

Editorial

Os 30 anos de uma Constituição Cidadã que não incluiu a cidadania negra

Em outubro de 2018, a Constituição da República Federativa do Brasil completa 30 anos. Cantada em verso e prosa como promessa de ampliação de cidadania, liberdade e participação política, não é incomum que as celebrações deste ano ocorram sem grandes comentários às incompletudes e aos desafios de sua implementação. Uma delas diz respeito à efetiva igualdade racial, a equiparação de direitos da população negra.

A promulgação da Constituição Cidadã se deu em 1988, centenário da abolição da escravidão no Brasil, e contou com a participação de setores diversos da sociedade civil, incluindo o Movimento Negro. A reivindicação pelo reconhecimento da incompleta inserção social de negros e negras no país e a definição de mecanismos para a efetivação de sua cidadania não eram temas novos na Assembleia Nacional Constituinte. A demanda era pautada desde a *Constituição Política do Império do Brasil* no início do século XIX, inspirada, em grande parte, pelo contexto da Revolução Haitiana.⁽¹⁾

A independência do Haiti foi um marco para as denúncias da universalidade excludente, colocando em xeque o alcance das revoluções liberais e trazendo à baila as contradições do ideal iluminista, que demandava a perpetuação da violência e colonização para se manter aceso. Esse movimento acabou impulsionando movimentos populares no Brasil como a Revolução Pernambucana, em 1817, a Confederação do Equador, também em Pernambuco, em 1824, e a Revolta das Carrancas, em 1833, em Minas. Nesta última, aproximadamente 15 participantes foram condenados à pena de morte.

Possivelmente temendo um levante negro brasileiro com as mesmas proporções do Haiti, as discussões parlamentares na Constituição do Império no Brasil culminaram na exclusão dos africanos da cidadania expressa, mantendo-se a escravatura. A dualidade que coloca cidadania, liberdade e igualdade de um lado e, de outro, medo e vigilância, destaca-se, tem o racismo como centro e fundamento.

O tema do racismo refere-se à trajetória de contingentes populacionais, indivíduos e suas contribuições para a construção de toda a sociedade. A crença na existência de seres naturalmente hierarquizados pela relação intrínseca entre os

aspectos físicos, moral, intelectual e cultural denomina-se racismo; e sua manifestação se dá pela depreciação do outro, que culmina na supressão da dignidade e da liberdade plena, mediante a negação do acesso a bens materiais e simbólicos. Portanto, refletir sobre os aspectos jurídicos dedicados à questão é um imperativo para compreender a construção social dos papéis desempenhados pelas pessoas de diferentes raças.

Ainda que seja possível reconhecer o avanço e a reafirmação que o Movimento Negro conquistou ao posicionar a população negra como sujeito político, pautando discussões e conquistando a inserção de algumas demandas no texto constitucional de 1988, a implementação de políticas de igualdade material e o reconhecimento da necessidade de políticas estatais antirracistas são quase nulas.

E é a população negra a mais afetada pelo atraso na implementação dos direitos assegurados pela Constituição; e a primeira a ser impactada pelos retrocessos vividos atualmente.

A relação jurídica de domínio e de injustiça racial engendra modos de exploração, vilipêndio, marginalização e opressão. A supressão de direitos trabalhistas, o cerceamento de defesa, o afastamento da garantia constitucional da presunção de inocência e a seleção de corpos a serem aprisionados ou marcados para morrer caminham na contramão do que seria um projeto de construção do idílio das raças.

O Atlas da Violência de 2018⁽²⁾ aponta que, entre 2006 e 2016, a taxa de homicídios contra negros aumentou 23,1%, enquanto para não negros diminuiu em 6,8%. Além disso, a taxa de homicídios de mulheres negras foi 71% superior à de mulheres não negras. O recorte não se resume, no entanto, à raça e ao gênero e à classe, mas pode-se afirmar que a juventude negra sofre com esse projeto de nação. São jovens negros (até 29 anos) que predominam no sistema carcerário e socioeducativo e nos índices de mortes.

O Judiciário, com ações e omissões praticadas por meio do uso da litigância, demonstra inclinações ideológicas e colabora para a manutenção das estruturas sociais, concorrendo para a marginalização dos segmentos vulneráveis no exercício do poder.

Apesar de todos os diplomas normativos dedicados ao enfrentamento do racismo no país,

| Caderno de Doutrina

A superveniência de condenação à pena privativa de liberdade no curso do processo de execução de medida de segurança: primeiros apontamentos
Marcelo Buttelli Ramos _____ 2

Legalidade e prescrição penal: as exceções do §1º do art. 117 do código penal
Vitor Paczek _____ 4

Qual a função do texto normativo que consagra a presunção de inocência?
Clovis Alberto Volpe Filho _____ 5

O Caso Lula e a discussão em torno da (des)necessidade da demonstração de ato de ofício específico para a caracterização do crime de corrupção passiva
Gabriel Bertin de Almeida, Claudia da Rocha e Rafael Fernandes Caldeirão _____ 8

Notas sobre forma jurídica, exploração do capital e controle social: a emergência de reflexões sobre Marielles
Leticia Galan Garducci _____ 10

Para além da ilusão da impunidade juvenil: estudo empírico de prisões e apreensões em flagrante na comarca de Salvador
Daniel Nicory do Prado e Bruno Moura de Castro _____ 11

Delitos informáticos e a alteração da regra 41 do código federal de processo penal dos Estados Unidos
Daniel Ackerman e Thiago Baldani Gomes de Filippo _____ 14

Ecos de Lombroso: o exame criminológico, a reincidência e o “defeito no pé”
Fernando Procópio Palazzo _____ 16

Do que se fala quando se fala em criminalização dos movimentos sociais? Uma revisão bibliográfica
Frederico de Almeida e Afonso Smiderle _____ 19

A repercussão do artigo 24-A da Lei Maria da Penha nos casos de feminicídio
Alais Aparecida Bonelli da Silva e Nathália Silva e Santos _____ 22

| Caderno de Jurisprudência

| JURISPRUDÊNCIA

Superior Tribunal de Justiça _____ 2141
Tribunal Regional Federal da 2ª Região _____ 2143
Tribunais de Justiça _____ 2143

tais como a Lei Afonso Arinos, Lei Caó, Injúria Qualificada por Racismo, Estatuto da Igualdade Racial e a alteração processual do crime de injúria como ação condicionada, o judiciário brasileiro se mantém indiferente e ignorante aos debates sobre relações étnico-raciais, imerso no mito da democracia racial que, na realidade, é um solo fértil no qual se planta a seletividade penal.

Se parece difícil relacionar o medo instigado desde o século XVIII na formação constitucional do Brasil, basta prestar atenção aos discursos sociais e políticos que intensificam a figura da “criminalidade negra” e dos corpos negros enquanto objetos descartáveis, sobretudo no cenário político atual que precede as eleições presidenciais.

Das raízes das opressões que multiplicam as práticas do racismo, é possível encontrar outras violações de direitos que, interseccionadas, promovem avassaladoras consequências. Patriarcado, machismo, homofobia e discriminação de classe são algumas das violações que se combinam como fatores de ampliação dos efeitos da segregação racial.

Intelectual precursora das teorias do feminismo negro, **Audre Lorde** escreveu uma emblemática frase: “As ferramentas do

senhor nunca irão dismantelar a casa grande”.⁽³⁾

Em 130 anos da abolição e 30 anos da Constituição Cidadã, negros e negras da diáspora africana no Brasil continuam à margem do projeto de nação. É hora de superar a cultura em que o Direito se coloca como uma irremediável ferramenta de manutenção das estruturas segregacionistas enraizadas na opressão de pessoas, almejando-se outro destino, em que haja distribuição do poder para a construção de uma sociedade menos desigual.

Notas

- (1) DUARTE, Evandro Charles Piza; QUEIROZ, Marcos Vinícius Lustosa. *A Revolução Haitiana e o Atlântico negro: o constitucionalismo em face do lado oculto da modernidade*. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Direito%2049_artigo%201.pdf>; e QUEIROZ, Marcos Vinícius Lustosa. *Constitucionalismo brasileiro e o Atlântico negro: a experiência constitucional de 1823 diante da Revolução Haitiana*. Disponível em: <<https://docplayer.com.br/82957165-Constitucionalismo-brasileiro-e-o-atlantico-negro-a-experiencia-constitucional-de-1823-diante-da-revolucao-haitiana.html>>.
- (2) Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/7/2018>>.
- (3) Tradução livre – “*The master’s tools will never dismantle the master’s house.*” LORDE, Audre. *Sister outsider: essays and speeches*. New York: The Crossing Press Feminist Series, 1984. p. 110-113.

Nota de pesar pelo falecimento do Professor Klaus Tiedemann

Com profundo pesar noticiamos o falecimento, no dia 22 de julho último, do Prof. alemão Klaus Tiedemann. Sua importância como precursor da sistematização do Direito Penal Econômico no mundo é inegável. Lecionou na Cátedra de Direito Penal e Processual Penal da Albert Ludwig Universität, em Freiburg *im Breisgau*, no sudoeste da Alemanha, por décadas.

Suas ideias foram difundidas na Península Ibérica e, traduzidas, chegaram ao Brasil para contribuir decisivamente para o desenvolvimento dos estudos de Direito Penal Econômico no país. Com carinho relembramos que o Prof. Klaus Tiedemann participou do primeiro Seminário de Ciências Criminais do IBCCRIM, em setembro de 1995, no Salão Nobre da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Indubitavelmente seu legado será eterno.

A superveniência de condenação à pena privativa de liberdade no curso do processo de execução de medida de segurança: primeiros apontamentos

Marcelo Buttelli Ramos

A Lei de Execução Penal (LEP) estabelece, nos artigos 66, inciso V, alíneas “a” e “b”, 180, 181 e 183, respectivamente, três espécies de incidentes de conversão no âmbito do processo de execução penal: (i) a conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos, (ii) a conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade e, finalmente, (iii) a substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança (v.g. na conhecida hipótese de superveniência de doença mental). De outro lado, no âmbito do processo de execução de medida de segurança, é possível encontrar, no art. 184 da LEP, incidente análogo que trata, especificamente, da possibilidade de se proceder à conversão da medida de tratamento ambulatorial em internação hospitalar nos casos em que o agente revelar incompatibilidade com a medida inicialmente aplicada.

Uma reflexão mais detida acerca do Capítulo I do Título VII da LEP⁽¹⁾ revela, contudo, a existência de uma verdadeira lacuna

normativa no que diz respeito ao tratamento jurídico dispensado ao caso da superveniência de condenação à pena privativa de liberdade durante o período de cumprimento de medida de segurança.

Tal cenário pode, à primeira vista, parecer peculiar, dado o caráter crônico dos transtornos mentais comumente identificados como relacionados à prática de comportamentos violentos (v.g. esquizofrenia de tipo paranoide, transtorno bipolar do humor, depressão psicótica etc.).⁽²⁾ No entanto, importante reconhecer que ele pode ter lugar, sobretudo nos casos em que o agente é considerado inicialmente semi-imputável, circunstância que, como se sabe, não cria qualquer obstáculo à aferição da sua culpabilidade em outros casos.

A fim de melhor delinear os contornos dessa latente controvérsia, propomos ao leitor o seguinte cenário hipotético, que

bem ilustra, a nosso juízo, a pertinência da discussão ora proposta para a prática jurídica.

Suponhamos que um indivíduo, no curso de incidente de insanidade mental tenha sido diagnosticado como semi-imputável. Em virtude do advento desse diagnóstico, lhe é aplicada, em sentença, com base no art. 98 cumulado com o parágrafo único do art. 26, ambos do Código Penal (CP), medida de segurança consistente em internação hospitalar em face do reconhecimento da necessidade de submetê-lo a especial tratamento curativo. Não obstante, durante o processo de execução dessa medida de segurança, sobrevém notícia dando conta da sua condenação à pena privativa de liberdade em processo criminal autônomo, no qual restou reconhecida a sua imputabilidade.

A análise desse cenário hipotético, porém plausível, suscita, com efeito, alguns questionamentos que, para além de não contarem com clara solução legal, ainda não tiveram todos os seus desdobramentos analisados, nem pelos debates travados na jurisprudência do STJ,⁽³⁾ nem pela doutrina pátria, que, tradicionalmente, discorre acerca dos incidentes de conversão previstos na LEP tendo por base, unicamente, as hipóteses legalmente previstas.⁽⁴⁾

Antes de elencarmos tais questionamentos, cumpre registrar que a controvérsia em questão já foi, a menos em alguma das suas várias vertentes, objeto de discussão nos seguintes precedentes: HC 319.195/SP,⁽⁵⁾ HC 275.635/SP⁽⁶⁾ e HC 137.547/RJ.⁽⁷⁾ Tais decisões adotam, em suma, entendimento no sentido de que o agente somente poderá ser submetido à pena privativa de liberdade fixada em processo autônomo após constatação da cessação da sua periculosidade. Vale notar, no entanto, que as decisões em comento não explicitam o fundamento legal que estaria a justificar tal conclusão, sendo, quando muito, nelas apenas referido o fato de que “*não há obstáculo jurídico à imposição de medida de segurança em um feito e penas privativas de liberdade em outros processos*”.⁽⁸⁾ A questão, entretanto, não é simplesmente saber se a ocorrência desse cenário é ou não possível à luz do ordenamento jurídico-penal, mas sim definir como, sob o ponto de vista jurídico, o Juízo da Execução deve proceder diante de tal situação.⁽⁹⁾

Considerando que tanto o CP (art. 97, §2º) como a LEP (art. 179) condicionam a extinção da medida de segurança à averiguação da cessação de periculosidade do agente, é lícito concluir que o ordenamento jurídico pátrio proíbe a conversão automática da medida de segurança no caso de superveniência de condenação à pena privativa de liberdade. Tal compreensão, salvo melhor juízo, encontra amparo na Lei Federal 10.216/2001, que, para além de dispor acerca dos direitos dos portadores de transtornos mentais, reconfigura as finalidades do modelo assistencial brasileiro em matéria de saúde mental, consoante às orientações preconizadas pelo movimento antimanicomial.⁽¹⁰⁾ Nesse sentido, a prescrição contida no parágrafo 3º do 4º da Lei 10.216/2001 – que, de modo expresso, veda a internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições com características asilares, vale dizer, desprovidas de condições técnicas e estruturais para prestar atendimento consentâneo às necessidades clínicas apresentadas pelo agente – parece ser suficiente para afastar esse primeiro posicionamento que, diante do exercício hipotético ora concebido, sugere, como alternativa, a possibilidade de conversão automática da medida de segurança no caso de superveniência de condenação à pena privativa de liberdade.

Um segundo posicionamento é justamente aquele referendado pela atual jurisprudência do STJ, que entende ser necessário sobrestar o cumprimento da pena privativa de liberdade superveniente até a decretação da extinção da medida de segurança originalmente aplicada. A adoção dessa posição, em princípio compatível com os artigos 97, §2º, do CP, e 179, da LEP, não pacifica a controvérsia, pois ela própria suscita alguns problemas, tais como: pode o trânsito

em julgado de eventual condenação à pena privativa de liberdade ser invocado como indício denotativo da periculosidade do agente e, portanto, da necessidade de prolongamento da medida de segurança? Inversamente: o fato de o agente ostentar condenação, transitada em julgado, que o obriga ao cumprimento de pena privativa de liberdade – sobretudo nos casos que versam acerca da sua responsabilização por fato praticado posteriormente ao tempo do evento que deu ensejo à aplicação da medida de segurança – estaria, *per se*, a sugerir a sua imputabilidade e, portanto, a desnecessidade da medida de segurança inicialmente aplicada? Ainda, na hipótese de se admitir como adequado o atual entendimento da jurisprudência do STJ, caberá cogitar, igualmente, acerca da possibilidade de se sujeitar o tempo de pena privativa de liberdade à sistemática da prescrição da pretensão executiva? Finalmente: tendo sido o agente submetido à medida de segurança consistente em tratamento ambulatorial, poder-se-ia admitir a antecipação do início do cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada de modo superveniente nos casos em que ela se revelar compatível a finalidade terapêutica da medida?

Esses questionamentos, de difícil resolução, cumpre reconhecer, dão conta da necessidade de se desenvolver reflexões ainda mais verticalizadas acerca das controvérsias derivadas do caso da superveniência de condenação à pena privativa de liberdade no curso do processo de execução de medida de segurança, reflexões cujo valor prático pode ser extraído da constatação de que a formulação de eventuais respostas aos questionamentos elencados neste texto parece reclamar, face à lacuna normativa identificada, a concepção de proposições de tipo *lege ferenda*.

Notas

- (1) Que disciplina as hipóteses de conversão de penas e medidas de segurança no curso do processo de execução penal.
- (2) Cf. VALENÇA, Alexandre Martins; NARDI, Antonio Egidio. Responsabilidade penal no transtorno bipolar. *Jornal Brasileiro de Psiquiatria*, Rio de Janeiro, v. 59, n. 1, p. 77-79, 2010.
- (3) A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça foi por nós eleita como objeto de análise em virtude da sua atribuição de uniformização da interpretação da legislação federal brasileira. Tal desiderato tende, com efeito, a tornar mais representativa a amostragem dos casos analisados. Neste sentido, mediante a utilização das seguintes palavras-chave “medida de segurança”, “conversão” e “pena privativa de liberdade”, foram encontramos, no sítio eletrônico do referido Tribunal, cerca de vinte e nove acórdãos. Deste total, somente três precedentes, aqueles cujos posicionamentos serão analisados neste escrito, tratam, especificamente, da controvérsia vertida neste escrito.
- (4) Por todos, conferir: ALBERGARIA, Jason. Comentários à lei de execução penal. Rio de Janeiro: Aide, 1987. p. 299-301. MIRABETE, Julio Fabiani. Execução penal: comentários à lei n. 7.210/1984. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004. p. 765-779.
- (5) BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas Corpus* nº 319.195/SP. Rel.: Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 07/06/2016, 2016.
- (6) BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas Corpus* nº 275.635/SP. Rel.: Ministro Nefi Cordeiro, DJe 15/03/2016, 2016.
- (7) BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas Corpus* nº 137.547/RJ. Rel.: Ministro Jorge Mussi, Sexta Turma, DJe 01/02/2013, 2013.
- (8) BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas Corpus* nº 275.635/SP. Rel.: Ministro Nefi Cordeiro, DJe 15/03/2016, 2016.
- (9) É necessário esclarecer que a controvérsia que motivou a escrita desses apontamentos não envolve a análise das consequências derivadas da assunção do sistema vicariante pelo ordenamento penal brasileiro, pois o exercício hipotético anteriormente sugerido questiona, no limite, o tipo de relação que se estabelece entre duas sentenças que aplicam sanções penais de natureza distinta, e não a possibilidade de imposição cumulativa ou sucessiva de pena e medida de segurança em relação a um mesmo fato, algo que por certo estaria a violar o princípio do *ne bis in idem*. Cf. REALE JÚNIOR, Miguel et al. Penas e medidas de segurança no novo código. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 284-285.
- (10) Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. Inimputabilidade e semi-imputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado. *Revista Epos*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 141-154, dez. 2015. p. 149.

Marcelo Buttelli Ramos

Mestre e doutorando em Ciências Criminais pela PUCRS.
Advogado.

Legalidade e prescrição penal: as exceções do §1º do art. 117 do código penal

Vitor Paczek

O desenvolvimento da teoria do crime desde o hiato temporal entre o conceito clássico – com **Liszt** e **Belling** em que o tipo (*Tatbestand*)⁽¹⁾ era dominado por elementos descritivos e “livres de valor”⁽²⁾ –, o finalismo de **Welzel** e, posteriormente, o conceito material de crime explicitado por **Figueiredo Dias**,⁽³⁾ nos permite concluir que hoje não mais existem elementos descritivos do tipo⁽⁴⁾ no âmbito do campo penal (salvo os numerais), como já defendia **Eduardo Correia**.⁽⁵⁾ Isso significa assumir que elementos do tipo como ‘mulher’ ou ‘homem’ implicam uma reflexão de gênero e não mais podem ser tratados de maneira descritiva, como a tradicional doutrina o fazia.⁽⁶⁾

Ricardo Timm é preciso em representar a contemporaneidade e o seu dado essencial, quando diz que “*não falamos todos do mesmo lugar*”.⁽⁷⁾ Um livro velho para um livreiro significa baixo proveito econômico; para um colecionador, o valor é diferenciado, de representação muito mais considerável. Ou seja, um objeto banal para uns pode representar uma essencialidade para outros, demonstrando o valor e o sentido que assume para cada apreciador. Nesse diapasão, um gesto que em determinado contexto possa parecer ofensivo, em outro, representa um elogio ou um cumprimento.⁽⁸⁾

Essa simultaneidade de contextos, esse constante fluir no campo jurídico não pode ser compreendido como “*algo degenerativo que torne a ciência do direito penal insusceptível de apreensão e captação metódica*”, mas todo o oposto: “*é um dado em relação ao qual devem ser afeiçoados os instrumentos de análise e compreensão*”.⁽⁹⁾ Até porque, “*a eternidade também se reveste do totalitarismo que deixou profundas feridas*”,⁽¹⁰⁾ assim foram as vertentes negativas mais claras da eternidade do Direito, através do monismo biológico e a instituição de um *Reich* de mil.⁽¹¹⁾

Nessa quadra de mutação se insere a transitoriedade das categorizações e do sentido no campo penal, especialmente a legalidade estrita, que é grande marca da herança liberal, afogada nesse caldo valorativo e sujeita a construções de sentido. Porém, se é correto afirmar que a valoração na atribuição de sentido implica polissemias ignoradas pela doutrina clássica, a exemplo dos conceitos de homem e mulher, também é preciso assumir que não se pode produzir a norma descolada dos limites do texto, devendo-se respeitar as balizas semânticas de cada proposição.⁽¹²⁾ Exemplo significativo é a discussão da execução antecipada da pena: trânsito em julgado não significa julgamento em segunda instância. A subordinação da realidade à incerteza, marcada pela polissemia da linguagem, é uma característica contemporânea a ser assumida, sem, contudo, cair-se num ceticismo semântico em que um cachorro pode ser chamado de gato, pois “*sem um mínimo de consenso, a dissensão democrática leva à paralisia ou reconduz à violência; e sem um mínimo de durabilidade, a norma jurídica mina a confiança que faz a sua legitimidade*”.⁽¹³⁾ Como conclui **Prigogine** refletindo sobre as incertezas contemporâneas, o “*acaso puro*” (aqui refletido na aceitação de um

ceticismo semântico) “*é tanto uma negação da realidade e de nossa exigência de compreender o mundo quanto o determinismo o é*”.⁽¹⁴⁾

É nesse entrecho complexo⁽¹⁵⁾ e sensível que se insere a nossa reflexão a respeito da parte final do §1º do art. 117 do Código Penal (CP), para o qual: “*Excetuados os casos dos incisos V e VI deste artigo, a interrupção da prescrição produz efeitos relativamente a todos os autores do crime. Nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles*”.

Imaginemos uma acusação pela prática de dois crimes; a sentença condenatória quanto a um e a absolutória quanto ao outro. No tribunal mantém-se a condenação e reforma-se a absolvição para o fim de condenar o acusado. A questão interpretativa seria a incidência de dois marcos interruptivos da prescrição (sentença e acórdão), pois o §1º do art. 117 diz que se estende aos demais crimes conexos os marcos interruptivos de cada um. Em termos práticos, a sentença parcial (absolutória e condenatória) seria marco interruptivo para os dois fatos e o acórdão também.

Contudo, parece que essa interpretação é inadequada porque a redação dada pela Lei 11.596/07 ao art. 117, IV do Código Penal, veio definir como causa interruptiva da prescrição “*pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis*”. O fato de estar inserida a palavra “*ou*” no texto implica existir uma ideia de alternância, dada pela conjunção coordenativa alternativa. Não se pode interromper a prescrição, por força da prolação do acórdão condenatório em crime conexo, na medida em que caracterizaria afronta à ideia de vedação ao *bis in idem*.

Depois, a absolvição em primeiro grau de jurisdição seria um prejuízo ao recorrente, na medida em que tornou o acórdão posterior em mais um marco interruptivo (além da sentença), ou seja, seria uma absolvição *in pejus*. Portanto, a redação do inciso IV do art. 117 do CP, com as alterações da Lei 11.596/07, veio estabelecer que somente um dos dois marcos interruptivos pode incidir na contagem do prazo (como se vê: “*ou*”), mesmo quando existir uma sentença ou acórdão duplo (que absolva e condene) por crimes conexos.

O inciso IV do art. 117 do CP, portanto, é uma exceção à regra do §1º do mesmo artigo, afastando-se a interpretação antidemocrática que considere dois marcos para prescrição (sentença ou acórdão com dupla carga decisória – absolvição e condenação – cada qual).

Notas

- (1) Para uma precisa análise: CORREIA, Eduardo. Direito criminal – I. reimp. – 2 v. Coimbra: Almedina, 2008. p. 280. Ver também: JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de derecho penal: parte geral. 4. ed. Traducción del Dr. José Luis Manzaneres Samaniego. Granada: Comares editorial, 1993. p. 180-183.
- (2) ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general, tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2. ed. Madrid: Civita, 1997. p. 279.
- (3) DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, Coimbra: Coimbra Ed., 2. ed., 2007. p. 106 e ss.

- (4) Não se está a falar em tipo de garantia (função político-criminal do princípio da legalidade), nem mesmo em tipo de erro (cuja função é de que, tendo desconhecimento dos elementos do tipo, excluem o dolo); fala-se do conceito mais estrito, o conceito de tipo sistemático. Para diferenciação ver: ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*, tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2. ed. Madrid: Civita, 1997.p. 277-279.
- (5) Eduardo Correia compreende que até mesmo “o *Tatbestand*, embora descritivo, é-o de juízos de valor”. (CORREIA, Eduardo. *Direito criminal – I. reimp.* 2 v. Coimbra: Almedina, 2008. p. 283. Ainda sobre essa valoração: CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006. p. 105 e ss. Embora com outra abordagem, mas com premissas semelhantes à ideia de valoração no âmbito do tipo em sentido estrito, ver: D’ÁVILA, Fábio Roberto. Tipo, ilícito e valor. Notas conceituais e sistemáticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 121, p. 99 e ss., jul. 2016.
- (6) A título de exemplo ver: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. Ed., rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 194.
- (7) SOUZA, Ricardo Timm de. Sobre a construção do sentido: o pensar e o agir entre a vida e a filosofia. São Paulo: Perspectiva, 2004. p. 15.
- (8) *Ibid.*, p. 16-17.
- (9) Figueiredo Dias classificou os elementos normativos do tipo como aqueles que são pensados sobre a perspectiva de uma norma ou valor: jurídicos, culturais, legais ou supralegais – seria exemplo o elemento *documento*. (DIAS, op. cit., p. 289). Da mesma forma, Jescheck e Faria Costa (JESCHECK, op. cit., p. 244; COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal (FRAGMENTA IURIS*

POENALIS). Introdução – a doutrina geral da infracção [a ordenação fundamental da conduta (facto) punível; a conduta típica (o tipo)]. Coimbra: Coimbra Editora. 2. ed., 2009. p. 219-220).

- (10) GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Risco e processo penal: uma análise dos direitos fundamentais do acusado. Bahia: *Jus Podivm*, 2009. p. 38-39.
- (11) CHESNEAUX, Jean. Tirania do efêmero e cidadania do tempo. In: MORIN, Edgar; PRIGOGINE, Ilya e outros. *A sociedade em busca de valores. Para fugir à alternativa entre o ceticismo e o dogmatismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.p. 127.
- (12) STRECK, Lênio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.p. 11 e ss.
- (13) OST, François. O tempo do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 429.
- (14) PRIGOGINE, Ilya. O fim das certezas: tempos, caos e as leis da natureza. Tradução de Roberto leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2011. p. 202-203.
- (15) Complexo, explica Morin, é a expressão daquilo que é tecido em conjunto, para além das suas partes. (MORIN, Edgar. *Complexidade e liberdade*. In: MORIN; PRIGOGINE e outros, op. cit., p. 248).

Vitor Paczek

Mestre e especialista em Ciências Criminais
pelo PPGCRIM da PUCRS.
Advogado.

Qual a função do texto normativo que consagra a presunção de inocência?

Clovis Alberto Volpe Filho

Vários autores escreveram e continuam a escrever sobre este tema, porém, o que se nota é um desvio de finalidade do art. 5º, LVII da Constituição Federal, que consagra o princípio da presunção de inocência (ou estado de inocência). Em outras palavras, para justificar qualquer posicionamento deixa-se de lado o principal: a função do texto normativo.

Para tentar demonstrar essa assertiva, transcreveremos, de forma resumida, alguns argumentos que encampam as teses consagradas no HC 126.292/STF, que possibilitam a prisão em segunda instância:

- **Argumento pragmático:** a presunção de inocência, entendida como óbice do cumprimento da pena até que não ocorra o trânsito em julgado, gera impunidade, principalmente para acusados que têm condições de recorrerem até as últimas instâncias, aumentando a seletividade do processo penal;
- **Argumento dualístico:** a presunção de inocência, como esculpida no art. 5º, LVII da CF, não impede o cumprimento da pena após o julgamento em segunda instância, tendo em vista que ocorreu o trânsito em julgado da matéria fática; e eventuais recursos excepcionais discutem somente matéria de direito, o que acarreta a “certeza na formação da culpa”;
- **Argumento processual:** o recurso especial e o recurso extraordinário não têm, em regra, efeito suspensivo, de acordo com as legislações vigentes;
- **Argumento histórico:** antes e após a Constituição de 1988, existia orientação majoritária no sentido de possibilitar o início do cumprimento da pena antes de exauridas todas as instâncias e todos os recursos, havendo uma modificação desse entendimento em apenas um período (2009-2016);
- **Argumento comparativo:** a maioria dos países democráticos

possibilita o cumprimento da pena após segunda instância, garantindo apenas o duplo grau de jurisdição, como bem dispõe o Pacto de São José da Costa Rica;

- **Argumento principiológico:** como não existe direito absoluto, e por ser a presunção de inocência um princípio (e não regra), é necessário um juízo de ponderação com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes, adquirindo o princípio da presunção de inocência menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal;
- **Argumento teratológico:** a Constituição brasileira não condiciona a prisão – mas, sim, a certeza jurídica acerca da culpabilidade – ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, posto que o pressuposto para a privação de liberdade é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, e não sua irrecorribilidade, conforme extraído dos incisos LVII e LXI do art. 5º da Carta de 1988.

O argumento pragmático trabalha com um material não jurídico e fático vinculado ao caso, quando não com (supostos) dados que revelam um nocivo consequencialismo ou relativismo; o argumento dualístico cinge a questão em direito e fato, para fragmentar o trânsito em julgado; o argumento processual tenta flexibilizar a presunção de inocência em razão dos efeitos recursais após julgamento em segunda grau; o argumento histórico busca respaldo nas decisões anteriores do Supremo Tribunal Federal; o argumento comparativo utiliza-se do direito comparado e de tratados internacionais; o argumento principiológico parte da premissa de um suposto conflito entre princípios, prevalecendo, quando da ponderação, a efetividade penal; o argumento teratológico é assim denominado pois

confunde a natureza da prisão cautelar com a prisão definitiva.

De outro lado, têm-se os argumentos contrários à antecipação da execução da pena:

- **Argumento literal:** a redação do art. 5º, inc. LXI, não deixa margem à dúvida, na medida em que exige o trânsito em julgado para início de cumprimento da pena;
- **Argumento defensivo:** o princípio da presunção de inocência é um instrumento de defesa do cidadão, pois consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de comportar-se, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário;
- **Argumento legalista:** o art. 283 do Código de Processo Penal impede a prisão além dos casos elencados no seu bojo, excluindo, assim, a prisão em razão de condenação mantida ou proferida em segunda instância;
- **Argumento de supremacia:** a Constituição brasileira não pode ser lida à luz de outras ordens, devendo ser fixada como fonte irrenunciável e legítima de interpretação e aplicação do texto constitucional;
- **Argumento protetivo:** Ainda que existam tratados internacionais vigendo em nosso ordenamento jurídico, possibilitando a execução da pena em segunda instância, a Constituição confere, na perspectiva do direito interno brasileiro, maior intensidade à proteção jurídica fundada no reconhecimento da presunção de inocência, o que torna plenamente invocável, na espécie, o critério da norma mais favorável, que é aquela inscrita no inciso LVII do art. 5º, da CF.

O argumento literal se resume na análise dos significantes e significados do texto normativo; o argumento defensivo exige que o Estado não considere culpado o cidadão até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, face à regra de tratamento de não culpabilidade; o argumento legalista busca arrimo na legislação infraconstitucional; o argumento de supremacia tenta excluir análise de direito comparado; o argumento protetivo trabalha com ideia de texto normativo mais favorável ao cidadão, quando da comparação com normas internacionais.

O que se busca neste aligeirado artigo é somente trazer a lume um argumento que não está sendo utilizado ou, quando utilizado, foge do enfoque que será apresentado.

São deficientes as argumentações no sentido de verticalizarem sobre a função do texto normativo do inciso LVII do art. 5º, da CF. A discussão sobre esse tema se resume em considerar a presunção de inocência com a funcionalidade de impor: a) uma “regra de tratamento” (ou dever de tratamento) que impede, no âmbito institucional ou social, de ser o acusado considerado culpado; e b) uma “regra probatória”, que vincula o ônus probatório à acusação.

Com a devida vênia, discordamos das funcionalidades apontadas pela doutrina de maneira majoritária (para não falar unânime). O texto normativo, que por convenção é nomeado de presunção de inocência, tem como finalidade, primeira e principal, a liberdade. Pode parecer óbvio, mas a regra de tratamento e a regra probatória sepultaram o óbvio, aniquilando a discussão mais importante: a liberdade do cidadão.

Antes de comprovar tal alegação, é preciso advertir que todo

texto normativo, além de estrutural, é funcional, ou seja, serve como modelo de decisão institucional ou cotidiana. Para a linha adotada, a norma jurídica tem como fonte um enunciado que serve como referência para o fim de determinar como as coisas devem ser ou deveriam ter sido. Assim, adota-se um modelo funcional de normatividade, e não meramente estrutural ou semântico. De acordo com o autor francês **Antoine Jeammaud**, a norma jurídica é muito mais do que mero enunciado deontico (ou que possa ser transformado em deontico), pois o direito estatal contemporâneo não se assemelha mais aos decálogos ou meros regimentos disciplinares. Ao situar as normas no gênero dos modelos, o autor coloca em evidência sua natureza instrumental de medida, de padrão, adotando uma teoria funcional da norma. Somente terá vocação para servir de modelo quando inserida num conjunto socialmente considerado como normativo, respeitadas as regras de validade.⁽¹⁾

Assim, existe um conjunto de textos normativos funcionais, que, a depender do caso concreto, criam conexões para a realização de uma finalidade. Na linha de **Joseph Raz**, existem dentro de um sistema normativo (ou subsistema) alguns direitos que são constituídos de forma diferenciada de outros direitos deles derivados, pois esses são implicados pelos primeiros (denominados de direitos-núcleo), e que, portanto, são obtidos de forma dedutiva a partir destes.⁽²⁾

O sistema normativo dos direitos fundamentais constitui alguns direitos nucleares, iniciando uma cadeia de outros direitos derivados, que garantem o acesso aos primeiros. A construção realizada por **Joseph Raz** parte da seguinte premissa: alguns direitos derivam dos outros. A esses direitos que estão fundamentados em outro direito, o autor chama de direito derivado. Não derivados são os direitos nucleares (direitos-núcleo). A relação entre um direito derivado e o direito-núcleo se dá a partir da própria justificativa do direito: um direito é baseado no interesse que figura essencialmente na justificativa da afirmação de que o direito existe. O autor exemplifica da seguinte forma: a liberdade pessoal é o núcleo a partir do qual o outro deriva, da mesma forma o direito de fazer um texto, que é derivado do direito central da liberdade de expressão.⁽³⁾

Portanto, é preciso compreender se o texto normativo, denominado de presunção de inocência, é um direito baseado no interesse que figura essencialmente na justificativa da afirmação de que o direito existe ou se é um direito que clama a existência de outros direitos para sua realização.

Enfim, é preciso encontrar a razão de ser do seguinte texto: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

A primeira conclusão é que não se trata de um direito que se esgota em si mesmo, pois possui uma finalidade (instrumentalidade) intrínseca. Fosse um direito-núcleo deveríamos reconhecer, por mais paradoxal que seja, que bastaria a não consideração de culpa, mesmo que houvesse a pena imposta. Ora, “ninguém será considerado culpado” tem natureza instrumental, para impedir que consequências ocorram.

Neste contexto, a identificação da consequência passa por um processo argumentativo. Seria a consequência uma mera regra de tratamento? Acreditamos que não, pois de nada adiantaria ser rotulado como inocente pelo Poder Público ou pela sociedade estando preso. Seria a consequência limitada a uma mera regra probatória? Também não, na medida em que durante o processo pode ser respeitado o ônus da prova, mas a constatação da culpa

vai além dessa premissa, exigindo sentença condenatória com trânsito em julgado. Logo, resta concluir que o texto normativo em análise tem por função garantir a liberdade do cidadão, e por consequência, outros bens que possam ser agredidos pela imposição de penas face à condenação.

Nessa vertente, fica claro que a norma em questão condiciona a prisão (ou qualquer outra espécie de pena), por meio da não culpabilidade. Para alcançar a finalidade da norma (liberdade) somente essa leitura é possível, do contrário, tem-se que a norma esculpida sobre o rótulo de “presunção de inocência” tem por objetivo somente evitar que, de forma institucional ou social, a pessoa seja apontada como culpada; o que seria um despropósito e um vazio sem precedentes.

Identificada a função da norma frente ao caso concreto, denota-se que a presunção de inocência não é um fim em si mesma, eis que funciona em segundo nível, como norma derivada, entendida aqui como proibição de se aplicar uma sanção penal até o trânsito em julgado, isto é, protege o direito de liberdade em primeira ordem. Aquele que refutar tal argumento necessita, então, determinar se a presunção de inocência é um fim em si mesma ou, se não for, qual fim deseja alcançar. Certamente será um caminho circular, pois voltará para a proteção da liberdade do acusado penalmente.

Portanto, ao analisar a presunção de inocência dentro da construção dos vínculos funcionais, resta evidente que a razão de ser do texto normativo disposto no inciso LVII, art. 5º da Constituição é assegurar a liberdade do indivíduo, e não meramente impedir a pecha de culpado perante um órgão institucional ou uma comunidade.

Com isso, é possível afastar todos os argumentos favoráveis ao início do cumprimento da pena após julgamento em segunda instância:

- A presunção de inocência não tem por objetivo afastar o sentimento de impunidade, devendo o Poder Público gerir os processos para impedir tal sentimento, já que é conciliável aguardar o trânsito em julgado da sentença condenatória para cumprimento da pena e dar efetividade ao Direito Penal; a seletividade do sistema não tem causa no estado de inocência; e alegar o contrário é desconhecer doutrinas sociológicas e criminológicas sobre o tema; dados estatísticos poderiam possibilitar, inclusive, o cumprimento da pena em primeira instância; opiniões públicas poderiam fomentar decisões autorizando a tortura como pena em determinados casos midiáticos; logo, não se decide por números, nem por pesquisa de opinião;
- O trânsito em julgado é uma condição para o início do cumprimento da pena que não se fragmenta em fato e direito, a uma, em razão da natureza desse instituto, a duas, em virtude de estar superada a dicotomia fato-norma;
- O efeito suspensivo do recurso especial e extraordinário decorre do próprio direito fundamental denominado presunção de inocência, e não da natureza processual desses recursos; a garantia da liberdade do cidadão, em relação ao cumprimento da pena, impõe a todos os recursos efeito suspensivo;
- Decisões pretéritas equivocadas não legitimam decisões presentes, mas, ainda que assim não fosse, existem inúmeras decisões após a Constituição de 1988 e mesmo antes de 2009 que já interpretavam o texto de modo a impedir a execução antecipada da pena;

- A inspiração em ordenamentos alienígenas não deve se dar pela quantidade, mas pela qualidade; a garantia da liberdade deve ser a referência e não o contrário;
- A presunção de inocência não é um princípio, mas uma regra vinculada ao princípio da liberdade. A efetividade do Direito Penal não fica restrita com o respeito a essa regra, devendo, caso haja rachaduras nessa questão, serem adotadas outras medidas, desde que não afastem a presunção de inocência; ademais, como existe a prisão cautelar e a prisão-pena (esta após o trânsito em julgado), a presunção de inocência, sob a ótica da liberdade, está longe de ser considerado um direito absoluto;
- A prisão antes do trânsito em julgado continua íntegra, desde que presentes os fundamentos e requisitos legais da cautelaridade.

As conclusões expostas fogem de qualquer análise solipsista, na medida em que se embasam no texto normativo. As palavras não podem perder o sentido, e o texto normativo, por mais que não contemple a norma, é parte desta, não podendo ser ignorado ou vilipendiado ao bel prazer do intérprete.

Duas questões se mostram pertinentes, como argumentos finais: (i) se alguém for condenado à pena de morte no Brasil (dentro da exceção prevista na Constituição), seria possível após segunda instância executar a pena, fuzilando o condenado? (ii) partindo da hipótese de que o texto normativo que consagra a presunção de inocência permite a antecipação do cumprimento da pena após julgamento em segunda instância, como deveria ser o texto caso quisesse proibir a execução logo após a decisão de segunda instância?

A resposta para a primeira pergunta poderia ser: neste caso, deve esperar o trânsito em julgado (exaurimento de todos os recursos), pois o dano seria irreparável com eventual reversão da condenação quando do julgamento dos recursos excepcionais. Mas, a prisão que cerceia a liberdade não gera dano irreparável? A resposta para a segunda indagação, por mais risível que seja, poderia ser: basta repetir o texto atual, qual seja, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Finalizo parafraseando **Zygmunt Bauman**: *Não quero buscar minha sobrevivência assassinando a humanidade de outros seres humanos, sob pena de sobreviver à morte da minha própria humanidade.*

Notas

- (1) JEAMMAUD, Antoine. A norma jurídica como modelo. Tradução Fernando Herren Aguillar. Revista da Faculdade de Direito UFRGS, Porto Alegre, n. 10, p. 82-84, jul. 1994.
- (2) RAZ, Joseph. On the nature of rights. Mind, Oxford University, New Series, v. 93, n. 370, apr. 1984, pp. 194-214. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2254002>>. Acesso em: 14 nov. 2017>.
- (3) Ibid., p. 197-198.

Clovis Alberto Volpe Filho

Doutor e mestre em Direito Constitucional e especialista em Ciências Criminais.

Professor Universitário da FAFRAM/SP e da FDF/SP.

Advogado.

O Caso Lula e a discussão em torno da (des)necessidade da demonstração de ato de ofício específico para a caracterização do crime de corrupção passiva

*Gabriel Bertin de Almeida, Claudia da Rocha e
Rafael Fernandes Caldeirão*

O julgamento da apelação criminal do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região,⁽¹⁾ tratou, dentre outras questões, a respeito da necessidade de identificação de ato de ofício específico praticado pelo funcionário público para a tipificação do delito de corrupção passiva, previsto no art. 317 do CP,⁽²⁾ reavivando as já antigas, mas nem por isso menos atuais, discussões sobre o tema.

O tipo penal em questão apresenta divergência doutrinária e jurisprudencial quanto à necessidade ou não de identificação do ato de ofício para a sua ocorrência, já que esse delito, ao contrário do crime de corrupção ativa (art. 333 do CP),⁽³⁾ não faz referência expressa ao ato de ofício como contrapartida da vantagem indevida, havendo a sua menção apenas no § 1º, como causa de aumento de pena.

Em relação ao conceito de ato de ofício, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da AP 470/MG, conhecida como “Mensalão”, na maior parte das definições propostas, associou o ato de ofício à esfera de atribuições do funcionário público, de modo que o ato deve incluir-se no complexo de suas atribuições funcionais.

Assim, a imprescindibilidade ou não da identificação do ato de ofício interfere na própria configuração do crime de corrupção passiva, uma vez que, entendendo ser desnecessária sua precisa identificação, a ideia da ocorrência de tal crime não estaria restrita a uma atitude concreta do funcionário público, aumentando assim a subjetividade em torno da análise da tipicidade do delito, já que, nessa hipótese, sua consumação dar-se-ia apenas com a aceitação ou solicitação de vantagem em razão do cargo.⁽⁴⁾

Na ocasião do julgamento da citada AP 470/MG (“Mensalão”), a Corte Constitucional afastou-se do entendimento firmado na AP 307/DF, segundo o qual para a configuração do crime de corrupção passiva exigir-se-ia a relação da vantagem indevida com a prática ou omissão de algum ato de ofício específico pelo funcionário público. Apesar de na AP 470/MG também ter o Supremo Tribunal Federal tratado acerca da questão do ato de ofício, a divergência, quanto ao entendimento até então vigente, diz respeito à necessidade ou não da delimitação desse ato para efeitos de configuração do crime de corrupção. Nesse aspecto, no julgamento do “Mensalão”, entendeu-se que é possível a imputação por crime de corrupção na hipótese de oferta de vantagem a parlamentares para que apoiem os

projetos de interesse do governo, mesmo não havendo, como referido, correlação entre a oferta de dinheiro e a votação em determinado sentido em um escrutínio específico.

Embora não tenha havido uma afirmação conclusiva quanto à questão, é certo que a identificação da prática ou omissão do ato de ofício pelo funcionário público, com o julgamento do “Mensalão”, passou a ser vista como de menor importância para o processo de tipificação, de modo que, ao ter a Suprema Corte alterado o entendimento relativo à dependência absoluta entre a corrupção e o ato de ofício (embora o ministro Celso de Mello tenha negado essa mudança), direcionando-se ao entendimento de que basta o recebimento de vantagem em razão do cargo, filiou-se a uma perspectiva nitidamente mais subjetiva da corrupção. Nesse viés, o ato de ofício torna-se apenas potencial, presumível.⁽⁵⁾

Esse tema voltou a ser objeto de debates, por ocasião do julgamento da apelação criminal do ex-presidente Lula. Nessa situação, a defesa argumentou que o delito de corrupção passiva demandaria a conexão entre a função pública do agente e a conduta imputada, além da comprovação de ato de ofício inerente aos seus deveres funcionais, que se pretenderia influenciar com a vantagem indevida, aduzindo que não teria sido comprovado ou mesmo indicado o ato de ofício praticado pelo ex-presidente.

A tese de atipicidade da conduta, contudo, foi afastada pelo Tribunal Regional da 4ª Região. Em seu voto, o desembargador relator João Pedro Gebran Neto assentou que o tipo penal do art. 317 do CP, diversamente da prevaricação, dispensa a ocorrência de ato de ofício, “*exigindo-se somente a solicitação/recebimento de vantagem indevida em decorrência do cargo ou função. Trata-se de crime formal que se concretiza com a solicitação ou o recebimento da benesse, de modo que a prática efetiva de ato de ofício não consubstancia elementar do tipo penal, mas somente causa de aumento de pena (§ 1º do art. 317, CP)*”. Na oportunidade, foram citados trechos de votos proferidos pelos ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento do “Mensalão”, além do voto da ministra Rosa Weber na AP 695/MT e trechos esparsos de doutrinas.⁽⁶⁾

No cenário atual, o entendimento quanto à possibilidade de dissociação da vantagem a um ato de ofício específico torna possível a responsabilização pelo crime de corrupção passiva apenas com a aceitação ou solicitação de vantagem em razão do cargo, mesmo que não seja identificada qualquer

prática ou omissão de ato de ofício pelo funcionário público, em contrapartida à vantagem recebida ou ofertada. Vale dizer, para o reconhecimento do crime de corrupção, não se mostra necessária a correlação estreita entre eventuais pagamentos e atos de ofício comercializados.

É certo que a compreensão atual em torno da corrupção, acima exposta, permite uma maior incidência penal,⁽⁷⁾ notadamente em razão da subjetividade conferida ao tipo delitivo. No entanto, o entendimento que vem sendo perflhado parece violar princípios que norteiam o ordenamento jurídico, tais como o princípio da legalidade, da segurança jurídica e até mesmo da presunção de inocência.

A completa dispensa da vinculação da vantagem a um ato de ofício pode criar atrito entre os arts. 317 e 333 do CP. Isso porque há quem entenda que o pagamento da vantagem indevida, pelo particular, apesar de constituir participação no crime de corrupção passiva, não é punido a esse título porque conta com incriminação específica. Porém, segundo o entendimento atual, a referência ao ato de ofício no art. 333 do CP tornar-se-ia inócua nos casos de corrupção bilateral, já que ela não consta expressamente do art. 317 do CP. Desse modo, embora o Código Penal exija, na corrupção ativa (art. 333 do CP), a relação entre a vantagem indevida e um ato de ofício, se o particular sucumbisse à solicitação feita pelo funcionário público em razão de sua função, mas sem qualquer referência a algum ato de ofício, ainda assim incorreria em participação no crime de corrupção passiva, incorrendo nas mesmas penas. Daí desponta a necessidade de acrescentar, no art. 317 do CP, as exigências adicionais do art. 333 do CP (demonstração do ato de ofício), sob pena de violar-se o princípio da legalidade.⁽⁸⁾

Além disso, o entendimento de que seria desnecessária a identificação do ato de ofício, para a configuração do crime de corrupção passiva, pode gerar insegurança jurídica e ofender o princípio da presunção de inocência, na medida em que, ao se conferir maior subjetividade ao delito de corrupção, por consequência, aumentam-se as hipóteses de sua caracterização, já que a vinculação se dá em relação ao simples exercício do cargo e não a um ato de ofício em si considerado. Do mesmo modo, ao conceber o ato de ofício como potencial, presumível, há uma presunção de culpabilidade, já que, independentemente da comprovação de um liame entre o recebimento de eventual vantagem e a prática ou omissão de ato de ofício, haveria a configuração do crime, independentemente de qualquer benefício a quem oferece vantagem ou realiza pagamento.

Portanto, a crítica que se lança ao entendimento que vem

sendo adotado pelos Tribunais Pátrios, quanto à desnecessidade de identificação de ato de ofício específico para configuração do crime de corrupção passiva, decorre justamente da impressão de ser ele deliberadamente utilizado para garantir maior incidência penal e, ainda, da consequente inobservância de princípios constitucionais.

A flexibilização dos critérios legais para a tipificação dos crimes em geral, e da corrupção em particular, precisa encontrar rapidamente seu limite, antes que se percam todos os critérios objetivos que tornam minimamente segura a aplicação da lei penal dentro de nossa atual moldura constitucional.

Notas

- (1) Apelação Criminal n. 5046512-94.2016.4.04.7000, julgada pelo TRF-4 em 24/01/2018.
- (2) Art. 317 – “Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem. Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.”
- (3) Art. 333 – “Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.”
- (4) NETO, Alamiro Velludo Salvador. Reflexões pontuais sobre a interpretação do crime de corrupção no Brasil à luz da APN 470/MG. *Revista dos Tribunais*, v. 933/2013, p. 47-59, jul. 2013.
- (5) NETO, op. cit., p. 47-59.
- (6) Informações extraídas do Voto do Relator João Pedro Gebran Neto na Apelação Criminal 5046512-94.2016.4.04.7000.
- (7) NETO, op. cit., p. 47-59.
- (8) QUANDT, Gustavo de Oliveira. Algumas considerações sobre os crimes de corrupção ativa e passiva: a propósito do julgamento do “Mensalão” (APn 470 do STF). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 106, p. 209-210, jan./fev. 2014.

Gabriel Bertin de Almeida

Doutor e mestre em Filosofia pela USP.

Professor de Direito da PUCPR.

Advogado.

Claudia da Rocha

Pós-graduada em Direito Constitucional

Contemporâneo pelo IDCC.

Pós-graduada em Direito e Processo Penal pela UEL.

Advogada.

Rafael Fernandes Caldeirão

Estudante de Direito da PUCPR.



DIRETORIA DA GESTÃO 2017/2018

DIRETORIA EXECUTIVA

Presidente: Cristiano Ávila Maronna

1.º Vice-Presidente: Thiago Bottino do Amaral

2.º 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 Shecaira

OUVIDOR

Rogério Fernando Taffarello

Notas sobre forma jurídica, exploração do capital e controle social: a emergência de reflexões sobre Marielles

Leticia Galan Garducci

Para se pensar o Direito a partir da perspectiva crítica como ferramenta de transformação da realidade social vale rememorar **I. Lenin** (2006), que afirmava que, para uma prática revolucionária, não se pode abrir mão de uma teoria revolucionária. Assim, para um debate que tenha como horizonte a superação das formas de violência e opressão das relações sociais presentes, mais do que estar para além das teorias normativas de pensadores como **R. Dworkin** ou **J. Habermas** – que vêm dominando o debate jurídico atual –, é preciso, ainda, que se tenha no horizonte uma teoria materialista do Direito que contemple as formas de exploração dos sujeitos sociais que se encontram no elo mais vulnerável das relações sociais capitalistas; teoria que alcance, assim, a superexploração dos trabalhadores dos países periféricos como relação essencial da dinâmica do capital, como bem demonstraram os precursores da Teoria da Dependência, a exemplo de **Ruy Mauro Marini** (2011); que alcance a exploração invisibilizada da mulher a partir da forma social que adquire o trabalho reprodutivo nas relações capitalistas, tal como se pode extrair da obra da filósofa italiana **Silvia Federici** (2013; 2017) e de **Maria Mies** (2016); e que alcance o racismo, marca estrutural que mancha de sangue as relações sociais do capital, como corajosamente denunciou pagando com a própria vida Marielle Franco, que acumulou e sintetizou em seu próprio corpo *todas* as formas da exploração do capital – mulher negra lésbica favelada trabalhadora da periferia mundial.

Ora, se o Direito capitalista, ou, em sua melhor apreensão, a *forma jurídica*, tal como delineada pelo jurista soviético **Evguêni Pachukanis**, em *Teoria Geral do Direito e Marxismo* (2017), conforma o modo de produção do capital em uma relação indissociável com a forma mercadoria e a forma política estatal, segundo demonstraram autores como o cientista político alemão **Joachim Hirsch** (2010) ou o brasileiro **Alysson Mascaro** (2013), as relações sociais de superexploração e subordinação de mulheres, negros, indígenas se desdobram, *necessariamente*, atreladas a essa teia de conexões políticas e jurídicas, se tornando possíveis, ainda, tão somente a partir de um forte aparato de controle e repressão.

Mais do que isso, importante lembrar que, no mesmo cenário de privatização das terras na Europa, que despojou os camponeses de todos os seus meios de subsistência, tornando-os inteiramente “livres” para venderem a sua força de trabalho na chamada acumulação primitiva do capital (**MARX**, 2013), são igualmente marcas deste processo a colonização do “Novo Mundo”, a chacina dos povos originários, a escravização atroz dos povos africanos e o processo de caça às bruxas que assassinou dezenas de milhares de mulheres na Europa (**FEDERICI**, 2017). Assim, ao mesmo passo em que emerge a figura do trabalhador assalariado e se generaliza a equivalência subjetiva universal do indivíduo que caracteriza a categoria “sujeito de direito” com a subsunção real do trabalho ao capital – e como tão bem nos esclarece **Márcio Naves** (2008) –, há que se considerar também que neste mesmo

processo irrompem relações sociais de exploração igualmente específicas da dinâmica capitalista e que extrapolam aquela a que se sujeita o trabalhador homem branco, que troca sua força de trabalho por remuneração. Até porque, os negros escravizados pela dinâmica capitalista, enquanto “propriedade” de seus senhores, não se apresentavam como “livres e iguais” para se “tornarem vendedores de si mesmos”, marcando-se assim sua inserção estruturalmente desigual no sistema das relações do capital. Do mesmo modo, o trabalho reprodutivo não remunerado, que cimenta a violência do patriarcado do salário nas relações sociais presentes (**FEDERICI**, 2017), se encontra igualmente apartado da esfera da circulação, fazendo-se refletir, portanto, de que maneira estes fenômenos se expressam na relação de subsunção do trabalho ao capital que delineia a forma jurídica pachukaniana.

Nesse sentido, cumpre destacar que essas formas de violência e subjugação de mulheres, negros, indígenas etc, ainda que de nova roupagem, se perpetuam por toda a história das relações de produção capitalistas, revelando assim o seu caráter manente, como já observou **Rosa Luxemburgo** acerca das violências encontradas no processo da acumulação primitiva do capital; e como vêm defendendo autores como **Isabel Loureiro** ou **David Harvey**, a partir de sua concepção de “*acumulação por espoliação*” (**PAZZELO**, 2016; **HARVEY**, 2013; **LOUREIRO**, 2015). Desse modo, a superexploração dos trabalhadores da periferia do capital, o racismo e o patriarcado do salário enquanto formas sociais específicas do modo de produção capitalista apresentam-se estruturalmente imprescindíveis para sua manutenção e reprodução, o que lança luz também para uma maior compreensão da conformação de mecanismos políticos e sociais de controle que historicamente atingem predominantemente estes sujeitos.

Lembrando-se que as casas de trabalho e correção, que precederam as cadeias e prisões contemporâneas surgem na Europa já no século XVI – assim como demais mecanismos de controle formal e informal específicos do capital, a exemplo da própria assistência pública (**WACQUANT**, 2012) –, há que se destacar que é desde o processo da acumulação primitiva que se verifica uma incidência predominante das formas de controle sobre aqueles que desempenham os papéis sociais mais subalternos no seio das relações capitalistas. Ou seja: é desde a origem do sistema capitalista que se verifica, em sua dinâmica, as mais perversas formas de disciplinamento, reclusão, violência e repressão contra os sujeitos mais marginalizados, podendo-se falar, atualmente, desde o encarceramento em massa, que recai majoritariamente sobre a população negra, à normalização do genocídio que diariamente tira inúmeras vidas negras em diversas partes do mundo – só no Brasil, um negro é assassinado a cada 23 minutos (**FARIAS**, 2016). Ou também nas mais diversas formas de controle social que recaem sobre as mulheres, se fazendo presentes desde as paredes do interior do lar e manifestando sua face mais sangrenta nos altos índices

de estupro, violência doméstica e feminicídio. Soma-se a isto o exponencial aumento do encarceramento feminino a partir do ascenso do neoliberalismo, e que atinge especialmente mulheres negras, latinas, jovens e mães.

Assim, se faz premente, no seio da Teoria Crítica do Direito e da Criminologia, se questionar acerca da imbricação existente entre as relações sociais subordinadas/dependentes e as relações jurídicas, avançando-se para uma maior compreensão destas formas específicas de exploração e sua correspondência com a própria forma jurídica. Até porque, uma teoria jurídica que pretenda convergir para uma efetiva transformação da realidade social não pode abrir mão de um melhor entendimento da relação entre o Direito e a realidade concreta vivenciada justamente pelos sujeitos que se apresentam, a um só tempo, os mais explorados pelas relações capitalistas, mas, também, os mais potencialmente renovadores da ordem social presente. Afinal, são aquelas, as Marielles, que por se encontrarem no elo mais pungente das relações sociais de produção e, portanto, mais alijadas do acesso à políticas públicas e direitos sociais mínimos, que forjam, como imperativo de sobrevivência, formas de sociabilidade e solidariedade que vão além da própria dinâmica do capital: *de um lado, são as que vivem maiores consequências do impacto do poder dominante, principalmente na formação social brasileira, mas são também as que produzem meios que alteram condições de vida para ampliação da mobilidade em todas as suas dimensões* (FRANCO, 2017). Ou seja: é por esses – e a partir desses – sujeitos que deve passar qualquer perspectiva que se pretenda transformadora a partir do Direito e da criminologia crítica.

Referências

- (1) BRASIL. Senado Federal. *CPI do assassinato de jovens. Relator Lindemberg Farias*. 2016
- (2) FEDERICI, Silvia. *Calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva*. São Paulo: Elefante, 2017.
- (3) _____. *Revolución en punto cero*. Trabajo doméstico, reproducción y luchas feministas. Madrid: Traficantes de Sueños, 2013.
- (4) FRANCO, Marielle. A emergência da vida para superar o anestesiamiento social frente à retirada de direitos: o momento pós-golpe pelo olhar de uma feminista, negra e favelada. In: BUENO et al (Org.) *Tem saída?* Ensaios críticos sobre o Brasil. Porto Alegre: Zouk, 2017.
- (5) HARVEY, David. *O novo imperialismo*. São Paulo: Loyola, 2013.
- (6) HIRSCH, Joachim. *Teoria materialista do Estado*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- (7) LENIN, I. Lenin. *Que fazer?* A organização como sujeito político. São Paulo: Martins Fontes, 2006
- (8) LOUREIRO, Isabel. A menos eurocêntrica de todos. Rosa Luxemburgo e a acumulação primitiva permanente. In: SCHÜTRUMPF, Jörn (Org.). *Rosa Luxemburgo ou o preço da liberdade*. Tradução de Isabel Loureiro, Karin Glass, Kristina Michahelles e Monika Ottermann. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Expressão Popular; Fundação Rosa Luxemburgo, 2015.
- (9) MARINI, Ruy Mauro. Dialética da dependência. In: MARINI, Ruy Mauro; TRASPADINI, Roberta; STEDILE, João Pedro (Org.). *Ruy Mauro Marini: vida e obra*. São Paulo: Expressão Popular, 2011.
- (10) MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. São Paulo: Boitempo, 2013.
- (11) MASCARO, Alysson L. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013.
- (12) MIES, Maria. Origens sociais da divisão sexual do trabalho. A busca pelas origens sob uma perspectiva feminista. *Revista Direito & Práxis*. Rio de Janeiro, v. 7, n. 3, 2016.
- (13) NAVES, M. Bilharinho. *Marxismo e direito*. Um estudo sobre Pachukanis. São Paulo: Boitempo, 2008.
- (14) PACHUKANIS, Evguêni B. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Boitempo, 2017
- (15) PAZZELO, Ricardo P. Acumulação originária do capital e direito. *Revista InSURgência*. Brasília, ano 2, v. 2, n. 1, 2016.
- (16) WACQUANT, Loïc. A política punitiva da marginalidade: revisitando a fusão entre workfare e prisonfare. *Revista Epos*. Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, 2012.

Leticia Galan Garducci

Mestre em Direito Político e Econômico pela
Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Integrante do Grupo de Estudos Ciências Criminais
e Direitos Humanos do IBCCRIM.
Advogada.

Para além da ilusão da impunidade juvenil: estudo empírico de prisões e apreensões em flagrante na comarca de Salvador

Daniel Nicory do Prado e Bruno Moura de Castro

O presente trabalho consiste na divulgação de resultados preliminares de um estudo empírico desenvolvido com base nos dados do 18º DP Especializado Criminal de Salvador e do 2º DP Especializado da Criança e do Adolescente de Salvador, órgãos da Defensoria Pública do Estado da Bahia, com atuação, respectivamente, entre outras atribuições, nas audiências de custódia e na defesa de adolescentes em conflito com a lei, ambos na comarca de Salvador.

A pesquisa analisa a resposta do Poder Judiciário a prisões em flagrante efetuadas na comarca de Salvador, entre setembro de 2015 e agosto de 2017, em que tenham sido apreendidos, simultaneamente, acusados da prática do mesmo ilícito, adolescentes em conflito com a lei. No total, compõem a base os casos de 81 (oitenta e um) adultos, sendo 25 (vinte e cinco)

deles presos por tráfico de drogas e 50 (cinquenta) por roubo; e 67 (sessenta e sete) adolescentes, sendo 17 (dezessete) deles apreendidos por tráfico de drogas e 44 (quarenta e quatro) por roubo.

O objetivo da investigação é verificar se a crença na impunidade juvenil, que fundamenta os discursos pela redução da maioridade penal, é corroborada pelos dados da prática da Justiça Criminal e da Justiça de Infância e Juventude. Por dever de honestidade intelectual, os autores deixam consignada a sua posição pessoal contrária à redução da maioridade, embora o presente trabalho não vá enfrentar a questão da constitucionalidade, da conveniência ou da oportunidade da redução, mas tão somente se o discurso da impunidade tem respaldo fático.

No primeiro artigo da série, o objetivo é verificar a resposta imediata do Judiciário à ação policial, ou seja, qual o resultado da audiência de custódia, para os adultos, e da apresentação do adolescente apreendido em flagrante ao Ministério Público, e se dela decorreu ou não a internação provisória decretada pelo Poder Judiciário.

Além de mensurar a resposta judicial a cada caso, o trabalho comparou as respostas da Justiça Criminal e da Justiça de Infância e Juventude aos mesmos casos, ou seja, verificou se a resposta dada ao adolescente apreendido foi, comparando-a com a do(s) adulto(s) preso(s) na mesma situação, mais branda, equivalente, ou mais gravosa.

Algumas questões metodológicas merecem esclarecimento prévio. Quando houve apreensão de mais de um adolescente, a situação de cada um foi comparada individualmente à do adulto. Quando um adolescente foi detido com mais de um adulto, a sua situação foi comparada com a do adulto que recebeu o tratamento mais gravoso.

Por fim, num único caso, em que houve apreensão de dois adolescentes e prisão de dois adultos, e em que cada adolescente teve tratamento mais gravoso do que o dado a um adulto, e mais brando do que o dado a outro adulto, a opção metodológica foi tratar um deles como recebedor de tratamento mais gravoso, e outro de tratamento mais brando. A complexidade desse caso, no entanto, não comprometeu as conclusões mais gerais que puderam ser extraídas.

Passando aos resultados, nota-se que, dos 81 (oitenta e um) adultos presos juntamente com adolescentes em conflito com a lei, 62,92% tiveram a prisão preventiva decretada em audiência de custódia, 10,11% tiveram liberdade provisória com fiança, 12,36% liberdade provisória com recolhimento domiciliar, 8,99% liberdade provisória com comparecimento periódico em juízo, 1,12% liberdade provisória sem outras medidas cautelares, e 4,49% tiveram a prisão relaxada.

Essa taxa de aprisionamento é bastante superior à detectada no primeiro ano de funcionamento das audiências de custódia, que foi de 38,09% (PRADO, 2017, p. 51). Embora os períodos não coincidam completamente, a divergência pode ser explicada também pelo tipo de fato em razão do qual houve prisão e apreensão conjunta de adolescentes e adultos.

Controlada a variável do tipo de delito, 76% dos adultos presos em flagrante por roubo e 64% dos presos em flagrante por tráfico, na companhia de adolescentes, tiveram a prisão preventiva decretada. Considerando que todos os roubos, nessa situação, são tratados como majorados pela autoridade policial (aqui sem discutir o mérito do *bis in idem* entre a majorante do concurso de pessoas no roubo e o tipo do art. 244-B do ECA), tal dado se compara com 60,5% de presos preventivamente por roubo majorado no primeiro ano das audiências de custódia (PRADO, 2017, p. 51), e de 36,93% de presos preventivamente por tráfico (PRADO, 2017, p. 52).

Com as ressalvas acima, nota-se que o tratamento dado aos adultos presos na companhia dos adolescentes é mais rigoroso do que o destinado, nas mesmas condições, aos demais presos, e isso é crucial para que se interpretem os dados relativos à internação provisória.

Dos 67 (sessenta e sete) adolescentes apreendidos em flagrante em conjunto com adultos, 39,06% tiveram a internação provisória decretada, ou seja, percentual muito próximo da média de prisões preventivas em audiência de custódia de adultos. Separados por tipo de crime, nota-se que 5,88% dos

apreendidos por tráfico e 54,55% dos apreendidos por roubo tiveram a internação provisória decretada.

Se esse universo de adolescentes fosse comparado pura e simplesmente ao dos adultos, sem o controle de nenhuma outra variável, à primeira vista dir-se-ia que o tratamento deles é equivalente, mas o controle das variáveis demonstra que a resposta dada aos apreendidos por tráfico parece significativamente mais branda que a dos adultos, o que pode ser explicado pelo entendimento consolidado nos tribunais após a edição da Súmula 492 do STJ, segundo a qual “*o ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente*”, enquanto o tratamento destinado aos adolescentes apreendidos por roubo parece apenas ligeiramente mais brando.

Para testar essas hipóteses, é preciso ir além, e fazer a comparação entre os tratamentos dados a adolescentes e adultos autuados em flagrante pela autoridade policial em razão da mesma situação de fato.

Como dito, o presente trabalho propõe que o tratamento pode ser enquadrado em três categorias, a saber um tratamento mais brando, equivalente ou mais gravoso do que o destinado ao adulto, a partir da perspectiva do adolescente apreendido.

Para fins classificatórios, a internação provisória foi considerada equivalente à prisão preventiva e mais gravosa do que todas as outras respostas (liberdade e relaxamento); a aplicação imediata de medida pelo Ministério Público, como a remissão extrajudicial, foi considerada equivalente ao relaxamento, à liberdade sem medidas e à liberdade com comparecimento em juízo, e mais branda do que as demais situações (prisão preventiva e liberdades com fiança e com recolhimento); o arquivamento da representação foi considerado equivalente ao relaxamento e mais brando que as demais medidas; a aplicação de medida de liberdade assistida, na audiência de apresentação, foi considerada equivalente à liberdade provisória com recolhimento domiciliar, mais branda que a prisão preventiva e a liberdade provisória com fiança, e mais gravosa que a liberdade provisória com comparecimento em juízo, a liberdade plena e o relaxamento. Por fim, a decisão de não internação provisória com prosseguimento da instrução da representação foi considerada mais gravosa que o relaxamento, equivalente à liberdade sem medida ou com comparecimento, e mais branda que as demais situações.

Dito isso, nota-se que os adolescentes tiveram tratamento mais brando em 48,44% dos casos, equivalente em 39,06% dos casos, e mais gravoso que o dos adultos em 12,50% dos casos. Controlando por tipo de infração, os apreendidos por tráfico tiveram tratamento mais brando em 76,47% dos casos, equivalente em 11,76% dos casos e mais gravoso que o dos adultos em 11,76% dos casos, enquanto os apreendidos por roubo tiveram tratamento mais brando em 38,10% dos casos, equivalente em 47,62% dos casos e mais gravoso que o dos adultos em 14,29% dos casos. As demais espécies de infração não tiveram uma amostra suficiente de casos, no período, para sustentar conclusões mais seguras.

Fazendo o recorte apenas entre os adolescentes que tiveram a internação provisória decretada, nota-se que 70,83% deles tiveram tratamento equivalente e 29,17% tiveram tratamento mais gravoso do que o destinado aos adultos. Filtrando por tipo de infração, 100% dos internados provisoriamente por tráfico tiveram tratamento mais gravoso, e 73,91% dos internados provisoriamente por roubo tiveram tratamento equivalente e 26,09% tiveram tratamento mais gravoso do que o destinado aos adultos.

Os dados coletados merecem um exame mais detido, tanto com o acompanhamento do caso até a decisão final transitada em julgado, como com a ampliação da base de dados, mas o que se pode observar, em linhas gerais, é que o tratamento destinado aos adolescentes apreendidos por tráfico de drogas é significativamente mais brando do que o destinado aos adultos presos na mesma situação fática, em grande parte porque o regime do ECA assim o determina, e porque esse entendimento se consolidou após a Súmula 492 do STJ.

Por outro lado, no crime de roubo, que é justamente aquele em que há a maior quantidade de apreensões em flagrante de adolescentes pela mesma situação de fato em que também foram presos adultos, o tratamento dado aos menores de 18 anos é, na maioria dos casos, equivalente ao dos adultos, e, num percentual não desprezível, até mais gravoso.

A presente investigação fornece, portanto, exemplos e contraexemplos para o discurso da impunidade juvenil: nas apreensões por tráfico, o tratamento observado foi significativamente mais brando que o destinado aos adultos; nas apreensões por roubo, o tratamento observado foi, em geral, equivalente ao dos adultos encontrados na mesma situação de fato.

Não se pode perder de vista que os tratados internacionais de proteção da infância e da juventude, a Constituição e a legislação ordinária reconhecem a adolescência como fase de desenvolvimento da personalidade que merece proteção integral.

Por isso, os resultados encontrados chamam a atenção não para uma suposta impunidade de adolescentes que exigiria reforma constitucional ou legislativa, mas sim para um tratamento dos adolescentes que indica uma possível desconsideração da sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, sobretudo nos casos em que a resposta imediata do Poder Judiciário à apreensão foi mais gravosa do que a destinada ao(s) adulto(s) flagrado(s) na mesma situação de fato.

Nesse contexto é que tanto a normativa internacional⁽¹⁾ quanto a legislação interna⁽²⁾ vedam o tratamento mais gravoso ao adolescente em conflito com a lei, entendendo que o cárcere, por mais breve que seja, tem efeito nefasto na formação do caráter e amadurecimento do jovem em fase de transição.

Ressalte-se que a privação de liberdade do adolescente é regida pelos princípios da excepcionalidade e brevidade, cabível apenas em situações extremas e de imperiosa necessidade. Nesse ponto, os dados coletados apontam para a desvirtuação dos valores do Estatuto, desvelando um tratamento similar ao adulto,

notadamente no delito de roubo, e por vezes mais gravoso.

Ao que parece, o olhar do sistema de justiça para o adolescente em conflito com a lei subverte a própria natureza pedagógica da intervenção estatal na seara infanto-juvenil, baseada na socioeducação e não na mera punição.

É evidente que cada magistrado tem autonomia, e que os juízos criminal e de infância e juventude são esferas independentes, representando justamente um dos casos de separação processual obrigatória previstos no art. 79 do Código de Processo Penal. No entanto, não se trata aqui da análise de eventuais decisões contraditórias pontuais ou de equívocos individuais de juízes criminais ou da infância e juventude, e sim de uma observação macroscópica do funcionamento de um sistema que deveria ser mais protetivo, mas que, com grande frequência, é igualmente rigoroso ou até mais gravoso que o sistema penal propriamente dito.

Reconhecer o adolescente em conflito com a lei como sujeito de direitos é garantir o tratamento adequado para uma faixa da população presumidamente vulnerável diante de sua condição, a quem a Constituição Federal garante proteção integral e não a negativa de direitos fundamentais como a liberdade, especialmente caros quando trata desse público.

Referências

PRADO, Daniel Nicory do. A prática da audiência de custódia. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2017.

Notas

- (1) Item 54 das Regras Mínimas das Nações Unidas Para Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad).
- (2) Artigo 35, I da Lei 12.594/12 (Lei do SINASE) e anexo da Resolução 119 do CONANDA.

Daniel Nicory do Prado

Doutor em Direito pela UFBA.
Defensor Público de Classe Final.
Professor da Faculdade Baiana de Direito.

Bruno Moura de Castro

Pós-graduado em Defensoria Pública pela UNIFACS.
Defensor Público de Classe Final.
Coordenador da Comissão da Infância e Juventude da ANADEP.

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661

COORDENADOR-CHEFE: Fernando Gardinali Caetano Dias.

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

EDITORES IBCCRIM: Rafael Vieira, 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, Andre Ricardo Godoy, Antonio Baptista Gonçalves, Arthur Sodré Prado, Átila Machado, Beatriz Jubilut, Bruno Salles, Carlos Garcete, Carlos Viveiros, Christyany Pegorari, Clara Masiero, Cristiano Barros, Daiana Ryu, Daiane Ayumi Kassada, Daniel Del Cid, Daniel Leonhardt, Daniel Nicory, Dayane Fanti, Décio Franco David, Edson Roberto Baptista de Oliveira, Emília M. Giuliani, Evandro Camilo Vieira, Fernanda Carolina de Araújo, Fernanda Vilares, 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 Anhê Andorato, Jorge Nader, Jose Carlos Abissamra Filho, José Roberto Coelho de Almeida Akutsu, Juliana Regazzi, Letícia Garducci, Lévio Scattolini, Luan Nogueira Moyano, Luana Oliveira, Luis Gustavo Sousa, Luiza Gervitz, Luiza Guedes Piráquine, Manoel Alves da Silva

Junior, Marco Aurélio Florêncio Filho, Mariana Beda, Mariana Chies, Matheus 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, Renata Macedo, Ricardo Calado, 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 Mutaf, Cesar Janoti, Dafne Sena Coutinho Ribeiro, Fábio Suardi D'Elia, Felício Nogueira Costa, 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

Delitos informáticos e a alteração da regra 41 do código federal de processo penal dos Estados Unidos

Daniel Ackerman e Thiago Baldani Gomes De Filippo

**As opiniões dos autores expressadas neste artigo não necessariamente refletem as opiniões do Departamento da Justiça ou do Governo dos EUA.*

A pós-modernidade, fenômeno que se corporificou a partir da segunda metade do século XX, representa uma ruptura com as ideias positivistas de ordem e progresso, que passam a ser substituídas por transformações sociais velozes, que não significam, necessariamente, evolução.⁽¹⁾ Segundo **Harvey**, a própria noção de certo e errado é suplantada pela indicação de respostas pretensamente adequadas em cada caso.⁽²⁾

Outro aspecto da pós-modernidade redonda na presença constante do risco. Ao discorrer sobre a existência de uma sociedade do risco, **Beck** aduz que não há mais uma simples industrialização, o que seria próprio da modernidade simples. A lógica da produção social de riquezas foi substituída pela produção social dos riscos, desencadeando-se estes, a reboque das forças produtivas exponencialmente crescentes no processo de modernização, em uma medida até então desconhecida.⁽³⁾

Evidentemente, a redução ou supressão de fronteiras, a intensificação das relações econômicas internacionais, a crise da ideia de soberania estatal, a afinação de vínculos culturais entre “tribos”, que não estão jungidas aos limites territoriais de cada nação, entre outros fatores, não seriam viáveis sem a internet,⁽⁴⁾ ferramenta que se harmoniza à sociedade do risco e, inclusive, viabiliza-a.

Decerto, os benefícios trazidos pela internet são muitos, e não é necessário numerá-los. O fluxo absolutamente livre de informações e a possibilidade de relacionamentos antes inimagináveis foram permitidos pela ampla liberdade e absoluta igualdade conferidas aos usuários da rede. Esses aspectos positivos apresentam os seus reverses. Se, por um lado, a ampla liberdade também é permitida pela manutenção da “anonimidade” dos usuários, esta mesma característica faz do ambiente virtual um campo fértil para a perpetração de crimes, de modo que o agente pode transitar livremente pelos mais variados ambientes virtuais, sem ser imediatamente notado.⁽⁵⁾

Com isso, a criminalidade cometida por meio da internet torna-se mais complexa. Diversas infrações penais podem ser cometidas em fração de segundos, por meio de um *click* ou um *touch*.⁽⁶⁾ Hackers criminosos usam *malwares*⁽⁷⁾ em vez de uma faca ou arma para roubar dinheiro e informações pessoais de usuários inocentes em todo o mundo. Para ocultar suas verdadeiras identidades, os criminosos usam tecnologias de anonimização, em vez de máscaras ou luvas. Como defender as vítimas de massivos ataques cibernéticos se o infrator quer e, preventivamente, atua para garantir seu anonimato? Que

medidas eficazes podem ser tomadas visando à identificação desse infrator? Além do mais, em se tratando de delitos informáticos⁽⁸⁾ há sempre a possibilidade de envolvimento de mais de uma nação, acarretando o inevitável conflito de leis penais e processuais penais.

Diante desse quadro, aponta-se o desafio de, com o imprescindível respeito aos direitos fundamentais, serem elaboradas regras novas que viabilizem o aprimoramento de técnicas de investigação criminal, que possam fazer frente à sofisticada criminalidade informática. Conforme já apontava **Benjamin Cardozo** no início do século passado, citando **Pound**, “o Direito deve ser estável e, contudo, não pode permanecer imóvel”.⁽⁹⁾

É sintomático que as regras processuais penais tenham sido estabelecidas para a proteção de bens normalmente tangíveis e encontrados em ambientes reais, o que as torna, muitas vezes, obsoletas diante do cometimento de delitos informacionais, perpetrados em ambientes virtuais. Basta observarmos as regras brasileiras relativas às buscas e apreensões (artigos 240 a 250 do Código de Processo Penal), que contemplam as buscas pessoais e as domiciliares, ambas jungidas a espaços físicos, bem como a 4ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos,⁽¹⁰⁾ que deu ensejo à chamada *trespass doctrine*,⁽¹¹⁾ calcada na ideia de busca sobre uma propriedade física.

Pois bem. Em 1º de dezembro de 2016, houve sensível alteração no Código Federal de Processo Penal dos Estados Unidos, precisamente em sua regra 41, que trata das buscas e apreensões (*searches and seizures*). As alterações facilitam as ordens por busca remota de mídias de armazenamento eletrônico ou informações armazenadas eletronicamente,⁽¹²⁾ sobretudo por trazer duas novidades.

A primeira novidade foi trazida pela nova Regra 41 (b) (6) (A),⁽¹³⁾ que possibilita ao juiz, com competência em qualquer dos distritos onde as atividades relacionadas ao crime possam ter ocorrido, legitimidade para autorizar uma medida de busca remota de mídias de armazenamento eletrônico ou informações armazenadas eletronicamente, quando o local físico daquela mídia foi ocultado através de meios tecnológicos. Isso significa que o juiz pode expedir medida de busca remota para identificar o verdadeiro endereço IP (*protocolo de internet*) de um computador se lhe ficar caracterizado, a partir da conclusão de investigação e procedimentos criminais, que está diante de uma justa causa para acreditar que o alvo use o computador de maneira criminosa, por meio da utilização de um *software* de anonimização (como TOR ou outro servidor *proxy*, por exemplo) para ocultar seu verdadeiro endereço IP, relativizando-se a regra segundo a qual as coisas ou locais

devem ser perfeitamente identificados para que exista uma autorização para as buscas.

A segunda novidade refere-se especificamente à administração de um *botnet*, isto é, uma rede de computadores controlada remotamente por um *hacker* para cometer outros crimes, dificultando-se a apuração da autoria. Geralmente, um *hacker* controla suas vítimas (*bots*) mediante um *malware*, sem que tais vítimas percebam qualquer alteração em seus aparatos. A manutenção de *botnets* é proibida, nos termos da regra 18 do United States Code (U.S.C.) § 1030(a)(5).

Diante dessa realidade, acresceu-se a Regra 41 (b) (6) (B),⁽¹⁴⁾ permitindo-se a qualquer juiz com competência em algum distrito relacionado à administração de um *botnet* a possibilidade de autorizar buscas remotas de meios de armazenamento eletrônico, ou informações eletronicamente armazenadas, relativamente àqueles computadores acessados indevidamente por *hackers*, desde que os computadores estejam espalhados em cinco ou mais distritos federais judiciais. Portanto, de acordo com a nova regra, qualquer juiz pode autorizar a interrupção de um *botnet* desde que os sistemas afetados sejam encontrados em cinco ou mais distritos federais judiciais, e ao menos um desses sistemas esteja relacionado a sua competência territorial. As medidas poderão compreender, além da interrupção do *botnet*, a identificação dos proprietários daqueles sistemas infectados e a entrega de códigos de resgate para sistemas prejudicados. Se não for possível identificar ou entrar em contato com o proprietário, mesmo depois de uma medida de busca remota, o delegado deve entrar em contato com o Provedor de Serviço de Internet (ISP) que fornece a conexão de internet para aquele proprietário e tentar notificá-lo assim. Quando seja possível identificar o proprietário, o Departamento da Justiça poderá ajudar o delegado e procurador a elaborar uma notificação que atenda ao ordenamento jurídico americano.⁽¹⁵⁾

Importante observarmos que tais modificações em nada mudam ou substituem quaisquer das proteções constitucionais ou infraconstitucionais tradicionais inerentes a quem se defende de uma acusação criminal. Um mandado de busca remota emanado de uma autoridade federal, por exemplo, exige atenção aos seguintes requisitos: da justa causa e da especificidade quanto ao local a ser feita a busca e itens a serem apreendidos.⁽¹⁶⁾

O escopo do mandado de busca federal também permanecerá limitado ao território norte-americano. Isso significa que se, durante a busca inicial, verifica-se que o computador alvo está localizado fora dos Estados Unidos, os procuradores e policiais norte-americanos devem coordenar os próximos passos junto ao Departamento de Assuntos Internacionais, Departamento de Justiça e parceiros estrangeiros.

Decerto, a complexidade da vida contemporânea abarca a criminalidade, que pode ser levada a efeito por meio de sistemas tão abstrusos, como os *botnets*. Com isso, é imperioso que o Direito faça frente às novas formas delituosas, como fizeram os Estados Unidos, com a contemplação da possibilidade de buscas remotas de informações armazenadas eletronicamente. É o que possibilita a existência de uma “Constituição viva”, assim entendida, nas palavras do professor da Universidade de Chicago David A. Strauss, como aquela que “[...] evolui, modifica-se com o passar do tempo e se adapta às novas

circunstâncias, sem ter sido formalmente emendada”.⁽¹⁷⁾

Indubitavelmente, os direitos fundamentais, conquistados a duras penas pela humanidade, não podem ser solapados. Ao revés, deve haver o respeito intransigente a todas as garantias penais e processuais penais, o que não significa, de outro lado, que não possa haver o aprimoramento de técnicas procedimentais e processuais, que se tornam mais modernizadas, à medida que evoluem as formas de criminalidade.

Notas

- (1) EAGLETON, Terry. *As ilusões do pós-modernismo*. Trad. Elizabeth Barbosa. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 7
- (2) HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. 17. ed. São Paulo: Loyola, 2008. p. 19.
- (3) BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 23.
- (4) Desenvolvida a partir da uniformização da linguagem informática (“Protocolos TCP/IP”), que permitiu a intercomunicação entre aparatos e redes de aparatos tecnológicos, que passou a ocorrer em grande escala nos Estados Unidos em 1969, com o desenvolvimento militar da ARPANET (Advance Research Agency Network), viabilizando o compartilhamento de informações com mais segurança, sem riscos de destruição dos dados por conta de um bombardeio (CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. v.1. São Paulo: Paz e Terra, 1999. pp. 82-83). O sistema foi aprimorado em 1989 pelo inglês Tim Berners-Lee, ao trabalhar com pesquisas nucleares, quando desenvolveu um sistema de inter-relação de documentos que misturavam textos, imagens e sons, por meio de links, que permitiam que usuários navegassem por diversas plataformas e ambientes virtuais. A tecnologia foi lançada em 1992 e recebeu o nome de *world wide web* – *www*. (Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/Tim_Berners-Lee>. Acesso em: 01 jan. 2018).
- (5) SYDOW, Spencer Toth. *Crimes informáticos e suas vítimas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. pp. 43-44.
- (6) Como aduz SYDOW, por mais habilidoso que seja um punquista, ele somente poderá furtar uma carteira por vez, porém, na realidade virtual, um usuário com conhecimentos especiais pode perpetrar múltiplos ataques simultâneos e lesar diversos patrimônios (*Idem, ibidem*, p. 47).
- (7) *Malware* é o programa utilizado no ataque de computadores ou mesmo rede de computadores. (p. 1000). Há outras formas de quebras de segurança, como o *phising* ou o *session hijacking*, mas o *malware* é a técnica mais genérica (PEREIRA, Eduardo Baker Valls. *Crimes informacionais: da compatibilidade internacional do ordenamento jurídico nacional e da proposta de reforma*. BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). *Doutrinas essenciais: direito penal e processo penal*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. pp. 993-1029, p. 1000.
- (8) Há várias nomenclaturas tendentes a retratar realidades semelhantes: crimes da era da informação, crimes mediante computadores, crimes cibernéticos, *ciber crimes*, crimes de computador, crimes eletrônicos, crimes tecnológicos, crimes digitais, crimes *high-tech*, tecnocrimes, netcrimes, crimes virtuais, crimes da tecnologia da informação e *e-crimes*. No entanto, estamos com SYDOW, de modo que calha utilizarmos a expressão *delitos informáticos*, por conta de sua pretendida abrangência (*Idem, ibidem*, pp. 55-56).
- (9) CARDOZO, Benjamin N. *Evolução do direito*. Trad. de Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Líder, 2004. p. 7.
- (10) A 4a Emenda estabelece: “O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas.
- (11) United States v. Jones, 566 U.S. 400 (2012); Além da doutrina de *trespass*, ordem judicial e requerido para busca e apreensão num local onde a pessoa tem uma expectativa de privacidade (*expectation of privacy*) Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967).
- (12) A expressão “busca remota” é tradução livre feita pelos autores. Buscamos um termo que se aproxime do instituto originário da legislação dos Estados Unidos, cuja designação em língua inglesa é a seguinte: “remote search”. Trata-se de instituto disciplinado na Rule 41 (Federal Rules of Criminal Procedure. TITLE VIII. SUPPLEMENTARY AND SPECIAL PROCEEDINGS. Search and Seizure) o qual confere ao juiz competente a possibilidade de deferir medidas especiais em casos de ataques cibernéticos. Sugere-se, para fins de estudo de Direito Comparado, e tendo em vista que já vem sendo aplicado por magistrados no Brasil, que o pedido de *mandado de busca remota* seja direcionado ao Poder Judiciário com base na lei 12.850/2013, que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal.

- (13) Regra 41. Busca e apreensão. (b) Competência para solicitação de mandado de busca. A pedido da Polícia Federal ou de um Procurador Público: (6) um magistrado, com competência em qualquer distrito onde as atividades relacionadas ao crime possam ter ocorrido, tem autoridade para emitir um mandado de busca de acesso remoto para pesquisar, apanhar ou copiar as informações armazenadas eletronicamente, localizadas dentro ou fora desse distrito, se: (A) o distrito no qual a mídia ou a informação estiverem localizados tenha sido escondido por meios tecnológicos; e (B) em uma investigação por violação ao estatuto 18 U.S.C. § 1030 (a) (5), as mídias são computadores protegidos que foram danificados sem autorização e estão localizados em cinco ou mais distritos.
- (14) (*Idem, ibidem*).
- (15) A notificação pode ser adiada mediante aplicação da regra 18 USC § 3103(a) para fins de não prejudicar uma investigação em andamento.
- (16) DE FILIPPO, THIAGO BALDANI G. Buscas domiciliares sem mandado e provas ilícitas: reflexões acerca do julgamento do Recurso Extraordinário 603.616, à luz do Direito dos Estados Unidos. *Revista Fórum de Ciências Criminais*, v. 5, pp. 137-155, 2016.
- (17) STRAUSS, David A. *A living Constitution*, 2010. p. 1.

Daniel Ackerman

Graduado em Direito (J.D.) pela

University of Southern California.

Bacharel (B.A.) pela Columbia University.

Coordenador Regional de Assuntos de Propriedade
Intelectual do Departamento da Justiça dos EUA.

Thiago Baldani Gomes de Filippo

Mestre em Direito Comparado pela

Samford Cumberland School of Law.

Doutorando em Direito Penal pela USP.

Juiz de Direito em São Paulo.

Ecos de Lombroso: o exame criminológico, a reincidência e o “defeito no pé”

Fernando Procópio Palazzo

1. Introdução

“O Senhor, porém, lhe disse: Portanto, qualquer que matar a Caim será vingado sete vezes, E pôs o Senhor um sinal em Caim para que não o ferisse quem quer que o encontrasse”.⁽¹⁾ O livro de Gênesis, na Bíblia, narra a prática de um fratricídio por parte de Caim contra Abel. Movido por um sentimento de inveja, Caim intenta contra a vida de seu irmão, sendo, então, repreendido por Deus, o qual lhe coloca um sinal com o objetivo de resguardá-lo de qualquer vingança. O referido sinal, em que pese tenha tido um viés protetivo, também se apresentou como uma nódoa na vida de Caim pelo delito perpetrado. Por onde este andasse, o estigma da violação estaria timbrado em seu corpo como uma perene lembrança de que era um criminoso.

O cenário bíblico acima relatado retrata uma emblemática percepção sobre a identificação do comportamento desviante em virtude de fatores endógenos. Em uma perspectiva sintomática, o sinal portado pelo indivíduo acabará por revelar a sua propensão criminosa. Essa forma de reconhecimento do mal encontrará solo fértil no discurso maniqueísta entre o mito e o monstro, o feio e o belo, sendo suas implicações encampadas de forma vigorosa nos processos de construção do saber penal.⁽²⁾ **Humberto Ecco**, ao examinar as influências do belo e do feio na composição social, afirma que “as coisas feias também compõem a harmonia do mundo por meio de proporção e contraste. A beleza nasce desses contrastes, e também os monstros têm uma razão e uma dignidade no concerto do criado, também o mal, na ordem, torna-se belo e bom porque dele nasce o bem, e junto a ele refulge o bem”.⁽³⁾

Estabelecidas essas premissas, vê-se que a noção de estigma, de estereótipo, do feio e do defeituoso, alcançou relevante espaço na definição do delito como uma decorrência etiológica, inerente à pessoa. Busca-se reconhecer o crime a partir do criminoso. Abeberando-se, pois, de doutrinas evolucionistas capitaneadas por **Jean-Baptiste Lamarck** e **Charles Darwin** no século XIX,

passou-se a investigar a origem do crime como decorrência de alterações orgânicas encontradas naquele que comete um delito. A esse propósito, entre outros expoentes dessa vertente ideológica, destacou-se o médico psiquiatra italiano **Cesare Lombroso**, ao apresentar a concepção de “delinquente nato”. Imbuídos por estereótipos e caracteres somáticos, determinados indivíduos estariam, então, inclinados à prática de crimes.

É bem verdade que esse pensamento foi objeto de severas críticas com o passar dos anos, restando aparentemente superado. No entanto, existem ainda reminiscências dessa compreensão, sendo que o exame criminológico acaba por propiciar uma plataforma perfeita para a sua indevida repriminização. A esse propósito, tem-se como significativo exemplo o *Habeas Corpus* 653.102-8, da lavra do desembargador Edvino Bochnia, apreciado pela 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Paraná, julgado em 15/04/2010, cujo tema nuclear orbitou na impossibilidade de progressão de regime pelo paciente em virtude de que o exame criminológico teria lhe sido desfavorável ao consignar ser o mesmo portador de uma anomalia física, conforme adiante se explicitará.

Nesse cenário, à luz de um pujante arcabouço ideológico organicista que insiste em permanecer, o exame criminológico acaba por constituir um perigoso viés para a promoção do atavismo criminal.

2. O atavismo como fator criminógeno

Em 01/08/1966 o ex-fuzileiro americano Charles Joseph Whitman dirigiu-se a uma torre existente no campus da Universidade do Texas, em Austin, e disparou desenfreadamente contra as pessoas que lá se encontravam, ferindo trinta e duas e levando a óbito quatorze. Após o fatídico evento, encontrou-se em sua carta póstuma uma solicitação para que fosse realizada uma autópsia em seu cérebro, pois o mesmo cria que havia algo

de errado e que isso poderia tê-lo levado a perpetrar tão brutal crime. Diante dessa situação, procedeu-se à referida análise e foi constatada uma anormalidade do tamanho de uma moeda perto da amígdala cerebelosa, um dos centros primários da emoção. Com esse resultado, creditou-se por muito tempo ser este o motivo para o comportamento empregado. No entanto, nas décadas que se sucederam, restou evidenciado que o cérebro não era tão simples e que essa não teria sido a causa.⁽⁴⁾

Como se pode perceber, a busca pela “marca de Caim”, isto é, pelo fator etiológico do crime, sempre esteve presente no plexo de investigações que visam compreender a origem do comportamento desviante. Nessa acepção, urge distinguir de forma sistematizada e empírica os bons dos maus. **Friedrich Nietzsche** assevera que *“nada é feito senão quando é o homem que o degenera – com isso o reino do juízo estético está circunscrito”*. Prossegue ainda o filósofo alemão afirmando que o feio é entendido como um sintoma de degenerescência e por isso enseja repulsa.⁽⁵⁾

Cesare Lombroso impactou por seus estudos de antropologia criminal. Utilizando-se de métodos experimentais de estudo da criminalidade, concluiu o médico italiano que determinados indivíduos possuíam caracteres próprios de animais, sendo que em decorrência de serem portadores de anomalias orgânicas e psíquicas seriam impelidos à prática de crimes. A concentração de condenados nas prisões e a formação da estatística propiciou a conjunção perfeita para que as suas pesquisas pudessem ser realizadas. O problema penal é deslocado do fato para o indivíduo. Suprime-se a noção de livre arbítrio e adentra-se na esfera do atavismo.

Nesse cenário, oportuno observar que a superioridade das espécies proclamada pelas teorias evolucionistas conferiu relevante lastro científico para a pesquisa que estava sendo fomentada por **Cesare Lombroso**. Partindo de uma lógica indutiva e de métodos que variavam em medir o tamanho do crânio dos presos, em verificar o peso, altura e até indagações de sensibilidade, traçava-se uma distinção biológica entre delinquentes e não delinquentes. As anomalias então encontradas nos criminosos revelam aquele que seria um sujeito subdesenvolvido e um criminoso nato. **Eugênio Raúl Zaffaroni** e **José Henrique Pierangeli** sintetizam essa compreensão afirmando que *“a delinquência era, pois, para Lombroso, um fenômeno atávico: o delinquente era um specie generis humani diferente”*.⁽⁶⁾ Para melhor compreensão do pensamento de **Cesare Lombroso**, revela-se pertinente observar excerto de sua obra: *“Os matadores e os ladrões arrombadores têm cabelos crespos, crânios deformados, fortes mandíbulas, enormes zigomas, e frequentes tatuagens; são cobertos de cicatrizes na cabeça e no tronco. (...) Em geral, o delinquente nato tem orelhas de abano, cabelos abundantes, barba escassa, os senos frontais e as mandíbulas enormes, queixo quadrado e proeminente, zigomas aumentados, a gesticulação frequente, em suma um tipo parecido com o mongol, às vezes com o negro.”*⁽⁷⁾

Presente esse quadro, infere-se que o atavismo consistia em uma explicação científica porque determinados indivíduos incorriam na prática de crimes. Consabido, porém, que a teoria do criminoso nato propiciou perigoso arcabouço ideológico para regimes totalitários que se seguiram.

Não bastasse toda a incoerência do pensamento apresentado

e suas deletérias consequências, vislumbra-se ainda vicejar na atualidade pesquisas científicas, sobretudo na área da genética, em que se busca investigar o comportamento biológico de um criminoso. Deve-se refletir que se **Cesare Lombroso** tivesse acesso à tecnologia hodierna certamente estaria procedendo à mesma investigação. A ideia de “genes predispostos” ou qualquer outro critério que, *mutatis mutandis*, confira legitimidade científica à descoberta do criminoso nato urge ser rechaçada. Pesquisas desse jaez impedem a análise das influências sociais nos próprios tipos penais e mantêm acesa a viabilidade de métodos pretensamente científicos de identificação do delito no delinquente.

Friedrich Nietzsche, ao criticar o método antropológico, assim se manifesta e ironiza: *“Os antropólogos entre os criminalistas dizem-nos que o criminoso típico é feio: monstrum in fronte, monstrum in animo. Mas o criminoso é um decadent. Sócrates era um típico criminoso? Ao menos isso não seria contrariado pelo famoso juízo-fisionômico que apareceu chocante aos amigos de Sócrates. Um estrangeiro, que entendia de rostos, disse certa vez na cara de Sócrates, ao passar por Atenas, que ele era um monstro e escondia todos os vícios e desejos ruins em si. E Sócrates respondeu simplesmente: ‘Vós me conheceis, meu Senhor!’”*⁽⁸⁾

3.A revitalização do atavismo criminal por intermédio do exame criminológico

A Exposição de Motivos da Lei 7.210/84 assevera em seu item 27 que a individualização da pena sem a realização de um exame da personalidade do condenado constitui uma falácia. Ao longo de todo o texto preambular, defende a relevância da realização de um dossiê técnico do perfil dos condenados que assim assegure o seu adequado reingresso ao convívio social.

Afora os dispositivos iniciais que regulamentam a classificação dos condenados, no particular da progressão de regime, antes da Lei 10.792/03, exigia-se para a sua obtenção o cumprimento do requisito objetivo, temporal, e também subjetivo consistente no mérito do condenado. O último implicava a submissão dos sentenciados a uma análise pericial realizada por intermédio do exame criminológico. **Luiz Roberto de Almeida** e **Evaldo Veríssimo Monteiro do Santos**, em obra datada de 1975, perfilhando o pensamento que sustentava a idoneidade do exame criminológico, afirmam que *“estarão respondidas várias questões que envolvem o criminoso na sua conduta antijurídica, antissocial e seu possível retorno à sociedade”* chegando inclusive a enunciar, com base nas informações por ele obtidas, a existência de um *“princípio da legenda natural do criminoso”*.⁽⁹⁾

Com o advento da novel legislação, a obrigatoriedade do exame foi suprimida, sendo, contudo, reiteradamente determinada pelos juízes, sob o pálio analógico do artigo 8º da Lei de Execução Penal e do artigo 34 do Código Penal. Diante de divergência jurisprudencial erigida, o Superior Tribunal de Justiça sedimentou a sua legalidade, exigindo a apresentação de decisão motivada, consoante verbete sumular 439.

O problema dessa interpretação reside no fato de que o exame criminológico não mais possui amparo legal e reaviva, ainda que de forma oblíqua, o pensamento punitivo etiológico de **Cesare Lombroso**. Atente-se, nesse viés, que a própria Lei de Execução Penal, novamente em seus prolegômenos, transparece

essa inadmissível intenção corretiva ao asseverar que “o exame criminológico e o dossiê de personalidade constituem pontos de conexão necessários entre a Criminologia e o Direito Penal, particularmente sob as perspectivas da causalidade e da prevenção do delito”.⁽¹⁰⁾

Com efeito, resta evidente que as premissas que embasam o exame criminológico são absolutamente anacrônicas, além, repita-se, de não mais possuir previsão legal. O artigo 112 da Lei de Execução Penal demanda apenas a comprovação de “bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento”. Insistir na eficiência do exame acaba por abrir perigosa margem para suposições revestidas de aparente cientificidade, que nada mais fazem do que julgar anomalias físicas e psíquicas como fatores determinantes para a prática de crimes. Inexiste mais espaço para conjecturas sobre propensões à reincidência e estados anímicos sobre o crime.

Salo de Carvalho, ao tecer comentários sobre a reforma legislativa, preleciona o relevante papel na supressão dos pareceres técnicos da análise subjetiva do condenado: “Assim, apesar de Lei 10.792/03 institucionalizar regime bárbaro de execução de pena (RDD), o texto normativo inova na retirada dos laudos e pareceres técnicos, peças processuais cuja eficácia histórica foi a de manter absoluta sobreposição do discurso da criminologia administrativa sobre o sistema jurisdicional. Ao eliminar o elemento de análise subjetiva do apenado, os quais postulavam extrair o grau de amoldamento interno e arrependimento do apendo, retiram-se do processo de execução signos de controle da identidade lesivos aos direitos fundamentais do preso”.⁽¹¹⁾

Nessa ordem de ideias, resta evidente não ser mais possível conviver com essa metodologia. O próprio legislador ceifou a sua aplicação, sendo, todavia, enxertada novamente na execução penal pela via analógica. A sanha punitiva encontra pretensa legitimidade em técnicas e retóricas camufladas, que nada mais fazem do que perpetuar um vetusto sistema de segregação e punição de “delinquentes natos”.

A toda evidência, o que ocorre com o exame criminológico é a revitalização do atavismo criminal.

4. Reincidência e o “defeito no pé”

No julgamento do *Habeas Corpus* n. 653.102-8, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, relator desembargador Edvino Bochnia, defrontou-se com peculiar situação em que o paciente, condenado pela prática do crime de latrocínio, teve o seu pedido de progressão de regime do fechado para o semiaberto indeferido pelo Juízo da Execução Penal com base em exame criminológico desfavorável.

Em que pese tenha preenchido o requisito temporal e apresentado atestado de bom comportamento carcerário, este, nas palavras da magistrada singular, deve ser analisado sob um prisma “mais amplo, com a verificação de aspectos da personalidade do sentenciado, que indiquem, no momento, já se encontra preparado para iniciar o cumprimento da pena em regime menos severo”. Nesse ponto, faz-se mister observar que o juízo de piso elateceu a definição de bom comportamento carcerário, agregando fatores não mais previstos pela legislação regente. Em passo seguinte, partindo dessa equivocada premissa, indeferiu o benefício, pois o laudo criminológico indicou a sua inadmissibilidade ao atestar, *ipsis litteris*, que “há probabilidade

de reincidência criminal, pois o mesmo ser complexado com o defeito que possui no pé (de nascimento)” (*sic*). Em razão do parecer técnico, a juíza sucintamente fez uma subsunção aos critérios que entendeu estarem previstos no artigo 112 da Lei de Execução Penal e indeferiu o benefício pleiteado.

Impetrado o remédio constitucional, o relator desembargador Edvino Bochnia repeliu veementemente os critérios adotados pela autoridade coatora e o teor do laudo apresentado, assentando, pois, “a completa inadmissibilidade de conceitos desprovidos de base jurídica idônea, mas apenas em fatores pretensamente atávicos dissociados dos parâmetros apregoados pela Carta da República de 1988”. No entanto, a despeito das judiciosas considerações, o revisor entendeu que a decisão monocrática estava devidamente fundamentada e que o “sentenciado não preenche requisitos subjetivos exigidos pela lei que rege a matéria”. Na sequência, após pedir vistas, o vogal acompanhou o relator, corroborando a teratologia da situação exposta, e, então, concedeu-se a ordem ao paciente.

Sendo esse o contexto, apesar da acentuada oposição e dos deletérios acontecimentos históricos, verifica-se a inaceitável persistência do atavismo criminal na compreensão do fato criminoso. Em capítulo sobre a reincidência, **Cesare Lombroso** chega à mesma conclusão exarada no exame criminológico em comento, esclarecendo, pois, que “essas percentagens em boa parte correspondem às dos criminosos que nos deram a maior frequência de anomalias do crânio, da fisionomia, anomalias algométricas etc.”.⁽¹²⁾

Veja-se, portanto, que a autoridade coatora encampou a mesma linha interpretativa etiológica defendida por **Cesare Lombroso**. Cabe ressaltar que a concessão da ordem não foi obtida por unanimidade, o que demonstra que a compreensão de que o critério adotado pelo exame criminológico era legítimo não se consubstanciou em uma percepção isolada.

Saliente-se, por relevante, que ainda que esteja em discussão réu condenado pela prática de delito catalogado como hediondo, tal fato não permite soçobrar direitos e garantias mínimas que o assistem, muito mais invocando fundamentos absurdos como ocorreu no presente caso. **Ruy Barbosa**, com habitual propriedade, pontifica que: “O último dos criminosos tem o mais absoluto direito a que com ele se observe a lei; e tanto mais rigoroso há de ser, por parte dos seus executores, o empenho nessa observância, quanto mais excitada se achar a sociedade contra o delinquente, entregue a proteção dos agentes da ordem”.⁽¹³⁾

Diante do quadro estabelecido, resulta evidente que a consideração de critérios somáticos e atávicos persiste na prática jurídica atual. Transmudam-se os métodos e critérios, porém mantém-se a mesma perspectiva subjacente de identificação do criminoso nato. No caso concreto, “o defeito no pé” foi o vetor biológico justificador. Veja-se que o julgamento acima relatado reflete justamente a insistência na utilização de fatores somáticos como determinantes sobre o comportamento delitivo.

5. Considerações finais

A marca de Caim, seja qual for o subterfúgio teórico e científico que a ela se impute, continua sendo objeto de obsessão, logrando indevido espaço na persecução penal. **Cesare Lombroso** rompeu paradigmas e forneceu material com timbre de cientificidade a respeito da existência de um delinquente nato.

Sob os auspícios dessa linha intelectual, fomentaram-se detenções e extermínios de indivíduos considerados como inadequados. No entanto, as incomensuráveis perdas humanas proporcionadas por essa visão eugênica parecem ceder frente ao fascínio de muitos, na acepção de **Friedrich Nietzsche**, em reprimir o degenerado.

Nessa perspectiva, observa-se que o exame criminológico abre espaço para perigosas conjecturas e um completo desvirtuamento da já tão combatida execução penal. Paradigmático, nesse sentido, é o julgamento acima pormenorizado em que o direito à progressão de regime de um condenado foi tolhido sob a teratológica percepção de que uma anomalia em seu pé seria um fator estimulante a sua reincidência.

O progresso da ciência não pode resultar em um regresso na compreensão do fato criminoso. De forma cíclica são apresentados novos critérios, métodos e teorias, de modo a robustecer, de forma dissimulada, a delinquência como um fenômeno atávico.

Urge, portanto, profligar a confecção do exame criminológico e todos os instrumentos que, revestidos de aparente cientificidade, nada mais fazem do que reavivar a noção de criminoso nato.

Notas

- (1) Bíblia de Referência Thompson. São Paulo: Vida, 2005. p. 4.
- (2) FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 30.
- (3) ECCO, Humberto. *História da beleza*. Rio de Janeiro: Record, 2004. p. 85.
- (4) LAVERGNE, Gary Mitchell. *A sniper in the tower*. Denton: University of North Texas Press, 1997.
- (5) NIETZSCHE, Friedrich. *Crepúsculo dos ídolos*. São Paulo: Schwarcz S.A., 2017. p. 60.
- (6) ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 284.
- (7) LOMBROSO, Cesare. *O homem criminoso*. Rio de Janeiro: Rio: 1983. p. 168.
- (8) NIETZSCHE, op. cit., p. 15.
- (9) ALMEIDA, Luiz Roberto; SANTOS, Evaldo Veríssimo Monteiro dos. *O exame criminológico*. São Paulo: Lex Editora S.A., 1975. p. 47.
- (10) Item 35, Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal.
- (11) CARVALHO, Salo. *Crítica à execução penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 168.
- (12) LOMBROSO, op. cit., p. 292.
- (13) BARBOSA, Ruy. *Criminologia e direito criminal*. Campinas SP: Romanda, 2003. p. 317.

Fernando Procópio Palazzo

Assessor Jurídico do TJPR.

Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo ICPC.

Do que se fala quando se fala em criminalização dos movimentos sociais? Uma revisão bibliográfica⁽¹⁾

Frederico de Almeida e Afonso Smiderle

Embora de uso recorrente no senso comum do debate político sobre ativismo no Brasil, a expressão “criminalização dos movimentos sociais” e “dos protestos” é objeto de poucos estudos e pouca clareza sobre o que de fato significa: a criação de novos tipos penais pela legislação (como se cogitou no debate sobre a Lei Antiterrorismo, ou como ocorria na vigência da Lei de Segurança Nacional e da criminalização da oposição política na ditadura militar) ou a aplicação de leis penais comuns já existentes (como os crimes de dano, desacato, desobediência) no enquadramento legal do ativismo? A repressão pela polícia ou a judicialização de conflitos associados a protestos? Apenas uma condenação final após o processo judicial, ou a simples prisão de ativistas no momento dos protestos? A observância de ritos formais do processo judicial em um contexto democrático afasta a hipótese de criminalização? É possível no Brasil de hoje falar-se em criminalização que vá além da repressão dos protestos, afetando a própria existência dos movimentos sociais?

Uma pesquisa na literatura internacional sobre movimentos sociais, criminologia e sociologia da justiça criminal; sobre policiamento de protestos, justiça política e judicialização de movimentos contestatários; sobre relação entre direito e

movimentos sociais, advocacia política e advocacia de causas demonstra que há pouca reflexão específica e sistemática sobre criminalização de movimentos sociais. Uma exceção digna de nota é o artigo de **Carolijn Terwindt** (2014), que encerra uma coletânea de estudos sobre criminalização de movimentos ambientais em diferentes contextos locais;⁽²⁾ nesse balanço das pesquisas exploratórias sobre o tema, a autora sugere alguns desafios a serem enfrentados para a constituição de uma agenda de pesquisa sobre o tema: a própria definição do que seja a criminalização dos movimentos sociais (**SIBRIÁN; VAN DER BORGH**, 2014); a explicitação de tipologias, padrões e estratégias legais de criminalização (**ATILES-OSORIA**, 2014; **FRANCO; CARRANZA**, 2014; **OLARTE**, 2014); a análise da criminalização do protesto social como meio de delimitação excludente do processo de decisão política (**ALONSO CIDAD; BARCENA HINOJAL; GOROSTIDI BIDAURRAZAGA**, 2014; **ATILES-OSORIA**, 2014; **SIBRIÁN; VAN DER BORGH**, 2014); o surgimento de contraestratégias de resistência, por parte dos movimentos sociais, à criminalização do protesto (**FRANCO; CARRANZA**, 2014; **LE BONNIEC**, 2014; **SIBRIÁN; VAN DER BORGH**, 2014).

Além desses desafios sistematizados por **Terwindt**, o

levantamento de pesquisas dos diferentes campos de estudo indiretamente relacionados ao objeto de pesquisa demonstra também que há uma lacuna na conexão entre dois ramos da literatura que abordam um mesmo fenômeno: os estudos sobre policiamento de protestos, de um lado, e os estudos sobre justiça política e judicialização de movimentos contestatórios, de outro (WADDINGTON, 2010). É possível acrescentar ainda a lacuna que existe na ausência de estudos sistemáticos sobre repressão e justiça criminal no campo de estudos das relações entre Direito e movimentos sociais, muito focados na mobilização do Direito na esfera civil, para a promoção de causas daqueles movimentos (EARL, 2011).

Buscando analisar a produção sobre o tema na academia brasileira, realizamos um levantamento em duas bases representativas da produção científica nacional: o Banco de Teses e Dissertações da Capes, e o portal de periódicos *Scientific Electronic Library Online (SciELO)*. No acervo da Capes⁽³⁾ foram encontrados 21 registros em pesquisa pelo termo “criminalização dos movimentos sociais”; como houve um registro duplicado, restaram vinte trabalhos. Nesses trabalhos, foi feita uma análise superficial de conteúdo – baseada em título, resumo, sumário e, quando necessário, em leitura de trechos identificados pelos elementos anteriormente citados –, pela qual buscou-se identificar se há análise de textos e dispositivos legais; análise de decisões, processos judiciais ou inquéritos policiais; análise de um movimento social específico; e, por fim, se há definição do que é criminalização.

A criminalização aparece como tema central de pesquisa em doze dos trabalhos encontrados (ADISSI, 2011; ALVES, 2011; ANTONI, 2012; BORTOLOZZI JUNIOR, 2008; CARDOZO, 2008; HERNÁNDEZ, 2006; KNOLSEISEN, 2013; NASCIMENTO, 2014; REIS, 2004; SANTOS, 2008; SCHINELO, 2011; SIQUEIRA, 2003); nos demais, é possível dizer que o tema da criminalização dos movimentos sociais aparece de maneira secundária em relação ao tema central do estudo.

Os trabalhos são predominantemente da área de humanas, sendo encontrado apenas um registro nas ciências exatas. Seis são da área do Direito (ALVES, 2011; BORTOLOZZI JUNIOR, 2008; KNOLSEISEN, 2013; NASCIMENTO, 2014; REIS, 2004; SIQUEIRA, 2003), um da Comunicação (FONSECA, 2009), dois da História (ANTONI, 2012; CARDOZO, 2008), dois em Ciências Sociais (ADISSI, 2011; SILVA, 2014), um KNOLSEISEN em Linguística (PASSOS, 2008), um em Teologia (SCHINELO, 2011), dois em Serviço Social (LIMA, 2013; MARQUES, 2011), dois em Geografia (SANTOS, 2008; SILVA, 2013), um em Psicologia (ALVES, 2010), um em Políticas Públicas (MEDEIROS, 2013) e um na área de Engenharia Elétrica (HERNÁNDEZ, 2006).

Em relação ao conteúdo, seis são os trabalhos que fazem análise de algum dispositivo legal (ADISSI, 2011; ALVES, 2011; BORTOLOZZI JUNIOR, 2008; CARDOZO, 2008; KNOLSEISEN, 2013; MARQUES, 2011). Quanto à análise de decisões e processos judiciais e inquéritos policiais, apenas dois trazem esse tipo de esforço analítico (ADISSI, 2011; NASCIMENTO, 2014). É importante notar que a análise de dispositivos legais e de procedimentos policiais e judiciais não se esgota nos trabalhos realizados na área do Direito, assim como é

relevante o fato de que os trabalhos realizados na área do Direito não privilegiam necessariamente a investigação sobre legislações e procedimentos concretos.

Dez trabalhos analisam um movimento social específico, o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST) (ADISSI, 2011; ALVES, 2011; ANTONI, 2012; BORTOLOZZI JUNIOR, 2008; FONSECA, 2009; KNOLSEISEN, 2013; LIMA, 2013; NASCIMENTO, 2014; PASSOS, 2008; REIS, 2004; SANTOS, 2008; SILVA, 2014); revelando a centralidade desse movimento na dinâmica política e social das últimas décadas, bem como o papel da questão agrária na emergência do tema da criminalização dos movimentos sociais, das violações de direitos humanos e da violência de Estado no período pós-ditadura militar (HADDAD, 2006; LIMA; STROZAKE, 2006; SINHORETTO; ALMEIDA, 2006).

Outros movimentos que aparecem nas análises, em geral ao lado do MST, são o Exército Zapatista de Libertação Nacional (EZLN) (ANTONI, 2012; KNOLSEISEN, 2013), o Movimento dos Trabalhadores Sem Teto (MTST) (SILVA, 2014), o Movimento dos Atingidos por Barragens (MAB), o Movimento dos Pequenos Agricultores (MPA) (SANTOS, 2008), e os *piqueteros*, na Argentina (CARDOZO, 2008); como já observado em relação ao alcance temporal dos trabalhos ora revisados, constata-se a ainda pouca relevância dos protestos urbanos nos estudos sobre criminalização dos movimentos sociais.

De todos os trabalhos encontrados, apenas três buscam definir o que é criminalização. O trabalho de Michel Knolseisen (2013) utiliza a conhecida diferenciação, feita pela criminologia, entre *criminalização primária* como processo de criação de normas criminais e *criminalização secundária* como processo de aplicação daquelas normas. A dissertação de mestrado de Paula Oliveira Adissi (2011) dialoga com três vertentes criminológicas também bastante conhecidas: a *estrutural-funcionalista*, de inspiração durkheimiana e que entende o crime como anomia; as *teorias do etiquetamento* (ou *labeling approach*), que consideram tanto os processos de criminalização formal pelo Estado quanto os processos informais de “etiquetamento” de condutas e seus autores por mecanismos informais como a mídia, a escola etc; e a chamada *criminologia crítica*, de inspiração marxista, que situa os processos de criminalização no conjunto das relações sociais e os concebe como parte dos mecanismos coercitivos da dominação de classe.

Por fim, na pesquisa de Franciso Del Moral Hernández (2006) a criminalização é definida de maneira negativa e de efeitos verificáveis no âmbito da opinião pública, como obstáculo a uma discussão mais ampla sobre os conflitos sociais sobre os quais incide. Além desses três trabalhos, o estudo de Fernando Antonio da Silva Alves (2011) se vale do debate jurídico-dogmático em torno das teorias da *imputabilidade penal*, mas sem lidar especificamente, no plano teórico-conceitual, com a *criminalização dos movimentos sociais* ou com processos sociais e políticas além da responsabilização legal e individual.

A busca na plataforma de periódicos *SciELO*,⁽⁴⁾ encontrou apenas sete registros em pesquisa pelo termo “criminalização dos movimentos sociais”. Os trabalhos encontrados foram analisados com base nas mesmas variáveis que orientaram a revisão dos estudos encontrados no Banco de Dissertações e Teses da Capes.

Os trabalhos foram publicados entre 2012 e 2017. Todos os artigos foram publicados em revistas acadêmicas da área das ciências humanas, sendo três na área das Ciências Sociais (**BRAGAGNOLO; LAGO; RIFIOTIS**, 2015; **LEITE JUNIOR**, 2012; **TAVARES; RORIZ; OLIVEIRA**, 2016), dois em Educação (**ARROYO**, 2015; **JESUS**, 2015), um em Serviço Social (**DURIGUETTO**, 2017) e um na área de História (**ALVES**, 2012).

É importante mencionar que a relação entre criminalização e movimentos sociais no trabalho de **Bragagnolo, Lago e Rifiotis** (2015) se dá de maneira diferente da que pretendemos aqui analisar: a pesquisa aborda a Lei Maria da Penha como uma forma de institucionalização de demandas do movimento feminista, e analisa sua aplicação pela justiça criminal. O trabalho de **Leite Junior** (2012) apenas menciona os movimentos sociais de travestis e transexuais pela sua despatologização, mas investiga a criminalização não daqueles movimentos sociais, e sim das condutas sexuais tidas como desviantes. Por essas razões, eles serão desconsiderados da análise aqui feita.

Os artigos de **Miguel G. Arroyo** (2015) e de **Sonia Meire S. Azevedo de Jesus** (2015) tratam secundariamente da criminalização de movimentos sociais; em ambos os casos, aquele fenômeno aparece como mais uma manifestação da criminalização da pobreza, mobilizada em investigações mais amplas sobre direito à educação. No trabalho de **Duriguetto**, criminalização dos movimentos sociais e da pobreza estão intimamente articulados, sendo tema central do artigo. Os trabalhos de **Francisco Mata Machado Tavares, João Henrique Ribeiro Roriz e Ian Caetano de Oliveira** (2016) e de **Fernando Antonio Alves** tratam diretamente da repressão a movimentos sociais, sendo os protestos urbanos de 2013 o objeto empírico do primeiro, e a repressão ao EZLN e ao MST o foco do segundo.

Em relação ao conteúdo dos quatro trabalhos restantes, três fazem análise de algum dispositivo legal (**ARROYO**, 2015; **JESUS**, 2015; **TAVARES; RORIZ; OLIVEIRA**, 2016). Quanto ao estudo de decisões, processos e inquéritos, apenas um traz esse tipo de informação (**TAVARES; RORIZ; OLIVEIRA**, 2016).

De todos os trabalhos encontrados, apenas um busca definir o que é criminalização dos movimentos sociais, apresentada como “ações sociopolíticas orquestradas pelos Estados, nas variadas formações socioeconômicas, como respostas às expressões das desigualdades sociais acentuadas pelas ofensivas do capital para recuperação de sua expansão e valorização” (**DURIGUETTO**, 2017, p. 105). No trabalho de **Arroyo** (2015) é feita uma análise da criminalização como uma “condenação moral”, como já é feito em diversos estudos de criminologia (**BECKER**, 2008; **MISSE**, 2008). Nos demais trabalhos encontrados, não foi localizado nenhum referencial teórico de conceituação da criminalização.

O levantamento dessa parte da produção brasileira sobre o tema nos leva a concluir, portanto, que há pouco esforço teórico de conceituação da criminalização e de exposição sistemática de seus processos e mecanismos particulares enquanto fenômeno social, político e institucional, o que é agravado pela escassez de estudos que avaliam procedimentos formais administrativos e judiciais, e pela preferência pela análise de dispositivos legais tomados em abstrato. Também parece haver um foco predominante em movimentos agrários, o que é justificado pela centralidade do MST nos anos 90 e a expressividade das formas

de repressão àquele movimento, inclusive gerando episódios de extrema violência, com maior ou menor repercussão nacional e internacional.

Referências

- ADISSI, P. O. Estado, mídia e criminalização do MST: um estudo a partir do caso de Pocinhos (PB). Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Campina Grande, 2011.
- ALONSO CIDAD, C.; BARCENA HINOJAL, I.; GOROSTIDI BIDAURRAZAGA, I. Repression and criminalization of the Ecologist Movement in the Basque Country: the case of the high speed train project. *Oñati Socio-Legal Series*, v. 4, n. 1, p. 13–34, 2014.
- ALVES, F. Entre as FARC e MST, entre a violência no campo e o Estado policial na América Latina: aspectos distintos de conflitos agrários históricos no Brasil e Colômbia. *Memórias*, v. 9, n. 17, p. 303–339, 2012.
- ALVES, F. A. da S. Da legitimidade da intervenção penal no Estado Democrático de Direito - da expansão punitiva na criminalização dos movimentos sociais à construção de um direito penal racional sob a perspectiva constitucional. Tese (Doutorado) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2011.
- ALVES, L. Psicologia e direito: um olhar da perspectiva histórico-cultural. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Campinas, 2010.
- ANTONI, E. O discurso jornalístico e o processo de marginalização social do Exército Zapatista de Libertação Nacional e do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2012.
- ARROYO, M. G. O direito à educação e a nova segregação social e racial - tempos insatisfatórios? *Educação em Revista*, v. 31, n. 3, p. 15–47, 2015.
- ATILES-OSORIA, J. M. The criminalization of socio-environmental struggles in Puerto Rico. *Oñati Socio-Legal Series*, v. 4, n. 1, p. 85–103, 2014.
- BECKER, H. S. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BORTOLOZZI JUNIOR, F. A criminalização dos movimentos sociais como obstáculo à consolidação dos direitos fundamentais. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Paraná, 2008.
- BRAGAGNOLO, R. I.; LAGO, M. C. DE S.; RIFIOTIS, T. Estudo dos modos de produção de justiça da Lei Maria da Penha em Santa Catarina. *Estudos Feministas*, v. 23, n. 2, p. 601–617, 2015.
- CARDOZO, F. S. “Protestar não é delito” A criminalização dos movimentos sociais na Argentina contemporânea - o caso do movimento piquetero (1997-2007). Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008.
- DURIGUETTO, M. L. Criminalização das classes subalternas no espaço urbano e ações profissionais do serviço social. *Serviço Social e Sociedade*, v. 128, p. 104–122, 2017.
- EARL, J. Protest arrests and future protest participation. *Studies in Law, Politics and Society*, v. 54, p. 141–173, 2011.
- FONSECA, L. M. Ciberativismo e MST: o debate sobre a reforma agrária na nova esfera pública interconectada. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal da Paraíba, 2009.
- FRANCO, J.; CARRANZA, D. Backlash and beyond: the criminalization of agrarian reform and peasant response in the Philippines. *Oñati Socio-Legal Series*, v. 4, n. 1, p. 35–62, 2014.
- HADDAD, E. G. de M. Conflitos agrários: resistência a uma nova concepção de justiça. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 14, n. 62, p. 265–279, 2006.
- HERNÁNDEZ, F. DEL M. Aqueles que vivem nas margens, às margens da decisão: controvérsias sobre o uso dos rio e das terras ribeirinhas para geração hidrelétrica. Dissertação (Mestrado) - Universidade de São Paulo, 2006.
- JESUS, S. M. S. A. de. Educação do campo nos governos FHC e Lula da Silva: potencialidades e limites de acesso à educação no contexto do projeto neoliberal. *Educar em Revista*, n. 55, p. 167–186, 2015.
- KNOLSEISEN, M. A impossibilidade de criminalização dos movimentos sociais e sua repercussão socioambiental. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2013.
- LE BONNIEC, F. Las cárceles de la etnicidad: experiencias y prácticas de resistencia de los Mapuche sometidos a la violencia política en la era del multiculturalismo (2000-2010). *Oñati Socio-Legal Series*, Nº 1, v. 4, p. 104–121, 2014.
- LEITE JUNIOR, J. Transitar para onde? Monstruosidade, (des)patologização, (in)segurança social e identidades transgêneras. *Estudos Feministas*, v. 20, n. 2, p. 559–568, 2012.
- LIMA, J. A. B. As experiências de ensino médio do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra (MST) e suas contribuições à emancipação humana. Tese (Doutorado) - Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2013.
- LIMA, R. S. de; STROZAKE, J. J. Garantias constitucionais e prisões motivadas por conflitos agrários no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 14, n. 60, p. 321–339, 2006.

- MARQUES, C. C. de C. Faces do desastre socioambiental do Vale do Itajaí: análise sobre os desafios lançados ao serviço social. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, 2011.
- MEDEIROS, M. S. Desenvolvimento (in)sustentável: o caso da Aracruz Celulose (Fibria) no Espírito Santo. Dissertação (Mestrado) - Escola Superior de Ciências da Santa Casa de Misericórdia de Vitória, 2013.
- MISSE, M. Sobre a construção social do crime no Brasil: esboços de uma interpretação. In: MISSE, M. (Org.). Acusados e acusadores: estudos sobre ofensas, acusações e incriminações. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- NASCIMENTO, Y. R. A. Debaixo da lona preta: Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra e subcidadania em discursos judiciais. Dissertação (Mestrado) - Centro Universitário do Estado do Pará, 2014.
- OLARTE, M. C. Depoliticization and criminalization of social protest through Economic decisionism: the Colombian case. *Oñati Socio-Legal Series*, v. 4, n. 1, p. 139–160, 2014.
- PASSOS, N. M. N. A revista Veja e a invenção do “MST terrorista” Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Mato Grosso, 2008.
- REIS, C. de S. Movimentos dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra: justiça e punição. Dissertação (Mestrado) - Universidade Cândido Mendes, 2004.
- SANTOS, M. M. Movimentos sociais: na trama subliminar do ocultamento dos conflitos de classe. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Sergipe, 2008.
- SCHINELO, J. E. “Ele foi contado entre os fora da lei”. O papel da religião na criminalização e na legitimidade dos movimentos sociais. Dissertação (Mestrado) - Escola Superior de Teologia, 2011.
- SIBRIÁN, A.; VAN DER BORGH, C. La criminalidad de los derechos: La resistencia a la Mina Marlin. *Oñati: Socio-Legal Series*, v. 4, n. 1, p. 63–84, 2014.
- SILVA, M. E. dos S. A representação social e a territorialização da reforma agrária no espaço urbano a partir do programa de aquisição de alimentos. Dissertação (Mestrado) - Universidade Estadual Paulista, 2013.
- SILVA, S. da C. A atualidade da criminalização produzida sobre o Movimento dos Trabalhadores Sem-Teto - MTST: o caso do acampamento Chico Mendes. Dissertação (Mestrado) - Universidade Estadual Paulista, 2014.
- SINHORETTO, J.; ALMEIDA, F. de. A judicialização dos conflitos agrários: legalidade, formalidade e política. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 14, n. 62, p. 280–334, 2006.
- SIQUEIRA, J. do C. A. Reforma agrária: ocupação, invasão e ilicitude penal. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Goiás, 2003.
- TAVARES, F. M. M.; RORIZ, J. H. R.; OLIVEIRA, I. C. As jornadas de maio em Goiânia: para além de uma visão sudestecêntrica do junho brasileiro em 2013. *Opinião Pública*, v. 22, n. 1, p. 140–166, 2016.
- TERWINDT, C. Criminalization of social protest: future research. *Oñati Socio-Legal Series*, v. 4, n. 1, p. 161–169, 2014.
- WADDINGTON, P. A. J. Political protest and crime. In: BROOKMAN, F. et al (Eds.). *Handbook on crime*. Uffculme: Willan Publishing, 2010.

Notas

- (1) O presente texto é resultado do projeto de pesquisa “Conflito político e sistema de justiça: a judicialização criminal dos protestos urbanos em São Paulo (2013-2015)”, financiado pela Fundação de Apoio à Pesquisa do Estado de São Paulo (processo n. 2015/00255-4).
- (2) Trata-se da publicação de um número especial do periódico *Oñati Socio-Legal Series*, resultante de um evento acadêmico que reuniu pesquisas sobre o tema, sediado no Instituto Internacional de Sociologia Jurídica.
- (3) Disponível em: <<http://bancodeteses.capes.gov.br/banco-teses/#/>>. Último acesso em: 20 fev. 2017.
- (4) Disponível em: <<http://search.scielo.org/>>. Último acesso em: 19 mar. 2017.

Frederico de Almeida

Professor do Departamento de Ciência Política do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas e líder do Laboratório de Estudos sobre Política e Criminologia da Unicamp.
Coordenador-chefe do Departamento de Monografias do IBCCRIM.

Afonso Smiderle

Licenciado em Ciências Sociais pela Unicamp.
Bacharel em Ciência Política pela Unicamp.
Estudante de Direito.

A repercussão do artigo 24-A da Lei Maria da Penha nos casos de feminicídio

Alaís Aparecida Bonelli da Silva e Nathália Silva e Santos

Prestes a completar doze anos em vigor, a Lei Maria da Penha continua sendo alvo de muitos questionamentos quanto à sua efetividade. Apesar de tal legislação representar um grande marco legislativo, as mulheres continuam sofrendo discriminação e enfrentando dificuldades na aplicação de seus direitos, como, por exemplo, para o deferimento das tutelas protetivas de urgência.

Em estudo recente, destacou-se que os tribunais insistem em reproduzir decisões discriminatórias e que nem mesmo a criação de varas de justiça especializadas é suficiente para coibir a série de obstáculos enfrentados pelas mulheres em seu pleno acesso à justiça. Tais fatos evidenciam os limites que o sistema possui para garantir uma prestação jurisdicional adequada nos casos envolvendo violência de gênero.⁽¹⁾

Objetivando contornar um dos efeitos negativos derivados dessa situação – o descumprimento das tutelas protetivas de urgência – a Lei 13.641/2018, publicada em 04 de abril

do corrente ano, incluiu o art. 24-A na Lei Maria da Penha. O novo dispositivo instituiu a criminalização da conduta de “descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência”, com a pretensão de diminuir a sensação de impunidade, aumentar a fiscalização e dar maior respaldo às mulheres.

O desrespeito das decisões judiciais, nesses casos, tornou-se prática reiterada, justamente porque a legislação não apresentava nenhuma sanção imediata ao agressor. No projeto de Lei 7181/2017, a senadora Gleisi Hoffman afirma que as estatísticas demonstram que os autores das agressões continuam praticando atos violentos, mesmo havendo medidas protetivas em favor da vítima.⁽²⁾

As medidas protetivas de urgência servem para prestar proteção imediata às mulheres e afastar o agressor de seu convívio. Logo, de modo mais gravoso, infere-se que a inobservância das determinações da justiça acentua diretamente,

inclusive, a prática do feminicídio. Casos que se encerrariam com a punição do agressor perduram sem o correto cumprimento das medidas protetivas de urgência, e acabam resultando em tragédias inestimáveis, até mesmo na morte da vítima.

Vale destacar que, durante o período de 2001 a 2011, mesmo com a vigência da Lei Maria da Penha, apurou-se que não houve redução nas taxas anuais de feminicídios.⁽³⁾ Outrossim, constantemente a imprensa noticia situações nas quais as mulheres são assassinadas em posse de boletim de ocorrência e com a medida protetiva determinada, ou seja, falecem sob a égide de instrumentos que deveriam garantir sua proteção.

O STJ esposava o entendimento de que não era possível impor a prisão do agente que descumprisse medida protetiva, por crime de desobediência, uma vez que a conduta não era tipificada.⁽⁴⁾ Porém, a recorrência desses acontecimentos estimulou os legisladores a pensarem em novas estratégias que fossem mais eficazes na proteção física e psicológica das mulheres, o que culminou na inclusão do artigo 24-A na Lei Maria da Penha.

A referida alteração trata de uma *novatio legis in pejus*, uma vez que é uma lei posterior mais gravosa e possui eficácia *ex nunc*; portanto, os delitos cometidos na data de sua publicação ou em data posterior sofrerão incidência da referida lei.

Ademais, refere-se a um crime de ação penal pública incondicionada, que seguirá o rito sumário conforme disciplinam os artigos 531 a 536 e, por analogia, o artigo 538, todos do Código de Processo Penal.

Apesar do referido dispositivo ainda tratar tal crime como afiançável, com a tipificação da conduta, perde-se parte da vulnerabilidade existente anteriormente, que possuía apenas a prisão preventiva como consequência à desobediência; e esta sempre era utilizada como *ultima ratio*.

Antes da novidade legislativa, raramente agressores encaravam a aplicação das medidas protetivas como algum perigo ou ameaça; e tampouco as vítimas entendiam tal norma como proteção, pois ainda se sentiam vulneráveis perante ao agressor. Isso porque, mesmo que o ofensor não cumprisse todos os parâmetros impostos pela lei, não poderia ser penalizado por tal desobediência.

Em termos práticos, o que gera mais medo no agressor não é o fato de o descumprimento ser considerado um novo crime, mas sim a possibilidade de arcar com uma pena que varia de três meses a dois anos.

A aplicação ferrenha da Lei Maria da Penha deve ser imposta justamente por ser reconhecida como uma forma de evitar maiores tragédias.

Com o advento da Lei 13.641/2018 surge uma nova oportunidade de a Lei Maria da Penha ser efetivamente tratada como medida cautelar de mortes e lesões anunciadas, além de trazer punição eficaz àqueles que desobedecem seus dispositivos.

Analisando de forma minuciosa e sintética, é possível notar que as alterações trazidas pelo art. 24-A são válidas e notáveis.

O *caput* do artigo pormenoriza que o fato de descumprir a determinação judicial configura instantaneamente a prática de um delito, e já expõe que a consequência deste ato será a detenção.

O parágrafo primeiro esclarece que a configuração de crime não está relacionada ao juiz que deferiu a medida, mas sim à prática do ato. Nesse sentido, independentemente do magistrado responsável pela imposição das medidas protetivas, será configurado como delito a transgressão destas.

O segundo parágrafo pontua que a fiança só poderá ser arbitrada por autoridade judicial, impedindo que nessas situações autoridades policiais concedam tal benefício. Tal determinação afasta a possibilidade de aplicação do artigo 322 do CPP, pois, na hipótese de prisão em flagrante, somente a autoridade judicial poderá conceder fiança, e não mais a autoridade policial, como é possível nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a quatro anos.

Já o parágrafo terceiro do mesmo artigo deixa expresso que a aplicação da referida sanção não exclui a aplicação de outras medidas cabíveis, trazendo ainda, ao menos teoricamente, mais vulnerabilidade ao agressor.

Além da evolução normativa, o artigo visa corroborar a necessidade de mudança cultural existente, buscando com que o tratamento discriminatório seja dizimado, e os preceitos fundamentais de dignidade e igualdade sejam respeitados. O impacto da Lei Maria da Penha, em termos quantitativos, foi tão irrisório que se tornou imprescindível reforçar as ações nela elencadas, o que culminou na criminalização da conduta de descumprimento das medidas protetivas de urgência. A tipificação desse crime pode acarretar a redução dos índices de feminicídio, de desigualdades de gênero e auxiliar na efetivação da proteção das mulheres em todo o país. Para isso, porém, é necessário que tal norma seja respeitada, e que, além de publicada, seja devidamente praticada.

Notas

- (1) SEVERI, Fabiana Cristina. O gênero da justiça e a problemática da efetivação dos direitos humanos das mulheres. *Revista Direito e Práxis*, v. 7, p. 82, 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/fMWhTh>>.
- (2) BRASIL. Projeto de Lei nº 7181/2017. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para instituir o programa Patrulha Maria da Penha, e a Lei nº 11.473, de 10 de maio de 2007, para inserir a proteção à mulher em situação de violência doméstica e familiar como atividade imprescindível à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Disponível em: <<https://goo.gl/ff7gb3>>.
- (3) AMANCIO; FRAGA; RODRIGUES. Análise da efetividade da Lei Maria da Penha e dos Conselhos Municipais da Mulher no combate à violência doméstica e familiar no Brasil. *Textos & Contextos* (Porto Alegre), v. 15, n. 1, p. 171 - 183, jan./jul. 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/zoSYA9>>.
- (4) AgRg no REsp 1445446/MS, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Quinta Turma, julgado em 03/06/2014, DJe 06/06/2014 STJ - Recurso Especial 1.387.885-MG (DJe 11/12/2013).

Alaís Aparecida Bonelli da Silva

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Unifafibe.

Advogada.

Nathália Silva e Santos

Pós-graduanda em Direito pela FDF.

Bacharel em Direito pela UFF.

Advogada.

24º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

INSCRIÇÕES ABERTAS
ibccrim.org.br/seminario24

28 A 31 DE AGOSTO

Palestrantes internacionais confirmados:

-  **Adán Nieto Martín**
-  **Alberto Binder**
-  **Boaventura de Sousa Santos**
-  **Diana Maffia**
-  **Ingeborg Puppe**
-  **Joy James**
-  **Jónatas Machado**
-  **Matías Bailone**
-  **Perfecto Andrés Ibáñez**
-  **Sebastian Scheerer**

Hotel Tivoli Mofarrej, São Paulo

Realização:



Patrocínio-master:



Confira os escritórios patrocinadores do evento em 2018 (atualização: 06/08):



Superior Tribunal de Justiça

Agravo regimental no recurso especial. Penal. Homicídio triplamente qualificado. Omissão. Inexistência. Alegado *bis in idem* do motivo torpe com a agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea “f”, do CP. Não ocorrência.

1. Verifica-se que o acórdão recorrido apreciou as teses defensivas com base nos fundamentos de fato e de direito que entendeu relevantes e suficientes à compreensão e solução da controvérsia, o que, na hipótese, revelou-se suficiente ao exercício do direito de defesa, inexistindo qualquer omissão. 2. O Tribunal a quo decidiu em conformidade com o entendimento desta Corte superior, porquanto, tratando-se o motivo torpe (vingança contra ex-namorada) de qualificadora de natureza subjetiva, e o fato de a vítima e o acusado terem mantido relacionamento afetivo por anos, sendo certo, que o crime se deu com violência contra a mulher na forma da Lei nº 11.340/2006, ser uma agravante de cunho objetivo, não se pode falar em *bis in idem* no reconhecimento de ambas, de modo que não se vislumbra ilegalidade no ponto. 3. Nessa linha, trecho da decisão monocrática proferida pelo Ministro Felix Fischer, REsp n. 1.707.113/MG (DJ 07/12/2017), no qual destacou que considerando as circunstâncias subjetivas e objetivas, temos a possibilidade de coexistência entre as qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio. Isso porque a natureza do motivo torpe é subjetiva, porquanto de caráter pessoal, enquanto o feminicídio possui natureza objetiva, pois incide nos crimes praticados contra a mulher por razão do seu gênero feminino e/ou sempre que o crime estiver atrelado à violência doméstica e familiar propriamente dita, assim o animus do agente não é objeto de análise. 4. Agravo regimental não provido.

(STJ – 5.ª T. – Ag.Rg. REsp. 1741418/SP – rel. **Reynaldo Soares da Fonseca** – j. 07.06.2018 – public. 15.06.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5919**)

Processual penal. Conselheiro de Tribunal de Contas Estadual. Crimes ambientais. Arts. 38, 40 e 48 da Lei 9.605/98. Denúncia. Requisitos. Art. 41 do CPP. Aptidão. Justa causa. Art. 395, III, do CPP. Lastro probatório mínimo. Presença. Absolução sumária. Art. 397 do CPP. Inviabilidade. Recebimento.

1. O propósito da presente fase procedimental é verificar a aptidão da denúncia e a possibilidade de absolvição sumária do acusado, a quem é imputada a suposta prática, em concurso formal (art. 70 do CP), de crimes de dano em floresta em área considerada de preservação permanente ou sua utilização com infringência às normas de proteção; de dano direto ou indireto a Unidades de Conservação; e de impedir ou dificultar a regeneração natural de florestas e demais formas de vegetação (arts. 38, 40 e 48 da Lei 9.605/98). 2. Ocorre a inépcia da denúncia ou queixa quando sua deficiência resultar em prejuízo ao exercício da ampla defesa do acusado, ante a falta de descrição do fato criminoso, da ausência de imputação de fatos determinados ou da circunstância de da exposição não resultar logicamente a conclusão. 3. Na presente hipótese, a denúncia demonstra de forma satisfatória os fatos e a conduta do acusado, que teria, supostamente, entre os anos de 2013 e 2016, por meio de seus prepostos, a) suprimido vegetação em Área de Proteção Ambiental por meio do corte de espécies lenhosas não identificadas, para a instalação de uma tubulação na margem esquerda do Córrego Sucuri; b) praticado intervenções na

estrada entre a encosta do morro e a margem esquerda do Córrego Sucuri, com a retirada de material terroso da encosta, o que gerou processo erosivo com carreamento do solo em

direção à margem esquerda do referido curso d’água; e c) impedido a regeneração da vegetação natural no local. Não há, por consequência, prejuízo a seu direito de ampla defesa. 4. A justa causa corresponde a um lastro mínimo de prova, o qual deve ser capaz de demonstrar a pertinência do pedido condenatório, corroborando a narrativa contida na denúncia e a imputação dos fatos e do resultado ao acusado, o que se verifica na hipótese em exame, pois a responsabilidade do denunciado, a ocorrência dos danos ambientais e o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado estão lastreados em laudos periciais e depoimentos testemunhais. 5. O exame de forma antecipada do mérito da pretensão punitiva, que acarreta a absolvição sumária do acusado, depende da demonstração indiscutível, inquestionável, dos pressupostos que autorizariam improcedência da acusação, cuja ocorrência deve, pois, prescindir de produção probatória. 6. Na hipótese em exame, as alegações do acusado de atipicidade formal e material dependem de regular instrução processual sob o crivo do contraditório, o que desautoriza a absolvição neste momento processual. 7. A assinatura do termo de ajustamento de conduta com o órgão ambiental estadual não impede a instauração da ação penal, pois não elide a tipicidade formal das condutas imputadas ao acusado, repercutindo, na hipótese de condenação, na dosimetria da pena. 8. A jurisprudência desta Corte admite a aplicação do princípio da insignificância aos crimes ambientais, desde que, analisadas as circunstâncias específicas do caso concreto, se observe que o grau de reprovabilidade, a relevância da periculosidade social, bem como a ofensividade da conduta não prejudiquem a manutenção do equilíbrio ecológico, o que, na hipótese concreta, não é possível de ser aferido, de plano, no atual momento processual. 9. Denúncia recebida.

(STJ – Corte Esp. – APn 888/DF – rel. **Nancy Andrighi** – j. 02.05.2018 – public. 10.05.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5920**)

Recurso especial. Descaminho. Habitualidade delitiva. Maior reprovabilidade da conduta. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Insurgência provida.

1. A aplicação do princípio da insignificância, causa excludente de tipicidade material, admitida pela doutrina e pela jurisprudência em observância aos postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Direito Penal, demanda o exame do preenchimento de certos requisitos objetivos e subjetivos exigidos para o seu reconhecimento, traduzidos no reduzido valor do bem tutelado e na favorabilidade das circunstâncias em que foi cometido o fato criminoso e de suas consequências jurídicas e sociais. 2. A reiteração delitiva, por denotar a maior reprovabilidade da conduta incriminada, deve ser considerada para fins de aplicação do princípio da insignificância, mormente porque referida excludente de tipicidade não pode servir como elemento gerador de impunidade. 3. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a existência de outras ações penais, inquéritos policiais em curso ou procedimentos administrativos fiscais, apesar

JURISPRUDÊNCIA

Superior Tribunal de Justiça	2141
Tribunal Regional Federal da	
2ª Região	2143
Tribunais de Justiça	2143

de não configurar reincidência, é suficiente para caracterizar a habitualidade delitiva e, por consequência, afastar a incidência do princípio da insignificância, não podendo ser considerada atípica a conduta. 4. Recurso especial provido.

(STJ – 5.ª T. – REsp. 1736515/SC – rel. **Jorge Mussi** – j. 07.06.2018 – public. 15.06.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5921**)

Recurso especial. Homicídio qualificado. Tribunal do júri. Dosimetria. Atenuante da menoridade relativa. Reconhecimento e aplicação da agravante do motivo torpe sem quesitação ao júri. Possibilidade. Lei n. 11.689/2008. Crime praticado por motivo de ciúmes e com extrema violência e crueldade. Aumento justificado. Inteligência do art. 67 do CP. Recurso provido.

(...) 3. Não há como acoimar de flagrantemente ilegal ou abusivo, ou mesmo desproporcional, a preponderância, na segunda etapa da dosimetria, da circunstância agravante disposta no art. 61, II, a, do CP - motivo torpe - sobre a atenuante da menoridade relativa - art. 65, I, do CP -, haja vista a existência de elementos concretos aptos a justificar a exasperação conforme procedida, já que o móvel do delito foi o ciúme do réu, uma vez que a vítima, após romper o relacionamento que mantinha com ele, teria ido a um baile funk vestindo uma roupa curta. 4. Recurso provido para redimensionar a sanção corporal, considerando a agravante pelo motivo torpe, na segunda fase da dosimetria da pena.

(STJ – 5.ª T. – REsp. 1666002/MG – rel. **Jorge Mussi** – j. 05.06.2018 – public. 15.06.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5922**)

Penal e processo penal. Recurso em habeas corpus. Descaminho. Trancamento da ação penal. Atipicidade da conduta. Princípio da insignificância. Aplicação habitualidade delitiva. Configuração. Óbice à incidência. Recurso não provido.

1. O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento segundo o qual, em razão da excepcionalidade do trancamento da ação penal, tal medida somente se verifica possível quando ficar demonstrado - de plano e sem necessidade de dilação probatória - a total ausência de indícios de autoria e prova da materialidade delitiva, a atipicidade da conduta ou a existência de alguma causa de extinção da punibilidade. É certa, ainda, a possibilidade de trancamento da persecução penal nos casos em que a denúncia for inepta, não atendendo o que dispõe o art. 41 do Código de Processo Penal, o que não impede a propositura de nova ação desde que suprida a irregularidade. Precedentes do STJ e do STF. 2. Para a incidência do princípio da insignificância (ou da bagatela), - causa de exclusão da tipicidade material -, mostra-se necessária a análise conjunta de requisitos tanto objetivos quanto subjetivos. 3. Os requisitos objetivos dizem respeito à análise do fato objeto da análise delitiva. Nesse contexto, exige-se, para a incidência do princípio, a presença cumulativa de 4 condições objetivas: "(a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada" (STF, AgR no RHC 145.447/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 1º/9/2017, DJe 28/9/2017). Precedentes do STJ e do STF. 4. Os requisitos subjetivos referem-se, não ao fato em si, mas sim ao ofensor (agente) - se é reincidente, criminoso habitual ou militar -, bem como ao ofendido (vítima) - extensão repercussão do fato em sua vida, tendo em vista sua condição econômica, as circunstâncias e resultado analisados sob a sua perspectiva etc. - do fato formalmente típico. 5. No tocante à análise dos requisitos subjetivos relacionados ao agente do fato, um dos aspectos a ser analisado diz respeito à existência habitualidade delitiva - que não se confunde com a mera reiteração delitiva nem com simples reincidência. Se o agente pratica delitos de modo habitual (ou

contumaz), conclui-se, em regra, pela impossibilidade de incidência do princípio da insignificância, independentemente de análise dos demais requisitos (objetivos ou subjetivos), mormente quando o pedido do writ diz respeito ao trancamento da ação penal. Precedentes. 6. Procedimentos administrativos ou ações penais em curso podem configurar a habitualidade delitiva que impede a incidência do princípio da bagatela relativamente ao delito de descaminho. Precedentes. 7. "O delito de descaminho reiterado e figuras assemelhadas impede o reconhecimento do princípio da insignificância, ainda que o valor apurado esteja dentro dos limites fixados pela jurisprudência pacífica desta Corte para fins de reconhecimento da atipicidade" (STF, AgR no HC 122.348/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 9/11/2016, DJe 22/11/2016). Precedentes. 8. A Terceira Seção desta Corte, por maioria, negou provimento ao REsp n. 1.112.748/TO, representativo da controvérsia, modificando o Tema 157, para fixar a seguinte tese: incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda (acórdão ainda pendente de publicação). 9. No caso dos autos, a conduta da recorrente consistiu na internalização, por 3 vezes (nos dias 24, 25 e 28 de agosto de 2016), de mercadorias estrangeiras com a sonegação dos tributos federais (II e IPI), sendo que o valor total iludido corresponde a R\$ 9.575,37. Entretanto, conforme asseverou o Tribunal de origem, a recorrente, além de ter sido denunciada pela suposta prática de "3 delitos diversos de descaminho", "responde a outra ação penal pelo crime, em tese, de associação criminosa para prática de delitos de descaminho e contrabando". 10. Recurso em habeas corpus não provido.

(STJ – 5.ª T. – RHC 93967/SC – rel. **Ribeiro Dantas** – j. 20.03.2018 – public. 26.03.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5923**)

Recurso ordinário em habeas corpus. Homicídio duplamente qualificado. Motivo torpe. Mediante recurso que impediu ou dificultou a defesa da ofendida. Crime praticado com erro sobre a pessoa. Prisão temporária convertida em custódia preventiva. Segregação fundada no art. 312 do CPP. Circunstâncias do delito. Reprovabilidade acentuada da conduta. Acautelamento da ordem pública. Custódia motivada e necessária. Pretendida substituição por prisão domiciliar diante de suposta debilidade na saúde do réu decorrente de doença grave. Impossibilidade de receber tratamento médico no estabelecimento prisional. Falta de comprovação. Ausência dos requisitos da prisão temporária. Matéria não analisada no acórdão objurgado. Supressão de instância. Coação ilegal não demonstrada. Reclamo parcialmente conhecido e, na extensão, improvido.

(...)

2. Caso em que o recorrente foi denunciado por homicídio duplamente qualificado, acusado de haver encomendado aos corréus a morte de sua ex-companheira, supostamente motivado por desentendimentos ocorridos com o fim da relação conjugal e o seu inconformismo com os termos da partilha do patrimônio do casal, sendo certo que, por ocasião dos fatos, o executor do delito, atuando mediante erro sobre a pessoa, acabou por atingir com disparos de arma de fogo na cabeça a filha do alvo visado, ceifando-lhe a vida, por engano, diante de sua semelhança física com a mãe, circunstâncias que revelam a maior reprovabilidade da conduta perpetrada, denotando o periculum libertatis exigido para a prisão processual.

(...)

6. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, improvido.

(STJ – 5.ª T. – RHC 90525/DF – rel. **Jorge Mussi** – j. 03.05.2018 – public. 09/05/2018 – **Cadastro IBCCRIM 5924**)

Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Roubo. Prisão preventiva. Duas peças de queijo. Excesso de prazo. Ofensa aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e homogeneidade. Parecer favorável. Constrangimento ilegal evidenciado. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer. 2. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico (art. 5º, LXI, LXV e LXVI, da CF). Assim, a medida, embora possível, deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais

pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. 3. O paciente permaneceu preso por mais de 1 ano e 2 meses, por ter sido

flagrado após subtrair 2 peças de queijo em um mercado, sendo que até a presente data não foi proferida sentença, período que se mostra excessivo e desarrazoado, tendo em vista o delito cometido, mesmo diante do atual encerramento da instrução processual, com a conclusão dos autos para a sentença no dia 24/10/2017. 4. Segundo o princípio da homogeneidade, corolário do princípio da proporcionalidade, não se afigura legítima a custódia cautelar quando sua imposição se revelar mais severa do que a própria pena imposta ao final do processo em caso de condenação (HC n. 281.854/RJ, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Quinta Turma, julgado em 17/12/2013, DJe 19/12/2013). 5. A manutenção da prisão preventiva no presente caso, ofenderia os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. 6. Ante o exposto, não conheço do presente habeas corpus. Contudo, concedo a ordem de ofício para, confirmando a decisão liminar, assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o término da persecução penal, sem prejuízo da decretação de nova prisão, desde que concretamente fundamentada, ou da aplicação de outras medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP.

(STJ – 5.ª T. – HC 412778/SP – rel. **Reynaldo Soares da Fonseca** – j. 03.05.2018 – public. 08.05.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5925**)

Jurisprudência compilada por

Bruno Mauricio, Fábio Suardi D'Elia e Milene Mauricio.

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Processo penal. Habeas corpus. “Operação câmbio, desligo”. Prisão preventiva. Fumus delicti commissi. Indícios suficientes da autoria. Concessão parcial da ordem.

1. Pressupostos da prisão preventiva atendidos. Presença de elementos de convicção provisória sobre o *fumus delicti commissi* e indícios suficientes da autoria arrecadados no curso da investigação, confirmados com o recebimento da denúncia. 2. Elementos de convicção que em relação à paciente não indicam uma atuação de singular importância e gravidade que reclame a aplicação da excepcional medida da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, posto que a paciente parece se encontrar numa posição somenos importante na mecânica dos fatos, atendendo, prima facie, a ordens de seu empregador, suposto doleiro e codenunciado. 3. Ordem parcialmente concedida, com incidência da determinação constante da segunda parte do art. 327 do CPP.

(TRF2 – 1.ª T. Esp. – HC 0004993-64.2018.4.02.0000 (2018.00.00.004993-8) – rel. **Abel Gomes** – j. 20.06.2018 – public. 27.06.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5926**)

Habeas corpus. Instauração de incidente de dependência toxicológica. Dependência química comprovada. Ordem concedida.

1. *Habeas corpus* impetrado com o fim de fazer cessar alegado constrangimento ilegal praticado pela autoridade coatora, consistente no indeferimento do pedido de instauração de incidente de dependência toxicológica. 2. Embora a decisão atacada esteja devidamente fundamentada, não há dúvidas de que o laudo trazido pelo impetrante comprova a dependência química do paciente, sendo necessário, portanto, verificar o seu estado de dependência toxicológica, a fim de que se possa apurar, com a certeza necessária, se o mesmo era inteiramente incapaz de compreender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. 3. Ordem concedida.

(TRF2 – 2.ª T. Esp. – HC 0003852-10.2018.4.02.0000 (2018.00.00.003852-7) – rel. **Messod Azulay Neto** – j. 19.06.18 – public. 11.07.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5927**)

Jurisprudência compilada por

Bruno Mauricio, Fábio Suardi D'Elia e Milene Mauricio.

Tribunais de Justiça

Execução penal. Agravo. Pedido de visita da companheira ao apenado. Agravante que já possuía visita de companheira cadastrada. Indeferimento. Instauração de PAD. Insurgência defensiva.

A Lei de Execuções Penais, no seu artigo 41, inciso X, determina que a visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados, constitui um dos direitos do preso. O Supremo Tribunal Federal tem tomado importantes decisões no âmbito do Direito de Família, estabelecendo a prevalência da liberdade das pessoas na conformação de suas famílias, bem como o pluralismo de

entidades familiares. No caso, aparentemente está sendo questionado o direito do apenado ao convívio familiar, o qual deverá ser assegurado, configurando medida cabível à resolução da controvérsia a determinação de realização de um estudo social envolvendo a requerente, o agravante e os seus familiares. É notório que o Estado não pode controlar, moralmente, o modo de vida das pessoas, muito embora possa legitimar determinadas situações, não pode proibir outras. Nesses termos, a margem de controle da Casa Prisional e da Jurisdição deve ser fundamentada e para evitar tumultos, ou indisciplinas, jamais

para controlar moralmente a vida sexual ou íntima das pessoas. Agravo defensivo parcialmente provido.

(TJRS – 3.ª Câ. Crim. – AE 70077781896 – rel. **Diogenes Vicente Hassan Ribeiro** – j. 20.06.2018 – public. 25.06.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5928**)

Apelação crime. Tráfico de drogas. Recurso do ministério público. Ausência de prova da destinação comercial. Absolvção mantida.

Apreensão de 28 pontos da droga sintética 25B-NBOMe na posse do réu. O acusado admitiu a posse das substâncias, afirmando, contudo, que achou as cartelas em um banheiro durante uma festa, usando algumas e entregando outras para seus amigos consumirem. Levando em conta a quantidade de droga, ausentes outros elementos indicadores de traficância, a prova judicial levanta dúvida acerca da destinação comercial. A diligência foi casual. A suspeita decorreu em patrulhamento de rotina. Os policiais desconfiaram que o acusado não portasse habilitação para condução de veículo automotor. Não há qualquer referência a monitoramento ou denúncia específica. Não foi presenciado o comércio, tampouco a entrega, pelo réu, de substâncias a terceiros. Ademais, a versão do acusado não se encontra isolada nos autos. Ele manteve a mesma narrativa desde a fase inquisitorial. Ainda, a versão veio corroborada no depoimento de uma testemunha. O panorama flagrado, a quantidade de drogas e a prova judicial não são suficientes a comprovar a destinação comercial das substâncias apreendidas. Servem, tão somente, para presunção, o que, no entanto, não permite a formação de um juízo condenatório. Da prova judicial extrai-se a conduta de oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos consumirem. Referida conduta, delito tipificado no artigo 33, § 3º, da Lei nº 11.343/06, não foi atribuída ao réu, sequer na descrição dos fatos, sendo vedado seu reconhecimento nesta instância em atenção ao princípio da correlação e das regras da *mutatio libelli* (Súmula nº 453 do STF). Absolvção mantida. Recurso desprovido.

(TJRS – 1.ª Câ. Crim. – AP 70076890771 – rel. **Jayme Weingartner Neto** – j. 20.06.2018 – public. 09.07.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5929**)

Embargos infringentes. Furto simples.

No caso, o acervo fático-probatório não evidencia a conduta típica de subtrair coisa alheia móvel, porque o réu-embargante captou águas do arroio Capané, mas à jusante da barragem do Instituto Rio Grandense do Arroz, e não à montante do seu acervo de contenção. Nesta toada, as águas captadas pelo réu-embargante caracterizam-se como águas públicas de uso comum, daí resultando a atipicidade penal da imputação deduzida contra ele, de subtração, para si, de coisa alheia móvel (CPB, art. 155, caput). Por conseguinte, impõe-se prover o recurso infringente e absolver o réu-embargante com força no art. 386, inc. III, do CPP. Recurso provido. Por maioria. M/GC 621 S 15.06.20188 P 38.

(TJRS – 3.º Grup. Crim. – EI 70077494904 – rel. **Aymoré Roque Pottes de Mello** – j. 15.06.2018 – public. 09.07.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5930**)

Embargos infringentes e de nulidade. Furto simples.

1. No caso, o Juízo singular recebeu a denúncia oferecida, os denunciados foram citados e apresentaram respostas à acusação, todavia não sendo absolvidos de plano. Na sequência, no entanto, antes de iniciada a dilação instrutória do processo, a magistrada a quo proferiu sentença de absolvição sumária dos réus (CPP, art. 397, III), decorrente da aplicação do princípio da insignificância ao caso concreto sub judice, tendo o parquet apelado desse decisum e postulado, exclusivamente (princípio da taxatividade de recurso acusatório penal), a sua reforma, com o afastamento do princípio bagatela. 2. Nesta Corte de Cassação,

em questão prejudicial *ex officio* ao julgamento da apelação ministerial, a maioria formada pela relatoria deliberou a nulidade da sentença absolutória recorrida, por inobservância do rito processual aplicável à espécie no Juízo a quo (*error in procedendo*) e ocorrência de preclusão *pro judicato* sobre a decisão que recebeu a denúncia, prejudicando o apelo. Nessa senda, restou vencido a vogalia, que não acolhia a nulidade arguida e, nesse passo, rejeitava a questão prejudicial suscitada *ex officio*. 3. Prospera o recurso infringente, em face de nulidade processual absoluta, impondo-se a desconstituição do acórdão ora embargado e determinação de retorno dos autos à E. Câmara Criminal de origem nesta Corte, para (novo) julgamento da apelação ministerial, na forma da lei. 4. No processo penal acusatório de partes não filiado ao *adversarial system da common law* (GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal? Um falso problema. In: Verdade e prova no processo penal - Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. PEREIRA, Flávio Cardoso (Coord.) et al. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 1/13 - DAMASKA, Mirjan R. Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado - Análisis comparado del proceso legal. Jurídica de Chile, 2000, passim), convencendo-se o Juízo a quo da falta de justa causa para o exercício da ação penal, porque o fato narrado na denúncia não constitui crime (CPP, art. 397, III), em questão fático-probatória e de direito que prescinde de dilação probatória judicial, não há óbice algum para que se proceda ao julgamento (antecipado) do processo (penal) no estado em que ele se encontra, com fundamento no art. 355, inc. I, do CPC/2015, c/c os artigos 3º, 397, III, e 386, III, todos do CPP. Aliás, nesta perspectiva e estado da causa (questão de fato e de direito que não dependa de dilação probatória judicial, como é o caso de aplicação do princípio bagatela, na dicção da sentença absolutória recorrida), o réu também poderia ter sido absolvido com força nos artigos 395, inc. III, e 386, inc. III, do CPP, mediante habeas corpus de ofício, daí resultando o trancamento, com resolução do mérito, da ação penal em tramitação. 5. Neste sentido, é proverbial o magistério jurisdicional que assevera que o magistrado não deve ter compromisso com os seus próprios erros, sendo daí que a tese da preclusão interlocutória *pro judicato* sempre tenha sido recebida com severa reserva no processo judicial cível, o que se dirá, então, no processo penal, em que o habeas corpus de ofício pode recolocar nos trilhos, em favor de acusado, eventuais erros in procedendo e/ou in judicando na condução do processo. No caso sob exame, ademais, não há falar, à evidência, em decisão a quo passível de medida de correção parcial, razão pela qual a tese da preclusão *pro judicato* não encontra respaldo em eventual alegação de insegurança ou teratologia jurisdicionais. 6. Para mais disso, a teor da Súmula, verbete 160, do Supremo Tribunal Federal, “É nula a decisão do Tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não arguida no recurso da acusação, ressalvados os recursos de ofício”. Sob esta perspectiva, então, a opinião do Ministério Público de 2º Grau resultou em prejuízo concreto ao apelo ministerial a quo, que postulava a reta reforma do decisum recorrido, com o retorno dos autos ao Juízo de origem, para procedimentalizar o processo em direção à dilação probatória postulada pelas partes, e posterior julgamento na forma da lei. 7. Por fim, com fundamento no art. 10 do CPC/2015, c/c o art. 3º do CPP, não cabe ao Tribunal declarar de ofício, contra o réu, nulidade não suscitada no recurso de apelação ministerial, desta feita em atenção ao princípio da não-surpresa. 8. Nesta toada, em face de nulidade processual absoluta ocorrida no julgamento de 2º Grau, impende prover o presente recurso infringente, para desconstituir o acórdão ora objurgado e determinar o retorno do feito à E. Câmara Criminal de origem no TJRS, para desate do apelo ministerial na forma da lei. Recurso provido. Por maioria. M/GC 616 S 15.06.2018 P 06.

(TJRS – 3.º Grup. Crim. – EI 70077132009 – rel. **Aymoré Roque Pottes de Mello** – j. 15.06.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5931**)

Jurisprudência compilada por
Caroline Bussoloto de Brum
e **Roberta Werlang Coelho Beck.**