

Resistir à onda punitiva e antidemocrática

A eleição de um candidato de extrema direita para a Presidência da República, que foi alçado ao cargo com um discurso belicista e uma plataforma de propostas de política criminal com pendor populista, combinada à ascensão de diversos governadores, deputados e senadores alinhados ao seu projeto, coloca o país em uma encruzilhada democrática e demarca de forma inequívoca o aprofundamento da onda conservadora e punitiva no Brasil.

Essa onda, que pode ter encontrado seu ponto mais agudo na atual conjuntura, é, porém, o resultado de um longo processo. Segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN),⁽¹⁾ o país saltou de 90 mil pessoas privadas de liberdade em 1990 para mais de 720 mil em 2016, num crescente ininterrupto até o momento. O encarceramento feminino, por sua vez, cresceu em ritmo ainda mais acelerado, sendo que, entre os anos 2000 e 2016, a quantidade de mulheres privadas de liberdade aumentou impressionantes 656%.

As consequências desse processo se refletem na indignidade do sistema prisional, caracterizado pela superlotação, pela tortura endêmica e pela carência de serviços básicos fartamente documentados em incontáveis relatórios de organizações da sociedade civil, de órgãos governamentais e internacionais. O próprio Supremo Tribunal Federal (STF) já reconheceu o “estado de coisas inconstitucional” nas prisões do país, nos autos da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, ainda que tal declaração tenha restado destituída de medidas condizentes com a sua gravidade.

Para além dos muros do cárcere, o fortalecimento das facções prisionais e milícias, que espraiam sua influência por territórios urbanos e fronteiriços, é um dos mais funestos sintomas dessa política de encarceramento em massa. Política essa, aliás, também incapaz de responder à escalada de homicídios — que em 2016 atingiu a marca histórica de 62.517 assassinatos, segundo o Atlas da Violência — ou contribuir para o aumento da sensação de segurança da população, solapada pela espetacularização midiática da violência.

Mas ao contrário do que se poderia esperar, diante do retumbante fracasso das políticas de recrudescimento penal que marcaram o período — pelo menos em relação aos seus objetivos declarados de promoção da segurança pública — a opção do atual presidente eleito e de seu grupo político parece ser redobrar a aposta na barbárie.

Entre as medidas prometidas na área pelo novo mandatário do país, resumidas na expressão “prender e deixar preso”, podemos destacar a redução da maioria penal para 16 anos; o fim da progressão de regime e das saídas temporárias; o armamento da população e a “excludente de ilicitude” para todos os atos praticados por policiais em serviço. Além disso, o novo superministro da Justiça promete uma cruzada anticorrupção, aos moldes da “operação lava-jato” e das “10 medidas contra a corrupção”,⁽²⁾ que, levada a cabo, invariavelmente arrastará ao abismo do cárcere ainda mais pessoas, especialmente aquelas oriundas dos estratos sociais historicamente vulnerabilizados pelo sistema penal.

Em São Paulo e no Rio de Janeiro, estados que abrigam os maiores centros urbanos do país, os governadores eleitos pegam carona na onda conservadora e punitiva e prometem “endurecer” o combate contra a criminalidade. No caso fluminense, o dirigente eleito diz que patrocinará uma “lei do abate” contra pessoas portando um fuzil, que permitirá a atiradores de elite “mirar na cabecinha e... fogo”,⁽³⁾ independentemente de a medida configurar uma forma de execução sumária — sem qualquer amparo constitucional ou legal — e do fato da polícia, por vezes, confundir guarda-chuva com fuzil.⁽⁴⁾

Para piorar, mesmo antes da posse dos novos congressistas, os efeitos já podem ser sentidos no Parlamento, com ameaças constantes de votação de medidas ainda carentes de debate público e aprofundamento científico, como as reformas da Lei de Execução Penal e do Código de Processo Penal.

Outro tema urgente, é o avanço de propostas de alteração da Lei Antiterrorismo, que buscam inserir, de modo inconstitucional, a motivação política e ideológica entre as razões do cometimento do crime em tela, na esteira das propostas de criminalização dos movimentos sociais — especialmente aqueles engajados na luta por terra e moradia — empolgadas pelo presidente eleito.

A convite do Senado, o IBCCRIM esteve presente em audiência pública no Senado sobre a Lei Antiterrorismo, em 20/11/2018,⁽⁵⁾ e manifestou sua posição histórica em defesa da democracia e da liberdade política em sua mais ampla latitude. Tal postura, inclusive, já havia lhe rendido recente homenagem do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST), durante mesa de estudos e debates que teve como tema a “Criminalização das Lutas Sociais”.⁽⁶⁾

| Caderno de Doutrina

A criminalização da pobreza
Kai Ambos _____ 2

Notas semânticas sobre a interpretação da legítima defesa, por ocasião da proposta do novo governador do estado do Rio de Janeiro sobre o abate de criminosos
João Pedro Pádua _____ 3

As medidas cautelares nas ADCs 43 e 44 e a citação de casos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos: uma análise crítica
Fábio Prudente Netto e
Hamilton Gonçalves Ferraz _____ 6

Na prevenção da criminalidade econômica, a ética é um instrumento nuclear de compliance
Alan Correia de Almeida _____ 9

Efeitos extrapenais da colaboração premiada
Décio Franco David _____ 11

Presunção de inocência e acordos criminais
Renato Tavares de Paula e
Priscila dos Santos Braga _____ 13

Controle e vigilância dos corpos biológicos na China: quanto falta para o mundo se tornar um cenário de *Minority Report*?
Luiz Eduardo Cani, Sandro Luiz Bazzanella e
João Henrique Ratochinski _____ 16

| COM A PALAVRA, OS ESTUDANTES

Violação do princípio do estado de inocência no âmbito da execução penal: configuração de falta grave pelo cometimento de fato previsto como crime doloso
Ana Luiza Rodarte Bueno e
Leo Maciel Junqueira Ribeiro _____ 18

| Caderno de Jurisprudência

| JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal _____ 2165
Superior Tribunal de Justiça _____ 2170
Tribunal Regional Federal da
1ª Região _____ 2172

A política criminal, ao que tudo indica, será o centro nevrálgico de um populismo político embalado numa guerra cultural em prol “dos valores tradicionais”, sem compromisso com fatos, com a fundamentação científica das suas propostas ou com as consequências dos seus atos.

O novo período histórico que se abre para o país será, certamente, repleto de desafios que testarão a capacidade das instituições republicanas e seu compromisso com os princípios, direitos e garantias expressos na Constituição de 1988. À sociedade civil comprometida com essa plataforma democrática, caberá se elevar à altura das novas circunstâncias, recalibrando suas estratégias de resistência e fortalecendo seus vínculos nacionais e internacionais de cooperação. O recuo e o retrocesso não são uma opção.

Notas

- (1) Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>.
- (2) Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/noticia/14165-IBCCRIM-manifesta-preocupacao-quanto-ao-apoio-do-ministro-da-Justica-as-10-medidas-contra-a-corrupcao>>.
- (3) Disponível em: <<https://almapreta.com/editorias/realidade/wilson-witzel-a-policia-vai-mirar-na-cabecinha-e-fogo>>.
- (4) Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/09/19/politica/1537367458_048104.html>.
- (5) Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaoaudiencia?id=14672&fbclid=IwAR0je6d1q4QMB7PiLU79N-A7J2Oq88UNoe5wxLCyLSgd0KTCzOdqEz3f6lk>>.
- (6) Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?reload=9&v=aTo4P61GYzY>>.

EDITAL DE CONVOCAÇÃO ASSEMBLEIA GERAL ORDINÁRIA E EXTRAORDINÁRIA 13 DE DEZEMBRO DE 2018

Convocamos os associados e associadas do INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, CNPJ 68.969.302/0001-06, para se reunir em Assembleia Geral Ordinária e Extraordinária, a realizar-se no dia 13 de dezembro de 2018, às 9h, em primeira convocação e, em segunda convocação, às 9h30, na sede da organização, à Rua XI de Agosto, n. 52, 2º andar, CEP 01018-010, Centro/Sé, São Paulo, tendo por pauta os seguintes itens:

Ordem do dia da Assembleia Geral Ordinária:

(i) Homologação do resultado da votação online e eleição dos membros da Diretoria Executiva, do Conselho Consultivo e Ouvidor.

Ordem do dia da Assembleia Geral Extraordinária:

(i) Apresentação relatório da gestão 2017-2018.

São Paulo, 01 de dezembro de 2018.

Saiba mais sobre como se dará a eleição do IBCCRIM e sobre a chapa concorrente no site do Instituto:
www.ibccrim.org.br/eleicao2018

A criminalização da pobreza

Kai Ambos

Tradução

Inês Freixo e a Pablo Alflen

Com a sua maioria de dois terços, o governo do primeiro-ministro Viktor Orbán, do partido húngaro Fidesz, impôs uma emenda constitucional que relembra a legislação nacional-socialista contra os considerados “estranhos à comunidade” (*Gemeinschaftsfremde*) e “associais”. Nesse sentido, o novo parágrafo terceiro do artigo 22 da Constituição passou a declarar a proibição da residência “habitual” em lugares públicos. Ainda que, paralelamente, se exija do Estado húngaro um esforço no sentido de prover habitação para todos os cidadãos, com especial atenção às pessoas desabrigadas. No que concerne ao direito de habitação de todos os cidadãos, a nova norma constitucional foi submetida a uma espécie de reserva da ordem pública. Contudo, como pode um Estado proibir que se viva em lugares públicos quando não garante o direito à habitação? Segundo organizações não governamentais, a Hungria tem cerca de 11.200 alojamentos temporários para 30 mil desabrigados.

Os nacional-socialistas lutaram da mesma forma contra os “estranhos à comunidade” e os “associais”

Com essa nova legislação, comete um ilícito à ordenação quem se encontrar “habitualmente” em lugares públicos. Quando tal se verificar, pode haver lugar a diferentes sanções, podendo

estas passar pela simples admoestação, a realização de trabalho comunitário, ou até mesmo prisão, ainda que em regime de separação dos demais reclusos. Além disso, os bens da pessoa em causa podem ser confiscados e destruídos. Na prática, essas pessoas receberão inicialmente advertências por parte da polícia: no máximo três vezes no espaço de 90 dias. Se, não obstante, permanecerem no espaço público, serão julgadas em processo sumário. De qualquer forma, o simples fato de se dar ao juiz a possibilidade de impor uma sanção de prisão contradiz o caráter da proibição como ilícito à ordenação e conduz a uma verdadeira criminalização encoberta dos desabrigados.

A “Ação de junho” de 1938 na Alemanha

Essa legislação recorda a clássica discriminação de pessoas socialmente marginalizadas por parte de um Estado autoritário. Na Alemanha, o Código Penal do Império de 1871 previa a punibilidade da vadiagem e da mendicância. Baseando-se nessa lei, os nacional-socialistas ordenaram –na sua infame “Lei contra os perigosos delinquentes habituais e sobre medidas de segurança e de melhoramento”, de 24 de novembro de 1933 – que os vadios e mendigos condenados fossem internados numa, à época, denominada, “casa de trabalho”. Ademais, a imposição da “detenção preventiva contra o comportamento associal” passou a ser prevista num “decreto básico sobre a prevenção

da delinquência” proferido em finais de 1937. Um “associal” seria todo aquele que, “sem ser um delinquente profissional ou habitual, colocasse em perigo a comunidade em geral através do seu comportamento antissocial”. Isso valia igualmente para os desabrigados. A chamada “ação de junho” de 1938, por meio da qual foram detidos cerca de 10 mil homens, muitos deles supostamente “associais”, teve o mencionado decreto como fundamento legal. No final de 1944, o *Projeto de Lei sobre o tratamento dos alheios à comunidade* determinava que as pessoas que não conseguissem demonstrar que mantinham uma vida digna seriam determinadas como “estranhas à comunidade” e, conseqüentemente, poderiam ser utilizadas para a realização de trabalhos forçados. O objetivo, segundo a exposição de motivos, era “o melhoramento e a conversão interior depois da mais estrita educação laboral”. A lei, todavia, acabou por nunca ser adotada devido à capitulação da Alemanha.

Perante esse cenário, é justo afirmar que o Governo de Orbán – consciente ou inconscientemente – tomou como inspiração conceitos da legislação nacional-socialista. Essa discussão é também de suma importância para a Alemanha, uma vez que assim se demonstra o que poderia suceder caso o partido populista de direita AfD (*Alternative für Deutschland/ Alternativa para Alemanha*) chegasse ao governo – tendo em conta que esse partido já se posicionou no passado ao lado do governo húngaro. É igualmente relevante conhecer qual a sua postura em relação a esta nova legislação húngara contra as pessoas desabrigadas.

Limpar o “corpo do povo alemão” de estudantes de esquerda

A nova direita europeia mostra aqui a sua verdadeira e desumana face: não se trata apenas da preservação da “homogeneidade etnocultural”, como exige o “Movimento Identitário”, senão também da exclusão social dos grupos marginalizados. E isso é apenas meia verdade, pois a homogeneidade social, étnica e cultural não existe hoje na Alemanha; e, para recuperá-la, teria primeiro de se produzir uma “autopurificação do corpo do povo alemão” como apresentado pelo infame jurista nazi Roland Freisler.

Uma linguagem que, por certo, se ouve novamente nos parlamentos alemães. Em fevereiro de 2017, o então líder do grupo parlamentar da AfD no Parlamento Estatal da Alta Saxônia, André Poggenburg, exigiu que os “tumores no corpo alemão” fossem finalmente removidos, referindo-se aos estudantes de esquerda, supostamente preguiçosos.

Kai Ambos

Professor Catedrático e Diretor Geral do Centro de Estudos em Direito Penal e Processo Criminal Latino-Americano (CEDPAL) na Georg-August-Universität Göttingen. Magistrado do Tribunal Especial para o Kosovo, Haia e *Amicus Curiae* da Jurisdição Especial para a Paz, Bogotá, Colômbia.

Notas semânticas sobre a interpretação da legítima defesa, por ocasião da proposta do novo governador do estado do Rio de Janeiro sobre o abate de criminosos

João Pedro Pádua

1. Introdução

Um dos pontos mais polêmicos do plano de governo do governador recém-eleito do Rio de Janeiro, Wilson Witzel, é a “autorização para abate de criminosos portando armas de uso exclusivo das forças armadas, nos termos do que determina o art. 25 do Código Penal”.⁽¹⁾

Originalmente, essa proposta foi inserida no capítulo 3 do referido plano de governo, que trata da segurança pública, e, mais especificamente, na seção 3.1.3, que trata da Polícia Militar.⁽²⁾ No entanto, em entrevistas após ser eleito, o novo governador não só parece ter expandido essa proposta para ambas as forças policiais, mas também especificou que a proposta envolveria o uso de atiradores de elite (*snipers*). Ou seja, não se trataria apenas de situações de confronto direto, mas qualquer situação em que algum criminoso estivesse armado com aquele tipo de arma de fogo.⁽³⁾

O plano de governo do novo governador, e principalmente suas entrevistas pós-eleição, despertaram polêmica na esfera pública. A Anistia Internacional condenou a proposta,⁽⁴⁾ a OAB/RJ declarou pela sua Comissão de Segurança Pública que “não existe amparo

na legislação” para tal medida⁽⁵⁾; e mesmo o atual ministro da Segurança Pública concordou que a medida “não está respaldada por lei” e dependeria de uma “modificação legislativa”.⁽⁶⁾

No entanto, houve também quem defendesse a proposta, utilizando argumentos jurídicos. **Giovani Guimarães** defendeu que a proposta estaria enquadrada no art. 25 do CP, argumentando que “agressão iminente não é simplesmente aquela que está prestes a acontecer. Conceitos jurídicos não decorrem de meras consultas a dicionários. Antes, devem aproximar-se ao máximo da finalidade para a qual a lei foi concebida e do sentido e alcance indicados pela interpretação sistemática de seus termos”. Ele concluiu, então, que o porte de fuzil, por si só, já seria uma agressão iminente “a um número indeterminado de pessoas, capaz de se concretizar a qualquer momento”.⁽⁷⁾

Embora os conceitos jurídicos de fato apresentem variadas interpretações possíveis e sempre uma potencial vagueza semântica, nem sempre as dificuldades interpretativas decorrem dessas vaguezas naturais na linguagem.⁽⁸⁾ Muitas vezes, a abertura interpretativa decorre da busca por impor certas concepções morais ou ideológicas em soluções jurídicas que nos

desagradam. Nesses casos, a análise linguística das palavras, expressões e discursos jurídicos pode ajudar a demonstrar quando a argumentação sobre o significado de normas jurídicas deriva de aberturas semânticas construídas *ad hoc*, com o propósito de enquadrar uma interpretação buscada ideologicamente pelo intérprete como uma das possíveis – ou, às vezes, a única possível – para aquela norma.⁽⁹⁾

Esse breve ensaio procura mostrar como isso pode acontecer, usando como estudo de caso a norma do art. 25 do CP e sua interpretação proposta pelo novo governador do Rio. Para isso, recorrerei a conceitos linguísticos relacionados à semântica e mostrarei como esses conceitos podem elucidar mecanismos discursivos envolvidos na discussão sobre se a proposta do governador obedece ou não à norma citada.

2. Linguística, Semântica e Direito

A utilização de estudos e conceitos linguísticos para explicar e analisar fenômenos jurídicos já conta com várias décadas, especialmente em países de língua inglesa.⁽¹⁰⁾ No Brasil, os estudos vêm aumentando, mas são ainda incipientes.⁽¹¹⁾ Enquadrados às vezes na alcunha de “Linguística Forense”, às vezes na de “Linguagem e Direito”, esses estudos partem do pressuposto de que o Direito é constituído na e pela linguagem. Fenômenos jurídicos são por natureza também linguísticos, desde a edição de uma norma legislativa até a prolação de uma sentença, passando pelo registro de depoimentos, atas, autos e outros documentos utilizados como provas.

Assim, os mesmos conceitos teóricos e métodos de análise utilizados para dados linguísticos em geral podem ser utilizados para estudar e desvendar padrões, protocolos e lógicas em dados linguísticos gerados e utilizados em contextos jurídicos. Também os procedimentos para gerar, isolar e preparar dados para essa análise linguística podem ser estendidos ao Direito.

Para o que nos interessa no caso deste artigo, conceitos pertencentes à semântica são especialmente relevantes. Semântica é a área da linguística que estuda o significado das palavras, expressões, frases e unidades mais amplas, como textos inteiros.⁽¹²⁾ Uma das discussões mais importantes no campo da semântica é sobre como os usuários da língua atribuem significado aos textos com os quais se deparam, seja no dia a dia, seja em contextos institucionais como o Direito.

Desde pelo menos a década de 1970, duas teorias foram ganhando corpo como as principais explicações disponíveis sobre isso.⁽¹³⁾ Por um lado, os usuários da língua atribuiriam significado a palavras e expressões reconhecendo as condições necessárias e suficientes que tornariam tais palavras ou expressões verdadeiras. Por exemplo, “casa” reúne como condições necessárias e suficientes os atributos de “construção”, “paredes”, “teto”, “porta”, “chão”. Essa teoria ficou conhecida como “concepção clássica” ou “semântica das condições de verdade” e tem origem na filosofia analítica do início do século XX.

Por outro lado, os usuários da língua atribuem significado a palavras e expressões em termos de situações, imagens ou conjuntos de atributos que seriam prototípicos desse significado. Os usuários comparariam uma instância real de uma casa com o seu modelo mental que contém um protótipo de “casa”. A comparação entre o real e o protótipo seria a base para julgar se a instância observada é verdadeiramente uma “casa”, e em que grau de correspondência com esse protótipo. Por exemplo uma casa com formato quadrado e telhado de telhas seria obviamente uma “casa”, mas outra mais “estilosa”, redonda e com telhado não aparente seria mais afastada do protótipo. Essa teoria ficou conhecida como semântica prototípica e deriva de estudos de

psicologia social e cognitiva do meado dos anos 1970.

Hoje sabemos que ambos os mecanismos de atribuição de significado são relevantes em diferentes situações para a atribuição do significado de palavras e expressões em situações reais. Além disso, um novo mecanismo semântico vem sendo adicionado ao conjunto. Derivado dos estudos da chamada “Linguística de *Corpus*”, o conceito de prosódia semântica propõe para além da atribuição de um significado a palavras e expressões; os usuários da língua também embutem nesse significado aspectos avaliativos e conotações que transcendem conjuntos de elementos ou protótipos. Isso acontece porque o estudo de bancos de dados contendo quantidades gigantescas de textos – justamente o campo de estudos da Linguística de *Corpus* – demonstra que algumas palavras ou expressões são comumente utilizadas logo após, logo antes, ou próximas de outras. Isso acarreta que “*certas palavras prepara[m] o ouvinte ou leitor para o conteúdo semântico que está por vir*”.⁽¹⁴⁾

Em resumo, o significado de palavras e expressões parece depender de condições e atributos que definem os limites exteriores do significado (um cômodo sem teto não é uma “casa”), de comparações entre instâncias reais e protótipos (uma casa redonda é uma “casa”?) e da colocação de palavras e expressões com outras palavras e expressões nos textos empiricamente produzidos por usuários da língua (“casa” é comumente colocada com preposições como “em” ou “de”, sugerindo que é sempre tratada como o lugar de ocorrência de algo).

3. “Atual” e “iminente”

A ideia do novo governador do Rio é considerar que o abate de criminosos que portam armas está enquadrado na causa de justificação a legítima defesa. No entanto, como vimos, a dificuldade a vencer é se é possível enquadrar a ação proposta pelo governador – de tiros de *sniper* contra criminosos, pelo fato de portarem armas de grosso calibre – no significado do tipo normativo do art. 25 do CP.

O texto desse artigo é o seguinte: “*Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem*”. A leitura global do texto, bem como seu título, parece deixar claro que a chave da legítima defesa é que ação típica, mas justificada, porque praticada pelo agente em situação de defesa, pressupõe a existência de uma prévia agressão. A agressão é qualificada pelo próprio texto normativo como “*atual ou iminente*”.

Em termos semânticos, portanto, a questão é se o significado das expressões “*agressão atual*” ou “*agressão iminente*” engloba a situação de alguém que porta um fuzil ilegalmente. Para fazer isso, o primeiro passo é determinar se o significado dessas expressões vai ser determinado a partir de uma perspectiva ordinária ou de uma perspectiva técnica. Ou seja, se estamos buscando o sentido comum, ordinário, ou algum sentido técnico, especial. Embora essa questão seja pouco discutida na doutrina e na jurisprudência do Brasil, o STF já teve oportunidade de dizer que o sentido das palavras e expressões legais deve ser, predominantemente, o sentido ordinário.⁽¹⁵⁾

Para determinar o significado ordinário de palavras e expressões, como vimos, temos de encontrar traços semânticos e, possivelmente, um protótipo semântico. Para isso, há três métodos possíveis: o uso da intuição dos juristas, como falantes nativos da língua; o uso de dicionários e o uso de algum *corpus* que registre instâncias de uso da palavra. Se os três métodos coincidirem, há evidência empírica ampla de que o significado ordinário é aquele no qual os três métodos coincidem.⁽¹⁶⁾

Na questão da “agressão atual ou iminente”, como o sentido de “agressão” parece pouco discutível, o que temos de averiguar é o sentido de “atual” e “iminente”. Intuitivamente, como juristas e falantes da língua, os dois remetem a uma ideia de temporalidade, ainda mais por conta da sua utilização como termos opostos para qualificar a agressão. Assim, “agressão atual é a agressão presente, a agressão que coincide com a reação” e “é iminente a agressão prestes a desencadear-se, [...] que está por iniciar-se”.⁽¹⁷⁾

No dicionário, o sentido de “iminente” é: “*que ameaça acontecer a qualquer momento; que parece que vai acontecer em breve; impendente, propínquo, próximo*”; e o de “atual” é: “*que existe ou está em ação no momento presente; que se realiza na época contemporânea; imediato, de hoje, de agora*”.⁽¹⁸⁾ Portanto, o dicionário também confirma esse aspecto temporal como marca da oposição atual/iminente, como algo que está acontecendo versus algo que está para acontecer.

Por fim, pesquisa feita com a palavra “iminente” no *Corpus* do português da Universidade Brigham Young,⁽¹⁹⁾ que tem mais de 1 bilhão de palavras em diversos gêneros textuais, mostra que as palavras que mais aparecem ao lado de “iminente” são “risco”, “perigo”, “saída”, “morte”, “ameaça” e “ataque”, nessa ordem. Se colocamos a palavra “ataque” em contexto, encontramos frases como “*As Forças Armadas russas acusam Israel de só as ter avisado do ataque iminente menos de um minuto antes de ele ocorrer*”. Já “atual” acompanha principalmente a palavra “presidente”, “situação” e “campeão”. Portanto, também nesse método, o aspecto temporal prevalece.

A comparação da intuição dos juristas, da definição de dicionário e da consulta a um *corpus* gigantesco nos permite construir um protótipo para “agressão atual” como aquela que está ocorrendo no momento e “agressão iminente” como a que está prestes a acontecer, segundo uma lógica temporal. Também nos permite dizer que o traço semântico “tempo” é essencial para o significado desses qualificadores de “agressão”.

Nesse sentido, o argumento de que pode ser considerada “iminente” uma agressão que é o potencial objetivo de quem porta um fuzil, mas que não está indicada que vai se iniciar em momento próximo, discrepa da evidência empírica sobre o significado ordinário da palavra.

4. Considerações finais

A linguística pode auxiliar o Direito a investigar os problemas de determinação de sentido normativo que estão na base de muitas controvérsias jurídicas, com métodos analíticos depurados após décadas de uso a diversos contextos distintos do uso da linguagem. Neste artigo, fiz uma breve análise da determinação do significado ordinário das palavras “atual” e “iminente”, usados como qualificadores da categoria “agressão”, como requisito da legítima defesa no texto do art. 25 do CP.

Espero ter conseguido demonstrar que, semanticamente, a ideia do novo governador do Rio de que só portar fuzil pode se considerar uma agressão atual ou iminente contraria os dados sobre o significado que os usuários da língua portuguesa atribuem comumente a essas palavras. Isso não quer dizer que o Poder Judiciário está proibido de encontrar um significado específico, técnico, para tais palavras. Mas, se o fizer, andar bem em reconhecer que esse é o caso, ao invés de supor que tal significado já estaria de qualquer modo presente no referencial semântico dessas palavras.

Por fim, registro que também parece pouco provável que a motivação legislativa por trás do instituto da legítima defesa

esteja de qualquer forma condizente com uma política que se enuncia como uma “autorização do abate”. No mesmo *corpus* que usamos para esse trabalho, a palavra “abater” ocorre mais comumente ligada à palavra “animais” e, logo em seguida, à palavra “alvo”. “Alvo” não é algo que podemos associar com defesa, de modo que a prosódia semântica sugerida pelo uso da palavra “abate” é negativa, de causar a morte, não de evitar ou repelir uma agressão.

Notas

- (1) Cf. PLANO DE GOVERNO WILSON WITZEL, Coligação “Mais Ordem, Mais Progresso”, PSC-PROS 20, Governo do Estado do Rio de Janeiro – Eleições 2018, p. 12 (item 14). Disponível em: <http://divulgandcontas.tse.jus.br/candidaturas/oficial/2018/BR/RJ/2022802018/190000612301/proposta_1534218285632.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2018.
- (2) Idem.
- (3) Vide, por exemplo, WITZEL PRETENDE PEDIR SNIPERS PARA ABATER CRIMINOSOS portando fuzis no Rio De Janeiro - Globo News. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=eFUk_M-kkU>. Acesso em: 06 nov. 2018. Nessa entrevista, como o próprio título do link revela, o novo governador só tratou de hipóteses envolvendo pessoas portando fuzis, o que parece limitar a esse tipo de armamento a expressão “armas de uso exclusivo das forças armadas”, constante do programa de governo citado acima.
- (4) ANISTIA INTERNACIONAL repudia planos de Witzel de autorizar o ‘abate’ de criminosos de fuzil. G1 RIO, 30 out. 2010. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2018/10/30/anistia-internacional-repudia-planos-de-witzel-de-autorizar-o-abate-de-criminosos-de-fuzil.ghtml>>. Acesso em: 06 nov. 2018.
- (5) MARTINS, Marco Antônio. Conselheiro de Wilson Witzel explica como se formarão turmas de atiradores. G1 Rio, 02 nov. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2018/11/02/conselheiro-de-wilson-witzel-sobre-atiradores-explica-como-se-formarao-turmas-de-atiradores.ghtml>>. Acesso em: 06 nov. 2018.
- (6) LANG, Marina. Para Jungmann, uso de snipers proposto por Witzel não está na lei; eleito rebate: “vai atirar e abater”. UOL Notícias, Política. 31 out. 2018. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2018/10/31/jungmann-diz-que-uso-de-snipers-nao-esta-na-lei-e-witzel-rebate-vai-atirar-e-vai-abater.htm>>. Acesso em: 06 nov. 2018.
- (7) GUIMARÃES, Giovani. O governador, o sniper e o terrorista “inofensivo”. MMSJUSBLOG, 1 nov. 2018. Disponível em: <<https://mmjsusblog.wordpress.com/author/giovaniguimares/>>. Acesso em: 06 nov. 2018.
- (8) O que é comumente referido na filosofia do Direito como “textura aberta da linguagem”. Cf. BIX, Brian H. Legal interpretation and the philosophy of language. In: SOLAN, Lawrence M.; TIERNSMA, Peter M. (Ed.). The Oxford handbook of language and law. Oxford: Oxford University, 2016. p. 145-55. Pesquisas em semântica e psicolinguística confirmam essa hipótese filosófica. Cf. SOLAN, Lawrence M. The language of statutes: Laws and their interpretation. Chicago: University of Chicago, 2010. cap. 5.
- (9) Para um outro estudo de caso, envolvendo o art. 5º, LXI, da CF/88, cf. PÁDUA, João Pedro. “Apenas encaminhado”: Categorizações como estratégias discursivas de (in)efetivação de garantias fundamentais em uma decisão do Supremo Tribunal Federal. Language and Law/Linguagem e Direito, v. 4, n. 1, p. 60-72, 2017.
- (10) Cf. COULTHARD, Malcolm e JOHNSON, Allison. An introduction to forensic linguistics: language in evidence. New York: Routledge, 2007; TIERNSMA, Peter. Legal language. Chicago: University of Chicago, 2000.
- (11) Cf. PÁDUA, João Pedro. Direito como sistema de normas e Direito como sistema de práticas: Aportes teóricos e empíricos para a refundação da “ciência” do direito (em diálogo com a linguística aplicada). In: PINTO, Rosalice et al. (Org.). Linguagem e direito: Perspectivas teóricas e práticas. São Paulo: Cortez, 2016. p. 29-47. Para alguns exemplos e referências.
- (12) Para estudos que partem de textos inteiros, às vezes se reserva o campo da Linguística Textual. Cf. KOCH, Ingedore Grunfeld V. Introdução à linguística textual. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Frequentemente se reserva ao campo da semântica o estudo do significado dito literal ou explícito, que deriva da escolha de palavras e da sua combinação entre si, deixando mecanismos linguísticos de produção de sentidos implícitos para o campo da Pragmática. Essa questão não deve nos ocupar aqui. Cf. LYONS, John. Língua(gem) e linguística. Trad. Marilda Winkler Averborg e Clarisse Sieckenius de Souza. Rio de Janeiro: LTC, 1987. cap. 5.
- (13) Cf., no que segue, SOLAN, op. cit., p. 62-6.
- (14) SARDINHA, Tony Berber. Linguística de corpus: histórico e problemática. D.E.L.T.A., v. 16, n. 2, p. 323-367, 2000. p. 359.
- (15) Cf., p. ex., STF, ADI 4277, Pleno, rel. Min. Carlos Britto, DJe 14/10/2011, unânime. (Proclamando que o sentido de “família”, “entidade familiar” e outras palavras do art. 226 da CF/88 devem ser tomadas no sem “nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica”). Nos EUA, essa é uma discussão básica da doutrina da interpretação de normas legais e constitucionais e deu origem ao

chamado *ordinary meaning canon of construction*. Cf. SOLAN, op. cit., p. 62-66 e *passim*.

- (16) Nisso e no que segue, cf. SOLAN, Lawrence M.; GALES, Tammy. Finding ordinary meaning in law: The judge, the dictionary or the corpus? *International Journal of Legal Discourse*, v. 1, n. 2, p. 253-76, 2016.
- (17) COSTA JR., Paulo José da. Curso de direito penal. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 127. (Grifo no original). (A escolha dessa obra foi aleatória. É apenas evidência da intuição semântica de que compartilham os juristas).
- (18) DICIONÁRIO MICHAELIS da Língua Portuguesa. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/>>. Acesso em: 08 nov. 2018.
- (19) BRIGHAM YOUNG UNIVERSITY, Corpus do português. Disponível em: <<https://www.corpusdoportugues.org/now/>>. Acesso em: 08 nov. 2018.

João Pedro Pádua

Pós-doutor como visiting fellow no Center for Law, Language and Cognition da Brooklyn Law School, em Nova Iorque/EUA (2018).
Doutor em estudos da linguagem (PUCRIO, 2013).
Mestre em Direito Constitucional e teoria do estado (PUCRIO, 2008).
Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), em nível de graduação e pós-graduação stricto sensu.
Advogado.

As medidas cautelares nas ADCs 43 e 44 e a citação de casos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos: uma análise crítica

Fábio Prudente Netto e Hamilton Gonçalves Ferraz

1. Introdução

Avaliando o julgamento das medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44, que envolvem a compreensão e os limites de presunção de inocência segundo o Supremo Tribunal Federal (STF), percebe-se que, no meio jurídico, há considerável controvérsia entre argumentações e posições doutrinárias. Nesse sentido, o presente artigo pretende analisar um aspecto dessas decisões, que não vem sendo abordado em maior profundidade: as citações aos casos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, no que diz respeito à materialidade de tais argumentos, bem como a sua pertinência com o caso em debate no Supremo.

A relevância do assunto se constitui por ser um tema atual e de suma importância, haja vista que o julgamento foi recente e segue uma forte divergência na doutrina e na jurisprudência. Tal embate nasce por meio da alegação de impacto sobre a proteção a direitos fundamentais em âmbito penal e processual penal. Além disso, a importância do tema se renova com a (permanente) crise do sistema penitenciário brasileiro e, com isso, faz-se necessário analisar a construção argumentativa da decisão, uma vez que essa mudou a jurisprudência da Corte, no sentido de retroagir em sua jurisprudência e reduzir a efetividade de um direito fundamental.

A importância das medidas cautelares nas ADCs 43 e 44 se renova com o fato de o Supremo Tribunal Federal (STF) alterar uma jurisprudência que, em 2009, já havia sido invertida, a qual, há quase dez anos, consolidou a tese de que se exigiria o fim do trânsito em julgado para o início do cumprimento da pena.

2. Um breve histórico da execução provisória (ou antecipada)⁽¹⁾ da pena perante o Supremo Tribunal Federal

Em fevereiro de 2016, ao julgar o *Habeas Corpus* 126.292/SP, sob a relatoria do ministro Teori Zavascki, o STF denegou a ordem, por concluir que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário” (BRASIL, 2016, p. 01) não violaria o princípio constitucional da presunção de inocência,

previsto no artigo 5º, LVII da Constituição Federal.

Acompanharam o relator os ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes, ficando vencidos os ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, que votaram pela concessão do pedido. Assim, o *habeas corpus* foi denegado por sete votos a quatro (BRASIL, 2016).

Com essa decisão, o Tribunal rompeu com o precedente firmado em 2009, ocasião do julgamento do HC 84.078/MG, de relatoria do ministro Eros Grau. Na decisão de 2009, a Corte havia assentado o entendimento de que a execução provisória da pena privativa de liberdade, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, afrontaria o princípio constitucional da presunção da não culpabilidade (BRASIL, 2009, p. 02).⁽²⁾

Os ministros, entretanto, frisaram que, ao abandonar o precedente de 2009, estariam restaurando aquele que sempre havia sido o entendimento do Supremo Tribunal, o da possibilidade jurídica da execução provisória da pena de prisão (BRASIL, 2016).

O mais recente entendimento do Tribunal provocou ampla controvérsia na comunidade jurídica, com intensos debates⁽³⁾ e decisões judiciais por vezes contraditórias. Após a decisão, juízes de tribunais inferiores e outros ministros da própria Corte continuaram decidindo de forma contrária ao precedente, afirmando que a decisão do STF não teria efeito vinculante, por ter sido proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade, estando restrita ao caso concreto julgado.

Diante desse cenário, o Partido Ecológico Nacional e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizaram as ADCs 43 e 44, com o objetivo de que o STF confirmasse a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal (CPP), com a redação dada pela Lei 12.403/11.

Em setembro de 2016, o Plenário do STF iniciou o julgamento conjunto das medidas cautelares concedidas nas ADCs 43 e 44, sob relatoria do ministro Marco Aurélio, que votou pela constitucionalidade do artigo 283 do CPP, conferindo interpretação no sentido de se vedar a execução

de sentença penal condenatória que não tenha transitado em julgado, determinando a libertação dos réus que tenham sido presos em razão do desprovimento de apelação pelo Superior Tribunal de Justiça, com exceção dos casos enquadráveis em prisão preventiva. Dessa forma, o ministro concedeu a cautelar pleiteada no dia 1º de setembro (BRASIL, 2016).

Em outubro de 2016, todavia, o julgamento foi retomado e o ministro Edson Fachin abriu divergência ao votar pelo indeferimento da medida cautelar, dando ao artigo 283 do CPP interpretação conforme a Constituição, de modo a reconhecer a possibilidade constitucional de início da execução da pena antes do esgotamento das instâncias ordinárias. Acompanharam a divergência os ministros Roberto Barroso, Teori Zavascki, Luiz Fux, Gilmar Mendes e a presidente do Supremo à época, ministra Cármen Lúcia (BRASIL, 2016).

Os ministros Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Rosa Weber acompanharam o relator (BRASIL, 2016), adotando a tese vencida. Similar posicionamento apresentou o ministro Dias Toffoli, que acompanhou parcialmente o voto do relator, acolhendo apenas sua posição subsidiária, argumentando que a execução da pena permanece suspensa com a pendência de recurso especial ao STJ, mas não de recurso extraordinário ao STF (BRASIL, 2016).

Dessa forma, o Tribunal, por maioria de seis votos a cinco entendeu que o artigo 283 do CPP *não* impede o início da execução da pena privativa de liberdade após condenação em segunda instância e antes do trânsito em julgado, indeferindo os pedidos cautelares nas ADCs 43 e 44 (BRASIL, 2016).

Dessa maneira, por apertada maioria, o STF decidiu pela constitucionalidade do dispositivo legal questionado, conferindo-lhe interpretação conforme a Constituição e no sentido de ela não impedir o cumprimento provisório de sentença penal condenatória.

3. As citações ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos

O min. Edson Fachin, no julgamento em questão, foi o único a citar precedentes relacionados com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Dessa forma, passa-se ao seu voto, que abriu a divergência na votação das medidas cautelares do julgamento em questão.

Em sua primeira exposição acerca do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, Fachin frisou que a República Federativa do Brasil “*tem sido questionada em organismos internacionais de tutela dos direitos humanos em razão da ineficiência do seu sistema de proteção penal a direitos humanos básicos*” (FACHIN, 2016, p. 04).

Posteriormente, o ministro começou a citar casos notórios que foram julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. O primeiro caso citado foi o de Maria da Penha Fernandes, vítima de tentativas de homicídio por parte de seu marido, o qual tentou eletrocutá-la, no ápice de uma série de agressões sofridas durante toda sua vida matrimonial.

Em tal citação, Fachin narrou que o Ministério Público ofereceu denúncia contra o agressor em 29 de setembro de 1984; porém, passados dezessete anos da data dos fatos, sem que o Poder Judiciário brasileiro tivesse proferido uma sentença definitiva sobre o caso que se aproximava da prescrição, a Corte condenou o Brasil – por reconhecer a ineficiência da proteção penal à vítima – a uma série de medidas que resultaram, por exemplo, na hoje conhecida Lei 11.340/2006.

Dentro de tal temática, **Raquel da Cruz Lima** (2013) destaca, ao analisar o desenvolvimento da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que é perceptível, em diversos casos, que a Corte “*atribuiu aos Estados compromissos*

específicos, derivados do dever geral de investigar e punir as violações a direitos protegidos na CADH” (p. 59). Além disso, a autora afirma que as obrigações voltadas aos Estados têm tanto sua faceta negativa, relacionada à vedação de barreiras para o funcionamento da justiça penal, quanto uma faceta positiva, como é o caso do dever de tipificar condutas e de promover a cooperação jurídica internacional (LIMA, 2013, p. 59).

Do caso envolvendo Maria da Penha, é possível perceber que a relação com a temática da presunção de inocência é incoerente, uma vez que a lei em relação à proteção da mulher à época era deficitária. Ou seja, citar o caso como exemplo de inefetividade do sistema penal – considerando que não havia proteção legal suficiente na época do caso – é um equívoco considerável por parte do ministro.

Ademais, o Ministro citou o caso Sétimo Garibaldi v. Brasil, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 23 de setembro de 2009. Em tal caso, a Corte condenara o Brasil por reconhecer a inefetividade do Estado brasileiro em oferecer uma resposta para a morte de Sétimo Garibaldi, ocorrida em 27 de novembro de 1998, no município de Querência do Norte, no Estado do Paraná, onde fora vitimado. Fachin narrou que a Corte “*considerou que há direito de obter uma resposta justa e efetiva sobre o acontecido*” (FACHIN, 2016, p. 05).

Essa citação também é problemática ao se tratar de presunção de inocência, pois, como se sabe, o caso Sétimo Garibaldi se relaciona com a falta de investigação de fatos que violem direitos humanos e não com o cumprimento de uma garantia fundamental direcionada ao réu e garantida na Constituição, a qual serve, principalmente, como uma forma de garantir direitos humanos em seu âmbito negativo, ou seja, limitar o poder estatal ao aplicar as leis.

Além disso, o ministro Edson Fachin, ao abordar o caso Damião Ximenes Lopes versus Brasil, ressaltou que, na condenação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, dentre outras razões, “*considerou violados os direitos e garantias judiciais à proteção judicial em razão da ineficiência em investigar e punir os responsáveis pelos maus tratos e óbito da vítima (...) considerou-se que após 06 (seis) anos não havia sequer sentença de primeiro grau*” (FACHIN, 2016, p. 05).

A partir desse trecho do voto do ministro Edson Fachin, nota-se, mais uma vez, sua contradição com o tema em julgamento, uma vez que se discutia, no âmbito da Jurisdição Constitucional, a possibilidade da execução após a segunda instância. Ou seja, o ministro, para defender a possibilidade de execução em segunda instância, citou um julgado em que sequer fora sentenciado em primeira instância.

Seguidamente, ao falar sobre o Caso dos Meninos Emascarados do Maranhão, Edson Fachin narrou que “*uma série de homicídios foi praticada no Maranhão contra crianças de 8 a 15 anos*”. Segundo Fachin “*a eficiência da proteção penal a vítimas de violações graves a direitos humanos foi decisiva na acusação que o Brasil sofreu perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos*” (FACHIN, 2016, p. 06).

Novamente, percebe-se mais uma citação que não guarda pertinência com os fatos e questões em julgamento. Reitera-se que, em tal caso, o problema maior era o de investigação criminal por parte do Estado, e não de direitos voltados à parte ré.

Ao fim de suas citações sobre os casos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o Ministro justificou suas referências para rechaçar a pecha de que o Supremo Tribunal Federal, em 17 de fevereiro de 2016, ao julgar o *Habeas Corpus* 126.292/SP, teria sucumbido aos anseios de uma criticável

“sociedade punitivista”, comprimindo direitos humanos num “ambiente de histeria” (FACHIN, 2016, p. 06).

A partir do exposto e de acordo com o exposto por **José Ribas Vieira** e **Ranieri Lima Resende** (2016), faz-se necessário invocar, em primeiro lugar, o princípio *pro homine*, o qual, no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, confere prevalência à norma que promova a proteção mais ampla e efetiva à dignidade da pessoa humana, independentemente da fonte originária da obrigação, além de impulsionar uma interpretação extensiva dos direitos humanos e restritiva de suas limitações; e, em segundo lugar, o *princípio da vedação ao retrocesso*, que pode servir de balizamento para que as liberdades fundamentais individuais não sejam diminuídas, especialmente por quem detenha apenas o poder constituído (2016).

4. Considerações finais

A partir do exposto, evidencia-se que os argumentos proferidos pelo ministro se caracterizam, preponderantemente, pela interpretação dos direitos humanos a partir de uma perspectiva de resposta estatal, ou seja, relacionados à reação do Estado a determinada transgressão legal. Nesse sentido, é importante frisar que o objeto das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, em que o ministro proferiu tais citações, se relaciona com o direito fundamental do cidadão na esfera penal, isto é, nos limites do poder punitivo relativos à persecução e processamento de determinada infração penal. Portanto, para a afirmação do Estado Democrático de Direito é imprescindível que o Estado seja limitado pela Lei e pela Constituição, as quais preveem direitos fundamentais do cidadão e, conseqüentemente, a limitação de seus próprios poderes.

A argumentação apresentada pelo ministro Edson Fachin, por todas as suas debilidades, parece sugerir certo uso de retórica, com vistas a buscar aceitação social e legitimidade política para sua decisão, por meio da alta carga emocional de sua exposição, em detrimento à sua consistência jurídico-penal e processual penal. Ademais, é parcial trazer (alguns) casos brasileiros no Sistema Interamericano sem se destacar o quanto o Brasil – e seu sistema de justiça – é, a ele, explicitamente refratário, seja no que diz respeito à observância da jurisprudência da Corte Interamericana (que sequer é catalogada como jurisprudência pelo buscador do Supremo, figurando como “documento”), seja ao cumprimento de suas próprias condenações, pelo que o STF possui parcela considerável de responsabilidade.

A partir do presente debate, nota-se que o Supremo Tribunal Federal oscila na proteção de direitos fundamentais relacionados à presunção de inocência. Necessita-se, portanto, que a Corte, independentemente de qualquer opinião pública eventual ou passageira, reafirme seu papel de guardião da Constituição que, por conseguinte, acarreta na atuação pela garantia dos direitos fundamentais inerentes a um Estado democrático de Direito. Espera-se que a Corte siga os precedentes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos à luz dos princípios *pro homine* e da vedação do retrocesso, isto é, no sentido de proteção mais ampla e efetiva à dignidade da pessoa humana, e não como meios de fundamentar argumentos que reduzem a efetividade de direitos fundamentais.

Referências

- BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- _____. Manual dos recursos penais. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 84.078/MG. Impte.: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Distrito Federal, 05

fev. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. Relator vota pela concessão de liminar para afastar execução da pena antes do trânsito em julgado. Distrito Federal, 01 set. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=324393>>. Acesso em: 03 jul. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. STF admite execução da pena após condenação em segunda instância. Distrito Federal, 05 out. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em: 03 jul. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Min. Edson Fachin nas ADCs 43 e 44. Rel. Min. Marco Aurélio. Distrito Federal, 05 out. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2018.
- CARVALHO, Salo; WUNDERLICH, Alexandre Lima. Crítica à Execução Antecipada da Pena: a Revisão da Súmula 267 pelo STJ. In: Salo de Carvalho (Org.). Crítica à execução penal. v. 1. 2. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 447-453.
- GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.
- LIMA, Raquel da Cruz. O direito penal dos direitos humanos: paradoxos no discurso punitivo da Corte Interamericana de Direitos Humanos. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.
- LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- NICOLITTI, André. Manual de processo penal. 6. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. O trânsito em julgado da decisão condenatória. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 23, n. 277, p. 10-12, dez. 2015.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Execução penal: teoria crítica. São Paulo: Saraiva, 2014.
- VIEIRA, José Ribas; RESENDE, Ranieri Lima. Execução provisória – Causa para a Corte Interamericana de Direitos Humanos? JOTA. Opinião. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/execucao-provisoria-da-pena-confirmada-pela-segunda-instancia-uma-causa-para-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos-20022016>>. Acesso em: 08 ago. 2018.

Notas

- (1) Tecnicamente, existem diferenças substanciais entre “execução provisória” e “execução antecipada” da pena, sendo a última a expedição de mandado de prisão e guia de recolhimento, antes do trânsito em julgado, em desfavor daqueles réus que se encontram soltos durante o processo. “Execução provisória”, a seu turno, com fundamento no art. 2º, p.u, c/c art. 105, LEP, súmula 716, STF e resoluções 113/2010, CNJ e 12/2009, CNPCP, nada mais é do que, através de expedição de Guia de Recolhimento provisória, a concessão de direitos da execução penal (como progressão e livramento) àqueles que, presos cautelarmente, já possuem condenação sem trânsito em julgado (ROIG, 2014, p. 111-115). De forma didática, mas cientes da distinção, usaremos a expressão “execução provisória” como sinônima de execução antecipada, uma vez que este é o sentido em geral adotado pela jurisprudência.
- (2) Entendimento que já vinha sendo desenhado em decisões do STJ, como demonstram CARVALHO, WUNDERLICH, 2007.
- (3) Parcela substancial da doutrina processual penal compreende, com fundamento na presunção de inocência, que, se o inocente não poderia ser tratado de forma equivalente a um culpado, a formação definitiva dessa culpa (em sentido normativo), só poderia ocorrer com uma condenação definitiva, ou seja, decisão transitada em julgado – que passou da condição de imutável a de imutável, apenas possível quando esta se torna irrecorrível. Dessa forma, apenas com a formação da culpa em definitivo, permitia-se o início do cumprimento da pena; antes disso, só era admissível prisão cautelar ou medidas cautelares, desde que presentes os indícios de autoria e materialidade delitiva (*fumus commissi delicti*) e o risco ou perigo ao processo advindos da eventual liberdade do indiciado ou acusado (*periculum libertatis*). Sobre isso, conferir PRADO, 2015; GIACOMOLLI, 2016, p. 119; LOPES JR., 2017, p. 1.081-1.085; Badaró, 2016, p. 925-926; 2017, p. 425-428; NICOLITTI, 2016, p. 1.000-1003.

Fábio Prudente Netto

Estudante de Direito.
Monitor de Direito na UFRJ.

Hamilton Gonçalves Ferraz

Doutorando em Direito pela PUCRJ.
Mestre em Direito pela UERJ.
Professor substituto de Direito Penal e Criminologia da UFRJ.

Na prevenção da criminalidade econômica, a ética é um instrumento nuclear de *compliance*

Alan Correia de Almeida

Após estudar *compliance* e o quão importante é esse instrumento para o desenvolvimento de uma cultura de transparência e para o fortalecimento das instituições democráticas, imaginamos que a corrupção fosse um *iceberg* no oceano da ética normativa. Longe disso, percebemos tratar-se de uma verdadeira Antártida, que por vezes, vem tentando congelar o Estado Democrático de Direito.

Diferentemente de outros países que sofrem com furacões e tornados físicos, destruindo casas e vidas, o Brasil vem sofrendo com furacões morais e éticos, que abalam a confiança nas instituições e na democracia. Afinal, nesse mundo de *compliance* as palavras convencem, mas os exemplos arrastam. A ética assumiu uma cara nova com o marco normativo sobre a temática do *compliance*; nos âmbitos interno e internacional. A ética possui potencial transformador, já que a “*ética pode ser a criação mais inteligente da inteligência humana*”; na falta dela, a corrupção subtrai as possibilidades do bem-estar econômico e social.

Nesse contexto, atendendo a compromissos internacionais assumidos em convenções da ONU, OEA e, principalmente, da OCDE, o Brasil, em agosto de 2013, aprovou o Projeto de Lei 6.826/2010, criando a chamada Lei Anticorrupção Empresarial (Lei 12.846/2013): um conjunto de medidas transnacionais de combate à corrupção, preventivas e repressivas, com estipulação de sanções civis e administrativas às pessoas jurídicas. Com a regulamentação do mencionado dispositivo, um novo instrumento adquiriu notoriedade, o *compliance*.

É de sentido transformador, crítico e reconstrutivo que se dá a ética, ela possui *per se* potencial emancipador e se potencializa pelo conteúdo de empoderamento que o *compliance* carrega. Como muito bem expôs o professor **Diogo de Figueiredo Moreira Neto**, a referida norma ingressou no denominado “sistema legal de defesa da moralidade”.⁽¹⁾

No Direito Penal Econômico contemporâneo, é preciso levar em conta questões multidisciplinares que vão além puramente do Direito, mas que estão fundamentalmente ligadas ao tema e que produzem efeitos no mundo jurídico, tendo em vista que “os limites do ilícito administrativo, hoje, superam a fronteira do crime, sem que os destinatários das normas se dêem conta disso”.

A doutrina vem se esforçando para estabelecer modelos explicativos acerca do fenômeno da corrupção no mundo e, particularmente, no Brasil,⁽²⁾ porque “*corrupção sacrifica vidas humanas*”. A intensidade dessa afirmação já impressiona por si só. E quando a ela se associam alguns exemplos da elevada capacidade corrosiva do fenômeno corrupção, amplia-se ainda mais a percepção do que isso realmente significa.

Inovação jurídica combinado com dúvida

Conforme prevê o artigo 7º, inciso VIII, da lei em comento, os programas de *compliance* se constituem como mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria, incentivo à denúncia de irregularidades, na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.

O dispositivo aludido se deve em grande parte ao disposto no

artigo 12, 2, f, do capítulo II, da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, adotando medidas para prevenir a corrupção e melhorar as normas contábeis e de auditoria no setor privado.

Esse artigo promoveu importante inovação jurídica, a qual se reflete no artigo 7º, VIII, da Lei 12.846/2013 e em seu regulamento (Decreto 8420/2015). Contudo, a fixação de critérios objetivos é importante para a melhor aplicação da lei. A má interpretação da regulamentação poderá acarretar aplicações distorcidas, provocando indesejável insegurança nas empresas.

Logo, tem-se que a hermenêutica da norma sancionadora deve sempre ser clara e precisa, de modo que se permita assegurar ampla previsibilidade de comportamentos, tanto por parte dos agentes privados quanto dos agentes públicos. Sendo assim, torna-se pertinente a análise detalhada da estrutura dos programas de *compliance*, prezando pelos princípios constitucionais aplicados à Teoria do Direito de Intervenção, criada por **Winfried Hassemer**, um dos maiores expoentes da Escola de Frankfurt,⁽³⁾ de modo a colaborar na orientação das condutas das pessoas jurídicas, principalmente as interessadas em se relacionar com a Administração Pública.⁽⁴⁾

É preciso avaliar os principais documentos normativos internacionais sobre a matéria, *pari passu* com a colheita da bibliografia relevante sobre o tema em tela, que ainda não é abundante na esfera do bacharelado.⁽⁵⁾ Há claro descompasso entre a importância do tema e o grau de reflexão acadêmica sobre ele, ao mesmo tempo em que, em lugar central no sistema de garantias no Brasil, autores como **Pierpaolo Cruz Bottini**, **Eduardo Saad Diniz**, **Renato de Mello Jorge Silveira**, **Alaor Leite**, **Eduardo Luiz Santos Cabette** e **Sergio Salomão Shecaira**, entre outros, vêm brilhante e tecnicamente abordando o tema.⁽⁶⁾ Caso contrário, a Lei Anticorrupção e as práticas de *compliance* poderiam se tornar uma garantia vazia de significado e de conteúdo, por seu potencial de abstração (paradoxos necessários e ao mesmo tempo potencialmente nocivos).

Apesar da legalidade e expertise do *compliance* no sentido lato (ou seja, de sua previsão legal expressa no artigo 7º, inciso VIII, do dispositivo em comento), os crimes previstos na Lei Anticorrupção, tais como previstos no ordenamento jurídico brasileiro, não atendem à legalidade no seu sentido estrito, não possuem conteúdo “*formado por pressupostos típicos dotados de significado unívoco e preciso*”.⁽⁷⁾

Nesse passo, a falta de clareza em tipos incriminadores confronta com a necessidade de não deixar “*margens a dúvida nem abusar do emprego de normas muito gerais ou tipos incriminadores genéricos e vazios*”.⁽⁸⁾ Com isso – “*a legalidade, a taxatividade, a orientação da norma à proteção de bens jurídicos definidos, a culpabilidade, e outros valores inerentes à atuação do ius puniendi penal, em âmbito em que não se faça necessário ou útil*” –, corre-se o risco da “*liberação destas amarras criarem um sistema criminal excessivamente repressor e disfuncional em relação à forma de organização do exercício do poder adotada pelas Constituições modernas*”.⁽⁹⁾

Destaca-se ainda que, assim como o mercado deve ser

regido pelo Direito Penal Econômico, este também deve ser condizente com as regras de mercado, “*sob pena de se instalar o caos num mercado sem direito, ou ainda de inviabilizar o pleno desenvolvimento*”, em razão da ausência de mercado, mesmo com a existência do direito.⁽¹⁰⁾

Ocorre que, mesmo diante de todas as dificuldades apontadas, tanto do ponto de vista dogmático-filosófico quanto do ponto de vista político-social, na articulação conjunta da dimensão protetiva, educacional e preventiva da Lei Anticorrupção, focando para o potencial transformador da ética normativa nessa seara, é um marco a adoção de práticas de *compliance*.

Daí a importância de iniciativas como a Lei Anticorrupção Empresarial (Lei 12.846/2013), trazida à luz como resposta para a sociedade. Não parece haver dúvida de que se tratou de página singular de nossa história, cujos sentidos e consequências, no entanto, ainda estão sendo construídos, por assim dizer. O certo é que a contestação da corrupção foi difusa e confusa, mas vigorosa. No Brasil, o movimento é marcado pelo ingresso de uma nova geração no debate político. O estopim foi um aumento no preço das passagens de ônibus de São Paulo.⁽¹¹⁾ Talvez seja difícil encontrar na história parlamentar brasileira período histórico em que o parlamento central se mostrou tão sensível aos reclamos das ruas.

Obviamente não convém apenas festejar os passos já dados, o que foi basilar para que nos aproximemos, solidamente, do país que queremos ser; é fundamental institucionalizar marcos teóricos e normativos para que os avanços civilizatórios alcançados se incorporem, definitivamente, à nossa cultura, ainda tão marcada pelo patrimonialismo.

Fica claro que a sociedade consegue causar impacto na esfera do Direito Penal Econômico. Nessa ordem de ideias, “*a própria história do constitucionalismo norte-americano comprova, segundo Ackerman, que a autodeterminação do povo, em certos momentos, é capaz de romper com o passado, alterar o presente e determinar os rumos do futuro*”.⁽¹²⁾

Tratado consistente

Como solucionar o problema posto então, de ausência de mercado, mesmo com a existência do Direito, ou instalar o caos num mercado sem Direito?

Há uma ética da sobrevivência, uma ética da felicidade e uma ética da dignidade. Não se ter conseguido diferenciá-las implicou misturar, sem ordem e sem critério, uma série de problemas de procedência diferentes – e soluções com garantias desiguais.

Nem tudo é igualmente certo ou tem a mesma importância; e enquanto não demarcarmos as responsabilidades ou desembaraçarmos a bagunça, os conceitos e as teorias de Direito Penal Econômico pode ter a aparência grosseira e selvagem de um jardim abandonado.

Para que isso não aconteça, precisamos voltar ao início deste ensaio. De todas as invenções brilhantes até hoje criadas, **não aparece em nenhum lugar a criação da ética**. Confessamos ao leitor que nunca tínhamos pensado que a ética pudesse ser a criação mais inteligente da inteligência humana, até que, ao abordar o tema corrupção, não houve outro jeito a não ser pensar assim. Porém, no âmago do *compliance* se encontra a criação das criações, a ética, o dinamismo desse mecanismo, uma vez que “*o Direito Penal passa por um momento de alta indagação. Muitas das suas fórmulas tradicionais são postas em xeque, sendo superadas pela inovação do presente*”.

A criação mais inteligente da inteligência humana está diante de nós, mas são poucos os que enxergam dessa forma; custo um pouco ainda a crer que a ética não é o museu das proibições, **mas a expansão máxima da criatividade humana. É uma ampliação da vida; e por isso ela está tão à vontade entre nós**.

A ética é a alquimia “*responsável pela transmutação de um elemento em outro*”, ou seja, é a transformação que o *compliance* vem causar nos profissionais do mercado e gestores públicos, para que adotem determinada postura nas práticas de negócios, que servirá como bússola para guiar seus atos para o caminho de práticas legais.

Agnes Heller, uma respeitada especialista em ética, de origem marxista, escreveu: “*Embora eu me recuse a reconhecer qualquer progresso real na sociedade moderna, considero-me autorizada a afirmar que existe realmente algum progresso nela, pelo fato de ter produzido a ideia de progresso como um valor, com ideia reguladora, tanto em sua acepção teórica quanto na prática. A vontade de criar progresso é um progresso*”.

Desse modo, este ensaio talvez seja uma análise investigativa, coisa que, de forma aberta ou disfarçada, todos os apontamentos acerca do *compliance* podem e devem ser. É também um tratado de ética normativa consistente, mas, por enquanto, preferimos manter absoluto segredo sobre isso.

A ética assumiu uma cara nova. Não é um rol de deveres. Nem é uma lista de direitos naturais, que nos impediria de entender como tanta gente do passado sustentou abominações como a escravidão, pena de morte ou nazismo e, atualmente, a corrupção. É uma ética constituinte, na qual vão sendo criados direitos; é da ordem da criação; não da descoberta, mas da inovação.

Será precária – sim. Mas, sem crer ingenuamente no progresso, valorizará os grandes avanços éticos do nosso tempo, assim como aplaudimos a arte, a ciência e a tecnologia. “*Por isso a ética não se estagna nem repete o passado: ela se inventa, ela nos inventa, nós a inventamos*”.

Aplaudiremos este que é o núcleo do Direito Penal Econômico e do *compliance*, que produz um efeito de alcance nuclear na sociedade. Afinal, o mundo clama por transparência, nós clamamos, todos clamaremos.

Notas

- (1) MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Verás de. A juridicidade da Lei Anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas. *Fórum Administrativo* – FA, ano 14, n. 156, p. 9-20, fev. 2014.
- (2) LEAL, Rogério Gesta. *Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade*: causas, consequências e tratamentos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013.
- (3) HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 8, vol. 2, p.33, 1994.
- (4) MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. A principiologia no direito administrativo sancionador. *Revista Brasileira de Direito Público* – RBDP, Belo Horizonte, ano 11, n. 43 out./dez. 2013. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=9886>>. Acesso em: 30 jan. 2017.
- (5) Desde o surgimento da Lei Anticorrupção Empresarial (Lei nº 12.846/2013), muito têm se falado de *compliance* e da Responsabilidade Jurídica das empresas em revistas de literatura científica. O tema já está em discussão no Brasil a bastante tempo pelo boletim do IBCCRIM que já publicou diversos artigos acerca do tema. Assim sendo, é um tema em pauta, devido as discussões em volta da temática e da atual composição política e legislativa do Brasil. Porém esse tema ainda não é apresentado adequadamente para aqueles que estão se formando bacharéis em direito nas universidades.
- (6) Cf., entre outros, SAAVEDRA, Giovanni. Reflexões iniciais sobre *criminal compliance*. *Boletim IBCCRIM*, n.218, pp.11 e ss. SHECAIRA, Sérgio Salomão; ANDRADE, Pedro Luiz Bueno. *Compliance e direito penal*. *Boletim IBCCRIM*, n.222, p.2. Ainda entre os autores que estão além do nosso tempo, com pesar no coração, a brilhante e única, autora e advogada Alexandra Szafir, que transformou o mundo jurídico e conseguiu transcender a vocação da advocacia, despertando nas pessoas a autêntica vontade de lutar por uma realidade mais humana e digna.

Detentora de um notável saber jurídico Alexandra era não só brilhante, generosa e de uma incomum inteligência, mas também de uma magnitude irreparável.

- (7) FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Teoria do Garantismo Penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 93.
- (8) TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 29.
- (9) BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 82.
- (10) PINHEIRO, Saddy. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 3-29.
- (11) A pauta reivindicatória se mostrou difusa e ampla. Leia-se nos cartazes: “Nós queremos ônibus, escolas e hospitais no padrão FIFA”, em alusão às severas exigências da entidade para os estádios da então Copa das Confederações. Outros cartazes mencionavam: “Não é por centavos, é por direitos”, em referência ao aumento de vinte centavos que provocou as manifestações iniciais. Os estádios de primeiro mundo e os serviços públicos de terceiro mundo, foram os dois ingredientes que, combinados, entraram em combustão. Percebia-se, nos protestos, depois de certo tempo, ao menos uma pauta comum: o inconformismo

com práticas de corrupção na esfera pública e privada. Há também como pano de fundo, a conhecida (e até certo ponto saudável) rebeldia da juventude. Simbólica, nesse sentido, foi a declaração de uma jovem. “Por que você está aqui no protesto?” perguntou a repórter do TV Folha a uma garota na manifestação do dia 11 de junho de 2013. “Olha, eu não consigo imaginar uma razão para não estar aqui, na verdade”, foi sua resposta para a TV Folha (Folha de S.Paulo, C8, Cotidiano, quarta-feira, 19 de junho de 2013).

- (12) DAHL, Robert A. *Sobre democracia*. Tradução Beatriz Sidou. Brasília: UNB, 2001. p. 110.

Alan Correia de Almeida

Graduado em Direito pela Faculdade Zumbi dos Palmares – SP.
 Certificado em investimento financeiro CPA-20[®] pela ANBIMA.
 Co-autor do projeto de repactuação do COE, premiado pelo Banco Citibank em primeiro lugar no Galax of Tanks.

Efeitos extrapenais da colaboração premiada

Décio Franco David

Diante do atual momento de transição do sistema processual penal pátrio, com a adoção institucionalizada dos acordos de colaboração premiada, faz-se necessário refletir sobre a possibilidade de extensão dos efeitos da colaboração premiada para as esferas extrapenais, situação ainda controversa na doutrina e incipiente na jurisprudência. Alguns poucos casos debatem apenas a extensão dos termos de colaboração à esfera administrativa, deixando de lado o debate sobre as demais esferas. Entretanto, destaca-se que, diante dos possíveis efeitos dos acordos, e em respeito a uma compreensão sistêmica do ordenamento, faz-se necessário refletir sobre a possibilidade de os efeitos serem estendidos para todas as demais áreas extrapenais.

Em destacada decisão sobre o tema, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal assinalou posicionamento pela impossibilidade de extensão dos benefícios da colaboração à esfera administrativa.⁽¹⁾ No caso em comento, houve dupla interpretação. O entendimento vencedor ponderou que, conforme se verifica no trecho acima, os benefícios são exclusivos à esfera penal. Já para o desembargador revisor, **Sérgio Rocha**, “em uma interpretação teleológica da lei, é perfeitamente aplicável e até recomendável a aplicação da delação premiada na ação de improbidade administrativa”.⁽²⁾ O próprio desembargador cita ainda outro precedente do mesmo tribunal em que se reconheceu que a delação deve ser levada em consideração pelo magistrado ao dar a sentença por ato de improbidade administrativa.⁽³⁾

No mesmo sentido, **Marcos Paulo Dutra Santos** defende que a transposição dos mecanismos de colaboração para a esfera administrativa corresponde à aplicação de analogia em favor do réu, o que não afronta o devido processo legal, sendo, portanto, plenamente cabível.⁽⁴⁾ No entanto, esse argumento, por si só, embora imbuído de forte fundamentação sistemática, não esgota os motivos pelos quais os efeitos da colaboração se estendam às demais esferas.

É justamente da natureza de *acordo ultrapartes* que pode ser exposto de forma completa o alcance da colaboração às demais áreas, em especial à esfera administrativa. Desde logo, frisa-se que cabe ao magistrado, em uma correta análise dos direitos fundamentais, realizar uma filtragem de averiguação de infração a direito fundamental pelo conteúdo debatido no acordo. Explica-se: a colaboração não pode ser feita em prol de utilitarismo barato.

Afinal, se o processo penal, enquanto “*caminho necessário para a pena*”,⁽⁵⁾ é, como bem pondera **Claus Roxin**, um sismógrafo da Constituição,⁽⁶⁾ o “*devido processo legal é o módico preço que se paga por viver em uma democracia*”.⁽⁷⁾ Em outras palavras, da relevância constitucional de limitação do poder punitivo é que “*decorre a necessidade de respeito máximo às garantias penais e processuais penais*”.⁽⁸⁾

Um sistema jurídico devidamente harmonizado impõe à esfera penal suas regras mais restritas de punição, haja vista ser o mecanismo de controle social mais violento que o Estado possui.⁽⁹⁾ Não por outra razão, o sistema penal deve ser sempre estruturado sob uma única matriz principiológica adequada ao Estado Democrático de Direito.⁽¹⁰⁾

Portanto, reconhecendo que um dos princípios formadores do Direito Penal é o princípio da intervenção mínima, segundo o qual a atuação estatal de natureza penal só pode ocorrer de forma fragmentária e subsidiária,⁽¹¹⁾ as sanções de natureza penal, correspondentes às de maior pujança sobre o indivíduo, só poderão ser utilizadas em *ultima ratio*. Isso ocorre em virtude dos diversos níveis de injusto dos atos jurídicos, exigindo-se sempre que o injusto penal possua, qualitativamente e quantitativamente, o maior nível de antijuridicidade.⁽¹²⁾

Dessa afirmação decorre a conclusão de que se uma decisão de natureza penal pode produzir um determinado efeito negativo em outras esferas jurídicas (v.g. perda de um cargo administrativo, art. 92, I, CP), pode igualmente produzir efeitos positivos, como as cláusulas definidas em acordos de colaboração premiada. Tal conclusão corresponde à materialização do velho brocardo latino *in eo quod plus est semper inest et minus*, ou seja, “quem pode o mais, pode o menos”. Agregando a essa constatação os argumentos apresentados pelo magistrado **Sérgio Rocha** no referido voto, fica evidenciada, ainda mais, a possibilidade de ocorrer extensão de efeitos. Obviamente, não se defende no presente trabalho uma extensão infringente de direitos fundamentais. Toda situação deve ser analisada pelo magistrado durante a homologação do acordo.

Ademais, por intermédio de precedente do STF, a extensão aqui defendida recebeu um novo argumento de reforço: a cláusula sexta do acordo de José Sergio de Oliveira Machado (PET 6138) previu a suspensão do prazo prescricional dos delitos por dez anos

(homologação pelo Min. Teori Zavascki); tal negociação encontra guarida no art. 4º, § 3º da Lei 12.850/2013.⁽¹³⁾ Ressalva-se que esse tipo de norma (e, conseqüentemente, cláusulas do acordo) que amplia o marco punitivo estatal não corresponde ao modelo adequado de preservação das garantias constitucionais. Serve apenas de mecanismo punitivo utilitário ao forçar o cumprimento do acordo não pelo benefício concedido, mas pela *eternidade* de persecução penal.⁽¹⁴⁾

Contudo, repete-se que a possibilidade de ampliação dos marcos temporais prescricionais apenas reforça a necessidade de se reconhecer a extensão dos efeitos a áreas extrapenais. Afinal, se é possível prorrogar prazos prescricionais, como não ser possível estender os benefícios dos acordos? Isto é, se é permitido condicionar situação de ampliação de punição em desfavor do réu (o que é matéria de ordem pública e que afeta diretamente liberdades e garantias fundamentais), como não aceitar a extensão de benefícios como, por exemplo, manutenção de aposentadorias de servidores públicos como benefício da colaboração? Lembrando que, inclusive, já foram convencionados “novos” regimes prisionais para delatores,⁽¹⁵⁾ assim como efeitos aos seus familiares.⁽¹⁶⁾

Em especial, no pertinente a sanções administrativas, observa-se que, embora a punição desse nível exija um Processo Administrativo Disciplinar, não há óbices legais que impeçam de se delimitar no acordo que existirão efeitos administrativos com a aplicação de benefícios ou punições previstas na própria Lei 8.112/90 (em caso de servidor público federal). Essa afirmação resulta de duas colocações: 1) Se é possível determinar a perda do cargo (art. 92, I, CP), é possível, igualmente, mantê-lo; 2) Princípio da intervenção mínima,⁽¹⁷⁾ isto é, se é possível negociar punição de natureza penal que é a mais grave existente no ordenamento jurídico, como não seria possível negociar punição menos severa? Em outras palavras: se é possível aplicar o perdão judicial de natureza penal, por que não seria possível, *v.g.*, manter cargo ou direitos previdenciários de servidores que realizem colaboração?

As mesmas constatações podem ser ampliadas para outras searas, como a tributária, trabalhista, etc., desde que, obviamente, haja a correta filtragem pela decisão de homologação.

Em suma, respeitando os níveis de injustos, se a negociação pode atingir a esfera mais restrita (penal), o que for acordado nela pode, desde que não infrinja garantias individuais, ser projetado igualmente para outras esferas. A discussão, nesse caso, passa a ser outra: uma punição determinada em lei (de natureza administrativa) pode ser atingida pela delação? A resposta segue o mesmo raciocínio: se a sanção penal pode ser atingida pelas cláusulas de negociação, é evidente que a punição de natureza administrativa também poderá ser negociada. Em outras palavras, a negociação possibilita a retirada da punição administrativa em prol do próprio interesse público que na investigação penal se mostra maior do que nos casos de punição administrativa. Sanções como perda de cargo podem ser convertidas em aposentadoria compulsória, assim como ocorre com os abrandamentos e adequações de regimes fechado e semiaberto nas inúmeras homologações realizadas pelo Judiciário, até mesmo para se garantir efeitos proporcionais ao colaborador, pois de nada adiantaria um acordo proporcionalmente premiado na esfera penal (controle mais gravoso) que permitisse sanções administrativas mais contundentes. Isso inverte por completo qualquer interpretação sistêmica que se deseje realizar.

Notas

(1) DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 20110110453902APC, Acórdão n.804101, Relator: Carmelita Brasil, Revisor:

Sérgio Rocha, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 09/07/2014, Publicado no DJE: 21/07/2014. Pág.: 100.

- (2) Página 149 do acórdão.
- (3) DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº20050111347466APC, Acórdão n.694786, Relator: João Egmont, Revisor: Luciano Moreira Vasconcellos, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 12/06/2013, Publicado no DJE: 22/07/2013. Pág.: 171.
- (4) SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração (delação) premiada. 2. ed. Salvador: Jus PODVIM, 2017. p. 186.
- (5) LOPES JR., Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 62
- (6) ROXIN, Claus. Derecho procesal penal. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003. p. 10.
- (7) PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PORTO, José Roberto Sotero de Mello. Colaboração premiada: Um negócio jurídico processual? In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Org.). Delação premiada: estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 139.
- (8) DAVID, Décio Franco. As “boas intenções” causam mais um terremoto no sistema jurídico-penal. Justificando, 13 abr. 2015. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/04/13/as-boas-intencoes-causam-mais-um-terremoto-no-sistema-juridico-penal/>>. Acesso em: 20 jul. 2018.
- (9) Conforme define David, o Direito Penal é o “pináculo punitivo estatal” (DAVID, Décio Franco. Fundamentação principiológica do direito penal econômico: um debate sobre a autonomia científica da tutela penal na seara econômica. 2014. 263 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, Paraná. p. 199.
- (10) Conforme doutrina Paulo César Busato: “o processo penal, tal qual a lei penal incriminadora e a lei de execuções penais, visa firmar uma barreira contra a intervenção estatal na vida do indivíduo. Daí que o processo penal compartilha princípios com todos os ramos jurídicos que compõem o sistema penal e não com os demais ramos do sistema processual” (BUSATO, Paulo César. Direito penal: parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 39, rodapé 69).
- (11) DAVID, Décio Franco. Fundamentação principiológica... op., cit.
- (12) Sobre esse nivelamento: DAVID, Décio Franco. Delitos de acumulação e proteção ambiental. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 269 e ss.
- (13) Idêntica forma de negociação de prazo prescricional também ocorreu com o colaborador Paulo Roberto Costa, em 27 de agosto de 2014, e com Delcídio do Amaral com negociação do prazo prescricional realizada em 04 de março de 2016, conforme dados de: ALBAN, Rafaela; MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. Limites da renúncia a direitos nos acordos de delação premiada. In: RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. (Org.). Novas perspectivas do direito: diálogos ou disjunções entre o direito público e o direito privado. Florianópolis: CONPEDI, 2017. p. 358.
- (14) Sobre a impossibilidade de prorrogação de prazos prescricionais: “A irrenunciabilidade do prazo prescricional ocorre porque, como sabido, não pertence ele às partes, nem ao réu, nem à acusação. Trata-se de matéria de ordem pública, que decorre de texto expresso de lei e que, por conseguinte, não pode ser objeto de transação ou convenção entre as partes no processo penal. Tanto é essa a interpretação que há no entendimento pacífico e já antigo dos Tribunais Superiores no sentido de que a prescrição é irrenunciável, mesmo quando o acusado tem interesse no julgamento do mérito da demanda para provar sua inocência” (ALBAN, Rafaela; MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. A inegociabilidade da prescrição nos acordos de delação premiada. In: ESPÍNEIRA; CALDEIRA (Org.), op. cit., p. 559). No mesmo sentido, HIRECHE, Gamil Föppel El; SANTOS, Pero Ravel Freitas. MPF inova e cria suspensão de prescrição ilegal em acordo de delação. Consultor jurídico – Conjur, 13 abr. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-13/mpf-inova-cria-suspensao-prescricao-ilegal-acordo-delacao>>. Acesso em: 18 jul. 2018.
- (15) A título exemplificativo, cita-se a colaboração de Lucio Bolognha Funaro, na qual há prazos diferentes de progressão de regime e estruturas distintas de regime para o colaborador. A colaboração foi homologada em 05 de setembro de 2017, sendo divulgada pelo site do jornal “O Estado de S. Paulo” (Estado). Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2017/10/Homologa%C3%A7%C3%A3o-acordo-FNR.pdf>>.
- (16) Por todos, são indicadas as cláusulas do acordo de colaboração de José Sergio de Oliveira Machado, disponíveis na PET 6138, Consultor Jurídico: <<https://www.conjur.com.br/dl/peca-pet-6138.pdf>>.
- (17) Na mesma toada, SANTOS, op. cit., p. 186.

Décio Franco David

Doutorando em Ciência Jurídica pela UENP.

Mestre em Direito Penal pela USP.

Professor de Direito da UFPR, da FAE Centro Universitário e da

Faculdade de Educação Superior do Paraná.

Presunção de inocência e acordos criminais

Renato Tavares de Paula e Priscila dos Santos Braga

O Direito Processual Penal pode ser considerado reflexo da conjuntura política na qual está inserido. Assim, a sistemática implementada pela Constituição Federal de 1988 passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido apenas como um veículo de aplicação da lei penal, mas, sobretudo, como um instrumento de proteção às garantias individuais do acusado em face do Estado.⁽¹⁾

O Princípio da Presunção de Inocência é indissociável dessa sistemática, uma vez que corolário do Estado Democrático de Direito.

A sua importância é tamanha que, de acordo com **Aury Lopes Jr.**,⁽²⁾ é possível verificar a qualidade de um sistema processual penal através da análise do seu nível de eficácia. Citando **Goldschmidt**,⁽³⁾ o autor pondera que, se o processo penal é termômetro do caráter autoritário ou democrático de um sistema constitucional, então a presunção de inocência é o ponto de maior tensão entre os dois extremos.

A sua guarida pela Constituição Federal de 1988, no art. 5º, LVII, elevado ao patamar de garantia fundamental, significou uma mudança radical na lógica processualista penal brasileira, segundo a qual, até então, a existência de uma acusação poderia implicar um juízo de antecipação de culpa.⁽⁴⁾

Nesse panorama, ganham relevo as discussões que envolvem a aplicabilidade do princípio em questão às hipóteses em que o acusado se declara culpado, confessando a prática do delito, seja durante o devido processo criminal, seja em período anterior ao mesmo, nos denominados acordos criminais.

No Brasil, os acordos criminais são representados pelos institutos da suspensão condicional do processo e da transação penal, ambos dos Juizados Especiais, e pelo procedimento de colaboração premiada previsto na Lei 12.850/13.

A questão que se impõe é se, nesses casos, poderia haver um juízo de antecipação de culpa do acusado, em aparente desrespeito ao princípio do estado de inocência.

Pois bem, a concepção técnico-jurídica⁽⁵⁾ do primado da presunção de inocência se desdobra em três vertentes, que representam diferentes formas de articulação do princípio. A primeira estabelece a presunção de inocência como norma de tratamento, que se relaciona com a figura do acusado ao longo do processo. As demais consideram o papel do princípio como norma probatória, que trata especificamente da distribuição do ônus da prova, e como norma de julgamento.

O presente trabalho tem o escopo de analisar o primado em seu viés de norma de julgamento, e sua eventual compatibilidade com os acordos criminais no ordenamento jurídico brasileiro.

A presunção de inocência como norma de julgamento incide na ocasião em que o órgão judicial analisa as provas produzidas, tendo em vista a formação de sua convicção. Deve ser observada, além disso, não somente no momento das decisões de mérito, mas durante todo o processo.⁽⁶⁾

Assim, para que se chegue a analisar a presunção como norma de julgamento é necessário ter efetuado sua análise enquanto norma probatória, pois somente após a constatação de que a prova produzida pelo órgão acusatório é lícita e incriminadora é que será necessário se ponderar sobre sua suficiência.⁽⁷⁾

Ocorre que não é sempre possível ao julgador afirmar a culpa ou inocência do acusado através das provas coligidas. Nesses casos, a presunção de inocência, atuando como norma de juízo, impõe que seja invocado o *in dubio pro reo*.

Observe-se que descabe o argumento de que o *in dubio pro reo* mitiga ou obstaculiza a persecução penal, na medida em que deve ser aplicado somente em caso de dúvida, não sendo impeditivo da aplicação de pena ou de medida restritiva de direito quando instaurado um juízo de certeza pelo órgão julgador.⁽⁸⁾

Ademais, conforme já se delineou acima, o *in dubio pro reo* deve ser observado em todos os atos processuais que impliquem restrição à esfera de direitos do réu decorrentes da persecução penal, e não apenas na decisão que versa sobre o mérito da causa.⁽⁹⁾

Poder-se-ia dizer o mesmo em relação aos acordos criminais? Ou seja, deve o *in dubio pro reo* ser resguardado também nesse âmbito?

Para que seja possível responder à questão de maneira satisfatória, importa abrir um parêntese para explicitar como a doutrina trata a compatibilidade da confissão com a presunção de inocência, já que o instituto da confissão se relaciona intimamente com os acordos judiciais criminais.

Com efeito, a confissão pode ser definida como o reconhecimento, pelo acusado, de sua responsabilidade pelo cometimento de delito a ele imputado.⁽¹⁰⁾

Nesse passo, a doutrina entende que, para que a confissão seja capaz de afastar o *in dubio pro reo*, representando uma verdadeira renúncia à presunção de inocência, deve possuir caráter verídico e espontâneo, sendo necessário aferir ainda se houve a prévia orientação técnica efetuada por defensor.⁽¹¹⁾

A confissão deve ser inteligível, ou seja, não pode conter contradições, ambiguidades ou obscuridades que a tornem incompreensível, não podendo o juiz, neste ponto, tentar suprir as contradições ou omissões do acusado, sendo preferível inadmitir a confissão ininteligível como meio de prova.

Necessário também que seja coerente, possuindo sintonia com as demais provas do processo, sendo que, caso contrária aos demais elementos não poderá ser considerada autêntica.

Sendo ainda ato volitivo, mister que seja feita espontaneamente pelo confitente. Não se admite, portanto, a confissão extraída através da tortura ou coação, física ou psicológica, meios fraudulentos, meios científicos como hipnose ou utilização de fármacos, ou, ainda, qualquer outro meio que possa intervir na subjetividade ou autonomia do confitente.⁽¹²⁾

Em suma, a confissão do acusado, desde que reputada verdadeira, espontânea e precedida de orientação técnica, além de expressa, reduzida a termo, feita pessoalmente, por pessoa capaz, a respeito de atos do próprio confitente e diante de autoridade competente, tem o condão de afastar a presunção de inocência no seu viés de regra de julgamento consubstanciada no *in dubio pro reo*, representando uma verdadeira renúncia ao benefício da dúvida feita pelo acusado.

Conforme será explicitado, raciocínio similar se aplica aos acordos criminais realizados no âmbito da Lei 12.850/13, com algumas diferenciações. Vejamos o artigo 4º do referido

diploma: “Art. 4º 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”.

Pois bem, na ainda tímida tentativa de instauração de uma matriz negocial no processo criminal brasileiro, os acordos criminais delineiam uma figura tripartida do processo, na qual ao juiz é remetida a análise dos acordos penais costurados entre as partes.

De fato, na perspectiva dessa construção triádica de processo, o juiz não se limita a exercer uma função notarial, mas avalia a legitimidade e o mérito do pacto com base em todos os atos contidos no bojo da investigação criminal e, portanto, também com base em qualquer documentação defensiva.⁽¹³⁾

Basicamente, antes de homologar a negociação das partes, o juiz, além de verificar a sua competência, é chamado a realizar uma revisão judicial articulada a respeito da legitimidade e validade da proposta produzida.⁽¹⁴⁾

O STF, recentemente, no HC 151.605/PR, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, julgado em 20 de março de 2018, se debruçou sobre a questão ao consignar que o acordo de colaboração premiada deve ser remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade. No caso concreto, entendeu o STF pelo reconhecimento da ineficácia, em relação a determinado governador de estado, dos atos de colaboração premiada, decorrentes de acordo de colaboração homologado em usurpação de competência do STJ.

De acordo com a orientação jurisprudencial estabelecida em Itália, nos acordos negociais criminais, o juiz só pode rejeitar ou aceitar o pedido de homologação nos termos em que o pacto alcançado pelas partes lhe é posto, não tendo permissão para modificar o acordo.⁽¹⁵⁾

Na doutrina italiana⁽¹⁶⁾ é controvertida a questão atinente aos poderes do juiz, ou seja, se o mesmo deve se limitar a verificar a configuração das circunstâncias indicadas no pedido, ou se pode ir além do acordo oferecido pelas partes, por exemplo, reconhecendo a existência de circunstâncias atenuantes ou agravantes e, portanto, rejeitando a proposta de aplicação da sentença que não as contempla.

De outro norte, é clara a orientação da doutrina italiana no sentido de que o juízo é obrigado a absolver o colaborador nos casos de evidente atipicidade do fato ou comprovada a extinção de punibilidade.⁽¹⁷⁾

Tal entendimento também se aplica ao Brasil, devendo o juiz, com espeque no primado da presunção de inocência e atento ao artigo 397 do Código de Processo Penal Brasileiro, absolver sumariamente o acusado quando verificar a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade; que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou ainda quando verificar a extinção da punibilidade do agente.

Por fim, resta debater como se deve proceder quando a prova produzida pelo órgão acusatório é frágil, controvertida e mesmo assim, realiza-se o acordo criminal. Estaria o juiz limitado a homologar tal acordo, ou deve, em atenção ao primado da presunção de inocência, na sua regra de julgamento, absolver o colaborador?

Segundo consolidada orientação doutrinária estrangeira, o primado do princípio da não culpabilidade é mitigado no âmbito do rito alternativo dos acordos criminais, nos casos de quadro probatório insuficiente ou contraditório, sendo afastada a regra de julgamento do *in dubio pro reo*.⁽¹⁸⁾

De fato, a absolvição do arguido em casos de prova insuficiente ou desconexa é reservada para os procedimentos em que o espaço para o contraditório é institucionalmente delineado, e não nos casos de acordos criminais, nos quais as partes abandonam consensualmente a dinâmica dialética do direito à prova.

Poder-se-ia objetar, no entanto, que a presunção de inocência estampada no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, na sua vertente regra de julgamento, impõe inapelavelmente o *in dubio pro reo*, pois teria valor absoluto e é primado fundante de todo o sistema processual.

Assim, mesmo na justiça criminal negociada, nos casos de falta, dúvida ou contradição em relação às provas de autoria e materialidade produzidas, deveria a questão ser resolvida a favor do acusado, com a remessa dos autos ao Ministério Público para que sejam aprofundadas as investigações ou para que o *Parquet* archive o processo criminal; ou, seguindo outra corrente doutrinária, para a absolvição do réu colaborador.⁽¹⁹⁾

No entanto, a argumentação acima não convence. Isso porque, primeiramente, o referido princípio atua como mandamento de otimização, não possuindo caráter absoluto, sendo que o seu alcance na vertente regra de julgamento não revela compatibilidade com o procedimento específico inscrito na Lei 12.850/13, no qual inexistente a devida produção probatória.

Explica- e em corroboração ao quanto já dito em relação à confissão –: o acordo criminal, desde que espontâneo, precedido de orientação técnica, e por estar atrelado a procedimento próprio, tem o condão de afastar a presunção de inocência, no seu viés de regra de julgamento, consubstanciada no *in dubio pro reo*, representando uma verdadeira renúncia ao benefício da dúvida.

De fato, no procedimento ordinário, o juiz se move de um estado de ignorância cognitiva para a descoberta da verdade real, através de uma sequência de estados epistêmicos que permitem a verificação das convicções provisórias em torno da verdade ou falsidade dos fatos trazidos à tona pelo órgão acusatório.

A regra do julgamento, atinente a uma das vertentes do primado da presunção de inocência, não é, portanto, apropriada para um procedimento no qual o juiz deve decidir no estado do processo e, portanto, essencialmente, com elementos de informação ainda resumidos, qualitativamente diferentes daqueles provenientes da dinâmica dialética.⁽²⁰⁾

Esse é o entendimento prevalecente na Itália, qual seja, o estado de incerteza probatória impede a absolvição do colaborador.⁽²¹⁾ Na mesma quadra, a jurisprudência italiana entende pela impossibilidade de absolvição do colaborador em caso de falta, insuficiência ou contradição da prova.⁽²²⁾

Ou seja, a orientação doutrinária e jurisprudencial italiana ensina que o juiz pode absolver o colaborador somente na hipótese em que a evidência positiva da inocência do réu é patente. Essa orientação se aplica ao ordenamento brasileiro, devendo-se utilizar o artigo 397 do Código de Processo Penal

como pedra de toque, absolvendo-se o colaborador nas hipóteses estritas ali contempladas.

Esse controle é, portanto, colocado, no processo lógico-legal, antes do exame sobre o conteúdo substantivo do acordo e constitui a pedra angular do arco jurisdicional subjacente à aplicação da sentença a pedido das partes. Assim, apesar da negociação entre as partes, o juiz deve emitir uma declaração de absolvição quando reconhecer as hipóteses delineadas naquele dispositivo.

Conclui-se: a presunção de inocência é um dos princípios basilares do processo penal e decorrência lógica do próprio Estado Democrático de Direito, estando atualmente consolidado nas principais constituições democráticas e tratados internacionais sobre direitos humanos.

Além de representar uma garantia política ao cidadão, o princípio tem importantes implicações na disciplina da prova no processo penal, no tratamento conferido ao acusado e também na postura exigida do julgador, representando as suas três dimensões: presunção de inocência como norma probatória, de tratamento e de julgamento.

Nesse sentido, o princípio impõe como norma de juízo que, em caso de dúvida acerca da autoria ou materialidade do delito, o acusado seja absolvido, de acordo com a máxima do *in dubio pro reo*.

Diante da sua importância inegável, o princípio deve ser observado na maior medida possível, ou seja, enquanto mandamento de otimização, consoante o ensinamento de **Robert Alexy**. Por outro lado, como tal, comporta hipóteses fáticas e jurídicas em que a sua observância pode ser restringida.

Assim, os acordos criminais representam hipótese caracterizadora de restrição à presunção de inocência, nesse caso, em seu viés de norma de julgamento.

Nessa quadra, reputada completamente regular, terá aptidão para afastar o *in dubio pro reo*, representando uma renúncia do réu ao benefício da dúvida. A constatação dessa regularidade deve ser feita pelo juiz, a quem cabe avaliar se o acordo é de fato verdadeiro, voluntário e antecedido de orientação técnica do defensor do acusado. Cabe a ele, outrossim, absolver o colaborador se, malgrado o ajuste, estiverem claramente presentes as condicionantes do artigo 397 do CPP.

Por último, não deve absolver o acusado nos casos de falta, incerteza ou contradição de prova, já que os acordos criminais obedecem a um procedimento próprio, no qual o juiz deve decidir no estado do processo e, portanto, essencialmente, com elementos de informação que ainda são resumidos. Há que se considerar ainda a existência de ato volitivo lícito e regular, no qual o acusado assumiu a responsabilidade pelo cometimento de um delito. Com efeito, tal conjuntura justifica o afastamento do *in dubio pro reo*.

Notas

- (1) OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de processo penal. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 6.
- (2) LOPES JR. Aury. Direito processual penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 572
- (3) GOLDSCHMIDT, James. apud LOPES JR., op. cit., p. 572
- (4) OLIVEIRA, op. cit., p. 6
- (5) BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 284.
- (6) MORAES, Mauricio Zanoide de. Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 496
- (7) MORAES, op. cit., p. 497
- (8) NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios constitucionais penais e processuais penais. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013. p. 292.
- (9) MORAES, op. cit., p. 442
- (10) TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. v. 1. 29. ed. rev. e atual. São Paulo. Saraiva, 2007. p. 35
- (11) MORAES, op. cit., p. 553
- (12) NUCCI, Guilherme de Souza. O valor da confissão como meio de prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- (13) CORDERO, F. Procedura penale. IX ed, Milão, Giuffrè. 2012. p. 1037.
- (14) FONTI, R. Vizi della volontà e giustizia penale negoziata. In: GIUNCHEDI, F. (coordinato da). La giustizia penale differenziata. I procedimenti speciali. t. I., Turim, Giappichelli: 2011. p. 295.
- (15) CHILIBERTI, A.; ROBERTI, F. L'applicazione dele pena su richiesta dele parti. In: CHILIBERTI, A.; ROBERTI, F. ; TUCCILLO, G. Manuale pratico dei procedimenti speciali. II ed. Milano: Giuffrè.
- (16) MACCHIA, A. Il patteggiamento. Milão, Giuffrè, 1992. p. 76.
- (17) LAVARINI, B. Proscioglimento immediato e regola di giudizio. Rivista italiana di diritto e procedura penale, p. 634, 1997.
- (18) VESSICHELLI, M. Prova insufficiente o incompleta e proscioglimento a norma dell'art. 129 c.p.p., in Cass. pen., 1996.
- (19) FALATO, F. In tema di revisione della sentenza patteggiata., in Giust. pen., 2008, III, c. 166; F. PERONI, La sentenza di patteggiamento, Padova. Cedam, 1999, p. 33 s
- (20) G. DI CHIARA, L'architettura dei presupposti, in P. PITTARO- G. DI CHIARA- F. RIGO- F. PERONI- G. SPANGHER, Il patteggiamento. Giuffrè, 1999, p. 49. FERRUA, P. La giustizia negoziata nella crisi della funzione cognitiva del processo penale. In: Studi sul processo penale. v. III. Declino del contraddittorio e garantismo reattivo. Turim. Giappichelli, 1997. p. 137.
- (21) FORTUNA E. - DRAGONE S. - FASSONE E. - Giustozzi R. - Pignatelli A. Manuale pratico del nuovo processo penale. Padova. Cedam, 2007. p. 828. PIZIALI, G. Il procedimento per decreto penale. Milão, Giuffrè, 2008.
- (22) Cass., Section Un., 9 de junho de 1995, Cardoni, cit. Cass., V, 24 de março de 2005, p. m. no Proc. Becatelli, em Ced, n° 231461.

Renato Tavares de Paula
Graduado em Direito pela USP.
Defensor Público Federal.

Priscila dos Santos Braga
Graduada em Direito pela USP.
Assistente Judiciária do TJSP.



DIRETORIA DA GESTÃO 2017/2018

DIRETORIA EXECUTIVA

Presidente: Cristiano Avila Maronna
1.º Vice-Presidente: Thiago Bottino do Amaral
2.º Vice-Presidenta: Eleonora Rangel Nacif
1.º Secretário: Renato Stanzola Vieira
2.º Secretário: Roberto Luiz Corcioli Filho
1.º Tesoureiro: Edson Luis Baldan
2.º Tesoureiro: Bruno Shimizu
Assessora da presidência: Jacqueline Sinhoretto
Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais:
Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo Gomes

CONSELHO CONSULTIVO

PRESIDENTE
Andre Pires de Andrade Kehdi
MEMBROS
Carlos Alberto Pires Mendes
Helios Alejandro Nogués Moyano
Mariângela Gama de Magalhães Gomes
Sérgio Salomão Shecaira
OUVIDOR
Rogério Fernando Taffarello

Controle e vigilância dos corpos biológicos na China: quanto falta para o mundo se tornar um cenário de *Minority Report*?

Luiz Eduardo Cani, Sandro Luiz Bazzanella e João Henrique Ratochinski

O jurista e filósofo inglês **Jeremy Bentham** (1748-1832) elaborou uma teoria para sustentar um modelo panótico de casas de inspeção penitenciárias. A planta do projeto foi desenvolvida pelo irmão dele, em 1787. De acordo com **Jeremy Bentham**, o projeto arquitetônico “é aplicável [...] sem exceção, a todos e quaisquer estabelecimentos, nos quais, num espaço não demasiadamente grande para que possa ser controlado ou dirigido a partir de edifícios, queira-se manter sob inspeção um certo número de pessoas. Não importa quão diferentes, ou até mesmo quão opostos, sejam os propósitos: seja o de punir o incorrigível, encerrar o insano, reformar o viciado, confinar o suspeito, empregar o desocupado, manter o desassistido, curar o doente, instruir os que estejam dispostos em qualquer ramo da indústria, ou treinar a raça em ascensão no caminho da educação, em uma palavra, seja ele aplicado aos propósitos das prisões perpétuas na câmara da morte, ou prisões de confinamento antes do julgamento, ou casas penitenciárias, ou casas de correção, ou casas de trabalho, ou manufaturas, ou hospícios, ou hospitais, ou escolas”.⁽¹⁾

O paradigma panótico de casas de inspeção é formado por celas construídas na forma de anel, com as grades voltadas para o interior e uma torre no centro, mais alta que o anel, de modo que fosse possível ver da torre todos os presos, mas não fosse possível que os presos vissem os carcereiros. O “pan”, prefixo do termo panótico, remonta a dois sentidos. No primeiro sentido, remonta à totalidade, um olho que tudo vê, onipresente. Num segundo sentido, se relaciona ao deus grego Pã, filho de Zeus, deus dos bosques e dos campos, o qual, em razão do medo que as pessoas tinham de atravessar os bosques, sobretudo à noite, motivou a criação do termo pânico.

Bentham utiliza o termo no primeiro sentido, o que fica evidente com esta afirmação: “Constata-se a potência de remultiplicação que desenvolve a máquina benthamiana: para um máximo de vigiados, um mínimo de vigilantes, uma aparência esmagadora cobrindo uma realidade parcimoniosa. Mas seus poderes vão até a criar uma instância onividente, onipresente, onisciente, fechando os reclusos numa dependência de que não se aproxima nenhuma prisão ordinária, uma instância em que é mesmo preciso reconhecer um Deus artificial”.⁽²⁾

Mas, ainda que **Bentham** tenha afirmado que o projeto é uma imitação de deus, portanto, do deus único, o deus cristão, não do deus grego Pã, parece-nos que os sentidos desse prefixo são complementares no panótico. Isso nos parece complementar porque, como percebeu **Michel Foucault**, o panótico é um paradigma, um evento singular representativo dos demais eventos semelhantes que não guarda uma relação geral-particular, um dispositivo, uma máquina que dispõe dos seres humanos, com a finalidade de automatizar e desindividualizar o poder.⁽³⁾ Esse paradigma, para **Foucault**, transforma o programa disciplinar da população em programa de controle e vigilância dos corpos biológicos de indivíduos e de populações.⁽⁴⁾ O resultado disso é o mesmo sentimento experimentado pelos que temem o deus Pã, o pânico.

A difusão dos dispositivos técnicos de controle e vigilância está se tornando cada vez mais aguda. Os dispositivos chineses têm atraído muita atenção. Há algum tempo começou a ser divulgada a implementação de um avançado sistema de monitoramento composto por 170 milhões de câmeras de vigilância, além das quais serão instaladas outras 400 milhões. A sensação de medo constante foi descrita pelo poeta **Ji Feng**: “Você consegue sentir os olhos sobre você todos os dias [...] Olhos invisíveis te seguindo. Então, não importa o que você faça, você sempre hesita”.⁽⁵⁾ As câmeras de monitoramento operam em conjunto com um software de inteligência artificial que identifica as pessoas a partir das expressões faciais e as classifica de acordo com comportamentos anteriores.

As informações são comparadas com aquelas armazenadas nos bancos de dados de informações, fotos, impressões digitais, vozes e amostras de DNA da população. A inteligência artificial atribui pontuações positivas ou negativas às pessoas de acordo com ações pré-definidas, desejadas ou indesejadas. Desde o momento em que um indivíduo recebe pontuação negativa, passa a ser monitorado de forma mais assídua, pois é reincidente em condutas não aceitas na sociedade. O sistema já foi testado pela polícia⁽⁶⁾ e está sendo utilizado para prender pessoas procuradas.⁽⁷⁾ A pretensão do governo chinês é de concluir e integrar toda a rede de vigilância até o ano 2020.⁽⁸⁾⁽⁹⁾

Todos esses detalhes motivaram a associação do sistema de vigilância ao *big brother* de **George Orwell**, descrito no livro *1984*, no qual a população é vigiada por câmeras em tempo real, que permitem aos membros do partido ver e conversar com cada pessoa em qualquer local vigiado. O sistema também foi comparado ao episódio “Queda livre”, da série *Black mirror*, no qual as pessoas eram classificadas por estrelas, entre 0 e 5, de acordo com notas atribuídas pelas pessoas com quem interagem, o que motivava algumas pessoas a viver para tentar agradar a todos e outras para ignorar o que os outros pensam.

Concordamos com essas associações, mas pensamos que essa é apenas uma das etapas de algo mais preocupante que está por vir. Pensamos que o que se aproxima está mais próximo do enredo do filme de ficção científica *Minority report*, em que há um sistema de monitoramento operado por três super-humanos com capacidade de prever o futuro, chamados de “precogs”. A partir dessas visões dos “precogs”, a polícia podia prender alguém por um fato que não foi praticado.

O sistema de vigilância chinês nos faz considerar a possibilidade de prisão de ofensores antes de praticar o crime, substituindo os “precogs” da ficção pela absurda quantidade de câmeras de vigilância. Essa substituição não pode ser no sentido de prever o crime, mas de interrompê-lo antes de sua consumação, configurando o pré-crime narrado na ficção.

As previsões serão feitas com base nos padrões de comportamento identificados nos vídeos de monitoramento e cruzados entre si. Com

isso, é possível definir uma média de pontos a partir da qual as pessoas tendem a praticar mais crimes. Como toda média, não diz nada sobre os casos individualmente, não passa de uma tentativa de quantificar a vida em sociedade, como começou a fazer **Adolphe Quetelet**,⁽¹⁰⁾ mas certamente será considerada suficiente para etiquetar (*labelling approach*) as pessoas com baixa pontuação, classificá-las como criminosas, bandidas, vagabundas etc.

A partir da fixação de uma pontuação média, possivelmente será estabelecida uma margem de risco a partir da qual podem surgir algumas reações estatais. A primeira, as punições administrativas, já implementadas, como multas, retirada de passaporte, restrição de financiamentos e locações etc. A segunda, a criminalização da pontuação inferior à média, estabelecendo um tipo criminal de perigo abstrato, um perigo presumido, perigo sem perigo,⁽¹¹⁾ como tem se tornado cada vez mais recorrente. Desse modo, ainda que não concordemos com a constitucionalidade de um tipo criminal deste naipe, o princípio da legalidade não seria uma barreira, mas um método, um caminho para a criminalização.

Por fim, recordemos que a tentativa dos crimes é punível e que a criminalização dos atos preparatórios é cada vez mais recorrente como tipos de perigo concreto e abstrato. Em outros termos, boa parte do que está encenado em *Minority report* já era realidade em 2002. O que está acontecendo neste momento é apenas uma continuidade, um aprofundamento dessa imitação da realidade pela ficção (e não da ficção pela realidade) a partir do desenvolvimento de novos dispositivos técnicos.

Alguns questionamentos nos incomodam acerca desse tema. Até que ponto estamos dispostos a renunciar à liberdade em nome da expectativa de segurança? Para quem ficará mais seguro? Como todo esse aparato, operado a partir de uma razão securitária (**Giorgio Agamben**), será utilizado? É possível resistir? Qual o limite da intervenção estatal nas liberdades individuais? Existe compatibilidade entre as técnicas de vigilância e os direitos fundamentais? Essa ânsia por segurança não serve para produzir um estado de insegurança constante? Não são poucos os eventos históricos que nos ensinam os caminhos para produzir estados totalitários.

Notas

- (1) BENTHAM, Jeremy; MILLER, Jacques-Alain; PERROT, Michelle; WERRETT, Simon. *Panóptico*. 2. ed. Trad. Guacira Lopes Louro, M. D. Magno e Tomaz Tadeu. Belo Horizonte: Autêntica, 2008. p. 19-20.
- (2) BENTHAM et al, op. cit., p. 91.
- (3) FOUCAULT, Michel. *Surveiller et punir: naissance de la prison*. Paris: Éditions Gallimard, 1975. p. 202-204.

- (4) FOUCAULT, op. cit., p. 206-219.
- (5) BBC BRASIL. Como funciona o 'Big Brother' da China, com 170 milhões de câmeras que fazem identificação visual. São Paulo, 15 dez. 2017. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/internacional-42361047>>. Acesso em: 02 ago. 2018.
- (6) REVISTA GALILEU. Policiais chineses testam óculos com câmera de reconhecimento facial., São Paulo, 08 fev. 2018. Disponível em: <<https://revistagalileu.globo.com/Sociedade/noticia/2018/02/policiais-chineses-testam-oculos-com-camera-de-reconhecimento-facial.html>>. Acesso em: 02 ago. 2018.
- (7) AUTRAN, Felipe. Polícia chinesa prende homem com detecção facial; em meio a 50 mil pessoas. *Tecmundo*, [s.l.], 12 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/seguranca/129241-suspeito-presos-china-identificado-deteccao-facial-governo-show.htm>>. Acesso em: 02 ago. 2018.
- (8) "Até 2020, o governo da China pretende tornar a rede de vigilância por vídeo 'onipresente, plenamente integrada, colocá-la em funcionamento permanente e exercer pleno controle sobre ela', combinando mineração de dados com recursos sofisticados de análise de vídeos e imagens, demonstram documentos oficiais." In: DENYER, Simon. Na China, reconhecimento facial é arma na campanha por vigilância total. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 09 jan. 2018. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/01/1949046-na-china-reconhecimento-facial-e-arma-na-campanha-por-vigilancia-total.shtml>>.
- (9) Um vídeo do funcionamento do sistema está disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Fq1SEqNT-7c>>. Acesso em: 02 ago. 2018.
- (10) PICH, Santiago. *Adolphe Quetelet e a biopolítica como teologia secularizada*. História, Ciências, Saúde-Manguinhos, Rio de Janeiro, v. 20, p. 849-864, 2013.
- (11) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 14.

Luiz Eduardo Cani

Mestrando em Desenvolvimento Regional na Universidade do Contestado, bolsista do Programa de Bolsas Universitárias do Estado de Santa Catarina – UNIEDU.
Professor de Direito Criminal na Universidade do Contestado.
Advogado.

Sandro Luiz Bazzanella

Doutor em Ciências Humanas pela UFSC.
Mestre em Educação e Cultura pela UDESC.
Professor titular de Filosofia na Universidade do Contestado.

João Henrique Ratochinski

Estudante de Direito.
Estagiário na Procuradoria do Estado de Santa Catarina, Mafra.

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661

COORDENADOR-CHEFE: Fernando Gardinali Caetano Dias.

COORDENADORES ADJUNTOS: Daniel Paulo Fontana Bragagnollo, Danilo Dias Ticami e Roberto Portugal de Biazzi.

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

CONSELHO EDITORIAL:

Acácio 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 Vilaras, Fernando B. Dias, Frederico Manso Brusamolin, Gabriel Huberman Tyles, Gabriela Gama, Guilherme Suguimori Santos, Henrique Buhl Richter, Hugo Leonardo, Hugo Leonardo Rodrigues Santos, Jacqueline Valles, Jamil Chaim Alves, João Anê Andorfo, Jorge Nader, José Carlos Abissamra Filho, José Roberto Coelho de Almeida Akutsu, Juliana Regassi, Letícia Garducci, Lévio Scattolini, Luan Nogueiras Moyano, Luana Oliveira, Luis Gustavo Sousa, Luiza Gervitz, Luiza Guedes Piráquine, Manoel Alves da Silva Junior, Marco Aurélio Florêncio Filho, Mariana Beda, Mariana Chies, Matheus Chiocheta, Matheus

Pupo, Milene Maurício, Milene Cristina Santos, Octávio 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 Filippio, Thiago Tezani, Verônica Carvalho Rahal, Vitor Hugo da Silva, Vinicius Vasconcelos 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 Brusamolin, 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 Valadao, Rodrigo Olhiara da Silva, Rossana Brum Leques, Stela

Valim, Stephan Gomes Mendonça, Suzane Cristina da Silva, Thais Felix, Thais Marcelino Resende, Verônica Carvalho Rahal e Vivian Peres da Silva.

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

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

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

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

O Boletim do IBCCRIM circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas. O conteúdo dos artigos publicados expressa a opinião dos autores, pela qual respondem, e não representa necessariamente a opinião deste Instituto.
Tiragem: 4.500 exemplares

ENDEREÇO DO IBCCRIM:

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

Violação do princípio do estado de inocência no âmbito da execução penal: configuração de falta grave pelo cometimento de fato previsto como crime doloso

Ana Luiza Rodarte Bueno e Leo Maciel Junqueira Ribeiro

O princípio do estado de inocência⁽¹⁾ é uma garantia fundamental do indivíduo, prevista no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, a qual prevê que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. O referido princípio, como hoje é conhecido no contexto do Estado Democrático de Direito, surgiu com a estrutura jurídica de caráter iluminista, possuindo sua base em torno dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade entre os indivíduos.⁽²⁾

Não obstante, é importante mencionar que esse direito fundamental nem sempre foi previsto nas normas do sistema jurídico brasileiro, tendo havido um longo desenvolvimento histórico que culminou em sua atual redação. Nesse sentido, percebe-se que nem sempre os cidadãos possuíram essa garantia frente ao Estado, possibilitando durante muito tempo que os acusados fossem submetidos a condenações com base em meros boatos ou suposições, utilizando-se do Direito Penal como verdadeiro instrumento de perseguição institucionalizada.⁽³⁾ Esse contexto foi marcado pela chamada presunção de culpabilidade, “onde o infrator da norma penal, tipificada enquanto crime, era presumidamente culpado, não havendo sequer a possibilidade do exercício das garantias inerentes a um processo justo e célere”.⁽⁴⁾

Tendo sido parcialmente superado esse contexto inquisitivo por meio de lutas sociais excruciantes no decorrer da história, o estado de inocência atualmente representa um princípio basilar da democracia. Isso é perceptível, uma vez que sua aplicação direta se faz no âmbito do processo penal, podendo-se considerar o modelo processual penal como termômetro dos elementos autoritários ou democráticos da Constituição de um Estado⁽⁵⁾ e, por conseguinte, um termômetro da democracia. Como demonstração da guinada autoritária no processo penal brasileiro, a contínua violação do princípio do estado de inocência pelos Tribunais Superiores demonstra um claro déficit democrático que precisa ser sanado com urgência. O grande problema, então, é que as violações ocorrem em diversas circunstâncias, demonstrando, muitas vezes, o desprezo institucional pela aplicação e proteção dessa garantia fundamental.

Uma das violações que acarreta graves consequências aos indivíduos é a que ocorre no âmbito da Execução Penal, que, como é um ramo pouco discutido nas ciências criminais, acaba por passar despercebida. Em recente julgamento do Superior Tribunal de Justiça, no qual foi julgado um recurso especial representativo de controvérsia, houve a evidente violação do princípio do estado de inocência, conforme a ementa aqui transcrita e destacada: “RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C DO CPC. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. FATO DEFINIDO COMO CRIME DOLOSO. TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. DESNECESSIDADE. 1. O reconhecimento de falta grave decorrente do cometimento de

fato definido como crime doloso no cumprimento da pena prescinde do trânsito em julgado de sentença penal condenatória no processo penal instaurado para apuração do fato. 2. Recurso especial representativo de controvérsia provido para afastar a nulidade proclamada e reconhecer a prática de falta grave independentemente do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008”.⁽⁶⁾ Considerando o entendimento jurisprudencial citado, que é constantemente reproduzido na prática jurídico-penal, pode-se afirmar que a prescindibilidade do trânsito em julgado de sentença penal condenatória para o reconhecimento de falta grave, especialmente quando a falta teria ocorrido pela prática de fato previsto como crime doloso, não parece ser uma medida idônea. Sendo assim, este artigo terá como objetivo verificar a idoneidade dessa decisão, iniciando com a realização de questionamentos sobre o sistema de aplicação das faltas disciplinares graves, instituídos pela Lei de Execução Penal (LEP).⁽⁷⁾

Inicialmente, destaca-se que a imputação de cometimento de falta grave representa um grande prejuízo para o condenado, pois além das repercussões que causa, da rotina do estabelecimento prisional e do quadro da execução, ela também justifica regressão de regime, consistente na transferência do preso definitivo para o regime mais gravoso.⁽⁸⁾ Conforme determina o art. 118, I, da LEP, a falta grave, que produz tal efeito, é equiparada à prática de crime doloso; e sua existência obriga a autoridade administrativa a representar ao juiz da execução para decidir sobre a regressão.⁽⁹⁾

As condutas que podem ensejar falta grave no cumprimento da pena privativa de liberdade se encontram classificadas no art. 50 da LEP. Já no art. 52 do referido diploma legal, é estabelecido que a prática de fato previsto como crime doloso também caracteriza falta grave, como se pode depreender de sua redação: “A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasiona subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características”. Portanto, a prática de fato previsto como crime doloso pode ensejar a submissão do preso a medidas extremamente graves, inclusive com a transferência do preso para o regime disciplinar diferenciado, que possui as seguintes características: duração máxima de 360 dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; recolhimento em cela individual; visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; direito à saída da cela por duas horas diárias para banho de sol. Assim, fica claro que o regime disciplinar diferenciado consiste em mais uma consistente punição ao preso, possuindo elementos que tornam a privação de liberdade mais severa, o que se percebe pela explicitação de suas características.

Nesse sentido, há estudos internacionais na área de psiquiatria penitenciária que afirmam que a submissão de indivíduos a regimes de maior isolamento e com regras semelhantes às do regime disciplinar diferenciado podem ter efeitos psicológicos comparados à tortura.⁽¹⁰⁾ Dessa forma, o regime disciplinar diferenciado se insere numa lógica de punição extrema ao preso, que provoca alterações de extrema gravidade no cumprimento de pena. Foi com base na constatação da existência de efeitos nocivos desse modelo de regime extremo que o sistema penitenciário norte-americano abandonou quase que totalmente o sistema “Cherry Hill” de aplicação de penas, cuja principal característica era o recolhimento em celas individuais e a separação completa dos condenados.⁽¹¹⁾

Com base nas graves consequências atribuíveis ao cometimento de falta grave, a problemática que constitui objeto do presente trabalho é justamente o fato de que o preso apenas precisa ser *acusado* da prática de crime doloso para ser submetido a elas, ou seja, os tribunais afirmam que não é preciso aguardar a eventual condenação ou o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. No entanto, esse posicionamento cria um sistema no qual podem ser aplicadas, de forma imediata, penalidades infinitamente mais graves que a pura e simples restrição de liberdade aos condenados, sem que exista a possibilidade de discussão jurisdicional a respeito de aspectos formais e materiais da decisão condenatória.

Dessa forma, a violação do estado de inocência que ocorre em relação ao cometimento de faltas graves confirma a nefasta ideia de que os encarcerados são indivíduos segregados da sociedade e que, por esse motivo, não podem exercer plenamente as garantias fundamentais previstas na Constituição Federal. A ideologia da segregação é reificada num ciclo de exclusão e estigmatização, que são impostas sobre os encarcerados, tornando o grupo social duplamente excluído: não apenas por ser objeto da seletividade do sistema penal,⁽¹²⁾ mas também por consequência da imposição do cárcere.⁽¹³⁾ Nas palavras de **Ferrajoli**, a violação da presunção de inocência é a projeção de uma política jurisdicional do medo que deve ser afastada da lógica do Estado de Direito: “*Disso decorre – se é verdade que os direitos dos cidadãos são ameaçados não só pelos delitos, mas também pelas penas arbitrárias – que a presunção de inocência não é apenas uma garantia de liberdade e de verdade, mas também uma garantia de segurança ou, se quisermos, de defesa social: da específica ‘segurança’ fornecida pelo Estado de direito e expressa pela confiança dos cidadãos na justiça, e daquela específica ‘defesa’ destes contra o arbítrio punitivo. Por isso, o sinal inconfundível da perda de legitimidade política da jurisdição, como também de sua involução irracional e autoritária, é o temor que a justiça incute nos cidadãos. Toda vez que um imputado inocente tem razão de temer um juiz, quer dizer que isto está fora da lógica do Estado de direito: o medo e mesmo só a desconfiança ou a não segurança do inocente assinalam a falência da função mesma da jurisdição penal e a ruptura dos valores políticos que a legitimam*”.⁽¹⁴⁾

Sendo assim, não há qualquer motivo legítimo que justifique a violação do estado de inocência em relação aos presos que são acusados de terem cometido fato previsto como crime doloso durante a execução da pena. Ainda que estejamos em tempos de violação institucional ao princípio do estado de inocência⁽¹⁵⁾, é indispensável que a dogmática penal se posicione claramente em defesa de um modelo constitucionalizado de sistema penal. Com esse objetivo, talvez o primeiro passo seja a busca pela reafirmação do estado de inocência como garantia constitucional de cada indivíduo, inclusive daqueles que estão em cumprimento de pena.

Com base no que foi exposto, é possível afirmar que a prescindibilidade do trânsito em julgado de sentença

condenatória para apurar falta grave, sobretudo quando essa falta seja tipificada como crime doloso, constitui violação inaceitável do princípio do estado de inocência. Dessa forma, cabe aos magistrados brasileiros a responsabilidade inafastável de respeitar o que está escrito de forma extremamente clara na Constituição Federal, inclusive em relação aos indivíduos que estão em cumprimento de pena. Em termos de *lege ferenda*, é necessário que sejam realizadas alterações legislativas no sentido de vincular as consequências do cometimento de falta grave, especialmente quando configurada pela prática de fato previsto como crime doloso, à exigência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Notas

- (1) Embora a denominação mais usual seja “princípio da presunção de inocência”, opta-se neste trabalho pela utilização do termo “estado de inocência”, visto se tratar de garantia que não está submetida a juízos de probabilidade de culpabilidade. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; PEDRON, Flávio Quinaud; SILVA, Diogo Bacha; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. Presunção de inocência: uma contribuição crítica à controvérsia em torno do julgamento do Habeas Corpus n.º 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal. Fevereiro de 2016. Disponível em: <<https://www.academia.edu>>. Acesso em: 22 mai. 2018.
- (2) MORAES, Maurício Zanoide. Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 531.
- (3) BATISTI, Leonir. Presunção de inocência: apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e Constituições do Brasil e Portugal. Curitiba: Juruá, 2009. p. 27.
- (4) BENTO, Ricardo Alves. Presunção de inocência no processo penal. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2007. p. 31.
- (5) GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Barcelona: Bosch, 1935. p.67.
- (6) STJ. REsp 1.336.561/RS. Terceira Seção. Relatora Ministra Laurita Vaz; Relatora para o Acórdão Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em 25 set. 2013, publicado em 01 abr. 2014.
- (7) BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 22 jun. 2018.
- (8) MARCÃO, Renato. Curso de execução penal. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 69.
- (9) MARCÃO, op. cit.
- (10) No original: “*Solitary confinement is recognized as difficult to withstand; indeed, psychological stressors such as isolation can be as clinically distressing as physical torture*”. METZNER, Jeffrey; FELLNER, Jamie. Solitary confinement and mental illness in U.S. prisons: a challenge for medical ethics. In: GRODIN, Michael et al. Health and human rights in a changing world. Boston: Routledge, 2013. p. 316-317.
- (11) No original: “*Use of solitary confinement began in the United States about 1970 at the Walnut Street Prison in Philadelphia, Pennsylvania. It was based upon the theory that, without social interaction, a prisoner could not be influenced by fellow inmates and that a ‘religious conversion would occur during the years of enforced meditation and result in the individual’s reformation’.* This theory evolved into the well-known Pennsylvanian, or Cherry Hill, system of penology. Based on the principle of complete separation and isolation of all prisoners, this method of penology has since been repudiated and abandoned, primary because of public reaction to the ‘appalling psychological consequences of prolonged solitary confinement’”. THOENIG, Raymond H. Solitary confinement: punishment within the letter of the law, or psychological torture? Wisconsin Law Review, n. 223, p. 223-224, 1972.
- (12) BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 25.
- (13) BATISTA, Vera Malaguti. Díficeis ganhos fáceis: drogas e a juventude pobre do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 48.
- (14) FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. e ampl. Tradução: Ana Paula Zomer Sica et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 441.
- (15) CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; PEDRON, Flávio Quinaud; SILVA, Diogo Bacha e; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. Presunção de Inocência: uma contribuição crítica à controvérsia em torno do julgamento do Habeas Corpus n.º 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal. Fevereiro de 2016. Disponível em: <<https://www.academia.edu>>. Acesso em 22/04/2016.

Ana Luiza Rodarte Bueno
Estudante de Direito na UFMG.

Leo Maciel Junqueira Ribeiro.
Estudante de Direito na UFMG.

Em 2018, foram mais de 20 de cursos e eventos promovidos pelo IBCCRIM!

Prepare-se para abertura do calendário de 2019, em janeiro, com as inscrições para os Laboratórios de Iniciação Científica e Grupos de Estudos.



**NÃO PERCA O QUE HÁ DE MAIS ATUALIZADO
NA ÁREA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS!**



Leia o relatório de gestão 2017/18 no site e siga acompanhando o IBCCRIM em todas as mídias:

-  /ibccrim
-  @ibccrim
-  @ibccrim
-  @ibccrimvideos
-  /company/instituto-brasileiro-de-ciencias-criminais

JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

Supremo Tribunal Federal

Agravo regimental em *habeas corpus*. Penal. Dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais. Artigo 89 da Lei nº 8.666/93. Pretendido trancamento da ação penal. Inépcia da denúncia. Atipicidade da conduta imputada. Ausência de demonstração do dolo específico. Agravante que, na qualidade de chefe da Assessoria Técnica da Administração Regional, emitiu parecer favorável a contratação. Manifestação de natureza meramente opinativa e, portanto, não vinculante para o gestor público, o qual pode, de forma justificada, adotar ou não a orientação exposta no parecer. O parecer tem natureza obrigatória (art. 38, VI, da Lei nº 8.666/93), porém não é vinculante. Ineficiência da denúncia na demonstração da vontade conscientemente dirigida, por parte da agravante, de superar a necessidade de realização da licitação. Abusividade da responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha supostamente resultado dano ao erário (v.g., MS nº 24.631/DF, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 1º/2/08). Agravo regimental ao qual se dá provimento para conceder a ordem de *habeas corpus* e trancar a ação penal à qual responde a agravante.

1. É pacífico na Corte o entendimento quanto à possibilidade de trancamento de ação penal pela via do *habeas corpus* quando evidente a falta de justa causa para seu prosseguimento, seja pela inexistência de indícios de autoria do delito, seja pela não comprovação de sua materialidade, seja ainda pela atipicidade da conduta imputada. 2. Demonstram os autos que o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios ofereceu denúncia em face da agravante e de outros imputando-lhes a prática do crime descrito no art. 89, c/c o art. 99, e no art. 84, § 2º, todos da Lei nº 8.666/93, porque, na qualidade de chefe da Assessoria Técnica da Administração do Paranoá/DF, emitiu parecer opinativo favorável à legalidade da contratação direta, por inexigibilidade de licitação, da Federação de Jiu-Jitsu de Brasília (FJJB), visando à realização de evento denominado “Paranoá Fight”. 3. Não logrou êxito a acusação em demonstrar suficientemente na denúncia a vontade conscientemente dirigida, por parte da agravante, de superar a necessidade de realização da licitação. 4. A documentação acostada ao processo administrativo, cuja veracidade não foi questionada, sinalizou que a FJJB seria a única Federação de Jiu-Jitsu de Brasília devidamente cadastrada e reconhecida pela Confederação Brasileira do esporte para a realização do evento na capital. 5. Toda a documentação acostada aos autos não permitia, até aquele momento, conclusão diversa de que o caso era mesmo de inexigibilidade de

licitação, por inviabilidade de competição, mormente se levada em conta a total ausência de notícia no bojo do processo administrativo sobre a existência de outra entidade (Federação de Jiu-Jitsu Esportivo do Distrito Federal-FBJJ). 6. A impossibilidade jurídica de haver competição entre eventuais interessados não é um plus que se agrega às hipóteses dos incisos do art. 25 da Lei nº 8.666/93, e sim a consequência lógica da tipificação de uma dessas hipóteses. 7. Embora o Parquet tenha afirmado que a agravante teria agido dolosamente em seu parecer, diante da existência de contradições sobre a exclusividade da FJJB, o processo administrativo, em nenhuma de suas manifestações, sinalizou tais ocorrências, sendo certo, ademais, que a denunciada somente detinha competência para emitir parecer técnico sobre inexigibilidade da licitação sob prisma estritamente jurídico, não cabendo adentrar em aspectos relativos à conveniência e à oportunidade da prática dos atos administrativos, tampouco examinar a veracidade das questões de natureza técnica (como a autenticidade da documentação acostada), administrativa ou financeira, salvo teratologia, que não ficou evidenciada na espécie. 8. Por outro lado, a manifestação levada a efeito foi de natureza meramente opinativa e, portanto, não vinculante para o gestor público, o qual pode, de forma justificada, adotar ou não a orientação exposta no parecer. Ou seja, o parecer tem natureza obrigatória (art. 38, VI, da Lei nº 8.666/93), porém não vinculante. 9. Por essa perspectiva, como já sinalizado pela Corte, *mutatis mutandis*, é lícito concluir pela abusividade da responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha supostamente resultado dano ao erário (v.g. MS nº 24.631/DF, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 1º/2/08). 10. Tal conclusão se robustece quando se torna evidente, para além do dolo simples necessário (vontade consciente de contratar independentemente da realização de procedimento licitatório), que o Parquet não apresentou, na denúncia, elemento probatório mínimo que demonstrasse qualquer tipo de intenção por parte da agravante de produzir um prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação. 11. A ausência de observância das formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade da licitação somente é passível de sanção quando acarretar contratação indevida e houver demonstração da vontade ilícita do agente em produzir um resultado danoso, o que não foi o caso.

| JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal _____ 2165

Superior Tribunal de Justiça _____ 2170

Tribunal Regional Federal da

1ª Região _____ 2172

12. Agravo regimental ao qual se dá provimento para conceder a ordem de habeas corpus e trancar a ação penal em relação à agravante.

(STF – 2.^a T. – Ag.Rg. HC 155020 – rel. Celso de Mello (rel. p/ Acórdão: Dias Toffoli) – j. 04.09.2018 – public. 05.11.2018 – Cadastro IBCCRIM 5975)

Habeas corpus. Constitucional. Processual Penal. Crimes previstos nos arts. 2º, § 4º, II, da Lei nº 12.850/13 e nos arts. 288, 317, caput e § 1º, 319, 321, todos do Código Penal. Prisão preventiva. Artigo 312 do Código de Processo Penal. Pretendida revogação da prisão ou da substituição por medidas cautelares diversas. Artigo 319 do Código de Processo Penal. Garantia da instrução processual e aplicação da lei penal. Fundamentos afastados pelo Superior Tribunal de Justiça no aresto questionado. Análise circunscrita à necessidade de manutenção da constrição sob a óptica da garantia da ordem pública. Insubsistência diante das atuais circunstâncias. Hipótese em que as medidas cautelares diversas da prisão se mostram suficientes para obviar o *periculum libertatis* reconhecido na espécie. Ordem concedida. Prejudicialidade do agravo regimental da Procuradoria-Geral da República.

1. O princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII), como norma de tratamento, significa que, diante do estado de inocência que lhe é assegurado, o imputado, no curso da persecução penal, não pode ser tratado como culpado nem ser a esse equiparado. 2. A imposição de qualquer medida cautelar pessoal, inclusive a prisão, reclama a indicação dos pressupostos fáticos que autorizem a conclusão de que o imputado, em liberdade, criará riscos para os meios ou o resultado do processo, pois, do contrário, estar-se-ia incorrendo em verdadeira antecipação de pena. 3. A prisão preventiva é a *ultima ratio*, a derradeira medida a que se deve recorrer, e somente poderá ser imposta se as outras medidas cautelares dela diversas não se mostrarem adequadas ou suficientes para a contenção do *periculum libertatis* (art. 282, § 6º, CPP). 4. Não há como se ignorar a gravidade das condutas imputadas ao paciente que supostamente contribuiu, em um contexto de organização criminosa, para a inserção de alimentos sem fiscalização adequada no mercado. Porém, por mais graves e reprováveis que sejam essas condutas supostamente perpetradas, isso não justifica, por si só, a decretação da prisão cautelar. Precedentes. 5. A análise dos elementos que conduziram à decretação e à manutenção da custódia do paciente demonstra a subsistência do *periculum libertatis*, que pode ser atenuado com medidas cautelares diversas e menos gravosas que a prisão, mesmo porque o período de sua custódia provisória até o momento também poderá servir de freio à possível reiteração dessas eventuais condutas ilícitas. Precedentes. 6. Não há como se ter por suficiente a justificativa quanto ao indeferimento da revogação à custódia, seja para fundamentar a garantia da ordem pública, seja para fundamentar a conveniência da instrução. Primeiro porque, em relação a essa, o próprio

magistrado reconheceu que a instrução da ação penal já se encerrou. Segundo porque, em relação àquela, foi noticiada a adoção de medida cautelar de sequestro de bens imóveis, entre outras medidas, para obstaculizar a aventada tentativa de alienação de patrimônio. 7. Essas circunstâncias, não obstante compreensão diversa da Procuradoria-Geral da República em seu parecer, quando analisadas em conjunto, fragilizam consideravelmente a remanescente justificativa da custódia - garantia da ordem pública -, sendo que a adoção de medidas cautelares outras (CPP, art. 319) seriam suficientes para a contenção do *periculum libertatis* verificado. 8. Estando descaracterizada a necessidade da prisão do paciente em face da garantia da ordem pública, a imposição de medidas cautelares diversas da custódia mostra-se suficiente para mitigar o aventado risco que sua liberdade representaria à ordem pública, até porque, como já reconheceu esta Corte, as outras medidas cautelares previstas na lei processual podem ser tão onerosas ao implicado quanto a própria prisão (v.g. HC nº 121.089/AP, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 17/3/15). 9. Habeas corpus concedido para, uma vez ratificada a liminar deferida, substituir a prisão preventiva do paciente por medidas cautelares dela diversas (CPP, art. 319), a serem estabelecidas pelo juízo de origem. 10. Prejudicialidade do agravo regimental interposto pela Procuradoria-Geral da República contra a decisão liminar proferida.

(STF – 2.^a T. – HC 151788 – rel. Dias Toffoli – j. 14.08.2018 – public. 07.11.2018 – Cadastro IBCCRIM 5976)

Habeas corpus. 2. Corrupção passiva e lavagem de capitais (artigo 317, caput, c/c o artigo 71, ambos do Código Penal; e artigo 1º, caput, da Lei 9.613/1998, respectivamente). 3. Denúncia recebida, por maioria, pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Réu Deputado Estadual. 4. Pedido de declaração de inépcia da denúncia e consequente trancamento da ação penal, por falta de justa causa. 5. A peça acusatória não observou os requisitos que poderiam oferecer substrato a uma persecução criminal minimamente aceitável. Precário atendimento dos requisitos do artigo 41 do CPP. 6. Violação dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da dignidade da pessoa humana. Precedentes. 7. Ordem concedida para trancamento da ação penal instaurada contra o paciente.

(STF – 2.^a T. – HC 158319 – rel. Gilmar Mendes – j. 26.06.2018 – public. 15.10.2018 – Cadastro IBCCRIM 5977)

Denúncia oferecida contra membro do Congresso Nacional. Imputação de suposta prática dos crimes de corrupção passiva (CP, art. 317, “caput”) e de lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/98, art. 1º, “caput”). O processo penal como instrumento de salvaguarda dos direitos e liberdades

fundamentais de quem sofre persecução criminal. As lições de João Mendes de Almeida Júnior, Rogério Lauria Tucci e de Hélio Tornaghi, entre outros eminentes doutrinadores. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Diretrizes que resumem a fórmula doutrinária do garantismo penal. O significado do controle jurisdicional prévio da acusação penal. Fator de contenção ao arbítrio estatal, em ordem a impedir que se instaure, contra qualquer acusado, situação de injusta coação processual. Resposta do poder público ao fenômeno criminoso que não pode manifestar-se de modo cego e instintivo. Atividade persecutória do Estado que sofre, necessariamente, os condicionamentos impostos pelo ordenamento jurídico. Obrigação de o Ministério Público formular denúncia formalmente correta, processualmente apta e juridicamente idônea. Indispensabilidade de precisa descrição individualizadora tanto da conduta imputada ao acusado como do nexo de causalidade que a vincula, objetiva e subjetivamente, ao evento delituoso. Doutrina. Precedentes. A questão do ato de ofício como requisito indispensável à plena configuração típica do crime de corrupção passiva. Alegado recebimento de vantagem indevida por parte do ora investigado sem necessária referência ou correlação desse comportamento a qualquer ato enquadrável no complexo de atribuições inerentes às funções parlamentares. Consequente descaracterização típica da conduta imputada ao congressista em referência. Magistério doutrinário e jurisprudencial. Imputação genérica do delito de lavagem de dinheiro. Narrativa acusatória que deixa de individualizar a participação do ora investigado na prática de atos tendentes a converter o produto resultante de infração penal antecedente em ativos financeiros lícitos. Inadmissibilidade. Inviabilidade de instaurar-se persecução penal contra alguém pelo mero fato de ostentar a condição de Deputado Federal ou pela simples circunstância de ser amigo e correligionário do “artífice do esquema fraudulento”. Necessidade de descrição, na peça acusatória, do nexo que estabeleça relação de causa e efeito entre a conduta atribuída ao agente e o resultado dela decorrente (CP, art. 13, “caput”). Doutrina. Jurisprudência. Inexistência, no sistema jurídico brasileiro, de responsabilidade penal objetiva. Prevalência, em sede criminal, como princípio dominante do modelo normativo vigente em nosso País, do dogma da responsabilidade com culpa. “*Nullum crimen sine culpa*”. Possibilidade de o Relator, agindo monocraticamente, extinguir o procedimento penal, inclusive pronunciando a absolvição sumária do réu e/ou concedendo-lhe “*habeas corpus*” de ofício. Precedentes do Supremo Tribunal Federal, nesse sentido, que legitimam o exercício monocrático desse poder processual do Relator. Ordem de “*habeas corpus*” concedida “*ex officio*”, para o efeito de extinguir-se o procedimento penal instaurado contra o denunciado.

(STF – monocrática – Inq. 3995 – rel. **Celso de Mello** – j. 11.10.2018 – public. 17.10.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5978**)

Inquérito. Corrupção passiva (art. 317, § 1º, CP). Corrupção ativa (art. 333, caput, CP). Lavagem de dinheiro majorada (art. 1º, § 4º, da Lei nº 9.613/98). Denúncia. Parlamentar federal. Suposto envolvimento em esquema de corrupção de agentes públicos relacionado à Diretoria de Abastecimento da Petrobras. Solicitação de vantagem indevida, com desdobramento em pagamentos fracionados. Recebimento em espécie e por meio de contratos fictícios. Alegação de incompetência do relator. Distribuição por prevenção. Matéria que deve ser alegada no primeiro momento em que o interessado se pronunciar nos autos. Fatos apurados nas mesmas circunstâncias. Conexão probatória e intersubjetiva. Artigos 80 e 83 do CPP. Esgotamento temporal das penas impostas no acordo de colaboração. Aferição em momento processual posterior. Busca e apreensão em escritórios de advocacia. Possibilidade. Requisitos analisados quando do deferimento da medida. Preclusão. Inviolabilidade relativa. Incidência da causa de aumento de pena do delito de lavagem de dinheiro prevista no § 4º do art. 1º da Lei nº 9.613/1998. Habitualidade descrita na denúncia. Inépcia da denúncia não configurada. Concurso de pessoas. Descrição suficiente. Enquadramento como autores ou partícipes. Irrelevante. Ausência de dolo e consciência da ilicitude. Matérias afetas ao mérito. Preliminares rejeitadas. Inexistência de justa causa para a ação penal. Imputação calcada em depoimentos de réus colaboradores. Ausência de provas minimamente consistentes de corroboração. Documentos produzidos pelos próprios colaboradores. Inadmissibilidade. Registros de entrada, saída e deslocamentos. Ausência de elementos concretos que tornem indubitosa a materialidade. *Fumus commissi delicti* não demonstrado. Falsidade ideológica dos contratos. Ausência de lastro mínimo quanto ao liame subjetivo. Não demonstração, em termos probatórios, da alegada ligação entre o escritório de advocacia e o apontado real beneficiário dos valores por ele intermediados. Denúncia rejeitada (art. 395, III, CPP).

1. Como prevenção é matéria que deve ser alegada no primeiro momento em que se pronunciar nos autos a parte por ela teoricamente atingida, de igual modo, a ausência de prevenção - quando em face dela tiver sido determinada a distribuição - também é matéria a ser de logo apontada. 2. Os fatos apurados nas mesmas circunstâncias têm sido reiteradamente tratados em inquéritos distribuídos por prevenção, porque incidem na hipótese regras que os enquadrariam em caso de conexão probatória e intersubjetiva (ainda que se adotasse a separação em face do número de investigados envolvidos, a teor do art. 80, CPP), e porque medidas decisórias prévias, na espécie, atraem a incidência do art. 83 do CPP. 3. O alegado esgotamento temporal das penas impostas previstas no acordo de colaboração premiada deve ser aferido em fase processual posterior. Na presente fase, é prematura a análise, sob essa perspectiva temporal e tendo em vista a ausência de juntada, de eventuais certidões de trânsito em julgado das ações em que se teria atingido o máximo patamar sancionatório pactuado. 4. No caso, a presença dos requisitos da busca e apreensão foi exaustivamente analisada quando do deferimento da medida. Preclusa a

questão pela ausência de irrisignação no prazo legal para o recurso cabível. 5. Ademais, a inviolabilidade profissional do advogado não é absoluta (HC 91610, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 22/10/10; Inq 2.424, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe de 26/3/10), de modo que o próprio Estatuto da OAB (Lei 8.906/1994) permite que a autoridade judiciária competente, em decisão motivada, decreta a quebra da prerrogativa (art. 7º, § 6º, da Lei 8.906/1994). A vedação constante da parte final do referido dispositivo não se estende “ a clientes do advogado averiguado que estejam sendo formalmente investigados como seus partícipes ou co-autores pela prática do mesmo crime que deu causa a quebra da inviolabilidade” (art. 7º, § 7º, da Lei 8.906/1994). 6. Em tese, teórica e descritivamente, da narrativa dos fatos é possível extrair a característica da habitualidade, elementar prevista no § 4º do art. 1º da Lei 9.613/98, na medida em que são atribuídas condutas supostamente criminosas da mesma espécie ao longo do tempo. 7. Da longa exposição descritiva constante na inicial, que esmiuçou os laços alegadamente mantidos entre os acusados e em qual medida teriam contribuído para as supostas práticas criminosas, é possível constatar que o concurso de agentes (ou de pessoas) está descrito, indicando-se o grau de envolvimento de cada um dos acusados nos diversos crimes narrados. Não é relevante, nesse momento processual, a definição se os acusados se enquadram no conceito de autores ou de partícipes dos crimes que lhes foram imputados. 8. Não há como acolher alegações de “erro de tipo” – por desconhecimento da ilicitude (do conteúdo recebido ou da origem dos recursos) - ou de atipicidade - por ausência de dolo -, como se fossem questões teóricas, ou seja: de falha descritiva. Trata-se de questões afetas ao mérito e não de inépcia da denúncia, quando a descrição é satisfatória nesse quesito, como ocorre no caso, em que há expressa menção à participação consciente dos acusados. 9. Para o recebimento da denúncia, exige-se “a demonstração – fundada em elementos probatórios mínimos e lícitos – da realidade material do evento delituoso e da existência de indícios de sua possível autoria” (Inq 3.507/MG, Plenário, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 11/6/14). 10. A colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, tem aptidão para autorizar a deflagração da investigação preliminar, visando adquirir coisas materiais, traços ou declarações dotadas de força probatória. Essa, em verdade, constitui sua verdadeira vocação probatória. 11. Todavia, os depoimentos do colaborador premiada, sem outras provas idôneas de corroboração, não se revestem de densidade suficiente para lastrear um juízo positivo de admissibilidade da acusação, o qual exige a presença do *fumus commissi delicti*. 12. O *fumus commissi delicti*, que se funda em um juízo de probabilidade de condenação, traduz-se, em nosso ordenamento, na prova da existência do crime e na presença de indícios suficientes de autoria. 13. Se “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”

(art. 4º, § 16, da Lei nº 12.850/13), é lícito concluir que essas declarações, por si sós, não autorizam a formulação de um juízo de probabilidade de condenação e, por via de consequência, não permitem um juízo positivo de admissibilidade da acusação. 14. No caso concreto, faz-se referência a documentos produzidos pelos próprios colaboradores, a exemplo de anotações, registros em agenda eletrônica e planilhas de contabilidade informal. A jurisprudência da Corte é categórica em excluir do conceito de elementos de corroboração documentos elaborados unilateralmente pelo próprio colaborador. Precedentes. 15. Demais registros colhidos no decorrer das investigações, por si sós, não comprovam a materialidade dos delitos imputados aos acusados. Quanto muito possibilitam inferências e ilações no sentido de que os acusados mantinham algum contato, ou que fizeram deslocamentos mencionados pelos colaboradores, mas não bastam para tornar estreme de dúvidas a materialidade especificamente das condutas criminosas imputadas aos denunciados. 16. Analisando os elementos probatórios para além das colaborações, não há indícios de autoria em relação ao Senador Ciro Nogueira Lima Filho quanto a esse fato (supostos contratos fictícios), carecendo, portanto, de justa causa as imputações de corrupção passiva e de lavagem de dinheiro subjacentes a essa narrativa, pela ausência de lastro mínimo probatório quanto ao liame subjetivo. 17. Mesmo que admitida a probabilidade da versão no tocante à falsidade ideológica dos contratos como base para o alegado repasse de recursos ilícitos, ainda assim a acusação não logrou demonstrar, minimamente, em termos probatórios, a alegada ligação entre o escritório de advocacia e o apontado real beneficiário dos valores por ele intermediados, o que seria imprescindível no contexto da imputação (de corrupção e lavagem) delineada na denúncia. 18. Denúncia rejeitada na íntegra, nos termos do art. 395, III, do Código de Processo Penal.

(STF – 2.ª T. – Inq. 4074 – rel. **Edson Fachin** – j. 14.08.2018 – public. 17.10.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5979**)

Inquérito. 2. Competência originária. 3. Penal e Processual Penal. 4. Difamação eleitoral. 5. Em Direito Penal, não se pode aceitar a responsabilização objetiva, sendo necessária a comprovação do dolo ou da culpa. É inadmissível que tal comprovação se dê por indícios incertos e imprecisos ou pelo mero fato de que os eventuais responsáveis eram subordinados ao investigado. 6. Embora no momento do recebimento da denúncia o standard probatório mostre-se menos rigoroso do que aquele para a condenação, resta claro que não há elementos mínimos para fundamentar a justa causa. 7. O controle de admissibilidade da pretensão acusatória, embora não se realize em uma cognição exauriente, deve verificar a existência de elementos suficientes de materialidade e autoria. 8. Rejeição da denúncia com relação ao parlamentar, único detentor da

prerrogativa de função nesta Corte, com a consequente declinação de competência para o exame e eventual processamento da denúncia no juízo de primeiro grau.

(STF – 2.^a T. – Inq. 4657 – rel. **Gilmar Mendes** – j. 14.08.2018 – public. 15.10.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5980**)

Reclamação constitucional. Descumprimento de decisão do Supremo Tribunal Federal. Reclamante que figurou como parte na ação paradigma. Legitimidade ativa *ad causam*. Moldura fático-jurídica trazida à colação que não foi objeto de discussão no acórdão paradigma. Identidade fática não evidenciada. Improcedência da reclamação. Precedentes. Evidenciada coação ilegal passível de ser coarctada por *habeas corpus* de ofício. Possibilidade em sede de reclamação constitucional. Inteligência do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal. Precedentes. Reconhecida plausibilidade nos argumentos defensivos a respeito prescrição da pretensão punitiva (CP, art. 115) e da dosimetria da pena imposta ao reclamante pelas instâncias ordinárias. Teses jurídicas que são objeto de impugnação em sede recursal própria do Superior Tribunal de Justiça, a quem compete exercer o controle de legalidade dos critérios empregados na dosimetria, bem como operar a sua correção se necessário. Precedentes. Temas que se imbricam intimamente ao *quantum* de pena e ao regime inicialmente estipulado na condenação do reclamante, sobretudo se observada a detração do tempo de prisão cautelar da sua pena privativa de liberdade, *ex vi* do art. 42, *caput*, do Código Penal. Possibilidade concreta de repercussão em sua atual situação prisional e, por óbvio, em sua liberdade de locomoção. Risco potencial de cumprimento da reprimenda em circunstâncias mais gravosas. *Habeas corpus* concedido de ofício.

1. Por atribuição constitucional, presta-se a reclamação para preservar a competência do Supremo Tribunal Federal e garantir a autoridade de suas decisões (CF, art. 102, inciso I, alínea I), bem como para resguardar a correta aplicação das súmulas vinculantes (CF, art. 103-A, § 3º). 2. A decisão do Supremo Tribunal Federal, cuja autoridade o reclamante sustenta estar comprometida com a manutenção do ato impugnado, consiste no julgamento do HC nº 137.728/PR, no qual figurou como paciente, sendo, portanto, parte legítima para a propositura da ação. 3. Ao julgar o habeas corpus em questão a Corte concluiu por sua concessão, para revogar a prisão preventiva do reclamante, decretada nos autos da Ação Penal nº 5045241-84.2015.4.04.7000/PR e da Ação Penal nº 5030883-80.2016.4.04.7000/PR, ambas da 13ª Vara Federal da Seção Judiciária do Paraná, determinando sua substituição por medidas cautelares dela diversas (CPP, art. 319), a serem estabelecidas pelo juízo de origem. 4. Já a autoridade reclamada, ao concluir o julgamento de recurso de apelação do reclamante nos autos da Ação Penal nº 5045241- 84.2015.4.04.7000/PR, determinou a execução provisória da pena a ele imposta tão logo decorridos os prazos para interposição de recursos dotados de efeito suspensivo ou julgados esses, inexistindo, dessa

forma, identidade fática entre o ato reclamado e o julgado na ação paradigma. 5. Ao tratar, no acórdão paradigma, da matriz constitucional da presunção de inocência, foi consignado que seria descabida “a utilização da prisão preventiva como antecipação de uma pena que nem sequer foi confirmada em segundo grau, pois, do contrário, estaria implementando verdadeira execução provisória em primeiro grau”, contrariando, dessa forma, o entendimento fixado pela Corte no HC nº 126.292/SP, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 17/5/16. 6. Essa assertiva a respeito do postulado constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII), no entanto, não obsta, uma vez exaurida a instância recursal, que se execute antecipadamente, em desfavor do condenado, o acórdão penal condenatório, sendo certo que sua custódia, a rigor, não mais se reveste de natureza cautelar, mas sim das características de prisão-pena - vale dizer, sanção imposta pelo Estado pela violação de um bem jurídico penalmente tutelado, a qual exige a formulação de um juízo de culpabilidade em um título judicial condenatório. 7. Interpretação diversa subverteria o próprio entendimento que prevalece na óptica da maioria dos membros da Corte de que essa execução, na forma como colocada, não compromete a presunção de inocência (Tema nº 925 da Repercussão Geral). 8. A presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII) foi abordada no acórdão paradigma sob a perspectiva de que a prisão preventiva, enquanto medida de natureza cautelar, não pode servir ao propósito de antecipação de pena do indiciado ou do réu, como advertido pelo Ministro Celso de Mello. 9. Portanto, a moldura fático-jurídica trazida à colação pelo reclamante não foi objeto de discussão no HC nº 137.728/PR, não havendo, portanto, identidade com o acórdão paradigma. 10. Improcedência da reclamação. 11. Evidenciada coação ilegal passível de ser coarctada por habeas corpus de ofício. 12. Na dicção do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, os juízes e os tribunais têm competência para expedir, de ofício, ordem de habeas corpus quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal. 13. O Supremo Tribunal Federal não se distancia dessa premissa teórica, já que admite, em sede de reclamação constitucional, a implementação de ordem de habeas corpus de ofício no intuito de reparar situações de flagrante ilegalidade devidamente demonstradas. Precedentes. 14. Plausibilidade dos argumentos defensivos a respeito da prescrição (CP, art. 115) e da dosimetria da pena imposta ao reclamante pelas instâncias ordinárias, a qual é objeto de impugnação em sede recursal própria do Superior Tribunal, a quem compete exercer o controle de legalidade dos critérios empregados na dosimetria, bem como operar sua correção, se necessário. Precedentes. 15. Teses jurídicas reportadas que se imbricam intimamente ao quantum de pena e ao regime inicialmente estipulado na condenação do reclamante, sendo mister reconhecer que esses fatos podem fatalmente repercutir, de forma

significativa, em sua atual situação prisional e, por óbvio, em sua liberdade de locomoção, sobretudo quando observada a detração do tempo de prisão cautelar (entre 3/8/15 e 2/5/17) na pena privativa de liberdade, ex vi do art. 42, caput, do Código Penal. 16. O cômputo do tempo de prisão provisória exerce influência não só quanto à imposição do regime inicial do cumprimento da reprimenda corporal, consoante dicção do art. 382, § 2º, do Código de Processo Penal, mas também em relação à progressão de regime antes do trânsito em julgado da condenação, assim admitida pelo Supremo Tribunal Federal nos termos da

Superior Tribunal de Justiça

Agravo regimental no habeas corpus. Execução provisória. Impossibilidade. Recurso de apelação da defesa pendente de julgamento. Suspensão da execução provisória até o esgotamento das instâncias ordinárias. Agravo regimental desprovido.

I - Por ocasião do julgamento do ARE n. 964.246, submetido à sistemática da repercussão geral, o Plenário do col. Supremo Tribunal Federal reafirmou sua jurisprudência no sentido de que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal” (ARE n. 964.246/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavaski, DJe de 25/11/16). II - Assim, está autorizada a execução provisória da pena, sem violação a princípios constitucionais ou a normas legais, após a conclusão do julgamento em segunda instância, ressalvadas as hipóteses em que seja possível a superação do entendimento pela existência de flagrante ilegalidade, seja por meio da concessão de habeas corpus ou atribuindo-se efeito suspensivo a eventual recurso especial ou extraordinário. III - Na hipótese, verifica-se que foi interposto recurso de apelação pela Defesa, ainda não julgado. Assim, não tendo ocorrido o esgotamento das instâncias ordinárias, não se aplica, por enquanto, o precedente fixado pelo col. Pretório Excelso no julgamento do HC n. 126.292/SP, referente à possibilidade de execução provisória da pena. IV - Esta Corte de Justiça já se pronunciou no sentido de que “a soberania dos veredictos não é absoluta e convive em harmonia com o sistema recursal desenhado pela Lei Adjetiva Penal. O fato de a Corte revisora, no julgamento de apelação contra decisão do Tribunal do Júri, não estar legitimado a efetuar o juízo rescisório, não provoca a execução imediata da sentença condenatória, pois permanece incólume a sua competência para efetuar o juízo rescindente e determinar, se for o caso, um novo julgamento, com reexame de fatos e provas.” (RHC n. 92.108/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 14/03/2018). Agravo regimental desprovido.

Súmula nº 716. 17. Habeas corpus concedido de ofício para, excepcionalmente, suspender a execução provisória da pena imposta ao reclamante, até que, nos moldes da compreensão que firmei no HC nº 152.752/PR, o Superior Tribunal de Justiça decida seu recurso.

(STF – 2.ª T. – Rcl. 30245 – rel. **Dias Toffoli** – j. 21.08.2018 – public. 22.11.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5981**)

Jurisprudência compilada por

Roberto Portugal de Biazi e Vivian Peres.

(STJ – 5.ª T. – Ag. Rg. HC 458249/TO – rel. **Felix Fischer** – j. 23.10.2018 – public. 06.11.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5982**)

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 § 4º 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 abolição 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 5983**)

Conflito negativo de competência. Inquérito policial. Justiça federal e justiça estadual. Contrabando de cigarros. Dissenso acerca da necessidade de indícios de transnacionalidade na conduta do agente para fins de fixação da competência da justiça federal. Desnecessidade. Súmula 151/STJ. Orientação que deve prevalecer, a par de precedentes recentes em sentido diverso. Crime que tutela interesse da união.

1. A jurisprudência desta Corte orientava para a competência da Justiça Federal para o julgamento dos crimes de contrabando e descaminho (Súmula 151/STJ), até que julgado (CC n. 149.750/MS, de 26/4/2017), fundado em conflito que debateu crime diverso (violação de direito autoral), modificou a orientação sedimentada, para limitar a competência federal, no caso de contrabando, às hipóteses em que for constatada a existência de indícios de transnacionalidade na conduta do agente. 2. Consolidada a nova compreensão, sobreveio o julgamento do CC n.

159.680/MG (realizado em 8/8/2018), no qual a Terceira Seção entendeu pela competência federal para o julgamento do crime de descaminho, ainda que inexistentes indícios de transnacionalidade na conduta. 3. Tal orientação, no sentido da desnecessidade de indícios de transnacionalidade, deve prevalecer não só para o crime de descaminho, como também para o delito de contrabando, pois resguarda a segurança jurídica, na medida em que restabelece a jurisprudência tradicional; além do que o crime de contrabando, tal como o delito de descaminho, tutela prioritariamente interesse da União, que é a quem compete privativamente (arts. 21, XXII e 22, VII, ambos da CF) definir os produtos de ingresso proibido no país, além de exercer a fiscalização aduaneira e de fronteira. 4. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 4ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, o suscitante.

(STJ – 3.ª S. – CComp. 160748/SP – rel. **Sebastião Reis Júnior** – j. 26.09.2018 – public. 04.10.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5984**)

Recurso especial. Direito penal e processual penal. Imputação de corrupção ativa a um dos recorridos. Imputação de corrupção passiva aos outros dois. Absolvção dos três recorridos nas instâncias ordinárias. Pedido ministerial de condenação. Inviabilidade quanto ao recorrido acusado de corrupção ativa. Exigência explícita, no tipo penal, de “ato de ofício”. Viabilidade quanto aos recorridos acusados do crime de corrupção passiva. Expressão “em razão dela” que não pode ser equiparada a “ato de ofício”. Possibilidade de condenação ainda que as ações ou omissões indevidas não estejam dentro das atribuições formais do funcionário público. Recurso especial parcialmente provido, para condenar os réus que foram denunciados por corrupção passiva.

1. Hipótese em que um dos réus foi absolvido da prática do crime de corrupção ativa (art. 333 do Código Penal) e os outros dois foram absolvidos da prática do crime de corrupção passiva (art. 317 do CP). 2. Ao contrário do que ocorre no crime de corrupção ativa, o tipo penal de corrupção passiva não exige a comprovação de que a vantagem indevida solicitada, recebida ou aceita pelo funcionário público esteja causalmente vinculada à prática, omissão ou retardamento de “ato de ofício”. 3. A expressão “ato de ofício” aparece apenas no caput do art. 333 do CP, como um elemento normativo do tipo de corrupção ativa, e não no caput do art. 317 do CP, como um elemento normativo do tipo de corrupção passiva. Ao contrário, no que se refere a este último delito, a expressão “ato de ofício” figura apenas na majorante do art. 317, § 1.º, do CP e na modalidade privilegiada do § 2.º do mesmo dispositivo. 4. Nem a literalidade do art. 317 do CP, nem sua interpretação sistemática, nem a política criminal adotada pelo legislador parecem legitimar a ideia de que a expressão “em razão dela”, presente no tipo de corrupção passiva, deve ser lida no restrito sentido de “ato que está dentro das competências formais do agente”. 5.

Não é lícito ao intérprete simplesmente pressupor que, no crime de corrupção passiva, o legislador praticou alguma sorte de atecnia, ou que falou menos do que desejava, ou que é possível “deduzir” do dispositivo a exigência de ato de ofício, como se ali estivesse uma limitação implícita ao poder-dever de punir. Ao contrário, a redação do dispositivo constitui nítida opção legislativa direcionada a ampliar a abrangência da incriminação por corrupção passiva, quando comparada ao tipo de corrupção ativa, a fim de potencializar a proteção ao aspecto moral do bem jurídico protegido, é dizer, a probidade da Administração Pública. 6. A desnecessidade de que o ato pretendido esteja no âmbito das atribuições formais do funcionário público fornece uma visão mais coerente e íntegra do sistema jurídico. A um só tempo, são potencializados os propósitos da incriminação - referentes à otimização da proteção da probidade administrativa, seja em aspectos econômicos, seja em aspectos morais - e os princípios da proporcionalidade e da isonomia. Exigir nexo de causalidade entre a vantagem e ato de ofício de funcionário público levaria à absurda consequência de admitir, por um lado, a punição de condutas menos gravosas ao bem jurídico, enquanto se nega, por outro, sanção criminal a manifestações muito mais graves da violação à probidade pública: “o guarda de trânsito que pede dinheiro para deixar de aplicar uma multa seria punível, mas o senador que vende favores no exercício do seu mandato passaria impune” (STF, Voto do Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO no Inq 4.506/DF, p. 2.052). 7. O âmbito de aplicação da expressão “em razão dela”, contida no art. 317 do CP, não se esgota em atos ou omissões que detenham relação direta e imediata com a competência funcional do agente. O crime de corrupção passiva não exige nexo causal entre a oferta ou promessa de vantagem indevida e eventual ato de ofício praticável pelo funcionário público. O nexo causal a ser reconhecido é entre a mencionada oferta ou promessa e eventual facilidade ou suscetibilidade usufruível em razão da função pública exercida pelo agente. 8. O crime de corrupção passiva consuma-se ainda que a solicitação ou recebimento de vantagem indevida, ou a aceitação da promessa de tal vantagem, esteja relacionada com atos que formalmente não se inserem nas atribuições do

funcionário público, mas que, em razão da função pública, materialmente implicam alguma forma de facilitação da prática da conduta almejada. 9. No caso, irrelevante, para a consumação do crime de corrupção passiva, o fato de que aos Recorridos não competia, à época dos fatos, a prática de função inerente ao controle imigratório no Aeroporto Internacional de São Paulo/SP. Mostra-se suficiente à configuração do delito a constatação, presente no acórdão impugnado - e, por conseguinte, imune ao reexame de fatos e provas -, de que “exerciam a função de auxiliar de serviços gerais em empresa concessionária do uso de área destinada a carga e descarga de aeronaves no Aeroporto Internacional de São Paulo”, e de que, em razão dessa função, aceitaram “proposta de vantagem indevida para que auxiliassem o ingresso irregular de estrangeiro em território nacional”. 10. Recurso parcialmente provido para, por um lado, manter a absolvição do Réu acusado por corrupção ativa, e, por outro, condenar os Corréus acusados por corrupção passiva, com determinação de retorno dos autos ao Tribunal de origem para que proceda à dosimetria da pena.

(STJ – 6.ª T. – REsp. 1745410/SP, rel. **Sebastião Reis Júnior** (rel. p/ Acórdão: Laurita Vaz) – j. 02.10.2018 – public. 23.10.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5985**)

Agravo regimental no habeas corpus. Execução penal. Falta grave. Reconhecimento. Procedimento administrativo disciplinar. Imprescindibilidade. Agravo regimental improvido.

1. De acordo com o Enunciado n. 533 da Súmula do STJ, para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado. 2. Agravo Regimental improvido.

(STJ – 6.ª T. – Ag.Rg. HC 459330/PR – rel. **Nefi Cordeiro** – j. 06.11.2018 – public. 22.11.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5986**)

Jurisprudência compilada por

Roberto Portugal de Biazzi e Vivian Peres.

Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Redução a condição análoga à de escravo. Ausência de provas inequívocas para imposição de condenação. Irregularidades e violações à legislação trabalhista não são suficientes para caracterizar o crime capitulado no Artigo 149 do Código Penal quando não se comprova a presença de uma das elementares do tipo: prestação de trabalhos forçados, existência de jornada exaustiva, restrição à liberdade de locomoção em razão de dívida com o patrão

ou condições degradantes de trabalho. Unânime.

(TRF1 – 4.ª T. – AP 0001145-82.2008.4.01.3901 – rel. **Néviton Guedes** – j. 13.11.2018 - **Cadastro IBCCRIM 5987**)

Jurisprudência compilada por

Renato Silvestre Marinho.