

EDITORIAL

IBCCRIM: valorização acadêmica e compromisso com a pluralidade

Dezembro de 2018 marcou um momento decisivo para o IBCCRIM: pela primeira vez em 26 anos de história, o Instituto realizou eleições entre duas chapas. Além da oportunidade para refletir sobre os rumos institucionais, a ocasião serve, em última instância, para uma análise acerca da incidência do Instituto no âmbito acadêmico – e mesmo nas Ciências Criminais.

Cumprindo sua missão institucional, o Instituto congrega a pluralidade como um eixo estrutural de suas atividades. O próprio exercício eleitoral, somado às diferenças de compreensão entre as chapas sobre a Justiça Penal, comprova a maturidade do IBCCRIM como referência no pensamento crítico e democrático. Com o pleito, o Instituto demonstrou ser capaz de abrigar no mesmo espaço distintas visões e compreensões acerca da Justiça Criminal.

Como prova do compromisso com a pluralidade, propomos neste editorial uma reflexão sobre as competências e os avanços do Instituto na construção do conhecimento científico e na inter-relação com a atuação política.

No últimos anos, conjugamos ganhos significativos: a Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCRIM), por exemplo, atingiu em 2017 o conceito Qualis/Capes A1. Pela primeira vez, o IBCCRIM teve tamanho reconhecimento no campo científico.

Os Laboratórios de Ciências Criminais, um dos marcos da aproximação do Instituto com estudantes de graduação, chegaram a ser realizados em mais de 20 cidades nos últimos anos. Além disso, o Simpósio Nacional de Iniciação Científica, que reúne os melhores artigos de participantes dos Laboratórios em diversas cidades do Brasil, trouxe novas experiências para diversos alunos e alunas de cursos de Direito no país.

O Concurso de Monografias passou por transformações e foi criada uma nova linha de Chamadas Temáticas para recebimento de monografias, alinhadas com eixos estratégicos da gestão 2017-2018: reversão do encarceramento em massa, enfrentamento à violência e à letalidade policial, inovações processuais e

garantias fundamentais e democratização do sistema de justiça.

Outra prova da excelência acadêmica: o Seminário Internacional de Ciências Criminais, que em 2017 sediou parte das celebrações dos 25 anos do IBCCRIM e neste ano trouxe novos temas e palestrantes para o evento, foi avaliado como ótimo e excelente pela maioria de participantes nas duas últimas edições.

Nos eixos estratégicos de atuação política do Instituto, sintonizados com o desenvolvimento científico, trabalhamos pela construção de uma consciência crítica que se nega a naturalizar o fato do Brasil ser o país que abriga a polícia que mais mata e morre no mundo.

A resultante desse processo é um posicionamento contundente do IBCCRIM no domínio científico: tratamos de colocar no centro das questões teóricas e metodológicas as mais de 700 mil pessoas encarceradas no país.

Como exemplo desse trabalho, podemos mencionar o “Caderno de propostas legislativas: 16 medidas contra o encarceramento em massa”, apoiada por mais de 70 instituições. Destas, 14 já estão tramitando no Congresso Nacional na forma de projetos de lei e decretos legislativos.

Isso significa que, além da valorização acadêmica, o Instituto buscou repensar o papel do estudo das Ciências Criminais, promovendo atividades que tenham real incidência na trágica realidade penal do Brasil.

Como conclusão, vale dizer que a mera constatação da realidade não pode ser o enfoque da produção científica. Pelo contrário, partimos da premissa que realidade pode ser modificada, e que não basta produzir ciência sem buscar a transformação do estado de coisas. Essa é a tônica do trabalho desenvolvido nos últimos anos e o legado que encerra a gestão 2017-2018.

Independentemente do resultado das eleições, estamos convictos que a missão institucional do IBCCRIM – forjada em 1992, em resposta ao Massacre do Carandiru – está fortalecida: democratização do fazer científico e defesa intransigente dos direitos humanos e das garantias fundamentais.

| Caderno de Doutrina

| DEPARTAMENTO DE ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS

Privatização dos presídios: mais uma irracionalidade travestida de solução?

Chiavelli Facenda Falavigno e
Jéssica Gomes da Mata _____ 2

A importância do *habeas corpus* coletivo contra a superlotação de unidades de internação para adolescentes

Mariana Mingrone _____ 4

Desafio à ampla defesa e ao contraditório: A denúncia genérica e a participação em crime organizado

Camila Saldanha Martins _____ 6

A justiça criminal negocial nos crimes de média gravidade no Brasil. Reforço efetivo da política criminal e incremento funcional da eficiência do processo

Renato Tavares de Paula _____ 7

A inadequada aceitação da execução provisória da pena privativa de liberdade pelo suposto esgotamento das questões de fato e provas perante os tribunais superiores

Glênio Puziol Giuberti _____ 10

Recebimento da denúncia e reconsideração do juiz: uma travessia do Rubicão?

Stephan Gomes Mendonça _____ 12

O desastre socioambiental de Mariana e a degradação ao meio ambiente como prática neutralizada

Jádia Larissa Timm dos Santos _____ 14

Por uma política criminal de gênero: interfaces entre a Criminologia Feminista e a Criminologia Crítica

Jairton Ferraz Júnior _____ 17

| Caderno de Jurisprudência

| O DIREITO POR QUEM O FAZ

Supremo Tribunal Federal _____ 2165

| JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal _____ 2166

Superior Tribunal de Justiça _____ 2168

Tribunal de Justiça de

Minas Gerais _____ 2172

Privatização dos presídios: mais uma irracionalidade travestida de solução?

Chiavelli Fazenda Falavigno e Jéssica Gomes da Mata

Há algum tempo foi retomado o debate sobre a privatização dos presídios no Brasil. Atualmente, há dois projetos de lei que discutem o tema: o PLS 513, de 2011, em trâmite no Senado Federal, e o PL 2694, de 2015, que tramita na Câmara dos Deputados. Enquanto o primeiro visa à promulgação de uma nova lei que regulamente o sistema de parcerias público-privadas no setor, o segundo almeja alterar alguns pontos da Lei de Execução Penal (LEP).

No Brasil, já existem algumas penitenciárias que funcionam em parceria com instituições privadas, como o Complexo de Ribeirão das Neves (MG). Porém, não há dados consistentes que permitam realizar uma comparação adequada entre presídios públicos e privados no país; a própria metodologia de comparação e os critérios a serem avaliados não se encontram suficientemente desenvolvidos a ponto de que tais números inspirem a credibilidade necessária para legitimar as iniciativas de expansão das modalidades privadas.

Os dados auferidos do sistema prisional norte-americano são pouco animadores: há mais queixas de violência nos presídios privados que nos públicos.⁽¹⁾ Nos EUA, já foram instituídas diferentes formas de privatização de estabelecimentos penais, medidas que hoje contam com pouca credibilidade e apresentam tendência à regressão.⁽²⁾ Nesse sentido, qualquer intento de privatização, ainda que com a permanência da direção do estabelecimento nas mãos do Estado, deve ser precedida por um estudo minucioso das suas possíveis consequências, bem como por cláusula que outorgue ao particular a responsabilidade solidária por eventuais danos causados, inclusive aqueles individuais sofridos pelos condenados.

Os principais argumentos invocados em favor da privatização dos presídios no Brasil são a diminuição dos custos para o Estado e a maior eficiência na promoção da ressocialização.

Com raízes em discurso ultraliberal altamente ideológico, a suposta superioridade do setor privado na promoção da ressocialização é facilmente contestada. Primeiro, cabe apontar que ambos os projetos de lei mencionados, ao falarem sobre ressocialização, na verdade referem-se às taxas de reincidência.⁽³⁾ De fato, há dados que apontam para menor reincidência nos presídios privados. Ocorre que, em presídios privados brasileiros, a exemplo da Penitenciária Industrial de Guarapuava (PR), há processos de filtragem da população prisional a ser admitida.⁽⁴⁾ A seleção de presos se baseia em uma pluralidade de fatores, como o bom comportamento prisional, o tipo de crime cometido, a reincidência prévia etc. Além disso, para ser admitido em um estabelecimento privado, o preso deve aceitar vender sua mão de obra a um preço abaixo do salário mínimo, o que contraria a tese de que tais instituições aumentariam de forma plena a tutela dos direitos humanos dos apenados.

A arregimentação de uma população carcerária artificial, através da transferência dos presos que teriam maiores chances de ressocialização dos estabelecimentos públicos para os privados, é

a base do aparente sucesso ressocializador dos presídios privados no Brasil. Este depende do fornecimento de “bons presos” retirados do setor público. Sob esse arranjo, os números do setor privado tendem a ser melhores, ao passo que os números dos presídios públicos tendem a piorar. É possível concluir que a suposta eficiência dos presídios privatizados não pode ser afirmada, pois sequer chega a ser colocada a prova. Mais que isso: a dependência do privado em relação ao público revela que esses empreendimentos são incapazes de cumprir sua promessa de autossuficiência financeira em relação ao Estado.

Além de argumentar por maior eficiência apriorística do setor privado, o PLS 513 estabelece nexo causal entre a privatização e a economia de recursos do Estado.⁽⁵⁾ Mas tal economia não se comprova na prática, não apenas pelos dados oriundos do regime norte-americano⁽⁶⁾ como também pelo que já se pode vislumbrar no Brasil, onde o Estado repassa à instituição privada não apenas o valor *per capita* de internos, mas também o reembolso parcelado do montante dispendido pelos particulares na construção da estrutura.⁽⁷⁾ Assim, o preço da privatização tem se mostrado muitas vezes superior ao do presídio público. Por óbvio que a melhor regulamentação dessa contratação poderia esclarecer tal fato, auxiliando na compreensão de ditos gastos.

Levando em consideração a massa crítica produzida acerca da privatização nos EUA, parece essencial que o estudo da questão no Brasil seja capaz de avaliar as possibilidades concretas de sua implementação em um país com um padrão de acumulação altamente alinhado às demandas do capital monopolista e um arranjo político-institucional historicamente vulnerável ao interesse privado.

Nesse sentido, parece interessante lembrar que a principal forma de privatização dos presídios no Brasil é a terceirização das atividades meio,⁽⁸⁾ que ocorre há muitos anos no país e que foi reafirmada pela Lei 13.190 de 2015. Promulgada com o intuito de afastar as polêmicas sobre a legalidade desse tipo de medida privatizante, a referida lei realizou algumas alterações por meio dos artigos 83-A e 83-B da LEP, permitindo a execução indireta de algumas atividades que ocorrem em estabelecimentos prisionais, as quais se relacionam com os seguintes serviços: conservação, limpeza, informática, copeiragem, portaria, recepção, reprografia, telecomunicações, lavanderia, manutenção de prédios, instalações e equipamentos internos e externos, bem como serviços relacionados à execução de trabalho pelos presos.

Foi também para afastar as polêmicas sobre legalidade que surgiu o já referido PL 2694/2015, destinado a compatibilizar disposição da LEP com o regime das PPPs em estabelecimentos penais. No que concerne ao mérito da privatização, o texto se limita a afirmar que a medida “é capaz de contribuir para a melhoria significativa no Sistema Carcerário Brasileiro e para que o Estado cumpra as determinações da Lei de Execução Penal”. É no mínimo curioso que esse projeto tenha partido da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) sobre o Sistema Carcerário, na qual

se verificou, por exemplo, que o setor privado estava explorando a mão de obra de presos sem remuneração, prática também conhecida como redução à condição análoga à escravidão. Não parece plausível, a partir do próprio relatório da referida CPI, que a privatização possa contribuir para a “melhoria” do sistema carcerário – ao menos não no que se refere às condições de vida das pessoas presas.

Ainda, em que pese o argumento de que as condições de vida dos presos seriam melhores nos presídios privados, os quais teriam mais investimento em estrutura, pode-se questionar o seguinte: se é obrigação do Estado a tutela dos presos nas condições de ressocialização da LEP, a delegação dessa função para o setor privado não corresponde, nem de longe, ao cumprimento de dita obrigação, e sim ao reconhecimento público da total incompetência do poder público em cumprir com o seu dever. Esse caminho só levará a uma privatização paulatina de toda e qualquer atividade pública, sempre sob o argumento de “reserva do possível”.

Ademais – e por óbvio – mister destacar-se o principal argumento existente contra a referida medida: como investimento que é, o sucesso da empreitada será tanto maior quanto o for o número de detentos, passando a ser interessante para as empresas que atuarem no setor um incremento de políticas criminais encarceradoras. Ou seja, o inchaço do cárcere passará a ser, para alguns, bastante conveniente. A redução da prisionalização pode começar a ser vista como o esvaziamento de um negócio, o que acarretaria a demanda por mais legislação penal, a qual já se encontra irracionalmente expandida no Brasil, sobremaneira no que tange à imposição de prisões materiais ou processuais nos casos de crimes patrimoniais e relacionados a entorpecentes, sublinhando o já conhecido recorte de renda que predomina nesse setor.

A sensação de que a privatização possa ser a “descoberta” da solução ideal para a execução penal, que é, sem dúvida, a maior ferida aberta de todo o ordenamento jurídico pátrio, pode muito provavelmente não passar de mais uma ilusão, manchada com o sangue dos reiteradamente selecionados pelo sistema carcerário brasileiro.

Assim, qualquer debate sobre a privatização da atividade carcerária deve ser feito de modo ponderado, sem falsos discursos inflamados, baseados em supostos benefícios econômicos não comprovados. Ainda, as vantagens em matéria de preservação de direitos humanos devem ser avaliadas com cuidado, para que o ímpeto não seja apenas uma forma de desonerar o Estado de suas obrigações mais ínsitas. Como titular do poder de punir, a manutenção de seus custodiados de forma digna é, sim, obrigação do poder público, sob pena de responsabilização por danos ou, ainda, deferimento de prisão domiciliar. Se não pode punir de forma digna, que reduza o âmbito de incidência desse poder. Esse é, sem dúvida, o melhor caminho.

Notas

- (1) WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Revan, 2003; SANTOS, Ronny Peterson Nunes dos. Privatização de presídios no Brasil: reflexões à luz de um possível recuo da experiência americana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 129, p. 375-405, mar. 2017. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=134233>. Acesso em: 10 jul. 2018.
- (2) A regressão é comumente atribuída a mudanças na orientação da política criminal estadunidense, que nos últimos anos vem caminhando em direção à contenção do encarceramento massivo. É importante apontar também que essa tendência pode estar perdendo força nos últimos dois anos, apesar de ainda ser muito cedo para afirmá-lo com certeza. Mais sobre as políticas que afetaram o complexo industrial prisional americano e as possibilidades de sua recuperação, ver em: <<https://theintercept.com/2016/11/28/private-prisons-were-thriving-even-before-trump-was-elected/>>. Acesso em: 16 jul. 2018.
- (3) O dado sobre reincidência diz apenas que o egresso não foi preso novamente. Mas não é possível afirmar, apenas com base nos dados sobre entrada e saída de instituições prisionais, que uma pessoa efetivamente tenha deixado de participar de atividades ilícitas ou passado por um processo de ressocialização propriamente dito. Sobre a ressocialização ver: COHEN, Stanley. An introduction to the theory, justifications and modern manifestations of criminal punishment. *McGill Law Journal* v. 27, n. 1, p. 73-91, 1981.
- (4) Em sua justificativa, o PLS 513 utiliza esse estabelecimento como exemplo da superioridade de gestão do setor privado. Não custa lembrar que a presente crítica se dirige à presunção de superioridade do setor privado sem base em evidências. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=2947751&disposition=inline>>. Acesso em: 15 jul. 2018.
- (5) No entanto, o texto admite o conhecido fato de que a privatização não costuma promover diminuição de gastos públicos: “Em muitos casos não há ganho em termos de economia de recursos públicos. Mas esse não é o objetivo da parceria público-privada de que trata este projeto. A Lei de Execução Penal anuncia em seu art. 1º qual é o objetivo da execução de qualquer pena: a ressocialização. E é precisamente isso o que o nosso atual sistema público de execução penal não tem logrado cumprir”.
- (6) SANTOS, Ronny Peterson Nunes dos. Privatização de presídios no Brasil: reflexões à luz de um possível recuo da experiência americana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 129, p. 375-405, mar. 2017.
- (7) “O governo de Minas paga R\$ 3.500 mensais per capita à empresa GPA (Gestores Prisionais Associados), que administra o complexo de Ribeirão das Neves. Mas somente a metade do valor (R\$ 1.750) refere-se ao custo do preso e à manutenção da cadeia. A outra metade é reembolso pelos investimentos na construção do complexo, erguido e equipado pela iniciativa privada, ao custo de R\$ 280 milhões (valores de 2012)”. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/com-tres-anos-presidio-privado-em-minas-gerais-nao-teve-rebelioes-20740890#ixzz5Ksoijedastest>>. Acesso em: 10 jul. 2018.
- (8) Sempre importante lembrar que a privatização à brasileira deu origem a casos como o de Jair Coelho, o “Rei das Quentinhas”, hoje condenado por diversos crimes cometidos na gestão de uma empresa que chegou a deter monopólio sobre o fornecimento de alimentos às instituições penais de todo o Estado do Rio de Janeiro. O mais interessante sobre esse caso é que hoje há ao menos cinco “reis das quentinhas” do Brasil, fenômeno que vale a pena ser acompanhado mais de perto. Ver mais em: <<https://www.cartacapital.com.br/revista/772/os-mercadores-das-cadeias-9403.html>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

Chiavelli Facenda Falavigno

Doutora em Direito Penal pela USP, com estágio de investigação na Hamburg Universität.
Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS.
Advogada.

Jéssica Gomes da Mata

Mestranda em Direito Penal pela USP.
Advogada.



IBCCRIM

Fundado em 14.10.92

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

OUIVODORA

Fabiana Zanatta Viana

A importância do *habeas corpus* coletivo contra a superlotação de unidades de internação para adolescentes

Mariana Mingrone

1. Introdução

O artigo aborda a superlotação de locais de internação para adolescentes que cometeram atos infracionais, bem como a situação de vulnerabilidade a que estão expostos, ressaltando-se a importância de tutela de bens jurídicos desses adolescentes e a importância do *Habeas Corpus* coletivo, proferido em 16 de agosto de 2018, na manutenção desse problema.

Busca-se mostrar neste estudo, brevemente, o caos de superlotação dos locais de internação e a constante violação de direitos e princípios previstos pela lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), Lei 12.594/2012, com especial enfoque ao princípio da legalidade, a proibição de tratamento mais gravoso e a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, destaca-se o artigo 37.b da Convenção dos Direitos da Criança, que dispõe que *“nenhuma criança seja privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária. A detenção, a reclusão ou a prisão de uma criança será efetuada em conformidade com a lei e apenas como último recurso, e durante o mais breve período de tempo que for apropriado”*; ⁽¹⁾ pacto do qual o Brasil é signatário, e que veda qualquer tipo de reclusão de forma ilegal ao adolescente.

O artigo busca ressaltar a aplicabilidade do pedido de *Habeas Corpus* coletivo feito pela Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo, em que o ministro Luiz Edson Fachin, do Supremo Tribunal Federal, determinou a unidade de Uninorte de Linhares, no Espírito Santo, reduzir em 116% a superpopulação do local.

2. Da situação de superlotação das unidades de internação

Em relatório divulgado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, *“Um olhar mais atento de internação e semiliberdades de internação”*, de 2015, revela que a situação de centros de internação para adolescentes que cumprem medida socioeducativa está longe de ser a ideal; e mostra um estado de desrespeito aos princípios assegurados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

O ECA define que o tempo máximo que um adolescente pode ficar internado com restrição de sua liberdade é de 3 anos; e que, durante esse período, lhes sejam concedidas atividades educacionais, profissionais, culturais e de lazer. Acontece que o que se pôde observar foi uma grande indiferença à doutrina da proteção integral trazida pelo Estatuto.

Na época do relatório, o Brasil contava com 18.072 vagas para internação de adolescentes, mas abrigava 21.823 internos. ⁽²⁾ Dos 23 estados e um Distrito Federal que o país possui, apenas 9 não têm suas unidades de internação para adolescentes em conflito com a lei com a sua capacidade acima dos 100%.

Somente 16% das unidades separam os adolescentes por tipo de infração cometida; 38,5% das unidades não possuem espaços adequados para atividades profissionalizantes; 28,7% não possui salas de aula adequadas; e em 82% das unidades de

internação não há atendimento multidisciplinar aos egressos e suas famílias. ⁽³⁾

Na maior parte desse cenário, observa-se descaso para com a ressocialização e integração do adolescente em cumprimento de medida de internação; a violação de direitos e princípios ocorre diariamente; e os problemas são inúmeros: falta de higiene, conservação, iluminação, ventilação, barreiras essas que dificultam o respeito aos princípios conferidos pelo Estatuto à criança e ao adolescente.

Diante da violação sistêmica de direitos, parece que o “estado de coisas inconstitucional”, já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 347 no que diz respeito aos presídios brasileiros, ocorre também nas unidades de internação para adolescentes, ainda que não admitido pelo Supremo. Verifica-se uma vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais daqueles que estão ainda em formação, que deveriam ter a atenção primordial do Estado, situação ainda mais grave do que a dos adultos.

3. Do desrespeito aos princípios da legislação referente ao adolescente em cumprimento de medida socioeducativa

Dispõe a Constituição Federal, artigo 227: *“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”*.

Ora, é indiscutível o respeito que o ordenamento jurídico confere à criança e ao adolescente com fulcro na doutrina da proteção integral. Nesse sentido, com maestria, ensina o professor **Canotilho**: *“A dignidade da pessoa humana constitui o substrato que está na base de todos os direitos fundamentais. Ela pressupõe o reconhecimento destes pela ordem jurídica, em todos os seus aspectos e dimensões. Este princípio foi especialmente vertido para a criança e o adolescente no caput do art. 277 do Texto Constitucional. Assim, eles têm sua dignidade assegurada não apenas de forma geral no art. 1º da Constituição Federal, mas de forma específica no dispositivo supracitado”*. ⁽⁴⁾

O SINASE confere que o cumprimento das medidas socioeducativas rege-se, pelos princípios da legalidade, excepcionalidade, proporcionalidade, brevidade, individualização, mínima intervenção, não discriminação e fortalecimento de vínculos. Contudo, diante da lamentável superlotação das unidades de internação – conforme já visto neste texto –, é fácil notar que esses princípios são desrespeitados.

Atenção especial se deve ao princípio da legalidade, cuja essência é limitar o poder punitivo estatal e respeitar a estrita

legalidade. Ressalta-se ainda outro aspecto do princípio da legalidade conferido pelo SINASE, que se refere à proibição de tratamento mais gravoso do que ao conferido a um adulto. Ensina **Gustavo Cives Seabra**, defensor público do Estado do Rio Janeiro: *“Infelizmente, percebemos na prática que o objetivo pedagógico da medida socioeducativa é utilizado como forma de deixar o jovem em situação mais aflitiva que o adulto. O falso argumento é no sentido de inexistência de pena, mas sim de proteção, o que justifica a aplicação de medidas – inclusive internação e semiliberdade – em casos completamente inadequados”*.⁽⁵⁾

O quadro de desrespeito evidenciado pela superlotação afronta também o princípio da dignidade da pessoa humana. Embora se deva assegurar a absoluta prioridade de tratamento à criança e ao adolescente, não parece ser esse o real objetivo dessas unidades de internação. A dignidade da pessoa humana é um fim em si mesmo e nunca pode ser tratada como um objeto, como um mero direito material, mas deve antes ser formalmente respeitada.

4. Caso da Unidade de Internação de Linhares/ES e a aplicação do Habeas Corpus coletivo

Além das tantas unidades de internação superlotadas pelo Brasil, foi destaque o caso da Unidade de Linhares, Regional Norte, no Espírito Santo, cujo estado é alvo, desde 2011, de medidas provisórias pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em razão da grave violação de direitos humanos nas casas de custódia de adolescentes.

O quadro de indignidade evidenciado nesta unidade é alarmante; a superlotação existe desde 2015 e, segundo informações da Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo, as inúmeras irregularidades de condições dos detentos fomenta a violência, rebeliões, motins e até mesmo fugas.⁽⁶⁾

É evidente o constrangimento ilegal a que os internos são submetidos, como se já não bastasse o cenário perturbador da superlotação dessa unidade; foi constatado inclusive que adolescentes dormiam em colchões próximos a vasos sanitários, em situação de extremo descaso e insalubridade; as chances de ressocialização de adolescentes naquela unidade são impraticáveis.

A situação em tela apresenta extrema violência estrutural, podendo ser configurada como tratamento cruel e tortura. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos já se manifestou a respeito da responsabilidade do Estado perante os adolescentes: *“O Estado, ao privar de liberdade uma pessoa, se coloca em uma especial posição de garante de sua vida e integridade física. Ao momento de deter um indivíduo, o Estado o introduz em uma ‘instituição total’, como é a prisão, na qual os diversos aspectos da sua vida se submetem a uma regulação fixa e se produz um distanciamento do seu entorno natural e social, um controle absoluto, uma perda de intimidade, uma limitação do espaço vital e, sobretudo, uma radical diminuição das possibilidades de autoproteção. Tudo isso faz com que o ato de reclusão implique um compromisso específico e material de proteger a dignidade humana do recluso enquanto esteja sob custódia”*.⁽⁷⁾

Diante de um cenário de problemas estruturais crônicos, que se perpetua no tempo e abarca vários indivíduos numa mesma situação de vulnerabilidade, é que se presta com efeito frutífero a aplicabilidade do *Habeas Corpus* coletivo para a questão. A

adoção geral desse remédio permite uma análise efetiva e ampla de um caso emergencial, aliviando uma situação de lamentável violação de direitos.

Apenas por meio de um amplo instrumento jurídico é possível uma limitação imediata do número de internos, situação que pela gravidade não admite demora. Trata-se de adolescentes, indivíduos em situação de extrema vulnerabilidade, contra a qual uma atuação efetiva e rápida do Judiciário se faz necessária, de modo a realocar os internos excedentes para outras unidades.

O *Habeas Corpus* coletivo implica ação mais rápida e eficaz, já que a demora nesses casos, se demandados de forma individual, traria resultados ainda mais catastróficos aos internados. A relevância da matéria e a urgência trazem mais uma vez a acertada aplicação do *Habeas Corpus* coletivo em prol dos mais vulneráveis e necessitados, e que deve ser estendida a unidades em situação semelhante, haja vista não serem poucas as unidades superlotadas.

5. Conclusão

Ainda que a maioria das unidades de internação não seja referência no papel da ressocialização do adolescente, enaltece-se a aplicação de mais um *Habeas Corpus* coletivo no sistema jurídico brasileiro. O instrumento vem se mostrando importante meio de se garantir menor violação de direitos.

Os direitos dos adolescentes e das crianças precisam ser tutelados com a devida atenção pelo Estado, principalmente quando se fala em atos infracionais; o clamor punitivista social é intenso e o papel da tutela integral é deficiente, permitindo situações de extrema violação de direitos, o que é inadmissível em um Estado Democrático de Direito.

A aplicabilidade do *Habeas Corpus* coletivo é mais um passo na contramão do desrespeito aos direitos humanos daqueles que não têm voz, daqueles que, muitas vezes, são invisíveis. Garantir a concessão de condições mínimas é apenas um passo. E que tantos outros *Habeas Corpus* coletivos sejam proferidos, que mais direitos sejam respeitados e não passem apenas de belos vocábulos no papel.

Notas

- (1) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 19 ago. 2018.
- (2) Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Destaques/Publicacoes/Um_Olhar_mais_Atento_02.07_WEB-completo-ok-1_1.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2018.
- (3) Disponível em: <<https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2015/06/centros-de-internacao-de-adolescentes-sao-insalubres-e-apresentam-poucas-opportunidades-4875.html>>. Acesso em: 19 ago. 2018.
- (4) CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord.). Comentários à Constituição Federal do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. 2.380 p.
- (5) SEABRA, Gustavo Cives. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE. Salvador, Juspodivm, 2017. p. 68.
- (6) Disponível em: <<http://g1.globo.com/espírito-santo/noticia/2015/08/superlotacao-provoca-fugas-na-unis-de-linhares-diz-defensoria-do-es.html0>>. Acesso em: 19 ago. 2018.
- (7) COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe nº 41/99, Caso 11.491, 10/03/1999.

Mariana Mingrone

Pós-graduanda em Direito Penal pela Faculdade Damásio.
Advogada colaboradora da Defensoria Pública da União em São Paulo.

Desafio à ampla defesa e ao contraditório: A denúncia genérica e a participação em crime organizado

Camila Saldanha Martins

Quando estamos diante de processos envolvendo crimes da Lei das Organizações Criminosas (Lei Federal 12.850/2013), é comum que nos deparemos com uma manobra utilizada pelo órgão acusatório, denominada denúncia genérica. No entanto, seu uso frequente viola duas das mais expressivas formas de garantias constitucionais trazidas pelo Estado Democrático de Direito: o contraditório e a ampla defesa, ambas previstas no artigo 5º, inciso LV da Carta Magna brasileira.⁽¹⁾

Isso porque nos descobrimos em um tempo de atuação estatal obstinada em punir criminosos, conferindo respostas efetivas à sociedade, já que esta clama pela luta contra a corrupção e pela segurança.

Todavia, todo cuidado é pouco.

Não se pode confundir a garantia do direito de defesa do acusado com a vulgar expressão “defesa da impunidade”, posto que as disposições constitucionais devem ser sempre reverenciadas, não permitindo nenhuma mitigação; sob pena de reflexamente gerarmos essa temida impunidade; ou, ainda pior, retornarmos a um Estado totalitário.

Pois bem.

Hodiernamente, nos processos criminais, encontramos diversas denúncias oferecidas pelo crime previsto no artigo 2º, caput, da Lei 12.850/2013. Esse diz respeito às formas pelas quais um sujeito supostamente participa de uma organização criminosa.⁽²⁾

O tipo penal descreve expressamente que o indivíduo, para incorrer no referido delito, deve “promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa”.⁽³⁾ Todavia, por justificativas que circundam a dificuldade de delimitação da conduta de cada agente dentro dessas instituições, também se tornou comum a ausência de descrição das ações, legitimando-se uma situação que chamamos de denúncia genérica.

Não obstante as alegações de Ministério Público e juízes a respeito da possibilidade de se comprovar a participação do acusado no decorrer da instrução criminal, a verdade é que a própria denúncia deveria limitar sua conduta logo de início, possibilitando o exercício da ampla defesa e do contraditório, seja pelo acusado por meio da autodefesa, seja pela defesa técnica.

Nesses casos, embora o representante ministerial costumeiramente transcreva o dispositivo legal, mantendo-se somente no campo abstrato do preceito penal incriminador, esquece-se de que o fato processual penal é um fato concreto, um acontecimento histórico, não um tipo penal ideal.⁽⁴⁾ É indispensável, portanto, que se aponte, mediante descrição apurada, qual a conduta que faz com que o acusado incida em algum dos verbos núcleos do tipo penal; por exemplo, ao descrever que o sujeito “financia” a organização criminosa, deve se ocupar de mencionar como é feito – pagamentos e

corrupção de agentes ou qualquer outra forma que o faça incidir no verbo núcleo.

Nas denúncias genéricas, no entanto, isso não fica claro.

A respeito dessa modalidade cada vez mais usual de denúncia, **Aury Lopes Junior** ensina que é inadmissível, posto que cabe à investigação preliminar esclarecer, ainda que em grau de verossimilhança, o fato delitivo, buscando particularizar as condutas de modo que a imputação seja certa e determinada, no sentido de possibilitar a individualização das responsabilidades penais a serem apuradas durante o processo.⁽⁵⁾

Ainda conforme o entendimento do autor, isso se dá porque o Ministério Público dispõe da investigação preliminar – inquérito policial – para realizar todas as diligências e atos investigatórios que necessite para sanar suas dúvidas, tornando-se flagrante a desigualdade de armas e violando de morte o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Embora se diga que as averiguações envolvendo organizações criminosas são de difícil identificação autoral, o que justificaria a propositura desta peça defeituosa; não há como nos olvidarmos que o ônus probatório cabe ao Ministério Público. É certo que sem o conhecimento pleno do réu de quais condutas está sendo acusado, toda a instrução criminal torna-se prejudicada. Afinal, como poderá a defesa afirmar e fazer prova de que não praticou o ato em questão, se não sabe que ato seria este?

Segundo **Gustavo Badaró**, ao admitir-se que a denúncia não precisa trazer a narrativa completa da conduta de cada um dos acusados, pois isto será eventualmente suprido na instrução, está-se considerando, erroneamente, que prova pode suprir narração.⁽⁶⁾ A prova se destina a demonstrar se uma afirmação fática corresponde ou não à realidade; pressupõe a narrativa, não podendo jamais ser seu sucedâneo.⁽⁷⁾

Assim, mesmo ciente de que o réu está protegido pelo princípio *constitucional in dubio pro reo*, e que no processo penal cabe o ônus da prova ao agente ministerial, é evidente que sem o conhecimento global de todas as condutas de que está sendo acusado, a instrução processual não poderá ser concretizada sob o crivo dos direitos constitucionais.

Por isso, não há como negar que a denúncia deficiente ou omissa estará sempre em franca hostilidade também para com as garantias constitucionais do *due process of law*, sendo inclusive causa de nulidade absoluta – aquela que não pode ser sanada ou à qual não podem ser aplicados os efeitos preclusivos.⁽⁸⁾

Nesses casos, ocorre claro cerceamento de defesa e violação a diversos princípios constitucionalmente assegurados.

Nesse sentido, para a tipificação correta da conduta do réu dentro da organização criminosa, é preciso que seja verificada, em primeiro lugar, sua intenção de associação em caráter estável e duradouro, que vise praticar infrações penais, estruturalmente

organizada e com divisão de tarefas determinada. Inclusive, também importa esclarecer que para a configuração plena da organização criminosa, é preciso que o vínculo entre os associados exista, com a intenção de constituí-la e praticar crimes.

De outra banda, embora se trate de delito permanente, é de suma importância que as condutas de cada indivíduo na participação e integração da organização criminosa sejam individualizadas, permitindo que o sujeito possa se defender das imputações oferecidas pelo *Parquet* e garantindo sua ampla defesa e contraditório.

Ademais, no que se refere às tarefas de cada um, embora não seja preciso um registro formal da divisão, é indispensável que se descreva e individualize cada conduta, de modo a respeitar os princípios constitucionalmente assegurados,⁽⁹⁾ permitindo que o sujeito exerça sua defesa de forma plena.

Posto isso, é certo defendermos que o direito penal brasileiro não permite ufanias criminais com base nas características e vida pregressa do autor, mas sim busca analisar especificamente qual a conduta praticada pelo acusado no caso em concreto. Assim, as menções feitas de forma genérica não podem ser aceitas em hipótese alguma, pois lastreiam-se em ofensas aos princípios gerais do direito constitucional e penal, especialmente o *direito de defesa*, que se traduz basicamente na possibilidade de alegação e demonstração. Todavia, para exercê-lo a contento, indispensável o conhecimento de todos os atos e fatos processuais.⁽¹⁰⁾

Notas

- (1) BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 ago. 2018.
- (2) BRASIL, Lei Federal nº. 12.850/2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm>. Acesso em: 16 ago. 2018.
- (3) BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 202.
- (4) LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 423.
- (5) Ibid., p. 425.
- (6) BADARÓ, op. cit. p. 202.
- (7) BADARÓ, loc. cit.
- (8) GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antonio Scarance. Gomes Filho, Antônio Magalhães. As nulidades no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 97.
- (9) NUCCI, Guilherme de Souza. Organização criminosa. Comentários à Lei 12.850/2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 15.
- (10) DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. Processo penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 175.

Camila Saldanha Martins

Pós-graduanda em Direito Penal Econômico pelo
Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu
e Universidade de Coimbra, Portugal.
Pós-graduada e especialista em Direito Penal e
Processo Penal pela Faculdade OPET.
Advogada.

A justiça criminal negocial nos crimes de média gravidade no Brasil. Reforço efetivo da política criminal e incremento funcional da eficiência do processo

Renato Tavares de Paula

É inegável a necessidade atual de inserção do processo penal no âmbito geral da política criminal, de modo que nos princípios e normas do processo penal estejam embutidas as intenções político-criminais que informam o Sistema Jurídico Penal como um todo.⁽¹⁾

Necessário pontuar que um processo penal pouco funcional abre ensejo a diversos danos processuais em seu trâmite, desde a insegurança jurídica que causa ao suposto autor do fato delituoso, até a deficiente instrução probatória. Nesse contexto, o Direito Comparado vem nos blindando com diferentes modelos de consenso, em direção à expansão das possibilidades consensuais de imposição de uma sanção penal, a partir de um acordo entre o órgão acusatório e a defesa.⁽²⁾

De fato, o panorama contemporâneo do processo penal nos mais diversos ordenamentos ocidentais apresenta generalizada tendência em direção à expansão das possibilidades consensuais de imposição de uma sanção penal a partir da aceitação do

acusado em troca de um benefício (como a redução da pena), ou seja, sem o desenrolar do devido processo legal em seus termos tradicionais,⁽³⁾ mormente para as infrações de média e pequena criminalidade.

O modelo de consenso característico da lei italiana é o da *applicazione della pena su richiesta della parti*,⁽⁴⁾ ou seja, a aplicação de pena a pedido das partes, também denominada *patteggiamento*, prevista no Código de Processo Penal Italiano como um processo especial, no título II, do livro VI, em seu artigo 444, I.⁽⁵⁾

Em apertada síntese, trata-se de procedimento especial, no qual o réu e o Ministério Público pedem ao juiz que aplique uma sanção de natureza substitutiva ou uma pena pecuniária, diminuída até um terço; ou ainda uma pena privativa de liberdade, quer isolada, quer conjuntamente com uma pena pecuniária, diminuída também até um terço, desde que a pena abstrata não ultrapasse os cinco anos de pena privativa.⁽⁶⁾

De outro prisma, desde os finais dos anos 70 a justiça da Alemanha realiza o denominado *Vergleiche*, ou seja, acordos informais, em que o réu, ao confessar o crime praticado, beneficia-se de uma contrapartida na pena que lhe será concretamente aplicada. Os acordos informais, como refere **Schunemann**,⁽⁷⁾ e como o próprio nome indica, são desprovidos de formalidade: o arguido predispõe-se a fazer uma confissão que servirá ao juízo como meio de prova geral para a sua culpabilidade.

Após mais de trinta anos de existência de acordos informais, a lei germânica de 04 de agosto de 2009 veio reformar o Código de Processo Penal Alemão, fazendo constar expressamente o acordo criminal através da previsão legal do artigo 257 combinado com o artigo 142, os denominados *Urteilsabsprachen* ou acordos sobre a sentença em processo penal.

Em Portugal, podemos citar dois modelos característicos de acordos criminais, quais sejam, arquivamento em caso de dispensa de pena e suspensão provisória do processo.

O instituto do arquivamento em caso de dispensa de pena tem a sua regulamentação no artigo 280.º do Código de Processo Penal Português,⁽⁸⁾ em que a iniciativa da decisão de arquivamento do processo compete nomeadamente ao Ministério Público, mas, para tal, é necessária a concordância por parte do juiz.

Referido instrumento negocial exige indícios suficientes da prática do crime, além do tipo de crime prever expressamente a possibilidade de dispensa de pena.

Já o modelo de consenso da suspensão provisória do processo está previsto no artigo 281.º do Código de Processo Penal, podendo aplicar-se aos crimes que forem puníveis com pena de prisão não superior a 5 anos, ou a crimes com sanção diferente da pena de prisão. O MP, nesses casos, pode oficiosamente ou a requerimento do arguido ou do assistente suspender o processo, mediante concordância do juiz,⁽⁹⁾ e imposição de regras de conduta ao arguido, preenchidos que estejam os pressupostos constantes da norma legal.

No ordenamento jurídico brasileiro existem dois modelos de consenso, aquele previsto na Lei 9.099/95, que visou lutar contra o aumento dos crimes de pequena criminalidade existentes nos tribunais e o novel modelo, previsto na lei 12.850/2013, que alargou o instituto da delação premiada para todos os delitos, mormente os de grave criminalidade, embora o acordo criminal nessa quadra não tenha só o intuito de aperfeiçoar o tempo do processo penal, mas também de ser utilizado como método de obtenção de prova em relação aos demais réus.

Pois bem, em relação à lei 9.099/95, temos dois institutos de acordos criminais. Primeiro, existe o instituto da transação penal,⁽¹⁰⁾ que se verifica quando o Ministério Público propõe ao autor da infração a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, a ser especificada na proposta, desde que não tenha o autor da infração sido condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; que não tenha sido o agente beneficiado anteriormente, no período de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos desse artigo; e que os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, apontem ser necessária e suficiente a adoção da medida.

Aceita a proposta pelo autor da infração e pelo seu defensor, o acordo resultante será submetido à apreciação do juiz, o qual poderá proceder ou não à respectiva homologação. Acolhida a proposta do Ministério Público aceite pelo autor da infração, o

juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa.

Note-se, no entanto, que mencionado acordo criminal é circunscrito às hipóteses de “menor potencial ofensivo”, ou seja, crimes que violem bens jurídicos de valor diminuto. Assim, são apenas beneficiários potenciais desses acordos os indivíduos que cometeram infrações penais de menor potencial ofensivo, as quais, para os efeitos desta Lei, são as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não com multa, como previsto no artigo 61 da lei 9.099/95.⁽¹¹⁾

O outro instituto de justiça negocial prevista na lei 9.099/95 é a denominada suspensão condicional do processo. Ela é utilizada, como se vê em seu art. 89, nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano. Nesse específico caso, pode o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as condições de reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; a proibição de frequentar determinados lugares; a proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz; a comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Ocorre que os modelos de consenso presentes na lei brasileira não apresentam a hipótese de acordo na quantidade da pena privativa da liberdade. Ao contrário, nos crimes que considera com menor potencial ofensivo é proposto ao autor uma “verdadeira” alternativa de consenso, privilegiando-se a ressocialização do agente através de uma pena de cariz social ou uma prestação pecuniária.

O outro modelo de consenso está previsto no artigo 4º da lei 12.850, de 02 de agosto de 2013: “O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.”

Referido acordo criminal também não guarda aderência aos demais modelos de legislação comparada aqui citados, ao exigir que o pretenso colaborador traga aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos na lei.⁽¹²⁾ Por outro lado, também não limita a quantidade abstrata de pena que poderia encetar o acordo.

Assim, o ordenamento jurídico nacional não atinge os crimes de média criminalidade, na seara dos acordos criminais, sendo necessário, portanto, reforma legislativa para abarcá-los.

Note-se, por importante, que os instrumentos de justiça criminal negociada já presentes nos países citados têm permitido um rápido trâmite processual, mormente se comparado ao processo penal brasileiro.

Segundo **Dario Cavallari**,⁽¹³⁾ em 31 de dezembro de 2012, os processos penais alemães pendentes eram 333.481, contra 1.454.452 de processos penais italianos (cada processo a demorar respectivamente, por média, 104 e 370 dias).

No Brasil, segundo dados obtidos no site do CNJ (<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83679-fase-de-execucao-e-a-que-mais-aumenta-tempo-de-tramitacao-de-processos>) atinentes ao relatório *Justiça em números* do ano de 2016, a fase de conhecimento dura, em média, três anos e três meses no juízo comum e dois anos e sete meses nos juizados especiais. Já o tempo de execução de punições não privativas de liberdade, em média, ficou em um ano e nove meses (juízo comum) e dois anos (juizados especiais). No caso de penas privativas, a média atingiu dois anos e quatro meses.

Ou seja, somando-se a fase de conhecimento com a de execução, em relação às penas privativas de liberdade, o processo penal brasileiro demanda cinco anos e sete meses no juízo comum e cinco anos e um mês no juizado especial. Conclui-se, portanto, que o processo penal brasileiro na justiça comum demanda 67 meses, ao passo que o alemão por volta de 03 meses; e o italiano, 12 meses. Ou seja: o processo penal brasileiro demora aproximadamente 22 vezes mais que o germânico e 05 vezes mais que o italiano.

Calha ainda lembrar que, em Portugal, dados estatísticos judiciais mostram que o instrumento consensual na justiça criminal tem aumentado continuamente.⁽¹⁴⁾

Portanto, é clara a necessidade de adoção por parte do ordenamento jurídico brasileiro de medidas de justiça negocial criminal para os crimes de média criminalidade, expandindo as medidas de solução amigáveis já previstas na lei 9.009/95 (transação penal e suspensão condicional da pena).

Calha acentuar, por último, que os acordos criminais, ao permitirem uma adesão por parte de todos os sujeitos processuais, diminuem, ao contrário do que ocorre nos modelos que não de consenso, o perigo de eventuais litígios futuros, uma vez que a solução foi atingida de forma consensual. Dessa forma, parece claro que os modelos consensuais aplicados facilitam não só a administração da justiça criminal, mas também alcançam fim político-criminal mais efetivo, qual seja, a prevenção.

Nesse sentido **Nicolás Rodríguez García**,⁽¹⁵⁾ ao esclarecer que os benefícios dos institutos de justiça criminal negocial são evidentes, pois a celeridade e as vantagens que introduzem no processo penal podem contribuir para a melhora dos níveis de eficácia da justiça penal, e assim, favorecem a uma maior prevenção da criminalidade e eliminam o estigma social que sempre representa para o réu ser submetido a um juízo criminal.

A procura de soluções de consenso não deve ser rejeitada; ao contrário, deve ser fomentada a mediação no que tange aos crimes de pequena e média criminalidade, uma vez que, verificada a taxa de sucesso, como em Portugal, ronda os 98%⁽¹⁶⁾ da aplicação da suspensão provisória do processo.

Em conclusão, e como referido por **Anabela Rodrigues**,⁽¹⁷⁾ os modelos de consenso tendem a dar “folga” ao sistema formal de controle, que se encontra demasiado subcarregado de processos que dizem respeito a crimes de pequena e média criminalidade. Acresce, ainda, um papel de extrema importância

da ressocialização do agente, não permitindo os efeitos nefastos que a pena teria sobre ele.

Notas

- (1) ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico penal*. Tradução: Luis Greco. Rio de Janeiro, Renovar, 2000.
- (2) FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001.
- (3) RODRIGUES, Nicolás García. *La justicia penal negociada – experiencias de derecho comparado*. Ediciones Universidad Salamanca, 1997. p. 188.
- (4) DE CARO, Agostino. Le linee politiche della legge n. 134 del 2003. Principi fondamentali e nuovo “patteggiamento”. In: _____. *Patteggiamento allargato e sistema penale*. Milano: Giuffrè, 2004.
- (5) CORTESÃO, Viviana Gomes Ribeiro. *Os acordos sobre a sentença em processo penal*. Um novo consenso no direito processual penal. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013.
- (6) ILLUMINATI, Giulio. Il giudizio. In: CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BARGIS, Marta. *Compendio di procedura penale*. Padova: CEDAM, 2014. p. 797 ss. 27 ILLUMINATI, Giulio. El sistema acusatorio en Italia. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (Coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 153.
- (7) SCHUNEMANN, Bernd. Crisis del procedimiento penal? Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo? Trad. Silvana Bacigalupo. In: ESPANHA. Consejo general del poder judicial. *Jornadas sobre la “reforma del derecho penal en Alemania”*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1991. p. 49-58.
- (8) 1. Se o processo for por crime relativamente ao qual se encontre expressamente prevista na lei penal a possibilidade de dispensa da pena, o Ministério Público, com a concordância do juiz de instrução, pode decidir-se pelo arquivamento do processo, se se verificarem os pressupostos daquela dispensa. 2. Se a acusação tiver sido já deduzida, pode o juiz de instrução, enquanto esta decorrer, arquivar o processo com a concordância do Ministério Público e do arguido, se se verificarem os pressupostos da dispensa da pena. 3. A decisão de arquivamento, em conformidade com o disposto nos números anteriores, não é susceptível de impugnação.
- (9) Nesse sentido Nicolás Rodríguez García: “Y es que se va a requerir que su decisión sea aceptada por el arguido y el asistente, y permitida por el Juez de Instrucción; una intervención de sujetos muy numerosa y que no es exigida en ninguna de las instituciones de Derecho comparado en las que se ha podido inspirar.”, op., cit., p. 271.
- (10) Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.
- (11) “Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.”
- (12) LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. Salvador. Juspodivm, 2015. p.524.
- (13) CAVALLARI, Dario. *Brevi osservazioni sull’efficienza del sistema giudiziario penale e civile in Germania ed Italia: un confronto*. Disponível em: <<http://www.unicost.eu/centro-studi-nino-abbate/diritto-internazionale/brevi-osservazioni-sull%E2%80%99efficienza-del-sistema-giudiziario-penale-e-civile-in-germania-ed-in-italia-un-confronto.aspx>>.
- (14) Disponível em: www.dgsi.pt, processo n.º 224/06.7GAVZL.C1.S1. Acesso em: 13 mai. 2013.
- (15) RODRIGUES, Nicolás García. *La justicia penal negociada – experiencias de derecho comparado*. Salamanca. Ediciones Universidad Salamanca, 1997, p. 285-286.
- (16) Vide ALMEIDA, Maria Rosa Crucho de. A suspensão provisória do processo penal: Análise estatística do biénio 1993-1994. *Revista do Ministério Público, Lisboa*, a. 19, n. 73, p. 49-84, Janeiro/Março, 1998. p. 91.
- (17) RODRIGUES, Anabela. Acordos sobre a sentença em processo penal – O “fim” do Estado de Direito ou um Novo Princípio?, Conselho Distrital do Porto, Coleção Virar de Página.

Renato Tavares de Paula
Defensor Público Federal em Ribeirão Preto/SP.

A inadequada aceitação da execução provisória da pena privativa de liberdade pelo suposto esgotamento das questões de fato e provas perante os tribunais superiores

Glenio Puziol Giuberti

1. Introdução ao problema – a execução provisória da pena com base no esgotamento da questão de fato e de prova após o julgamento em segunda instância

Na data de 17 de fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal (STF), quando do julgamento do HC 126.292/SP, modificou entendimento firmado em 05 de fevereiro de 2009, no julgamento do HC 84.078/MG, de que a execução da pena privativa de liberdade somente poderia ocorrer após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, após esgotadas todas as possibilidades de recurso.

Para sustentar essa mudança de entendimento, o ministro relator afirmou que é no âmbito probatório que o princípio da não culpabilidade tem seu núcleo, de modo que, esgotadas as possibilidades de rediscussão de fatos e provas, o réu é considerado culpado. Nas palavras do ministro relator Teori Zavascki: *“Realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual”*.⁽¹⁾

Acompanhando o ministro relator, os ministros Edson Fachin, Luis Roberto Barroso, Luis Fux, Gilmar Mendes e a ministra Carmém Lúcia. Em suma, um dos pontos mais debatidos para a aceitação pelo Supremo Tribunal Federal (STF) da execução provisória da pena foi, exatamente, o esgotamento da matéria fática e probatória pelo julgamento do tribunal de 2º grau.

Ocorre que essa distinção entre matéria de fato e matéria de direito é de difícil configuração, na medida em que o tribunal superior recebe os autos com tudo o que já foi produzido, inclusive a matéria fática qualificada juridicamente.

Desse modo, é de imperiosa relevância que a comunidade jurídica demonstre a impropriedade na justificação da execução provisória da pena privativa de liberdade com base no suposto esgotamento da análise da matéria fática dos autos. É o que se passa a demonstrar a seguir.

2. Refutando os argumentos: a difícil ou quase impossível dicotomia entre questão de fato e questão de direito no julgamento perante os tribunais superiores

Bem da verdade, a separação entre fato e direito no processo é de extrema dificuldade. Isso porque a questão de direito é pensada a partir dos fatos e vice-versa, ou seja, *“quando o jurista pensa o facto, pensa-o como matéria do direito, quando pensa o direito, pensa-o como forma destinada ao facto”*.⁽²⁾

Acerca disso, especificamente em matéria criminal, importante ter em mente que o objeto do processo penal, sobre o qual serão

produzidas as provas e debatidas as teses de acusação e defesa, configura-se na descrição dos fatos na inicial acusatória, bem como na sua correta qualificação jurídica, justamente porque o fato deve subsumir-se a um tipo penal posto no Código Penal.

Por isso, ou seja, fora do âmbito da legalidade estrita, é que a tentativa de completa separação entre questão de fato e questão de direito apta a sustentar a execução provisória da pena pela impossibilidade de discussão em sede de recursos nos tribunais superiores também não é tão simples.

Com efeito, não obstante serem os recursos especial e extraordinário adstritos ao direito postulado, é *praticamente impossível alegar a violação a este direito sem uma análise ou reanálise de tudo o que foi debatido durante o processo*, o que inclui, então, também as questões de fato.

Nessa perspectiva, acerca da distinção entre questão de fato e questão de direito apta ao conhecimento do recurso especial ou recurso extraordinário, vale o ensinamento de **Karl Larenz**, ao dizer que *“só os factos, isto é, os estados e acontecimentos fácticos, são susceptíveis e carecem de prova; a apreciação jurídica dos factos não é objeto de prova a aduzir por uma das partes, mas tão-só de ponderação e decisão judicial”*.⁽³⁾

Em razão disso, o que é vedado em sede de recursos aos tribunais superiores é o *“‘simples’ reexame da prova, o que não impede, portanto, a discussão sobre a qualificação jurídica dos fatos, ou seja, o juízo de tipicidade realizado pelo tribunal a quo no caso concreto”*.⁽⁴⁾

Portanto, em relação à matéria fática, bem como em relação à qualificação jurídica desses fatos e provas, o que se procura por ocasião da interposição de um recurso perante os tribunais superiores não é um novo julgamento do mérito da causa, mas sim o *saneamento de vício referente à qualificação jurídica dos fatos declarados nos autos até o momento do julgamento perante os tribunais superiores*, tornando quase que inalcançável essa distinção entre matéria fática e matéria estritamente de direito no caso concreto.

3. Conclusão: a necessidade de respeito ao artigo 5º, LVII, da CRFB/88 face ao argumento falacioso da separação das questões de fato e das questões de direito a autorizar a execução provisória da pena privativa de liberdade

Delimitada a dificuldade na separação das questões de fato e de direito no julgamento dos recursos nos tribunais superiores, ou seja, na necessidade de análise acerca de tudo o que foi produzido nos autos para a delimitação das violações legais ou constitucionais, vale um breve diagnóstico acerca do princípio da não culpabilidade face à falácia da execução provisória da pena pelo esgotamento da matéria fática em segundo grau de jurisdição.

Nessa linha, a presunção de inocência, constante do rol de

direitos fundamentais da CRFB/88, configura inegável limite à atuação estatal, principalmente no âmbito do direito processual penal, lado mais pesado da repressão face ao indivíduo.

O Código de Processo Penal, como norma infraconstitucional, retira validade da Constituição e, bem assim, deve respeitar os direitos e garantias fundamentais, dentre eles o de não ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Na verdade, não é que o réu tem presunção de inocência, mas, sim, uma certeza dessa inocência até prova cabal de sua culpabilidade, o que só será atingido com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Desse contexto se extrai o entendimento de que o referido direito fundamental deve ser entendido como regra de tratamento; dito de outro modo, aquela regra que impõe que o réu seja considerado inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, momento em que não seja mais possível o manejo de nenhum recurso em face da condenação. É a passagem da sentença condenatória da condição de mutável para a condição de imutável, portanto.

Exatamente por isso é que o artigo 5º, inciso LVII da CRFB/88 é expresso em trazer o requisito do trânsito em julgado para que o réu seja considerado culpado. Também em razão disso é que existe a possibilidade do manejo de recursos aos tribunais superiores, na medida em que a qualificação jurídica dos fatos, bem como a disciplina legal da prova atrelada aos fatos concretos postos nos autos, podem estar equivocadas, em desacordo com o ordenamento jurídico pátrio, conforme foi demonstrado no tópico acima e, portanto, alterar a decisão de segundo grau, mesmo que para um novo julgamento.

Inclusive, nesse novo julgamento existe a possibilidade de absolvição do réu, em razão de uma qualificação jurídica equivocada dos fatos ou em face da utilização de uma prova ilícita, por exemplo.

É justamente a dimensão do princípio da presunção de inocência como regra de tratamento do réu que proíbe a formação definitiva da culpa antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Então, é requisito para a formação da culpa que a situação do réu se torne imutável pelo manto da coisa julgada para que se possa falar em execução da pena privativa de liberdade. Diferente disso, o julgamento em segunda instância não esgota a discussão fática e probatória no processo, não tornando a situação do réu imutável, portanto. Esse é o ponto nevrálgico da crítica ora posta.

Nesse sentido é que a autoria delitiva deve ser provada sem qualquer sombra de dúvidas ou de probabilidade de mudança, como na possibilidade de impetração dos recursos especial e extraordinário, pois, caso contrário, o réu não teria a qualidade de condenado definitivo, devendo ser tratado como preso provisório, com a observância de todos os requisitos da prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Em outras palavras, se ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado, a prisão sem trânsito em julgado também não pode ser definitiva, mas sempre cautelar, devendo-se demonstrar as hipóteses de cabimento atreladas a fatos concretos do caso ora posto a discussão, nos termos dos artigos 311, 312 e 313, todos do CPP.

O próprio termo utilizado, execução provisória, já indica a não definitividade da execução, mormente quando o réu pode ser absolvido em um novo julgamento ou por exclusão de uma prova ilícita, por exemplo.

Por tudo o que foi demonstrado, sem pretensão de esgotar o tema, é que o argumento de que o julgamento em segunda instância esgota a matéria fática e de provas não pode se sobressair ao comando constitucional do artigo 5º, LVII da CRFB/88, principalmente porque os tribunais superiores analisam a qualificação jurídica dos fatos para decidirem em sede de recurso especial e extraordinário, podendo-se alterar a decisão de segundo grau, não havendo, portanto, definitividade antes do trânsito em julgado, entendido como a impossibilidade de mudança na situação processual do réu.

Notas

- (1) HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016.
- (2) NEVES, Antonio Castanheira. *Questão-de-facto e questão-de-direito*. O problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica). Coimbra: Almedina, 1967. p. 586.
- (3) LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991. p. 370-371.
- (4) LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1283.

Glenio Puziol Giuberti

Pós-graduado em Direito Penal Econômico pela
Universidade de Coimbra/IBCCRM.

Pós-graduado em Ciências Criminais pela
Faculdade de Direito de Vitória – FDV.

Advogado.

BOLETIM IBCCRM - ISSN 1676-3661

COORDENADOR-CHEFE: Luigi Giuseppe Barbieri Ferrarini.

COORDENADORES ADJUNTOS: Daniel Paulo Fontana Bragagnolo, Danilo Dias Ticami e Roberto Portugal de Biaz.

EDITORES IBCCRM: Rafael Vieira, Tainara Lira e Willians Meneses.

CONSELHO EDITORIAL:

Acacio Miranda Filho, Alexis Eliane, Amélia Emy Rebouças Imasaki, Anderson Bezerra Lopes, André Azevedo, André Felipe Pellegrino, André Lozano Andrade, André Ricardo Godoy, Antonio Baptista Gonçalves, Arthur Sodré Prado, Átila Machado, Beatriz Jubilut, 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, Emília M. Giuliani, Evandro Camilo Vieira, Fernanda Carolina de Araújo, Fernanda Vileas, Fernando B. Dias, Frederico Manso Brusamolín, Gabriel Huberman Tyles, Gabriela Gama, Guilherme Suguimori Santos, Henrique Buhl Richter, Hugo Leonardo, Hugo Leonardo Rodrigues Santos, Jacqueline Valles, Jamil Chaim Alves, João Aníbal Andorffato, Jorge Nader, José Carlos Abissamra Filho, José Roberto Coelho de Almeida Akutsu, Juliana Regassi, Letícia Garducci, Lévio Scattolini, Luan Nogueira Moyano, Luana Oliveira, Luis Gustavo Sousa, Luiza Gervitz, Luiza Guedes Piráquine, Manoel Alves da Silva Junior, Marco Aurélio Florêncio Filho, Mariana Beda, 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 Shecaira, Sâmia Zattar, Theodoro Balducci, Thiago Baldani Gomes de Filipp, Thiago Tezani, Verônica Carvalho Rahal, Vitor Hugo da Silva, Vinicius Vasconcellos e Yuri Felix.

COLABORADORES DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA:

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.

COMISSÃO DE ATUALIZAÇÃO DO VOCABULÁRIO BÁSICO CONTROLADO (VBC): Roberto Portugal de Biaz.

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: midiafazma@gmail.com.

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

O Boletim do IBCCRM 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 IBCCRM:

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

Recebimento da denúncia e reconsideração do juiz: uma travessia do Rubicão?

Stephan Gomes Mendonça

Diz-se que Julio Cesar, após a conquista da Gália, em 49 a.C., recebeu ordens do Senado de Roma para que dispensasse o seu exército e retornasse à capital. Ao desobedecer tais ordens e realizar a travessia do rio Rubicão com suas legiões, estava ciente de que violava lei que o impedia de marchar em Roma, em decisão que inevitavelmente causaria guerra civil e da qual não poderia voltar atrás.⁽¹⁾

Essa passagem ilustra como decisões de célebres personagens da nossa história alteraram a realidade fática daquele local e modificaram para sempre os rumos da sociedade em que viviam. Com as necessárias adaptações, serve também para discutir dogmaticamente a estabilidade e importância das decisões judiciais relacionadas à formal acusação de pessoas pela prática de crimes.

No processo penal brasileiro, a decisão de recebimento da denúncia ou queixa é um ponto fulcral. Trata-se de relevantíssima decisão judicial – não mero despacho sem carga decisória – que assenta o indivíduo acusado da prática de um crime no polo passivo da ação penal, com todos os conhecidos ônus que tal status acarreta, como tão bem descreveu **Carnelutti**.⁽²⁾

O relevo da decisão que recebe a ação penal, com efeito, para além da fixação do estigma de réu e do singular desconforto de enfrentar uma acusação, também decorre dos rigorosos requisitos da ação penal. Vale dizer, a inicial acusatória só é juridicamente válida se, a um só tempo, contemplar todas as chamadas condições da ação e os pressupostos processuais, e estiver acompanhada de justa causa. Além disso, deve a denúncia ser clara e conter a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, conforme preconiza o artigo 41, do CPP.

Por todas essas razões e com esteio no art. 93, IX, CF, aliás, é que a doutrina sustenta a necessidade de motivação da decisão de recebimento da denúncia. Consoante defende **Antônio Magalhães Gomes Filho**,⁽³⁾ “é evidente, por outro lado, que a esse modelo de decisão deve corresponder uma adequada justificação, em que o juiz demonstre haver examinado tais questões, dizendo por que concluiu pela admissibilidade da acusação”.

A seguir a lógica estabelecida pelo Código de Processo Penal, animado pelos princípios constitucionais informadores do processo, tem-se que, após a denúncia, o juiz deverá proferir decisão fundamentada, na qual externe a verificação da presença dos requisitos da ação penal e do mínimo substrato probatório a embasá-la, como condição para o recebimento da inicial acusatória. Num segundo momento, após a juntada aos autos da resposta à acusação, deverá o magistrado, de forma motivada, demonstrar a análise das teses jurídicas arguidas pela Defesa e as causas de absolvição sumária legalmente previstas para, verificando a correção da inicial acusatória e a improcedência dos pleitos defensivos, manter o recebimento da denúncia e designar audiência de instrução e julgamento.

Superadas tais fases na forma estabelecida pelo ordenamento jurídico, em tese, ter-se-ia afirmação do juiz no sentido de que analisou fundamentadamente a denúncia e que ela está conforme exige a lei, em todos os seus aspectos.

Nesse viés, importante questão que se coloca é se a decisão que recebe a denúncia pode ser revogada ou reconsiderada. Em outras palavras, é juridicamente válida uma posterior decisão do magistrado de “voltar atrás” da decisão que inicialmente considerou válida a ação penal e deu prosseguimento ao processo-crime?

No campo doutrinário a questão é resolvida de forma simples, seja porque as matérias sob análise são de ordem pública, seja porque inexistente preclusão *pro iudicato*.

Segundo **Gustavo Badaró**:⁽⁴⁾ “As condições da ação e os pressupostos processuais são matérias de ordem pública que o juiz pode conhecer a qualquer tempo ou grau de jurisdição, independentemente de provocação das partes. Não há vinculação do juiz com a decisão anterior que recebeu a denúncia, nos termos do art. 396, caput, do CPP, vez que inexistente preclusão ou qualquer outro mecanismo que torne o ato imutável ou não passível de reforma.”

No mesmo sentido se posiciona **Aury Lopes Jr.**,⁽⁵⁾ ao referir que “nada impede que o juiz, após a resposta escrita, se convença da ausência de alguma das condições da ação e rejeite a denúncia anteriormente recebida. Pela ausência de preclusão para o juiz, poderá ele, perfeitamente, realizar um novo juízo de prelibação à luz dos novos elementos trazidos, evitando assim um processo natimorto, sem suporte probatório e jurídico suficiente.”

A jurisprudência, de seu turno, parece encampar o entendimento sustentado pela doutrina.

A questão ainda não chegou ao Supremo Tribunal Federal,⁽⁶⁾ mas no Superior Tribunal de Justiça, até 2013, entendia-se pela impossibilidade da reconsideração da decisão que recebeu a denúncia ante a ausência de previsão legal, necessidade de resguardo da segurança jurídica e à vista da aplicação da teoria da asserção⁽⁷⁾ no processo penal.⁽⁸⁾

Entretanto, desde o julgamento, em 2014, do AgRg no REsp 1.218.030/PR, de relatoria da ilustre ministra Laurita Vaz, assentou-se que “o recebimento da denúncia não impede que, após o oferecimento da resposta do acusado (arts. 396 e 396-A do Código de Processo Penal), o Juízo reconsidere a decisão prolatada e, se for o caso, impeça o prosseguimento da ação penal”.⁽⁹⁾

Embora tal questão seja resolvida de maneira tranquila pela doutrina,⁽¹⁰⁾ vez por outra são encontradas decisões na jurisprudência negando tal possibilidade, sob os mais variados argumentos.

Por todos,⁽¹¹⁾ respeitando-se o limite imposto para um artigo que não pretende esgotar o tema, restringiremos a análise ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em especial da sua Quinta Turma, por apresentar consolidado posicionamento contrário ao que dispõem doutrina e jurisprudência do STJ a respeito dessa matéria.

Desde 2004⁽¹²⁾ e em diversos julgados recentes,⁽¹³⁾ o Tribunal Regional Federal da 3ª Região tem dado provimento a recursos interpostos pelo Ministério Público Federal em face de decisões

judiciais que posteriormente reconsideraram o recebimento da denúncia, com apoio em, principalmente, dois argumentos: (i) cerceamento do direito de a Acusação ultimar o processo-crime; e, (ii) ausência de previsão no ordenamento processual.

Nesse viés, considerando a resistência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região em rever seu entendimento sobre o tema, mormente após a guinada do Superior Tribunal de Justiça em 2014 e do posicionamento da maioria da doutrina, afigura-se necessário examinar os fundamentos invocados a fim de verificar sua compatibilidade com o ordenamento processual penal.

Em primeiro lugar, é necessário afirmar desde logo que inexistente aludido “direito de a Acusação ultimar o processo-crime”. Ao Ministério Público incumbe promover a ação penal pública incondicionada quando presentes indícios de autoria e prova da materialidade delitivas e, no curso do processo, atuará de forma a produzir a prova necessária para a condenação dos acusados.

No campo processual, portanto, o Ministério Público possui o direito de, em paridade de armas com a defesa, dar prosseguimento ao processo, à luz da legalidade e do contraditório. No entanto, a conclusão do processo-crime com a prolação de sentença pelo juiz não é direito do órgão acusador, sobretudo quando a denúncia não reflete o figurino legal, a ensejar a sua rejeição. Em verdade, soa ilógico sustentar que há cerceamento de direito da Acusação na decisão do magistrado que, revendo posicionamento anterior, vislumbra juridicamente inadmissível a denúncia.

Trocando em miúdos: o Ministério Público tem o dever de acusar, mas não pode oferecer denúncia fora dos ditames legais e contar com o beneplácito do Poder Judiciário para que o processo, indiscriminadamente, chegue à fase da sentença. Não é demais lembrar, há uma razão para a existência dos requisitos da denúncia. Não se trata de mero formalismo da lei, mas da forma prevista para que um indivíduo seja devidamente acusado da prática de um crime, evitando-se excessos e arbitrariedades.

No que atine à ausência de amparo legal para a reconsideração do recebimento da denúncia, igualmente há que se afirmar a impropriedade do argumento, embora, de fato, o Código de Processo Penal não disponha sobre tal situação.

É que a partir da nova sistemática trazida pelas alterações legislativas de 2008, com a possibilidade de o acusado trazer toda sorte de argumentos e teses em sua resposta à acusação, impõe-se admitir que o magistrado possa, após análise da peça defensiva, reconsiderar sua primeira decisão. Nesse momento processual, é certo, disporá da visão da defesa com relação à acusação, que poderá apontar motivos para a rejeição da denúncia não vislumbrados anteriormente pelo juiz.

Ademais, tal posicionamento se coaduna com a moderna concepção do processo penal, a proteger o réu de acusações infundadas, destituídas de justa causa e formuladas sem o necessário esmero exigido pela lei. Do ponto de vista prático e da economia processual, também faz pouco sentido insistir no prosseguimento de um processo cuja peça inaugural inobserva alguma exigência legal, o que imporá o reconhecimento da sua inadmissibilidade.

Quer nos parecer, portanto, que o atual posicionamento do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em especial da sua Quinta Turma – e dos demais tribunais que o adotam –, está equivocado de acordo com a melhor doutrina e ultrapassado segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Forçoso reconhecer, de fato, parecer inusitado que o magistrado

venha a rejeitar a denúncia, em juízo de reconsideração, por exemplo, ao final da instrução processual, quando teve duas oportunidades, antes e depois de manifestar-se o acusado, para detidamente analisar a admissibilidade da acusação. Por outro lado, nada impede que, mesmo após as análises fundamentadas acerca da viabilidade da denúncia, o juiz venha a se convencer da sua inépcia ou falta de justa causa, por exemplo.

A questão pode parecer singela e, em geral, é intuitiva para aqueles que militam na seara criminal – no sentido de afirmar a possibilidade da reconsideração do recebimento da denúncia –, o que tornaria este artigo inoportuno. Todavia, em vista do firme posicionamento atual do Tribunal Regional Federal da 3ª Região e de julgados de outros tribunais no mesmo sentido, faz-se necessário afirmar mesmo aquilo que pareça óbvio.

É certo, portanto, que neste tema o juiz penal não se encontra na posição de Julio Cesar, que, ao cruzar o rio Rubicão, não poderia mais voltar atrás da sua decisão.

Como defendem a maioria da doutrina e jurisprudência, é de se sustentar juridicamente válida a reconsideração da decisão de recebimento da denúncia, sobretudo porque as condições da ação e os pressupostos processuais são matérias de ordem pública e podem ser conhecidos a qualquer tempo ou grau de jurisdição.

Notas

- (1) Daí a famosa frase atribuída a Julio Cesar naquele momento: “*alea jacta est*” (“a sorte está lançada”).
- (2) É de conhecimento público a excelência com que Francesco Carnelutti descreveu as consequências do processo penal para o acusado, em sua conhecida obra *As Misérias do Processo Penal*, originariamente publicada em 1957.
- (3) GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 172.
- (4) BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2018. p. 624.
- (5) LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 746.
- (6) A questão já foi monocraticamente decidida pelos ministros Ricardo Lewandowski e Luiz Fux, no julgamento dos ARE 1.078.834 e ARE 1.123.368, em que se asseverou: “A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que é possível ao magistrado reconsiderar o recebimento da denúncia após a apresentação da resposta à acusação, rejeitando-se expressamente a tese da preclusão pro judicato na espécie.”; e que “Os princípios da eficiência, simplicidade e celeridade processuais norteiam a reforma processual introduzida pela Lei 11.719/2008, que deu nova redação aos artigos 396 e seguintes do Código de Processo Penal, razão pela qual não há óbice para o juízo de retratação ao recebimento da denúncia logo após o oferecimento da resposta à acusação. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e da Terceira Turma do TRF/1ª Região.”
- (7) Segundo a teoria da asserção ou “*prospettazione*” o momento adequado para verificação das condições da ação estaria adstrito ao primeiro juízo de admissibilidade, com base unicamente na análise das afirmações contidas na petição inicial (*in status assertionis*), não importando se verdadeiras ou falsas as afirmações. Há vasta doutrina sobre a teoria da ação e sua condição. Por todos: LIEBMAN, Enrico Tullio. *L'azione nella teoria del processo civile*. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè. Anno IV, 1950. Vale destacar, no que importa ao presente estudo, que se trata de (mais uma) impertinente utilização de institutos do processo civil no processo penal, sem a devida análise da sua compatibilidade. Esse movimento vem originando diversas críticas da doutrina. Para análise da crítica doutrinária ver: TUCCI, Rogério Lauria. Considerações acerca da inadmissibilidade de uma teoria geral do processo. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 61, p. 89-103, nov. 2000; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: _____. (Coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- (8) STJ. Resp 1354838/MT. Rel. Min. Campos Marques. Quinta Turma. Dje 05/04/2013. No mesmo sentido: STJ. HC 86903. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Quinta Turma. Dje 30/06/2008; STJ. EDcl no REsp 173.395/PA. Rel. Min. Fernando Gonçalves. Sexta Turma. Dje 02.10.2000.
- (9) Tal entendimento foi reproduzido em oportunidades anteriores: STJ. RHC 60705. Rel. Min. Ribeiro Dantas. Quinta Turma. Dje 11/10/2017. STJ. HC 294518. Quinta Turma. Dje 11/06/2015.
- (10) Há autores que possuem reservas com relação a tal entendimento. Para Guilherme Madeira Dezem (*Curso de processo penal*. 4. ed. São Paulo: RT, 2017. p. 906), “ou se admitem dois recebimentos da denúncia e também a rejeição tardia, ou não é possível a rejeição tardia da denúncia e somente se admite um recebimento”.

- (11) Recentes julgados em contrário à possibilidade de reconsideração da denúncia também são encontrados, em número relevante, no âmbito do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e Tribunal de Justiça do Pará.
- (12) TRF3. RSE nº 0000.03.99.018303-6. Rel. Des. Fed. Luiz Stefanini. Primeira Turma. Dje 04/05/2004.
- (13) TRF3. RSE nº 0000229-28.2016.4.03.6127. Rel. Des. Fed. André Nekatschalow. Quinta Turma. Dje 26/02/2018; TRF3. RSE nº 0002592-25.2011.4.03.6139. Rel. Des. Fed. Paulo Fontes. Quinta Turma. Dje 06/12/2017; TRF3. RSE nº 0000158-62.2016.4.03.6115. Rel. Des. Fed. André Nekatschalow. Quinta Turma. Dje

13/11/2017; TRF3. ACr nº 0000398-65.2008.4.03.6007. Rel. Des. Fed. Maurício Kato. Quinta Turma. Dje 15/05/2017.

Stephan Gomes Mendonça

Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Pós-graduado em Direito Penal Econômico pela FGVSP.

Pós-graduado em Processo Penal pela Universidade de Coimbra, em parceria com o IBCCRIM.

O desastre socioambiental de Mariana e a degradação ao meio ambiente como prática neutralizada

Jádia Larissa Timm dos Santos

No mesmo instante em que este artigo é lido, em algum lugar da costa norte da Sibéria grandes corporações estão trabalhando para extrair gás natural e petróleo do *permafrost*.⁽¹⁾ Do ponto de vista da lógica mercantil, trata-se de prática econômica aceita, que objetiva disponibilizar, por meio da comodificação, os recursos naturais que são necessários para a vida das pessoas nos dias atuais – produção de energia e combustível. Por outro lado, os resultados (não só) ambientais advindos do derretimento do *permafrost*, constituem problemas graves, como a liberação de gás metano – muito mais nocivo que o CO₂ –, inundações e desmoronamentos, contaminação da água e a ameaça do retorno de doenças até então extintas, devido ao ressurgimento de vírus e bactérias com o processo de derretimento. Esse exemplo serve para ilustrar o que está no âmago da criminologia verde: a compreensão da lógica capitalista como (re)produtora de degradação ao meio ambiente, em que uma “racionalidade hegemônica” considera a Terra fonte inesgotável de recursos e cria um “processo contínuo de obsolescência programada” (SOUZA, 2016). O atual modelo de desenvolvimento cria, portanto, um “mito inconsistente” de que crescimento econômico, conduzido sob quaisquer circunstâncias – inclusive às custas do meio ambiente – conduzirá ao progresso, à prosperidade e ao desenvolvimento social (TAIBO, 2011). Sob essa lógica, práticas que geram danos ambientais e socioambientais são toleradas e neutralizadas.

A criminologia verde é um enfoque teórico, empírico e político (RUGGIERO; SOUTH, 2013), que se ocupa de crimes e danos que afetam o meio ambiente, a vida humana e não humana, os ecossistemas e o planeta como um todo (BRISMAN, 2014). Ainda que a corrente tenha surgido sob essa nomenclatura somente a partir dos anos 1990, pelo estadunidense Robert Lynch, o papel que exerce a criminologia verde já vinha sendo desenvolvido por outros criminólogos, de várias nacionalidades, como a venezuelana Rosa del Olmo, em 1987, quando desenvolveu pesquisa sobre o impacto ecológico do cultivo de drogas ilícitas na América Latina (RODRÍGUEZ GOYES; SOUTH, 2017).

Constituem objetos de análise, nesta senda, os danos, as leis e as regulamentações ambientais (RUGGIERO; SOUTH, 2013). A noção de dano (*harm*) é, portanto, extremamente relevante para a criminologia verde, uma vez que ultrapassa a noção formal de

crime, pois o intuito é justamente denunciar atos que mesmo não estando tipificados, provocam destruição e degradação dos recursos naturais da Terra, sendo comumente resultado de relações de poder e desigualdade social; e, provavelmente por isso, culminam em invisibilização e neutralização (CARRABINE et al, 2009).

Utiliza-se, pois, o conceito de *crime verde* (BRISMAN, 2014) ou *ecocrime* (RUGGIERO; SOUTH, 2013), que engloba tanto os crimes ambientais, quanto atos (ora não previstos no ordenamento ora até legais) que provocam degradação ambiental e desorganização ecológica. Com relação a seus resultados, os crimes verdes podem ser primários ou secundários, sendo primários aqueles que acarretam lesões diretas aos recursos naturais (solo, água, ar, fauna e flora); e, secundários, também chamados de simbióticos, aqueles que afetam as espécies humanas e não humanas que habitam o ecossistema atingido. Imagine-se, por exemplo, que o vazamento de produto químico altamente tóxico em um rio acabou por contaminar a água do local (crime verde primário), causando uma série de doenças na população que dependia de tal fonte para abastecimento (crime verde secundário). Assim, como efeito primário ter-se-ia a poluição da atmosfera e da água; e, como secundário, o desenvolvimento de doenças na população local que respira o ar poluído e bebe a água contaminada. Outro conceito utilizado pela corrente é o de *ecocídio*, tratando-se de crime verde de alta gravidade, cujos efeitos são tão catastróficos que configuram legítimo crime contra a humanidade. Acerca disso, teóricos e ativistas ambientais vêm postulando pela inserção do ecocídio nos tratados penais internacionais. Tentou-se, recentemente, incluí-lo como o quinto crime internacional contra a paz (WHITE, 2015). Infelizmente, os esforços seguem ainda sem sucesso.

Nesse cenário, a criminologia verde procura, portanto, redefinir o papel da justiça criminal frente às consequências ecológicas causadas por corporações e agentes estatais, cujos atos lesivos são normalizados em virtude de quem os pratica ou legitimados pela lógica do capital. É por essas razões, portanto, que esta dialoga com a corrente chamada *crimes dos poderosos* (ARRIGO, 2015).

Frente ao panorama atual, traduzido por um mundo globalizado e em constante aceleração, os crimes dos poderosos causam

graves lesões e ampla vitimização. Ainda assim, esse campo de pesquisa – assim como o da criminologia verde – configuram pontos fora da curva no interesse majoritário da criminologia, pois estima-se que 95% das pesquisas ainda são relacionadas aos crimes de rua, restando 5% para pesquisas de crimes de colarinho branco (BARAK, 2015). Ressalta-se, porém, que o conceito criado por Edwin H. Sutherland em 1945 e a teoria ora em voga não são sinônimos. Os crimes dos poderosos podem ser incluídos de forma genérica na definição dos crimes de colarinho branco; no entanto, especificamente, referem-se àquelas ações em que os agentes sejam estruturalmente poderosos, como as grandes corporações e atores estatais (FRIEDRICHS, 2015).

A criminologia crítica e a criminologia radical constituem a base teórica para os crimes dos poderosos, englobando “comportamentos lesivos, injuriantes e vitimizadores cometidos por empresas, corporações e organizações, públicas ou privadas; assim como as respostas administrativas, legais e políticas mediadas pelo estado a estes crimes” (BARAK, 2015). Trata-se, neste ínterim, de analisar os crimes de economia e decorrentes de acumulação de capital, os quais são divididos em sete espécies: crimes de globalização, crimes corporativos, crimes ambientais, crimes financeiros, crimes de Estado, crimes estatais-corporativos e crimes de Estado rotineiros⁽²⁾ (BARAK, 2015). Seu campo de investigação é multidisciplinar, entrelaçando as áreas da criminologia, direitos humanos, justiça criminal, Direito, estudos em segurança pública, em questões de conflito e de paz (BARAK, 2015). No que tange aos crimes ambientais, seu intuito é analisar ações lesivas ao interesse coletivo, cujas consequências impactam a humanidade como um todo, sendo “lesivas ao ar que respiramos, à água que bebemos, à comida que comemos” (BARAK, 2015).

A partir da interlocução apresentada entre as duas correntes criminológicas, o estudo de caso do maior de todos os desastres socioambientais ocorridos no Brasil (BERTONI; BEDINELLI, 2017) se torna possível (e necessário): a tragédia de Mariana. Ocorrida em 05 de novembro de 2015, consistiu no rompimento da barragem de Fundão, localizada na cidade Mariana (MG), construída pela mineradora Samarco, culminando no soterramento do subdistrito de Bento Rodrigues e causando dezenove mortes. Um rastro de lama e destruição estendeu-se por cerca de 600km, compreendendo cerca de 40 municípios, nos estados de Minas Gerais e Espírito Santo.

Gravíssimas e ainda latentes consequências – de ordens ambiental, pessoal (física e emocional), material, etc., vêm sendo apuradas ao longo destes quase três anos. O Greenpeace produziu um dossiê, publicado em dezembro de 2017, no qual é apontada a contaminação por metais tóxicos na água, no solo e até no ar, pela poeira da lama seca (VORMITTAG et al, 2017). A bacia hidrográfica do rio Doce, que já foi uma das ricas em biodiversidade do país, agoniza; e no lugar de sua mata ciliar agora há cercas para evitar contato com a água. A ONG S.O.S Mata Atlântica (2017) divulgou estudo que demonstra uma piora na qualidade da água dos rios que compõem a bacia do rio Doce. Cerca de 88,9% dos pontos analisados apresentaram qualidade ruim ou péssima da água. O solo tornou-se infértil, muitos peixes morreram e muitas espécies estão sob ameaça de extinção, o que afeta as economias locais, como a agricultura, a pesca e o turismo. Em virtude disso, são muitas as famílias que dependem de auxílio e que buscam reparação. Para gerir e executar os programas e ações de reparação e compensação, existe a Fundação Renova, instituição criada a partir de Termo de Transação e Ajustamento de Conduta, realizado entre a União, os governos dos estados do Espírito Santo e Minas Gerais, várias autarquias – como IBAMA e o Instituto Chico Mendes de

Conservação e Biodiversidade –, a Samarco e suas controladoras (Vale S.A. e BHP Billiton Brasil Ltda.). No entanto, a Fundação Renova vem sendo alvo de críticas e de cobranças pela forma como vem conduzindo os compromissos assumidos. Em abril deste ano, o Ministério Público Federal, os Ministérios Públicos de Minas Gerais e Espírito Santo e as Defensorias Públicas de ambos os estados fizeram uma série de recomendações cobrando às empresas responsáveis pelas ações da Renova (Samarco, Vale e BHP Billiton) que cumpram o TTAC firmado, respeitando os direitos das pessoas atingidas. Segundo tais órgãos, os relatórios emitidos pela fundação não condizem com a realidade e irregularidades têm sido praticadas, como, por exemplo, a alegação de suposta prescrição no direito à reparação de danos e na imposição feita pelos agentes pagadores de que as vítimas renunciem ao direito de ação (FREITAS, 2018).

Ainda que a Samarco alegasse como estratégia defensiva processual dificuldades financeiras para pagar todas as multas e valores devidos – considere-se que em dossiê apurado pelo jornal El País, das multas ambientais que a empresa sofreu, até agosto do ano passado, estimava-se que apenas 1% do montante devido pela empresa estava sendo pago –, não se deve olvidar que é empresa de capital fechado, controlada através de uma parceria comercial ou *joint-venture* exercida igualmente pelas empresas Vale S.A. e BHP Billiton Brasil Ltda. Logo, seria a Samarco a devedora principal e, as suas controladoras, devedoras subsidiárias, como responsáveis indiretas. A partir dessa lógica, o montante total devido pela Samarco – que no referido dossiê apurava cerca de 552 milhões de reais, fica muito abaixo do valor que apenas uma de suas controladoras, a Vale, lucrou em apenas três meses, cerca de 7,89 bilhões de reais (BEDINELLI, 2017).

Na esfera judicial são inúmeros os processos em tramitação. Somente em Minas Gerais havia entre 70 e 100 mil ações contra a empresa. No entanto, em 27 de agosto de 2018, a 2ª Seção Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG) admitiu, por maioria, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) de número 1.0105.16.000562-2/004, apresentado pela Samarco, suspendendo a tramitação dos processos em curso contra a Samarco para que sejam julgados uma única vez, sob o entendimento de que *todos* tratam de pretensões homogêneas de direitos. O que, segundo parecer da OAB de Minas Gerais, configura injustiça, devido às situações peculiares de cada demandante.

No âmbito federal, três ações foram instauradas visando a condenação da Samarco – um processo criminal e duas ações civis públicas. A ação criminal julga a denúncia do Ministério Público Federal, que acusou a Samarco, a Vale, a BHP Billiton e 21 diretores das três empresas por suspeita de homicídio com dolo eventual (quando se assume o risco de matar), inundação, desabamento, lesões corporais graves e crimes ambientais em decorrência da tragédia (BERTONI; BEDINELLI, 2017). Encontrava-se suspensa até 13 de novembro de 2017, quando a 1ª Vara Federal de Ponte Nova/MG, retomou o andamento da ação penal (ALESSI, 2017), que havia paralisado para apreciação de pedido da defesa, que argumentava nulidade processual por utilização de provas obtidas ilicitamente. Temia-se que, em sendo deferido o pedido, o processo poderia retornar à estaca zero. Com a sua retomada, a ação segue seu curso, porém sem perspectiva de término.

Por outro lado, as ações civis públicas encontram-se em situações distintas. A primeira foi proposta pela União e pelos dois estados atingidos, pleiteando valor de 20 bilhões; e, a outra, proposta pelo Ministério Público Federal, que busca a total reparação dos danos ambientais e socioeconômicos, totaliza o valor

de 155 bilhões. Em 08 de agosto de 2018, o juízo federal da 12ª Vara de Belo Horizonte homologou o TAC (Termo de Ajustamento de Conduta) “Governança”, extinguindo a ação civil pública no valor de 20 bilhões, e impondo à Samarco a assunção de todas as obrigações, reduzindo, porém, o valor para 2,2 bilhões. Críticas prontamente atacaram a decisão homologatória, como o fez o MAB (Movimento dos Atingidos por Barragens), por entender que não há efetivamente participação da comunidade nas decisões tomadas e que o novo valor negociado é insuficiente para a demanda das lesões, beneficiando somente as empresas e não a comunidade. O MPMG, juntamente com outros órgãos judiciais, como a DPU e DPES, emitiu nota de esclarecimento expressando desacordo com a decisão tomada pelo juízo federal. A segunda ação civil pública encontra-se provisoriamente suspensa, a pedido do MPF, a fim de que se tente formalizar acordo mais amplo entre as partes. Assim sendo, em que pese este caso ser de complexidade tamanha, procurou-se fazer um breve apanhado da situação, para, com isso, demonstrar o grau de lesividade e vitimização produzidos pelo rompimento da barragem de Fundão. Por fim, espera-se que com os apontamentos da criminologia verde e dos crimes dos poderosos seja possível dar maior visibilidade às violações enfrentadas pela população e à degradação do meio ambiente, e que seja possível seguir lutando por justiça, por reparação dos danos causados e por políticas de fiscalização e prevenção para que tragédias como esta não voltem a ocorrer.

REFERÊNCIAS

- ACÇÃO contra Samarco é suspensa por suspeita sobre grampos usados como prova. Revista Consultor Jurídico, 07 ago. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-ago-07/acao-samarco-suspensa-suspeita-grampos>>. Acesso em: 01 mar. 2018.
- ALESSI, Gil. Julgamento da Tragédia de Mariana volta a andar após cinco meses parado. El País, São Paulo, 13 nov. 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/11/13/politica/1510603193_288893.html>. Acesso em: 27 fev. 2018.
- ARRIGO, Bruno A. The human consequences of ecological violence and corporate victimization: public sector psychology and green criminology. International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology, v. 59, n. 3, p. 227-229, 2015.
- BARAK, Gregg. On the invisibility and neutralization of the crimes of the powerful and their victims. In: The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful. London: Routledge, 2015.
- _____. The crimes of the powerful and the globalization of crime. Revista Brasileira de Direito, v. 11, n. 2, p. 104-114, jul.-dez. 2015.
- BBC NEWS. Como o derretimento de geleiras está levando ao ressurgimento de doenças ‘adormecidas’. BBC News, Brasil, 17 mai. 2017. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/vert-earth-39905298>>. Acesso em: 27 fev. 2018.
- BEDINELLI, Talita. Samarco pagou só 1% do valor de multas ambientais por tragédia de Mariana: Ibama e governos de MG e ES aplicaram 68 multas, que totalizam 552 milhões de reais. Apenas a entrada de uma, parcelada em 59 vezes, foi paga. Empresa recorre das outras. El País, São Paulo, 09 ago. 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/08/08/politica/1502229456_738687.html?rel=mas>. Acesso em: 23 out. 2017.
- BERTONI, Estêvão; BEDINELLI, Talita. Justiça suspende ação que pode punir responsáveis por tragédia de Mariana: Ex-diretores da Samarco dizem que foram usadas provas ilegais e juiz paralisa processo para análise. El País, São Paulo, 07 ago. 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/08/07/politica/1502116923_258608.html>. Acesso em: 17 out. 2017.
- BOEIRA, Luis Francisco Simões; COLOGNESE, Mariângela Matarazzo Fanfa. O papel da criminologia diante da devastação ambiental causada pela criminalidade dos poderosos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.1, 1º quadrimestre de 2017.
- _____. Ação Civil Pública com Pedido de Liminar Inaudita Altera Pars. Belo Horizonte: Procuradoria da República nos Estados de Minas Gerais e Espírito Santo – Força Tarefa Rio Doce, 18 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/acp-samarco>>. Acesso em: 01 mar. 2018.
- BRISMAN, Avi. Of theory and meaning in green criminology. International Journal for Crime, Justice and Social Democracy, USA, v. 3, n. 2, p. 21-34, 2014.
- CARRABINE, Eamonn et al. Criminology: A sociological introduction. 2. ed. London: Routledge, 2009.
- FREITAS, Raquel. Direitos dos atingidos por tragédia em Mariana não estão sendo respeitados, dizem MPs e Defensoria. G1, Belo Horizonte, 05 abr. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/desastre-ambiental-em-mariana/noticia/orgaos-estaduais-e-federais-de-mg-e-es-denunciam-que-direitos-dos-atingidos-pela-tragedia-em-mariana-nao-estao-sendo-respeitados.ghtml>>. Acesso em: 04 set. 2018.
- FRIEDRICH, David O. Crimes of the powerful and the definition of crime. In: BARAK, Gregg (Ed.). The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful. London: Routledge, 2015.
- G1. Atingidos pela barragem de Fundão temem atraso na construção do ‘Novo Bento Rodrigues’: Vítimas alegam que algumas famílias não estão recebendo indenizações. A Fundação Renova, criada pela Samarco para atender os atingidos, informou que o cadastro está sendo revisto. Belo Horizonte, 20 set. 2017. Disponível em <<https://g1.globo.com/minas-gerais/desastre-ambiental-em-mariana/noticia/dd.ghtml>>. Acesso em: 27 fev. 2018.
- G1. Justiça Federal homologa TAC quase 3 anos após rompimento de Fundão. Belo Horizonte, 08 ago. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2018/08/08/justica-federal-homologa-tac-quase-3-anos-apos-rompimento-de-fundao.ghtml>>. Acesso em: 04 set. 2018.
- MARQUES, José. Processo criminal contra Samarco e diretores é suspenso pela Justiça. Folha de S. Paulo, São Paulo, 07 ago. 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/08/1907846-processo-criminal-contra-samarco-e-diretores-e-suspenso-pela-justica.shtml>>. Acesso em: 27 fev. 2018.
- G1. OAB de Governador Valadares lamenta suspensão de processos judiciais contra a Samarco em MG: Das 70 mil ações no estado, cerca de 55 mil são da comarca de Valadares; OAB teme que adoção de decisão única para todos os processos possa prejudicar a população valadarense. G1, Vales de Minas Gerais, 04 ago. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mg/vales-mg/noticia/oab-de-governador-valadares-lamenta-suspensao-de-processos-judiciais-contra-a-samarco-em-mg.ghtml>>. Acesso em: 22 out. 2017.
- MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Instituições emitem nota de esclarecimento sobre a homologação do TAC Governança. 09 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/instituicoes-emitem-nota-de-esclarecimento-sobre-a-homologacao-do-tac-governanca.htm>>. Acesso em: 04 set. 2018.
- NASH, Art. Permafrost: a building problem in Alaska. Alaska: University of Alaska Fairbanks, 2015. Disponível em: <<https://www.uaf.edu/files/ces/publications-db/catalog/eeh/HCM-00754.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2018.
- RODRIGUEZ GOYES, David; SOUTH, Nigel. Green criminology before “green criminology”: Amnesia and Absences. Critical Criminology, v. 25, p. 165-181, 2017.
- RUGGIERO, Vincenzo; SOUTH, Nigel. Green criminology and crimes of the economy: theory, research and praxis. Critical Criminology, Netherlands: Springer, v. 21, p. 359-373, 2013.
- SAMARCO. Sobre a Samarco. Brasil. Disponível em: <<http://www.samarco.com/a-samarco/>>. Acesso em: 20 out. 2017.
- SOS MATA ATLÂNTICA. Observando os Rios 2017: O retrato da qualidade da água na bacia do rio Doce após dois anos do rompimento da barragem de Fundão. S.L., nov. 2017. Disponível em: <https://www.sosma.org.br/wp-content/uploads/2016/06/SOSMA_Observando-os-Rios-2017_RIO-DOCE_online.pdf>. Acesso em: 04 set. 2018.
- SOUZA, Ricardo Timm de. Ética como fundamento II: pequeno tratado de ética radical. Caxias do Sul: Educus, 2016.
- TAIBO, Carlos (Dir.). Decrecimientos: sobre lo que hay que cambiar en la vida cotidiana. Madrid: Catarata, 2011.
- VORMITTAG, Evangelina da Motta Pacheco Alves de Araujo et al. Avaliações dos riscos em saúde da população afetada pelo desastre de Mariana. São Paulo: Greenpeace/ Instituto Saúde e Sustentabilidade, mar. 2017. Disponível em: <https://www.greenpeace.org.br/hubfs/Campanhas/Agua_Para_Quem/documentos/RelatorioGreenpeace_saude_RioDoce.pdf>. Acesso em: 03 set. 2018.

Notas

- (1) Termo utilizado pela primeira vez por S.M. Muller, em 1943. Refere-se à porção de solo ou rochedo congelado permanentemente, com temperaturas abaixo de zero, podendo, inclusive, estar nessas condições há alguns ou centenas de anos.
- (2) O termo vem de *state-routinized crimes* e configura aquelas condutas lesivas cometidas pelo Estado e que acabam por virar comuns, no sentido de não serem questionadas; pelo contrário, são neutralizadas de maneira a incorporar a rotina das pessoas que são vítimas e da sociedade como um todo.

Jádia Larissa Timm dos Santos
Mestranda em Ciências Criminais pela PUCRS.
Especialista em Direitos Humanos pela PUCRS.
Bolsista Prosuc/CAPES.

**O presente trabalho foi realizado com apoio da
Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal Nível Superior –
Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.*

Por uma política criminal de gênero: interfaces entre a Criminologia Feminista e a Criminologia Crítica

Jairton Ferraz Júnior

1. Revelações da criminologia feminista

A Criminologia Feminista revela que, imutavelmente, no decorrer da história e em diferentes sociedades e contextos sociais, a taxa de criminalidade feminina se manteve consideravelmente menor do que a masculina. Os textos criminológicos, aliás, sempre mostraram que as mulheres em geral delinquem bem menos do que os homens. Sutherland e Cressey, de forma incisiva, já asseveravam que o status sexual é o principal aspecto para diferenciar *criminosos* de *não criminosos*. Dão o seguinte exemplo para ilustrar a relevância do gênero: “se pedissem a um investigador para usar um único aspecto para prever que pessoas numa cidade de 10 mil habitantes se tornariam criminosas, ele cometeria menos erros escolhendo simplesmente o status sexual e prevendo criminalidade para homens e não criminalidade para mulheres. Ele erraria em muitos casos, pois a maioria dos homens não se tornariam criminosos, e poucas mulheres seriam criminosas. Mas erraria num número maior de casos se usasse qualquer outro aspecto isolado, como idade, raça, histórico familiar ou características de personalidade”.⁽¹⁾

A centralidade do diferencial homem-mulher no tocante à questão da criminalidade é ainda explorada por Leonard que, na obra *Women, crime and society* [Mulheres, criminalidade e sociedade], expôs sistematicamente como cada uma das principais teorias criminológicas – *associação diferencial, anomia, subcultura delinquente, labelling approach, crítica* – desaba quando as mulheres são postas na equação explanatória. Conforme sustentou a autora, após meticulosa análise de tais teorias, “a questão mais desafiadora e, até então, não satisfatoriamente explicada é a marcante ausência de criminalidade na população feminina”.⁽²⁾

Se, por um lado, elas delinquem pouco, por outro, são vítimas históricas das relações sociais capitalistas, marcadamente patriarcais e androcêntricas. Nesse sentido, a Criminologia Feminista revela que, já na gênese do capitalismo, havia a preocupação em se controlar os corpos, a sexualidade e o trabalho das mulheres em função da reprodução da força de trabalho masculina.⁽³⁾ À mulher sempre foi imposta a submissão e a passividade; seu papel social sempre foi atrelado ao lar, aos cuidados domésticos, à esfera do privado, portanto. Já aos homens, historicamente foi conferida a atuação na esfera da produção, ou seja, na esfera pública, lugar da realização de direitos, da política, do exercício da cidadania, da economia e da acumulação de capital.⁽⁴⁾ Diante desse cenário (desigual e opressor à mulher), as vozes femininas foram caladas; seus anseios, quando divergentes dos papéis socialmente impostos, ignorados; e, o mais marcante: têm sido vítimas constantes de abusos em seus lares, frequentemente sofrendo às escondidas com a violência doméstica – física e/ou sexual. Com efeito, recente pesquisa empírica – na qual 833 mulheres

de todas as regiões do Brasil preencheram um questionário elaborado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública – expôs quantitativamente a referida vitimização: 29% reportaram ter sofrido algum tipo de violência nos últimos 12 meses, na maioria das vezes perpetrada por pessoas conhecidas da vítima (61% dos casos), sobretudo por seus cônjuges/companheiros/namorados, e nas suas próprias casas (43% dos casos).⁽⁵⁾

2. Encarceramento feminino no contexto da feminização da pobreza

Não bastassem as seguintes circunstâncias: i) as mulheres delinquem menos do que os homens; ii) são, em grande medida, forçadas a ocuparem papéis sociais de submissão; e iii) são, muitas vezes, vítimas da violência patriarcal; as mulheres brasileiras têm sido criminalizadas e aprisionadas num ritmo galopante (sobretudo as pobres, negras e de baixa escolaridade). Segundo os dados oficiais,⁽⁶⁾ a população carcerária feminina cresceu 567% entre os anos de 2000 a 2014, ou seja, o número de mulheres encarceradas passou assustadoramente de 5.601 para 37.380 nesse período. Tal crescimento, ressalta-se, é bem superior ao da população carcerária masculina que, no mesmo período, cresceu 220%.

Ou seja, o sistema de justiça criminal brasileiro, na contramão de todo o revelado pela Criminologia Feminista, vem, de forma irresponsável, submetendo as parcelas mais vulneráveis da população feminina ao cárcere. Desperta atenção o fato de que em torno de 70% das mulheres encarceradas encontram-se em tal situação atualmente devido ao envolvimento com o tráfico de entorpecentes.⁽⁷⁾ De fato, vivencia-se no país uma *política criminal de guerra às drogas*, cuja característica mais malévola e socialmente danosa é a forma altamente seletiva pela qual as agências repressoras atuam, voltando-se quase que exclusivamente para os setores menos relevantes (periféricos) e mais vulneráveis (por estarem mais expostos à ação das instâncias repressivas) da estrutura do tráfico – e aqui se enquadram as mulheres. Com efeito, a análise de dados do judiciário brasileiro aponta que a dinâmica do sistema punitivo “opera em desfavor do micro, do pequeno e do médio traficantes, ou de todos aqueles que se encontram nas hierarquias inferiores da complexa teia que integra esse fenômeno social”, ao passo que o espaço ocupado pelos grandes traficantes de drogas tem maior imunidade em face das instâncias repressivas.⁽⁸⁾

Logo, as mulheres pobres da periferia consistem no objeto mais fácil de criminalização e, na maior parte dos casos, são criminalizadas e encarceradas em sua estratégia de sobrevivência. Nesse sentido, relevantes pesquisas empíricas: **Sintia Helpes**, após entrevistar mulheres envolvidas com o comércio de drogas, concluiu de maneira assertiva: “todas as entrevistas, de alguma maneira, consideraram que a dificuldade financeira em que se encontravam foi um elemento central

para que aderissem ao tráfico de drogas, pois esperavam, por esta atividade, superar a condição vivida”.⁽⁹⁾ Ainda, em estudo realizado com mulheres presas por tráfico de drogas no estado do Ceará, **Maria Juruena de Moura** relatou que 47% dessas mulheres afirmaram que a inserção na mercancia foi movida pelo desemprego e pela necessidade de sustentar a família, o que condiz com o fato de 94,8% das entrevistadas serem mães e 82,1% serem provedoras domésticas.⁽¹⁰⁾

Conclui-se, pois, que o envolvimento de mulheres no tráfico de entorpecentes – e a criminalização daí decorrente – está intimamente relacionado com o perverso fenômeno da *feminização da pobreza*.⁽¹¹⁾ Isto é, em geral, as mulheres criminalizadas encontram-se em situação de especial vulnerabilidade em relação à pobreza: além de inseridas num contexto de profundas dificuldades econômicas e de diminutas oportunidades de trabalho legal, enfrentam o abismo social de gênero, intrínseco à nossa sociedade patriarcal, que se reflete na sobrecarga de trabalho (não raramente essas mulheres, além de provedoras do lar, acumulam os afazeres domésticos e de cuidado com seus filhos e dependentes), na remuneração rebaixada, nos bloqueios à mobilidade social e nos obstáculos ao exercício de direitos.

3. Na “transversalidade das lutas de todos os excluídos”⁽¹²⁾

Diante desse quadro, não se pode mais ignorar as revelações e as exigências da Criminologia Feminista. Essa, assim como a Criminologia Crítica, busca dar voz à parcela oprimida da sociedade, possuindo ambas, portanto, relevantes pontos de congruência. De um lado, a Criminologia Crítica enxerga o sistema de justiça criminal como instrumento de reprodução e manutenção das desigualdades de classe (desigualdades sociais), na medida em que, ao seletivamente criminalizar e aprisionar os setores mais pobres e excluídos, assegura o domínio da classe dominante sobre a dominada, a separação *meios de produção/trabalho* e a extração da *mais-valia* (lucro pelo trabalho excedente não pago ao trabalhador).⁽¹³⁾ De outro lado, observando o mesmo padrão, a Criminologia Feminista enxerga o sistema de justiça criminal como instrumento de reprodução e manutenção das desigualdades de gênero (patriarcalismo e androcentrismo), na medida em que criminaliza e aprisiona as mulheres para serem controladas, para que voltem a exercer o papel passivo socialmente imposto ao gênero feminino.⁽¹⁴⁾

Com efeito, estudos⁽¹⁵⁾ demonstram que, historicamente, no Brasil, o cárcere exerceu funções distintas em relação a homens e mulheres. Quanto àqueles, a prisão se voltou à imposição da lógica do trabalho, segundo a lógica burguesa do desenvolvimento capitalista – conforme há muito aventado pela Criminologia Crítica. Quanto às mulheres, a prisão se voltou à tutela moral/religiosa para a “purificação” e domesticação, segundo a lógica patriarcal da “normalidade” feminina, caracterizada pela subordinação e pelo dever exclusivo de reprodução e de cuidados domésticos.

Impõe-se destacar, nesse ponto, o caráter delitivo especialmente acentuado conferido às condutas ilícitas praticadas por mulheres. As representações socialmente construídas em torno da referida “normalidade” feminina – atreladas às ideias de passividade, fragilidade e sujeição – fazem com que a criminalidade feminina seja vista como uma *dupla transgressão*: à lei penal e aos papéis de gênero;⁽¹⁶⁾ ensejando, por conseguinte, uma repressão mais expressiva, que extravasa a da esfera penal legal (o cárcere) e abarca também a da esfera

moral (crenças patriarcais arraigadas na estrutura do controle social informal). Assim, por exemplo, é frequente a própria família abandonar a mulher criminalizada, pois “*a solidão e o desligamento do seio familiar fazem parte de um castigo que merecem pagar*”.⁽¹⁷⁾

Nota-se, pois, que a mulher criminalizada, já em situação de imensa vulnerabilidade social, tem ainda de suportar uma dupla punição, que, por sua vez, acaba por promover uma total exclusão social. Assim, o rigor e o efeito socialmente danoso da repressão penal são maiores quando a pessoa criminalizada é do sexo feminino.

A Criminologia Feminista, de se ressaltar, há muito vem alertando sobre tais questões. Exatamente por isso conclui-se que ela dialoga de modo profícuo com a Criminologia Crítica, no sentido de que ambas possuem viés emancipatório e buscam a liberdade humana, opondo-se a matrizes de opressão. Mais especificamente, ambas denunciam (e buscam formas de combater) a desigualdade estrutural enraizada na sociedade – seja quanto à opressão de gênero, no caso da Criminologia Feminista; seja quanto à opressão de classe, no caso da Criminologia Crítica –, bem como o modo (perverso e seletivo) pelo qual o sistema de justiça criminal atua para reproduzir e acentuar ainda mais essa desigualdade.

Destarte, mostra-se fundamental a união, o compartilhamento de experiências e o mútuo auxílio entre o movimento feminista e o crítico para se ter uma sociedade mais justa e equânime em todos os seus aspectos, bem como para se construir uma justiça criminal menos seletiva e mais atenta ao contexto social de seus jurisdicionados. Aliás, somente a soma de forças de todos os segmentos oprimidos da sociedade brasileira (e aqui também se incluem os negros, a comunidade LGBT, os imigrantes em condição análoga a de escravo, etc.) tornará possível o gradual desmantelamento da atual cultura de exclusão e de restrição de direitos.

4. Propostas concretas à guisa de conclusão

Pelo exposto, resta claro que a vida das mulheres não tem sido fácil em nosso país. E isso só pelo fato de serem mulheres. As inúmeras barreiras sociais ficam ainda mais altas quando se é mulher numa sociedade patriarcal, revestida de abismos de gênero. As agências repressivas do Estado, por sua vez, só têm agravado a situação, norteadas por uma política criminal beligerante, excessivamente punitiva e nada inclusiva. De fato, o cárcere tem sido o meio priorizado para lidar com o envolvimento de mulheres no comércio de drogas, que é, na verdade, apenas consequência de problemas sociais bem mais graves e complexos.

Assim, visando minorar as mazelas do cenário atual, apontam-se a seguir algumas propostas, em matéria penal, que seriam úteis – reputa-se – para o enfrentamento da questão de forma responsável.

Em primeiro lugar, faz-se necessária uma mudança considerável no norte da política criminal brasileira, até então pensada e direcionada exclusivamente (ou prioritariamente) para homens. Imprescindível, pois, incutir um viés feminista, de modo a se construir uma política criminal atenta à questão de gênero, sensível às condições peculiares e às necessidades específicas das mulheres.⁽¹⁸⁾ Um passo relevante nesse sentido seria a aplicação prática das *Regras de Bangkok*,⁽¹⁹⁾ normas internacionais de direitos humanos, internalizadas ao

ordenamento jurídico brasileiro – mas que, até o momento, não foram plasmadas em políticas públicas eficientes. Para os efeitos da presente abordagem, vale destacar os artigos 57 e 58 do referido diploma: “57. (...) *Deverão ser desenvolvidas, dentro do sistema jurídico do Estado membro, opções específicas para mulheres de medidas despenalizadoras e alternativas à prisão e à prisão cautelar, considerando o histórico de vitimização de diversas mulheres infratoras e suas responsabilidades de cuidado.* 58. (...) *mulheres infratoras não deverão ser separadas de suas famílias e comunidades sem que se considere devidamente a sua história e laços familiares. Formas alternativas de lidar com mulheres infratoras, tais como medidas despenalizadoras e alternativas à prisão, inclusive à prisão cautelar, deverão ser empregadas sempre que apropriado e possível.*”

De se mencionar que o Supremo Tribunal Federal, recentemente, dando guarida a esses preceitos, concedeu *habeas corpus* coletivo para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas, em todo o território nacional, que sejam gestantes ou mães de crianças de até 12 anos ou de pessoas com deficiência.⁽²⁰⁾ Trata-se de uma decisão louvável, que deve servir como parâmetro para a implementação de uma política criminal feminista no país.

Ademais, mostra-se indispensável uma reformulação integral da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006). Especificamente no que concerne ao discutido no presente trabalho, propõe-se, quanto aos delitos relacionados ao tráfico, uma distinção clara entre os de menor, média e alta gravidade, de modo a possibilitar a imposição diferencial da pena conforme os seguintes critérios: i) o grau de liderança e gerência dos acusados no cerne da rede criminosa; ii) o emprego ou não de violência; iii) o tipo de droga envolvida; iv) o gênero dos acusados; e v) o contexto social dos acusados.⁽²¹⁾

Pensa-se que tal modificação legal consistiria numa marcha inicial para a desconstrução do fracassado modelo *proibicionista* da Lei de Drogas brasileira, posto que promoveria o desencarceramento daqueles que exercem papéis periféricos no tráfico, que são meras “mulas”, muitas vezes forçados a tal diante da escassez econômica e do bloqueio a oportunidades legais – e, nesse ponto, conforme já abordado, as mulheres seriam especialmente beneficiadas.

Enfim, acredita-se que as propostas aqui veiculadas, de uma forma geral, resultariam na diminuição da criminalização e do encarceramento feminino, ajudando a construir, por conseguinte, um cenário mais condizente com a realidade social das mulheres vulneráveis do país, que têm um longo histórico de vitimização, sempre postas à margem das políticas públicas de inclusão social.

Notas

- (1) SUTHERLAND, Edwin; CRESSEY, Donald. *Principles of criminology*. 7. ed. Philadelphia: J.P. Lipicott, 1966. p. 138.
- (2) LEONARD, Eileen. *Women, crime and society*. New York: Longman, 1982. p. 43.
- (3) Cf. FEDERICI, Silvia. *Calibán y la bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación originaria*. Madrid: Traficantes de sueños, 2013.
- (4) Cf. MORENO, Renata. Entre o capital e a vida: pistas para uma reflexão feminista sobre as cidades. In: MORENO, Renata (Org.). *Reflexões e práticas de transformação feminista*. Trad. Júlia Clímaco. São Paulo: Sempre Viva Organização Feminista, 2016. p. 43-74. Disponível em: <https://br.boell.org/pt-br/2016/03/02/reflexoes-e-praticas-de-transformacaofeminista>. Acesso em: 21 ago. 2018.
- (5) FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Visível e invisível: a*

vitimização de mulheres no Brasil. Março 2017. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/03/relatorio-pesquisa-vs4.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2018.

- (6) BRASIL. Ministério da Justiça. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: Infopen Mulheres – junho de 2014, p. 10. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2018.
- (7) Em junho de 2014, o Infopen Mulheres (p. 05) já relatava que em torno de 68% das mulheres submetidas ao sistema penitenciário “possuem vinculação penal por envolvimento com o tráfico de drogas não relacionado às maiores redes de organizações criminosas” e que “a maioria dessas mulheres ocupa uma posição coadjuvante no crime, realizando serviços de transporte de drogas e pequeno comércio; muitas são usuárias, sendo poucas as que exercem atividades de gerência do tráfico”.
- (8) RODRIGUES, Luciana Boiteux et al (Coord.). *Tráfico de Drogas e Constituição*. Série Pensando o Direito – Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça. Brasília, 2009. p. 95.
- (9) HELPES, Sônia Soares. *Vidas em jogo: um estudo sobre mulheres envolvidas com o tráfico de drogas*. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 129.
- (10) MOURA, Maria Juruena de. *Porta fechada, vida dilacerada* – mulher, tráfico de drogas e prisão: estudo realizado no presídio feminino do Ceará. Fortaleza: Universidade Estadual do Ceará, 2005. p. 30.
- (11) Cf. OLMO, Rosa del. Teorías sobre la criminalidad femenina. In: _____. (Coord.). *Criminalidad y criminalización de la mujer en la región andina*. Caracas: Editorial Nueva Sociedad, 1998. p. 25; TRINDADE, Lígia Cintra de Lima. Política de drogas e encarceramento feminino. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão; ARANA, Xabier; CARDOSO, Franciele Silva; MIRANDA, Bartira Macedo de (Org.). *Drogas: Desafios Contemporâneos*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018. p. 157/182.
- (12) BARATTA, Alessandro. O paradigma de gênero: da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999. p. 63.
- (13) Nesse sentido, cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 6. ed., ampl. e atual. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014. p. 06/18.
- (14) Nesse sentido, cf. CHERNICHARO, Luciana. *Sobre mulheres e prisões: seletividade de gênero e crime de tráfico de drogas no Brasil*. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2014. p. 79.
- (15) ANGOTTI, Bruna. *Entre as leis da ciência, do Estado e de Deus: o surgimento dos presídios femininos no Brasil*. São Paulo: IBCCRIM, 2012; ESPINOZA, Olga. *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*. São Paulo: IBCCRIM, 2004.
- (16) Nesse sentido, cf. BOYD, Susan C. Representations of women in the drug trade. In: BALFOUR, G.; COMACK, E. (Eds.). *Criminalizing women: gender and (in)justice in neo-liberal times*. Halifax: Fernwood, 2006. Disponível em: <http://www.educatingharper.com/Criminalizing%20Women%20ch%205.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2018.
- (17) CHERNICHARO, op. cit., p. 70.
- (18) Nesse sentido, cf. CHESNEY-LIND, Meda. Girls’ crime and woman’s place: toward a feminist model of female delinquency. *Crime & Delinquency*, 35, Sage Publications, p. 10-11 e 19-27, 1989.; CULLEN, Francis T.; AGNEW, Robert; WILCOX, Pamela. *Criminological theory: past to present*. 5. ed. New York: Oxford University Press. p. 347-348.
- (19) BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Regras de Bangkok: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras*. Brasília: CNJ - Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, 2016.
- (20) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 143.641 - 2ª Turma - Rel. Min. Ricardo Lewandowski - j. 20.02.2018.
- (21) Relevante mencionar que a Costa Rica já deu um passo de vanguarda nesse sentido: por meio da Lei 9161/2012, estabeleceu a redução de penas para as mulheres condenadas pelo delito de *introduzir entorpecentes nos presídios*. Até então, a pena para esse delito era manifestamente desproporcional: 8 a 20 anos de reclusão; com a reforma legal, passou para 3 a 8 anos de reclusão, podendo, inclusive, ser substituída por medidas alternativas à privação de liberdade para mulheres que vivam em condição de vulnerabilidade social ou que tenham dependentes. (AMADOR, Ernesto Cortés; LÓPEZ, Demalú Amighetti. Políticas de drogas y derechos humanos: reformas en Costa Rica. *Perspectivas, Friedrich-Ebert-Stiftung (FES)*, Costa Rica, n. 4, p. 08, 2014. Disponível em: <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/fesamcentral/10860.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2018).

Jairton Ferraz Júnior

Pós-graduado em Criminologia e Direito Penal pelo
ICPC – Instituto de Criminologia e Política Criminal.
Professor de Criminologia e Direito Penal
da Universidade Santa Rita.
Advogado.

FIQUE DE OLHO

Nova edição do
**LABORATÓRIO DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS**
recebe inscrições a partir da
2ª quinzena de janeiro!

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

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



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

O DIREITO POR QUEM O FAZ

Supremo Tribunal Federal

Habeas corpus. 2. Importação de sementes de maconha. 3. Sementes não possuem a substância psicoativa (THC). 4. 15 (quinze) 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 sentença e do acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

2.ª Turma

HC 142.987/SP

j. 11.09.2018 – public. 30.11.2018

Cadastro IBCCRIM 5988

Decisão.

O senhor ministro Gilmar Mendes (relator):

No presente habeas corpus, a defesa requer a manutenção da decisão das instâncias ordinárias que determinaram o trancamento da ação penal. Ultrapasso a questão preliminar alegada pelo Ministério Público e passo ao exame do mérito.

De fato, o STF entendeu haver repercussão ao recurso extraordinário (RE-RG 635.659) de minha relatoria, em que se discute a constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006, no ponto em que se criminaliza o porte de pequenas quantidades de entorpecentes para uso pessoal.

O julgamento do referido extraordinário pelo Pleno teve início em 10.9.2015. Já proferiram votos os Ministros Edson Fachin e Roberto Barroso, encontrando-se os autos no Gabinete do Ministro Alexandre de Moraes, dado pedido de vista do Ministro Teori Zavascki.

No caso, o paciente está sendo processado por importar da Holanda 15 (quinze) sementes de maconha.

Segundo o Juízo de origem, tais sementes não podem ser consideradas matérias-primas, tendo em vista que das sementes não se pode extrair o produto vedado pela norma, mas sim da planta geminada da semente. Ademais, o fruto do plantio seria para uso próprio, de forma que há real plausibilidade na alegação de que a conduta praticada pelo paciente se amolda, em tese, ao artigo 28 da Lei de Drogas, dispositivo cuja constitucionalidade, como já consignado, está sendo discutida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Complementa o Juízo de origem que a quantidade de sementes é ínfima e que não há habitualidade na conduta de importar sementes de maconha, o que permite a aplicação do princípio da insignificância (eDOC 3, p. 40-45).

No mesmo sentido do Juízo de origem, o TRF da 3ª região aplicou o princípio da insignificância, conforme se verifica em ementa a seguir transcrita:

“RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PENAL. PROCESSO PENAL. ARTIGO 334, DO CÓDIGO PENAL.

CONTRABANDO. SE-
MENTES DE MACONHA.
PRINCÍPIO DA INSIGNI-
FICANCIA. APLICABI-
LIDADE. RECURSO IM-
PROVIDO.

I. O inquérito policial de nº 0591/2014 foi instaurado para investigar a possível prática do delito previsto no art. 334 do Código Penal. II. Correta a decisão do magistrado a quo, visto que das sementes não se pode extrair o princípio ativo da planta maconha, sendo necessário o plantio e o posterior desenvolvimento natural da planta para que desta possa se originar a substância psicotrópica capaz de gerar a dependência química e assim atingir a sociedade com seus efeitos negativos. III. Da mesma forma, embora as sementes sejam aptas a gerar “pés de maconha”, não podem ser consideradas matéria prima, ao menos juridicamente. Isso porque para que as sementes tornem-se próprias para o consumo devem ser primeiramente semeadas e fertilizadas até estarem prontas para a colheita. IV. Para que a conduta pudesse eventualmente ser enquadrada no artigo 33, § 1º, inciso II, da Lei nº 11.343/06 seria necessário que o investigado ao menos houvesse semeado, cultivado ou feito à colheita de planta destinada à preparação do entorpecente ou de substância que determine dependência, o que também não ocorreu, no caso dos autos. V. Semente é pressuposto lógico e antecedente para a configuração do tipo penal descrito no artigo 33, § 1º, II, da Lei nº 11.343/06. VI. No caso concreto, a conduta consistiu na importação de 15 sementes de maconha, a denotar a presença dos parâmetros considerados pelos Tribunais Superiores para o reconhecimento da insignificância: a) mínima ofensividade da conduta; b) ausência de periculosidade do agente; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e d) inexpressividade da lesão jurídica. VII. Recurso improvido”. (eDOC 4, p. 49)

Na doutrina, afirma-se que a matéria-prima, conforme Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi, é a substância de que podem ser extraídos ou produzidos os entorpecentes que causem dependência física ou psíquica (GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. Lei de drogas anotada. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 99). Ou seja, a matéria-prima ou insumo devem ter condições e qualidades químicas para, mediante transformação ou adição, por exemplo, produzirem a droga ilícita, o que não é o caso das sementes da planta Cannabis sativa, que não possuem a substância psicoativa (THC).

Ademais, verifico que em outros julgados desta Corte, em razão da pequena quantidade de sementes de maconha importadas, o Ministro Roberto Barroso deferiu a liminar para suspender a tramitação da ação penal na origem, nos HCs 147.478/SP, 143.798/SP e 131.310/SE.

O DIREITO POR QUEM O FAZ

Supremo Tribunal Federal ____ 2165

JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal ____ 2166

Superior Tribunal de Justiça ____ 2168

Tribunal de Justiça de

Minas Gerais ____ 2172

Diante do exposto, considerando as particularidades da causa, sobretudo a reduzida quantidade de substâncias apreendidas, com base no artigo 192, caput, do RISTF, concedo a ordem para determinar a manutenção das decisões (sentença e acórdão TRF 3) que, em razão da ausência de justa causa, rejeitaram a denúncia.

Gilmar Mendes
Relator

O senhor ministro Edson Fachin:

Senhor Presidente, estou, neste momento, também votando em ambos os habeas corpus. Princípio pelo fim, dizendo que estou acompanhando a conclusão do eminente Ministro Gilmar Mendes com as seguintes observações que me permito fazer em relação à fundamentação.

Efetivamente, o fundamento que estou acolhendo nesta perspectiva está centrado na citação que o eminente Ministro-Relator fez da obra dos Professores Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi, porque não há dúvida de que a semente em si não é droga, de que a semente também não pode ser considerada matéria-prima ou insumo ou produto químico destinado à preparação de droga ilícita.

Portanto, sem embargo do debate que se possa fazer acerca da expressão consumo pessoal, do tipo do enquadramento que se fez em relação ao contrabando ou mesmo do tráfico internacional, o princípio da legalidade estrita, no Direito Penal, não me parece dar margem à latitude de construção de tipos por analogia ou por extensão. E, colocados esses

limites estritos, tenho para mim que a discussão central - e é este o fundamento que estou a adotar - se centra aqui numa dimensão de atipicidade e, sem embargo de uma verticalização que se possa fazer e que eu venha a fazer em casos futuros, parece-me a hipótese da espécie da atipicidade em sentido formal, visto que, na dimensão material da atipicidade, teríamos que considerar caso a caso quantidades e um conjunto de circunstâncias atinentes, por exemplo, à lesividade.

Assim, com estas observações, eu me atenho a este argumento que está como fundamento no voto do eminente Ministro-Relator quando cita expressamente que a matéria prima, o insumo - é a redação que consta do voto do eminente Ministro Gilmar Mendes que nos obsequiou voto previamente -, a matéria prima, o insumo deve ter condições de qualidades químicas para, mediante transformação ou adição, por exemplo, produzir a troca ilícita, o que não é o caso, uma vez que as sementes não possuem, como foi dito da tribuna, essa substância psicoativa cuja sigla é THC.

Portanto, com este fundamento, Senhor Presidente, e também me reservando a verticalizar esse tema, eis que está em curso no Plenário um debate que compreende a matéria que aqui está numa relação de continente e conteúdo.

Com esta declaração oral de voto, Senhor Presidente, acompanho o eminente Ministro-Relator, pela concessão da ordem em ambos os habeas corpus.

Edson Fachin
Ministro do STF

2166

| JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal

“Habeas corpus”. Decisão monocrática proferida por Ministro de Tribunal Superior da União. Incognoscibilidade do “writ” constitucional. Precedentes. Ressalva da posição pessoal do Relator, que entende admissível tal impetração. Possibilidade, contudo, nas hipóteses de competência originária do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, “i”), de concessão de “habeas corpus” de ofício. Precedentes. Reincidência. Temporariedade (CP, art. 64, I). Consequente impossibilidade de considerar-se, para efeito de definição da pena-base, condenação transitada em julgado, uma vez decorrido período de tempo superior a 05 (cinco) anos entre o cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior. Doutrina. Precedentes. “Habeas corpus” não conhecido, mas concedida a ordem de ofício.

– O Supremo Tribunal Federal somente pode conceder ordem de “habeas corpus” de ofício naqueles casos em que a Suprema Corte dispõe de competência originária para processar e julgar o “writ” constitucional (CF, art. 102, I, “i”), sob pena de supressão de instância, eis que – ao contrário do que permitiam anteriores Constituições brasileiras (CF/34, art. 76, 1, “h”; CF/37, art. 101, I, “g”; CF/46, art. 101, I, “h”; e CF/67, art. 114, I, “h”) – não mais se revela lícito ao Supremo Tribunal Federal, sob a égide

da vigente Constituição da República, examinar, desde logo, ainda que em bases excepcionais, pleito de “habeas corpus” nas hipóteses em que haja perigo de consumar-se a ofensa à liberdade de locomoção física do paciente antes que o juízo ou Tribunal efetivamente competente possa conhecer do pedido. Precedentes: Rcl 24.768-AgR/SP, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – Rcl 25.509- -AgR/PR, Rel. Min. EDSON FACHIN (Pleno).

– Não se revela legítimo, em face da Constituição da República, considerar como maus antecedentes condenações criminais cujas penas, cotejadas com infrações posteriores, extinguíram-se há mais de cinco (05) anos, pois, com o decurso desse quinquênio (CP, art. 64, I), não há como reconhecer nem como admitir que continuem a subsistir, residualmente, contra o réu, os efeitos negativos resultantes de sentenças condenatórias anteriores. Inadmissível, em consequência, qualquer valoração desfavorável ao acusado, que repercuta, de modo gravoso, na operação de dosimetria penal. Precedentes. Doutrina.

(STF – monocrática – medida cautelar no HC 164028 – rel. **Celso de Mello** – j. 22.11.2018 – public. 26.11.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5989**)

Penal e processo penal. Inquérito. Arquivamento pelo relator em caso de manifesto constrangimento ilegal. Art. 231, §4º, do RISTF. Art. 654, §2º, CPP. Colaboração premiada. Necessidade de corroboração mínima das declarações. Falta de suporte fático-probatório para prosseguimento das investigações. Ausência de prazo razoável. Constrangimento manifestamente ilegal.

1. Na forma do art. 231, §4º, “e”, do Regimento Interno do STF (RISTF) e do art. 654, §2º, do CPP, o Relator deve determinar o arquivamento do inquérito quando verificar a ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade e/ou nos casos em que foram descumpridos os prazos para a instrução. Trata-se de dispositivo que possibilita, expressamente, o controle das investigações pelo Poder Judiciário que atua, nesta fase, na condição de garantidor dos direitos fundamentais dos investigados; 2. Os precedentes do STF assentam que as declarações de colaboradores não são aptas a fundamentar juízo condenatório, mas suficientes dar início a investigações. Contudo, tais elementos não podem legitimar investigações indefinidas, sem que sejam corroborados por provas independentes. 3. A EC 45/2004 introduziu norma que assegura a razoável duração do processo judicial e administrativo (art. 5º. LXXVIII). Conforme a doutrina, esta norma deve ser projetada também para o momento da investigação. As Cortes Internacionais adotam três parâmetros: a) a complexidade do caso; b) a atividade processual do interessado; c) a conduta das autoridades judiciárias. No caso de inquéritos em tramitação perante o STF, os arts. 230-C e 231 do RISTF estabelecem os prazos de 60 dias para investigação e 15 dias para oferecimento da denúncia ou arquivamento, com possibilidade de prorrogação (art. 230-C, §1º, RISTF). 4. Caso em que inexistem indícios mínimos de materialidade e autoria delitiva, mesmo após 15 meses de tramitação do inquérito. Declarações contraditórias e destituídas de qualquer elemento independente de corroboração. Apresentação apenas de elementos de corroboração produzidos pelos próprios investigados. Arquivamento do inquérito, na forma do art. 21, XV, “e”, art. 231, §4º, “e”, ambos do RISTF, e art. 18 do CPP. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, determinar arquivamento dos autos, nos termos do voto do Relator.

(STF – 2.ª T. – Inq. 4419 – rel. **Gilmar Mendes** – j. 11.09.2018 – public. 23.11.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5990**)

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 fundada 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, observado o disposto no art. 18 do Código de Processo Penal.

(STF – 2.ª T. – Inq. 4420 – rel. **Gilmar Mendes** – j. 21.08.2018 – public. 03.12.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5991**)

Processual penal. Ação penal. Instrução criminal. Realização do interrogatório do réu ao final. Princípio do contraditório e da ampla defesa. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Provimento do agravo.

1. O art. 7º da Lei n. 8.038/1990 determina que “recebida a denúncia ou a queixa, o relator designará dia e hora para o interrogatório, mandando citar o acusado ou querelado e intimar o órgão do Ministério Público, bem como o querelante ou o assistente, se for o caso”. A interpretação literal do comando normativo é no sentido de que o interrogatório do réu, nos processos de competência originária do Supremo Tribunal Federal, deve ser o ato inaugural da instrução processual penal. 2. No entanto, o dispositivo não se coaduna com os princípios do contraditório e da ampla defesa, que impõem a realização do ato apenas ao término da instrução. 3. Nesse sentido é o entendimento do Pleno e dessa 1ª Turma (AP 528 AgR, Rel. Min. RICARDO LEW ANDOWSKI, Tribunal Pleno, DJe de 8/6/2011). (AP 988 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURELIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 04/04/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-101 DIVULG 15-05-2017 PUBLIC 16-05-2017). 4. Provimento do Agravo para reformar a decisão agravada, determinando que a instrução processual penal se inicie com a oitiva das testemunhas arroladas pela acusação, realizando-se o interrogatório ao final.

(STF – 1.ª T. – Ag.Rg. AP 1027 – rel. **Marco Aurélio** (rel. p/ Acórdão: Roberto Barroso) – j. 02.10.2018 – public. 25.10.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5992**)

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. Imprestatibilidade. Divergências notórias entre os conteúdos das declarações. Afirmativas 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” (HC Nº 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** (rel. p/ Acórdão: Dias Toffoli) – 19.06.2018 – public. 06.12.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5993**)

Jurisprudência compilada por

Roberto Portugal de Biazi e Vivian Peres.

Superior Tribunal de Justiça

Agravo regimental no recurso especial. Direito processual penal. Art. 155 do CPP. Pronúncia fundada em elementos exclusivamente extrajudiciais. Impossibilidade. Precedentes. Agravo improvido.

1. Força argumentativa das convicções dos magistrados. Provas submetidas ao contraditório e à ampla defesa. No

Estado Democrático de Direito, o mínimo flerte com decisões despóticas não é tolerado e a liberdade do cidadão só pode ser restringida após a superação do princípio da presunção de inocência, medida que se dá por meio de procedimento realizado sob o crivo do devido processo legal. 2. Art. 155

do CPP. Prova produzida extrajudicialmente. Elemento cognitivo destituído do devido processo legal, princípio garantidor das liberdades públicas e limitador do arbítrio estatal. 3. Art. 483, III, do CPP. Sistema da íntima convicção dos jurados. Sob o pálio de se dar máxima efetividade ao referido princípio, não se pode desprezar a prova judicial colhida na fase processual do sumário do Tribunal do Júri. 3.1. O juízo discricionário do Conselho de Sentença, uma das últimas etapas do referido procedimento, não apequena ou desmerece os elementos probatórios produzidos em âmbito processual, muito menos os equipara a prova inquisitorial. 3.2. Assentir com entendimento contrário implica considerar suficiente a existência de prova inquisitorial para submeter o réu ao Tribunal do Júri sem que se precisasse, em última análise, de nenhum elemento de prova a ser produzido judicialmente. Ou seja, significa inverter a ordem de relevância das fases da persecução penal, conferindo maior juridicidade a um procedimento administrativo realizado sem as garantias do devido processo legal em detrimento do processo penal, o qual é regido por princípios democráticos e por garantias fundamentais. 3.3. Opção legislativa. Procedimento escalonado. Diante da possibilidade da perda de um dos bens mais caros ao cidadão - a liberdade -, o Código de Processo Penal submeteu o início dos trabalhos do Tribunal do Júri a uma cognição judicial antecedente. Perfunctória, é verdade, mas munida de estrutura mínima a proteger o cidadão do arbítrio e do uso do aparelho repressor do Estado para satisfação da sanha popular por vingança cega, desproporcional e injusta. 4. Impossibilidade de se admitir a pronúncia de acusado com base em indícios derivados do inquérito policial. Precedentes. 5. Agravo regimental improvido.

(STJ—5.ª T.—Ag.Rg. REsp.1740921/GO—rel. **Ribeiro Dantas**—j. 06.11.2018 – public. 19.11.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5994**)

Conflito negativo de competência. Inquérito policial. Justiça Estadual e Justiça Federal. Investigado que atuava como trader de criptomoeda (bitcoin), oferecendo rentabilidade fixa aos investidores. Investigação iniciada para apurar os crimes tipificados nos arts. 7º, II, da Lei n. 7.492/1986, 1º da Lei n. 9.613/1998 e 27-E da Lei n. 6.385/1976. Ministério Público Estadual que concluiu pela existência de indícios de outros crimes federais (evasão de divisas, sonegação fiscal e movimentação de recurso ou valor paralelamente à contabilidade exigida pela legislação). Inexistência. Operação que não está regulada pelo ordenamento jurídico pátrio. Bitcoin que não tem natureza de moeda nem valor mobiliário. Informação do Banco Central do Brasil (BCB) e da comissão de valores mobiliários (CVM). Investigação que deve prosseguir, por ora, na Justiça Estadual, para apuração de outros crimes, inclusive de estelionato e contra a economia popular.

1. A operação envolvendo compra ou venda de criptomoedas não encontra regulação no ordenamento jurídico pátrio, pois as moedas virtuais não são tidas pelo Banco Central do Brasil (BCB) como moeda, nem são consideradas como valor mobiliário pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), não caracterizando sua negociação, por si só, os crimes tipificados nos arts. 7º, II, e 11, ambos da Lei n. 7.492/1986, nem mesmo o delito previsto no art. 27-E da

Lei n. 6.385/1976. 2. Não há falar em competência federal decorrente da prática de crime de sonegação de tributo federal se, no autos, não consta evidência de constituição definitiva do crédito tributário. 3. Em relação ao crime de evasão, é possível, em tese, que a negociação de criptomoeda seja utilizada como meio para a prática desse ilícito, desde que o agente adquira a moeda virtual como forma de efetivar operação de câmbio (conversão de real em moeda estrangeira), não autorizada, com o fim de promover a evasão de divisas do país. No caso, os elementos dos autos, por ora, não indicam tal circunstância, sendo inviável concluir pela prática desse crime apenas com base em uma suposta inclusão de pessoa jurídica estrangeira no quadro societário da empresa investigada. 4. Quanto ao crime de lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei n. 9.613/1998), a competência federal dependeria da prática de crime federal antecedente ou mesmo da conclusão de que a referida conduta teria atentado contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, ou em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas (art. 2º, III, a e b, da Lei n. 9.613/1998), circunstâncias não verificadas no caso. 5. Inexistindo indícios, por ora, da prática de crime de competência federal, o procedimento inquisitivo deve prosseguir na Justiça estadual, a fim de que se investigue a prática de outros ilícitos, inclusive estelionato e crime contra a economia popular. 6. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 1ª Vara de Embu das Artes/SP, o suscitado.

(STJ—3.ª S.—CComp. 161123/SP—rel. **Sebastião Reis Júnior**—j. 28.11.2018 – public. 05.12.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5995**)

Conflito negativo de competência. Inquérito policial. Justiça federal e justiça do distrito federal. Parcelamento irregular urbano e dano ambiental. Local inserido em Área de Proteção Ambiental (APA) da bacia do Rio São Bartolomeu, criada por decreto federal. Lei subsequente que delegou a administração e fiscalização ao Poder Executivo do Distrito Federal. Circunstância que exclui o interesse federal. Competência da Justiça do Distrito Federal.

1. A orientação jurisprudencial desta Corte é de que se o crime ambiental for cometido em unidade de conservação criada por decreto federal, evidencia-se o interesse federal na manutenção e preservação da região, ante a possível lesão a bens, serviços ou interesses da União, nos termos do art. 109, IV, da Constituição Federal. Precedentes da Terceira Seção. 2. No caso, embora o local do dano ambiental esteja inserido na Área de Proteção Ambiental da Bacia do Rio São Bartolomeu, criada pelo Decreto Federal n. 88.940/1993, não há falar em interesse da União no crime ambiental sob apuração, já que lei federal subsequente delegou a fiscalização e administração da APA para o Distrito Federal (art. 1º da Lei n. 9.262/1996). 3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da Vara Criminal e Tribunal do Júri de São Sebastião/DF, o suscitado.

(STJ—3.ª S.—CComp. 158747/DF—rel. **Sebastião Reis Júnior**—j. 13.06.2018 – public. 19.06.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5996**)

Penal. Processual penal. Habeas corpus substitutivo de recurso ou de revisão criminal. Não cabimento. Calúnia e difamação. Habilitação do querelante após o julgamento do habeas corpus impetrado no

tribunal de origem. Nulidade do julgamento pela falta de intervenção do querelante. Impossibilidade. Manifestação facultativa. Intimação do querelante. Prescindibilidade. Ordem concedida de ofício.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia. 2. Ocorrida a habilitação do querelante somente após o julgamento do habeas corpus impetrado pelo querelado no Tribunal de origem, não há falar-se em nulidade do acórdão pela falta de intervenção do querelante, porquanto a intimação do querelante é prescindível. 3. A intervenção do querelante no habeas corpus é facultativa, assistindo ao feito a partir de seu ingresso, na fase em que se encontra o writ, sem que a falta de participação nos atos anteriores importe em nulidade, por não se tratar de litisconsórcio passivo necessário ou de fiscalizador obrigatório do feito. 4. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para afastar o acórdão impugnado, que reconheceu a nulidade pela ausência de intervenção do querelante.

(STJ – 6.^a T. – HC 361360/DF – rel. **Nefi Cordeiro** – j. 14.03.2017 – public. 30.03.2017 – **Cadastro IBCCRIM 5997**)

Processo penal. Habeas corpus. Homicídio qualificado. Prisão preventiva. Comprometimento da instrução criminal para assegurar a aplicação da lei penal. Suposição de que, solto, o réu exercerá influência sobre testemunhas. Fundamentação inidônea. Constrangimento ilegal evidenciado. Corréu em situação fático-processual idêntica. Extensão dos efeitos. Viabilidade (art. 580 do CPP). Pedido de reconsideração da decisão liminar. Julgamento do mérito. Pedido prejudicado. Assistente de acusação não tem legitimidade para intervir em habeas corpus. Amicus curiae. Impossibilidade.

1. Este Superior Tribunal e a Suprema Corte possuem jurisprudência pacífica quanto à impossibilidade de intervenção de terceiros no habeas corpus, seja na condição de amicus curiae ou como assistente de acusação, por se tratar de ação constitucional que objetiva garantir a liberdade de locomoção dos pacientes. Precedentes. 2. Conforme reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal, a prisão cautelar só pode ser imposta ou mantida quando evidenciada, com explícita e concreta fundamentação, a necessidade da rigorosa providência. 3. No caso, não foram apontados fatos concretos aptos a justificar a prisão preventiva do paciente, estando a decisão fundamentada na suposição de que, solto, ele comprometerá a instrução criminal e a aplicação da lei penal, o que configura nítido constrangimento ilegal. 4. Existindo corréu em situação fático-processual idêntica e evidenciado que a presente decisão não se vincula a circunstâncias de caráter exclusivamente pessoal, devem ser estendidos seus efeitos nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal. 5. Ordem concedida para assegurar ao paciente Diego Moreira da Cunha o direito de aguardar em liberdade o julgamento da Ação Penal n. 0006651-41.2017.8.19.0004, proveniente da 4.^a Vara Criminal da comarca de São Gonçalo/RJ, podendo o Juiz do feito, desde que de forma fundamentada, fixar medidas cautelares, com extensão dos efeitos aos corréus Simone Gonçalves de Resende, Matheus Resende Khalil e Gabriel Botrel de Araujo Miranda.

(STJ – 6.^a T. – HC 411123/RJ – rel. **Sebastião Reis Júnior** – j. 06.03.2018 – public. 22.06.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5998**)

Penal e processo penal. Agravo regimental em agravo em recurso especial. Calúnia. Rejeição da queixa-crime mantida. 1) ofensa ao princípio da colegialidade. Inocorrência. Ausência de prejuízo. 2) violação ao art. 138 do código penal - CP. Inocorrência. Fato definido como crime imputado de forma genérica. 3) violação ao art. 804 do código de processo penal - CPP. Inocorrência. Cabimento de honorários de sucumbência. 4) agravo desprovido.

1. Inexiste ofensa ao princípio da colegialidade nas hipóteses em que a decisão monocrática foi proferida em obediência ao art. 932 do Código de Processo Civil - CPC e art. 3.^o do Código de Processo Penal - CPP, por se tratar de recurso que impugnava julgado contrário à jurisprudência desta Corte. Ademais, o julgamento colegiado do agravo regimental supre eventual vício da decisão agravada. 2. A imputação genérica de fatos delitivos a outrem não configura o crime de calúnia. Precedentes. 3. “Consoante a jurisprudência sedimentada do STJ, o princípio geral da sucumbência é aplicável no âmbito do processo penal quando se tratar de ação penal privada. Precedentes. Julgada improcedente a queixa-crime, é cabível a condenação do querelante ao pagamento dos honorários do advogado do querelado, aplicando-se o princípio geral da sucumbência.” (EDcl no AgRg na PET na APn 735/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES, CORTE ESPECIAL, DJe 18/12/2015). 4. Agravo regimental desprovido.

(STJ – 5.^a T. – Ag.Rg. Ag. REsp. 992183/DF – rel. **Joel Ilan Paciornik** – j. 07.06.2018 – public. 20.06.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5999**)

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Inadequação da via eleita. Tráfico ilícito de entorpecentes. Absolvição ou desclassificação. Impossibilidade. Exame do conjunto fático-probatório incabível na via eleita. Condenação anterior pelo crime do artigo 28 da lei de drogas. Reincidência. Desproporcionalidade. Pedido de aplicação da minorante prevista no § 4.^o do art. 33 da lei 11.343/2006. Possibilidade. Preenchimento dos requisitos. Regime aberto e substituição da pena. Viabilidade. Pena inferior a 4 anos e circunstâncias judiciais favoráveis. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal. 2. As pretensões de absolvição por insuficiência de provas e de desclassificação do delito de tráfico para o delito do art. 28 da Lei n. 11.340/2006, não podem ser apreciadas por esta Corte Superior de Justiça, na via estreita do habeas corpus, por demandar o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos. Precedentes. 3. Consoante o posicionamento firmado pela Suprema Corte, na questão de ordem no RE n. 430.105/RJ, a conduta de porte de substância entorpecente para consumo próprio, prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, foi apenas despenalizada pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizada, em outras palavras, não houve abolitio criminis. Desse modo, tratando-se de conduta

que caracteriza ilícito penal, a condenação anterior pelo crime de porte de entorpecente para uso próprio pode configurar, em tese, reincidência. 4. Contudo, as condenações anteriores por contravenções penais não são aptas a gerar reincidência, tendo em vista o que dispõe o art. 63 do Código Penal, que apenas se refere a crimes anteriores. E, se as contravenções penais, puníveis com pena de prisão simples, não geram reincidência, mostra-se desproporcional o delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 configurar reincidência, tendo em vista que nem é punível com pena privativa de liberdade. 5. Nesse sentido, a Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.672.654/SP, da relatoria da Ministra MARIA THEREZA, julgado em 21/8/2018, proferiu julgado considerando desproporcional o reconhecimento da reincidência por condenação pelo delito anterior do art. 28 da Lei n. 11.343/2006. 6. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto. No caso, tendo em vista que a reincidência foi o único fundamento para não aplicar a benesse e tendo sido afastada a agravante, de rigor a aplicação da redutora. 7. Quanto ao regime e a substituição, tratando-se de réu primário, condenado à pena privativa de liberdade inferior a 4 anos de reclusão, com a análise favorável das circunstâncias judiciais, além da não expressiva quantidade de droga - 7,2 g de crack -, o paciente faz jus ao regime aberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, assim como resulta cabível a conversão da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais. 8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para conceder a ordem para redimensionar a pena do paciente, fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

(STJ – 5.ª T. – HC 453437/SP – rel. **Reynaldo Soares da Fonseca** – j. 04.10.2018 – public. 15.10.2018 – **Cadastro IBCCRIM 6000**)

Conflito negativo de competência. Juízo Estadual x Juízo Federal. Ameaças de ex-namorado a mulher via facebook. Medidas protetivas de urgência. Boletim de ocorrência perante autoridade policial brasileira. Pedido de medidas protetivas de urgência ao poder judiciário brasileiro. Representação da ofendida que dispensa formalidades. Ameaças realizadas em sítio virtual de fácil acesso. Suposto autor das ameaças residente nos estados unidos da américa. Crime à distância. Facebook. Sítio virtual de fácil acesso. Internacionalidade configurada. O brasil é signatário de convenções internacionais de proteção à mulher. A Lei Maria da Penha dá concretude às convenções internacionais firmadas pelo brasil. Competência da Justiça Federal.

1. Está caracterizada nos autos inequívoca intenção da vítima em fazer a notícia criminis do delito de ameaça, sendo certo que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ é firme no sentido de que a representação da ofendida, nas ações penais públicas condicionadas, prescindem de formalidade. Precedentes. No caso concreto, o boletim de ocorrência, que instrui o presente incidente, demonstra de forma clara que a suposta vítima narrou as ameaças sofridas, relatou à

autoridade policial que estava com medo, sendo evidente sua intenção de apuração dos fatos delituosos. A vítima também peticionou junto à Justiça Federal pleiteando os benefícios da justiça gratuita, bem como medidas protetivas, narrando, com clareza cristalina, que o suposto autor delituoso praticou ameaça descrita no art. 147 do Código Penal - CP. Diante disso, identifica-se que houve narrativa de fato típico, sendo evidente a intenção da vítima de dar conhecimento dos fatos às autoridades policiais e judiciárias, a fim de que fosse garantida a sua proteção. Trata-se, portanto, de pedido de medida protetiva de natureza penal. 2. Segundo o art. 109, V, da Constituição Federal - CF, compete aos juízes federais processar e julgar “os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente.” Encontrando-se o suposto autor das ameaças em território estrangeiro, uma vez que não se tem notícia do seu ingresso no país, tem-se um possível crime à distância, tendo em vista que as ameaças foram praticadas nos EUA, mas a suposta vítima teria tomado conhecimento do seu teor no Brasil. 3. O Brasil é signatário de acordos internacionais que asseguram os direitos das mulheres - a exemplo da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, 1994) e Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW, 1979), promulgada pelo Decreto n. 84.460/1984. Tais convenções apresentam conceitos e recomendações sobre a erradicação de qualquer forma de discriminação e violência contra as mulheres. Em situação semelhante ao caso concreto, o argumento da competência da Justiça Estadual diante da ausência de tipificação em convenção internacional foi derrubado pelo Supremo quando da análise de crimes de pedofilia na Internet. Com efeito, em julgamento de recurso extraordinário, com repercussão geral reconhecida, o Ministro Marco Aurélio, relator do feito, entendeu pela competência da Justiça Estadual fundamentando não haver tratado endossado pelo Brasil prevendo crime, mas apenas a ratificação do Brasil à Convenção sobre os Direitos da Criança da Assembleia das Nações Unidas. Todavia, o Ministro Edson Fachin abriu divergência e foi seguido pela maioria do Plenário. Segundo a tese vencedora, o Estatuto da Criança e do Adolescente é produto de tratado e convenção internacional subscritos pelo Brasil. (RE 628.624, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 29/10/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-062 DIVULG 05-04-2016 PUBLIC 06-04-2016) Destarte, à luz do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal - STF, embora as Convenções Internacionais firmadas pelo Brasil não tipifiquem o crime de ameaça à mulher, a Lei Maria da Penha, que prevê medidas protetivas, veio concretizar o dever assumido pelo Estado Brasileiro de proteção à mulher contra toda forma de violência. 4. No caso concreto é evidente a internacionalidade das ameaças que tiveram início nos EUA e, segundo relatado, tais ameaças foram direcionadas à suposta vítima e seus amigos, por meio da rede social de grande alcance, qual seja, o Facebook.

5. Conflito conhecido, para declarar a competência do o Juízo

Federal da 1ª Vara de São José dos Campos - SJ/SP, o suscitado. (STJ – 3.ª S. – CComp. 150712/SP – rel. **Joel Ilan Paciornik** – j. 10.10.2018 – public. 19.10.2018 – **Cadastro IBCCRIM 6001**)

Recurso ordinário em habeas corpus. Furto simples tentado. Condenação no regime semiaberto. Prisão preventiva mantida. Na sentença. Fundamentação. Desproporcionalidade. Constrangimento ilegal evidenciado. Recurso provido.

1. Para a decretação da prisão preventiva é indispensável a demonstração da existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria. Exige-se, mesmo que a decisão esteja pautada em lastro probatório, que se ajuste às hipóteses excepcionais da norma em abstrato (art. 312 do CPP), demonstrada, ainda, a imprescindibilidade da

medida. Precedentes do STF e STJ. 2. Caso em que o recorrente, embora reincidente e preso cautelarmente desde o dia 7/6/2018, foi condenado pela tentativa de furto simples à pena de 9 meses e 9 dias de reclusão no regime semiaberto, negado o direito de recorrer em liberdade. Desproporcionalidade da medida, tempo de prisão cautelar superior a 1/2 (metade) da pena imposta. Precedentes. 3. Recurso ordinário em habeas corpus provido.

(STJ – 5.ª T. – RHC 104281/BA – rel. **Reynaldo Soares da Fonseca** – j. 13.11.2018 – public. 22.11.2018 – **Cadastro IBCCRIM 6002**)

Jurisprudência compilada por

Roberto Portugal de Biazzi e Vivian Peres.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Apelação criminal. Crime de dispensa ou inexistência ilegal de licitação fora das hipóteses previstas em lei (art. 89 da Lei nº 8.666/1993). Absolvição. Impossibilidade. Materialidade e autoria devidamente comprovadas. Dolo evidenciado. Desclassificação da imputação para o crime de falsidade ideológica (art. 299, parágrafo único, do CP). Necessidade *ex officio*. Ausência de condição especial exigida pelo tipo penal do art. 89 da Lei nº 8.666/1993 (crime de mão própria). Comprovada inserção de informações falsas em documento público com vistas a alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante. Requisitos da Lei nº 9.099/95 preenchidos. ausência de proposta de suspensão condicional do processo. Súmula 337 do Supremo Tribunal Federal. Isenção das custas processuais. Matéria afeta ao juízo da execução. Recurso não provido. De ofício, desclassificada a conduta. - O crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/1993 é delito de mão própria, somente praticável por “agente competente para dispensar ou declarar inexigível a licitação”, sendo incabível a punição a título de participação daquele que não foi comprovadamente beneficiado com a dispensa (ou inexigibilidade ilegal) de licitação, nos termos do art. 89, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993. - Aqueles que inserem dados falsos em procedimento licitatório simulado, se não detêm competência para dispensar ou declarar inexigível a licitação, cometem o crime de falsidade ideológica, nos termos do art. 299 do Código Penal. - Operada a desclassificação da conduta do apelante e havendo a possibilidade de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95), deve-se determinar o retorno dos autos ao Juízo de Origem, para que se oportunize ao representante do Ministério Público a possibilidade de oferecimento da proposta respectiva. - A escassez de recursos do acusado não impede a sua condenação ao pagamento das custas processuais, devendo a avaliação sobre a sua condição econômico-financeira ser realizada pelo Juízo da Execução, que é o competente para apreciar a matéria.

(TJMG – 6.ª Cam.Crim. – AP 1.0183.12.002149-2/001 – rel. **Rubens Gabriel Soares** – j. 13.11.2018 – public. 23.11.2018 – **Cadastro IBCCRIM 6003**)

Apelações criminais. Tráfico de drogas e associação para o tráfico. Preliminar da PGJ. Nulidade da sentença. Ausência de laudo toxicológico definitivo. Não arguição pelo Parquet em recurso de apelação. Súmula 160/STF. Prefacial rejeitada. Mérito. Ausência de laudo toxicológico definitivo das substâncias. Não comprovação da materialidade do tráfico de drogas. Absolvição decretada. Animus associativo não demonstrado. Absolvição quanto ao delito autônomo imposta. Recurso ministerial não provido e recurso defensivo provido. - Tratando-se de infração penal que deixa vestígios, a materialidade do tráfico de drogas somente pode ser verificada através da realização da competente prova pericial, nos termos do art. 158 do Código de Processo Penal, impondo-se, assim, a feitura do laudo pericial de constatação preliminar e do subsequente laudo toxicológico definitivo que indiquem suficientemente a natureza, variedade e a quantidade das substâncias para permitir a condenação. Por conseguinte, se as substâncias apreendidas não foram submetidas a exame toxicológico definitivo e os laudos de constatação preliminar não se revestem das formalidades legais que supram a ausência do laudo toxicológico definitivo, a absolvição revela-se imperiosa. - Para a configuração do crime autônomo de associação do art. 35 da Lei nº 11.343/06, não se torna suficiente a convergência de vontades para a prática da infração do art. 33 da referida Lei, sendo indispensável a prova do animus associativo, ou seja, um ajuste prévio no sentido da formação de um vínculo de fato, uma verdadeira *societas sceleris*, em que a vontade de se associar seja separada da vontade necessária à prática do crime visado, o que não restou comprovado nos autos. - Preliminar rejeitada. 1º Recurso não provido. 2º Recurso provido.

(TJMG – 4.ª Cam.Crim. – AP 1.0042.16.002877-7/001 – rel. **Eduardo Brum** – j. 14.11.2018 – public. 21.11.2018 – **Cadastro IBCCRIM 6004**)

Jurisprudência compilada por

Roberto Portugal de Biazzi.