia, qualquer dificuldade de relacionamento, assumam proporções insuportáveis. O desgaste da convivência entre pessoas, que, eventualmente, não se entendam, aqui é inevitável. As pessoas que não se ajustam, os inimigos são obrigados a se ver todos os dias, a ocupar o mesmo espaço, o que, evidentemente, acirra os ânimos, eleva a tensão, exacerba os sentimentos de ódio, levando, muitas vezes, a que um preso mate outro (...) (p.182).”

Essa morte constitui o primeiro grau da sobrevivência (**MBEMBE**, 2006, p. 66). Certamente J.L.F. teria que matar M.M. para poder sobreviver no sistema penitenciário. Tais mortes invisíveis, tão comuns, são fruto de um espaço inserido em um dispositivo de soberania, que torna as vidas insignificantes e violáveis. **Mbembe** suscita que o espaço em que se exerce a soberania é a chave para o valor e o desvalor das vidas. (p. 45).

O autor entende que a necropolítica é justamente a união entre biopoder, estado de sítio e estado de exceção; justamente uma política que responde à indagação de em quais condições práticas se exerce o direito de matar, ou melhor – sobre quem pode viver e quem pode morrer.

Na narrativa apresentada, conclui-se que o inimigo do inimigo é aquele cuja vida tem que ser suprimida, como critério de sobrevivência. Logo, esse espaço necropolítico de gestão dos indesejáveis, adstritos a uma lógica colonial, torna a violência um fim em si mesmo. Um fim para (sobre) viver.

Eis um aspecto da necropolítica e do cárcere, na vida nua, crua e putrificada.

Referências

- ALAGOAS. Secretaria de Estado de Ressocialização e Inclusão Social – SERIS/AL. Mapa Carcerário. Disponível em: <http://www.seris.al.gov.br/arquivos/MAPA%2009_14.09.2018%20A%2017.09.2018.pdf>. Acesso em: 20 set. 2018.
- ALAGOAS. Tribunal de Justiça de Alagoas. Ação Penal nº 0712170-

70.2016.8.02.0001, da 9ª Vara Criminal da Capital do Tribunal de Justiça de Alagoas, 13 de maio de 2016. (Sem Segredo de Justiça).

FERREIRA, Amanda Assis; MOURA, Roberto Barbosa. Mortos nos cárceres de Alagoas entre 2012 e 2015: A dinâmica prisional e a função de morte no biopoder. In: BLOOD, Renata Luciane Polsaque Young (org.). Fenômenos sociais e direito. v. 3. 3. ed. Ponta Grossa/PR: Atena, 2018. p. 112-133.

FREITAS JUNIOR, Renato de Almeida. Prisões e quebradas: o campo em evidência. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Paraná.

GARLAND, David. A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GODOI, Rafael. 2015. Fluxos em cadeia: as prisões em São Paulo na virada dos tempos. Tese (Doutorado em Sociologia) – Departamento de Sociologia, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo.

KARAM, Maria Lúcia. Dos crimes, penas e fantasias. Niterói: Luam, 1991.

MBEMBE, Achille. Necropolítica: seguido de sobre el gobierno privado indirecto. Tradución y edición: Elizabeth falomir Archambault. Espanha: Melusina, 2011.

Roberto Barbosa de Moura

Estudante de Direito – Unit/AL.

Participante do Grupo de Estudos Avançados – GEA – Escolas
Penais/2018 – Maceió/AL (IBCCRIM).

Associado ao IBCCRIM.

O crack, o neoliberalismo e o racismo de Estado

Eduardo Neves Lima Filho

A chamada “Cracolândia”, na cidade de São Paulo, não é tão recente, existindo pesquisas sobre a geografia dessa região desde pelo menos meados da década de 1990 (RUI, 2016). A concentração cada vez maior de compradores e vendedores na região, fez com que gestores públicos declarassem uma verdadeira guerra contra os ocupantes da Cracolândia. Dentre as armas utilizadas nessa guerra, destaca-se a chamada internação compulsória de usuários de crack (Lei 10.216/2001).⁽¹⁾ Desde o ano de 2012, vemos a realização de internações compulsórias de usuários de crack, inicialmente na cidade do Rio de Janeiro e em seguida na cidade de São Paulo.

Além dessa medida, a presença de policiais militares e da guarda municipal é constante na “Cracolândia”. Os policiais militares, cotidianamente, realizam rondas em viaturas e com a cavalaria; e guardas municipais estão presentes todos os dias vigiando os usuários (RUI, 2012), supostamente tentando diferenciá-los dos traficantes.

Prédios da área foram demolidos (FOLHA DE S. PAULO, 2017); e limpezas diárias são realizadas, com a retirada das pessoas do local durante o processo, e com a utilização de jatos de água para impedir que sejam montados barracos ou estruturas fixas no local (FOLHA DE S. PAULO, 2018). Essas limpezas acabam por gerar conflitos com a polícia, acarretando na ampla utilização de gás lacrimogêneo, prisões

e agressões (FOLHA DE S. PAULO, 2018).

Nesse contexto, podemos ver que as medidas voltadas contra indivíduos em situação de rua, em especial contra os usuários de crack, intensificam-se a cada dia na Cracolândia, na cidade de São Paulo. Verificamos a adoção de medidas segregadoras, alienantes e violentas, que atingem os ocupantes dessas áreas urbanas, medidas que se confundem com verdadeiras práticas de higienização voltadas à preservação estética da cidade.

A violência é exercida de forma indiscriminada contra os ocupantes do local, sob a justificativa de combater o tráfico de drogas, de prender os supostos traficantes que atuam na área.

Todavia, a venda de drogas e o uso de drogas ocorre em vários lugares e por pessoas com rendas diferenciadas, mas o uso de violência e repressão se dá de forma seletiva. É notório o amplo uso de drogas em festas frequentadas por indivíduos costumeiramente classificados como de classe média, sem que vejamos, porém, qualquer mobilização policial para reprimir e prender os compradores e vendedores.

A atuação seletiva pode ser melhor compreendida pela noção de biopolítica, definida por Michel Foucault. De acordo com o autor, a partir do século XVIII, vimos a consolidação de técnicas de poder massificantes, direcionadas ao homem-espécie (FOUCAULT, 2005).

Podemos pensar que a proibição e a repressão às drogas correspondem à articulação entre mecanismos disciplinares – que recaem sobre os indivíduos usuários e vendedores – e mecanismo regulamentadores – que recaem sobre a população como um todo e que podem ser evidenciados pela proibição de venda e consumo de drogas, o que as pessoas podem ou não fazer com seus corpos, bem como na seleção de quais substâncias podem ser usadas e quais não podem, criando o binário drogas lícitas/drogas ilícitas.

Assim, identificamos a normalização que recai sobre as drogas como aquilo que permite a repressão sobre o corpo dos indivíduos, com a incidência de mecanismos disciplinares como o presídio, a polícia e os hospitais de internação; ao mesmo tempo, ao se determinar quais substâncias são ilícitas ou lícitas, favorece-se o controle da população, o controle de massas, com influência política e econômica correspondente.

A proibição do uso e da venda de drogas está diretamente relacionada com a manutenção de desigualdades sociais; e a criminalização⁽²⁾ é uma forma de manutenção das desigualdades. Da mesma forma que os bens, que a propriedade, é distribuída de forma desigual, uns com muitos e outros com poucos, a criminalidade corresponde a um “bem negativo” que também é distribuído de forma desigual (BARATTA, 2002) e de forma inversamente proporcional.

Além da normalização relacionada à criminalização das drogas, constata-se uma espécie de normalização dentre as drogas ilícitas: as diferentes formas de ver e de tratar usuários de diferentes tipos de drogas ilícitas. Regra geral, a criminalização de drogas específicas tem relação direta com questões sociais e raciais, gerando variadas formas de agir e reagir contra os usuários e vendedores de acordo com o tipo de droga em questão.

O início da criminalização de várias espécies de drogas não teve real origem em argumentos de saúde pública, mas sim em questões outras, geralmente econômico-sociais; e posteriormente recebeu uma roupagem de ciência (p.ex. ciência médica e psiquiátrica). Batista (2003), ao tratar da criminalização das drogas nos Estados Unidos da América, nos lembra que a criminalização da maconha tinha como carga ideológica a sua associação com imigrantes mexicanos que ameaçavam a oferta de mão de obra no período da Depressão, o que também ocorreu com a migração chinesa na Califórnia, que foi associada ao ópio.

Por tais questões, podemos dizer que é possível identificarmos estratificações dentro da normalização. A título de exemplo, podemos citar a maconha, que atualmente é muito mais tolerada do que há alguns anos. O crack, por sua vez, apesar de não ser uma droga nova, já existindo registro de sua chegada ao Brasil há pelo menos duas décadas, vem recebendo um tratamento diferente nos últimos anos.

Com a utilização da internação compulsória em algumas cidades do Brasil, dentre elas São Paulo, nota-se uma clara tentativa de refortalecer o discurso médico-psiquiátrico,

associando a imagem do usuário de crack à pessoa com doença mental.

Esse contexto, em especial o quadro atual da Cracolândia, está relacionado diretamente com a sociedade da normalização, que, de acordo com Foucault (2005), corresponde à sociedade onde se cruzam a norma disciplinar e a norma da regulamentação. Nessa tecnologia de poder, que tem como objeto e como objetivo a vida, vai se exercer o direito de matar e a função do assassinio (função de morte), a qual só é possível com a intervenção do racismo.

De acordo com Foucault, racismo é, primeiramente, um corte. O corte entre o que deve viver e o que deve morrer. De acordo com o autor, o racismo corresponde à qualificação de certas raças como boas e outras como inferiores; fragmentar o campo biológico, do qual o poder se incumbiu, é uma forma de defasar uns grupos da população em relação a outros grupos. Assim “*essa é a primeira função do racismo: fragmentar, fazer cesuras no interior desse contínuo biológico a que se dirige o biopoder*” (FOUCAULT, 2005, p. 305).

O racismo tem também uma segunda função, a função de estabelecer uma relação positiva, no sentido de que, quanto mais se deixar morrer, mais se viverá. Essa relação entre maximizar a vida por meio do fazer morrer é o que Foucault chama de relação guerreira. O racismo faz funcionar essa relação guerreira de uma forma totalmente nova e compatível com o exercício do biopoder, pois “*a morte da raça ruim, da raça inferior (ou do degenerado, ou do anormal), é o que vai deixar a vida em geral mais sadia; mais sadia e mais pura*” (FOUCAULT, 2005, p. 305).

Esses grupos, vistos como inferiores, são considerados como perigos externos ou internos, em relação à população e para a população; e a eliminação deles corresponde à eliminação do perigo biológico e ao fortalecimento da própria raça, “*a raça, o racismo, é condição de aceitabilidade de tirar a vida numa sociedade de normalização*”. Dessa forma é possível dizer que “*a função assassina do Estado só pode ser assegurada, desde que o Estado funcione no modo do biopoder, pelo racismo*” (FOUCAULT, 2005, p. 306).

Ao tratar da morte, do deixar morrer, Foucault não está se referindo apenas à morte propriamente dita, do “*assassinio direto, mas também tudo o que pode ser assassinio indireto: o fato de expor à morte, de multiplicar para alguns o risco de morte ou, pura e simplesmente, a morte política, a expulsão, a rejeição*” (FOUCAULT, 2005, p. 306). Entendemos que o deixar morrer não corresponde apenas a deixar falecer, mas também corresponde a deixar sofrer, deixar à margem. Deixar morrer pode ser visto como deixar à mercê da própria sorte.

O racismo, porém, pode e deve ser visto não apenas como uma questão de raça propriamente dita, mas também como algo além. O racismo de Estado tem a ver também com questões econômicas, gerando o desvalor dos que estão

em condição econômica menos favorecida e o valor dos que estão em condição mais favorecida. Os menos favorecidos, os “não economicamente produtivos”, os não consumidores são tratados como inferiores, como a raça inferior que deve ser combatida e controlada para a proliferação da vida dos demais.

Acreditamos que o racismo de Estado pode e deve ser visto também como o corte feito entre inferiores e superiores por questões que vão além da raça. A primeira função do racismo também é a de realizar a fragmentação entre consumidores e não consumidores.

Essa fragmentação está diretamente relacionada ao neoliberalismo, que corresponde, antes de tudo, a uma governamentalidade, ou seja, uma arte de governar. Governamentalidade, para **Foucault**, seria a maneira como se conduz a conduta dos homens, ou ainda, técnicas e procedimentos destinados a dirigir a conduta dos homens (**DELUCHEY**, 2015).

Na governamentalidade neoliberal, orientada pela razão do Estado mínimo, ocorre um deslocamento da racionalidade político-jurídica, para uma racionalidade econômico-política, na qual o mercado ocupa o lugar de veridicação. O mercado passa a ser o local onde se encontra a verdade; a verdade é apresentada por meio das “leis naturais” do mercado, que orienta o Estado no seu agir. É o mercado que “vai dizer” o que o Estado pode e o que ele não pode fazer (**DELUCHEY**, 2015).

Acreditamos que as leis do mercado também fixam o valor de cada pessoa, ou seja, o mercado é quem diz quais pessoas possuem valor e quais não possuem; é o mercado que fixa os grupos que devem viver e quais podem morrer.

Nesse contexto, voltamos à função guerreira do racismo de Estado, a qual é evidenciada claramente na chamada “guerra contra as drogas”, incorporada como discurso oficial de ocupantes de cargos públicos e repetida à exaustão pela mídia. A guerra não é travada realmente contra a drogas, mas sim contra os vendedores e os compradores das drogas, tratados como aqueles que devem morrer para que as “pessoas de bem” possam viver.

Identificação da droga com o inimigo de estado que precisa ser combatido não é de agora. No Brasil, há séculos vemos a proibição da droga por meio da sua criminalização,⁽³⁾ com mudanças apenas referentes a pena e ao discurso que orienta essa criminalização.

Por sua vez, a partir da atual conjuntura da Cracolândia, podemos notar um novo corte entre grupos. Além do corte entre os compradores e vendedores, temos outro corte a partir do tipo de droga, que nos mostra algo muito além do mero tipo de substância tida por ilícita. Esse outro corte corresponde à separação entre o grupo de pessoas envolvidas com o crack e o grupo de pessoas envolvidas com outros tipos de drogas (p.ex. maconha, ecstasy, cocaína, etc.).

Os usuários de crack não são apenas usuários de droga,

são também pobres, miseráveis em situação de rua, ocupando o espaço público com sua feiura que causa insegurança aos sujeitos detentores do capital econômico, lembrando-lhes, sempre que passam com seus carros importados, que problemas sociais existem e causando-lhes sentimento de culpa pela sua capacidade econômica de consumo.

Os detentores do capital econômico precisam de liberdade para consumir, precisam consumir sem culpa, precisam transitar pelo centro da cidade achando que a cidade lhes pertence, sem ver a pobreza que acaba por aumentar seu sentimento de insegurança.

O racismo de Estado, a partir da lógica neoliberal, é o que possibilita a consolidação do sentimento de que os não consumidores precisam morrer para que os consumidores possam viver. Esse não consumidor, em especial o usuário de crack em situação de rua e todos aqueles que com eles se encontram, corresponde ao *homo sacer*, ou seja, é aquele que pode ser assassinado sem que isso seja considerado homicídio (**AGAMBEN**, 2007).

De acordo com **Giorgio Agamben** (2007), a figura do *homo sacer*, instituto jurídico da Roma Antiga, corresponde àquele sujeito que não é condenado à morte, porém é relegado à sua própria sorte sem que qualquer proteção lhe seja dada. Ele não pode ser submetido ao rito do sacrifício, porém pode ser assassinado por qualquer um sem que nenhuma consequência recaia sobre o assassino.

É exatamente o que se verifica na Cracolândia. Diariamente, os não consumidores são submetidos a tratamento vexatório, são vítimas de agressões da polícia militar e da guarda municipal, sem que qualquer consequência recaia sobre qualquer agressor. Os usuários de crack não são ritualmente condenados e ritualmente punidos, porém podem ser agredidos e punidos por qualquer um.

O nosso *homo sacer* é definido pelo mercado. A verdade do mercado marca aqueles úteis e inúteis, aqueles que precisam ser protegidos e aqueles que podem ser postos à mercê de sua própria sorte, aqueles que precisam ser combatidos em nome daqueles que estão inseridos no mercado.

Os usuários e vendedores de crack, em especial os ocupantes da Cracolândia, estão dentre aqueles fora do mercado e inúteis para o mesmo, que põem em risco o sentimento de segurança dos consumidores, e que, por isso, ficam expostos à morte e são ao mesmo tempo combatidos para que aqueles vistos como “sujeitos de valor” possam viver.

Referências

- AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BATISTA, Vera Malaguti. *Díficeis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- DELUCHEY, Jean-François. *O lado “b” da liberdade: reprimir na era neoliberal*. In: Lemos, Flávia Cristina Silveira et al. *Estudos com Michel Foucault: transversalizando em psicologia, história e educação*. Curitiba: PRV, 2015.

FOLHA DE S. PAULO. Ação de Doria para demolir imóvel deixa feridos na cracolândia, em SP, 2017. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/05/1886608-demolicao-de-parede-de-imovel-deixa-dois-feridos-na-cracolandia-em-sp.shtml>. Acesso em: 25 jun. 2018.

_____. Cracolândia do centro de SP diminui, mas vive conflitos diários, 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/02/1954861-agora-reduzida-cracolandia-tem-conflitos-diarios-no-centro-de-sp.shtml>. Acesso em: 25 jun. 2018.

FOUCAULT, Michel. Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 2005.

OLMO, Rosa. A face oculta da droga. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

RUI, Taniele. Vigiar e cuidar: notas sobre a atuação estatal na “cracolândia”. Revista Brasileira de Segurança Pública, v. 6, n. 2, 2012.

_____. Fluxos de uma territorialidade: duas décadas de “cracolândia” (1995-2014). In: KOWARICK, Lúcio; FRÚGOLI JR., Heitor (Org). Pluralidade urbana em São Paulo: vulnerabilidade, marginalidade, ativismos sociais. São Paulo: Editora 34, 2016.

Notas

(1) Art. 6º A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos.

Parágrafo único. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica:

[...]

III - internação compulsória: aquela determinada pela Justiça.

[...]

Art. 9º A internação compulsória é determinada, de acordo com a legislação vigente, pelo juiz competente, que levará em conta as condições de segurança do estabelecimento, quanto à salvaguarda do paciente, dos demais internados e funcionários.

(2) “Todas as sociedades contemporâneas que institucionalizam ou formalizam o poder (estado) selecionam um reduzido número de pessoas que submetem à sua coação com o fim de impor-lhes uma pena. Esta seleção penalizante se chama criminalização” (ZAFFARONI et al, 2015, p. 43).

(3) Costuma-se apontar as Ordenações Filipinas (Livro V, Título LXXXIX) como a primeira criminalização de substâncias entorpecentes no Brasil, proibindo a posse e a venda de rosagar ou qualquer outro veneno.

Eduardo Neves Lima Filho

Doutorando em Direito pela UFPA.

Professor de Direito do Centro

Universitário do Pará – Cesupa.

Advogado.

Um ano sem o Reitor – Uma morte anunciada

Hélio Rubens Brasil

Manhã de uma quinta feira, acordo para dar mamadeira para as gêmeas e ligo a televisão no noticiário local das 6:30hs. Vejo mais uma operação policial cercada de pirotecnia. Mas como? Se o inquérito era sigiloso... mais de 105 policiais federais, segundo noticiado, participaram da operação que prendeu 7 professores universitários. Entre os investigados estava uma pessoa que não conhecia pessoalmente, mas sobre a qual nunca tinha ouvido falar mal – nenhum comentário desairoso, algo raro nos dias de hoje. Era o reitor da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Luis Carlos Cancelier de Olivo, carinhosamente conhecido como Cau. O telefone toca: é um colega advogado e professor perguntando se posso me deslocar até a Polícia Federal para acompanhar o reitor que acabara de ser preso. Consoante determina meu mister, fui prontamente atender ao cidadão que precisava de assistência. Ao chegar à Polícia, encontrei outros colegas que esperavam para falar com seus clientes. Depois de esperar por cerca de 25 minutos, fui encaminhado para a sala da delegada encarregada da investigação, onde estava sendo ouvido o reitor por um delegado que veio do Maranhão exclusivamente para aquela operação. Feitas as apresentações, conversei em particular, em um corredor, com um policial a alguns metros de nós. Surpreso, o reitor disse que não sabia por que tinha sido detido, destacando que nunca fora chamado ou intimado para prestar quaisquer esclarecimentos.

Seu interrogatório iniciou sem que sequer tivéssemos acesso à decisão que determinou sua prisão, dizendo o delegado interrogador que quem possuía a determinação de custódia era a delegada encarregada. Após algumas

perguntas, todas respondidas prontamente pelo reitor, adentra na sala a delegada responsável. Ela afirmou que não queria que a imagem da Universidade fosse atingida, dizendo que não havia contra o reitor qualquer acusação de desvio, mas que estava sendo investigado por suspeita de obstrução da apuração interna na UFSC, que ela estava indo dar uma entrevista coletiva sobre o caso e que chamara o pró-reitor decano para participar em virtude de a vice-reitoria estar em viagem ao exterior. Pedimos cópia do decreto temporário e ela disse que ia disponibilizar.

O depoimento continuou sem problemas, com as perguntas pré-elaboradas, sendo que, além do escrivão e do delegado, havia mais um policial na sala, vasculhando inicialmente o laptop e posteriormente o celular apreendidos com o reitor. Após algum tempo, outro policial adentrou, trazendo cópia da decisão da prisão temporária, quando tomamos conhecimento dos argumentos utilizados para sua detenção.

Por vezes o delegado parava o interrogatório, saía da sala para conversar com outros colegas e voltava. Por vezes pegava seu celular e se comunicava com alguém por mensagens; e novas perguntas surgiam durante o interminável depoimento.

Já passava das 14:00hs, sem que tivéssemos almoçado, quando as perguntas cessaram, tendo o delegado saído pela última vez da sala, pedindo ao escrivão para imprimir o depoimento para lermos. Estávamos lendo quando o delegado voltou e fez mais algumas perguntas que foram acrescidas ao depoimento, encerrando-se por volta das 14:30hs.

Perguntamos onde ele ficaria custodiado, porém não

souberam dizer, mas que possivelmente no presídio, quando alertamos para o fato de que ele, além de reitor, era advogado e possuía o direito a sala de estado-maior. Conversamos pela última vez com ele na PF, dizendo que íamos tomar as medidas cabíveis para sua libertação.

Fomos para o escritório e lemos com atenção todas as peças disponibilizadas do inquérito, não havia sequer capitulação do suposto delito imputado ao reitor. Um absurdo, uma peça de ficção: elaboramos o pedido de revogação da temporária e protocolamos. Em virtude do adiantado da hora, só conseguimos marcar para conversar com a juíza no início do dia seguinte.

Ao chegarmos ao fórum da Justiça Federal, fomos informados de que a juíza que havia decretado a prisão estava de licença, e que o pedido ia ser despachado por sua substituta imediata. Aguardamos então para conversar com a magistrada, fomos atendidos e explicitamos os argumentos pelos quais entendemos não mais subsistir os motivos que sustentaram a prisão temporária, se é que existiam. Sobreveio despacho da magistrada determinando que em 2 horas a autoridade policial se manifestasse sobre a necessidade da continuidade da prisão. No último minuto do prazo estipulado, a delegada protocola manifestação genérica no sentido de que a prisão é necessária para investigação, em desacordo com o que se espera da boa técnica.

A tarde demorou a passar. Próximo das 19:00hs daquela sexta-feira, sobrevém decisão determinando a soltura imediata de todos os presos temporariamente.

Inicia-se outro calvário. Deslocamo-nos para a penitenciária. Lá chegando, somos recebidos por um batalhão de repórteres de campo e somos impedidos de adentrar no estabelecimento penal. “Questões de segurança” – sempre as alegadas questões de segurança. Após quase duas horas, inclusive com alguns colegas conseguindo contato com a Secretária de Justiça e Cidadania, conseguimos acesso à parte externa, onde existe um estacionamento, a fim de que os clientes não fossem expostos à mídia e que tivessem sua imagem preservada, como determina a Constituição. Finalmente, surgem nossos clientes de dentro do ergástulo. Após os cumprimentos efusivos, ao sair, já dentro do veículo, tivemos que passar pela barreira da imprensa, que dirige holofotes e câmeras para dentro do carro na sanha de filmar os infelizes moribundos.

Rumamos direto para a residência do Cau, conversando sobre lamentável episódio da prisão e combinando reunião para a segunda-feira próxima, deixando o final de semana para o descanso e atenção familiar.

Na segunda-feira, entre os inúmeros afazeres diários programados, tivemos uma reunião com o novo cliente, na qual explicitamos os indícios apurados no inquérito, todos em face dos outros investigados, nada contra o reitor, a não ser o fato de ele ter advogado, de forma oficial, os autos da investigação preliminar, instaurada perante a Corregedoria

da UFSC, órgão então recentemente criado, cujo titular foi nomeado pela gestão anterior, que perdera as eleições para o atual reitor.

Em que pese o ato de avocação ter sido fundamentado e formalizado, inclusive com parecer da procuradora da instituição, não foi cumprido pelo então corregedor, que se negou a atender a determinação da autoridade máxima da Universidade, sob o argumento de sigilo do procedimento, uma insubordinação inadmissível, outro grande absurdo ocorrido.

A fim de iniciar sua defesa já no inquérito, perquirimos sobre sua trajetória até o ápice da carreira como Magnífico Reitor e ficamos conhecendo sua luta no movimento estudantil, em favor da redemocratização, diretas já, sua labuta como jornalista do jornal *O Estado*, na época o jornal mais lido de Santa Catarina, do qual também já fui advogado no início da carreira.

Elaboramos então uma petição ao Juízo, informando a trajetória profissional e de vida do cliente, desde sua atuação ativa em movimentos estudantis nos idos de 70, sua carreira como jornalista, acadêmico, com mestrado e doutorado, e de professor, chefe de Departamento e diretor de Centro, culminando com sua eleição, nomeação e posse para reitor da Universidade Federal de Santa Catarina, que figura como uma das seis melhores universidades do país.

Na mesma segunda-feira retorna ao trabalho a juíza que estava de licença, que inusitadamente concede entrevista ao jornal de maior circulação do Estado manifestando-se sobre o caso em que estava atuando e criticando a decisão de sua colega, que revogou a prisão, em desacordo com o que determina expressamente a LOMAN (Lei Orgânica da Magistratura).

Nos dias que se seguiram, inúmeras foram as manifestações de apoio de familiares, amigos, colegas, alunos e tantos quanto tinham relacionamento com o reitor. Inclusive diversos colegas advogados ligaram prestando solidariedade ao ilustre cliente. Outros visitaram nosso escritório e se colocaram à disposição para auxiliar na defesa. Como disse alhures, antes de conhecê-lo nunca tinha ouvido falar mal dele; e depois só ouvi falar bem, algo muito raro nos dias atuais...

Na semana que sucedeu a prisão, as reuniões foram quase diárias, por duas vezes na residência do cliente, um apartamento modesto, mas aconchegante, de dois quartos, ao lado da UFSC. Era só atravessar a rua e já se estava na universidade. Aqui uma curiosidade do destino: residi minha infância e adolescência na rua paralela à dele, também limítrofe à UFSC, de onde ia a pé para a Universidade quando lá cursava Direito. Passados já 25 anos, descobri ainda em nossas conversas que ele foi meu calouro quando de seu retorno ao curso de Direito em 1993.

Além de advogados e professores, antigos colegas do jornalismo estiveram no escritório para conversar com o

carismático reitor, lembrando histórias memoráveis da época de chumbo, inclusive quando eram ativistas estudantis e foram para Salvador/BA em congresso para reconstrução da UNE, em maio de 1979. Sobre isso ele comentou que foram parados pela polícia por pelo menos quatro vezes durante o trajeto até o destino e sempre liberados, não se conformando de que durante a ditadura nunca tivesse sido preso e, em pleno regime dito democrático, ter sido preso sem sequer ser ouvido previamente.

Talvez por vergonha ou por não querer rememorar a humilhação sofrida, em nenhum de nossos encontros comentou sobre o que se passou no cárcere. Poupanos dos detalhes sórdidos da humilhante revista íntima e de como é estigmatizante o uniforme laranja e as algemas a apertar os pulsos e os tornozelos, a barbárie do etiquetamento dos que adentram na engrenagem do sistema prisional.

Garantida a liberdade, apesar do flagrante sofrimento enfrentado, o próximo passo era assegurar seus demais direitos fundamentais, em especial o retorno às funções ao cargo de reitor, para o qual tinha sido democraticamente eleito.

Aguardamos a semana para ver se o inquérito seria relatado, porém nada foi juntado aos autos, nem os depoimentos nem as diligências realizadas. Na segunda semana, elaboramos pedido para que pudesse proceder à avaliação oral de seus orientandos do mestrado e doutorado em Direito, em sessão pública nas dependências do Centro de Ciências Jurídicas da UFSC, protocolado na quinta-feira, dia de nossa última reunião no escritório. No final da sexta-feira, sobreveio decisão autorizando a participação no referido ato acadêmico, mais uma importante vitória na senda dos direitos fundamentais, limitando, porém, o prazo de estadia naquela universidade em algumas horas.

O final de semana foi tranquilo. Na segunda-feira pela manhã, durante a reunião semanal do escritório, discutíamos os próximos passos de diversos processos de clientes, quando começamos a receber mensagens por *Whatsapp*

indagando sobre o eventual suicídio do reitor no shopping central da cidade. Sem sabermos se realmente tinha ocorrido, contatamos familiares e amigos, até que, mais ou menos uma hora depois, foi confirmada a informação: o reitor tinha se suicidado, trazendo consigo em bilhete que ditava: “*A minha morte foi decretada quando fui banido da universidade!!!*”.

Nos exatos 16 dias de estreita convivência que se passaram, além do respeito que já tinha por ele, nos tornamos amigos de estratégia no kafkiano inquérito instaurado. Só não podia imaginar que, como bom enxadrista que era, planejou os próximos lances de sua existência a fim de tentar deixar um legado ao Estado Democrático de Direito, com o sacrifício da própria vida.

Epílogo. Após a trágica morte do chefe do poder intelectual do Estado (designação dada por um grande empresário catarinense do ramo da informática), diversos foram os atos em solidariedade e homenagens emocionadas; até mesmo um Senador da República realizou sessão solene no Senado Federal em homenagem póstuma e batizou o Projeto de Lei de Abuso de Autoridade com o nome do reitor.

A autoridade policial que comandou a operação foi processada administrativamente pela família, mas a corregedoria da Polícia Federal, entendeu não ter havido nenhum excesso nem abuso, sequer infração funcional, arquivando o processo. Passados mais de 6 meses, o espetaculoso e midiático inquérito ainda não havia sido relatado; e nenhum entrave processual tinha sido verificado, o que reforça a certeza de que a medida extrema de prisão era totalmente desnecessária. Agora, um ano depois da tragédia, sequer existe denúncia oferecida. Perdeu a democracia, perdemos todos.

Hélio Rubens Brasil

Pós-graduado em Direito Constitucional e em Ciências Criminais.

Presidente da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas de Santa Catarina – ABRACRIM/SC. Advogado.

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661

COORDENADOR-CHEFE: Luigi Giuseppe Barbieri Ferrarini.

COORDENADORES-ADJUNTOS: Ana Maria Lumi Kamimura Murata, Bernardo Pinhão Bechtluft, Daiane Ayumi Kassada, Danilo Dias Ticami e Erica do Amaral Matos.

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

CORPO DE PARECERISTAS:

Acácio Miranda Filho, Alexis Eliane, Amélia Emy Rebouças Imasaki, Anderson Bezerra Lopes, André Azevedo, André Felipe Pellegrino, André Lozano Andrade, Andre Ricardo Godoy, Antonio Baptista Gonçalves, Arthur Sodré Prado, Átila Machado, Beatriz Jubilit, Bruno Salles, Carlos Garcete, Carlos Viveiros, Christiany Pegorari, Clara Masiero, Cristiano Barros, Daiana Ryu, Daiane Ayumi Kassada, Daniel Del Cid, Daniel Leonhardt, Daniel Nicory, Dayane Fanti, Décio Franco David, Edson Roberto Baptista de Oliveira, Emilia M. Giuliani, Evandro Camilo Vieira, Fernanda Carolina de Araújo, Fernanda Vilares, Fernando B. Dias, Frederico Manso Brusamolín, Gabriel Huberman Tyles, Gabriela Gama, Guilherme Lobo Marchioni, Guilherme Sugumori Santos, Henrique Buhl Richter, Hugo Leonardo, Hugo Leonardo Rodrigues Santos, Jacqueline Valles, Jamil Chaim Alves, João Anhe Andorato, Jorge Nader, Jose Carlos Abissamra Filho, José Roberto Coelho de Almeida Akutsu, Juliana Regassi, Letícia Garducci, Lévio Scattolini, Luan Nogueiras Moyano, Luana Oliveira, Luis Gustavo Sousa, Luiza Gervitz, Luiza Guedes Piraginé,

Manoel Alves da Silva Junior, Marco Aurélio Florêncio Filho, Mariana Bada, Mariana Chies, Matheus Chiocheta, Matheus Pupo, Milene Maurício, Milene Cristina Santos, Octavio Orzari, Otávio Espíres Bazaglia, Pedro Beretta, Pedro Augusto Simões da Conceição, Pedro Machado de Almeida Castro, Rachel Lerner Amato, Rafael Fecury Nogueira, Rafael Tiago Silva, Raul Abramo Ariano, Renata Macedo, Ricardo Caiado, Rodrigo Sardenberg, Rogério Taffarello, Rosa Cantal, Salomão Shecira, Sâmila Zattar, Theodoro Balducci, Thiago Baldani Gomes de Filippo, Thiago Tezani, Verônica Carvalho Rahal, Vitor Hugo da Silva, Vinicius Vasconcellos e Yuri Felix.

COLABORADORES DE PESQUISA JURISPRUDENCIAL:

Ana Beatriz Tabarelli Krasovic, André Campagnaro Rampinelli, Arthur Inácio, Arthur Martins Soares, Bruna Brandt, Bruna Diamante, Bruno Maurício, Camila Torres Cesar, Caroline Bussoloto de Brum, Caroline Mutaf, Cesar Janoti, Dafne Sena Coutinho Ribeiro, Fábio Suardi D'Elia, Felício Nogueira Costa, Felipe Azenha, Felipe Monea, Frederico Manso Brusamolín, Gabriela Alcarpe, Gabriela Rodrigues Moreira Soares, Giancarlo Silkunas Vay, Ingrid Oliveira, Isabela Perrella, Jairton Ferraz Júnior, Karen Regina Amorim Carmo, Luana Oliveira, Ludmila Bello, Marcela Vieira da Silva, Matheus Pupo, Michelle Pinto Peixoto de Lima, Milene Maurício, Paula Mamede, Pedro Augusto de Padua Fleury, Pedro Fernandes, Pedro Machado de Almeida Castro, Renato Silvestre Marinho, Renato Watanabe de Moraes, Roberta Werlang Coelho Beck, Roberto

Mendes Valadão, Rodrigo Olhiara da Silva, Rossana Brum Leques, Stela Valim, Stephan Gomes Mendonça, Suzane Cristina da Silva, Thaís Felix, Thaís Marcelino Resende, Verônica Carvalho Rahal e Vivian Peres da Silva.

COORDENADOR DO VOCABULÁRIO BÁSICO CONTROLADO (VBC): Roberto Portugal de Biazzi.

PRODUÇÃO GRÁFICA: Editora Planmark - Tel.: (11) 2061-2797 planmark@editoraplanmark.com.br

REVISÃO: FAZENDARIA, Consultoria em recursos humanos, pesquisa e texto Ltda. - ME - Tel.: (11) 3673-7564 - E-mail: midiafazmal@gmail.com.

IMPRESSÃO: Ativaonline - Tel.: (11) 3340-3344

O Boletim do IBCCRIM circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas. O conteúdo dos artigos publicados expressa a opinião dos autores, pela qual respondem, e não representa necessariamente a opinião deste Instituto.

Tiragem: 4.500 exemplares

ENDEREÇO DO IBCCRIM:

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

VEM NOVIDADE EM 2019!

ibccrim.org.br



IBCCRIM

ACOMPANHE O IBCCRIM NAS REDES SOCIAIS



twitter.com/ibccrim

Somos mais de 15 mil



[instagram.com/ibccrim](https://www.instagram.com/ibccrim)

Somos mais de 10 mil



facebook.com/ibccrim

Somos mais de 40 mil



youtube.com/ibccrim

Somos quase 2 mil



[/company/instituto-brasileiro-de-ciencias-criminais](https://company/instituto-brasileiro-de-ciencias-criminais)



Receba nossa newsletter

Mais de 18 mil assinantes

O DIREITO POR QUEM O FAZ

Tribunal de Justiça de Minas Gerais

1.ª Câmara.

Ag.Inst. 1.0000.18.108797-4/001

j. 05.10.2018 – public. 09.10.2018

Cadastro IBCCRIM 6005

Decisão.

O senhor desembargador Alberto Vilas Boas (relator):

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais objetivando a reforma da decisão interlocutória oriunda do juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da comarca de Belo Horizonte que, no âmbito da ação civil pública ajuizada em face do Estado de Minas Gerais, indeferiu a tutela provisória de urgência.

Em suas razões recursais, narra o agravante ter ajuizado a ação de obrigação de fazer sustentando, em síntese, que há violação dos direitos de imagem, privacidade e das garantias concedidas pela lei e tratados internacionais de direitos humanos das pessoas presas quando são apresentadas para a mídia.

Afirma ter pugnado pela concessão da tutela de urgência para que fosse determinada a proibição de apresentação pela polícia da imagem e/ou voz de pessoas presas para a mídia e, subsidiariamente, que fosse a apresentação precedida de fundamentação específica e concreta, por escrito, pela autoridade policial, nos termos do parecer Referencial da Advocacia Geral do Estado nº 15.723/2016.

Sustenta que a decisão agravada deve ser reformada, pois o objeto central em debate na presente ação é a observância do que já está disposto na Lei de Execução Penal, em seu art. 41, inciso VIII.

Assevera ser público e notório e de conhecimento amplo até fora dos meios jurídicos que no Estado de Minas Gerais há um reinante abuso da utilização, principalmente da imagem, de pessoas presas provisoriamente, ou seja, enquanto está

constitucionalmente determinada a presunção de inocência.

Fundamenta que a ação proposta visa reconhecer o direito legal de proteção à imagem e/ou voz de pessoas provisoriamente privadas de liberdade, flagrantemente violados pelo Estado de Minas Gerais, por meio de aparatos policiais, que rotineiramente apresentam a imagem e/ou voz das pessoas custodiadas provisoriamente às lentes, microfones e holofotes da imprensa, ao arrepio do estado de inocência, do devido processo legal e dos direitos fundamentais à imagem, à honra e à privacidade.

Argumenta que a Polícia Civil do Estado de Minas Gerais não possui quaisquer protocolos ou normas internas que regulem a apresentação de pessoa presa à imprensa, ficando sob discricionariedade do Delegado presidente da investigação a apresentação ou não de pessoa presa à imprensa e a forma de fazê-lo, vide parecer nº 1.643/2016 da Chefia da Polícia Civil.

Frisa que a própria Advocacia Geral do Estado emitiu parecer referencial nº 15.723/2016 no sentido de ser excepcional a divulgação da imagem/voz da pessoa presa, sendo necessária fundamentação individual, concreta e objetiva, com indicação dos aspectos fáticos e jurídicos que embasam eventual decisão de apresentação, quanto à necessidade e adequação e proporcionalidade em favor da administração da justiça ou para elucidação das investigações.

Destaca que o argumento utilizado pelo Juiz a quo segundo o qual “o ato que se pretende corrigir não é recente” não merece prosperar haja vista que o perigo de dano consiste exatamente no fato de que diuturnamente diversas pessoas são submetidas a procedimento ilegal, violador de direito da personalidade cuja reparação integral é impossível.

O DIREITO POR QUEM O FAZ

Tribunal de Justiça de Minas Gerais _____ 2173

| JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal _____ 2176

Superior Tribunal de Justiça _____ 2179

Também rechaça o fundamento utilizado pela autoridade judiciária no sentido de haver controvérsia sobre o direito invocado tendo em vista a existência de conflito de princípios constitucionais e direito fundamentais, pois, sob sua ótica a existência de um conflito jurídico-teórico de princípios constitucionais não afasta a existência de uma resposta correta apta a dirimi-lo.

Enfatiza que ainda que se vislumbre uma complexidade jurídica do direito invocado em razão da ponderação de princípios constitucionais, ficou demonstrada no âmbito da inicial a inexistência de violação ao princípio da publicidade e da liberdade de expressão na vedação da exposição de presos provisórios.

Requer seja concedida a antecipação da tutela recursal para impor ao Estado de Minas Gerais a obrigação de não fazer, consistente na não apresentação da imagem e/ou voz das pessoas custodiadas pela Polícia Civil do Estado de Minas Gerais aos veículos de comunicação social ou a quem quer que sejam, sem autorização da pessoa sob custódia, sob pena de multa diária de R\$50.000,00 por preso apresentado à mídia.

Subsidiariamente, seja concedida a antecipação da tutela recursal para declarar a excepcionalidade da apresentação involuntária da imagem e/ou voz de pessoas presas pela Polícia Civil e determinar definitivamente ao Estado de Minas, que a autoridade policial presidente de cada investigação motive por escrito cada decisão excepcional de apresentação de imagem/voz da pessoa presa de forma individual, concreta e objetiva, indicando os aspectos fáticos e jurídicos que a embasam, quanto à necessidade e adequação e proporcionalidade em favor da administração da justiça ou para a elucidação das investigações, na forma da conclusão do parecer Referencial nº 15.723/2016 da Advocacia Geral do Estado, de forma a evitar arbítrios e/ou abusos, vedando “qualquer excesso sensacionalista, conduta degradante, humilhação indevida, acusação leviana ou aviltamento da condição do acusado” e determinando nessa hipótese a comunicação da apresentação da pessoa presa ao Ministério Público e à Defensoria Pública, sob pena de multa diária no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por preso apresentado à mídia.

Decido.

Com efeito, a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais visa, em síntese, coibir a veiculação da imagem/voz daqueles custodiados pela Polícia Civil por entender que a exposição midiática acaba por violar direitos fundamentais e infraconstitucionais dessas pessoas.

Por certo, a Constituição Federal dispõe que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

O Código Civil, por sua vez, prevê que:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Sobre o tema, há também previsão na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984):

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

Nesse contexto normativo, o que se pode extrair dos dispositivos mencionados é que a preservação da imagem da pessoa presa deve ser assegurada pelo Estado haja vista a previsão de proteção à honra, imagem e contra o sensacionalismo. E, como exposto pela Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, a exposição desnecessária dos preses ocorre diariamente e são de fácil acesso nos meios de comunicação.

Reconheço que o direito à informação e a liberdade de imprensa possuem também proteção em nosso ordenamento jurídico, mas, conforme enfatizado pela própria Advocacia-Geral do Estado no parecer referencial nº 15.723/2016 (e-doc. nº24) “a exposição da imagem, para se justificar, deve assentar-se em

elementos objetivos e concretos que demonstrem o interesse público na divulgação, sem o uso de expressões genéricas ou assertivas abstratas que sejam destituídas de base fática comprovada”.

O aludido documento - redigido por Procuradora do Estado e chancelado pelo Procurador Chefe da Consultoria Jurídica, bem como pelo Advogado Geral do Estado – faz um panorama sobre a questão ora debatida levando-se em consideração a preservação da imagem da pessoa presa, o interesse público sobre os fatos de natureza criminal e o consequente direito à informação da imprensa, o conflito aparenta entre princípio e garantias constitucionais, além da autonomia da autoridade policial na condução da investigação criminal.

Por ser um documento emitido pela própria Advocacia-Geral do Estado, além de bastante completo e elucidativo, deve ser considerado para efeitos de concessão da medida de urgência ora pleiteada, principalmente por levar em conta o Parecer nº 1.643/AJ-GAB/2016 emitido pela Polícia Civil de Minas Gerais.

Não obstante seja necessária a proteção dos direitos já mencionados, é preciso considerar todos os aspectos da discussão e, assim, vale destaque a narrativa constante no parecer de que em algumas ocasiões a apresentação de pessoas sob investigação contribui para o aparecimento de novas vítimas e garante maior celeridade e eficiência na administração da justiça.

Nesse contexto, convém transcrever os seguintes trechos do parecer referencial nº 15.723/2016:

De fato, quem enfrenta as dificuldades da apuração criminal cotidianamente, em determinadas situações, percebe a necessidade de utilizar de informar os cidadãos o rosto do criminoso, viabilizando que outras pessoas se protejam no futuro. Pode ser cabível divulgar a imagem de um preso, p. ex., pela própria necessidade de se obter novas denúncias, estando caracterizado, naquele caso, que a não participação da população na apuração do(s) crime(s) pode comprometer o resultado da persecução criminal. Nesta hipótese, a divulgação será útil à administração da justiça e, inclusive, à manutenção da ordem pública, donde se extrai sua litude.

À obviedade, não são todos os delitos que admitem colaboração por parte dos cidadãos, nem mesmo isso é necessário em boa parte das investigações e muito

menos a exposição traz sempre garantias para melhor administração da justiça e manutenção da ordem pública. No entanto, se assim for, que se colacionem os aspectos objetivos comprobatórios, que se motive a decisão pública e que se promova a divulgação sem excessos sensacionalistas, sem quaisquer condutas degradantes ou desumanidades.

(...)

Por outro lado, informar não implica necessariamente a possibilidade de expor a imagem do investigado, ainda que preso provisoriamente. Na verdade, ponderando os mencionados direitos fundamentais com outros, como é o caso da proteção constitucional à imagem e da presunção de inocência, tem-se que divulgar a imagem é situação excepcional, que exige elementos objetivos e comprovados que a justifiquem, sendo essa uma verificação possível somente no caso concreto.

À luz dessas ponderações, caberá à autoridade ou órgão competente, em cada realidade, levar a efeito a ponderação dos direitos fundamentais em face dos elementos fáticos evidenciados na espécie. *Expor deliberadamente a imagem do preso, sem motivo legal e empírico que assim permita, implicará grave ofensa constitucional e o infrator responderá penal, civil, disciplinarmente, se for o caso, por improbidade administrativa. A divulgação pode ser necessária desde que haja motivação para tanto, como, p. ex., quando se a realiza para dar efetividade à “Administração da Justiça” ou para assegurar a ordem pública, situações em que é claro o interessa da sociedade. Assim ocorre, p. ex., quando se divulga a imagem de um maníaco sexual que, com o rosto conhecido, terá maiores dificuldades para cometer novos crimes, mesmo na hipótese de ser colocado em liberdade durante o trâmite do processo. Também pode se estar em um contexto em que é indubitosa a utilidade de levar a público a notícia da suspeita de prisão, ensejando que outras pessoas reconheçam ou não, o envolvimento do acuso do delito, assim, viabilizando a correta conclusão do inquérito. Em situações com benefícios sociais equivalentes e/ou com razões fáticas de peso que sirvam de suporte para a decisão pública, poderá ocorrer a divulgação da imagem do encarcerado provisório, observado a exigência de motivação prévia de maneira clara, congruente e explícita” (e-doc. nº24).*

Assim, parece ser possível conceder a antecipação da tutela recursal para atender ao pedido subsidiário formulado pela recorrente e assegurar que a divulgação da imagem e voz dos presos seja realizada de forma excepcional, cautelosa e motiva quando o caso concreto demandar a divulgação para melhor administração da justiça, a potencialização dos recursos da investigação, a obtenção de novas denúncias, a participação da sociedade na apuração do delito, a manutenção da ordem pública ou outro ganho objetivo e concreto.

O perigo de dano na hipótese dos autos é evidenciado pela contínua realização de prisões em flagrante, e, por conseguinte, pela rotineira divulgação da imagem dos presos sem qualquer cautela e discriminação do material a ser exibido, o que inevitavelmente ofende o direito de imagem, honra e privacidade dessas pessoas e que muitas das vezes são julgadas pela conhecida “instância midiática”.

Fundado nessas considerações, concedo parcialmente a antecipação da tutela recursal para reconhecer a excepcionalidade da apresentação involuntária da imagem e/ou voz de pessoas presas pela Polícia Civil e determinar ao Estado de Minas, que a autoridade policial presidente de cada investigação motive por escrito cada decisão excepcional de apresentação de imagem/voz da pessoa presa de forma individual, concreta e objetiva, indicando os aspectos fáticos e jurídicos que a embasam, quanto

à necessidade e adequação e proporcionalidade em favor da administração da justiça ou para a elucidação das investigações, na forma da conclusão do parecer Referencial nº 15.723/2016 da Advocacia Geral do Estado, de forma a evitar arbítrios e/ou abusos, vedando “qualquer excesso sensacionalista, conduta degradante, humilhação indevida, acusação leviana ou aviltamento da condição do acusado” e determinando nessa hipótese a comunicação da apresentação da pessoa presa ao Ministério Público e à Defensoria Pública, sob pena de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por preso apresentado à mídia.

Intime-se o Advogado-Geral do Estado para que possa ter ciência dessa decisão e possa notificar, no âmbito interno, a Chefia das Polícias Civil e Militar para que, no âmbito de suas competências administrativas, cumpram o conteúdo da decisão nos termos do parecer acima referido, sob pena de incidência de multa diária no valor de R\$ 50.000,00.

O agravado deverá ser intimado para apresentar as contrarrazões, e, em seguida, ouça-se a Procuradoria Geral de Justiça.

Publique-se e intime-se a Defensoria Pública nesta instância do teor desta decisão.

Alberto Vilas Boas
Relator

2176

JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal

Ação penal. Corrupção passiva (art. 317, § 1º, do CP) e lavagem de dinheiro (art. 1º, caput e § 4º, da Lei nº 9.613/98), na forma dos arts. 29 e 69, ambos do Código Penal. Suposto envolvimento de agentes públicos em esquema de corrupção relacionado à Diretoria de Abastecimento da Petrobras. Usurpação não verificada. Rediscussão da matéria. Preclusão *pro iudicato*. Ofensa ao princípio da correlação não configurada. Necessidade de observar o art. 384 do CPP. Artigo 5º, caput, da Lei 8.038/90. Interpretação. Precedentes. Nulidade da quebra de sigilo telefônico não caracterizada. Imprescindibilidade para as investigações. Afastamento do sigilo por prazo razoável. Preliminares afastadas. Corrupção passiva. Ausência de elementos aptos a permitir a formação de juízo isento de dúvidas. Declarações do colaborador não corroboradas por elementos externos. Precedentes.

Documentos produzidos unilateralmente. Imprestabilidade. Divergências notórias entre os conteúdos das declarações. Afirmções genéricas. Redução da credibilidade e da confiabilidade. Desclassificação inócua. *Emendatio libelli* (art. 383 do CPP). Cabimento da suspensão condicional do processo. Lavagem de dinheiro. Lei nº 12.683/2012. Taxatividade do rol de crimes antecedentes. Precedentes. Autolavagem. Ação penal julgada improcedente.

1. No caso, as diligências questionadas pela defesa foram promovidas e realizadas pela autoridade policial de maneira complementar, acompanhadas pelo Ministério Público e, principalmente, por delegação do Relator da causa no Supremo Tribunal Federal, na forma prevista no RISTF, art.

230-C. 2. Ocorrência da preclusão *pro iudicato*, não exsurgindo nos autos qualquer circunstância superveniente que autorize a reanálise da matéria. 3. É cediço que o dever de observância aos limites da proposta acusatória encartada na denúncia é dirigido ao estado-juiz, que, na prestação jurisdicional, não pode operar sobre fatos inexistentes na incoativa sem fazer incidir o procedimento previsto no art. 384 do Código de Processo Penal. 4. O art. 5º, caput, da Lei nº 8.038/1990 deve ser interpretado de modo que, “quando a defesa argui questão preliminar [...], é legítima a abertura de vista e a manifestação do Ministério Público, ambos com respaldo legal na aplicação analógica do art. 327, primeira parte, do Código de Processo Civil, como previsto no art. 3º do Código de Processo Penal” (HCNº 76.240/SP, Segunda Turma, da relatoria do Ministro Maurício Corrêa, DJ de 14/8/98). 5. Não obstante as diligências iniciais voltadas à elucidação dos fatos, a autoridade policial e o Ministério Público, esse na busca da formação de sua *opinio delicti*, demonstram que o afastamento do sigilo dos registros telefônicos é imprescindível para delimitar e esclarecer os fatos investigados por meio de eventuais contatos entre os nominados, com especificação dos telefones utilizados, assim como dos dados de localização geográfica dos telefones utilizados, além de informações acerca do horário e da data em que ocorreram as ligações. 6. Ademais, o período de afastamento do sigilo telefônico limita-se ao razoável lapso temporal de 1º/7/10 até 31/10/10, quando teriam ocorrido os fatos em questão. 7. Após minuciosa análise do conjunto probatório produzido nos autos, conclui-se pela ausência de elementos aptos a permitir a formação de um juízo isento de dúvidas acerca dessa referida solicitação da vantagem indevida por parte dos acusados Paulo Bernardo Silva e Gleisi Helena Hoffmann, sendo insuficiente, ainda, a apresentação de provas para o estabelecimento do imprescindível nexo de pertinência entre as funções exercidas pelos denunciados e a possibilidade de garantirem a manutenção de Paulo Roberto Costa no cargo de Diretor de Abastecimento da Petrobras S/A. 8. Os termos de colaboração, na hipótese dos autos, não encontram respaldo em elementos externos de corroboração, o que contraria entendimento que vem sendo adotado por este Supremo Tribunal. Precedentes. 9. A jurisprudência da Corte é categórica em excluir do conceito de elemento externo de corroboração

documentos elaborados unilateralmente pelo próprio colaborador. Precedentes. 10. A colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, tem aptidão para autorizar a deflagração da investigação preliminar, visando à aquisição de coisas materiais, traços ou declarações dotados de força probatória. Essa, em verdade, constitui sua verdadeira vocação probatória. Todavia, os depoimentos do colaborador premiado, sem outras provas idôneas de corroboração, não se revestem de densidade suficiente para lastrear um juízo condenatório. 11. Os depoimentos dos colaboradores, ademais, não são uníssonos e harmônicos. Ainda que as declarações de Paulo Roberto Costa e Alberto Youssef pareçam convergir em alguns pontos (a exemplo, da efetiva disponibilização de recursos à campanha da denunciada Gleisi Helena Hoffmann ao Senado Federal), divergências tão notórias como as apontadas acabam por reduzir a credibilidade delas. 12. A afirmação categórica de que soube desse pagamento por intermédio de Alberto Youssef, desacompanhada de detalhes circunstanciais da entrega (local, pessoas envolvidas, modo de pagamento), também diminuem a confiabilidade das declarações de Paulo Roberto Costa. 13. É inócua a desclassificação da corrupção passiva para delito eleitoral (art. 350 do Código Eleitoral), porquanto não foram descritas na denúncia, com detalhamento necessário, todas as elementares do tipo vislumbrado. Ademais, inexistente prova suficiente para amparar eventual condenação. 14. Seja como for, uma vez operada a *emendatio libelli* (art. 383 do CPP), tem cabimento a suspensão condicional do processo, que é direito do acusado, não configurando sua proposição faculdade do Ministério Público Federal. Precedentes. 15. É cediço que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido de que, antes do advento da Lei nº 12.683/2012, o rol de crimes antecedentes aptos a caracterizar o crime de lavagem de dinheiro era taxativo, não admitindo interpretação extensiva em razão do caráter restritivo da liberdade individual inerente às normas de natureza penal. Precedentes. 16. A possibilidade da incriminação da autolavagem “pressupõe a prática de atos de ocultação autônomos do produto do crime antecedente (já consumado)” (AP 470-EI-sextos, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe de 21.8.2014; AP 470-EI-décimos sextos, Rel. Min.

Luiz Fux, Rel. p/ o ac. o Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe de 21/8/14). 17. Na narrativa contida na denúncia, não se verifica a prática de condutas autônomas por parte dos acusados apta à configuração do crime de lavagem de dinheiro. 18. Ação penal julgada improcedente.

(STF – 2.^a T. – AP 1003 – rel. **Edson Fachin** – j. 19.06.2018 – public. 06.12.2018 – **Cadastro IBCCRIM 6006**)

Habeas corpus. Interdição civil. Extinção da punibilidade. Reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. Manutenção em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. Inconstitucionalidade. Convenção internacional dos direitos da pessoa com deficiência. Decreto. Incorporação como texto constitucional. Lei 10.216/01. Inserção social é a regra. Internação apresenta-se como medida excepcional. Ordem concedida.

1. É inconstitucional a manutenção em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico – estabelecimento penal – de pessoa com diagnóstico de doença psíquica que teve extinta a punibilidade, por configurar-se privação de liberdade sem pena. 2. A Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD), incorporado ao texto constitucional por meio do Decreto 6.949/2009, prevê, como princípios gerais, “a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade” das pessoas com deficiência de natureza física, mental, intelectual e sensorial”. 3. A Lei 10.216/2001 estabelece que a internação tem caráter singular e que o tratamento de pessoa com diagnóstico psíquico “visará, como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio”. 4. Habeas corpus concedido ao Paciente, que se encontra em regime de constrição de liberdade há mais de 7 anos, com extinção da punibilidade reconhecida, uma vez que sua manutenção em HCTP fere a ordem constitucional e legal do sistema jurídico brasileiro.

(STF – 2.^a T. – HC 151523 – rel. **Edson Fachin** – j. 27.11.2018 – public. 07.12.2018 – **Cadastro IBCCRIM 6007**)

Ação penal. Peculato-desvio. Saque de verba indenizatória destinada ao exercício do mandato parlamentar. Fictícia prestação de serviço de locação de veículos. Ônus probatório do órgão acusatório. Fragilidade das provas produzidas. Improcedência da pretensão condenatória que se impõe.

1. O princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade, insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, preceitua, na sua acepção probatória, que cabe ao órgão acusatório o ônus de comprovar a ocorrência de todas as circunstâncias elementares do tipo penal atribuído ao acusado na incoativa, sob pena de tornar inviável a pretendida responsabilização criminal. 2. No caso, a denúncia, na parte em que recebida pelo Plenário da Suprema Corte, imputa ao acusado a prática do crime de peculato, na modalidade desvio, em razão do saque de verba indenizatória disponibilizada pelo Senado Federal para custeio de despesas relacionadas ao exercício do mandato parlamentar, mediante a apresentação de notas fiscais que representariam de forma fictícia a prestação de serviço de locação de veículos. 3. Nada obstante as inúmeras contradições verificadas nas declarações prestadas em juízo por testemunhas defensivas, o conjunto probatório não se mostra capaz de sustentar a referida tese acusatória com a certeza exigida para a prolação do pretendido édito condenatório, razão pela qual se mostra imperiosa a absolvição do acusado, nos termos do art. 386, VII, do Código de Processo Penal. 4. Denúncia julgada improcedente.

(STF – 2.^a T. – AP 1018 – rel. **Edson Fachin** – j. 18.09.2018 – public. 12.12.2018 – **Cadastro IBCCRIM 6008**)

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 144161 – rel. **Gilmar Mendes** – j. 11.09.2018 – public. 14.12.2018 – **Cadastro IBCCRIM 6009**)

Inquérito. 2. Competência originária. 3. Penal e Processual Penal. 4. Embora o STF tenha assentado que a prerrogativa de foro dos parlamentares federais é limitada aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas (AP 937 QO, Rel. Min. Roberto Barroso, julgada

em 3.5.2018) e que essa linha interpretativa deve-se aplicar imediatamente aos processos em curso, o controle sobre a legitimidade da investigação deve ser realizado pelo Judiciário. 5. Conforme o art. 231, § 4º, “e”, do RISTF, o relator deve determinar o arquivamento do inquérito, quando verificar a ausência de indícios mínimos de autoria ou materialidade, nos casos em que forem descumpridos os prazos para a instrução do inquérito. 6. A declinação da competência em uma investigação fadada ao insucesso representaria apenas protelar o inevitável,

violando o direito à duração razoável do processo e à dignidade da pessoa humana. 7. Ante o exposto, rejeito o pedido de declinação da competência e determino o arquivamento do inquérito, na forma do art. 231, § 4º, “e”, do Regimento Interno do STF.

(STF – 2.^a T. – Inq. 4660 – rel. **Gilmar Mendes** – j. 23.10.2018 – public. 11.12.2018 – **Cadastro IBCCRM 6010**)

Jurisprudência compilada por

Roberto Portugal de Biazzi e Vivian Peres.

Superior Tribunal de Justiça

Conflito negativo de competência entre a Justiça Estadual e a Justiça Federal. Inquérito policial. Venda premiada. Captação de recursos de terceiros. Equiparação a instituição financeira. Ausência de autorização do Banco Central. Caracterização, em tese, do delito descrito no art. 16 da lei n. 7.492/86. Competência da Justiça Federal.

1. O presente conflito negativo de competência deve ser conhecido, por se tratar de incidente instaurado entre juízos vinculados a Tribunais distintos, nos termos do art. 105, inciso I, alínea “d” da Constituição Federal - CF. 2. O núcleo da controvérsia consiste em definir se a “venda premiada” de motocicletas pode ser considerada uma simulação de consórcio de forma que a conduta descrita na denúncia possa se subsumir em tipos penais incriminadores descritos na Lei n. 7.492/86, dentre eles, o crime tipificado no art. 16, consistente em operar instituição financeira, sem a devida autorização. Em outras palavras, discute-se se teria havido, em tese, prática de estelionato - tendo como vítima exclusivamente particulares - ou a prática de crime que afeta o sistema financeiro. 3. A venda premiada - ainda que levada a efeito sem autorização do Banco Central do Brasil e mesmo não caracterizando um consórcio puro - trata-se de um simulacro de consórcio, que capta e administra recursos de terceiros, de modo a se enquadrar no tipo penal previsto do art. 16 da Lei n. 7.492/86. O fato de o indivíduo contemplado não precisar mais arcar com prestações demonstra apenas o alto risco do negócio, diante da possibilidade de não se conseguir o ingresso de outra pessoa para sustentar a viabilidade de aquisição dos bens. 4. Ademais, ainda que não haja identidade perfeita entre a

venda premiada e o consórcio, é evidente de que não se trata de venda comum, na medida em que a pessoa jurídica capta recursos de terceiros, podendo, portanto, ser considerada instituição financeira a teor do art. 1º da Lei n. 7.492/06. Precedente (RHC 50.101/BA, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 27/11/2015). 5. No caso concreto, está caracterizado, em tese, crime contra o sistema financeiro, cuja análise e julgamento compete à Justiça Federal, tendo em vista que, conforme apurado no inquérito policial, pessoa jurídica teria captado recursos de terceiros, sem autorização da autoridade competente, em atividade temerária diante da dificuldade de contemplação do sorteado na chamada venda premiada. 6. Conflito de competência conhecido para declarar que compete ao Juízo Federal da Vara Única de Redenção - SJ/PA, o suscitante.

(STJ – 3.^a S. – CC 160077/PA – rel. **Joel Ilan Paciornik** – j. 10.10.2018 – public. 19.10.2018 – **Cadastro IBCCRIM 6011**)

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Não cabimento. Furto qualificado. Réu reincidente. Circunstâncias judiciais favoráveis. Pena inferior a 4 anos. Regime fechado. Fixar regime intermediário. Pena-base no mínimo legal. Artigo 33, § 3º, do Código Penal – CP. Entendimento da Súmula 269 do STJ. Constrangimento ilegal evidenciado. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do

Supremo Tribunal Federal - STF e do 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 que justifique a concessão da ordem de ofício. 2. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal - CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo. No mesmo sentido, são os enunciados n. 440 da Súmula desta Corte e n. 718 e 719 da Súmula do STF.

No caso dos autos, embora as circunstâncias judiciais tenham sido consideradas favoráveis, com a pena-base no mínimo legal, foi estabelecido o regime inicial fechado a partir de motivação concreta extraída dos autos, em razão da multirreincidência do paciente e pelo fato de que encontrava-se em livramento condicional quando praticou o furto qualificado. Todavia, apesar da fundamentação concreta apresentada pela Corte estadual, a qual justifica a fixação de regime mais gravoso, em razão do quantum de pena fixado, qual seja 2 anos e 4 meses de reclusão, o regime prisional a ser fixado deve ser o semiaberto, de acordo com o disposto no art. 33, § 3º do CP. Ademais, sendo as circunstâncias judiciais consideradas favoráveis e reincidente o réu, é admissível a fixação do regime intermediário, em observância ao disposto no Enunciado n. 269 da Súmula desta Corte, que assim dispõe: É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto para início de cumprimento de pena do paciente.

(STJ – 5.ª T. – HC 453092/SP – rel. **Joel Ilan Paciornik** – j. 25.09.2018 – public. 09.10.2018 – **Cadastro IBCCRIM 6012**)

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. – RMS 55790 – rel. **Jorge Mussi** – j. 06.12.2018 – public. 14.12.2018 – **Cadastro IBCCRIM 6013**)

Jurisprudência compilada por

Roberto Portugal de Biazzi e Vivian Peres.