

A necessária internacionalização da luta por democracia e direitos humanos

Desde 2017 o Ibccrim vem marcando presença junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Nas sessões 161 e 162, ocorridas em março e maio do ano passado, em Washington e Buenos Aires, respectivamente, o instituto participou de audiências temáticas denunciando as torturas sistemáticas no sistema prisional brasileiro,⁽¹⁾ discutindo a situação dos direitos humanos de adolescentes em conflito com a lei⁽²⁾ e defendendo a independência de operadores do sistema de justiça no país.⁽³⁾

Já em 2018, o instituto se fez presente em duas reuniões de trabalho, que contaram com a presença de membros da CIDH e representantes do Estado brasileiro, para debater as violações de direitos praticadas pelo Grupo de Intervenção Rápida do sistema prisional do Estado de São Paulo, a revista vexatória contra familiares de pessoas presas e as comunidades terapêuticas⁽⁴⁾ que, muitas vezes, misturam proselitismo religioso, internações forçadas de dependentes químicos e práticas torturantes.

Nessas oportunidades, os representantes do instituto puderam expor as visões da organização sobre os temas em questão, adensar o conhecimento institucional sobre o funcionamento prático do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e abrir caminhos para a internacionalização das ações de incidência e litigância estratégica do Ibccrim.

Essas importantíssimas participações, porém, não poderiam ter ocorrido sem a construção de um amplo arco de parcerias para a elaboração dos pedidos de audiência, divulgação dos resultados e compartilhamento dos custos associados a esse tipo de ação.

Por sinal, a ausência de condições financeiras por parte da grande maioria das organizações da sociedade civil – especialmente daquelas que atuam mais próximas dos conflitos sociais – e o déficit de informações sobre os procedimentos práticos da CIDH, bem como sobre os resultados que podem ser esperados, ainda se impõem como verdadeiros obstáculos para a efetiva democratização dessa instância internacional de defesa dos direitos humanos.

Para superar os entraves de acesso à CIDH, estratégias coletivas devem ser aprofundadas buscando-se a interseccionalização de pautas e o compartilhamento de custos, informações, saberes e contatos relevantes. Sobretudo, as ações internacionais, quando necessárias, devem estar estreitamente e coerentemente conectadas com estratégias locais e continuadas de incidência; de outra forma, rapidamente são esquecidas ou tornam-se aventuras custosas e de baixíssimo impacto concreto.

É com esse espírito que o Ibccrim buscará incidir na visita da CIDH ao Brasil, que ocorrerá no presente mês, munindo os comissários com informações relevantes sobre os temas de trabalho do instituto e se fazendo presente nos espaços de diálogo que forem abertos com a sociedade civil.

Diante da atual conjuntura política nacional, que aponta para uma forte ascensão do extremismo político, do populismo penal, da multiplicação das violências LGBTfóbicas, misóginas e racistas, e dos ataques contra as instituições democráticas, os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos nunca foram tão necessários para a construção de contrapontos e a articulação de pressões estratégicas contra esses retrocessos.

Afinal, é a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos,⁽⁵⁾ de 1948, forjada pela luta de incontáveis homens e mulheres por vida e dignidade, que nos lembra permanentemente em seu preâmbulo que o “desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da humanidade”. Que esses fatos jamais se repitam.

Notas

- (1) Gravação da audiência disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=u8KWJKLS190>>.
- (2) Gravação da audiência disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=5U6_O9OcaFY>.
- (3) Gravação da audiência disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ORWlrUocC6E>>.
- (4) Saiba mais em: <<https://www.ibccrim.org.br/noticia/14382-IBCCRIM-participa-de-reuniao-de-trabalho-com-CIDH-sobre-atuacao-do-GIR-revista-vexatoria-e-comunidades-terapeuticas>>.
- (5) Vide: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>.

| Caderno de Doutrina

Cybercrimes: a sextorsão chega ao Brasil
Spencer Toth Sydow _____ 2

Atenuantes, redução da pena e a súmula 231 do STJ
Vitor Raatz Bottura _____ 4

Torpeza ou fraude bilateral no estelionato sob a ótica da vitimodogmática e da autoproteção
Eduardo Luiz Santos Cabette _____ 7

A investigação criminal na reforma do processo penal: a divisão intraprocessual de funções como condição de possibilidade da devida investigação
Eliomar da Silva Pereira _____ 8

Breves considerações acerca da orientação conjunta 1/2018 do Ministério Público Federal: a negociação do acordo de colaboração premiada
Thiago Alessandro Fattori _____ 10

A espetacularização do processo penal e sua contribuição para a instabilidade do Estado Democrático de Direito
Fabrício Fracaroli Pereira e Pedro Luis Fracaroli Pereira _____ 12

Símbolos de ódio e a indústria da moda
Regina Cirino Alves Ferreira de Souza _____ 14

A nova censura na comunicação das massas em conflito com o Estado Democrático de Direito: por um diálogo entre o Direito e o jornalismo
Alan Correia de Almeida _____ 15

| COM A PALAVRA, OS ESTUDANTES

Reflexões sobre a recente manifestação do Supremo Tribunal Federal acerca da (im)prescritibilidade do crime de injúria racial
Adilson Pires Ribeiro e Mariana Goulart _____ 17

| Caderno de Jurisprudência

| JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

Superior Tribunal de Justiça _____ 2157
Claudio Bidino

| JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal _____ 2158
Superior Tribunal de Justiça _____ 2160
Tribunal Regional Federal da 1ª Região _____ 2164

ELEIÇÕES IBCCRIM
10/12/2018 - 12/12/2018

Caro/a Associado/a,

2018 é ano eleitoral no Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM).

Certifique-se da regularidade de sua contribuição associativa para participar da eleição para Diretoria, Conselho e Ouvidoria do Instituto!

A votação será realizada das 10h do dia 10/12/2018 até as 18h do dia 12/12/2018 em ambiente online.

Poderão votar todos/as os/as associados/as não provisórios/as e com suas contribuições associativas em dia.

Informações sobre as candidaturas, inscrições e senha para o voto serão remetidas ao e-mail cadastrado em sua associação.

Não deixe de atualizar seu cadastro junto à Área de Relacionamento do Instituto.

Para saber mais, acesse o edital: <http://bit.ly/EleicoesIBCCRIM>

Ou mande e-mail para: grupoeleitoral@ibccrim.org.br

SEU VOTO É MUITO IMPORTANTE PARA O IBCCRIM!

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 novembro de 2018.

Cybercrimes: a sextorsão chega ao Brasil

Spencer Toth Sydow

2

É notório que a extorsão é um delito patrimonial, previsto no artigo 158 do título II (Dos Crimes Contra o Patrimônio), e que tem como conduta típica o constrangimento de alguém a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa através de uma violência ou grave ameaça.

Ocorre que o tipo possui mais um importante elemento: o intuito de obter para si ou para outrem indevida *vantagem econômica*. Aliás, é esse ponto que torna o tipo patrimonial. Fosse o tipo mais aberto e previsse apenas “indevida vantagem” e ter-se-ia que realocar o tipo em capítulo diverso do dos delitos patrimoniais.

Há quem entenda⁽¹⁾ que apesar de o tipo apontar a vantagem econômica, poder-se-ia considerar amplamente a questão da vantagem. Não nos incluímos nessa pequena parcela.

Exemplo razoavelmente recente do tipo, praticada na virtualidade, é a extorsão criptoviral (ou *ransomware*) em que o agente, utilizando-se de um acesso indevido (não autorizado) do usuário, de brechas de segurança ou de programas que contaminam e infectam a máquina, acessa o sistema alheio, criptografa arquivos e contata o titular dos dados solicitando resgate (*ransom*) para descriptografar o conteúdo.⁽²⁾

O resgate comumente é pedido em criptomoedas (bitcoins, p. ex.) ou em créditos de celular pré-pago, cartões de crédito pré-pagos e assim por diante. Não raro as vítimas pagam o preço para obter a liberação de acesso (disponibilidade). O agente, por buscar obter a vantagem econômica, incorre no tipo do art. 158 do CP.

Mas a nova conduta que tem sido identificada é diferente. Não se busca vantagem econômica. Vejamos o *modus operandi*.

O agente mal-intencionado cria uma conta no Facebook (que pode ou não ser falsa) e entra em redes sociais de encontros casuais

(em especial o Tinder, mas pode valer-se do Grindr, Happn, etc.) buscando por usuários – geralmente mulheres.

Como se trata de aplicativo de encontro, normalmente a pessoa que dele participa está solteira ou tem interesses de relacionamento seja casual ou regular. Isso significa se tratar de usuário/a mais propenso (não necessária, mas estatisticamente) a possuir em seu perfil fotos mais sensuais, mais provocantes ou mais reveladoras com o intuito de chamar a atenção do/a parceiro/a que busca.

Também, por estar buscando a conquista de parceiro/a, é segmento de usuário/a mais propenso a manter conversas mais íntimas, mais sexualizadas e, eventualmente, até a trocar material de conteúdo íntimo (*nudes* ou outros).

O delinquente, com algum conhecimento desses elementos vitimodogmáticos apresentados, busca contas dos aplicativos de encontro que estejam vinculadas com o aplicativo Instagram⁽³⁾⁽⁴⁾ e que sejam públicas.⁽⁵⁾ Obtém, assim, acesso a dezenas de outras fotos do alvo a ser vitimizado, além de um método de entrar em contato com ele/ela: o sistema de comunicação direta *direct*.

Inicia-se então o ardid. O agente faz uma pesquisa de sua vítima, buscando marcações feitas nas fotos postadas e desenha o perfil de seu alvo: quem é seu pai, sua mãe, qual academia frequenta, qual a profissão, onde estuda e assim por diante. Se possível, obtém e-mails e telefones das pessoas próximas da vítima. Todos, dados públicos.

Em seguida captura uma (ou mais) foto da vítima – normalmente sensual – e, utilizando-se dela, faz montagem de conversa no aplicativo de encontros, no WhatsApp ou outro meio simulando uma troca de mensagens de cunho erótico. Em seguida, envia uma mensagem via *direct* informando que tem interesse na vítima.

Quando é bloqueado pela vítima (atitude esperada quando se

recebe um contato de desconhecido revelando intuito relacional), o vitimizador utiliza-se de outra conta para enviar nova mensagem, desta vez de cunho ameaçador e ofensivo. Na mensagem, informa que possui dados sensíveis da vítima, como o nome do melhor amigo ou o e-mail ou telefone de membro da família. O delinquente anexa uma falsa conversa (uma montagem) que inclui uma fotografia sensual da vítima e informa que (a) ou a vítima envia fotos eróticas e de nudez suas (b) ou revelará para seus círculos de amizade, profissionais e de relacionamento a tal conversa.

Como se trata de conversa – ainda que falsa – de cunho revelador, a vítima preocupa-se com as consequências de tal divulgação: haverá prejuízo claro à sua honra e à sua reputação.

Ou a vítima envia o material exigido ou não cede às pressões e nega. Ambas as consequências, porém, têm potencial vitimizador.

O envio do material faz com que o agente passe a ter um material agora legítimo (verdadeiro) da vítima, podendo aplicar novamente o golpe, agora com supedâneo em tal imagem: afinal, ou a vítima continua enviando materiais de tal natureza, ou a foto enviada será potencialmente divulgada, e assim sucessivamente, formando-se um círculo vicioso já revelado na doutrina com o nome de “escravidão virtual”.⁽⁶⁾ Outra alternativa possível é a exigência de sexo real para a não revelação do material sensível da vítima.

O não envio do material pode gerar divulgação do material para grupos relacionados com a vítima. Independentemente da veracidade do material, o prejuízo à honra será constituído e terá o/a usuário/a que enfrentar julgamentos morais, prestar explicações, e eventualmente até encerrar uma perda de emprego e de relacionamentos.

Tal conduta delitual ganhou o nome de “sextorsão” desde que foi revelada em 2003 no Boletim Geral em Medidas Especiais para Proteção contra Exploração Sexual e Abuso Sexual da ONU, porém em contexto diverso.⁽⁷⁾

Por ser uma conduta razoavelmente recente, é provável que em breve os escritórios, delegacias, gabinetes e varas comecem a enfrentar essa realidade.

Há alguns problemas importantes a serem destacados.

O primeiro é o pânico imediato que se instala na vítima numa espiral psicótica. Ela procurará profissionais sem rumo, sem saber o que fazer e sentindo-se na eminência de ser exposta em sua honra e sexualidade. Em sua mente passarão todas as situações em que já manteve possíveis conversas de cunho erótico, as pessoas com quem já se relacionou na busca pela identidade do vitimizador, a possibilidade de envio de material para livrar-se da ameaça e enormes dificuldades de concentração especialmente no trabalho. A cada nova mensagem, não raro a vítima tem ataques de pânico, depressão e desespero.

O segundo problema é a dificuldade de registro da ocorrência. As autoridades policiais não raro argumentam que, por ser crime contra a honra, a queixa crime seria o caminho adequado e não o registro da ocorrência. Aliás, nesse caso, a competência seria especificamente da Justiça Estadual, segundo entendimento do STJ em seu informativo 434, posição da qual discordamos, mas que também está respaldada pelo entendimento firmado pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no CC (Conflito de Competência) 97201.

Ainda na questão da dificuldade de registro da ocorrência, é notório que há casos em que é necessária interferência de advogado para o registro de boletim de ocorrência por questão de vitimização secundária: o agente policial informou que, uma vez tendo a vítima voluntariamente publicado material ou mantido conversa, tratava-se de situação de consentimento do/a ofendido/a.⁽⁸⁾

Desnecessário dizer que não há qualquer consentimento em situação de ardid, em montagem de conversa ou situação em que material trocado venha a servir de ferramenta para a violação de bem jurídico. Também a questão de comportamento vitimal reduz-se a argumento de fixação de pena base por parte de magistrado, não sendo competência de autoridade policial juízo de valor ou prevaricação na negativa de registro de ocorrência por posições subjetivas.

O terceiro problema é a questão da materialização delitiva. Normalmente, os delitos aqui explanados são perpetrados através do

aplicativo Instagram, hospedado nos Estados Unidos da América do Norte. Assim, dois seriam os métodos adequados para se conseguir constituir indícios de materialidade e autoria: uma polícia técnica especializada e capaz de identificar eficazmente os rastros digitais de delitos de tal natureza ou uma cooperação entre Facebook Inc. e Justiça Brasileira no sentido de fornecer dados voluntariamente quando em situações de comprovada violência e/ou delinquência.

Ainda assim, é fundamental compreendermos que o delinquente pode estar em país diverso do Brasil e, assim, resultados práticos em procedimentos criminais na área de Direito Penal Informático não raro são inócuos.

Isso nos leva ao quarto problema, que é a ausência de adequados procedimentos de *digital compliance* ou de procedimentos administrativos para denúncia, com retirada rápida de conteúdo gerador de violações ou de bloqueio e investigação de usuários denunciados como informaticamente violentos, apoio ao usuário comprovadamente vitimizado (até com fornecimento de dados do violador), bem como filtros preventivos verificadores de condutas suspeitas de usuários, com subsequente banimento ou bloqueio via IP.

É fundamental entendermos que, para combater um delito, é preciso compreendê-lo em sua inteireza criminológica. Os motivos que o geram, as consequências que almeja o agente, as características do delinquente, o porquê de a vítima ter sido escolhida, em que contexto ele ocorre, o percentual de sucesso, etc.

Assim, devemos levar em consideração que, na maior parte das vezes, trata-se de uma chantagem vazia, ou seja, a vítima não é especialmente escolhida. O delinquente utiliza-se do potencial multiplicador da informática e dispara dezenas de mensagens idênticas para uma grande quantidade de vítimas indistintamente, com a mesma espécie de montagem, modificando apenas as fotografias. Com base nisso, tem-se que o objetivo da conduta é o de obtenção de material erótico ou pornográfico, com o mínimo de esforço e exposição, explorando a fragilidade vitimal e o possível receio de a ameaça ser verdadeira e haver mácula. A divulgação de mensagens por parte do agente aumenta exponencialmente sua exposição, gera muito mais rastros informáticos, eleva a chance de identificação autoral e, especialmente, não traz qualquer vantagem ao agente.

Contudo, é de se lembrar que crimes de tal natureza são cometidos por conta de exposições que efetivamente ocorreram e que servem de ferramental para a prática. Certos delinquentes, apesar de não terem vantagem, podem simplesmente agir de forma fútil e cometer o ato de divulgação do material, simplesmente pelo sadismo de ver um terceiro ser prejudicado.

O que fazer então em tais casos?

As primeiras recomendações são sempre no sentido de criar-se um plano de contingenciamento (em caso de divulgação ou ameaça de divulgação) e tomar atitudes preventivas que diminuam a exposição futura.

As atitudes preventivas advêm da consciência acerca dos riscos existentes na exposição pessoal. Fotografias reveladoras, uso de aplicativos que revelam uma especial condição da vítima (estar à procura de um encontro, de uma noiva ou de sexo), liberdade para que estranhos se comuniquem e até mesmo a marcação de pessoas da família, amigos e demais informações sensíveis, que deem vantagem estratégica para o agente, devem ser evitados a qualquer custo.

Com exceção de pessoas que precisam profissionalmente, deve-se evitar o uso de redes sociais abertas (públicas), de marcações que revelem geograficamente os locais frequentados e fotos que possam ser interpretadas como provocativas.

Assim, na questão do contingenciamento, temos (i) o registro de um Boletim de Ocorrência por delito contra a honra que pode ser feito quando da realização da divulgação (injúria e difamação), bem como por delito de constrangimento ilegal (tentado ou consumado), (ii) a imediata denúncia da mensagem no aplicativo, através do botão “denunciar”, e a explicação dos motivos, (iii) o movimento de alerta dos círculos de intimidade, profissionais e pessoais no sentido de explicar o delito sofrido e afirmar da inverdade dos apontamentos e

da montagem, (iv) a identificação da/s imagem/ns que foi utilizada para a aplicação do golpe e subsequente retirada, (v) se possível, a transformação da conta de perfil público para conta de perfil privado e (vi) se possível, a cessação do uso de aplicativos de encontro ou a mudança da configuração para desvincular fotografias de Instagram.

No final, o delito aqui apresentado tende a permanecer no ambiente virtual apenas se as vítimas responderem às ameaças e cederem à pressão, enviando fotografias íntimas. Caso haja uma educação digital generalizada, uma consciência e uma sublimação de tal atividade, não sendo dada importância para a tentativa, a conduta tende a diminuir a ponto de praticamente se extinguir.

Até se atingir esse nível, porém, é importante a compreensão dessa novidade e a preparação para reagir.

Notas

- (1) MIRABETE, Júlio Fabrini. *Manual de direito penal*. v. 3, São Paulo: Atlas, 2012. p. 315. CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. v. 3, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 421.
- (2) Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/blogs/sua-oportunidade/pequenas-viram-alvo-frequente-de-sequestro-de-dados/>>. Acesso em: 14 jun. 2018, 18:27hs.
- (3) O aplicativo é um serviço de rede social de compartilhamento de fotografias e vídeos, de propriedade da Facebook Inc., lançado em 2010 e que permite o upload desses materiais pelos usuários, utilizando-se inclusive de filtros e organizando as postagens em tags (hashtags) e informações de localização.
- (4) O objetivo de selecionar-se as contas com vínculo ao Instagram é prescindir do movimento informático de manifestar interesse no usuário através do aplicativo de encontros (representado por um movimento chamado de “like” ou “swipe right” ou “unilateral match”). Os aplicativos possuem um sistema em que ambos os usuários precisam manifestar interesse (um no outro) para que possa se iniciar uma troca de mensagens. É um movimento estratégico do agente e que tem por objetivo diminuir a chance de identificação do golpe, além de gerar vantagens do elemento surpresa.
- (5) O aplicativo Instagram permite que o usuário tenha um conta pública ou privada. A conta privada exige que o usuário interessado solicite autorização para se vincular e se conectar com o usuário (“seguir”) para, apenas após aprovação, poder ver fotos e entrar em contato via mensagens (via *direct*). A conta pública permite que qualquer usuário veja as fotos e envie mensagens (via *direct*) – que, contudo, vão para uma

pasta apartada denominada “outros”, ou seja, as mensagens enviadas por pessoas que não são seguidoras (não estão formalmente vinculadas e relacionadas com o usuário) ficam armazenadas separadamente, aguardando permissão pelo usuário.

- (6) Nesse sentido: <<https://iapp.org/news/a/why-sex-tortion-is-part-of-a-larger-privacy-and-cybersecurity-issue/>>. Também em artigo publicado na *Revista Jurídica Consulex*, n. 474, 15 out. 2016.
- (7) O boletim visava enfrentar as notícias de abusos praticados pelos próprios *peacekeepers* da ONU, veiculadas após as intervenções das forças de paz na guerra da Bósnia e do Kosovo, e nos conflitos da Guiné, Libéria e Serra Leoa, que condicionavam os auxílios a favores sexuais daqueles em condição de miséria ou calamidade.
- (8) Ainda não verificamos o argumento da autocolocação de vítima em risco, mas que também descabe no caso concreto, apontado por conta de a legislação brasileira encarar tal figura ou em situação de consentimento do ofendido/ causa supralegal de exclusão de ilicitude ou apenas como critério de fixação de pena base. Alguns doutrinadores como Schunemann defendem, baseados na teoria funcionalista, que a autocolocação poderia, em alguns casos, excluir a própria tipicidade.

Referências

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*, v. 4 – 2. ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2006.
- CASTRO, Ana Lara Camargo de; SYDOW, Spencer Toth. *Exposição pornográfica não consentida na internet: da pornografia de vingança ao lucro*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- SYDOW, Spencer Toth. *Crimes informáticos e suas vítimas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <http://www.iawj.org/iawj_international_toolkit_final.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2015.
- Disponível em: <<https://cdu.unlb.org/Portals/0/PdfFiles/PolicyDocC.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2015.

Spencer Toth Sydow

Doutor e mestre em Direito Penal pela USP.

Professor de graduação e pós-graduação.

Advogado.

Atenuantes, redução da pena e a súmula 231 do STJ

4

Vitor Raatz Bottura

1. Da individualização da pena

A Constituição Federal brasileira consagrou como um dos direitos e garantias individuais em matéria penal o princípio da individualização da pena, que possui suas raízes na Idade Média, através dos ensinamentos de **Cesare Bonesana**, o **Marquês de Beccaria**, autor do livro *Dos delitos e das penas*, obra que revolucionou o pensamento da época, firmando um contraponto aos abusos do poder arbitrário e discricionário dos magistrados, atacando a pena de morte, acusações secretas, além das torturas para obtenção de confissões, comumente aplicados às pessoas acusadas de práticas criminais, buscando que a pena aplicada no caso em concreto fosse realmente adequada ao crime imputado e à pessoa apenada, de forma que a pena cumprisse suas missões e funções dentro da sistemática na qual foi concebida, como não pode ser diferente nas democracias modernas.

Como corolário de uma aplicação democrática do poder de punir do Estado, o princípio constitucional da individualização da pena se mostra imprescindível, pois não seria possível padronizar as penas para cada tipo penal e não levar em conta as diversas circunstâncias envolvidas na prática de um crime. Não se pode igualar os desiguais, pois nem sempre a mesma resposta punitiva do Estado é a solução para duas pessoas que cometerem idênticos delitos, visto que muitas vezes todo o contexto envolvido na execução e seus desdobramentos exigem diferentes formas e graus de reprovabilidade para uma

adequada aplicação da lei penal.

Podemos destacar três momentos decorrentes do princípio da individualização da pena. Existe o momento legislativo, ou seja, a elaboração do tipo penal conforme o processo legislativo, em que ocorre a criação da conduta que será considerada delituosa e estabelece-se a pena em abstrato correspondente, fixando um mínimo e um máximo. Tem-se então a individualização judicial, feita pelo magistrado no caso concreto, estabelecendo a pena adequada para o delito cometido e o regime inicial de cumprimento, sempre dentro dos critérios estabelecidos pela Constituição Federal e pela lei penal. Por fim, a individualização executória, ou seja, a garantia do fiel cumprimento da pena imposta, conforme estabelece a legislação, em local específico, conforme a natureza do delito, a idade e o sexo. Além do que, com o tempo, a pena vai sofrendo alterações, seguindo-se a possibilidade de progressão de regime, livramento condicional, indulto, entre outros fatores.

Nessa esteira, nossa legislação definiu a forma de cálculo da pena criminal, dentro de critérios objetivos e que, não sendo cumpridos, tornam passível de anulação essa sentença desconforme, devendo ser calculada novamente nos ditames estabelecidos. O art. 59 do Código Penal determina o caminho que deverá percorrer o magistrado para determinar a pena-base e o regime de cumprimento. Como decorrência, o art. 68 estabelece o método trifásico de cálculo da

pena, determinando que, depois de estabelecida a pena-base, serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; e, por fim, as causas de diminuição e de aumento.

Dentro da discricionariedade peculiar e necessária para uma efetivação real da individualização da pena, o juiz utilizará as informações constantes nos autos do processo como base e fundamento para o *quantum* aplicado. Importante destacar que as variações na segunda e terceira fases do cálculo não são uma faculdade do magistrado, mas uma imposição legislativa, pois existem critérios objetivos definidos no texto legal; uma vez preenchidos os requisitos, torna-se imperativa sua aplicação, tanto para aumento de pena quanto para sua diminuição.

É esse imperativo assim o é, pois as circunstâncias atenuantes tratam de situações que demonstram menor grau de culpabilidade ou demonstram diminuídas as condições de imputabilidade. Nessa linha, assim define o saudoso jurista **Aníbal Bruno**⁽¹⁾: “Atenuam a pena circunstâncias em que se apresenta diminuída a culpabilidade, ou porque se encontram enfraquecidas as condições em que se funda a imputabilidade, por particular posição biológica do agente, ou por uma situação escusável de erro, ou pela diminuta importância da participação do agente na ação punível, ou pelo motivos que a ele o determinam e que atenuam a reprovabilidade do seu ato, ou porque procurou anular ou diminuir as suas consequências, ou porque o fez por impulso de um estado emotivo imperioso e justificado sob influência de multidão em tumulto nas condições previstas na lei, ou porque veio ao encontro da ação da justiça, confessando espontaneamente seu crime.”

2. Da redução abaixo do mínimo legal e a súmula 231⁽²⁾ do STJ

2.1. Posição contrária

Importante destacar que diversos juristas sustentam não ser possível a redução da pena abaixo do mínimo legal na segunda fase da aplicação da pena, mesmo diante da configuração de circunstâncias atenuantes específicas (art. 65, CP) ou genéricas (art. 66, CP), apesar de não existir nenhuma menção expressa no texto legal. Dessa forma, trazemos alguns desses posicionamentos e suas fundamentações.

Comungando da mesma visão, o jurista e professor **Alberto Silva Franco**⁽³⁾ também defende não ser possível a redução: “Não há confundir a circunstância atenuante com a causa redutora de pena (o chamado privilégio). Esta é uma hipótese quer da parte geral, quer da parte especial do Código Penal, na qual o legislador autoriza uma diminuição de pena em quantidade fixa ou dentro de limites favoráveis. Nesse caso, apenas será aplicável a causa de diminuição de pena e esta poderá acarretar uma redução punitiva que não fica marginada pelo mínimo legal”.

Tratando do tema como uma forma de impedir que o magistrado tenha poderes irrestritos no momento de estabelecer a quantidade da pena a ser aplicada no caso concreto, o professor e procurador de justiça **Paulo César Busato**⁽⁴⁾ assim fundamenta sua posição: “Sustenta-se ainda que não existe nenhum impedimento legal ou constitucional para que as circunstâncias atenuantes conduzam a fixação da pena de prisão aquém do mínimo legal. O impedimento legal tampouco existe para as agravantes. O impedimento aqui, não é legal, é lógico, pois tornaria ilimitado o poder do juiz, a ponto de poder aumentar indiscriminadamente a pena, ou reduzi-la a zero”.

O legislador em nenhum momento delimitou que a pena não poderia ser fixada abaixo do mínimo legal; e essa limitação, como já dito anteriormente, não se justifica no texto legal; contraria diretamente o conteúdo lógico do princípio da legalidade, de forma que diversos juristas vêm defendendo com firmeza a possibilidade da diminuição abaixo do mínimo legal.

2.2. Posição favorável

Nessa esteira, vamos tratar da Súmula 231, do colendo Superior Tribunal de Justiça, que afirma não ser possível a pena ser reduzida abaixo do mínimo legal na segunda fase da aplicação da pena por

uma circunstância atenuante, específica ou genérica.

Usando como exemplo a confissão, temos como depreendido do art. 65, inciso III, alínea “d”, a configuração de uma atenuante, independentemente da pena base fixada pelo magistrado. Sendo assim, mister se faz a minoração da pena final estipulada, pois criou-se um direito subjetivo em razão do efeito gerado pelo reconhecimento de uma das atenuantes, sentidas de maneira diversa conforme sua natureza e sua abrangência no processo.

O professor **Salvo de Carvalho**⁽⁵⁾ nos ensina que: “Com a Reforma de 1984 a simples confissão da autoria do crime é suficiente para a atenuação da pena, mesmo que o delito já tenha sido formalmente imputado ao confidente, por ocasião da investigação policial (indiciamento) ou da propositura da ação penal (denúncia ou queixa-crime). Decorrencia lógica da afirmação é o fato de não haver qualquer tipo de incompatibilidade da confissão mesmo nos casos em que a pessoa é presa em flagrante delito”.

A não aplicação da redução ensejará a possibilidade de ocorrerem algumas situações que não se mostram alinhadas a uma justa aplicação do direito e de uma coerente imposição da pena. Assim, imaginamos que duas pessoas são presas e processadas e, no desenrolar da ação penal, uma delas confessa o crime e a outra não. Sendo ambas condenadas na pena mínima, a pessoa que colaborou com a justiça assumindo a prática delitiva terá a mesma punição da pessoa que não efetivou nenhuma contribuição. Tal situação, não se mostra compatível com nosso ordenamento jurídico, em razão da previsão legal da redução pela confissão; e também não se mostra razoável, pois foram punições iguais para duas situações diferentes, tendo como base dessa igualdade a punição mais pesada.

Outrossim, o *caput* do art. 65 do Código Penal impõe a aplicação das atenuantes ao afirmar que todas elas “sempre” diminuirão a pena, ficando clara a intenção do legislador, de forma que a vedação da redução somente poderia ocorrer se expressamente prevista no texto legal, não podendo, de maneira nenhuma, ser realizada uma interpretação restritiva para afastar um direito subjetivo do apenado. Ainda mais, esse impedimento da redução aquém do mínimo legal afronta de forma direta o princípio constitucional da individualização da pena. Não pode uma súmula, que não tem o alcance de uma norma legal editada mediante o processo legislativo, invadir o campo discricionário do juiz competente, sendo o mesmo responsável e o indicado para analisar as circunstâncias inerentes e extraídas de toda instrução processual com vias de permitir a aplicação da pena adequada, justa e proporcional, com todas as peculiaridades e desdobramentos dos arts. 59 e seguintes do Código Penal.

Destacamos também a lição do procurador da República **Paulo Queiroz**⁽⁶⁾, que assim expressa seu posicionamento sobre a aplicação justa da pena no caso concreto: “O que realmente importa é aplicar uma pena justa para o caso, proporcional ao delito, conforme as múltiplas variáveis que o envolvem, e fundamentadamente, ainda que para tanto tenha de fixá-la aquém do mínimo legal; legítima é a fixação de pena abaixo do mínimo legal, portanto. Com maior razão, legítima será a aplicação da pena abaixo do mínimo legal se houver circunstâncias atenuantes em favor do condenado, como já reconheceu o (então) ministro Cernicchiaro,⁽⁷⁾ contrariando a Súmula 231 do STJ, que ainda hoje dispõe: ‘A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal’”.

Seguindo esse mesmo caminho, o jurista **Cezar Roberto Bitencourt**⁽⁸⁾ afirma que: “No entanto, a individualização da pena, segundo a Constituição (art. 5º XXXIX e XLVI), encontra seus limites na lei ordinária. Por isso, é inconstitucional deixar de observar os limites legais, por violar os princípios da pena determinada e de sua individualização, incluindo-se nessa vedação deixar de aplicar atenuante legal, mesmo sob o pretexto de que a pena-base não pode ser fixada abaixo do mínimo cominado, posto que o art. 65 determina que as atenuantes ‘são circunstâncias que sempre atenuam a pena’. Em outros termos, a aplicação das atenuantes é sempre obrigatória”.

Corroborando nosso posicionamento sobre a redução abaixo do mínimo legal, trazemos ainda os ensinamentos do professor **Luiz**

Regis Prado,⁽⁹⁾ que assim leciona: “As circunstâncias agravantes ou atenuantes não podem, em tese, conduzir à fixação da pena abaixo ou acima, respectivamente, dos limites mínimo e máximo abstratamente cominados. Entretanto, se na determinação da quantidade da pena-base aplicável o juiz deve ater-se aos limites traçados no tipo legal de delito (art. 59, II), uma vez que fixada aquela, passa-se à consideração das circunstâncias atenuantes e das agravantes, em uma segunda fase, conferindo ao juiz a possibilidade de aplicar pena inferior ao limite mínimo, já que o art. 68 não consigna nenhuma restrição”.

Assim, discordamos dos posicionamentos que sustentam a possibilidade de vedação da redução aquém do mínimo legal e do teor do verbete da súmula 231 do STJ, pois não se mostra em consonância ao nosso sistema jurídico, tendo em vista que não existe nenhum mandamento legal que sustente tal vedação; muito pelo contrário, ela colide frontalmente com os princípios constitucionais da legalidade e da individualização da pena, ficando demonstrada explicitamente sua inconstitucionalidade.

3. Das agravantes

Segundo o mesmo raciocínio, mas em direção oposta, o Código Penal estabelece mediante um rol taxativo de possibilidades, em seus arts. 61, e 62, as circunstâncias agravantes, situações classificadas como de maior reprovabilidade, razão pela qual aumentam a pena a partir da pena-base, na segunda fase do cálculo da pena, de modo que também surge a possibilidade de aumento acima do *quantum* máximo estipulado em abstrato e uma analogia com a redução nas circunstâncias atenuantes.

Diferentemente das atenuantes, conforme já exposto, traremos as razões pelas quais não se permite o aumento acima do limite máximo previsto na pena em abstrato, em que pese a presença do advérbio “sempre” no *caput* do art. 61 do Código Penal.

Inicialmente, cumpre salientar que a interpretação proposta no sentido de permitir a redução abaixo do mínimo legal mediante as atenuantes se mostra diretamente alinhada com o princípio da legalidade, pois claramente não viola de nenhuma forma a Constituição ou o regramento legal vigente. De outra parte, tratando-se das agravantes, o aumento superior a máximo violaria o princípio da legalidade; o corolário lógico desse princípio pressupõe sua existência como um escudo protetor do cidadão ante o rigor do poder punitivo exercido pelo Estado; pressupõe também não garantir o poder punitivo do Estado contra a liberdade do indivíduo.

Importante destacar a relevantíssima importância do princípio da legalidade como um freio impeditivo do abuso e do arbítrio estatal, uma verdadeira garantia contra o uso excessivo ou indeterminado do poder punitivo. Trazemos novamente uma lição, a do dr. **Paulo César Busato**⁽¹⁰⁾: “O limite que impõe este princípio formal condiciona a atuação do Estado durante todo o processo criminal; isto é, influi na forma do estabelecimento da lei, dos delitos e de suas penas, de seus procedimentos e da forma de cumprimento das penas. As exigências que derivam da *lex previa*, *lex scripta*, *lex stricta* e da *lex certa* constituem todo um referente garantista que confronta a vocação arbitrária do Estado”.

Nesse compasso, traz luz a essa posição a doutrina dos professores **Eugênio Pacelli de Oliveira** e **André Luís Callegari**⁽¹¹⁾: “Caberia, então, objetar: mas também o art. 61, CP, ao cuidar das agravantes, afirma que estas sempre agravarão a pena. Verdade.

Todavia, impende observar que a interpretação ora proposta em relação às atenuantes não viola qualquer norma legal ou constitucional, enquanto a identidade de tratamento com referência às agravantes implicaria o desrespeito frontal ao princípio da legalidade. De fato, uma coisa é deixar-se à discricionariedade do juiz a fixação de uma pena abaixo do mínimo; outra, materialmente diferente, é permitir que ele o faça para ultrapassar o juízo abstrato de reprovação máximo do fato criminoso (além, é claro, de eventuais causas de aumento). No segundo caso, sobriam razões de política criminal para impedir semelhante possibilidade, já que, por primeiro, quaisquer finalidades preventivas da pena jamais poderão superar a

culpabilidade do agente, o que não se aplicaria à hipótese de redução abaixo do mínimo”. (grifos originais)

De outra parte, contestando quem utiliza a proibição do aumento pelas agravantes para justificar a não redução pelas atenuantes, o jurista e professor **Juarez Cirino dos Santos**⁽¹²⁾ assim nos ensina: “(...) o critério dominante quebra o princípio da igualdade legal, (no concurso de pessoas, o corréu menor de 21 anos é prejudicado pela fixação da pena no mínimo legal, com base nas circunstâncias judiciais), porque direitos definidos em lei não podem ser suprimidos por aplicação invertida do princípio da legalidade. Aliás, a proibição de reduzir abaixo do limite mínimo cominado, na hipótese de circunstâncias atenuantes obrigatórias, constitui analogia in malam partem, fundada na proibição de circunstâncias agravantes excederem o limite máximo da pena cominada – precisamente aquele processo de integração do Direito Penal proibido pelo princípio da legalidade. Mais não é preciso dizer”.

Recente acórdão⁽¹³⁾ do egrégio Tribunal de Justiça do Paraná convalidou a redução abaixo do mínimo legal realizada em decisão do magistrado de 1º grau. Segue: “EMENTA: I – APELAÇÃO CRIMINAL. II – DELITO CONTIDO NOS ARTIGOS 12 E 15, CAPUT, DA LEI Nº 10.826/2003. POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E DISPARO DE ARMA DE FOGO. III – APLICAÇÃO DA PENA BASE ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE FERE OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA QUE DEVE TER SUA APLICAÇÃO MANTIDA. IV – EXCLUSÃO DE OFÍCIO DA IMPOSIÇÃO DE PENA SUBSTITUTIVA PARA CUMPRIMENTO DO REGIME ABERTO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 493 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. V – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DEFERIMENTO PARA DEFENSOR DATIVO EM FUNÇÃO DA ATUAÇÃO EM SEGUNDO GRAU. POSSIBILIDADE. VI – RECURSO DESPROVIDO E SENTENÇA ALTERADA DE OFÍCIO.”

Trazemos também um acórdão⁽¹⁴⁾ do egrégio Tribunal Federal da 1ª Região, seguindo a mesma linha de raciocínio: “APLICAÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO-LEGAL. POSSIBILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA CONFIGURADA. (...) O inciso XLVI do art. 5º da Carta Política estabelece o princípio da individualização da pena que, em linhas gerais, é a particularização da sanção, a medida judicial justa e adequada a tornar o sentenciado distinto dos demais. Assim, o Enunciado nº. 231 da Súmula do STJ, ao não permitir a redução da pena abaixo do mínimo legal, se derivada da incidência de circunstância atenuante, data venia, viola frontalmente não só o princípio da individualização da pena, como, também, os princípios da legalidade, da proporcionalidade e da culpabilidade. 6. Em consonância com a Constituição Federal de 1988 (Estado Constitucional e Democrático de Direito), e à luz do sistema trifásico vigente, interpretar o art. 65, III, “d”, do Código Penal – a confissão espontânea sempre atenua a pena –, de forma a não permitir a redução da sanção aquém do limite inicial, data venia, é violar frontalmente não só o princípio da individualização da pena, como também os princípios da legalidade, da proporcionalidade e da culpabilidade. (...)”

4. Conclusão

Assim, tomando como base os regramentos constitucionais e a preservação harmônica do sistema jurídico penal, não podemos considerar possível e viável o impedimento da incidência das circunstâncias atenuantes na segunda fase da individualização da pena, independentemente do *quantum* estipulado pelo magistrado na fixação da pena-base, pois direito subjetivo do réu é imperativo legal conforme disposição expressa do art. 65 do Código Penal, condição indispensável para uma regular e justa aplicação da pena.

Data venia os posicionamentos contrários acima expostos, apesar de configurarem posição majoritária, em nossa visão, tratam-se de interpretação equivocada, pois colidem frontalmente com a individualização da pena e a legalidade; além de impedir uma adequação da pena objetiva e subjetivamente ao caso concreto, também criam uma barreira *contra legem*, colocando

um impedimento atentatório aos direitos e garantias fundamentais onde a legislação não permite. Portanto, mesmo respeitando os argumentos contrários, discordamos dos fundamentos apresentados e não acreditamos ser a interpretação correta e em consonância com nosso ordenamento jurídico.

Notas

- (1) BRUNO, Aníbal. Direito penal – parte geral: pena e medida de segurança. Tomo 3.. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.81
- (2) Súmula 231 do STJ: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.”
- (3) FRANCO, Alberto Silva. Código penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 373.
- (4) BUSATO, Paulo César. Fundamentos para um direito penal democrático. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 888.
- (5) CARVALHO, Salo de. Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 423
- (6) QUEIROZ, Paulo. Direito Penal: parte geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 366
- (7) “RESP – PENAL – PENA – INDIVIDUALIZAÇÃO – ATENUANTE – FIXAÇÃO ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL – O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (CONSTITUIÇÃO, ART. 5., XLVI) MATERIALMENTE, SIGNIFICA QUE A SANÇÃO DEVE CORRESPONDER ÀS CARACTERÍSTICAS DO FATO, DO AGENTE E DA VÍTIMA, ENFIM, CONSIDERAR TODAS AS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. A COMINAÇÃO, ESTABELECEndo GRAU MÍNIMO E GRAU MÁXIMO, VISA A ESSE FIM, CONFERINDO AO JUIZ, CONFORME O CRITÉRIO DO ART. 68, CP, FIXAR A PENA “IN CONCRETO”. A LEI TRABALHA COM O GÊNERO. DA ESPÉCIE, CUIDA O MAGISTRADO. SÓ ASSIM, TER-SE-Á DIREITO DINÂMICO E SENSÍVEL À REALIDADE, IMPOSSÍVEL DE, FORMALMENTE, SER DESCRITA EM TODOS OS PORMENORES. IMPOSIÇÃO

- AINDA DA JUSTIÇA DO CASO CONCRETO, BUSCANDO REALIZAR O DIREITO JUSTO. NA ESPÉCIE “SUB JUDICE”, A “PENA BASE” FOI FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. RECONHECIDA, AINDA, A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA (CP, ART. 65, III, D). TODAVIA, DESCONSIDERADA PORQUE NÃO PODERÁ SER REDUZIDA. ESSA CONCLUSÃO SIGNIFICARIA DESPREZAR A CIRCUNSTÂNCIA. EM OUTROS TERMOS, NÃO REPERCUTIR NA SANÇÃO APLICADA. OFENSA AO PRINCÍPIO E AO DISPOSTO NO ART. 59, CP, QUE DETERMINA PONDERAR TODAS AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME.” (REsp 151.837/MG, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, SEXTA TURMA, julgado em 28/05/1998, DJ 22/06/1998, p. 193)
- (8) BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. v. 1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 636.
- (9) PRADO, Luiz Régis. Curso de direito penal brasileiro: parte geral. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 580.
- (10) BUSATO, op. cit., p. 146.
- (11) PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. Manual de direito penal: parte geral. São Paulo: Atlas, 2015. p. 499.
- (12) CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito penal: parte geral. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 554.
- (13) TJ-PR, Rel. Des. Jorge de Oliveira Vargas, ACR nº 0002425-25.2015.0.16.0140, Origem Vara Criminal de Quedas do Iguaçu, 25/05/2018.
- (14) ACR 200634000260137, JUIZ TOURINHO NETO, TRF1 - TERCEIRA TURMA, e-DJF1 DATA: 28/10/2010.

Vitor Raatz Bottura

Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela PUCSP.
Graduado pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.
Advogado.

Torpeza ou fraude bilateral no estelionato sob a ótica da vitimodogmática e da autoproteção

Eduardo Luiz Santos Cabette

O crime de estelionato é previsto no artigo 171 do CP, e consiste, em linhas gerais, na indução ou manutenção de alguém em erro, para o fim de obtenção de indevida vantagem patrimonial em prejuízo da vítima.

Há discussão doutrinária a respeito da chamada “fraude ou torpeza bilateral”. Isso ocorre quando a própria vítima do estelionato também atua com má-fé. São os conhecidos casos do “bilhete premiado” e outros golpes que somente funcionam quando a pessoa visada pelo agente também obra de maneira torpe.

Rogério Greco apresenta e se filia à tradicional doutrina de **Nelson Hungria**, entendendo que “nesses casos, não seria possível a punição do agente pelo crime de estelionato”. Não obstante, o próprio autor reconhece que o entendimento majoritário é “pela existência do delito de estelionato, não importando a má-fé do ofendido, ou seja, se sua finalidade também era torpe (ilegal, imoral etc.)”.⁽¹⁾ **Andreucci** afirma categoricamente que a “torpeza bilateral não descaracteriza o estelionato”.⁽²⁾

Mirabete e **Fabbrini**, com fulcro nas lições de **Vincenzo Manzini**, **Edgard Magalhães Noronha**, **Heleno Fragoso** e **Bento de Faria**, também destacam o predomínio doutrinário no sentido de “ocorrer estelionato na fraude bilateral”. O mesmo vale, conforme expõem os autores, para a jurisprudência pátria dominante, a qual indica “que a torpeza simultânea não exclui o delito nem pode erigir-se em causa de isenção penal”.⁽³⁾ No mesmo diapasão, **Celso Delmanto** indica a prevalência da jurisprudência no sentido de não desnaturação do estelionato pela torpeza bilateral, inclusive com decisão do Supremo Tribunal Federal.⁽⁴⁾

Na mesma senda, se apresenta o escólio de **Nucci**, para quem a

“torpeza bilateral em tese não afasta o delito, pois o tipo penal não exige que a vítima tenha boas intenções”.⁽⁵⁾ Não obstante, o mesmo autor afirma anteriormente que, quando a vítima “se deixar envolver, por mera desatenção de sua parte”, é defensável o entendimento da não configuração do delito.⁽⁶⁾

Esse vislumbre do autor brasileiro, embora não chegue a mencionar a fonte, é coincidente com o que se tem atualmente visto defender na dogmática estrangeira a respeito da aplicação da chamada “vitimodogmática” e da consideração da possibilidade de “autoproteção” da vítima para formar a convicção sobre a ocorrência ou não de infração penal. Sabe-se que a vitimodogmática trata especialmente do comportamento da vítima como precipitador da conduta criminoso, bem como das consequências desse fato. **Oliveira**, com fulcro nos entendimentos de **Manuel Cancio Meliá** e **Jesús María Silva Sánchez**, aponta como central na discussão vitimodogmática o estudo do comportamento da vítima no seio da ciência penal e como em que medida esse comportamento pode influir na determinação da responsabilidade do autor do crime.⁽⁷⁾

Uma autora como **Tatjana Hörnle** trata da questão exatamente tendo como paradigma o crime de estelionato, indicando a necessidade de verificar o comportamento da vítima e sua atuação efetiva ou não em autoproteção do próprio patrimônio para chegar a uma conclusão positiva sobre a configuração delitual: “Aun cuando se este de acuerdo que en la Parte Especial del CP alemán es necesaria, por ejemplo, una prohibición penal bajo la rubrica de ‘estafa’,⁽⁸⁾ queda por discutir si y en su caso cómo repercute un grave descuido de la autoprotección por parte de la víctima en casos concretos”.⁽⁹⁾

A vitimodogmática no bojo da literatura jurídico-penal alemã tem estudado a projeção da autoproteção com relação à solução de

problemas de interpretação de certos tipos penais. Há grande destaque dessa discussão no que tange ao crime de estelionato ou outras fraudes patrimoniais, de forma que se tem considerado que a existência de uma séria dúvida quanto à presença de fraude contra si por parte da vítima, e sua inércia em apurar devidamente a situação, a tornaria indigna de proteção penal.⁽¹⁰⁾

Assim sendo: “Conforme a un modelo de sociedad contractual, el Estado únicamente tendrá reconocido el uso de la pena cuando tanto las otras posibilidades de intervención estatal como las posibilidades de protección independiente de los bienes jurídicos alcancen sus límites. En primer lugar, según **Schünemann**, el próprio ciudadano debe mantener la disponibilidad sobre sus bienes jurídicos; así, solo necesita al Estado cuando fracasa su autoprotección. Sólo en esta medida el contrato social autoriza el uso de un poder penal”.⁽¹¹⁾

Entretanto, não é totalmente pacífico, mesmo dentre os defensores da aplicação das considerações vitimodogmáticas acima expostas, qual seria a melhor construção de uma solução para a interpretação e aplicação dos tipos penais em situações de negligência vitimal em relação à autoproteção de bens jurídicos.

Há objeções quanto a uma suposta divisão do injusto entre o autor e a vítima, de tal forma que, mesmo havendo o cometimento do ilícito, não reste reprimenda a aplicar ao seu autor. Nesse passo, se o autor infringiu um tipo penal existente, restaria inevitavelmente o “desvalor da conduta de desrespeito da norma”. E se o tipo penal existe com a função de proteção dos bens jurídicos das vítimas, havendo sua infração não seria admissível uma suposta “compensação” com a desatenção vitimal ante as possibilidades de autoproteção. Disso resultaria que o fato de a vítima renunciar ou negligenciar à sua autoproteção, pode conduzir a uma redução do injusto, mas jamais à sua supressão. Ocorre que, mesmo diante dessas objeções, não se descarta de forma geral e peremptória uma possível “renúncia ao castigo”. Tal renúncia ainda seria possível sempre que o “desvalor do resultado” da conduta fosse insignificante, diante da diminuição do injusto ocasionada pela omissão de autoproteção por parte da vítima.⁽¹²⁾

Parece bastante claro que, de acordo com esse pensamento, uma negligência vitimal tal que chega ao ponto de haver, por parte da vítima, uma atuação de má-fé (torpeza ou fraude bilateral no estelionato), sem a qual o ilícito jamais se consumaria, levaria certamente a um afastamento da configuração do tipo penal ou, no mínimo, a uma redução tal do injusto, apta a impedir a aplicação de pena ao autor. Como afirma **Hörnle**, seria o caso de permitir a renúncia à pena ou, ao menos, sua

diminuição considerável sempre que o vitimado, apesar de conhecer o risco a que estava se submetendo, acaba omitindo o cuidado possível e razoável apto a evitar danos.⁽¹³⁾

Conclui-se que, apesar de praticamente assentado, de forma quase unânime, na doutrina e jurisprudência brasileiras que a fraude ou torpeza bilateral não desnatura o estelionato, esse pensamento é passível de reavaliação crítica diante de argumentos dogmáticos encontráveis dentre autores alemães, bem como também na doutrina brasileira, a exemplo da clássica lição de **Nelson Hungria**, abraçada por **Rogério Greco** e da intuição de **Nucci** ao destacar a importância da “absoluta desatenção da vítima” como elemento capaz de desconfigurar o estelionato.

Notas

- (1) GRECO, Rogério. *Código penal comentado*. 11ª. ed. Niterói: Impetus, 2017. p. 677.
- (2) ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Código penal anotado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 453.
- (3) MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*. v. II. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 289-290.
- (4) DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 305.
- (5) NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 9. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 787.
- (6) Op. cit., p. 786.
- (7) OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o direito penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal*. São Paulo: RT, 1999. p. 133.
- (8) Esclareça-se que, conforme Bertachini, “*Estafa* é como se denomina, em espanhol, o delito de enganar alguém para causar prejuízo patrimonial, com ânimo de lucro”, ou seja, o correspondente ao nosso estelionato. Cf. BERTACHINI, Núria. Espanhol jurídico. Disponível em: <www.migalhas.com.br>. Acesso em: 17 jul. 2018.
- (9) HORNLE, Tatjana. Subsidiariedad como principio limitador. Autoprotección. In: HIRSCH, Andrew Von; SEELMAN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang; PLANAS, Ricardo Robles. *Límites al derecho penal*. Trad. Ricardo Robles Planas. Barcelona: Atelier, 2012. p. 89.
- (10) Op. cit., p. 90. A autora cita como aderentes a esta posição estudiosos como Amelung, Hassemer e Schünemann.
- (11) Op. cit., p. 91.
- (12) Op. Cit., p. 95.
- (13) Op. Cit., p. 97 – 98.

Eduardo Luiz Santos Cabette

Delegado de Polícia.

Mestre em Direito Social pelo Unisal.

Professor de Direito do Unisal.

A investigação criminal na reforma do processo penal: a divisão intraprocessual de funções como condição de possibilidade da devida investigação

Eliomar da Silva Pereira

1. Introdução

A investigação criminal na reforma do processo penal tem recebido um especial tratamento dos juristas e legisladores, mas as diversas proposições e suas versões substitutivas ainda não conseguem demover o persistente paradigma inquisitório cujo espírito reencarna sempre na história das instituições processuais penais nacionais.

E mesmo o argumento acusatório que se tem utilizado no discurso de justificação, buscando inserir elementos fugidios e meramente formais, não tem passado de uma estratégia criptoautoritária, que persiste sonhando à defesa uma posição em igualdade de condições com o órgão oficial de acusação que insiste em querer transformar a investigação em peça exclusivamente destinada à ação penal.

Este breve artigo pretende chamar a atenção para o fundamental problema que deve interessar aos reformadores da investigação criminal no processo penal, apresentando sinteticamente os elementos que nos podem conduzir a um modelo de devida investigação criminal.

2. O problema histórico do devido processo

O cerne do problema processual – desde a frustração revolucionária do *Code d’Instruction Criminelle* de 1808, com a criação do sistema misto que resgatava elementos do *ancien régime* processual (*Ordonnance* de 1670)⁽¹⁾ – sempre foi e permanece sendo como assegurar os direitos processuais do sujeito passivo já na primeira fase processual de investigação.

O argumento que sempre se utilizou foi a *negação da natureza probatória dos resultados da investigação*, por lhe faltar contraditório que somente poderia ser assegurado na fase posterior, o que constantemente entrava em conflito com o *sistema de livre convicção do juiz* que pretendia negar o antigo sistema das provas legais.⁽²⁾

Ademais, todos os modelos processuais acabam fazendo concessões às *provas não repetíveis*, cautelares ou não, que se produzem na primeira fase de inquérito, o que tem aumentado progressivamente com o *aporte das ciências e tecnologias à metodologia moderna da investigação criminal*, deixando o direito probatório efetivamente à deriva.⁽³⁾

Esse problema persiste no projeto de Novo Código de Processo Penal, com uma solução insatisfatória, que não o enfrenta seriamente, repetindo os erros de modelos histórico-positivos que o antecedem.

3. As diversas (e insatisfatórias) soluções ao problema

Os diversos modelos processuais de investigação criminal, que se encontram na história e no Direito Comparado⁽⁴⁾, nunca conseguiram resolver substancialmente o problema que se coloca.

O modelo “instrutório” do juiz instrutor, cujos poucos resíduos ainda se encontram na *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (1822), sempre foi criticado por não garantir o princípio acusatório que exige do juiz distanciamento da produção probatória.

O modelo “acusatório” (meramente formal) do Ministério Público investigador, que surge na Alemanha (1974), consolida-se em Portugal (1987) e Itália (1988), bem como no TPI (1998), e tem sido postulado pelo *Código de Processo Penal Modelo para Ibero-América* (1988), substancialmente apenas acaba transportando os mesmos problemas do modelo anterior⁽⁵⁾:

a) Ainda permanece produzindo provas em condições insatisfatórias de contraditório, o que reafirma o seu caráter substancialmente inquisitório, como há muito já advertia **Francesco Carrara**.⁽⁶⁾

b) Instala-se uma excessiva disparidade de armas, o que fere o princípio acusatório em seu sentido material, como nos adverte **Luigi Ferrajoli**,⁽⁷⁾ tendo exigido na Itália um modelo de investigação defensiva, sem sucesso, por depender da capacidade financeira do investigado.⁽⁸⁾

c) Criam-se espaços imensos de poder sem controle do Ministério Público, já que ele seria um fiscal da investigação, que agora concentra funções incompatíveis, levando precisamente ao que se repudia pelo processo penal do Estado de Direito.

O projeto de Novo Código de Processo Penal, ao tentar inserir obliquamente elementos desse modelo, imprime uma confusão de funções sem precedente no sistema processual nacional, ignorando os postulados fundamentais do Estado de Direito para o devido processo penal.

4. Os postulados do Estado de Direito para o devido processo penal

A ciência jurídica do processo penal tem insistido que o devido processo do Estado de Direito nos exige uma *limitação do poder* pela *divisão das suas diversas funções* e pelo *controle proporcional* do exercício da autoridade pública em todos os atos fundamentais do

processo, que se encontram especialmente nas *medidas restritivas de direitos fundamentais*, sobretudo quando se referem a *meios de obtenção de provas* que possam ser utilizadas na motivação da sentença penal.⁽⁹⁾

Quanto à divisão das funções do poder, tem-se cada vez mais percebido a necessidade de distinguir e separar as funções de *investigação, acusação, defesa e julgamento*, evitando fórmulas criptoautoritárias que mantêm funções incompatíveis.⁽¹⁰⁾

Quanto à proporcionalidade, tem-se observado que, assim como acontecia no modelo instrutório, o (suposto) modelo “acusatório” de investigação pelo Ministério Público não permite um efetivo juízo jurisdicional de proporcionalidade, pois o juiz de garantias acaba tendo que atuar *pro reo*, com perda de sua posição de terceiro, tentando limitar o seu excessivo poder de investigação, embora acabe como uma espécie de *longa manus* do órgão oficial de acusação, sempre tendente a deferir-lhe os pedidos à falta de uma contraperspectiva de qualquer órgão defensorio em medidas sigilosas.⁽¹¹⁾

5. A prioridade da divisão das funções sobre a proporcionalidade

A questão é que a *devida divisão (intraprocessual) das funções do poder é condição de possibilidade para um devido juízo jurisdicional de proporcionalidade* em todos os casos de *medidas restritivas de direitos fundamentais*, sobretudo quando resulta em *meios de obtenção de provas que serão utilizadas em motivação de sentença penal*. Trata-se, em suma, do resgate da jurisdicionalidade de processo.⁽¹²⁾

A história das instituições processuais penais parte de uma absoluta concentração do poder, no *modelo inquisitório puro*, em que o inquisidor concentra todas as funções de investigação, acusação e julgamento, embora existisse uma divisão de tarefas, deixando apenas a defesa ao advogado, que corria sempre o risco de incorrer em cumplicidade.⁽¹³⁾

O *modelo instrutório*, por sua vez, concentra no juiz instrutor as funções de investigação e defesa, deixando as funções de acusação ao Ministério Público, embora mantenha o poder de decidir sobre medidas restritivas.

O *modelo “acusatório formal”*, embora retire do juiz de garantias qualquer função de investigação, acaba concentrando esta função no órgão oficial de acusação, que postula ainda a função de assegurar os interesses da defesa.

O *modelo inglês reformado* (1985), que antes concentrava na Polícia as funções de investigação e acusação, ao criar o *Crown Prosecution Service (CPS)*, implementa uma divisão de funções em sentido contrário ao modelo continental europeu⁽¹⁴⁾, mas nele ainda permanece ausente qualquer função autônoma de defesa na primeira fase do processo.

A questão é que, enquanto o processo penal não assumir a dualidade das funções do sistema penal, refletindo-a em sua estrutura organizacional dos sujeitos processuais, esse problema não será resolvido.

6. Devida investigação criminal

A dogmática processual penal precisa compreender em definitivo que o *sistema penal* está orientado por uma *dupla função*, tanto de *punição dos culpados* quanto de *proteção dos inocentes*, o que consiste em *interesses originariamente conflitantes*, a exigir que se assumam por *duas partes contraditórias* no processo penal.⁽¹⁵⁾ O princípio acusatório, nesse sentido, exige não apenas a divisão das funções de julgamento e acusação, mas sobretudo entre acusação e defesa, de forma que a estrutura do processo tenha um *Ministério Público de Acusação*, interessado na defesa social; e um *Ministério Público de Defesa*, interessado na defesa individual.

Levando-se a sério o princípio acusatório, exige-se que o Ministério Público assuma sua função acusatória, como parte “naturalmente parcial”, evitando o antigo *discurso criptoautoritário* do Código Rocco

que o institui como garante dos interesses da defesa.⁽¹⁶⁾

Assim, a previsão de uma parte também pública para os interesses de defesa (Defensoria Pública), desde a primeira fase do inquérito, não tanto em função de um interesse individual, mas antes no interesse coletivo de defesa dos inocentes, assegura que no juízo jurisdicional de proporcionalidade possamos ter tanto a fiscalização das omissões quanto dos excessos na persecução penal.

Ministério Público e Defensoria Pública, nesses termos, deveriam atuar sob as mesmas condições de igualdade, sendo ouvidos em todas as medidas restritivas de direitos, especialmente quando são meios de obtenção de provas que dependem de decisão judicial, o que exige necessariamente um órgão autônomo e distinto para a investigação criminal: a Polícia Judiciária.

7. Conclusão

A importância de um tal modelo de devida investigação criminal não é tanto responder à infrutífera discussão sobre a que órgão compete a direção da investigação criminal, mas sobretudo estabelecer que não se pode definir uma tal competência em termos de “dominus”, mas sim de divisão intraprocessual de poderes que se fiscalizam no interesse de suas funções específicas, sem confusões criptoquisitoriais que imbricam acusação-defesa-investigação num único órgão.

E, em última análise, importa sobretudo estabelecer que onde há prova deve haver processo, com seus princípios levados a sério como uma questão de justiça processual, não se podendo mais ignorar, portanto, que o inquérito consiste em fase imprescindível, cuja ausência deveria constituir nulidade insanável, segundo a fórmula do Código de Processo Penal Português (Artigo 119º, alínea d).⁽¹⁷⁾

Nesse sentido, a dogmática tradicional precisa entender que a velha fórmula do inquérito como mera peça informativa, que aproveita apenas ao órgão oficial de acusação, consiste no mais persistente e inaceitável discurso criptoquisitório da história das instituições processuais penais nacionais, que sonega à defesa um lugar efetivo na primeira fase do processo. É isso que precisa ser revisto, sob pena de mantermos a *inquisitio* latente como uma sombra, à espreita de oportunidades para manifestar-se às nossas costas enquanto a luz nos cega os olhos.

Notas

- (1) Cf. ESMEIN, A. *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^e siècle jusqu'à nos jours*. Frankfurt am Main:

Verlag Sauer & Auvermann KG, 1969.

- (2) Cf. AMODIO, E. *Processo penale, diritto europeo e common law*. Dal rito inquisitorio al giusto processo. Milano: Giuffrè, 2003.
- (3) Cf. DAMASKA, M. *El derecho probatorio a la deriva*. Madrid: Marcial Pons, 2015.
- (4) Cf. ALESSI, G. *Il processo penale*. Profilo storico. Roma-Bari: Laterza, 2011; DELMAS-MARTY, M. (Org.) *Processos penais da Europa*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.
- (5) Cf. ARMENTA DEU, T. *Sistema procesales penales*. La justicia penal en Europa y América. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- (6) Cf. CARRARA, F. *Programa del corso di diritto criminale*. Parte generale II. Firenze: Fratelli Cammelli, 1924.
- (7) Cf. FERRAJOLI, L. *Diritto e ragione*. Teoria del garantismo penale. Nona edizione. Roma-Bari: Laterza, 2008.
- (8) Cf. TONINI, P. (Cur.) *L'investigazione private nel nuovo processo penale*. Padova: CEDAM, 1990.
- (9) Cf. GÖSSEL, K. H. *El derecho procesal penal en el Estado de Derecho*. Obras completas. Tomo I. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007. Em especial o artigo “El principio de Estado de Derecho en su significado para el procedimiento penal”.
- (10) Cf. MATHIAS, E. O equilíbrio do poder entre a polícia e o Ministério Público. In: DELMAS-MARTY, M. (Org.), *Processos penais da Europa*, 2005. p. 481-506. RUSCONI. Division de poderes en el proceso penal e investigación a cargo del Ministerio Público. In: AAVV. *El Ministerio Público en el proceso penal*. Buenos Aires: AD-HOC, 1993. p. 99-112.
- (11) Cf. MATA-MOUROS, M. F. *Juiz de liberdade*. Desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra: Almedina, 2011. RUGGIERI, F. *La giurisdizione di garanzia nelle indagini preliminari*. Milano: Giuffrè, 1996.
- (12) Cf. FOSCHINI, G. *Sistemi del diritto processuale penale I*. Milano: Giuffrè, 1965.
- (13) Cf. EYMERICH, N.; *Manual dos inquisidores* (trad. *Directorium Inquisitorium*, 1376, revisto e ampliado por LA PEÑA, F. em 1578). Brasília: UnB-Rosa dos Ventos, 1993.
- (14) Cf. CUADRADO SALINAS, C. *La investigación en el proceso penal*. Madrid: La Ley, 2010.
- (15) FERRAJOLI, op. cit., p. 328.
- (16) MONTERO AROCA, J. *Proceso y libertad*. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal. Madrid: Civitas, 2008. RICCIO, G. *La procedura penale*. Tra storia e politica. Napoli, Editoriale Scientifica, 2010.
- (17) MARQUES DA SILVA, G. *Do processo penal preliminar*. Lisboa, UCP, 1990. p. 129 ss.

Eliomar da Silva Pereira

Doutorando em Direito pela Universidade
Católica Portuguesa, Escola de Lisboa.

Mestre em Criminologia e Investigação Criminal
pelo Instituto Superior de Ciências Policiais e
Segurança Interna, Lisboa.
Delegado de Polícia Federal.

Breves considerações acerca da orientação conjunta 1/2018 do Ministério Público Federal: a negociação do acordo de colaboração premiada

Thiago Alessandro Fattori

1. Introdução

A colaboração premiada, goste-se ou não do instituto, está inserida no contexto daquilo que se pode chamar de Justiça Criminal negocial, em que há a concessão de benefícios ao imputado em razão da sua colaboração processual e consequente renúncia ao *devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele inerentes*.

⁽¹⁾ Contudo, a despeito do avanço na regulamentação do procedimento

de sua aplicação, promovido pela Lei 12.850/2013, quase nenhuma linha foi reservada pelo legislador para estabelecer o procedimento da negociação do acordo em si, é dizer, de suas tratativas prévias à formalização ou não do acordo. Aqui, portanto, reside grande e atual fonte de instabilidade do sistema de Justiça Criminal brasileiro, na medida em que a inexistência de um procedimento que endereça a própria negociação abre oportunidade para atuações arbitrárias de operadores do Direito nela envolvidos.

Nesse contexto, apenas recentemente, com a expedição da Orientação Conjunta 1/2018 pelas 2ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (OC 1/2018 – 2CCR-5CCR/MPF),⁽²⁾ foi possível vislumbrar parâmetros a serem adotados pelas autoridades encarregadas da persecução penal para balizar a negociação que precede o fechamento do acordo de colaboração. Obviamente, por se tratar de mera “orientação”, ressalvado desde logo o princípio da independência funcional,⁽³⁾ bem como por se dirigir apenas aos membros do Ministério Público Federal, tais parâmetros não são vinculantes, nem se estendem a toda e qualquer persecução penal. Não obstante, sua análise merece destaque pelo caráter de consolidação de práticas cunhadas e recorrentemente adotadas ao longo do protagonismo do Ministério Público Federal na aplicação do instituto em questão.

De início, destaca-se a louvável iniciativa do Ministério Público Federal na expedição da Orientação em comento, uma vez que demonstra o comprometimento com a uniformização de suas práticas e procedimentos, bem como com a sua publicidade e transparência. É sempre bem-vinda toda e qualquer iniciativa nesse sentido e, efetivamente, como veremos, há disposições que abordam pontos importantes do procedimento de negociação, tornando-os mais claros. A despeito disso, contudo, para além do já destacado caráter não vinculante e precário, ou seja, não olvidando que o endereçamento dos principais pontos de tal procedimento deveria se dar por meio de regulamentação legal (o que, é óbvio, mas se faz ressaltar, não é atribuível ao Ministério Público Federal), causa preocupação o conteúdo de algumas das disposições contidas nessa Orientação (isso, sim, fruto de posições recorrentemente afirmadas e adotadas por membros do referido Órgão Ministerial), em especial no que diz respeito aos benefícios considerados para a negociação, o que também será pormenorizado a seguir.

2. Destaques positivos

Logo nas disposições iniciais, há a afirmação de uma posição institucional, cujo pano de fundo é uma discussão que foge aos escopos da presente análise, mas que vale a pena ser destacada pela clareza e transparência com que foi pontuada: a exclusividade para celebração de acordo de colaboração premiada pelo Ministério Público (item 2, OC nº 1/2018 – 2CCR-5CCR/MPF).⁽⁴⁾ Assim, antes mesmo de tratar das orientações procedimentais propriamente ditas, parte-se da premissa de que a Polícia Judiciária tem apenas um papel de (eventual) auxiliar na negociação e celebração do acordo de colaboração premiada, devendo toda e qualquer negociação e celebração ser conduzida e efetivada pelo Ministério Público.

Feita essa ressalva, a Orientação prevê a necessidade de atuar em apartado o procedimento para a formalização de acordo de colaboração premiada, em “Procedimento Administrativo”, que será distribuído aleatoriamente ou atribuído ao membro do Ministério Público preventivo (item 3, OC 1/2018 – 2CCR-5CCR/MPF). Além disso, há outra previsão mais adiante que merece destaque, quando se estabelece a formalização também de “*Termo de recebimento de proposta de colaboração e de confidencialidade*” (item 4.4, OC 1/2018 – 2CCR-5CCR/MPF).

Nesse ponto, há grande avanço, na medida em que a atuação de procedimento próprio e a assinatura de termo de recebimento da proposta formulada asseguram o compromisso com as tratativas iniciadas. Ademais, ainda no que diz respeito ao início do procedimento de negociação e ao comprometimento com a sua realização, faz-se ressaltar que a rejeição sumária da proposta formulada deve ser justificada e comunicada ao interessado (item 4.1, OC 1/2018 – 2CCR-5CCR/MPF), garantindo-se a transparência entre as partes envolvidas na negociação.

No que diz respeito à instrução do procedimento, outro ponto que merece destaque positivo é a previsão de necessidade de registro das entregas de elementos de informação por parte do colaborador e dos demais principais atos do procedimento e suas tratativas (item 7, OC 1/2018 – 2CCR-5CCR/MPF). Dessa forma, com o registro dos atos da negociação, assegura-se um ambiente negocial favorável à boa-fé e à confiança das partes.

Assim, há outras disposições nesse mesmo sentido, merecendo apontamento aquelas que atribuem ao Ministério Público um papel de “*guardião da efetividade do acordo*” perante o próprio Órgão Ministerial e terceiros (itens 24.6c, 35 e 36, OC 1/2018 – 2CCR-5CCR/MPF), bem como de responsável pelo “*consentimento informado*” do colaborador (itens 8 e 21.2, OC 1/2018 – 2CCR-5CCR/MPF). Para além disso, colaboram com o estabelecimento de um ambiente negocial favorável à boa-fé e à confiança, previsões no sentido de que nenhuma tratativa deverá ser realizada sem a presença do advogado constituído ou do defensor nomeado (item 10, OC 1/2018 – 2CCR-5CCR/MPF), reforçando o imperativo legal (art. 4º, §15, Lei 12.850/13); a possibilidade de formalização de pré-acordo de colaboração enquanto existirem fatos pendentes de apuração para a confirmação das propostas (item 12.1, OC 1/2018 – 2CCR-5CCR/MPF); e o estabelecimento de parâmetros objetivos para a propositura dos benefícios, apenas após a efetiva definição dos fatos delitivos a serem narrados pelo colaborador, vedando-se, inclusive, a previsão de benefícios inexequíveis e que dependam da concordância de órgãos não envolvidos na negociação (itens 16, 18 e 19, OC 1/2018 – 2CCR-5CCR/MPF).

Tais previsões, em suma, buscam dar maior previsibilidade ao procedimento negocial e evitar a degeneração da discricionariedade negocial em arbitrariedade. Em outras palavras e em síntese, visam manter as tratativas do acordo em patamares constitucionais e legais, atribuindo um devido procedimento para a negociação do acordo de colaboração premiada.

3. Destaques negativos

Não obstante, no que se refere ao tratamento dado ao conteúdo dos benefícios negociados pela Orientação ora analisada, destaca-se que há duvidosa legalidade e constitucionalidade na previsão de negociação de benefícios que, na prática, alteram as penas cominadas e prazos prescricionais, bem como seus regimes de cumprimento e formas de execução (itens 26 e 27, OC 1/2018 – 2CCR-5CCR/MPF; sendo que o item 28 da OC em questão trata como mero “regramento de supressão de eventual lacuna do acordo” tudo aquilo que está regulamentado nos artigos 33 a 36 do CP, bem como nos artigos 87 a 95 e 110 da LEP, por força de dispositivos constitucionais que tratam da pena no ordenamento jurídico pátrio, em especial, o previsto no art. 5º, XXXIX, XLVI e XLVIII, da CRFB). Isso porque, cuida-se de afronta, mediante mero negócio jurídico processual, de disposições legais que regulamentam matéria de competência legislativa da União (art. 22, I, CRFB), sendo as disposições mais expressamente violadas justamente aquelas balizas estabelecidas pelo legislador para evitar o abuso no conteúdo da negociação (art. 4º, *caput* e § 4º, Lei 12.850/2013).

Ora, aparentemente, o protagonismo e o avanço de persecuções penais encampadas pela etérea noção de “combate à corrupção” levaram o Órgão Ministerial que expediu a Orientação em comento a carregar nas tintas ao desenvolver a negociação de benefícios. Nesse contexto, o desrespeito de parâmetros constitucionais e legais não passa incólume, na medida em que os benefícios concedidos à margem de tais limites, sob a justificativa de sua necessidade para a punição de criminosos outrora impuníveis, começam a ser questionados exatamente por deixarem um sabor amargo de impunidade ao serem efetivamente implementados.

Além disso, outro ponto que precisa ser melhor endereçado consiste na limitação da “contaminação subjetiva”⁽⁵⁾ daqueles que têm contato com a negociação e o material trazido pelo colaborador, mormente quando as tratativas não prosperam e o acordo não é celebrado. Por certo, a previsão de arquivamento do procedimento sob a garantia da confidencialidade e de devolução dos elementos trazidos pelo colaborador (item 41, OC 1/2018 – 2CCR-5CCR/MPF) não é suficiente para assegurar ao imputado o restabelecimento da integridade do amplo âmbito de proteção do princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CRFB).⁽⁶⁾

É bem verdade que a contradição lógica do referido princípio com a posição de colaborador do imputado que participou do procedimento de negociação determina a sua mitigação na prática,

em que pese a constitucionalidade e amplitude dessa mitigação seja discutível. No entanto, há maior prejuízo no caso de não celebração do acordo de colaboração, bem como no caso de sua rejeição por parte de outros membros ou autoridades aos quais esse acordo pode ser submetido, conforme previsão da Orientação sob análise (itens 23.3, 23.4, 39, 44.2 e 44.3, OC 1/2018 – 2CCR-5CCR/MPF), considerando que não há como controlar a alegação de “linhas de investigação absolutamente independentes” (item 40, OC 1/2018 – 2CCR-5CCR/MPF) na busca de promover a persecução penal com base em conclusões subjetivamente formadas a partir de elementos que não poderiam mais ser considerados para tanto.

4. Conclusão

A título de conclusão, reitera-se que a iniciativa constante na expedição da Orientação Conjunta 1/2018 das 2ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal é meritória, uma vez que esclarece, torna previsível e democrático o procedimento de negociação do acordo de colaboração premiada. Contudo, é preciso ressaltar novamente que esse era um trabalho para ser enfrentado pelo legislador pátrio, seja pelo simples motivo da competência legislativa para tanto (art. 22, I, CRFB), seja pela necessidade de se uniformizar o tratamento da matéria, vinculando todos os órgãos responsáveis pela persecução penal a um devido processo legal (art. 5º, LIV, CRFB), imprescindível ao Estado Democrático de Direito.

De toda forma, muito além da forma do procedimento negocial, observa-se que a demora do legislador em enfrentar a questão do detalhamento da utilização de práticas negociais no âmbito da Justiça Criminal acabou gerando e consolidando práticas de duvidosa constitucionalidade e legalidade pelos operadores do Direito que protagonizaram a aplicação do instituto da colaboração premiada nos últimos anos, especialmente no que se refere ao conteúdo dos benefícios negociados. Aqui, portanto, reside o principal ponto de tensão dessa temática, uma vez que a negociação de benefícios excessivos desvirtua a própria lógica negocial, gerando discussões acerca da (in)justiça das concessões realizadas.

Por fim, observa-se que ainda é túbio (ou mesmo quase inexistente) o enfrentamento da questão da “contaminação subjetiva” causada pela própria existência do procedimento de negociação e seus desdobramentos, em especial quando ele não é exitoso e as autoridades responsáveis pela persecução penal podem dispor de expressões altamente persuasivas, mas semanticamente vagas, como “linhas investigativas absolutamente independentes”, para validar a utilização de elementos (teoricamente inutilizáveis) trazidos pelo imputado em negociação de acordo que não prosperou.

Notas

- (1) VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 21-26.
- (2) Disponível em: <<http://www.mpf.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-conjunta-no-1-2018.pdf/view>>. Acesso em: 11 jun. 2018.
- (3) Logo no primeiro “considerando” da Orientação há a advertência “observado o princípio da independência funcional”.
- (4) Cuida-se de posição defendida pelo Ministério Público, baseada na sua titularidade exclusiva da ação penal de iniciativa pública (art. 129, I, CRFB), a qual levou ao ajuizamento da ADI 5.508 no STF, questionando trechos dos §§ 2º e 6º da Lei 12.850/13 que possibilitam a negociação do acordo por iniciativa do delegado de polícia. Recentemente, em 20 de junho de 2018, concluiu-se o julgamento da referida ADI, restando considerada constitucional a possibilidade de delegados de polícia realizarem acordos de colaboração premiada na fase de inquérito policial.
- (5) Sobre o tema da subjetividade no âmbito da persecução penal, cf. FATTORI, Thiago Alessandro. Subjetividade e processo penal: assumindo a complexidade insita à decisão. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, 103, p. 191-244, jul./ago., 2013.
- (6) Pressupõe-se aqui a análise do princípio constante em ZANOIDE DE MORAES, Maurício. 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. 421-481.

Thiago Alessandro Fattori
Mestre e bacharel em Direito pela USP.
Advogado.

A espetacularização do processo penal e sua contribuição para a instabilidade do Estado Democrático de Direito

Fabrício Fracaroli Pereira e Pedro Luis Fracaroli Pereira

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada aos 05 de outubro de 1988, ao romper com a ordem jurídica anterior, instituiu o Estado Democrático de Direito, modelo assentado na *soberania popular* e que pressupõe a *limitação do poder estatal*, com o consequente *respeito e concretização dos direitos fundamentais*. Há, portanto, fusão dos ideais democráticos aos do Estado de Direito, em que o poder político é limitado e orientado pelas normas contidas na Constituição, especialmente pelos direitos e garantias fundamentais.

“Ao se falar em Estado Democrático de Direito se evoca, em termos weberianos, um ‘tipo ideal’ de Estado que tem o compromisso de realizar os direitos fundamentais e tem como principal característica a existência de limites legais ao exercício do poder. O Estado Democrático de Direito é, portanto, sinônimo de Estado Constitucional, ou seja, um Estado em que os indivíduos e, em especial, os agentes estatais, estão sujeitos à lei, não como no velho paradigma positivista (‘sujeição à letra da lei’), mas sujeitos à lei

coerente com a Constituição da República” (CASARA, 2017, p. 19).

No Estado Constitucional, o poder Judiciário, assim como os demais poderes (Executivo e Legislativo), exerce um papel de extrema relevância na proteção e concretização dos direitos fundamentais. Sua atuação deve ser voltada a preservá-los dos possíveis ataques oriundos das diversas forças que atuam na sociedade e realizá-los em consonância com os fundamentos e objetivos da República brasileira expressos na Constituição. Todo esse aparato é necessário diante das constantes ameaças sofridas tanto pelos direitos fundamentais como pela própria democracia, o que se agrava no atual contexto de crise experimentado pelo Brasil.

Bonavides (2000) ensina que toda a trajetória constitucional brasileira é sucedida de crises e rupturas. No mesmo sentido, Alves (2016) constata no Brasil a existência de uma *tradição política golpista* como elemento intrínseco da cultura política e social brasileira, bem como destaca que práticas autoritárias sempre permearam as estruturas de poder em nosso país. Tais características

perduram desde os primórdios da nossa República até os dias atuais.

Consequentemente, não foi diferente sob a vigência da Constituição de 1988. A atual crise pela qual passa a democracia brasileira culminou no golpe político, jurídico e midiático (ALVES, 2016) de 2016, que esvaeceu a frágil democracia brasileira e exprime seus reflexos também na atividade jurisdicional, o que implica em graves ofensas aos direitos e garantias fundamentais e às bases do nosso constitucionalismo.

Nesse contexto, constata-se a difusão de práticas espúrias no exercício da persecução penal, com nítido viés autoritário, de maneira que se reproduzem como regra posturas institucionais dignas de um verdadeiro estado de exceção. Tudo televisionado e vendido pela grande mídia como sinônimo de justiça.

Visando demonstrar como o punitivismo irracional consegue se manter no tempo, não sucumbindo nem mesmo diante do que até hoje é considerado como a revolução da razão, Batista (2016) argumenta que “[...] o encontro da razão com a pena, naquela conjuntura transformadora que teve seu epicentro no século XVIII e ficaria conhecida como ‘iluminismo’, ‘esclarecimento’, ‘ilustração’ ou ‘luzes’, foi um encontro muito estranho, no qual a razão se ajoelhou aos pés da pena”.

Guardadas as proporções e magnitudes históricas, de modo a focar na realidade particular do Brasil, embora animada pela “universalidade ocidental” do neoconstitucionalismo, o cenário de restabelecimento do regime democrático e sua nova ordem constitucional na República brasileira, que pôs abaixo a funesta ditadura militar, também é fruto e germe de uma conjuntura transformadora.

Nesse sentido, se igualmente se confrontar essa ordem inaugurada há quase trinta anos, a partir da promulgação da Constituição Cidadã em 1988, com o processo penal vigente, concluir-se-á que o sonhado processo penal de matiz acusatório, balizado sob as garantias e direitos fundamentais insculpidos na Lei Maior, sucumbe, a passos largos, e ajoelha-se ante ao velho modelo inquisitório de Estado policial.

Destarte, não obstante a nova ordem constitucional tenha se esmerado em tecer o norte para uma sistemática processual penal de viés garantista, em conformidade com o Estado Democrático de Direito, as ameaças e os ataques inquisitoriais sempre se fizeram presentes, inclusive declinando direitos em nome de uma política criminal punitivista muito retórica – às massas –, pouco eficiente e que avilta a dignidade humana.

Na última década, um fato bem específico e sensível a todos impõe óbice à constitucionalização do processo penal: o fenômeno da espetacularização, que transforma julgamentos em entretenimento.

As operações midiáticas, bem como o televisionamento de julgamentos, em sua maioria representantes de verdadeira caçada a políticos, acirraram e potencializaram esse antigo fenômeno, a conferir permanência e entusiasmo ao desregrado e incomensurável desejo punitivo do povo, que passou a ser espectador. Ao investigar esse problema, Casara (2018, p. 09) sustenta que “se a categoria ‘processo penal do espetáculo’ foi pensada a partir do julgamento conhecido como Mensalão (Ação Penal 470), com os diversos casos penais que se originaram da midiática ‘Operação Lava Jato’ consolidou-se o fenômeno da mercantilização do processo penal, que deixou de ser um instrumento de garantia para se apresentar como uma mercadoria-espetáculo”.

A ideia de viver sob a égide de um processo penal democrático, conforme prometido pela Constituição, então, não passa de mera ilusão. Afinal, “a concepção liberal do processo penal como um instrumento de limitação do arbítrio e concentração do poder estatal, como um conjunto ordenado e coerente voltado à racionalização do exercício do poder penal (o poder do Estado de impor penas a quem viola as normas penais), encontra-se a cada dia mais abandonada. Se o Estado Democrático de Direito, que emergiu após a Segunda Guerra Mundial, a partir da convicção (hoje, abandonada) de que Auschwitz não poderia se repetir (que a ausência de limites leva à barbárie, como já denunciava Adorno),

caracterizava-se pela existência de limites rígidos ao exercício do poder (de qualquer poder), hoje esses limites desapareceram. Fala-se, na atual quadra histórica, em um Estado Pós-Democrático, fruto da razão neoliberal elevada a nova razão de mundo (Laval e Dardot), no qual o poder econômico se identifica com o poder político e tudo – e todos – passa a ser tratado como mercadoria, portanto, negociável. Desaparece, pois, o desejo de democracia, que buscava se realizar através da concretização dos direitos e garantias fundamentais” (CASARA, 2018, p. 11).

O fenômeno da espetacularização anima retrocessos no âmbito penal não somente em aspectos processuais, mas está a atacar axioma fundante da criminologia moderna, que considera a pena como um ato de poder, donde decorre toda construção de necessidade de limitação ao poder em nome da humanidade penal, distinção essencial entre Estado de Direito e Estado de polícia. Neste sentido, adverte Batista (2016, p. 158): “Nos dias que correm, marcados pela intensa punitividade que a transição do capitalismo industrial para o capitalismo vídeo-financeiro transnacional instalou, e se retroalimenta nos florescentes negócios no controle do crime (do comércio de equipamentos à vigilância particular, passando pelas penitenciárias privadas), a concepção de pena-dever está não apenas viva como domina o senso comum criminológico massivamente difundido pela mídia. A pena é o remédio de todos os males, a solução de todos os problemas. E quando, a despeito deles, o problema subsiste – o que é regra – é preciso mais pena”.

Na Ação Penal 470 (mensalão), por exemplo, a fim de saciar a sanha punitivista que a espetacularização desse processo suscitou, ocorreram diversos atropelos jurídicos, como “[...] a distorção da teoria do domínio do fato, para transformá-la em uma regra de inversão do ônus da prova, em uma hipótese que beira a responsabilidade objetiva em matéria penal. E isso para afastar a incidência da dimensão probatória do princípio da presunção de inocência” (CASARA, 2018, p. 106).

Hoje todos sabem qual foi o destino desse tão valioso instituto jurídico da presunção de inocência, verdadeiro pilar do sistema processual penal democrático e acusatório, condenado à minguagem pelo Supremo Tribunal Federal ao diminuí-lo e “relativizá-lo” ao permitir a execução da pena em segunda instância, a pretexto de satisfazer o gosto dos espectadores.⁽¹⁾ Fica patente, portanto, como a midiáticação do processo põe a perder seus traços democráticos e garantias fundamentais.

Embora seja consenso que o combate à corrupção é necessário, ele não pode ocorrer às custas da mitigação e aniquilação dos direitos fundamentais. Deve, portanto, ser combatido por meios democráticos, não sendo autorizado a ninguém desconsiderar a Constituição e demais leis, por mais nobre que possa ser o motivo (COUTINHO, 2015).

E na trilha da AP 470 e das famigeradas operações da “Lava Jato” vão tantos outros processos, transformando a espetacularização do processo em verdadeiro algarz institucionalizado das garantias fundamentais.⁽²⁾

Assim, percebe-se com clareza a potencialização desse mecanismo de ataque aos direitos e garantias fundamentais e à própria democracia brasileira, em sua história marcada majoritariamente por instabilidades institucionais e jurídicas.

Referências

- ALVES, Giovanni. Capitalismo retardatário e pulsão golpista: um ensaio sobre a miséria brasileira. In: CORSI, Francisco Luiz; CAMARGO, José Marangoni; SANTOS, Agnaldo dos (org). Os dilemas atuais do Brasil e da América Latina. Marília: Oficina Universitária; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2016.
- BATISTA, Nilo. Astúcias da (des)razão punitivista. In: CARVALHO, Diego de; CARVALHO, Gabriela de; COSTA, Renata Almeida da; CARVALHO, Salo de (Org). Para além do direito alternativo e do garantismo jurídico: ensaios críticos em homenagem a Amilton Bueno de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. Estudos Avançados, São Paulo, v. 14, n. 40, p. 155-176, 2000.
- CASARA, Rubens R. R. Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

_____. Processo penal do espetáculo (e outros ensaios). 2. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. MPF: as 10 medidas contra a corrupção são só ousadas? Boletim IBCCrim. São Paulo, ano 23, nº 277, dezembro/2015.

Notas

- (1) Outro exemplo de aberração jurídica foram as ilegais conduções coercitivas, sendo a mais espetacular a do ex-presidente Lula.
- (2) “Ao mesmo tempo em que a questão criminal é despolitizada, e sobre os conflitos interindividuais lança-se um olhar moralista, compatível com uma pena que exprime um imperativo categórico, a política é intensamente criminalizada” (BATISTA, 2016, p. 158).

Fabrizio Fracaroli Pereira

Mestre em Ciência Jurídica pela UENP.
Pós-graduado em Direito do Estado pela UEL.
Advogado.

Pedro Luis Fracaroli Pereira

Graduado em Filosofia pela UNESP.
Graduado em Direito pela UNIVEM.
Advogado.

Símbolos de ódio e a indústria da moda

Regina Cirino Alves Ferreira de Souza

As manifestações de ódio vão além da falta de respeito e possuem como elemento adicional a hostilidade, o desprezo ou a rejeição a alguém, os quais são direcionados a prejudicar ou destruir o objeto do ódio. Nesse sentido, **Parekh** identifica nos discursos de ódio (*hate speech*) três elementos essenciais. Primeiramente, o indivíduo ou grupo alvo deve ser facilmente identificável; pois que alguém dizer que odeia todos os seres humanos ou todos os criminosos, pela generalidade, não caracteriza discurso do ódio. Como segundo critério, o discurso deve visar estigmatizar o grupo alvo, valorando como indesejáveis suas características e, como terceiro critério, o grupo deve ser visto como alvo de hostilidade.⁽¹⁾

O discurso do ódio pressupõe a existência de uma propagação direcionada a denegrir ou estigmatizar pessoas em razão do seu pertencimento a determinado grupo. Tais manifestações são penalmente sancionadas pelo Direito brasileiro se utilizadas como meio para induzir, incitar a discriminação ou a violência contra determinados grupos.⁽²⁾ Estas criminalizações inserem-se nos denominados delitos em torno do elemento coletivo,⁽³⁾ tendo em vista que tutela o respeito inerente à personalidade e dignidade humana, a qual é considerada não só individualmente, mas coletivamente.⁽⁴⁾

A insurgência penal contra a prática (realizar), induzimento (persuadir) e incitação (estimular) à discriminação ou preconceito visa evitar potencial lesão a determinados grupos sociais, isto é, embora a conduta possa ser direcionada a um único indivíduo, os efeitos se produzem sobre um coletivo.⁽⁵⁾ Nessas hipóteses, embora não se apresente o risco de se redundar na prática de genocídio ou violências em massa, pode-se ensejar danos diretos, tais como emocionais e psicológicos, bem como, indiretamente, incentivar que outros indivíduos passem a pensar e agir de igual maneira.

Dessa forma, tendo em vista não ser possível auferir categoricamente quais discursos de ódio são capazes de incitar a discriminação, devendo, portanto, ser restringidos, o julgador deverá observar algumas balizas, tais como o contexto histórico-social da localidade, quem é o sujeito propalador da mensagem, qual o público receptor da manifestação, qual o expediente utilizado para expressar o ódio, bem como qual o conteúdo do discurso.⁽⁶⁾

O discurso de ódio é um dos problemas irresolutos da contemporaneidade. No passado, coibi-los já se mostrava um grande desafio, dificuldade que restou potencializada sobremaneira com a quebra de barreiras proporcionada pela *internet*. Nesse sentido, verificam-se inúmeras iniciativas para mapear, rastrear e reprimir discursos que ultrapassam a mera opinião, que se mostram odiosos, podendo transmutar-se em catalisadores para ações de ódio, ou seja, verdadeiros “*hate crimes*”.

A título de exemplo, menciona-se que, em 2000, a *Anti-Defamation League* (ADL), importante organização de direitos humanos, criou um banco de dados denominado “*Hate on Display*”, o qual se propõe a reunir imagens e palavras que, no mais das vezes, figuram como símbolos de ódio. Em outros dizeres, a iniciativa forma parte de uma ampla estratégia para rastrear símbolos utilizados por grupos de ódio, “*hate groups*”, no intuito de auxiliar autoridades e educadores na identificação de emblemas que figuram como signos para extremistas e antissemitas.

Diversos são os exemplos presentes no catálogo, o que, ao que tudo indica, tende a aumentar, tendo em vista o diuturno crescimento de discursos intolerantes. Menciona-se, nesse sentido, que, em 2016, o sapo andrógino de olhos esbugalhados conhecido como “*Pepe Frog*” ou “*Sad Frog*”, passou a integrar a ADL, sendo esse um claro exemplo da conversão de um personagem singelo e inofensivo em um símbolo de ódio. Isso pois, segundo seu idealizador, **Matt Furie**, o personagem, criado em 2005, era um sapo que gostava de uma vida simples, de guloseimas, refrigerantes, e de arriar suas calças durante seu caminho para fazer “*xixi*”; em suas primeiras aparições, dizia a frase: “*feels good, man*”.

Os problemas começaram a surgir com a apropriação do personagem cômico e descontraído por grupos de extrema direita, como símbolo de seus movimentos; e se transmutou de um símbolo caricato e inocente para “*memes*” de ódio, por vezes acompanhado de suásticas e de frases como “*kill jews man*” e “*you will always be a nigger*”.

Tal cenário restou agravado quando Donald Trump, em sua campanha eleitoral em 2016 para a presidência dos Estados Unidos, por meio do *twitter*, associou sua imagem à do anfíbio andrógino, não faltando críticas de usuários da referida rede social e de sua adversária política, Hillary Clinton, a qual tratou de frisar que o sapo havia se tornado símbolo da supremacia branca e que a atitude de Trump seria deplorável.

Esse foi o histórico que levou a incorporação do sapo ao rol do “*Hate on Display*”. Note-se que, em nota explicativa, a *Anti-Defamation League* (ADL) apresenta a verdadeira origem do surgimento do personagem e descreve sua passagem para a lista de símbolos de ódio da organização, ressaltando que não necessariamente a utilização da imagem do sapo significa uma manifestação de ódio, mas tal deve ser observada consoante o contexto em que é alocada.

Menciona-se que, em 2017, uma importante marca de roupas espanhola tirou de circulação de todas as suas lojas algumas saias *jeans*, após receber diversas críticas de consumidores que associaram os desenhos presentes nas peças com o “*Pepe Frog*”. Não obstante a negativa da empresa quanto à relação entre os desenhos colocados nas

peças de vestuário e o personagem, a medida foi inevitável; e surgiu tarde demais para evitar a exposição negativa da marca.

Outro episódio envolvendo a mesma empresa ocorreu em 2014, oportunidade em que colocou em suas araras uma camisa infantil branca com listras azuis e uma estrela amarela, supostamente inspirada nos xerifes do “velho oeste”. O produto foi rechaçado pelos consumidores, os quais identificaram lamentável semelhança entre o *design* e os uniformes utilizados pelas vítimas do holocausto.

Anos antes, em 2007, a empresa espanhola colocou à venda bolsas de lona, em cuja estampa, entre bordados coloridos e florais, havia suásticas. Na época, a marca declarou que o símbolo não se fazia presente no *design* original, tendo sido incluído pelo fornecedor externo na Índia, tendo em vista que a cruz gamada significa “boa sorte” para outras culturas.

Seja como for, por descuido, descaso ou permissividade, a utilização de símbolos que remontem determinados períodos lamentáveis da história, tais como o do nacional-socialismo e a escravidão, deve ser rechaçada, seja pelo Direito ou por meio de outras esferas de controle social, tendo em vista que fomentam a estigmatização de determinados grupos.

Assim, a importância do repertório e o pleno conhecimento de delicadas questões globais são fundamentais para os criadores e outros agentes atuantes na indústria da moda. Nas palavras de **Axel Honneth**, um dos autores de maior relevo da terceira geração da Escola de Frankfurt, a concepção de eliminar desigualdades materiais por meio

da distribuição igualitária de bens foi alterada para a necessidade de conferir igualdade social por intermédio do reconhecimento da dignidade individual e do respeito a todo indivíduo.⁽⁷⁾

Notas

- (1) PAREKH, Bhiku. Is there a case for banning hate speech? In: The content and context of hate speech: rethinking regulation and responses. New York: Cambridge university Press, 2012. p. 40.
- (2) SOUZA, Regina Cirino Alves Ferreira. Crimes de ódio: racismo, feminicídio e homofobia. São Paulo: Editora D’Plácido, 2018. p. 117.
- (3) RODRÍGUEZ YAGÜE. Una propuesta de clasificación de los delitos de discriminación en el código penal español. Dos mil três mil, n. 11, p.1-24, 2007, p. 7-9.
- (4) TEJO, Célia Maria Ramos. Dos crimes de preconceito de raça ou de cor: comentários à Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Campina Grande: EDUEP, 1989. p. 23.
- (5) LANDA GOROSTIZA. La intervención penal frente a la xenofobia: problemática general con especial referencia al “delito de provocación” del artículo 510 del Código Penal. Bilbao: Universidad del País Vasco, 2000, p. 342.
- (6) Note-se que essas coordenadas são ofertadas por Susan Benesch para identificar os discursos perigosos (*dangerous speeches*), coordenadas que, segundo a autora, são: *The speaker, the audience, the speech act e social-historical context*. Ao que tudo indica, podem ser também adotadas para fins de análise dos discursos do ódio, que não são propriamente um chamado à violência, mas que são capazes de incitar a discriminação. Disponível em: <<https://worldpolicy.org>>. Acesso em 16 set. 2018.
- (7) HONNETH, Axel. La sociedad del desprecio. Madrid: Editorial Trota, 2011. p. 9.

Regina Cirino Alves Ferreira de Souza

Mestre e doutoranda em Direito Penal pela USP.

Coord. da pós-graduação em Fashion Law da Faculdade Santa Marcelina.

A nova censura na comunicação das massas em conflito com o Estado Democrático de Direito: por um diálogo entre o Direito e o jornalismo

Alan Correia de Almeida

Introdução

Pode-se dizer que o presente ensaio tenha sido gestado desde o segundo semestre de 2013. Eis, portanto, a materialização de uma inquietude que nos acompanhou por todo o período da bolsa em pesquisa científica concedida pelo CNPq (pesquisador de política-social do *Perfil socioeconômico e demográfico da pirâmide social: Trajetória, mobilidade e ascensão profissional*); os estudos iam gerando reflexões que, ao final, trouxeram-nos até aqui, outro tema com o qual não imaginávamos nos deparar.

O presente ensaio tem início a partir de uma suspeita: a suspeita de que a forma de operação do sistema de comunicação e o modo como o Estado se relaciona com ele seria incompatível com a Constituição Federal de 1988; a nosso ver, por vezes a imprensa trabalha em orquestrações para conduzir a opinião pública e, de igual modo, o Estado incorreria em excessos inadequados e desproporcionais para controlar e vetar a produção midiática.⁽¹⁾

Breve contextualização

Nos casos do escândalo do *Mensalão* até o apocalipse da *Operação Lava Jato*, que atualmente tramita perante a Justiça Federal, em que se busca punir os agentes supostamente responsáveis pelas práticas delitivas –, a imprensa, que à época do *Mensalão* tinha amplo acesso

às informações processuais, agora passa a ser interlocutora direta dos operadores do Direito. O “quarto poder”, a imprensa - e ainda é adequado chamá-la assim-, se dedica a explicar, - cada um dos passos da persecução penal, como estratégia de comunicação.

Para **Ana Elisa Liberatore S. Bechara**, embora a divulgação dos casos *Mensalão* e *Operação Lava Jato* seja pedagogicamente importante, no sentido de conscientizar a sociedade quanto à intolerância da corrupção, a comunicação social do desvalor das condutas corruptas a partir da aplicação do Direito Penal revela-se em geral muito pouco eficiente. Extrai-se daí uma primeira lição: “não cabe pretender transformar a realidade social em matéria de corrupção por meio do Direito Penal. Tal objetivo promocional, além de ser irreal, conforme demonstram as estatísticas, pode levar a um perverso quadro de demagogia político-social”.⁽²⁾

Tal objetivo promocional tem de ser estudado. Uma vez “alfabetizados em mídia e Estado”, poderíamos desafiar seus pressupostos éticos e funcionais.

Por dentro de tudo

A obsessão ideológica de que o sujeito bem informado deve estar “por dentro de tudo”, que circula na imprensa, inspira a análise de dois fenômenos cujas características parecem ser semelhantes

à censura. Primeiro fenômeno: desinformação — a metástase de versões, opiniões, análises, contradições e interpretações superficiais frequentemente se contradizem, anulando a tomada de posição individual fundamentada acerca de qualquer assunto. Essa dispersão aleatória de informação, ao invés de oferecer referências sólidas para embasar o conhecimento, empiricamente estaria criando labirintos.

O excesso de informação pode estar causando um relativismo absoluto, ou como bem escreveu o filósofo **Gilles Deleuze**, “*uma moral volúvel*”, que levaria ao segundo fenômeno: sentimento de impotência, ou apatia — o excesso de informações inviabiliza a hierarquia de valores do receptor, impossibilitando a avaliação entre o que é de fato fundamental e o que é supérfluo.

Futilidades circulam ao lado de grandes questões com idênticos formatos, espaços editoriais e repercussão. A notícia importante desaparece, encolhida sob a multiplicação de informações; dessa maneira, “*a nova censura entranha-se na esfera individual da hierarquia de valores do receptor*”.

O excesso de informações torna-se, portanto, contraproducente, pois serve como uma “*antireferência axiológica*” trazendo ao assunto censurado uma visibilidade inconveniente. A nova censura não oferece resistência, pelo contrário, agrega, inclui, hipertrofia. Com isso, as massas passariam a querer remediar um problema que não sabe qual é, com um remédio que não se sabe para que serve, receitado por um médico que não se conhece.

O outro lado da moeda

Cabe aqui uma análise em face do aparato normativo dinamizado pelos órgãos do poder Executivo e Legislativo na institucionalização de novos limites à liberdade de imprensa, estabelecendo os parâmetros conceituais de outro tipo de censura no campo jurídico.

No contexto de uma sociedade fundada em um ordenamento justificado pelo Estado Democrático de Direito, todas as formas de repressão e censura ao princípio da livre manifestação do pensamento e da informação afiguram-se inadmissíveis, em que pese a institucionalização de mecanismos intolerantes para com o exercício da liberdade de imprensa.

Para consolidar a cidadania consagrada no Estado Democrático como princípio preambular da Constituição em vigor, não se pode perder de vista o princípio do interesse público que a notícia deve observar, ao ser veiculada pelos segmentos de difusão.

No Direito brasileiro, a situação legislativa apresenta-se de forma ambígua e pouco ambientada com os preceitos constitucionais em vigor, que tutelam os direitos individuais, particularmente no que se refere à liberdade de pensamento e de expressão em geral. Num primeiro momento, pelo fato de a Lei 5250 de 1967 ainda vigorar em território nacional, cuja fundamentação institucional provém da ideologia da Segurança Nacional do regime militar. Uma legislação que foi objeto de violações sistemáticas dos direitos e garantias individuais, que serviu a ímpetus escusos, continua em plena eficácia.

Diante dessa constatação, cumpre lembrar que a imprensa exerce um papel essencial à consolidação da democracia, tendo em vista que a sociedade por vezes fica sujeita a práticas autoritárias e conservadoras nutridas pelo clientelismo político e a passividade cívica.

Esse clima de tensão no plano hermenêutico é referido por **Luís Roberto Barroso**:⁽³⁾ “*Um olhar sobre a Constituição brasileira de 1988 revela diversos pontos de tensão normativa, isto é, de proposições que consagram valores e bens jurídicos que se contrapõem e que devem ser harmonizados pelo intérprete*”.

A observação retrata o conflito entre o direito de informar, que deflui da liberdade de expressão, e os direitos de personalidade, ponderando que a jurisprudência deverá fixar os justos limites da aplicação da lei no campo dos excessos indevidos.

Não obstante, esse dado que evidencia o princípio da unidade da Constituição de 88 persiste na reflexão a respeito da hierarquia axiológica na opção entre um direito em detrimento de outro. A Constituição Federal tutela o direito à manifestação do pensamento e o direito à informação, além da proteção aos direitos da personalidade, centrados no princípio da dignidade humana. Esse contraponto tem legitimado decisões do Poder Judiciário para limitar o exercício da liberdade de imprensa.⁽⁴⁾

Conclusão

A cidadania no século XXI requer um grau de conhecimento que até agora poucos têm, requer do indivíduo que saiba ler os produtos da imprensa e que seja capaz de questionar suas estratégias. A facilidade com que consumimos a mídia atualmente, pela atração de suas imagens e simplicidade de suas formas narrativas, poderia sugerir que a alfabetização em mídia não é só mais uma questão, mas sim, mais urgente do que nunca.

Analisando padrões de manipulação na grande mídia, essa pesquisa trouxe como resultado a percepção da imprensa não somente como manipuladora da informação, mas também como alvo da manipulação de outros atores. Contudo, a imprensa pode errar nos seus relatos, no seu tom, na sua urgência. Efetivamente, erra muito. É verdade que a imprensa necessita de mais responsabilidade no seu modo de fazer; não pretendemos defender a abolição da ética no exercício dessa profissão. Mas ela acerta nos parâmetros gerais de seu método e na sua razão de ser. Acerta em duvidar do poder e acerta em publicar o que o poder gostaria de esconder.

Claro que é uma discussão complexa e extensa, que não poderá ser resolvida aqui. Mesmo assim, é possível dizer que a lei democrática — bem como o Estado de Direito — precisa da liberdade de imprensa não como algo a que possa autorizar, mas como algo de que depende para não se deixar devorar pelo poder absoluto, que é sinônimo, já o sabemos há séculos, de corrupção absoluta.

Em que termos devemos então pensar a liberdade neste ponto, quero dizer, nesta inflexão precisa em que a cultura do universo jurídico arrisca um diálogo com o multiuniverso do jornalismo?

Recorro a um parágrafo de **Norberto Bobbio**. Em *A era dos direitos*, ele escreve: dos quatro direitos elencados, somente a liberdade é definida (art. 4º [da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789]); e é definida como o direito de “*poder fazer tudo o que não prejudique os outros*”, definição diversa da que se tornou corrente de **Hobbes** a **Montesquieu**, segundo a qual a liberdade consiste em fazer tudo o que as leis permitam; bem como da definição de **Kant**, segundo a qual a minha liberdade se estende até o ponto da compatibilidade com a liberdade dos outros”.⁽⁵⁾



DIRETORIA EXECUTIVA

Presidente: Cristiano Avila Maronna

1.º Vice-Presidente: Thiago Bottino do Amaral

2.ª Vice-Presidente: 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 Shecira

OUVIDOR

Rogério Fernando Taffarello

É por esse caminho que podemos compreender a luminosa intuição do professor **Tercio Sampaio Ferraz Jr.**, que, ao voltar seus olhos para as relações colaborativas geradas no ambiente da Internet, disse nada menos que o seguinte: “A liberdade de um começa onde começa a liberdade do outro”.⁽⁶⁾

Notas

- (1) Dessa maneira, a participação política, a literatura e a importância da liberdade na construção de novos caminhos para a democracia são os temas centrais deste ensaio.
- (2) BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Corrupção, crise política e direito penal: as lições que o Brasil ainda precisa aprender. *Boletim IBCCrim*, nº 290, p.6
- (3) BARROSO, Luís Roberto – Interpretação e Aplicação da Constituição. 3.ed. S.Paulo – Saraiva, 1999. p. 190.
- (4) BARBOSA, Rui – *Comentários à Constituição Federal brasileira*. São Paulo – Saraiva, 1934.

- (5) BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- (6) FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *O Direito, entre o futuro e o passado*. São Paulo: Noeses, 2014. p. 54. Na verdade, o ensaio original em que o professor analisa o ambiente virtual – apenas citado em *O Direito, entre o futuro e o passado*, é outro: “A liberdade como autonomia recíproca de acesso à informação”, publicado em: GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). *Direito e internet: relações jurídicas na sociedade informatizada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 241 a 248.

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.

COM A PALAVRA, OS ESTUDANTES

Reflexões sobre a recente manifestação do Supremo Tribunal Federal acerca da (im)prescritibilidade do crime de injúria racial

Adilson Pires Ribeiro e Mariana Goulart

1. Injúria racial versus racismo: breves considerações

Embora falar sobre injúria racial e racismo aparente uma isonomia, a estrutura jurídica e a responsabilidade penal são distintas. Daí decorre a ideia de serem ambos os delitos suscetíveis do instituto da imprescritibilidade do *ius puniendi* do Estado. Porém, como dito, é mera aparência.

A injúria racial consiste em ofender a honra subjetiva de alguém, agredindo sua dignidade ou decoro, mediante a utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião, origem ou à condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência. **Cezar Roberto Bitencourt** explica que essa modalidade de injúria foi introduzida como uma qualificadora, portanto, um novo tipo penal, pela Lei 9.459 de 1997. Essa inserção encontra amparo político criminal, haja vista que “a prática de crimes descritos na Lei 7.716/89 (preconceito de raça ou cor) não raro era desclassificada para o crime de injúria” (**BITENCOURT**, 2015, p. 377). Percebe-se que o legislador, ao tratar sobre o racismo, utiliza-se da pena para afastar “injustiças”, um claro exemplo de uma lei penal simbólica, que distancia o debate por meio da criminalização de uma conduta, do racismo estrutural na sociedade.

Luiz Regis Prado converge com o pensamento de **Bitencourt** ao explanar sobre a escolha de uma maior reprovabilidade penal nesse caso de injúria. Em seus dizeres, “esta qualificadora indica maior reprovabilidade pessoal da conduta típica e ilícita, atuando assim sob a medida da culpabilidade”. (**PRADO**, 2015, p. 787).

Ambos os autores citados anteriormente alertam sobre a lesão ao princípio da proporcionalidade nesse tipo penal. A pena em abstrato cominada no artigo 140, § 3º, é de 1 a 3 anos de reclusão e multa; enquanto, por exemplo, a pena de homicídio culposo é da mesma quantidade, porém, de detenção. A primeira inicia-se no regime fechado, enquanto a segunda inicia no regime semiaberto; portanto, para o legislador, é mais gravoso injuriar alguém pelo motivo de raça do que matar alguém por negligência, imprudência ou imperícia.

Importante destacar que, para a configuração da injúria por preconceito, torna-se necessário “além do dolo representado pela vontade livre e consciente de injuriar, a presença do elemento

subjetivo especial do tipo, constituído pelo especial fim de discriminar o ofendido por razão de raça, cor, etnia, religião ou origem”. (**BITENCOURT**, 2016, p. 398).

Ao contrário, o crime de racismo é a prática de condutas discriminatórias, em regra mais gravosas na concepção do legislador, direcionadas a determinado grupo ou à coletividade. No diapasão do constitucionalista **Uadi Lammêgo Bulos**, “racismo é todo e qualquer tratamento discriminador da condição humana em que o agente dilacera a autoestima e o patrimônio moral de uma pessoa ou de um grupo de pessoas” (**BULOS**, 2015, p. 648). Apesar da vagueza do conceito de racismo apresentada pelo constitucionalista, o que possibilita uma interpretação extensiva, entende-se que o crime de racismo é um sentimento mais gravoso em relação a toda uma coletividade, em razão da sua origem, raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Por exemplo, um lojista somente contrata funcionários caucasianos e não contrata funcionários negros ou de outra origem.

Desse modo, tem razão **Rogério Greco**, ao entender que a finalidade do agente na prática do crime de injúria preconceituosa – por meio de elementos ligados a raça, cor, etnia etc. – é atingir a honra subjetiva da vítima, enquanto que a prática do racismo não é uma simples agressão à honra subjetiva; é mais grave, atinge a própria existência digna da pessoa, ou de um grupo, o que torna a punição mais severa. (**GRECO**, 2012).

No ordenamento jurídico brasileiro, a injúria racial está tipificada no § 3º, do art. 140 do Código Penal. É considerada uma das formas qualificadas da injúria, pois o vernáculo do referido parágrafo apresenta forma diversa de praticar a injúria e lhe comina novo parâmetro de pena-base (reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa). No que tange à tipificação do crime de racismo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – por se tratar de uma conduta mais gravosa –, fez a seguinte previsão: a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei (art. 5º, inciso XLII). A referida lei, de que trata a previsão magna, é a 7.716/1989, que pune os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Portanto, nessa perspectiva inicial, é possível verificar que se tratam de delitos distintos. Além das diferenças mencionadas alhures, pode-se destacar a promoção da ação penal, que no crime de injúria racial é pública, condicionada à representação do ofendido (Parágrafo Único, art. 145, Código Penal); enquanto que nos crimes de racismo é pública incondicionada, pois a lei não exige representação da vítima (§ 1º, art. 100, Código Penal). E ainda, há possibilidade de fiança no crime de injúria racial, conforme dispõe o art. 322 do Código de Processo Penal. Todavia, o crime de racismo não é contemplado pelo instituto da fiança, de acordo com o que prevê a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o Código de Processo Penal (art. 5º, XLII e art. 323º, I, respectivamente).

2. O crime de injúria racial e sua (im)prescritibilidade

Consoante disciplina o Código Penal, a pretensão punitiva da injúria racial prescreve em 08 (oito) anos (art. 109, IV, Código Penal). Todavia, a lei penal sofreu violenta agressão com a decisão do Superior Tribunal de Justiça do Agravo em Recurso Especial 686.965 (DF 2015/0082290-3), decidindo ser o crime de injúria racial imprescritível, ratificada recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a admissibilidade do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 983.531, de relatoria do ministro Luís Roberto Barroso, da Primeira Turma.

Considerando que o Supremo Tribunal Federal, diante da natureza e rigidez do recurso interposto, limitou-se a um provimento jurisdicional iminentemente processual, a convalidação da decisão do Superior Tribunal de Justiça, que considerou imprescritível o crime de injúria racial, não ocorreu em razão da análise meritória pela Corte Suprema, mas tão somente pela inadmissibilidade do recurso, mantendo, dessa forma, inalterada a decisão do STJ. Isso porque, conforme deixou assentado o ministro Luís Roberto Barroso, “*tem-se que o recurso é inadmissível, tendo em vista que, para chegar a conclusão diversa do acórdão recorrido, seria necessária a análise da legislação infraconstitucional pertinente, o que é inviável em recurso extraordinário*”.

Dessa forma, as reflexões aqui propostas, quanto ao mérito da (im)prescritibilidade do crime de injúria racial, ocorrerão com base nos fatos e fundamentos abalizados pela Corte Cidadã, conquanto, conforme exposto, o Supremo Tribunal Federal não enfrentou a matéria e seu caráter substancial.

O caso que deu ensejo a essa discussão refere-se ao pronunciamento do apresentador e blogueiro **Paulo Henrique Amorim dos Santos** que, em seu blog na rede mundial de computadores, expressou-se da seguinte forma: “*negro de alma branca*”, referindo-se ao jornalista da emissora Rede Globo de Comunicações, Heraldo Pereira de Carvalho. O apresentador foi denunciado por racismo; contudo, o magistrado de primeiro grau considerou a conduta ofensiva como injúria racial, prevista no art. 140, § 3º do Código Penal.

Ao recorrer dessa decisão, entendendo que o crime não foi de injúria e sim de racismo, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios manteve o entendimento do juiz *a quo*; porém, reconheceu a prescrição intercorrente da injúria racial, extinguindo a punibilidade. Dessa decisão, o ofendido recorreu ao Superior Tribunal de Justiça, impugnando o reconhecimento da prescrição. Ao analisar o recurso, o ministro Ericson Marinho considerou a injúria racial imprescritível.

É mister ater-se às diretrizes da dogmática jurídico-penal, portanto, com observância aos princípios limitadores do *ius puniendi* do Estado. Entende-se que, de fato, a prática do racismo ainda é uma questão sociocultural enraizada na sociedade, que promove a desigualdade, a intolerância em relação aos outros indivíduos e, em casos extremos, como nos mostra a história, à segregação e ao genocídio. Porém, tais argumentos, ainda que pautados sobre uma questão emblemática no seio social, não são convincentes, quicá legítimos.

Ao tomar a decisão mencionada alhures, o douto magistrado não se ateve ao Princípio da Estrita Legalidade Penal, que constitui, por si só, efetiva limitação ao poder do Estado. Por esse princípio, a lei deve definir com exatidão e de maneira cristalina a conduta defesa pela

ordem jurídica. Ainda assim, não basta que a conduta esteja legalmente prevista. É necessário que ela seja elaborada de forma taxativa e com rigorosa precisão técnica possível, de acordo com o Princípio da Máxima Taxatividade Legal (ZAFFARONI; BATISTA, 2013).

O Direito Penal não pode – ainda que aparente – ser visto como instrumento pelo qual o Estado resolve problemas. O Direito Penal não resolve problemas. Sua essência, ao contrário, está em ser acionado como última medida a ser tomada, quando esgotadas todas as vias possíveis. Aí, sim, o Direito Penal, deve – respeitando a estrita legalidade – ser instrumentalizado. O Princípio da Intervenção Mínima (ou *ultima ratio*) norteia o legislador a promover a criminalização de uma conduta quando necessária à prevenção do bem jurídico tutelado. Ou seja, se existirem outros meios de resolução do conflito social que se revelarem suficientes para proteger esse bem jurídico, a criminalização da conduta mostra-se ilegítima (BITENCOURT, 2015).

Ora, a questão do racismo, como já enfatizado, é uma questão sociocultural; portanto, não é tornando a estrutura criminalizante da prática dessa conduta, ou seja, tornando a punição imprescritível, que o Estado resolverá a questão do racismo. Pelo contrário, a falta de educação social pelos meios adequados negligencia a realidade do racismo. Desse modo, o Direito Penal, que deveria ser tido como *ultima ratio*, ao ser o primeiro instrumento de resolução da prática racista acaba por legitimar tal conduta.

Referidos princípios não foram observados na tomada de decisão pelo magistrado. Um dos argumentos que embasaram a decisão foi que o rol dos crimes de racismo previstos na Lei 7.716/1989 não é taxativo. Da detida análise da *lei do racismo*, é possível verificar que foram tipificadas mais de uma conduta racista, porém cada conduta ali descrita é taxativa. Ao fazer essa interpretação, grande equívoco ocorreu na decisão, pelas seguintes razões:

a) porque o Direito Penal veda a analogia *in malam partem*. Ainda assim, na hipótese de interpretação extensiva (permitida às normas penais incriminadoras), a lei deve possibilitar a interpretação, ampliando seu conteúdo ou alcance. Não é o caso da Lei 7.716/1989;

b) entende-se – como já exposto exaustivamente – que o enfrentamento do racismo não pode ocorrer com a utilização do Direito Penal. É dever do Estado, por meios adequados, conscientizar a sociedade e reeducá-la, sem, contudo, tirar-lhe a liberdade a qualquer momento. Porém, se tais meios forem esgotados, e não houver outros, aí, sim, como *ultima ratio*, o Direito Penal poderá ser mecanismo de atuação estatal dentro da estrita legalidade;

c) vê-se que o caráter imprescritível direcionado à injúria racial teve como base o mandamento constitucional para o crime de racismo (previsão regulamentada pela Lei 7.716/1989), que prevê ser imprescritível e inafiançável. Desta feita, não pode haver interpretação ou analogia do texto constitucional, em detrimento da liberdade de alguém, equiparando a injúria racial ao racismo. O texto constitucional é taxativo. Além do que, a norma magna é superior ao Código Penal, não podendo, portanto, ser equiparada;

d) a lei que disciplina a prática de racismo é de 1989; e a previsão da injúria racial é de 1997, com modificações em 2003. Ora, se a vontade do legislador fosse equiparar a injúria por motivos de raça, cor, etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência ao racismo, teria feito na própria norma legal. Não o fez. Portanto, constituindo-se o racismo e a injúria racial delitos autônomos, a prescrição da injúria racial seria acertado entendimento a ser tomado pela Corte da Cidadania.

A decisão que entendeu ser imprescritível o crime de injúria racial, além de colidir com a dogmática penal, nos parece ter sido tomada como resposta para a sociedade diante das injustiças sociais que o racismo ocasiona. Nesse ponto, a discussão crítica da diversidade e até mesmo de direitos humanos foi deixada de lado; e foi apenas tomada como força motriz do *ius puniendi* estatal por meio do Direito Penal. O racismo é uma questão social e cultural. Enfrentar esse paradigma com o inicial viés penal é fortalecer uma esquerda punitiva. Além do que, em decisões anteriores, o Superior Tribunal de Justiça já tinha

entendimento no sentido de que à injúria racial, a prescrição – quando reconhecido transcurso do lapso temporal – era acertada medida a se impor. Nesse sentido: Agravo de Instrumento 1.321.973 – MG (2010/0110889-6 e Recurso Especial 1.525.838/SP (2015/0082581-9).

De que *finis da pena*, ao tornar imprescritível um crime, está a se tratar? A liberdade de um indivíduo não pode ser interrompida a qualquer momento de sua vida, pelo livre arbítrio do Estado que, em dado momento, decide efetivar a punição. Tamanha desproporcionalidade e esquizofrenia ainda é tornar a injúria racial (e até mesmo o racismo), imprescritível, enquanto legalmente se prevê a prescrição de um estupro contra uma mulher ou uma criança.

A prática de conduta racista, como já enfatizado, é uma questão social e cultural. Reconhece-se a necessidade de se discutir tal problema à luz dos direitos humanos, reeducando socialmente e conscientizando as pessoas. O entendimento de que a punição da injúria racial deve ser imprescritível lastreia-se em fatal engano, pois tornar tal conduta mais severamente punível não é a solução, além do que, causa grande preocupação aos penalistas e à criminologia. O racismo é um acontecimento social, que não pode ser enfrentado única e exclusivamente com instrumentos jurídico-penais (ZANON, 2000).

Nesse diapasão, a enriquecedora crítica de **Eugênio Raul Zaffaroni** e **Nilo Batista**, merece destaque: *“A criminalização alcança um limite de irracionalidade intolerável quando o conflito sobre cuja base opera é de lesividade mínima ou quando, não o sendo, a afetação de direitos nele envolvida é grosseiramente desproporcional à magnitude da lesividade do conflito. Já que é impossível demonstrar a racionalidade da pena, as agências jurídicas devem, pelo menos, demonstrar que o custo em direitos da suspensão do conflito mantém uma proporcionalidade mínima com o grau da lesão que tenha provocado. Temos aí o princípio da proporcionalidade mínima da pena com a magnitude da lesão”*. (ZAFFARONI; BATISTA, 2013, p. 230).

A crítica que **Zaffaroni** e **Nilo Batista** levantam, é que, pelo princípio da proporcionalidade mínima, a pena como retribuição não se legitima, uma vez que a intervenção do Estado na liberdade da pessoa se limita a afastar a discussão sobre determinada criminalização – as questões que envolvem o racismo, por exemplo –, sem resolvê-la, o que no fundo, acaba tornando a irracionalidade da punição intacta. Ou seja, o problema social continuará a existir enquanto o Estado se limitar a instrumentalizar o Direito Penal para resolver tal problema e não acionar meios adequados para enfrentar essa questão de caráter sociocultural.

A estrutura criminalizante (imprescritibilidade do crime de injúria racial), portanto, é irracional, desproporcional e não menos ilegítima. **Zaffaroni** e **Batista**, ainda alertam que o Direito Penal não pode admitir que a irracionalidade estatal no exercício do *ius puniendi* aja com grosseira desproporção em relação à lesão que a conduta causou.

Pertinente é a crítica quanto à questão sociocultural do racismo.

Causa-nos estranheza e desconforto a ideia de conferir à injúria racial tratamento desproporcional a um crime de estupro, por exemplo, como já afirmamos anteriormente. Será que agredir a honra subjetiva de alguém é tão lesivo ao ser humano do que violentá-lo sexualmente, a ponto de tornar a injúria racial imprescritível e a agressão sexual não?

Há de se entender que a resposta há de ser negativa. Não se vê coerência na tutela do Estado, por meio do Direito Penal, ao permitir punir a qualquer tempo uma conduta de menor potencial ofensivo, enquanto condutas mais lesivas não ganham sequer isonomia de tratamento.

Diante de todos os argumentos expostos, pode-se concluir que o crime de injúria racial é prescritível e que a decisão do Superior Tribunal de Justiça ocorreu de forma equivocada, sem qualquer observância aos regramentos mínimos que norteiam a instrumentalização do Direito Penal. Além disso, insta gizar que a questão da imprescritibilidade do crime de injúria racial não foi enfrentada substancialmente pelo Supremo Tribunal Federal, esquivando-se do caráter de ordem pública e constitucional do instituto da prescrição, o que, por derradeiro, causa espanto e desconforto jurídico.

Referências

- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral I. 21. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____. Tratado de direito penal: parte especial II: dos crimes contra pessoa. 12. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 9. ed. rev. atual. de acordo com a emenda constitucional nº 83/2014 e os últimos julgados do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Saraiva, 2015.
- GRECO, Rogério. Curso de direito penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 448.
- PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. Curso de direito penal brasileiro: parte geral e parte especial. 14. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.
- ZANON, Artemio. Introdução à ciência do direito penal. Florianópolis: Editora OAB-SC, p. 231.

Adilson Pires Ribeiro

Estudante de Direito.
Estagiário do TJSC.
Artista plástico.

Mariana Goulart

Bacharela e licenciada em História pela UFSC.
Estudante de Direito.
Estagiária do MPSC.

19

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661

COORDENADOR-CHEFE: Fernando Gardinali Caetano Dias.

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

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

CONSELHO EDITORIAL:

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

Pupo, Milene Maurício, Milene Cristina Santos, Octavio Orzari, Otávio Espíres Bazaglia, Pedro Beretta, Pedro Augusto Simões da Conceição, Pedro Machado de Almeida Castro, Rachel Lerner Amato, Rafael Fecury Nogueira, Rafael Tiago Silva, Raul Abramo Ariano, Renata Macedo, Ricardo Caiado, Rodrigo Sardenberg, Rogério Taffarello, Rosa Cantal, Salomão Shecaira, Sâmia Zattar, Theodoro Balducci, Thiago Baldani Gomes de Filippo, Thiago Tezani, Verônica Carvalho Rahal, Vitor Hugo da Silva, Vinicius Vasconcellos e Yuri Felix.

COLABORADORES DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA:

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

Valim, Stephan Gomes Mendonça, Suzane Cristina da Silva, 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

24º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

CONHEÇA OS DADOS DA PESQUISA DE SATISFAÇÃO:

- **96%** aprovaram o conteúdo da programação
- Organização e local do evento **aprovados por mais de 90%** dos participantes
- **53%** consideraram o evento "excelente"
- **39%** classificaram esta edição como "ótima"

92%
DE APROVAÇÃO
DO PÚBLICO

Realização:

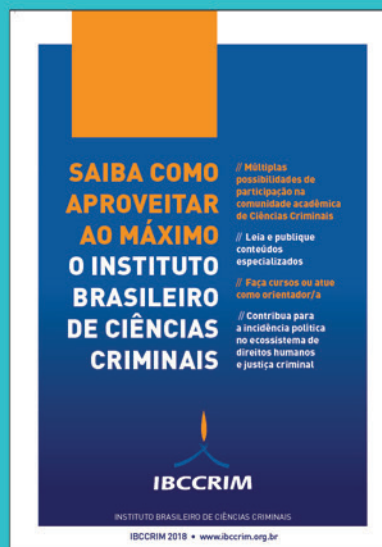


Patrocínio-master:



CONHEÇA OS MATERIAIS INSTITUCIONAIS DIVULGADOS NO 24º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Conheça as iniciativas e pesquisas do IBCCRIM que ampliam seu impacto social por meio de parcerias institucionais



- Participe da comunidade acadêmica de Ciências Criminais
- Contribua para a incidência política no ecossistema de direitos humanos e justiça criminal
- Leia e publique conteúdos especializados
- Faça cursos ou atue na orientação das atividades

JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

Superior Tribunal de Justiça

Penal. Recurso especial ministerial. Crime contra a ordem tributária. Alteração legislativa para fins de suspensão do processo. Constituição do crédito tributário após a nova regra. Parcelamento posterior ao recebimento da denúncia. Suspensão do processo. Impossibilidade. Recurso provido.

1. A nova redação do art. 83, §2º, da Lei n. 9.430/1996, atribuída pela Lei n. 12.382/2011, por restringir a formulação do pedido de parcelamento ao período anterior ao recebimento da denúncia, é mais gravosa em relação ao regramento que substituiu, que não trazia essa limitação, o que impede sua aplicação às condutas a ela pretéritas. (REsp 1493306/ES, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 15/08/2017, DJe 24/08/2017) 2. Constatado que a inscrição do débito em dívida ativa se deu em data posterior à alteração legislativa, do mesmo modo que o parcelamento do débito ocorreu depois do recebimento da denúncia, não há como evitar a aplicação da novel regra do art. 83, §2º, da Lei nº 9.430/96, trazida pela Lei nº 12.382/11. 3. Recurso especial provido para cassar o acórdão recorrido a fim de afastar suspensão da pretensão punitiva estatal e determinar o prosseguimento da ação penal.

(STJ – 6.ª T. – REsp. 1647917/AM – rel. **Néfi Cordeiro** – j. 14.04.2018 – public. 02.05.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5955**)

Comentário ao Acórdão no RESP nº 1.647.917/AM do STJ

Anotação

Claudio Bidino

Neste acórdão, a 6ª Turma do STJ se ateve a analisar basicamente a aplicação no tempo da Lei 12.382/11.

A Lei 12.382/11 teve significativa repercussão no âmbito do Direito Penal Tributário porque modificou um entendimento normativo que vigorava no país desde 2003,⁽¹⁾ que determinava a suspensão da pretensão punitiva estatal referente à prática de crimes tributários materiais sempre que se verificasse a inclusão do contribuinte em regime de parcelamento do respectivo débito fiscal. Até o advento da Lei 12.382/11, então, toda e qualquer ação penal relativa à prática de crimes tributários materiais deveria ser suspensa sempre que o réu optasse por aderir a um regime de parcelamento antes do trânsito em julgado de eventual sentença condenatória.

Tudo mudou, no entanto, com a entrada em vigor da Lei 12.382/11, que introduziu um parágrafo 2º no artigo 83 da Lei 9.430/1996, para restringir a possibilidade da suspensão da pretensão punitiva estatal apenas aos casos em que o contribuinte formalizasse a solicitação de parcelamento do débito fiscal antes do recebimento da denúncia. Ou seja, a partir do limite estabelecido pela Lei 12.382/11, não será toda e qualquer adesão

a regime de parcelamento tributário que resultará na suspensão da pretensão punitiva, mas somente aquela que for requerida ao Fisco antes de eventual decisão de recebimento da denúncia.

No julgamento do REsp 1.647.917/AM, os ministros que integram a 6ª Turma do STJ reformaram, por unanimidade, um acórdão de 2º grau que havia concluído que a nova orientação introduzida pela Lei 12.382/11, por ser mais gravosa ao réu, não poderia retroagir para incidir sobre atos de supressão de imposto de renda que teriam ocorrido nos anos de 1999, 2000 e 2003 (ainda que a constituição definitiva do crédito tributário e a sua inscrição em dívida ativa tenham se dado durante a vigência do novo diploma legal, nomeadamente, no dia 04 de setembro de 2012).

Assim, muito embora tenha concordado com o entendimento do tribunal *a quo* acerca da irretroatividade da Lei 12.382/11, a 6ª Turma do STJ considerou que não haveria como evitar a sua aplicação na hipótese então em apreço porque a inscrição do débito em dívida ativa se efetivou após a entrada em vigor da novel lei. Daí porque se decidiu que, no caso concreto, o parcelamento do débito efetuado após o recebimento da denúncia não teria o condão de suspender a ação penal.

Quer dizer, nesse acórdão, adotou-se então a compreensão de que, para fins de aplicação da Lei 12.382/11 no tempo, o marco a ser considerado seria a data em que tivesse sido constituído definitivamente o crédito tributário, e não a data em que tivessem sido praticadas as condutas descritas no tipo penal pelo contribuinte. Destarte, se o crédito tributário tivesse sido constituído definitivamente após a entrada em vigor da Lei 12.382/11, que se deu no dia 1º de março de 2011, a eventual adesão do contribuinte a regime de parcelamento fiscal somente poderia desencadear a suspensão da ação penal se ela tivesse sido solicitada antes do recebimento da denúncia.

Insta notar que a 5ª Turma do STJ também tem se valido desse mesmo entendimento ao se deparar com casos similares (v. RHC 94.845/PR, Min. Rel. Felix Fischer, j. 26.06.18; RHC 86.857/SP, Min. Rel. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 12.06.18 e REsp 1.524.525/MG, Min. Rel. Felix Fischer, j. 28.11.17).

Data maxima venia, entretanto, parece-nos que padece de manifesto equívoco a orientação adotada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Com efeito, partindo da premissa assentada no âmbito do próprio STJ de que “a inovação legislativa instituída pela Lei 12382/2011 é mais gravosa ao réu, pois criou um marco temporal para o deferimento da suspensão da pretensão punitiva estatal”,⁽²⁾ temos por certo que ela não pode ser aplicada retroativamente em desfavor de réus que praticaram ações voltadas à supressão de

JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

Superior Tribunal de Justiça ____ 2157
Claudio Bidino

JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal ____ 2158
Superior Tribunal de Justiça ____ 2160
Tribunal Regional Federal da
1ª Região ____ 2164

tributos em data anterior à sua entrada em vigor, pouco importando se a constituição definitiva do correspondente crédito tributário ocorreu durante a vigência da lei novel.

Afinal, como se sabe, no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da irretroatividade deve ser interpretado à luz do disposto no artigo 4º do CP, segundo o qual “*Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado*”. Extrai-se, portanto, desse enunciado que o marco temporal que deve ser levado em conta para fins de aplicação do princípio da irretroatividade é a data em que tiver sido praticada a conduta pelo agente – e não a data em que tiver sido produzido eventualmente o seu resultado.

Não é demais lembrar que a razão de ser da norma do artigo 4º do CP reside justamente “*em que, para o Direito Penal, o fundamental é a constatação do instante em que a pessoa transgredir o comando deontológico contido na lei penal e isso ocorre, efetivamente, com a adoção da conduta ativa ou passiva antijurídica. O momento do resultado, embora relevante para a caracterização do crime consumado ou tentado, não mais influi naquela expectativa normativa, razão pela qual a alteração legislativa que ocorra após a realização da conduta, mas antes de aperfeiçoado o resultado, não poderá alterar o que já se passou*”.⁽³⁾

Tamanha é a importância da norma consagrada no artigo 4º do CP que ela serve de norte para a aplicação do princípio da irretroatividade da lei penal nos principais tratados internacionais de direitos humanos, como, por exemplo, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos,⁽⁴⁾ na Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁽⁵⁾ e na Declaração Universal dos Direitos Humanos.⁽⁶⁾

Ora, se a lei penal aplicável a uma hipótese de crime tributário fosse mesmo aquela vigente no momento da constituição definitiva do crédito tributário, tal como sustentado pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.647.917, e não a lei penal que vigorava no momento da prática da ação fraudulenta voltada à supressão ou redução de tributos pelo contribuinte, tal como se infere do artigo 4º do CP, estar-se-ia seguramente diante de uma situação de absoluta falta de segurança jurídica e de uma violação constitucionalmente intolerável ao princípio da legalidade, que procura garantir a todos os cidadãos o direito de conhecimento *ex ante* das exatas consequências que poderão advir de potenciais condutas que infrinjam a lei penal.

Malgrado a súmula vinculante 24 do STF exija para fins de tipificação de crimes tributários materiais não apenas a verificação da prática de uma determinada conduta típica voltada à supressão de um tributo e a posterior ocorrência de um resultado danoso ao

Fisco, mas também o exaurimento da instância administrativa, com a constituição definitiva do respectivo crédito tributário, parece-nos claro que, para fins de definição da lei penal que incidirá em cada caso, somente importará a data em que tiver sido cometida a ação típica pelo contribuinte, sendo, por isso, absolutamente irrelevantes a data em que foi efetivamente suprimido o tributo e, por igual ou maior razão, a data em que se procedeu ao lançamento definitivo do crédito tributário.

Ao fio do exposto, ante a patente violação ao princípio da irretroatividade da lei penal, que deve ser interpretado à luz do artigo 4º do CP, espera-se que o Superior Tribunal de Justiça reveja o seu atual posicionamento e que passe a impedir que a Lei 12.382/2011 recaia sobre crimes tributários materiais em que as ações típicas foram praticadas antes da sua entrada em vigor, independentemente da data em que foi definitivamente constituído o respectivo crédito tributário, pois somente assim se estará assegurando às pessoas acusadas da prática desses crimes um valioso direito que era, de fato, previsto pelo ordenamento jurídico brasileiro no momento em que elas teriam, em tese, optado por infringir a norma incriminadora, a saber, o direito de ter a sua persecução penal suspensa a partir da mera adesão a regime de parcelamento fiscal antes do trânsito em julgado de sentença condenatória.

Notas

- (1) Vide: artigo 9º da Lei 10.684/2003 e artigo 68 da Lei 11.941/09.
- (2) STJ, RHC 86.857/SP, Min. Rel. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 12.06.18.
- (3) Gueiros e Japiassú, 97.
- (4) Art. 9º (Princípio da legalidade e da retroatividade): “*Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração dos delitos. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinquente será por isso beneficiado.*”
- (5) Art. 7º, 1: “*Ninguém pode ser condenado por uma ação ou omissão que, no momento em que foi cometida, não constitua infração segundo o direito nacional ou internacional. Igualmente não pode ser imposta uma pena mais grave do que a aplicável no momento em que a infração for cometida.*”
- (6) Art. 11º, 2: “*Ninguém será condenado por ações ou omissões que, no momento da sua prática, não constituam ato delituoso à face do direito interno ou internacional. Do mesmo modo, não será infligida pena mais grave do que a que era aplicável no momento em que o ato delituoso foi cometido.*”

Claudio Bidino

Mestre em Criminologia e Justiça Criminal
pela Universidade de Oxford.

Mestre em Direito Penal e Pós-Graduado em Direito Penal
Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra.
Advogado.

| JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal

Habeas corpus coletivo. Admissibilidade. Doutrina brasileira do *habeas corpus*. Máxima efetividade do *writ*. Mães e gestantes presas. Relações sociais massificadas e burocratizadas. Grupos sociais vulneráveis. Acesso à justiça. Facilitação. Emprego de remédios processuais adequados. Legitimidade ativa. Aplicação analógica da Lei 13.300/2016. Mulheres grávidas ou com crianças sob sua guarda. Prisões preventivas cumpridas em condições degradantes. Inadmissibilidade. Privação de cuidados médicos pré-natal e pós-parto. Falta de berçários e creches. ADPF 347 MC/DF. Sistema prisional brasileiro. Estado de coisas inconstitucional.

Cultura do encarceramento. Necessidade de superação. Detenções cautelares decretadas de forma abusiva e irrazoável. Incapacidade do estado de assegurar direitos fundamentais às encarceradas. Objetivos de desenvolvimento do milênio e de desenvolvimento sustentável da organização das nações unidas. Regras de bangkok. Estatuto da primeira infância. Aplicação à espécie. Ordem concedida. Extensão de ofício.

1. Existência de relações sociais massificadas e burocratizadas, cujos problemas estão a exigir soluções a partir de remédios

processuais coletivos, especialmente para coibir ou prevenir lesões a direitos de grupos vulneráveis. 2. Conhecimento do writ coletivo homenageia nossa tradição jurídica de conferir a maior amplitude possível ao remédio heroico, conhecida como doutrina brasileira do habeas corpus. 3. Entendimento que se amolda ao disposto no art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal - CPP, o qual outorga aos juízes e tribunais 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. 4. Compreensão que se harmoniza também com o previsto no art. 580 do CPP, que faculta a extensão da ordem a todos que se encontram na mesma situação processual. 5. Tramitação de mais de 100 milhões de processos no Poder Judiciário, a cargo de pouco mais de 16 mil juízes, a qual exige que o STF prestigie remédios processuais de natureza coletiva para emprestar a máxima eficácia ao mandamento constitucional da razoável duração do processo e ao princípio universal da efetividade da prestação jurisdicional. 6. A legitimidade ativa do habeas corpus coletivo, a princípio, deve ser reservada àqueles listados no art. 12 da Lei 13.300/2016, por analogia ao que dispõe a legislação referente ao mandado de injunção coletivo. 7. Comprovação nos autos de existência de situação estrutural em que mulheres grávidas e mães de crianças (entendido o vocábulo aqui em seu sentido legal, como a pessoa de até doze anos de idade incompletos, nos termos do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA) estão, de fato, cumprindo prisão preventiva em situação degradante, privadas de cuidados médicos pré-natais e pós-parto, inexistindo, outrossim berçários e creches para seus filhos. 8. “Cultura do encarceramento” que se evidencia pela exagerada e irrazoável imposição de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis, em decorrência de excessos na interpretação e aplicação da lei penal, bem assim da processual penal, mesmo diante da existência de outras soluções, de caráter humanitário, abrigadas no ordenamento jurídico vigente. 9. Quadro fático especialmente inquietante que se revela pela incapacidade de o Estado brasileiro garantir cuidados mínimos relativos à maternidade, até mesmo às mulheres que não estão em situação prisional, como comprova o “caso Alyne Pimentel”, julgado pelo Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher das Nações Unidas. 10. Tanto o Objetivo de Desenvolvimento do Milênio nº 5 (melhorar a saúde materna) quanto o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 5 (alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas), ambos da Organização das Nações Unidas, ao tutelarem a saúde reprodutiva das pessoas do gênero feminino, corroboram o pleito formulado na impetração. 10. Incidência de amplo regramento internacional relativo a Direitos Humanos, em especial das Regras de Bangkok, segundo as quais deve ser priorizada solução judicial que facilite a utilização de alternativas penais ao encarceramento, principalmente para as hipóteses em que ainda não haja decisão condenatória transitada em julgado. 11. Cuidados com a mulher presa que se direcionam não só a ela, mas igualmente aos seus filhos, os quais sofrem injustamente as consequências da prisão, em flagrante contrariedade ao art. 227 da Constituição, cujo teor determina que se dê prioridade absoluta à concretização dos direitos destes. 12. Quadro descrito nos autos que exige o estrito cumprimento do Estatuto da Primeira Infância,

em especial da nova redação por ele conferida ao art. 318, IV e V, do Código de Processo Penal. 13. Acolhimento do writ que se impõe de modo a superar tanto a arbitrariedade judicial quanto a sistemática exclusão de direitos de grupos hipossuficientes, típica de sistemas jurídicos que não dispõem de soluções coletivas para problemas estruturais. 14. Ordem concedida para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionálíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício. 15. Extensão da ordem de ofício a todas as demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições acima.

(STF – 2.ª T. – HC 143641 – rel. **Ricardo Lewandowski** – j. 20.02.2018 – public. 09.10.2018 – Cadastro IBCCRIM 5956)

Execução penal. Livramento condicional. Requisitos do art. 83 do CP. Deferimento.

1. O preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos do art. 83 do Código Penal impõe o acolhimento do parecer do Ministério Público Federal para a concessão do livramento condicional. 2. Os autos não evidenciam, até o momento, o deliberado intento do sentenciado em frustrar o pagamento da multa. Hipótese em que o débito foi inscrito em dívida ativa da União, havendo nos autos a informação de que o sentenciado responde a outras execuções fiscais, inclusive com o bloqueio de seus bens. 3. O inadimplemento da pena de multa voltará a ser examinado, com o devido rigor, após o cumprimento das diligências requeridas pelo Ministério Público Federal. 4. Pedido deferido.

(STF – monocrática – Ex.P. 6 – rel. **Roberto Barroso** – j. 25.09.2018 – public. 27.09.2018 – Cadastro IBCCRIM 5957)

Penal e processo penal. Inquérito. Arquivamento pelo relator em caso de manifesto constrangimento ilegal. Art. 231, §4º, do RISTF. Art. 654, §2º, CPP. Colaboração premiada. Necessidade de corroboração mínima das declarações. Falta de suporte fático-probatório para prosseguimento das investigações. Ausência de prazo razoável. Constrangimento manifestamente ilegal. Questão de ordem na AP 937/RN. Possibilidade de arquivamento.

1. Na forma do art. 231, §4º, “e”, do Regimento Interno do STF (RISTF) e do art. 654, §2º, do CPP, o Relator deve determinar o arquivamento do inquérito quando verificar a ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade e/ou nos casos em que foram descumpridos os prazos para a instrução. Trata-se de dispositivo que possibilita, expressamente, o controle das investigações pelo Poder Judiciário que atua, nesta fase, na condição de garantidor dos direitos fundamentais dos investigados; 2. Os precedentes do

STF assentam que as declarações de colaboradores não são aptas a fundamentar juízo condenatório, mas suficientes dar início a investigações. Contudo, tais elementos não podem legitimar investigações indefinidas, sem que sejam corroborados por provas independentes. 3. A EC 45/2004 introduziu norma que assegura a razoável duração do processo judicial e administrativo (art. 5º. LXXVIII). Conforme a doutrina, esta norma deve ser projetada também para o momento da investigação. As Cortes Internacionais adotam três parâmetros: a) a complexidade do caso; b) a atividade processual do interessado; c) a conduta das autoridades judiciárias. No caso de inquéritos em tramitação perante o STF, os arts. 230-C e 231 do RISTF estabelecem os prazos de 60 dias para investigação e 15 dias para oferecimento da denúncia ou arquivamento, com possibilidade de prorrogação (art. 230-C, §1º, RISTF). 4. No julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal nº 937, o Plenário do STF fixou o entendimento que terminada a instrução processual, a ação penal deveria ser julgada pelo Tribunal, independentemente de se tratar de hipótese que determinaria a baixa dos autos. Aplicando este entendimento

de modo análogo, a Primeira Turma assentou, no INQ nº 4.647, que o inquérito pronto para juízo de admissibilidade da denúncia deveria ser apreciado pela Corte. Este entendimento também se aplica aos casos de arquivamento pela ausência de indícios mínimos de materialidade e autoria delitiva. 5. Caso em que inexistem indícios mínimos de materialidade e autoria delitiva, mesmo após 15 meses de tramitação do inquérito. Depoimentos genéricos e inespecíficos relatando o recebimento de recursos eleitorais em pleito no qual o investigado sequer disputou qualquer mandato eletivo. Apresentação apenas de elementos de corroboração produzidos pelos próprios investigados. Arquivamento do inquérito, na forma do art. 21, XV, “e”, art. 231, §4º, “e”, ambos do RISTF, e art. 18 do CPP.

(STF – 2.ª T. – Inq. 4458 – rel. **Gilmar Mendes** – j. 11.09.2018 – public. 01.10.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5958**)

Jurisprudência compilada por

Roberto Portugal de Biazzi e Vivian Peres.

Superior Tribunal de Justiça

Penal. Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Exercício irregular da profissão lavador/guardador de carro. Inexigibilidade de conhecimentos técnicos para o exercício da atividade. Atipicidade da conduta evidenciada. Precedentes do STJ e do STF. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado, o que não ocorre na espécie. 2. O habeas corpus não se presta para a apreciação de alegações que buscam a absolvição do paciente, em virtude da necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via eleita, salvo se, como no caso, a atipicidade da conduta exsurja evidente. 3. A contravenção de exercício irregular de profissão penaliza aquele que desempenha habitualmente profissão ou atividade econômica sem preencher as condições legais. O objetivo da infração penal é coibir a simulação de atividade laboral especializada, hipótese em que se presume a habilitação do profissional. 4. Inviável concluir que o guardador ou lavador de carros exerça profissão ou atividade econômica especializada, apta a caracterizar a contravenção penal prevista no artigo 47 do Decreto-lei n. 3.688/1941. Isso porque lavar ou guardar automóveis são atividades que não exigem quaisquer conhecimentos técnicos ou habilidades específicas as quais, caso não preenchidas ou não observadas, possam ofender a proteção à organização do trabalho pelo Estado. Ademais, não geram perante a sociedade a presunção da habilitação do profissional. 5. A mera exigência registro dos guardadores ou lavadores de veículos em Delegacias Regionais do Trabalho pela Lei 6.242/1975 não satisfaz a elementar do tipo, referente à necessidade da existência de condições que subordinam o exercício da profissão. 6. Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida, de ofício, para, com fulcro no art. 386, III, do Código de Processo Penal, absolver o paciente nos autos da Ação Penal n. 0002156-86.2015.8.19.0209.

(STJ – 5.ª T. – HC 457849/RJ – rel. **Ribeiro Dantas** – j. 04.10.2018 – public. 11.10.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5959**)

Penal e processo penal. Recurso especial. Imputação de prática do crime de patrocínio simultâneo ou tergiversação. Art. 355, parágrafo único, do CP. Atipicidade da conduta. Inexistência de conflito de interesses. Absolvição sumária restabelecida.

1. Na hipótese dos autos, não ficou configurado o patrocínio simultâneo de partes contrárias no mesmo processo, muito menos a presença de interesses antagônicos entre as partes. Ausentes os elementos que configuram o tipo penal em questão, deve ser considerada atípica a conduta praticada. 2. Irrelevante a alegação de que o Município de Ferraz de Vasconcelos tem interesse, na ação falimentar, de que a venda do bem da massa falida atinja o maior valor de venda, de modo a satisfazer o máximo de seu crédito, porquanto vigora no direito falimentar o princípio do par conditio creditorum, o qual estabelece que todos os credores da empresa falida devem receber tratamento paritário, dando-se aos que integram uma mesma classe iguais chances de efetivação de seus créditos, nos termos do art. 126 da Lei n. 11.101/2005. 3. No caso, a proposta de arrematação do bem imóvel favorece a todos os credores da massa falida, inexistindo, com isso, atuação contra os interesses do Município. 4. Recurso especial provido para reformar o acórdão recorrido e, consequentemente, restabelecer a sentença às fls. 281/283.

(STJ – 6.ª T. – REsp. 1722255/SP – rel. **Sebastião Reis Júnior** – j. 04.09.2018 – public. 14.09.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5960**)

Recurso especial. Direito penal. Tráfico de entorpecentes. Condenação anterior pelo delito do artigo 28 da lei de drogas. Caracterização da reincidência. Desproporcionalidade.

1. À luz do posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na questão de ordem no RE nº 430.105/RJ, julgado em 13/02/2007, de que o porte de droga para consumo próprio, previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, foi apenas despenalizado pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizado, esta Corte Superior vem decidindo que a condenação anterior pelo crime de porte de droga para uso próprio configura reincidência, o que impõe a aplicação da agravante genérica do artigo 61, inciso I, do Código Penal e o afastamento da aplicação da causa especial de diminuição de pena do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06. 2. Todavia, se a contravenção penal, punível com pena de prisão simples, não configura reincidência, resta inequivocamente desproporcional a consideração, para fins de reincidência, da posse de droga para consumo próprio, que conquanto seja crime, é punida apenas com “advertência sobre os efeitos das drogas”, “prestação de serviços à comunidade” e “medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”, mormente se se considerar que em casos tais não há qualquer possibilidade de conversão em pena privativa de liberdade pelo descumprimento, como no caso das penas substitutivas. 3. Há de se considerar, ainda, que a própria constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, que está cercado de acirrados debates acerca da legitimidade da tutela do direito penal em contraposição às garantias constitucionais da intimidade e da vida privada, está em discussão perante o Supremo Tribunal Federal, que admitiu Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 635.659 para decidir sobre a tipicidade do porte de droga para consumo pessoal. 4. E, em face dos questionamentos acerca da proporcionalidade do direito penal para o controle do consumo de drogas em prejuízo de outras medidas de natureza extrapenal relacionadas às políticas de redução de danos, eventualmente até mais severas para a contenção do consumo do que aquelas previstas atualmente, o prévio apenamento por porte de droga para consumo próprio, nos termos do artigo 28 da Lei de Drogas, não deve constituir causa geradora de reincidência. 5. Recurso improvido.

(STJ – 6.^a T. – REsp. 1672654/SP – rel. **Laurita Vaz** (rel. p/ acórdão: **Maria Thereza de Assis Moura**) – j. 21.08.2018 – public. 30.08.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5961**)

Habeas corpus. Impetração em substituição ao recurso cabível. Utilização indevida do remédio constitucional. Violação ao sistema recursal. Não conhecimento.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes. 2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Crime contra a ordem tributária. Atipicidade da conduta. Não recolhimento de ICMS declarado pelo próprio contribuinte. Fato que se amolda ao crime previsto no artigo 2º, inciso II, da Lei 8.137/1990. Coação ilegal não caracterizada.

1. A colenda 3ª Seção desta Corte Superior de Justiça, no julgamento do HC 399.109/SC, pacificou o entendimento de que de que em qualquer hipótese de não recolhimento de ICMS, comprovado o dolo, configura-se o crime tipificado no artigo 2º, inciso II, da Lei 8.137/1990. Ressalva do ponto de vista do Relator.

2. No caso dos autos, o paciente, na qualidade de titular de determinada firma individual, foi acusado de ter deixado de efetuar, no prazo legal, o recolhimento de R\$ 36.947,16 (trinta e seis mil, novecentos e quarenta e sete reais e dezesseis centavos) a título de ICMS cobrado de consumidores finais, locupletando-se ilicitamente dos valores em prejuízo ao Estado, conduta que se amolda ao tipo do artigo 2º, inciso II, da Lei 8.137/1990, o que impede a sua absolvição, como pretendido. Precedente.

Execução provisória de penas restritivas de direitos. Artigo 147 da Lei de execução penal. Impossibilidade. Constrangimento ilegal configurado. Concessão da ordem de ofício.

1. Embora o Supremo Tribunal Federal tenha decidido pela viabilidade da imediata execução da pena imposta ou confirmada pelos tribunais locais após esgotadas as respectivas jurisdições, esta Corte Superior de Justiça tem se posicionado no sentido de que tal possibilidade não se estende às penas restritivas de direitos, tendo em vista a norma contida no artigo 147 da Lei de Execução Penal.

Precedentes.

2. Na espécie, consoante extrato de movimentação processual obtido na página eletrônica do Tribunal de origem, constatou-se que o édito repressivo ainda não transitou em julgado, o que impede a imediata execução da sanção substitutiva cominada ao réu. 3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para suspender a determinação de imediata execução da pena restritiva de direitos imposta ao paciente, até que sobrevenha o trânsito em julgado da condenação.

(STJ – 5.^a T. – HC 396619/SC – rel. **Jorge Mussi** – j. 04.09.2018 – public. 12.09.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5962**)

Processual penal e penal. Recurso em habeas corpus. Prisão preventiva. Furto. Nulidade. Ausência de audiência de custódia. Não ocorrência. Requisitos. Art. 313, II, do CPP. Reincidência. Ilegalidade. Ausência. Recurso em habeas corpus improvido.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, o entendimento desta Sexta Turma é de que a falta da audiência de custódia não enseja nulidade da prisão preventiva, superada que foi a prisão em flagrante, devendo ser este novo título de prisão aquele a merecer o exame da legalidade e necessidade. 2. Embora a pena máxima do crime de furto não ultrapasse 4 anos de reclusão, foi apontada, pelo decreto de prisão, a reincidência do paciente, de modo que a prisão cautelar encontra respaldo no inciso II do art. 313 do CPP. 3. Justificada resta a prisão preventiva para garantia da ordem pública, pela vivência delitiva do paciente, indicada no apontamento de ser reincidente em delitos contra o patrimônio, já tendo praticado diversos outros furtos. 4. Recurso em habeas corpus improvido.

(STJ – 6.^a T. – RHC 99091/AL – rel. **Nefi Cordeiro** – j. 04.09.2018 – public. 12.09.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5963**)

Embargos de divergência em recurso especial. Crime praticado por policial militar. Concussão. Agravante genérica prevista no art. 70, II, “I”, do CPM. Compatibilidade. Inexistência de bis in idem. Embargos não providos.

1. O crime de concussão configura-se mediante a conduta do agente (militar ou assemelhado, nos termos do art. 21 do CPM) que exige, direta ou indiretamente, na função ou antes de

assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida. Ao descrever a conduta típica, cuidou o legislador de explicitar que o crime se caracteriza ainda que o agente esteja fora da função ou até de a assumir. Tal cuidado traduz a ideia de que o crime pode se afigurar mesmo que a exigência seja feita por agente que ainda não tenha, por questões circunstanciais, a atribuição de praticar o ato que ensejou a intimidação da vítima. 2. O termo “função”, descrito no art. 305 do CPM, encerra o conjunto de atribuições exercidas ou a serem exercidas pelo agente e, tal como acontece com o delito previsto no art. 316 do CP, o militar ou assemelhado impõe a outrem a prestação da vantagem indevida e essa pessoa cede à exigência em virtude do medo que a autoridade inerente ao cargo lhe causa. 3. A agravante genérica prevista no art. 70, II, “I”, do CPM (“estando de serviço”) diz respeito ao efetivo desempenho das atividades relacionadas com a função policial militar, assim como daquelas atividades ligadas ao cumprimento de ordens emanadas de autoridade competente ou de disposições regulamentares características da rotina militar. Há, na ideia referente à expressão contida no art. 70, II, “I”, do CPM, um caráter dinâmico, específico e prático, que é percebido pelo comportamento exteriorizado do agente por meio da realização de atos concretos inerentes às suas atribuições em um dado momento. 4. A expressão “em serviço”, que também não deve ser confundida com situação de expediente regulamentar, insere-se na hipótese de militar submetido à designação de tarefas não compreendidas dentro do expediente normal, mas prestadas em escala especial. 5. Inexiste óbice para que, nos crimes de concussão, quando praticados em serviço, seja aplicada a agravante genérica prevista no art. 70, II, “I”, do CPM (“estando de serviço”), isto é, não há ocorrência de bis in idem, porquanto a ideia de exigir vantagem indevida em virtude da função não tem correlação com o fato de o militar estar em serviço (em escala especial). Precedentes do STF. 6. Embargos não providos.

(STJ – 3.^a S. – EDiv. REsp. 1417380/RJ – rel. **Rogério Schietti Cruz** – j. 08.08.2018 – public. 14.08.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5964**)

Conflito negativo de competência. Justiça Federal x Justiça Estadual. Inquérito policial. Descaminho. Venda de cigarros estrangeiros cuja importação é permitida pela Anvisa, mas que não têm nota fiscal. Conduta anterior à Lei 13.008/2014. Art. 334, § 1º, alínea “d”, do CP. Desnecessidade de participação do investigado no processo de introdução irregular da mercadoria no país. Competência da Justiça Federal.

1. Situação em que o investigado foi flagrado expondo à venda, em sua barraca de comércio informal, cigarros de importação permitida pela ANVISA, sem nota fiscal e sem comprovação de pagamento de imposto de importação. 2. “Embora arrolado no CP entre os crimes contra a administração pública, (o descaminho) atenta contra a ordem tributária, na medida em que se configura pela ilusão do direito ou imposto devido por entrada, saída ou consumo de mercadoria, configurando uma infração penal tributária aduaneira. Em verdade, então, o descaminho é o mais antigo dos crimes contra a ordem tributária” (Baltazar Júnior, José Paulo. Crimes Federais. 10^a ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 355). 3. “O descaminho, além de causar prejuízos ao erário, afeta de forma substancial as ordens econômica e financeira do País em seus princípios basilares,

tais como o da livre concorrência. Por certo que o agente que introduz no mercado bens descaminhados terá larga e ilícita vantagem concorrencial sobre os comerciantes que cumprem integralmente com suas obrigações legais” (Paulsen, Leandro. Crimes Federais. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 352). 4. Para que se configure a modalidade de descaminho descrita no caput do art. 334 do Código Penal (iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria) é necessário identificar indícios de que o agente de alguma forma, dolosamente, aderiu e/ou participou do processo de introdução do bem no país sem o recolhimento dos tributos devidos. 5. Entretanto, a lei também equipara ao descaminho a conduta descrita no § 1º, IV, do Código Penal, que atribui a mesma pena a quem “adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal, ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos” (Incluído pela Lei nº 4.729, de 14.7.1965). De se ressaltar que a mesma figura foi mantida nos mesmos termos após a alteração trazida pela Lei 13.008/2014. No caso concreto, a despeito de não haver, nos autos, indícios de que o investigado tenha participado da importação da mercadoria e do não recolhimento deliberado dos tributos de importação, o fato de ter sido flagrado, em seu estabelecimento comercial (ainda que informal), vendendo cigarros de origem estrangeira sem nota fiscal pode, em tese, ser equiparado pela lei ao descaminho. 6. Como o descaminho tutela prioritariamente interesses da União, é de se reconhecer a competência da Justiça Federal para conduzir o inquérito policial e, eventualmente, caso seja oferecida denúncia, julgar a ação penal, aplicando-se à hipótese dos autos o disposto no enunciado n. 151 da Súmula desta Corte. 7. Conflito conhecido, a fim de declarar competente para conduzir o presente Inquérito Policial o Juízo suscitante, da Justiça Federal.

(STJ – 3.^a S. – CC 159680/MG – rel. **Reynaldo Soares da Fonseca** – j. 08.08.2018 – public. 20.08.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5965**)

Penal. Crime de corrupção ativa. Vantagem indevida a funcionário público. Emissão de guia de recolhimento de imposto em montante menor do que o devido. Pagamento da diferença antes do recebimento da denúncia. Causa de extinção da punibilidade. Aplicação analógica ao delito de corrupção. Impossibilidade.

1. Não há razão plausível para reconhecer que o crime de corrupção ativa tenha extinta a punibilidade porque a autora pagou, antes do recebimento da denúncia, o montante de tributo que havia elidido, indevidamente, com o oferecimento da vantagem indevida a servidor público encarregado de emitir a guia de recolhimento respectiva. 2. São delitos totalmente distintos, com bem jurídicos tutelados também diversos. Na corrupção, protege-se o prestígio da Administração Pública, enquanto que o crime de sonegação visa tutelar a ordem tributária e, em última análise, a própria arrecadação estatal. 3. Recurso não provido.

(STJ – 6.^a T. – RHC 95557/GO – rel. **Maria Thereza de Assis Moura** – j. 21.06.2018 – public. 01.08.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5966**)

Recurso especial. Direito penal. Casa de prostituição. Tipicidade. Exploração sexual. Elemento normativo do tipo. Violação à dignidade sexual e tolhimento à liberdade. Inexistência. Fato atípico.

1. Mesmo após as alterações legislativas introduzidas pela Lei nº 12.015/2009, a conduta consistente em manter Casa de Prostituição segue sendo crime tipificado no artigo 229 do Código Penal. Todavia, com a novel legislação, passou-se a exigir a “exploração sexual” como elemento normativo do tipo, de modo que a conduta consistente em manter casa para fins libidinosos, por si só, não mais caracteriza crime, sendo necessário, para a configuração do delito, que haja exploração sexual, assim entendida como a violação à liberdade das pessoas que ali exercem a mercancia carnal. 2. Não se tratando de estabelecimento voltado exclusivamente para a prática de mercancia sexual, tampouco havendo notícia de envolvimento de menores de idade, nem comprovação de que o recorrido tirava proveito, auferindo lucros da atividade sexual alheia mediante ameaça, coerção, violência ou qualquer outra forma de violação ou tolhimento à liberdade das pessoas, não há falar em fato típico a ser punido na seara penal. 3. Recurso improvido.

(STJ – 6.^a T. – REsp. 1683375/SP – rel. **Maria Thereza de Assis Moura** – j. 14.08.2018 – public. 29.08.2018 – Cadastro IBCCRIM 5967)

Recurso especial. Direito penal. Medida cautelar de arresto para garantia da prestação pecuniária substitutiva. Incabimento. Eventual descumprimento que dá ensejo à reconversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade. Valor do bem arrestado. Desproporcionalidade.

1. As penas restritivas de direitos se convertem em penas privativas de liberdade, se ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta (art. 44, § 4º do CP). 2. A execução das penas restritivas, assim como de modo geral de todas as alternativas à prisão, demanda um mecanismo coercitivo, capaz de assegurar o seu cumprimento e este só pode ser a pena privativa de liberdade. 3. Havendo expressa previsão legal de reconversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, não há falar em arresto para o cumprimento forçado da pena substitutiva já que a reconversão da pena é a medida que, por força normativa, atribui conectividade à pena restritiva de direitos. 4. É desproporcional o arresto de bem avaliado em R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) para a garantia do cumprimento de prestação pecuniária no montante de cerca de 40 mil reais, equivalente a 2% (dois por cento) do valor do bem arrestado, sendo de todo incabível a constrição, mormente se considerado que a prestação pecuniária é obrigação de trato sucessivo, a ser paga mês a mês durante o período de 2 anos e 5 meses. 5. Recurso provido.

(STJ – 6.^a T. – REsp. 1699665/PR – rel. **Maria Thereza de Assis Moura** – j. 07.08.2018 – public. 15.08.2018 – Cadastro IBCCRIM 5968)

Recurso especial. Proposta de julgamento sob o rito dos recursos repetitivos. Execução penal. Determinação de cumprimento de pena em prisão domiciliar, quando inexistente vaga no regime de cumprimento de pena adequado ao executado ou estabelecimento prisional compatível com o previsto em lei. Inexistência de violação do art. 117 da lei de

execuções penais. Aplicação do novo entendimento estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 641.320/RS.

1. Recurso representativo de controvérsia, para atender ao disposto no art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e na Resolução STJ n. 8/2008. 2. Delimitação da controvérsia: “(im) possibilidade de concessão da prisão domiciliar, como primeira opção, sem prévia observância dos parâmetros traçados no RE 641.320/RS”. 3. TESE: A inexistência de estabelecimento penal adequado ao regime prisional determinado para o cumprimento da pena não autoriza a concessão imediata do benefício da prisão domiciliar, porquanto, nos termos da Súmula Vinculante nº 56, é imprescindível que a adoção de tal medida seja precedida das providências estabelecidas no julgamento do RE nº 641.320/RS, quais sejam: (i) saída antecipada de outro sentenciado no regime com falta de vagas, abrindo-se, assim, vagas para os reeducandos que acabaram de progredir; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; e (iii) cumprimento de penas restritivas de direitos e/ou estudo aos sentenciados em regime aberto. 4. Ao examinar a questão do cumprimento de pena em regime fechado, na hipótese de não existir vaga em estabelecimento adequado ao regime em que está efetivamente enquadrado o reeducando, por ocasião do julgamento do RE 641.320/RS, o Supremo Tribunal Federal assentou que “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso” e que “Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto) (art. 33, § 1º, alíneas “b” e “c”)”. Concluiu, ainda, que, na ausência de vagas ou estabelecimento prisional adequado na localidade, o julgador deve buscar aplicar as seguintes alternativas, em ordem de preferência: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Observou, entretanto, que, até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado e que a adoção de uma solução alternativa não é um direito do condenado. 5. Somente se considera a utilização da prisão domiciliar pouco efetiva, como alternativa à ausência de vagas no regime adequado, quando ela restringe totalmente o direito do executado de deixar a residência, não permitindo, assim, o exercício de trabalho externo, ou quando, estando o reeducando no regime aberto, a prisão domiciliar puder ser substituída pelo cumprimento de penas alternativas e/ou estudo. Não há óbices à concessão de prisão domiciliar com monitoração eletrônica ao sentenciado em regime semiaberto, quando não há vagas no regime específico ou quando não há estabelecimento prisional adequado ou similar na localidade em que cumpre pena. 6. Não há ilegalidade na imposição da prisão domiciliar, mesmo a pura e simples em que o executado não tem direito de deixar a residência em momento algum, em hipóteses não elencadas no art. 117 da Lei de Execuções Penais, máxime quando não houver vagas suficientes para acomodar o preso no regime de

cumprimento de pena adequado, tampouco estabelecimento prisional similar, e não for possível, no caso concreto, a aplicação de uma das hipóteses propostas no RE n. 641.320/RS. 7. CASO CONCRETO: Situação em que o reeducando cumpria pena em regime semiaberto e obtivera, do Tribunal de Justiça, o direito de cumpri-la em prisão domiciliar, nas condições a serem fixadas pelo Juízo da execução. Entretanto, após a afetação do presente recurso especial, obteve progressão de regime para o aberto e, atualmente, cumpre pena em prisão domiciliar na qual deve permanecer nos domingos (com permissão para comparecimento a eventual culto religioso matutino) e feriados, assim como nos dias úteis no horário compreendido entre as 19 horas até as 6 horas do dia seguinte, além de cumprir outras restrições. 8. Recurso especial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais provido, em parte, apenas para determinar ao Juízo da Execução que examine a possibilidade e conveniência de, no caso concreto e observadas as características subjetivas do réu, bem como seu comportamento ao longo do cumprimento da pena, além de todos os requisitos legais, converter o restante da pena a ser cumprida pelo executado, no regime aberto, em pena restritiva de direitos ou estudo, em atenção ao entendimento exarado no RE 641.320/RS.

(STJ – 3.^a S. – REsp. 1710674/MG – rel. **Reynaldo Soares da Fonseca** – j. 22.08.2018 – public. 03.09.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5969**)

Tribunal Regional Federal da 1^a Região

Penal. Processual penal. Sentença penal condenatória. Recesso forense. Suspensão dos prazos processuais inaplicável aos feitos criminais. Intimação da defesa técnica. Réu solto. Necessidade de intimação pessoal do réu. Apelação interposta pela defesa tempestiva. Recurso em sentido estrito provido.

1. Não se aplica a suspensão dos prazos processuais entre os dias 20 de dezembro e 20 de janeiro, prevista no artigo 220 do novo Código de Processo Civil de 2015, aos processos criminais. (Decisão nº 0006866-92.2016.2.00.02000; Ministra Carmem Lúcia). 2. Violam as garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa a ausência de intimação pessoal do réu, ainda que solto, da sentença penal condenatória. Ademais, o art. 577 do Código de Processo Penal, prevê que tanto o acusado quanto o seu defensor podem interpor recurso, exigindo-se, por conseguinte, a intimação também do réu da sentença penal condenatória. 3. Recurso em sentido estrito provido. A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso em sentido estrito. (TRF1 – 4.^a T. – RSE 00363831620174010000 – rel. **Cândido Ribeiro** – j. 10.07.2018 – public. 23.07.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5972**)

Sentença extra petita. Imputação da prática do delito do art. 304 do código penal. Condenação pela prática do delito do art. 297. Vício insanável.

É nula a sentença que examina pedido distinto do pretendido, violando o princípio da adstrição do juiz ao pedido da parte, sendo que tal vício impede a apreciação do mérito pelo tribunal, prevista no art. 515, § 3º, do CPC, sob pena de incorrer em

Habeas corpus. Contravenção penal. Vias de fato. Prisão preventiva. Não cabimento. Art. 313, III, do CPP. Violação. Ordem concedida.

1. Em se tratando de aplicação da cautela extrema, não há campo para interpretação diversa da literal, de modo que não existe previsão legal autorizadora da prisão preventiva contra autor de uma contravenção, mesmo na hipótese específica de transgressão das cautelas de urgência diversas já aplicadas. 2. No caso dos autos, nenhum dos fatos praticados pelo agente – puxões de cabelo, torção de braço (que não geraram lesão corporal) e discussão no interior de veículo, onde tentou arrancar dos braços da ex-companheira o filho que têm em comum –, configura crime propriamente dito. 3. Vedada a incidência do art. 313, III, do CPP, tendo em vista a notória ausência de autorização legal para a decisão que decretou a constrição cautelar do acusado. 4. Ordem concedida, para que o paciente possa responder a ação penal em liberdade, se por outro motivo não estiver preso.

(STJ – 6.^a T. – HC 437535/SP – rel. **Maria Thereza de Assis Moura** (rel. p/ acórdão: **Rogério Schietti Cruz**) – j. 26.06.2018 – public. 02.08.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5971**)

Jurisprudência compilada por

Roberto Portugal de Biazi e Vivian Peres.

prejuízo ao réu, que não teve as teses de defesa relativas à imputação do crime descrito na denúncia. Unânime.

(TRF1 – 3.^a T. – AP 00025329220134013502, rel. **Ney Bello** – j. 28.08.2018 – public. 12.10.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5973**)

Importação, distribuição a terceiros e venda de medicamentos sem registro na Anvisa. Art. 273, § 1º-B, I, do código penal. Desclassificação para o crime do art. 334-A do CP. Contrabando. Impossibilidade. Inconstitucionalidade do art. 273, § 1º-B do CP, reconhecimento pelo STF. Preceito secundário. Pena mínima privativa de liberdade ofensiva ao princípio da proporcionalidade. Aplicação das penas previstas para o tráfico de drogas. Entendimento do STJ.

A importação de medicamento de procedência estrangeira de uso e comercialização proibidos no Brasil caracteriza o delito previsto no artigo 273, § 1º-B, do Código Penal, norma específica, que prevalece sobre o crime de contrabando (art. 334-A). Em relação ao preceito secundário do referido tipo penal (art. 273, § 1º-B), o STJ declarou a sua inconstitucionalidade devido à ofensa aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, devendo aplicar-se nesses casos as penas previstas para o tráfico de drogas (art. 33 da Lei 11.343/2006). Unânime.

(TRF1 – 3.^a T. – AP 00416309720124013800 – rel. **Ney Bello** – j. 28.08.2018 – public. 17.09.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5974**)

Jurisprudência compilada por

Renato Silvestre Marinho.