

Editorial

Lucélia e a política prisional do abafamento

Em abril de 2018, as pessoas presas na Penitenciária de Lucélia, no interior de São Paulo, promoveram uma rebelião reivindicando melhores condições de cumprimento de pena. Dentre as demandas estavam a qualidade da alimentação, as condições de higiene, a precariedade da assistência à saúde e, sobretudo, a extrema superlotação e o fim de ações violentas por parte do Grupo de Intervenção Rápida (GIR).⁽¹⁾

A rebelião acabou por atrair a atenção da mídia e de operadores do sistema criminal porque três defensores públicos que estavam em atividade de inspeção no local foram feitos reféns durante quase 24 horas. A visibilidade do evento mobilizou o Governo Estadual e, depois de negociações encabeçadas pelo Grupo de Ações Táticas Especiais da PM, os reféns foram liberados ilesos, ainda que alguns presos tenham sofrido lesões durante a rebelião.⁽²⁾

Como represália, contudo, foi determinada a suspensão de todas as visitas nas unidades prisionais do Estado de São Paulo e, na Penitenciária de Lucélia, determinou-se a presença perene do GIR, gerando inúmeras denúncias de violência física e psicológica nos dias que se seguiram, o que perdurou até que todos os presos fossem transferidos a outras unidades, igualmente superlotadas e indignas. Lucélia, assim, voltou à invisibilidade.

A Defensoria Pública de São Paulo, por seu turno, suspendeu suas inspeções em todas as unidades prisionais do Estado, apesar de tal atividade constituir obrigação legal da instituição, nos termos do art. 81-B, V, da Lei de Execução Penal (LEP). Meses depois do ocorrido, a atividade ainda não foi retomada, diante da alegada resistência da atual titular da Secretaria de Administração Penitenciária (SAP). Mesmo as visitas corriqueiras para atendimento processual passaram a ser dificultadas, havendo relatos de Defensoras e Defensores Públicos sobre a criação de embaraços e exigências descabidas para o ingresso nas salas de atendimento legalmente reservadas à Defensoria Pública.

O fechamento das unidades prisionais é inaceitável. Impedir acesso à Defensoria Pública viola o direito constitucional à assistência jurídica integral e agrava o quadro de violências no cárcere à juventude negra, pobre e periférica, que compõe quase a totalidade da população encarcerada.

A atividade de inspeção de unidades prisionais por integrantes da Defensoria, por seu turno, é essencial, especialmente porque as fiscalizações realizadas pelo Poder Judiciário e pelo Ministério Público têm se mostrado inócuas. Após a rebelião em Lucélia, o IBCCRIM, juntamente com diversas entidades parceiras, oficiou a SAP, solicitando informações sobre as fiscalizações realizadas pelos órgãos de execução na unidade. A Secretaria respondeu que “nos relatórios de inspeção do mês de abril e de maio de 2018, não houve por parte das autoridades acima mencionadas qualquer apontamento de

irregularidade”. O fato de que a grande maioria dos relatórios de inspeção dessas autoridades não aponta irregularidades, quando o próprio Supremo Tribunal Federal (STF) já reconheceu o estado de coisas inconstitucional nas unidades prisionais brasileiras, não deixa margem a alternativa senão à conclusão de que há desídia ou conivência.

Vale recordar que São Paulo é responsável por um terço da população prisional do país, segundo os dados do Infopen, e que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, que requer a declaração do estado de coisas inconstitucional e que teve medida cautelar parcialmente deferida no STF, foi subsidiada por parecer do professor **Juarez Tavares**, fundado justamente nos relatórios de inspeção da Defensoria Paulista, que, diferentemente dos relatórios judiciais e ministeriais, trazem a real dimensão da catástrofe cotidiana vivenciada nos presídios.

O fechamento dos presídios aos defensores públicos, contudo, vem apenas somar-se ao contexto de enorme falta de transparência da gestão prisional paulista. Entidades ligadas ao terceiro setor também relatam grande dificuldade em acessar as unidades prisionais. O Estado ainda não criou o mecanismo estadual de prevenção e combate à tortura, apesar da previsão na Lei Federal 12.847/2013. Sequer os conselhos da comunidade foram criados em todas as comarcas com unidades prisionais, sendo que os que existem, muitas vezes atuam como se subordinados fossem aos juízes corregedores dos presídios.

A pesquisa acadêmica nos espaços prisionais do Estado, por seu turno, é quase impossível, tendo-se em vista a criação de uma morosa comissão de ética interna sob a qual o Secretário tem a decisão final. Soma-se a essa “política de abafamento” o plano de interiorização das unidades prisionais, que se seguiu ao Massacre do Carandiru⁽³⁾ nas últimas décadas, promovendo o distanciamento das prisões dos grandes centros, obstaculizando as visitas e afastando o interesse midiático sobre o que ocorre dentro dos presídios.

Essa política prisional intensificou-se ainda mais após o equilíbrio de poder estabelecido com a negociação que levou ao fim dos ataques e sublevações do Primeiro Comando da Capital em 2006. Ainda que negado pelo Governo, a existência de algum nível de acordo entre a facção hegemônica em São Paulo e as autoridades constituídas é consenso entre os estudiosos do sistema prisional,⁽⁴⁾ alterando substancialmente a forma de gestão prisional e estabelecendo uma relação simbiótica entre a administração e os comandos informais. Esse movimento levou à intensificação do fechamento do cárcere à sociedade civil e às instituições de controle externo, tendo-se em vista a manutenção de um equilíbrio precário de poder, mantido por via de um acordo inconfessável à opinião pública.

Os eventos de Lucélia, contudo, mostram

| Caderno de Doutrina

| DEPARTAMENTO DE ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS

O processo penal brasileiro e os mecanismos de barganha: o cenário do processo legislativo atual de reformas para expansão dos espaços de consenso

Chiavelli Falavigno e
Vinicius Gomes de Vasconcelos _____ 2

A absolvição de Jean Pierre Bemba e a responsabilidade do superior

Kai Ambos _____ 3

A revolução federativa na segurança pública

Daniel Vargas _____ 4

O espaço negocial das partes na colaboração premiada da lei de organizações criminosas e a averiguação de sua legalidade pelo juiz na fase homologatória

Brenno Gimenes Cesca _____ 6

Direito penal econômico e teoria do crime

Robson Antonio Galvão da Silva _____ 8

Responsabilidade penal da pessoa jurídica, um caminho sem volta

Carlos Alberto Bezerra de Queiroz Filho _____ 9

Cinquenta anos de vigência da prisão provisória para garantia da ordem pública

Fernando Oliveira Samuel _____ 12

O papel da defesa e suas dificuldades na área infracional: do ECA à prática

Tatiana Lourenço Emmerich de Souza _____ 13

O reconhecimento por fotografia e a hermenêutica probatória nas decisões do STJ

Daniel Kessler de Oliveira _____ 15

| COM A PALAVRA, A ESTUDANTE

A pedofilia enquanto transtorno: análise crítica

Cristiane Souza Costa _____ 17

| Caderno de Jurisprudência

| O DIREITO POR QUEM O FAZ

Superior Tribunal de Justiça _____ 2116

| JURISPRUDÊNCIA

Superior Tribunal de Justiça _____ 2127

Tribunal Regional Federal da

1ª Região _____ 2130

Tribunal Regional Federal da

3ª Região _____ 2130

Tribunais de Justiça _____ 2131

um abalo nesse equilíbrio, eis que se tratou de uma rebelião em proporções que há algum tempo não se via no sistema paulista. É um indicativo de esgotamento, eis que a intensificação irrefreada do encarceramento em massa vem criando condições de aprisionamento tão bárbaras a ponto de afetar a vigência de um armistício a que se assistiu na última década. Nesse sentido, a opção do Estado por intensificar ainda mais o fechamento do cárcere, agora obstaculizando o exercício da assistência jurídica e suspendendo a atividade de inspeção pela Defensoria Pública e por órgãos de controle externo, é claramente equivocada, além de ilegal. A política caracterizada pela invisibilidade do cárcere e pela simbiose entre o Estado e facções prisionais afigura-se como a receita do desastre. Lucélia é a evidência.

Notas

- (1) Grupo de agentes penitenciários criado em 2004 em São Paulo, incumbido de incursões em unidades prisionais em contextos de algum descontrole identificado pela direção do presídio, sobre o que recaem inúmeras denúncias de presos e familiares acerca de tortura e maus tratos.
- (2) Houve críticas por parte de agentes penitenciários, em grupos e fóruns digitais,

apontando que, em tantas outras rebeliões e motins, quando os reféns são os próprios agentes prisionais e/ou pessoas presas, a resposta padrão do Estado consiste na autorização para a entrada da Tropa de Choque ou do próprio GIR, inevitavelmente colocando em risco a vida de amotinados e reféns.

- (3) Vale mencionar que, assim como a inocuidade da atividade de inspeção judicial das prisões, a não resposta do Poder Judiciário ao Massacre do Carandiru é um dos mais vergonhosos exemplos de blindagem judicial da barbárie carcerária em São Paulo. O julgamento do massacre do Carandiru, que vitimou 111 pessoas em outubro de 1992, ainda não possui uma decisão definitiva. Em decisão de abril de 2018, o Superior Tribunal de Justiça determinou a renovação do julgamento da apelação pelo TJSP, que havia declarado a nulidade do processo.
- (4) Nesse sentido, p. ex.: “Qualquer que seja o nome dado às tratativas envolvendo autoridades e presos com o objetivo de colocar fim aos ataques, o fato é que percebemos que elas foram essenciais não apenas para fazer arrefecer cada um desses 4 momentos da crise – essencialmente, o evento de maio –, mas, principalmente, para estabelecer novos contornos às relações entre presos e administração prisional (DIAS, 2013). Nesse sentido, tem-se a conformação de uma situação de estabilidade sem precedentes na história das prisões paulistas” (ADORNO, Sérgio; DIAS, Camila Nunes. Cronologia dos “ataques de 2006” e a nova configuração de poder nas prisões na última década. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, v. 10, n. 2, p. 126, ago./set., 2016.).

DEPARTAMENTO DE ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS:

O processo penal brasileiro e os mecanismos de barganha: o cenário do processo legislativo atual de reformas para expansão dos espaços de consenso

Chiavelli Falavigno e Vinicius Gomes de Vasconcellos

2

O debate sobre os rumos da política criminal brasileira comporta aspectos formais e materiais. Para além das críticas ainda incipientes que a doutrina vem fazendo à própria confecção das normas,⁽¹⁾ cabe ainda o questionamento das decisões legislativas, tanto em âmbito de Direito Penal material como processual.

No que tange especificamente à legislação processual, a expansão dos espaços de consenso para imposição de sanção penal com conformidade do acusado vem sendo analisada pela doutrina há algum tempo. Isso inclui desde aspectos probatórios, com o uso cada vez mais frequente da colaboração premiada e de acordos de leniência, até questões diretamente ligadas à economia processual, com propostas que dão uma maior abrangência a modelos negociais que suprimem a necessidade da instrução probatória e do processo penal, como uma “transação penal” alargada. Dispositivos que possibilitam a imposição de sanções penais a partir do consenso do imputado, obtido por meio do oferecimento de benefícios, como a redução da pena ou até o perdão judicial, aparecem em diversos atos normativos e projetos legislativos atuais.

Recentemente, houve amplo debate acadêmico em relação à edição da Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público, que visa a regular o procedimento investigatório que se dá no âmbito daquela Instituição. O artigo 18 cria o chamado “acordo de não persecução” no caso de crimes cometidos sem violência e grave ameaça, cuja pena mínima não extrapole quatro anos, possibilitando a aplicação imediata de sanção restritiva de direitos, desde que haja o cumprimento de uma série de requisitos adicionais. A redação original da resolução, de agosto de 2017, foi amplamente criticada pela doutrina, por ausência de controle judicial e falta de critérios para sua aplicabilidade,⁽²⁾ o que resultou em rápida alteração do texto, em janeiro de 2018, pela Resolução 183 do CNMP. Contudo, ainda

permanecem questionamentos sobre a sua constitucionalidade, por violação à reserva legal de matéria processual, além das críticas gerais que podem ser apontadas a tais mecanismos negociais, que serão abordadas ao final deste artigo.

Ademais, diversas previsões sobre o tema podem ser observadas em projetos normativos atualmente em discussão no Congresso Nacional:

- Anteprojeto liderado pelo ministro do STF, Alexandre de Moraes, visa a “aperfeiçoar o combate à criminalidade organizada, aos delitos de tráfico de entorpecentes, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos, bem como agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal”. A partir de redação semelhante à da Res. 181 do CNMP, o artigo 28-A do referido texto altera o Código de Processo Penal e estabelece a possibilidade de não persecução no caso de crimes praticados sem violência e grave ameaça, com pena mínima inferior a quatro anos, tendo como requisito a confissão formal e circunstanciada da prática da infração pelo investigado. O projeto ainda apresenta a mesma alteração na Lei 8.038 de 1990, que disciplina os processos de competência originária dos tribunais superiores. A isso se soma uma inovação no Código Penal, que prevê a suspensão do prazo prescricional do delito até o cumprimento ou rescisão do acordo.

- Projeto de Lei 8.045/2010, que visa a confecção de um novo Código de Processo Penal. Originalmente, o artigo 283 estabelecia a possibilidade, em procedimento sumário, de aplicação direta de pena privativa de liberdade em crimes com pena máxima não superior a oito anos, desde que houvesse a confissão total ou parcial dos fatos, expressa concordância das partes e estipulação da pena no mínimo cominado no tipo. Contudo, na redação do último substitutivo apresentado na Câmara dos Deputados em 17 de abril de 2018,⁽³⁾ o art. 297 prevê o

“*juízo antecipado do mérito e a aplicação imediata da pena*” aos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse oito anos, podendo as partes estabelecer a pena a ser aplicada, de modo distinto à redação original, que previa a fixação da pena sempre no mínimo cominado.

Por um lado, a expansão dos espaços de consenso por mecanismos negociais deve ser abstratamente criticada ao desvirtuar a essência do processo penal como instrumento de limitação do poder punitivo, ao esvaziar a presunção de inocência, que em seu viés como regra probatória impõe o ônus da prova, além da dúvida razoável, ao acusador.⁽⁴⁾ Assim, em lugar de evitar, o processo penal potencializa o risco de condenação de inocentes.⁽⁵⁾ Além disso, a justiça criminal negocia ocasiona a distorção dos papéis dos atores da justiça criminal, corrompendo, inclusive, a própria relação entre imputado e defensor técnico. Assim, inevitavelmente, são abertas brechas para abusos e arbitrariedades em meio ao cenário já intrusivo e seletivo da persecução penal.⁽⁶⁾

Por outro lado, em concreto, deve-se repudiar especialmente as proposições que possibilitam a imposição de sanções privativas de liberdade por meio de acordos com conformidade do imputado, a partir de sua confissão. Sem dúvidas, a abusividade inerente ao sistema negocial é levada ao seu extremo com a simbiose entre barganha e prisão, em um cenário de expansão do Direito Penal e hiperencarceramento.⁽⁷⁾ Com relação ao texto do substitutivo apresentado ao PL 8.045/10, mostra-se intensamente questionável o dispositivo previsto no art. 304, que afirma: “*o juízo antecipado não constitui direito público subjetivo do réu*”. Trata-se de disposição contrária à orientação consolidada pela doutrina e pelos tribunais superiores brasileiros quanto à realização da transação penal,⁽⁸⁾ mecanismo semelhante ao proposto no referido projeto.

Sem dúvidas, o cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal é uma tendência mundial. Contudo, são claros e inegáveis os riscos de uma generalização indevida dos institutos negociais, o que findaria pela completa desvirtuação das bases da dogmática processual penal, intensificando o cenário de caos que permeia o sistema penal brasileiro.⁽⁹⁾

Notas

- (1) SCALCON, Raquel Lima. *Controle constitucional de leis penais: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 124. FERREIRA, Carolina Costa. *A política criminal no processo legislativo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. pp. 149-159.
- (2) VASCONCELLOS, Vinicius G. Não obrigatoriedade e acordo penal na Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, a. 25, n. 299, p. 7-9, out. 2017. ANDRADE, Mauro F.; BRANDALISE, Rodrigo S. Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da

inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 37, p. 239-262, dez. 2017.

- (3) Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/555918-RELATOR-APRESENTA-SUBSTITUTIVO-AO-PROJETO-DO-NOVO-CODIGO-DE-PROCESSO-PENAL.html>>. Acesso em: 25 mai. 2018.
- (4) Sobre as tensões ocasionadas, ver: CRUZ, Flávio A. Plea bargaining e delação premiada: algumas perplexidades. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, Curitiba, v.1, n. 2, p. 145-219, dez. 2016. CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio P. Estado pós-democrático e delação premiada: crítica ao funcionamento concreto da justiça criminal negocial no Brasil. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Org.). *Delação premiada*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. VASCONCELLOS, Vinicius G. Lide na justiça criminal? Sobre a importância do conflito de interesses entre as partes processuais e sua irrelevância para a necessidade do processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 119, p. 165-199, abr./jun. 2016.
- (5) Como apontado por Albert Alschuler, “estudiosos que negam a possibilidade de condenação de inocentes por meio de acordos são excepcionalmente ingênuos ou completamente cínicos” (ALSCHULER, Albert W. The changing plea bargaining debate. *California Law Review*, n. 69, p. 652-730, 1981. p. 715) (tradução livre).
- (6) VASCONCELLOS, Vinicius G. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p. 159-163 e 184-195.
- (7) ANITUA, Gabriel Ignacio. El juicio penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadounidense que posibilitan la expansión punitiva. In: MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (Comp.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005. p. 137-160. DERVAN, Lucian E. Overcriminalization 2.0: the symbiotic relationship between plea bargaining and overcriminalization. *Journal of Law, Economics and Policy*, vol. 7, n. 04, p. 645-655, 2011.
- (8) GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio S.; GOMES FILHO, Antonio M.; GOMES, Luiz F. *Juizados especiais criminais*. Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 5. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 153. GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados especiais criminais*. Lei 9.099/95. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 121.
- (9) Para uma proposta de limitação do instituto da colaboração premiada, ver: VASCONCELLOS, Vinicius G. *Colaboração premiada no processo penal*. São Paulo: RT, 2017.

Chiavelli Falavigno

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

Vinicius Gomes de Vasconcellos

orcid.org/0000-0003-2020-5516
Pós-doutorando em Direito pela UFRJ.
Doutor em Direito pela USP.
Professor de Direito da UniFIEO (SP).

A absolvição de Jean Pierre Bemba e a responsabilidade do superior

Kai Ambos

A 21 de março de 2016, uma das Salas de Primeira Instância do Tribunal Penal Internacional (TPI) condenou o político congolês Jean Pierre Bemba por crimes de guerra (homicídio, violação e pilhagem) e por crimes contra a humanidade (homicídio e violação) cometidos pelas suas tropas na República Centro-Africana entre 2002 e 2003, invocando a figura da responsabilidade do superior. Em virtude dessa forma de imputação, contemplada no artigo 28º do Estatuto de Roma do TPI, um superior militar ou civil pode responder pelos atos dos seus subordinados, em caso de não exercer um controle efetivo sobre aqueles, quando tinha conhecimento ou deveria ter dos atos criminosos e não tenha tomado as medidas necessárias e razoáveis para os prevenir ou punir.

Há alguns dias, no passado 8 de junho, Bemba foi absolvido pela Sala de Recurso do TPI. A votação dos juízes foi apertada: três deles (Morrison, do Reino Unido, van den Wyngaert da Bélgica e o atual presidente do TPI, Eboe-Osuji, da Nigéria) não confirmaram a condenação a 18 anos de prisão da Sala de Primeira Instância, a passo que dois deles (Hofmański da Polónia e Monageng do Botswana) concordaram com a decisão e a queriam manter. A decisão contém 80 páginas. Apensadas à sentença se podem encontrar as opiniões separadas da maioria (uma conjunta de van den Wyngaert/Morrison e outra de Eboe-Osuji, publicada posteriormente a 15 de junho), assim como a declaração de voto vencido –que apoia a sentença da primeira instância – dos juízes que compõem a minoria.

Ora, em que se fundamenta a revogação da sentença da primeira instância? A opinião da maioria se baseia, por um lado, em considerações processuais probatórias relativas à precisão das imputações e, por outro lado, na interpretação restritiva da responsabilidade do superior não que toca às medidas de prevenção e punição (doravante: contramedidas) que devem ser adotadas pelo comandante face a delitos dos seus subordinados. Uma vez que apenas este último tema é de interesse para processos a nível nacional, vamos nos limitar a ele.

Pela primeira vez o TPI se debruçou sobre a figura da responsabilidade do superior; ao contrário da expectativa generalizada (sobretudo nos setores militares e na NATO), a Sala de Recurso não apresentou uma interpretação completa nem definitiva a esse respeito. A Sala examinou a responsabilidade de Bemba relativamente a 26 atos cometidos pelos seus subordinados (um homicídio, vinte violações e cinco pilhagens), considerados devidamente provados. A Sala considerou que o principal problema da responsabilidade de Bemba como superior foi a valoração das medidas adotadas por este. Em suma, a maioria dos juízes determinou que estas foram necessárias e razoáveis – ao contrário da decisão da primeira instância e da opinião minoritária –. De fato, assumindo essa postura, a maioria defende exigências realistas a um superior: Bemba se encontrava afastado do lugar dos atos (“*remote commander*”), não tinha um controle sólido sobre suas tropas, uma vez que estas atuavam em território estrangeiro e como parte de uma força armada estrangeira; e não tinha a possibilidade de vigiar a execução das medidas de controle, pelo que não se pode atribuir-lhe uma deficiente execução daquelas.

Consequentemente, pode-se concluir de forma geral, para além das circunstâncias do caso, que não se pode exigir a um superior o impossível, nem tampouco qualquer tipo de contramedidas inimagináveis. Antes, sim, deve-se determinar as contramedidas viáveis e expectáveis *ex ante* no que respeita aos crimes concretos e verificados e às circunstâncias operativas. O ônus da prova cabe à Sala de Julgamento e implica aplicar um critério de diligência razoável (“*reasonable diligent*”) em relação à atuação do comandante. Contramedidas que, perante uma “onda de criminalidade”, parecem insuficientes; podem ser suficientes face a determinados crimes. As motivações para a realização de determinadas contramedidas podem indubitavelmente apoiar a boa (ou má) fé do comandante, mas a intenção de melhorar a reputação das suas tropas não é *per se* uma contramedida menos necessária ou razoável. Concretamente, a maioria da Sala constatou sete falhas cometidas pela Sala de Julgamento no tocante à avaliação das contramedidas.

Da leitura detalhada dessas observações, conjuntamente com as considerações *obiter* dos juízes Morrison e van den Wyngaert na sua opinião separada, resulta evidente que a argumentação da defesa no sentido de uma compreensão realista da responsabilidade do superior tendo, em conta as circunstâncias operativas concretas, foi aceite, pelo menos pela maioria da Sala de Recurso. Nas opiniões dos juízes é também possível encontrar uma observação adicional relativa à responsabilidade do superior, concretamente sobre o requisito de controle efetivo do superior: só pode exercê-lo, em sentido estrito, um comandante sobre soldados sob a sua dependência direta (“*immediate command*”); e o superior pode no máximo e somente ser responsável pela sua falta de supervisão. Também se faz referência ao controvertido requisito da causalidade entre a falta de supervisão do superior e os crimes dos subordinados, rejeitado pela maioria, mas apoiado na declaração de voto vencido. De qualquer modo, tais observações adicionais, fora da própria sentença, têm apenas importância acadêmica, uma vez que representam um mero *obiter* e não obtiveram consenso entre os magistrados.

A absolvição de Bemba teve um forte e imediato impacto, inclusive dentro do próprio TPI. A 13 de junho corrente, a Promotora do TPI, Fatou Bensouda, publicou um comunicado criticando a decisão, em particular os juízes da maioria. Essa reação *ex post facto* foi recebida com grande surpresa e até rejeição nos círculos da justiça penal internacional. De fato, o próprio Presidente do Tribunal, o Juiz Eboe-Osuji, reagiu publicando um comunicado, um dia volvido, em que recordou que “*todas as sentenças e decisões dos magistrados do Tribunal são tomadas tendo por base o princípio fundamental da independência judicial*”, acrescentando que estes cumprem os seus deveres “*honrosa, fiel, imparcial e conscienciosamente*” esperando que todas as partes, inclusive a Promotoria, respeitem também esses princípios.

Kai Ambos

Professor na Georg-August-Universität Göttingen e Diretor Geral do Centro de Estudos em Direito Penal e Processo Criminal Latino-Americano (CEDPAL), da mesma universidade. Magistrado do Tribunal Especial para o Kosovo, Haia e *amicus curiae* da Jurisdição Especial para a Paz, Bogotá, Colômbia. Ex-membro da equipe de defesa de Bemba durante a fase de recurso.

A revolução federativa na segurança pública

Daniel Vargas

Nunca fomos capazes de enxergar a segurança pública como projeto de Estado, que paire acima das disputas políticas de plantão. A sombra do regime militar ainda se projeta sobre o debate brasileiro, contaminando tudo em seu entorno. Grupos progressistas acusam órgãos de justiça como adversários dos direitos fundamentais e dos pobres. Conservadores, por sua vez, tendem a ver a polícia e o punitivismo como a única chance de dar um basta na onda de violência que se alastra pelo país.

Essa desconfiança de lado a lado criou um impasse grave na coordenação de tarefas na segurança pública nacional. Desde a Constituição de 1988, propostas de avanço na organização do federalismo no setor nunca prosperaram. Na saúde, construímos o SUS, medida imensamente ousada. Na assistência, o SUAS é a base para o programa mais bem-sucedido de combate à fome no ocidente – o Bolsa Família. Na educação, avanços na organização das redes de ensino permitiram universalização quase total do acesso no ensino básico. Na segurança, hoje como há 30 anos, o que ainda temos são ilhas organizacionais, em um oceano de insegurança.

As polícias Civil e Militar não falam entre si dentro de um mesmo

estado. Em conjunto, nenhuma delas tampouco se comunica com fluidez com o Ministério Público. O Ministério Público, por sua vez, limita-se à troca de informações apenas formal com a Justiça. A Justiça não fala com o Sistema Prisional. Nem o Sistema Prisional conversa com a comunidade. Multiplique esse problema por, pelo menos, 27 unidades da federação – sem contar órgãos federais e municipais – e é possível apreender a escala do problema federativo nacional.

O efeito cumulativo do diálogo de surdos no país é o caos geral. O Brasil é o líder mundial em mortes violentas (70 mil/ano). O número supera em muito o de países em guerra, como a Síria (43 mil/ano). Capitais mais violentas chegam a atingir taxas alarmantes de 80 homicídios/100 mil habitantes. E algumas localidades, mais de 100. Ao mesmo tempo, menos de 10% desses crimes são desvendados pela polícia. E quando olhamos para as cadeias, 34% dos detentos são presos temporários ou que já cumpriram pena, em boa parte esquecidos atrás das grades.

Migrar da barbárie para a civilização, em matéria de segurança, certamente não ocorrerá em um passe de mágica. A saída, contudo, exigirá mudança profunda na dinâmica do federalismo brasileiro.

Primeiros passos nessa direção foram recentemente dados pelo país: a criação do Ministério da Segurança Pública pelo governo federal, que assume papel coordenador da atividade de segurança; a proposta de criação do Instituto Nacional de Estudos sobre Segurança Pública (INESP), por desmembramento do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA); e a organização dos primeiros pilares do Sistema Único de Segurança Pública (SUSP), a começar pela criação da base nacional de dados e protocolos em segurança pública.

A origem dessas ideias remonta, pelo menos, ao Governo Fernando Henrique Cardoso, quando intelectuais e líderes sociais já falavam em um sistema integrado da segurança pública. A proposta que foi aprovada pelo Congresso foi originalmente encaminhada pelo ex-Presidente Lula. Alguns dos principais intelectuais e maiores defensores dessa ideia integraram o governo Dilma, que criou o embrião do sistema atual: o Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública (SINESP). Com o avanço da violência e a demanda social, foi o governo Temer que concluiu sua aprovação.

Com os primeiros passos dados, como avançar? A resposta exige clareza do rumo que se quer seguir e das prioridades da caminhada. A experiência do federalismo na saúde, na assistência e na saúde serão decisivos para orientar a reorganização da segurança.

Duas formas de coordenação precisam ser construídas no país. A primeira é a vertical: entre União-Estados-Municípios. A segunda é a horizontal: entre Sistema Policial-Ministério Público-Sistema Judiciário-Sistema Prisional.

A coordenação vertical é fundamental para enfrentar três paradoxos marcantes na organização da segurança pública.

Na base do regime, as localidades que enfrentam maiores problemas são também as que possuem menor capacidade institucional para enfrentar e resolver o problema. É o paradoxo da incapacidade.

A única saída constitucional para esse impasse, por muito tempo, foi a intervenção federal. A experiência em curso no Rio de Janeiro mostra, contudo, que a solução radical tem altos custos políticos, financeiros e sociais. No governo Dilma, uma segunda solução foi criada: a Força Nacional de Segurança Pública, mobilizada para situações de emergência, como no Espírito Santo, para conter rebelião em presídio, e no Rio de Janeiro, durante as Olimpíadas. Embora a redução de violência costume ocorrer em primeiro momento, os avanços não se sustentam no tempo. Ao “devolver” a segurança às forças locais, tudo tende a voltar ao que era antes.

A solução definitiva deste paradoxo requer a construção de mecanismos de “resgate institucional” na segurança pública. Não se trata de intervir ou complementar temporariamente a segurança estadual, mas de recapacitar e reequipar as instituições locais, para que aprimorem sua capacidade de ação. Nos Estados Unidos, parte da solução veio com a criação da Academia Nacional de Polícia, que, ao longo das últimas décadas, atuou para recapacitar diversas polícias estaduais. No Brasil, um caminho é criar a Academia Nacional de Gestão em Segurança Pública – ou estimular estados, por meio de consórcios federativos, a organizarem suas Academias Regionais de Polícia.

O segundo paradoxo atua no sentido inverso: as localidades do país com melhor capacidade institucional relativa para lidar com problemas são também as mais tolhidas. É o paradoxo da capacidade.

O prêmio que se oferece a um regime de segurança capaz de resolver os problemas é a restrição. Há pouca margem para reorganizar padrões de funcionamento e práticas. Por receio, a tendência de todas as instituições é constrirem qualquer espaço para a discricionariedade. O resultado é que acabamos por tratar o bom e o mau agente público com o mesmo critério: ambos, para realizar sua missão, devem buscar uma brecha na lei. Enquanto for assim, a segurança será sempre vulnerável a críticas externas e dificilmente reconhecida pelo sucesso.

O terceiro paradoxo – e talvez o mais importante – é o paradoxo do isolacionismo. O federalismo prega a coordenação de tarefas entre entes e instituições. Desde 1988, contudo, o que temos no Brasil é isolamento radical. O lema é: um por todos, e todos por um. E a regra, a impunidade e a ausência de colaboração.

Três formas complementares de coordenação precisam ser construídas no país para superar o isolacionismo e restabelecer a

cooperação federativa. A primeira é a coordenação entre os entes federados, cujos primeiros passos foram dados com a criação da base do SUSP: o Ministério da Segurança Pública e a iniciativa do INESP. Ainda é necessário, pelo menos, pôr em marcha mais duas funcionalidades para que o regime de fato nasça: a avaliação e o financiamento.

A base nacional de dados é um passo decisivo para ganho de qualidade no sistema. Mas dados não são o mesmo que conhecimento. Os dados são apenas a matéria-prima sobre a qual a inteligência deve operar, para construir as relações de causa-efeito. Sem isso, o máximo que teremos serão números soltos, e não conhecimento sobre o que funciona ou não funciona. O passo complementar é estruturar canais de requalificação das polícias. Se é verdade que não se aprende o novo apenas lendo dados estatísticos, tampouco basta conhecer referências de sucesso para fazer bem feito. O aprendizado real, em segurança pública, exige a prática. Aprende-se a fazer fazendo. Para aprimorar a capacidade de um regime policial, é necessário, portanto, submeter agentes públicos ao aprendizado de valores e práticas contínuos, em academias qualificadas.

O financiamento é um dos principais gargalos na segurança pública. Dinheiro certamente não basta para resolver o problema, como lobbies corporativos sinalizam. Mas ele é o sangue que irriga o sistema, assegura a dignidade dos profissionais e permite o planejamento da política pública. O SUSP autoriza a União a criar incentivos para a adesão dos estados à base nacional de dados. Além dessa permissão, é necessário estabelecer bases mais seguras de financiamento da segurança pública no país. A carência de recursos nos estados obriga governadores e prefeitos a peregrinações periódicas nos corredores de Brasília, à busca de recursos ou emendas parlamentares para comprar 15 viaturas ou 200 revólveres. Sem garantia de financiamento, é impossível fazer planejamentos de médio e longo prazo. A segurança pública se torna refém das circunstâncias políticas.

Caminho promissor para resolver esse problema é pensar em sistema integrado de fundos de financiamento à segurança, em analogia ao que foi realizado na educação. O Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação Básica (FUNDEB) busca assegurar “base” para todos os estados, promovendo redistribuição leve de recursos de quem mais arrecada para quem menos arrecada. O crime hoje já não obedece a fronteiras. Ou o país consegue equipar minimamente todas as suas forças policiais, ou dificilmente conseguiremos vencer a disputa contra o crime.

A segunda dimensão da coordenação federativa é horizontal: entre os setores que atuam na segurança pública.

A luta corporativa que hoje caracteriza a relação entre polícias, procuradores, juizes e agentes penitenciários não é um traço inerente ao serviço público. Não ocorre o mesmo – na mesma intensidade – entre médicos, enfermeiros e gestores, ou entre professores, coordenadores e diretores. Esta disputa é o resultado de uma estrutura de governança mal ordenada, que torna mais valioso, para cada carreira, lutar pelo seu próprio privilégio a contribuir na prestação de serviço de qualidade. Não há “bala de prata” para corrigir todas as distorções. Experiências comparadas exitosas, no entanto, sinalizam caminhos promissores.

O elo central dessa corrente que une polícia, de um lado, e juiz e agentes penitenciários, de outro, é o Ministério Público. Hoje, os incentivos para sua atuação consistem em realizar o maior número de denúncias, em geral em casos de grande clamor popular, sem dedicar os mesmos esforços para assegurar conclusão efetiva do processo. Na prática, procuradores “despacham” o processo: denunciam e passam o caso adiante. O resultado é insustentável: denuncia-se muito, decide-se pouco, prende-se mal. Na França, o Ministério Público passou por mudança organizacional em que a performance dos procuradores passou a considerar não apenas o “número” de processos despachados, mas o “resultado” das denúncias apresentadas. Assim, mais importante do que “processar” é “concluir” nos casos mais graves. Procuradores, nesse caso, se convertem em correia de transmissão do sistema: atuando para qualificar a formação do inquérito policial, de um lado, e para pressionar por prestação jurisdicional rápida e efetiva de outro.

Outra medida decisiva para aprimorar a coordenação horizontal é a relação entre o sistema de justiça, o sistema prisional e as comunidades. A comunidade possui papel decisivo nas duas pontas do sistema. De um lado, ela é a principal competidora com as redes criminosas sobre o destino dos jovens. Uma comunidade precisa de

cultura e instituições que alimentem, na juventude, a esperança de um futuro próspero – distante do crime. Hoje, a comunidade tem perdido a disputa com o tráfico, em várias sociedades marginalizadas, como as favelas cariocas. De outro lado, a comunidade é decisiva para a reinserção social do detento após ele deixar a prisão. Se as estatísticas estiverem corretas, as chances de isso ocorrer com sucesso hoje são raras. Sem família, emprego ou amigos que ajudem o ex-detento a refazer sua vida, a linha de menor resistência – e muitas vezes a única viável – é realinhar-se ao mundo do crime. O apoio do Estado é decisivo para equipar a comunidade nesses dois conjuntos de funções. É preciso priorizar programas direcionados a grupos e regiões vulneráveis. Na Inglaterra, a experiência do social impact bond, com apoio do setor privado, tem chamado atenção. Ainda é cedo para avaliar se os mesmos resultados podem ser obtidos no Brasil. Tudo o que se puder fazer nessa linha merece ser tentado, independente de preconceitos ideológicos.

As duas dimensões da coordenação federativa – vertical e horizontal – podem preparar o terreno para as demais mudanças institucionais relevantes no país, muitas delas já frequentes no debate público: instauração de ciclo completo nas polícias, reconstruir capacidade investigativa para resolver crimes, uso disseminado de tecnologia e inteligência, reaparelhamento das polícias, melhorias salariais, fortalecimento do sistema de corregedorias – e do controle sobre os próprios controladores, entre outras.

Em meio às duas formas de coordenação, uma preocupação central deve atravessar todas as ações do país: a “cor” da violência. No país, quem mata, quem morre e quem é preso, em sua vasta maioria, é negro. O viés racial do regime ameaça corromper toda a sua estrutura. É por isso que, em matéria de segurança, tudo o que fizermos deve atentar à cor dos seus efeitos. Isso não significa “pegar leve” com os homicidas ou traficantes, em função de sua cor. Isso significa desenvolver a

consciência dos preconceitos, para tentar errar menos. A correção de preconceitos arraigados nas profundezas da consciência exige muita atenção e esforço deliberado. Em cada organização policial, no Ministério Público e no Judiciário, é decisivo realizar programas de esclarecimento e de correção de práticas.

Em muitas periferias brasileiras, o negro aprendeu a conviver com o medo. Esse medo, intuitivamente, é cada vez mais identificado com a cultura e a “justiça dos brancos”. Na busca por reconhecimento, há hoje duas instituições nas favelas que assumem o papel de oferecer ao negro a esperança: o crime e a igreja. Se o Estado não mudar de “cor”, arriscamos perder a disputa, nas comunidades periféricas do país. Em vez da ordem laica, a fé nas instituições religiosas; em vez da justiça civil, a “justiça do crime”.

O principal adversário da democracia brasileira hoje não são os radicais de direita ou de esquerda: é a criminalidade. O avanço contínuo da violência no país tem minado cada vez mais a credibilidade das instituições de segurança e justiça e, com elas, também ameaça colapsar o regime democrático. O sinal mais evidente da febre de um regime doente é a emergência de populistas autoritários e do clamor por “intervenção militar”. Contra essa ameaça, a ideologia que vem em primeiro lugar deve ser a ordem democrática. Chegou a hora de o Brasil organizar um mutirão de segurança, que assegure as condições sociais e políticas para que, em um futuro breve, o país consiga botar em marcha uma revolução qualitativa e democrática na segurança pública. A ponta da lança desta revolução é o federalismo.

Daniel Vargas

Doutor e mestre em Direito pela Harvard Law School.
Professor de Direito da FGV Rio.

O espaço negocial das partes na colaboração premiada da lei de organizações criminosas e a averiguação de sua legalidade pelo juiz na fase homologatória

Brenno Gimenes Cesca

Com a entrada em vigor da Lei 12.850/2013 (Lei de Organizações Criminosas), e o crescente número de colaborações premiadas apresentadas ao Poder Judiciário para homologação, necessário discutir o espaço negocial das partes e a atividade judicial na etapa homologatória, concernente à legalidade do acordo (art. 4º, § 7º).⁽¹⁾

Ao aderir às Convenções de Palermo e Mérida (respectivamente ratificadas pelos Decretos 5.015/2014 e 5.687/2006), o Estado Brasileiro se comprometeu a adotar “medidas apropriadas para restabelecer às pessoas que participem ou que tenham participado na prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção que proporcionem as autoridades competentes informação útil com fins investigativos e probatórios e as que lhes prestem ajuda efetiva e concreta que possa contribuir a privar os criminosos do produto do delito, assim como recuperar esse produto. 2. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de prever, em casos apropriados, a mitigação de pena de toda pessoa acusada que preste cooperação substancial à investigação ou ao indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção. 3. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de prever, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, a concessão de imunidade judicial a toda pessoa que preste cooperação substancial na investigação ou no indiciamento

dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.” (art. 37 da Convenção de Mérida).

Obrigações análogas o Brasil assumiu na forma do art. 26 da Convenção de Palermo.

Esses compromissos internacionais, todavia, não prescindem da edição, pelo Estado Brasileiro, de normais legais a lhe darem efetiva aplicabilidade, como se entevê de sua própria redação.

Deveras, a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado e Transnacional (Palermo), no que toca à colaboração premiada, não prevê nenhum benefício específico. Já a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Mérida), na letra de seu artigo 37, *faculta* a adoção da *mitigação de pena* e da *imunidade*, deixando a disciplina pormenorizada a cargo do Estado Parte.

O compromisso firmado nesses tratados difere, pois, e apenas para exemplificar, das garantias processuais penais previstas pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que, de modo mandatório, são prescritas em seu artigo 8º, e são autoaplicáveis, seja por sua redação, seja pelo teor do § 2º do art. 5º da Constituição Federal.

Por conseguinte, para se analisar qual o espaço negocial no processo penal brasileiro, imprescindível ater-se aos diplomas legais

vigentes em nosso ordenamento jurídico, editados no exercício da soberania estatal.

Nesse contexto, prevê a Lei 12.850/2013, como possíveis benefícios: a) o perdão judicial; b) a redução da pena privativa de liberdade em até 2/3; c) ou sua substituição, independentemente de seu *quantum*, por restritivas de direitos⁽²⁾ (prêmios estes previstos no *caput* do art. 4º); d) imunidade judiciária (§ 4º do mesmo artigo).

É certo que outros diplomas legais também tratam da delação premiada, mas o presente texto se circunscreve aos acordos lastreados exclusivamente na lei ora em análise.

Qualquer ajuste de colaboração entabulado sob a jurisdição brasileira, no que tange aos denominados prêmios, devem se circunscrever à moldura legal citada.

Ressalte-se que a obediência aos ditames legais é garantia tanto aos membros do Ministério Público, ao réu, seus defensores, bem como aos integrantes do Poder Judiciário.

É cediço que acordos de colaboração premiada têm sido levados a juízo com estipulação de limites de penas.

Ora, não prevê a lei, no tocante ao montante de pena aplicada, qualquer outro prêmio a não ser sua redução em até 2/3.

No ordenamento jurídico brasileiro, a aplicação de pena não prescinde do devido processo legal, e é feita pelo Poder Judiciário, balizada em critérios exaustivos definidos pela lei.

Exceções a esse sistema são taxativamente previstas pela legislação, como no caso de transação penal (art. 76 da Lei 9.099/95).

Mesmo o Projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal (PL 8.045/10, atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados), que avança em matéria de justiça penal consensual, prevê critérios absolutamente claros, elencando hipóteses exaustivas em que é possível negócio jurídico tendo por objeto reprimendas penais.

Assim é que, na forma de seu artigo 283, seria possível, nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos, requererem as partes a aplicação imediata de pena privativa de liberdade, no mínimo legal, diminuída em até um terço, sem prejuízo das substituições cabíveis (art. 44 do CP), ou da concessão de *sursis*.

Constata-se, pois, que o espaço negocial é absolutamente circunscrito, tendo por base o crime imputado e sua pena abstratamente cominada.

Esse projeto de lei é mencionado apenas a título de argumentação, pois nem sua invocação para sustentar eventual acordo seria por ora possível, por não se tratar de lei vigente.

Não se sustenta, também, o argumento de que é viável a negociação acerca do montante das reprimendas porque a lei também prevê a imunidade judiciária.

A vingar essa tese, no caminho entre o não oferecimento da denúncia e a condenação à pena máxima, tudo seria passível de negociação.

Ora, a lei não contém palavras inúteis. Fosse essa a *mens legis*, para que a previsão específica dos demais prêmios? Tornar-se-ia, ainda, letra morta o controle de legalidade outorgado ao juiz. No limite, desnecessária seria qualquer regulamentação penal ou processual penal.

Outro tipo de cláusula amiúde prevista é que, independentemente do *quantum*, a pena será cumprida em regime diferenciado, como prisão domiciliar.

Contudo, nenhuma das leis que disciplinam a delação/colaboração premiada vigentes em nosso ordenamento excepcionam a prisão domiciliar, estipulada nas hipóteses taxativas do art. 318 do CPP.

No tocante ao regime de cumprimento de pena, a Lei 12.850/12 não traz qualquer exceção às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal, sendo incabível, portanto, em acordo que tenha por base exclusivamente esse diploma, estipulação contrária.⁽³⁾

Sem respaldo em qualquer norma legal, há acordos que estatuem a suspensão de processos e procedimentos, judiciais e administrativos, por determinado prazo legal (muitas vezes por anos a fio), com suspensão da prescrição pelo período respectivo.

Ocorre que a lei apenas prevê possibilidade de suspensão do prazo de oferecimento da denúncia, com suspensão do prazo prescricional, por até seis meses (§ 3º do art. 4º da Lei 12.850/12), não sendo lícito às partes ampliá-lo, tampouco criar hipóteses de suspensão do prazo prescricional não prevista em lei, como de processos judiciais em andamento.

Há ajustes, outrossim, que, agravando a ilegalidade apontada, complementam cláusula como a supracitada, aduzindo que, vencido o prazo prescricional em foco, “*voltarão a fluir os prazos prescricionais de todos os procedimentos suspensos até a extinção da punibilidade, sem a prática de ato processual durante o período em que estiver em curso a contagem do prazo prescricional*”.

Em outras palavras, em disposição dessa sorte, acorda-se que todos os processos (judiciais inclusive) e procedimentos instaurados em desfavor do colaborador serão por todos abandonados (juiz, promotor de justiça, serventuários da justiça, advogados e réus), até que consumada a prescrição.

Disposição dessa natureza, além de traduzir clara afronta aos princípios da *obligatoriedade* (da ação penal pública), e do *impulso oficial* (de processos judiciais), poderia ensejar a prática, por membro do Ministério Público ou do Poder Judiciário que assim agisse (independentemente do feito em que acordada), falta funcional, ou mesmo, a depender da hipótese, e se presentes as elementares, de crime de prevaricação (art. 319 do CP).

Estatui-se, ainda, frequentemente *perdão judicial* a determinados colaboradores.

Lembre-se que, de acordo com o § 1º do art. 4º da Lei de Organizações Criminosas, “*a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração*”, critérios esses englobados na *legalidade* a ser averiguada pelo Poder Judiciário.⁽⁴⁾

Em outra espécie de cláusula, têm as partes estipulado as hipóteses em que as provas obtidas com a colaboração serão válidas/inválidas, ajustando, por exemplo, que, se revogado o acordo por descumprimento exclusivamente atribuído ao MP, as provas resultantes do acordo não serão válidas.

Sem embargo, não há qualquer relação entre a revogação do acordo e a validade das provas obtidas a partir dele.

De fato, a colaboração premiada, a par de configurar negócio jurídico processual, possui inegável natureza de meio de obtenção de prova. Esses meios, também denominados *meios de pesquisa* ou *investigação* da prova, são instrumentos que visam ao conhecimento das fontes de prova (buscas e apreensões, interceptações telefônicas, além da colaboração premiada).

A validade das provas obtidas a partir da colaboração em nada se relaciona com o cumprimento/descumprimento do acordo.

O inadimplemento enseja sua rescisão, mas não sua invalidade. Rescindido o acordo, nenhuma repercussão possui essa decisão nas provas obtidas lícitamente a partir dele.

Ou seja, um acordo não rescindido pode dar azo à produção de provas inválidas. Já um acordo rescindido pode ter ensejado a produção de provas válidas.⁽⁵⁾

Frise-se não ser possível a negociação pelas partes acerca do conteúdo de normas processuais cogentes, que disciplinam a teoria das nulidades.

Outra espécie de cláusula aduzida diz respeito ao sigilo do acordo, prescrevendo-se que será mantido após a homologação.

Todavia, homologada a avença, a regra é a plena publicidade, sem prejuízo das medidas de proteção ao colaborador previstas no art. 5º (na forma do § 3º do mencionado dispositivo legal).

Gize-se não caber às partes ajuste diverso de matéria de ordem pública, inclusive de estatura constitucional (art. 93, IX, da CF).

Ressalve-se, todavia, que se fatos concretos recomendarem seja mantido o sigilo do acordo, assim poderá ser determinado, sem prejuízo do disposto na Súmula Vinculante 14 do STF, por decisão judicial.

De modo desnecessário, e indevido, já que é matéria de ordem

pública regulada de modo exaustivo por leis e normas de organização judiciária, procuram em acordos vários as partes disciplinar a competência do juízo, muitas vezes prevendo, ao arripio das regras vigentes, que o juízo da homologação do acordo será também o de sua execução.

Disciplina-se, outrossim, em alguns acordos, a competência do juiz da homologação, por prevenção, para conhecer e julgar todos os processos instaurados a partir da colaboração homologada.

Ora, o juízo da homologação possui competência para processar e julgar fatos objeto da investigação apresentada, bem assim outros, desde que conexos ou continentes (artigo 76 e seguintes do CPP).

O juízo da homologação não possui competência para julgamento de fatos diversos daqueles referentes à investigação matriz, ainda que elucidados a partir da colaboração, porquanto, no tocante a estes, deve ser respeitada a primeira e preponderante regra de fixação de competência em matéria processual penal, o lugar da infração (art. 70 do CPP).

Isso porque, em se cuidando a colaboração premiada de meio de obtenção de prova, aplica-se aos fatos descobertos a partir dela o mesmo entendimento concernente ao encontro fortuito de provas, ou descoberta casual de novos crimes, não estando o juízo responsável por uma cautelar penal preventivo para conhecimento/processamento de outros crimes acidentalmente descobertos em sua execução.⁽⁶⁾

Essas são, em síntese, algumas espécies de cláusulas ilegais que, desde a entrada em vigor da Lei 12.850/12, têm sido levadas ao Poder Judiciário para homologação.

A atividade do juiz nessa etapa, de aquilatar a necessária *legalidade*, longe de constituir mera formalidade, deve ser feita à luz do ordenamento jurídico vigente, que outorga espaço limitado de negociação às partes.

Deve o juiz, por conseguinte, recusar a homologação de acordos que não atendam a esse mandamento legal (parágrafo 8º do art. 4º da Lei 12.850/13).

Notas

- (1) Nessa fase, além da legalidade, cumpre ao juiz averiguar a regularidade e voluntariedade do acordo. Por primeiro, para se averiguar a sua regularidade, necessário aquilatar se satisfaz os requisitos do art. 6º da Lei 12.850/13. Outrossim, imprescindível constatar se voluntário o acordo, conceito que, como se sabe, distingue-se da espontaneidade, podendo, para tanto, designar o juiz audiência sigilosa, na qual será ouvido o colaborador na presença de seu defensor.
- (2) Advertem Bitencourt e Busato: “No que tange à substituição por pena restritiva de direitos, embora a menção na lei esteja no singular, à míngua de qualquer disposição mais específica, deverá tal operação atender aos requisitos da Parte Geral do Código Penal quanto ao número de medidas restritivas aplicáveis em face da quantidade de pena privativa de liberdade substituída (art. 44, § 2º, do CP)” *Comentários à lei de organização criminosa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 129.
- (3) Sem embargo, se incidente a Lei de Lavagem de Dinheiro, possível a estipulação do regime aberto ou semiaberto, independentemente do *quantum* da reprimenda, *ex vi* do § 5º do art. 1º da Lei 9.613/98.
- (4) Nesse sentido, pondera Eduardo Araújo da Silva que “o imprescindível controle judicial sobre a regularidade dessa causa de extinção de punibilidade deve ser feito quando da homologação do acordo e durante seu cumprimento” (*Organizações criminosas*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 63). Conclui o autor que homologada a concessão do perdão judicial, se cumprida a condição para tanto, não pode o juiz, na fase de sentença, recusar sua aplicação.
- (5) Nessa direção, a posição de Gustavo Badaró, ao analisar as implicações de eventual invalidade de acordo específico formulado pela Procuradoria Geral da República (no âmbito do denominado caso JBS) (*Provas emprestadas pela JBS deveriam ser anuladas?* NÃO. In: *Folha de S. Paulo*, Tendências e Debates, edição de 09 set. 2017).
- (6) Nessa esteira, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, no voto condutor do julgamento da questão de ordem no Inquérito 4.130/PR, de lavra do Min. Dias Toffoli, conforme síntese de Rodrigo Capez (O acordo de colaboração premiada na visão do Supremo Tribunal Federal. *Escola Paulista da Magistratura, Cadernos jurídicos*, Ano 17, número 44, jul.-set./2016, p. 127-130).

Brenno Gimenes Cesca

Mestre em Direito pela USP.

Professor da Escola Paulista da Magistratura.

Juiz de Direito.

Direito penal econômico e teoria do crime

Robson Antonio Galvão da Silva

O Direito Penal Econômico encontra-se no centro de uma polêmica doutrinária a respeito da expansão do Direito Penal. Apesar disso, é indubitável que as legislações de muitos países, incluindo a do Brasil, têm tipificado penalmente condutas que lesionam, ou ameaçam de lesão, bens jurídicos de conteúdo econômico, assim como outros de interesse não individuais, já há bastante tempo. Ocorre que a dogmática jurídico-penal, quanto aos critérios de imputação, sempre esteve mais centrada nos bens jurídicos individuais, tendo sido pensada e desenvolvida quase que exclusivamente sobre essa base.

Se por um lado é certo que o Direito Penal tem sido expandido sob a justificativa de dar respostas à complexidade e aos perigos da sociedade atual, por outro lado deve-se notar que os critérios de imputação jurídico-penal não acompanharam necessariamente esse desenvolvimento. Vale dizer, com a paulatina ampliação do âmbito de intervenção penal, mediante a criação de novas figuras delitivas que cada vez mais se afastam do que historicamente constituiu o núcleo do Direito Penal, surgiu uma inevitável tensão em face de alguns institutos tradicionais da teoria do delito.

O que sucede é que, diante da complexidade e características dos bens jurídicos de conteúdo econômico, o legislador recorre a técnicas de tipificação diversas das usuais, sendo comum a utilização de elementos normativos, incluindo-se os de valoração global do fato, bem como a remissão à normativa extrapenal. A tipificação de condutas de perigo abstrato, as cláusulas de autorização e os denominados delitos de acumulação também são recorrentes. Essas figuras não eram desconhecidas do Direito Penal, mas nunca estiveram no centro

dos estudos que acabaram por consolidar os institutos de imputação da parte geral constantes nos códigos penais que advêm do século passado, como é o caso do brasileiro.

Tudo isso ocasiona significativos reflexos em diversos aspectos da teoria do delito. Por exemplo, na imputação objetiva, nota-se um enfraquecimento acentuado entre a conduta e o bem jurídico protegido pelo tipo, com todas as consequências daí decorrentes, para além do que era doutrinariamente aceito em matéria de crimes de perigo abstrato. Na imputação subjetiva, por sua vez, há sérios impactos na aferição do dolo e no tratamento do erro.⁽¹⁾

Não bastasse, considerando que as condutas normalmente são praticadas no âmbito de uma empresa ou em favor de uma empresa, muitas vezes em nome de outro e com divisão de tarefas, sendo algumas delas não dotadas de qualquer atijuridicidade aparente ou mesmo lesividade, vale destacar ainda as questões atinentes à coautoria, à posição de garantidor do empresário diante dos crimes comissivos por omissão, à figura do “*compliance officer*” e à responsabilização penal da pessoa jurídica.

Nesse cenário, existe certo consenso na doutrina ao se afirmar que o setor relativo ao Direito Penal Econômico possui determinadas peculiaridades que permitem individualizá-lo e que servem para o diferenciar de outros setores da parte especial. Na mesma linha, apresenta significativas diferenças dos delitos que tradicionalmente foram enquadrados no Direito Penal “clássico”, “primário”, “comum” ou “nuclear”. Chega-se a cogitar sobre uma verdadeira autonomia científica do Direito Penal Econômico.⁽²⁾

Ocorre que os delitos econômicos permanecem sujeitos à regulação da parte geral do Código Penal brasileiro. Consequentemente, estão submetidos aos princípios de garantia tradicionais e sujeitos às mesmas regras de imputação desenvolvidas preponderantemente sob o enfoque do Direito Penal primário. Apesar disso, os critérios de imputação clássicos não podem ser trasladados acriticamente ao âmbito econômico, como advertem **Martínez-Buján Pérez**⁽³⁾ e **Tiedemann**,⁽⁴⁾ dentre outros, pois isso poderia dar espaço a significativas reduções de garantias.

Em alguns casos, tem-se proposto, de *lege ferenda*, a idealização de novos princípios jurídico-penais de imputação, diferentes dos tradicionais. Na maior parte das situações, no entanto, como explica **Martínez-Buján Pérez**,⁽⁵⁾ busca-se acomodar as tradicionais estruturas às características particulares dos delitos econômicos, mediante algumas matizações ou correções a instituições penais tradicionais, quando elas são utilizadas como instrumento para a interpretação dos delitos econômicos. Cumpre reconhecer que as questões suscitadas no âmbito do Direito Penal Econômico, diante disso, já têm levado a um significativo desenvolvimento da teoria do delito em muitos temas, como acontece com a teoria do dolo e do erro, por exemplo.⁽⁶⁾

Sob outro viés, não parece adequado postular a criação de “dogmáticas alternativas”, sendo que uma das principais funções da teoria do delito na atualidade, segundo Greco, é justamente a de obstar essa tendência de fragmentação do Direito Penal.⁽⁷⁾

A dogmática penal deve e necessita evoluir, fornecendo ao aplicador critérios e instrumentos que não podem mais ser os dos séculos passados como formas adequadas de resolver os problemas penais do século XXI. Porém, não se pode ceder à tentação de “dogmáticas alternativas”, que podem ser, a qualquer momento,

transformadas em “alternativas à dogmática” incompatíveis com a regra do Estado de Direito e, como tal, democraticamente ilegítimas.

Notas

- (1) DIAS, Jorge de Figueiredo. Temas básicos da doutrina penal. p. 179 e ss.
- (2) Vide WAGNER, Markus. Die Akzessorietät des Wirtschaftsstrafrechts: Zugleich ein Beitrag zu und Wesen des Wirtschaftsstrafrechts. C.F. Muller, 2016. E também QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Sobre los delitos económicos como subsistema penal. In: El derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo. Directores J.R. Serrano-Piedecabras e E. Demetrio. Madri: Colex, 2010.
- (3) MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Imputación subjetiva. Manuales de Formación Continuada. Madrid, n. 14, p. 99-180, 2001. p. 100.
- (4) TIEDEMANN, Klaus. Lecciones de derecho penal económico: (Comunitario, español, alemán). Barcelona: PPU, 1993. p. 157.
- (5) MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico y de la empresa: parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. p. 29-31.p.79.
- (6) COSTA, José de Faria; ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre a concepção e os princípios do direito penal económico. In: Direito Penal Econômico e Europeu: textos doutrinários. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 349.
- (7) GRECO, Luis. En Alemania, el finalismo está muerto. Entrevista concedida a Universidad Libre de Bogotá. Disponível em: <<http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Educacion-y-Cultura/en-alemania-el-finalismo-esta-muerto>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

Robson Antonio Galvão da Silva

Mestre em Direito Econômico pela PUCPR.

Especialista em Direito Penal Econômico e da

Empresa pela Universidad Castilla-La Mancha/ES.

Advogado.

Responsabilidade penal da pessoa jurídica, um caminho sem volta

Carlos Alberto Bezerra de Queiroz Filho

Sobre o tema da responsabilidade da pessoa jurídica, impõe-se trazer aqui, de logo, a nossa previsão constitucional para tanto: Art. 173, §5º, da CF/88:

“A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.”

Art. 225, §3º, da CF/88:

“As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”

A Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, trouxe novo formato à responsabilidade penal em nosso ordenamento jurídico, surgindo a responsabilidade penal da pessoa jurídica, além da já existente e conhecida responsabilidade penal da pessoa física.

Quanto à responsabilidade penal da pessoa física, não há o que questionar, visto que não existe dificuldade no que tange à aplicabilidade da pena, respondendo o infrator proporcionalmente e na medida de sua culpabilidade.

No entanto, ponto pacífico não é a aplicabilidade da pena à pessoa jurídica. A sua responsabilidade penal passou a ser tema de muitos conflitos e divergências, não só no Brasil, mas em vários outros países.

O conflito surge, especialmente, porque impera no Direito Penal o Princípio da Culpabilidade (juízo de reprovabilidade). A pessoa física é punida com base na sua culpabilidade, que significa dizer ser a pessoa imputável, ou seja, tem ela a consciência da ilicitude de seu ato e que por isso tem a obrigação de agir de forma diversa. Nessa linha, questiona-se como seria possível punir um ente fictício com penas de multa, restritiva de direito ou prestação de serviços à comunidade, por exemplo. Esse entendimento é mantido pelos doutrinadores clássicos do Direito Penal.

Apesar das várias discussões existentes e insistentes, o fato é que essa celeuma no nosso país foi dirimida pela disposição expressa do art. 225, § 3º, da Constituição Federal.

A doutrina majoritária ainda não admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica, mas não se pode negar a tendência do Direito Penal moderno de romper com seus princípios clássicos, passando a andar de mãos dadas com a Constituição Federal.

Importante ressaltar que, diante de um ato criminoso cometido contra o meio ambiente, tanto existirá responsabilidade penal jurídica como a responsabilidade penal da pessoa física que, porventura, tenha agido e contribuído para o cometimento daquele crime. Deve-se fazer a distinção da pessoa física, que age em nome da pessoa jurídica, da própria pessoa jurídica, separando-se a atuação pessoal da atuação da entidade.

A Lei 9.605/98, em seu artigo 3º, deixa bem claro tal distinção quando assim prescreve:

“As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras, ou partícipes do mesmo fato”.

O intento do legislador, como se vê, foi punir o criminoso certo e não apenas o mais humilde. Sim, porque normalmente o verdadeiro criminoso ecológico não é a pessoa física, mas a pessoa jurídica que sempre busca o lucro como finalidade primeira, ignorando os prejuízos causados à coletividade e ao meio ambiente. É o que ocorre, geralmente, com os grandes grupos econômicos e até mesmo com o próprio Estado, sendo este considerado um dos maiores poluidores em decorrência de serviços e obras públicas sem controle.

O art. 2º, da Lei 9.605/98, acrescentou às hipóteses de relevância da omissão elencada no art. 3º, § 2º, do Código Penal, mais uma situação de omissão, ao estabelecer a responsabilidade do diretor, administrador, membro de conselho e de órgão técnico, auditor, gerente, preposto ou mandatário de pessoa jurídica que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixa de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la. Assim, tendo essas pessoas o dever jurídico de agir para evitar danos ao meio ambiente, tornam-se, pela omissão, partícipes do fato delituoso.

Portanto, diante da expressa determinação legal, não cabe mais entrar no mérito da ultrapassada polêmica sobre a pertinência da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Melhor será exercitar e perseguir os meios mais adequados para a efetiva implementação dos desígnios do legislador, pois, segundo advertência de **Starck**, o jurista não pode esperar por um Direito ideal, mas deve trabalhar com o Direito existente, em busca de soluções melhores.

A punição penal à pessoa jurídica deve seguir os condicionantes e/ou requisitos legais, a teor do já referido art. 3º, pois a responsabilidade penal da pessoa jurídica fica condicionada a que a infração tenha sido cometida em seu interesse ou benefício e, ainda, por decisão de seu representante legal ou contratual, ou seu órgão colegiado.

Como averba **José Carlos Rodrigues de Souza**, “*não mais se considera a pessoa jurídica apenas uma pessoa estranha aos membros que a compõem, como os dirigentes*”. Também se atribui a essa pessoa autoria da conduta que intelectualmente foi pensada por seu representante e materialmente executada por seus agentes, apenas com a condicionante de ter sido o ato praticado no interesse ou benefício da entidade.

Desse modo, se o ato praticado, mesmo através da pessoa jurídica, apenas visou a satisfazer os interesses do dirigente, sem qualquer vantagem ou benefício à pessoa jurídica, esta deixa de ser o agente do tipo penal e passa a ser meio utilizado para realização da conduta criminosa. Ao contrário, quando a conduta visa a satisfação dos interesses da sociedade, esta deixa de ser meio e passa a ser agente.

Partindo dessa avaliação, essa condicionante imposta pelo legislador, de que o delito há de ser praticado de modo a satisfazer os interesses da pessoa jurídica ou, quando menos, em benefício desta, é que se deve analisar o elemento subjetivo do tipo, visto que a conduta executiva, material, será sempre exercida a mando do representante legal ou contratual, ou ainda do órgão colegiado.

Estando, pois, diante de uma conduta realizada por uma pessoa jurídica, devemos inicialmente avaliar se essa conduta foi efetuada em benefício ou visando a satisfazer os interesses sociais da pessoa jurídica e, num segundo momento, o elemento subjetivo, dolo ou culpa, quando da execução ou da determinação do ato gerador do delito, transferindo, num ato de ficção, a vontade do dirigente à pessoa jurídica”.⁽¹⁾

Discute-se se a pessoa jurídica de direito público pode ser responsabilizada penalmente. A lei não distingue entre pessoa jurídica de direito público ou privado. Essa questão ficou em aberto. Para alguns doutrinadores, somente a pessoa jurídica de direito privado responderá pela infração cometida. Para outros, a pessoa de direito público e a de direito privado responderão pela infração cometida.

Para outros, ainda, a pessoa jurídica de direito público só responderá se também estiver praticando atos de comércio, concorrendo com a pessoa jurídica de direito privado. Inserem-se também no rol das pessoas jurídicas de direito privado as associações, fundações e sindicatos.

O reconhecido professor **Paulo Affonso Leme Machado** entende sujeitarem-se ambas aos rigores da lei, o que, em princípio, faz sentido pois, não tendo ela feito qualquer distinção, não cabe ao intérprete fazê-la, segundo conhecido princípio da hermenêutica (*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*). Frise-se que o Código Penal Francês de 1994, que serviu de inspiração para o legislador pátrio, excluiu taxativamente da responsabilidade criminal “*as coletividades públicas e os agrupamentos de coletividades públicas*”.⁽²⁾

Assim, resta claro que a intenção do legislador pátrio foi, justamente, incluir as pessoas jurídicas de direito público como supostos sujeitos ativos de crimes contra o meio ambiente e, como tal, igualmente às pessoas jurídicas de direito privado, passíveis de responsabilidade penal. Apenas não havia motivos para que o legislador trouxesse expressamente a questão, não cabendo interpretações restritivas para beneficiar agentes poluidores em detrimento da defesa do meio ambiente.

Como já dito anteriormente, o Poder Público, hoje e sempre, é tido como um dos maiores poluidores do meio ambiente, seja porque não observa nos seus projetos os limites legais e ambientais, seja porque, no momento de fiscalizar obras outras, não o faz com o rigor necessário.

No entanto, à primeira vista, isso seria contrário à lei, porquanto todos, sem exceção, devem estar sob o crivo da legislação, principalmente diante do cometimento de ato lesivo ao meio ambiente, sendo a defesa deste bem a razão maior do legislador, tanto que tratou da matéria, constitucionalmente, com a devida regulamentação posterior.

A jurisprudência vem se comportando da seguinte forma: num primeiro momento, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) admitiu a culpabilidade da pessoa jurídica, desde que possível a caracterização de uma ação humana em coautoria (dupla imputação).

Já num segundo momento, o Supremo Tribunal Federal (STF) autorizou a persecução penal individualizada da pessoa jurídica em delitos ambientais, sem exigência de demonstração de coautoria com uma pessoa física (RE 548.181).

É certo afirmar que a teoria do delito, no atual estágio, não comporta a responsabilidade penal da pessoa jurídica em infrações penais que não sejam de natureza ambiental, uma vez que o tipo penal é composto por elementos objetivos e subjetivos. Contudo, em alguns países, esse tipo de imputação penal já é uma realidade.

O projeto do novo Código Penal (Projeto de Lei 236, do Senado, de 2012), tem a seguinte previsão: “*Art. 41. As pessoas jurídicas de direito privado serão responsabilizadas penalmente pelos atos praticados contra a administração pública, a ordem econômica, o sistema financeiro e o meio ambiente, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. § 1º. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato, nem é dependente da responsabilização destas*”.

Com penas próximas àquelas previstas pela Lei Anticorrupção. Isto é: caso seja aprovado, o novo Código Penal terá penas específicas para a pessoa jurídica, em especial para os crimes econômicos.

Esse é um caminho sem volta!

Assim, a pessoa jurídica, em breve, terá responsabilidade penal ampliada, principalmente nos crimes econômicos.

As empresas ganham cada vez mais importância como protagonistas nas organizações criminosas e, nesse cenário, é praticamente impossível chegar às pessoas físicas sem um procedimento de investigação da pessoa jurídica.

A Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013, denominada Lei Anticorrupção, trouxe penalidade similar à prevista na Lei 9.605/98,

no ponto onde prevê, no seu art. 19, inciso III, a “dissolução compulsória da pessoa jurídica”, a denominada “pena de morte da pessoa jurídica”

Então fica a dúvida: a Lei 12.846/2013 é uma lei penal?

De resto, ponto que merece atenção é a forma de persecução penal dos crimes societários, pois, recentemente, o STJ aceitou “denúncia geral”: *“Importante esclarecer que não se pode confundir a denúncia genérica com a denúncia geral, pois o direito pátrio não admite denúncia genérica, sendo possível, entretanto, nos casos de crimes societários e de autoria coletiva, a denúncia geral, ou seja, aquela que, apesar de não detalhar minudentemente as ações imputadas ao denunciado, demonstra, ainda que de maneira sutil, a ligação entre sua conduta e o fato delitivo”*. (STJ - RHC 54075 / RS – Min. Reynaldo Soares da Fonseca – 5ª Turma-j.270.06.2017)

De igual sorte, merece atenção a Teoria do Domínio do Fato (criação do Direito alemão, leia-se: **Claus Roxin**), na AP 470, do STF (Mensalão): *“- quem ocupa uma posição dentro de um aparato organizado de poder e dá o comando para que se execute um crime, tem de responder como autor e não só como partícipe; - é indispensável que se demonstre que quem detém posição de comando determinou a prática da ação, sendo irrelevante a simples posição hierárquica superior, sob pena de caracterizar autêntica responsabilidade objetiva”*.

Nessa toada, na apuração dos eventuais delitos praticados pela pessoa jurídica, sejam eles de natureza administrativa, civil ou penal, não se pode mitigar a ampla defesa e o devido processo legal que, atualmente, vêm sendo absurdamente flexibilizados.⁽³⁾

No meu entendimento, vislumbro que a Lei Anticorrupção traz consigo responsabilização de esfera penal, que só não pode ser denominada como tal, porque dita lei não foi criada com essa denominação, como prevê o art. 173, §5º, da CF/88.

O papel do penalista passa por uma sutil mudança. Ele não tem mais, exclusivamente, uma atuação reativa, mas uma atuação preventiva também, colaborando para que não existam ocorrências que, potencialmente, possam gerar até crime.

Diante de todo esse cenário, melhor caminho não existe ao empresário senão implantar um programa *Compliance*⁽⁴⁾⁽⁵⁾ efetivo.

Nessa esteira, um programa efetivo de *Compliance* deve ter:⁽⁶⁾

- 1) Comprometimento da alta administração;
- 2) política formal, clara e objetiva contra a corrupção;
- 3) políticas, processos e procedimentos de *compliance* comportamental;
- 4) código de conduta / Ética. Princípios. Cultura. Valores;
- 5) programa de desenvolvimento integrado, regular e continuado;
- 6) incentivos e medidas disciplinares. Equilíbrio;
- 7) diligência e “double check” na contratação de terceiros e pagamentos;
- 8) melhoria contínua: PDCA;
- 9) fusões e aquisições; ‘due diligence’ (pré) e cultura organizacional (pós);
- 10) canal de comunicação acessível;
- 11) confidencialidade do canal de comunicação;

- 12) proatividade. Eficiência. Eficácia. Consistência;
- 13) efetividade e confidencialidade das denúncias e das investigações;
- 14) *compliance officer*;⁽⁷⁾ equipe de *compliance* e comitê de *compliance* multidisciplinar;
- 15) Autonomia, ética e integridade do *compliance officer*, equipe e comitê.

Não é objetivo dos programas de *Compliance* evitar que as empresas sejam castigadas por um delito, mas sim que estejam de acordo com a legislação geral e a vinculada a sua atividade fim, ou seja, esteja em conformidade.

Cabe ao código de ética da empresa delimitar as condutas proibidas e quais as normas de comportamento a serem seguidas dentro da empresa.

Ou seja, a implantação de um programa de *Compliance* efetivo pelas empresas é um caminho sem volta, especialmente diante do cenário jurídico mundial⁽⁸⁾ e do Brasil.⁽⁹⁾

Notas

- (1) SOUZA, José Carlos Rodrigues de. Responsabilidade penal da pessoa jurídica e sua justificativa social. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, RT, v. 9, p. 141, 1998.
- (2) MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*: doutrina, jurisprudência, glossário. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2004. p. 782
- (3) Lei Anticorrupção: pretensamente administrativa, mas que se reveste de inegável caráter penal, sem as garantias respectivas.
- (4) Termo econômico e empresarial que toma de assalto o mundo jurídico.
- (5) O termo *compliance*, originado do verbo inglês *to comply*, pode ser entendido como: (...) o dever de cumprir leis, de estar em conformidade e fazer cumprir leis, diretrizes, regulamentos internos e externos, impostos às atividades da instituição, buscando mitigar o risco atrelado à reputação e o risco legal/regulatório. (...). COIMBRA, Marcelo de Aguiar; BRINDER, Vanessa Alessi Manzi. *Manual de compliance*: preservando a boa governança e a integridade das organizações. São Paulo: Atlas, 2010. p.2.
- (6) Decreto 8.420, de 18 de março de 2015, que regulamenta a Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências.
- (7) *Compliance officer* tem que ser um maestro de batuta firme. É o eixo ao redor do qual o sistema de integridade se constrói. É um “funcionário tido como diretor ou responsável pelo controle interno, teria por missão a devida implementação e cumprimento dos códigos assumidos como de acordo com a regulamentação do Estado, (...) pode e deve fazer o impossível para evitar qualquer tipo de conduta ilícita ou indesejada na companhia”. (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 143-144.
- (8) Convenção Internacional contra a Corrupção, de 29 de março de 1996; Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, em 17 de dezembro de 1997 (OCDE); Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 31 de outubro de 2003.
- (9) Lei 9.605/1998 - RPPJ - Responsabilidade Criminal da Pessoa Jurídica dos Crimes Ambientais; Lei 9.613/1998 – Crimes de Lavagem de Dinheiro; Ação Penal 470 (Mensalão); Lei 12.6846 - Lei Anticorrupção.

Carlos Alberto Bezerra de Queiroz Filho

Pós-Graduado em Direito Público pelo ATF – Cursos Jurídicos.

Pós-Graduando em Ciências Criminais pela PUCMG.

Advogado.



Fundado em 14.10.92

DIRETORIA DA GESTÃO 2017/2018

DIRETORIA EXECUTIVA

Presidente: Cristiano Ávila Maronna

1.º Vice-Presidente: Thiago Bottino do Amaral

2.ª Vice-Presidenta: Eleonora Rangel Nacif

1.º Secretário: Renato Stanzziola Vieira

2.º Secretário: Roberto Luiz Corcioli Filho

1.º Tesoureiro: Edson Luis Baldan

2.º Tesoureiro: Bruno Shimizu

Assessora da presidência: Jacqueline Sinhoetito

Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais:

Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo Gomes

CONSELHO CONSULTIVO

PRESIDENTE

André 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

Cinquenta anos de vigência da prisão provisória para garantia da ordem pública

Fernando Oliveira Samuel

Em pesquisa da legislação brasileira, verifica-se que a origem do termo *garantia da ordem pública* relacionado com o tema prisão está na Lei 5.349 de 03/11/1967, que alterou a redação primitiva do art. 312 do Código de Processo Penal (que previa que: “a prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos”). Assim, numa época em que sequer havia a previsão de presunção de inocência como norma constitucional (CF/1967), a nova previsão poderia ser vista como avanço, dada a necessidade de motivação para a decretação de prisão preventiva.⁽¹⁾

A mudança de paradigma realizada pela CF/1988 torna a prisão provisória uma medida excepcional, ao alçar como garantia individual a presunção de inocência. Assim, muito diferente do contexto da ordem constitucional anterior, cabe ao legislador infraconstitucional disciplinar as situações em que a prisão provisória é autorizada. Daí o *estranhamento*. É que, se estamos diante de uma situação atípica, incomum ou de uso esporádico e pontual, difícil apontar um motivo que se harmonize com a escolha política de manter no sistema normativo uma cláusula que permita tamanha abertura como essas duas palavras: *ordem e pública*.

Esse panorama normativo que, em certa medida, legitima o sistema carcerário, sob o ponto de vista da superlotação dos estabelecimentos prisionais. É que, em dezembro de 2017, o Ministério da Justiça divulgou que a população carcerária no Brasil era de 726 mil pessoas em 30/06/2016, sendo que 40,2% (ou seja, 292 mil) são presos provisórios.⁽²⁾⁽³⁾ Ora, se no Brasil 40% da população carcerária está presa em caráter provisório, algo de muito errado deve estar a ocorrer no uso do poder punitivo estatal.

De acordo com a atual disciplina da prisão preventiva (artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal), uma vez reconhecida prova da materialidade e indícios de autoria do delito em apuração, essa medida pode ser determinada por qualquer um desses motivos: (a) garantia da ordem pública; (b) garantia da ordem econômica; (c) conveniência para instrução criminal; (d) garantia de aplicação da lei penal; (e) em caso de violência doméstica ou familiar, para garantia da execução das medidas protetivas de urgência; (f) havendo dúvida sobre a identidade civil da pessoa processada criminalmente; (g) descumprimento de medida cautelar diversa da prisão.

Para quem vivencia o cotidiano forense, há nítida impressão de que o fundamento da *garantia da ordem pública* é o mais visto em decisões judiciais desse jaez. Apenas como forma de comprovar essa assertiva a partir de critérios objetivos, realizou-se uma pesquisa jurisprudencial por meio da página da internet do Superior Tribunal de Justiça: digitou-se o termo “prisão preventiva” e cada um dos fundamentos acima indicados no campo “pesquisa livre”, anotando apenas “acórdãos”, limitando a pesquisa ao ano de 2016 (ou seja, do dia 01/01/2016 a 31/12/2016).⁽⁴⁾ Alcançou-se o resultado de que o fundamento “garantia da ordem pública” constou numa expressiva e incontestável maioria dos casos, pois gerou o resultado de 2.714 acórdãos, sendo que, nesse mesmo período, todos os demais fundamentos mencionados somados (ou seja, as outras cinco hipóteses que justificam a prisão preventiva juntas) alcançaram apenas 542 acórdãos;⁽⁵⁾ ou seja, a partir dessa metodologia, chega-se ao patamar de 83% das prisões preventivas analisadas pelo STJ versarem sobre o fundamento da garantia da ordem pública.

Suspeita-se não ser obra do acaso que *garantia da ordem pública* seja o fundamento mais comum para se determinar a prisão provisória.

Quando se analisa a prática do poder punitivo no Brasil, possível pensar numa espécie de *naturalização* de conceitos sem a mínima reflexão sobre eles. Como admitir que há o encarceramento de uma pessoa sem formação de culpa para garantir (resguardar/proteger) a *ordem pública*? O que vem a ser essa *ordem pública*? Parece haver um senso de normalidade na utilização desses conceitos sem que haja qualquer compromisso com o significado dele.

Com esses questionamentos, destaca-se um ponto nem sempre refletido: de que o *Direito se concretiza por meio da linguagem*. Há um jogo de signos, significados e significantes que influem decisivamente na própria efetividade dos direitos fundamentais, notadamente na ideia da liberdade da pessoa humana como regra, tal como foi alçada na Constituição Federal brasileira de 1988 (CF/88).

A complexidade de se estabelecer clareza no uso da linguagem no meio jurídico é constatada por **Warat**: “A convenção é quase que absoluta em sistemas como os sinais de trânsito, mas com uma forte graduação de convencionalidade nos códigos de cortesia ou em uma retórica estereotipada. Por outro lado, torna-se profundamente imprecisa, intuitiva e subjetiva das enunciações poéticas e nos textos legais. Quanto mais vaga se torna a convenção, mais o valor do signo varia de acordo com os usuários”.⁽⁶⁾

Dentre as hipóteses legais que permitem a prisão preventiva, forçoso reconhecer ordem pública como o termo mais vago dentre elas. Como se está a tratar do poder punitivo do Estado, essa reflexão remete ao conceito de *semiologia de poder*, o que, para **Warat**, se sustenta na pretensão de “analisar a significação como instrumento de controle social, como estratégia normalizadora e disciplinar os indivíduos, como fórmula produtora do consenso, como estágio ilusório dos valores de representação, como fetiche regulador da interação social”.⁽⁷⁾ Parece campo fértil para que as promessas constitucionais sejam vistas como algo ilusório, ou, na feliz expressão de **Carrara**, como mitologia no Brasil.⁽⁸⁾

O uso desmedido da prisão provisória, a partir de uma permissão legal com a amplitude proporcionada pelo art. 312 do CPP, permite contemplar a ocorrência de arbitrariedades sob o patrocínio de legitimidade, que o Direito proporciona. Não há clareza, por exemplo, para explicar como a garantia da ordem pública estaria fragilizada com uma pessoa presa por crime contra o patrimônio sem violência (como o caso do furto), mas não estaria para um caso de apuração de crimes contra a administração pública (como corrupção passiva ou peculato). A crítica, portanto, é voltada exatamente para uma linguagem “marcada por uma opacidade em que se abrigam vários sentidos podendo conotar esquemas, ideais, valores e crenças semanticamente opostos”.⁽⁹⁾

É a advertência de **Warat** ao dizer que no espaço não muito esclarecido entre significante e significado que se estabelecem consensos ocultos entre aqueles que detêm o poder; para entender que, em verdade, “as linguagens não se esgotam nas informações transmitidas, pois elas engendram uma série de ressonâncias significativas e normalizadoras das práticas sociais”.⁽¹⁰⁾⁽¹¹⁾

Visto sob outro ângulo, esse abuso da prisão provisória sob o fundamento da garantia da ordem pública também pode ser considerado uma mensagem estatal de atribuir os problemas sociais, que acarretam alguma desordem coletiva, a quem é acusado de praticar um crime; daí se justifica o cerceamento da liberdade, porque a *ordem pública* estaria resguardada. O Estado cumpriu seu papel: prendeu a pessoa causadora da desordem. A ordem foi restabelecida.

Os problemas não mais existem, ou melhor, arregimentam-se as forças policiais para alcançar a próxima pessoa que causa a desordem para encarcerá-la. A partir dos dados levantados, pode-se estimar que, dentre os 292 mil presos provisórios, 248 mil estão encarcerados sem formação definitiva de culpa, sob o argumento de que a ordem pública seja resguardada.

Como visto, após 50 anos de existência normativa da *garantia da ordem pública* no ordenamento brasileiro, acredita-se que nem mesmo o legislador mais entusiasta do *Direito Penal repressor* imaginaria tamanho *sucesso* dessa medida. Talvez a situação carcerária não estivesse neste ponto se se mantivesse no ordenamento a possibilidade de prisão provisória apenas para crimes cuja pena máxima fosse igual ou superior a 10 anos. De todo modo, fato é que jamais se pensou a necessidade de sofisticação do discurso como forma de *aparentar* um sistema de direitos para que, ao fim e ao cabo, as práticas judiciais de meio século atrás ainda sejam vistas na atualidade.

Notas

- (1) Após a lei de 1967, passou a ser: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova de existência do crime e indícios suficientes da autoria”.
- (2) Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (atualização junho de 2016). Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2017.
- (3) Até pouco tempo, o Conselho Nacional de Justiça anunciou em sua plataforma da internet que a população carcerária no Brasil alcançaria patamar superior a 654 mil pessoas encarceradas em 2017 e que era de 34% a quantidade de presos provisórios. Como se viu, essas informações são distintas das publicadas pelo Depen, exatamente por conta da metodologia: o Depen utilizou informações prestadas pelos próprios estabelecimentos prisionais; e o CNJ, informações dos tribunais. Parece muito mais próximo da realidade o dado do Depen do que o do Judiciário, tendo em vista que neste é mencionado o número de presos a partir dos processos existentes. Utiliza-se como exemplo o sistema que temos a oportunidade de conhecer: o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Nele, a listagem de presos provisórios disponível no sistema oficial (chamado SPG – sistema de primeiro grau) aponta a existência apenas de pessoas encarceradas que não tiveram nenhuma sentença proferida; assim, uma vez cadastrada a sentença condenatória

com a definição da pena em primeira instância, a pessoa fica excluída dessa lista. Desse modo, a incoerência está na condição do réu que ainda não tem condenação transitada em julgado (pois pendente de recurso, que é muito comum em caso de condenação), mas que está ausente da lista do TJGO de preso provisório, muito embora assim seja considerado pelo ordenamento jurídico em vigor.

- (4) Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 29 mai. 2017>.
- (5) A pesquisa foi realizada da seguinte forma: acessamos o sítio eletrônico do STJ e, no campo “pesquisa livre da jurisprudência”, digitamos “prisão preventiva”, “garantia da ordem pública”, limitando a *acórdãos* e o período de 01/01/2016 a 31/12/2016, o que gerou o resultado de 2.714 acórdãos; nova pesquisa com os termos “prisão preventiva”, “garantia da ordem econômica”, utilizando os demais critérios idênticos, resultaram em 4 acórdãos; outra, com “prisão preventiva”, “conveniência para instrução criminal” alcançou o resultado de 390 acórdãos; mais uma pesquisa jurisprudencial com os termos “prisão preventiva”, “garantia de aplicação da lei penal” gerou 72 acórdãos; em outra, digitando “prisão preventiva”, “violência doméstica” apareceram 52 acórdãos; por fim, pesquisando “prisão preventiva”, “descumprimento de medida cautelar” constaram 24 acórdãos.
- (6) WARAT, Luis Alberto. *O direito e a sua linguagem*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1984. p. 27.
- (7) Idem, p. 18.
- (8) Mitologia é uma expressão utilizada por Rubens Carrara, que faz uma relação entre o mito (nas promessas constitucionais e legais ligadas ao poder punitivo) e a acomodação de um caráter autoritário na sociedade brasileira, a exemplo do seguinte trecho de sua obra: “a versão/doutrina oficial esconde a funcionalidade real dos mitos e a sua importância na reprodução acrítica de práticas forenses, forjadas para modelos autoritários/antigarantistas de sociedade” (CASARA, Rubens R. R. Mitologia processual penal. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 25).
- (9) BRANDÃO, Helena Nagamine. Enunciação e construção do sentido. In: FIGARO, Roseli (Org.). *Comunicação e análise do discurso*. São Paulo: Contexto, 2012. p. 22.
- (10) Idem, p. 15.
- (11) Algo com maior amplitude é defendido por Pierre Bourdier a respeito do poder simbólico: “As diferentes classes e frações de classes estão envolvidas numa luta propriamente simbólica para imporem a definição do mundo social mais conforme aos seus interesses, e impõem o campo das tomadas de posições ideológicas reproduzindo em forma transfigurada o campo das posições sociais”. (*O poder simbólico*. Lisboa: Edições 70, 2011. p. 08).

Fernando Oliveira Samuel
Mestre em Direito Constitucional pela EDB/IDP.
Juiz de Direito.

O papel da defesa e suas dificuldades na área infracional: do ECA à prática

Tatiana Lourenço Emmerich de Souza

Na justiça juvenil, a defesa começou a ter seu papel evidenciado quando crianças e adolescentes se tornaram sujeitos de direitos. Dessa maneira, principalmente na área infracional, a viabilização dos direitos começou a ocorrer via defesa técnica, o que tornou o papel do advogado relevante para o correto curso do processo, dentro do que diz o princípio do devido processo legal, que garante que todo o processo deve correr seguindo as normas jurídicas previstas na legislação brasileira.

A defesa técnica é um direito público, realizada por um advogado ou defensor a seu assistido, este que teve imputações de caráter infracional ao seu respeito. Os profissionais advogados são dotados de condições técnicas para realizar a defesa, em paridade com o Ministério Público. Segundo a legislação do ECA, o estatuto deve ser obedecido em sua integralidade para que a defesa não suscite nulidades durante o curso do processo.

Nos processos que envolvem atos infracionais, essa defesa será obrigatória, segundo o artigo 207 do ECA, mesmo para aqueles que se encontrarem foragidos. Ela deve começar desde a fase policial,

na qual o adolescente, já no ato de sua apreensão, deverá tomar conhecimento de seus direitos e garantias através da figura de um advogado ou defensor público.

A atuação da defesa na justiça juvenil é exercida por dois personagens: o defensor público e o advogado privado. É importante ressaltar que ambos são regidos pelas mesmas normas inseridas no ECA e na CRFB/88; e a qualquer momento podem ser acionados para realizar a defesa técnica de jovens em conflito com a lei.

No ECA, a defesa pela Defensoria Pública é prevista no artigo 141, com atuação permanente quando for necessário. Em alguns estados do Brasil, ainda não existe a presença do órgão da Defensoria Pública, o que acarreta a competência da defesa para advogados dativos e, principalmente, do Ministério Público dos estados.

Por exemplo, o Estado do Rio de Janeiro criou uma das pioneiras Defensorias Públicas⁽¹⁾ do Brasil.⁽²⁾ Na comarca do Rio de Janeiro, de cinco Varas da Infância e Juventude, apenas uma é direcionada a infrações em âmbito de conhecimento; e há uma recém-criada Vara de Execução de medidas socioeducativas.

Do ponto de vista prático normativo, tanto a defesa pública quanto a privada possuem paridade em relação ao exercício de função nos tribunais, delegacias e demais órgãos públicos que se relacionam aos jovens que cometeram atos infracionais. Porém, suas principais diferenças aparecem especialmente em relação ao volume e condições de trabalho.

Em relação ao volume, foi possível perceber na prática que a Defensoria Pública atua na maioria dos processos que envolvem adolescentes em conflito com a lei, ficando uma minoria com o patrocínio da causa por advogados privados. Isso acontece devido à maioria dos jovens advirem de classes mais pobres, nas quais as famílias não têm condições de arcar com honorários advocatícios privados.

Interessante destacar que, apesar do grande volume de processos, somente uma pequena quantidade de autos sobe para a 2ª instância recursal. Segundo os dados fornecidos pelo setor de estatística do TJRJ, em um universo de 16.355 processos no mês de março de 2017, apenas 42 foram remetidos ao Tribunal para julgamento de recursos ou *habeas corpus*.

Nas tabelas fornecidas pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, no “*Projeto Planejando a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro: uma análise de alocação de defensores entre as comarcas*”, publicado em maio de 2017,⁽³⁾ são apresentadas estatísticas descritivas sobre a distribuição de carga de trabalho pelas comarcas por competência – respectivamente: criminal, família, fazenda pública, infância e adolescência e cível.

Segundo o referido *Projeto*, a carga de trabalho total da Defensoria Pública no Estado é de 668.548 mil processos, perfazendo uma carga de trabalho de 1.494 processos por defensor efetivo, conforme verificado no estudo; na área da Infância e Juventude, a porcentagem gira em torno de 4,9% desse total.

A condição de trabalho também é um fator que influi na defesa. Atualmente a Defensoria Pública vive a falta de repasse de recursos do Estado para sua plena atuação. O corpo de defensores também não acompanha o número de defesas, ou seja, o número de processos de atos infracionais é muito maior que o corpo de defensores públicos necessários para atingir uma efetividade da defesa na garantia dos direitos desses adolescentes em conflito com a lei. No Rio de Janeiro, conforme a pesquisa, o máximo de processos previstos na tabela contabiliza 26.121 processos; atualmente, porém, o total estadual na comarca já se encontra em 33.700 processos, aumento significativo dentro da competência da Infância e Juventude.

No mesmo estudo,⁽⁴⁾ independentemente do recorte apresentado, os números sugerem que, por conta da especialização no acompanhamento dos processos, cada defensor é capaz de lidar com um número significativamente superior à carga média global de processos. Os dados são alarmantes, visto que temos 45 defensores públicos para um total de 33.700 processos; em média, uma carga de 702 processos para cada um deles.

Essa carga também é bastante alta na capital do Rio de Janeiro, onde foi possível identificar em torno de 24 defensores públicos para uma demanda geral de 26.121 processos; cada profissional tem sob sua responsabilidade cerca de 1.090 processos. Vale a pena destacar que são dados de setembro de 2015.

Com a crise econômica de 2017, essa situação foi agravada. Por fazer parte do Poder Executivo, as defensorias muitas vezes têm sua verba dividida com o pagamento de salários atrasados de outros funcionários públicos, sofrendo a consequente falta de investimento em sua estrutura de trabalho.

Nesse ponto, a defesa privada se sobressai; o volume é menor, e muitas vezes a qualidade da defesa tende a ser melhor. Importante lembrar que não nos referimos ao conhecimento técnico dos profissionais, mas, sim, a como a carga de trabalho pode afetar a sua atividade.

Assim, quando falamos no papel da defesa, por mais que sua

atuação se mostre necessária e fundamental conforme estabelece os artigos do ECA, por preservar a observância dos direitos e garantias estabelecidos no ordenamento pátrio e em convenções internacionais ratificadas, verificamos que, na prática, esse papel é quase “inexistente” dentro do rito da justiça juvenil.

Essa ausência também pode ser percebida quando ocorrem muitas trocas de patronos nos processos, ou seja, quando existe uma constante mudança de defensores e advogados em uma mesma causa. Isso acarreta ausência de defesa em períodos cruciais do procedimento, comprometendo o cumprimento da ampla defesa dos jovens.

Esse fato pode resultar, consequentemente, na quebra da estratégia desenhada anteriormente pelo defensor ou advogado responsável pelo caso, gerando possíveis prejuízos para a nova defesa estabelecida, principalmente para o adolescente que está submetido à defesa material.

A estratégia construída pode também, ser destituída no próprio Juízo da Infância e Juventude infracional, quando se indefere a tese defensiva, impossibilitando-a de produzir os efeitos a que ela se destina – muitas vezes, por fundamentos totalmente subjetivos e dotados de características de um modelo inquisitório.

Por muitas vezes, na prática, isso também ocorre quando a defesa técnica, por exemplo, levanta estratégias fracas, que não contestam provas, laudos ou levantam qualquer evidência de possível contradição, entre testemunhas, principalmente aquelas ligadas à figura dos policiais.

Essas provas são geralmente usadas como suporte para embasar os pareceres ministeriais e decisões judiciais para aplicação de medidas socioeducativas, principalmente no que tange às medidas privativas de liberdade. Muitas vezes, o que acontece na prática é uma convivência dos advogados e defensores com as posições “superiores” do *Parquet* e do juiz, que tendem a realizar um juízo de valor sobre a personalidade do adolescente, se esquecendo do ato que foi cometido.

Ressalto mais uma vez que esse juízo de valor, realizado apenas com base na personalidade do adolescente, tem traços característicos da sujeição criminal,⁽⁵⁾ perigosíssima à segurança jurídica do processo e principalmente à integridade dos adolescentes em conflito com a lei. É previsto que nenhuma condição pessoal do adolescente deva ser motivo para imposição de medidas socioeducativas mais gravosas. Para tais medidas, é necessário avaliar também a ação realizada frente ao seu resultado. No mais, sem esses critérios, segundo [Costa \(2005\)](#), estaremos a admitir um direito penal do autor.

Tendo em vista que a defesa também enfrenta dificuldades para exercer a defesa técnica em cumprimento com as normas do ECA em sua integralidade, destaquei cinco déficits de atuação da defesa frente às normas do Estatuto da Criança e do Adolescente, que observei na prática: 1) falta de questionamento da formalidade da peça de Representação (artigo 182 c/c 103 do ECA); 2) falta de observação da materialidade e autoria dos atos infracionais (artigo 189 do ECA); 3) falta de referência a tipicidade e culpabilidade dos adolescentes nas defesas; 4) falta de evocação adequada ao princípios constitucionais nas peças processuais; e 5) falta de conhecimento técnico das normas penais utilizadas analogicamente assim como as normas do ECA.

Dessa maneira, as dificuldades e as lacunas da legislação da Infância e Juventude ultrapassam limites da norma posta. Queremos dizer com isso que, na Justiça Juvenil, ainda existe dificuldade de compreender a necessidade da defesa frente a representação Ministerial com a função de garantir que a Lei seja cumprida para que os ritos processuais sejam respeitados e, portanto, sejam aplicados os direitos e garantias fundamentais dos adolescentes que ingressam no sistema socioeducativo.

Portanto, elegi as cinco principais dificuldades processuais da defesa na Justiça Juvenil: 1) lacunas na legislação do ECA sobre a necessidade da defesa em momentos processuais e em casos

específicos, como, por exemplo, no momento da remissão; 2) fase pré-processual sem a presença efetiva da defesa, em que os acordos são realizados apenas entre o adolescente e o Ministério Público; 3) falta de previsão legal no ECA sobre o que o juiz deve fazer se o adolescente se apresentar em juízo, principalmente na audiência de apresentação, sem defesa; 4) falta de previsão no ECA de defesa em audiência de apresentação de fatos considerados de menor gravidade; e 5) Falta de previsão pelo ECA de defesa na regressão de medidas, por seu não cumprimento pelos adolescentes.

O que vemos na prática ainda é uma justiça enraizada culturalmente na situação irregular, em que a defesa acaba sendo manipulada por posicionamentos majoritários impostos, mas apresentados como se fossem de comum acordo, sobre o que seria melhor para o adolescente. Ou seja, muitas vezes, concorda-se com a privação de liberdade mesmo que não ocorra a defesa técnica, visto que já existe uma “sabedoria popular” dentro dos tribunais, determinando que medidas socioeducativas de internação seriam melhores porque tirariam o adolescente da rua ou do seu meio, para que assim ele possa não reincidir e receber o tratamento adequado.

Infelizmente, esse pensamento é dotado de um vazio de conhecimento sobre o atual estado do sistema socioeducativo, sobretudo no que diz respeito ao abrigamento de adolescentes que cumprem semiliberdade e internação.

Como vimos, as dificuldades da defesa são inúmeras. Reuni, neste artigo, as cinco mais discutidas e enfrentadas diariamente por advogados e defensores, podendo destacar: 1) sistema acusatório com características fortes de sistema inquisitório, que mitiga o papel da defesa e sua essencialidade dentro do rito processual, corroborando com a manutenção do pensamento da situação irregular; 2) grande carga processual das Defensorias Públicas frente a pequena quantidade de advogados privados especializados na área de Infância e Juventude; situações que podem acarretar déficits na defesa técnica; 3) legislação do ECA apresenta lacunas em alguns artigos sobre a obrigação da defesa em determinados momentos do rito da Justiça Juvenil, muito frequente na fase pré-processual; 4) Ministério Público em posição de destaque, colocando a defesa em posição inferior em relação ao estabelecimento de medidas socioeducativas; e 5) diferenciação institucional da defesa frente à estrutura triangular do processo.

Referências

- BATISTA, Karyna. O direito penal juvenil. São Paulo: RT, 1998.
- BATISTA, Vera Malagutti. Díficeis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 1998.
- COSTA, Ana Paula Motta. As garantias processuais e o direito penal juvenil: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.
- SOUZA, Gisela Simona Viana. O papel do advogado na defesa técnica do adolescente acusado da prática do ato infracional. Associação Nacional dos Centros de Defesa da Criança e do Adolescente. São Paulo, pp. 49-60, 2006.
- SPOSATO, Karyna Batista. O direito penal juvenil no estatuto da criança e do adolescente. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.
- VERONESE, Josiane Rose Petry. Acesso à justiça: a defesa dos interesses difusos da criança e do adolescente – ficção ou realidade? Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1994.

Notas

- (1) Lei complementar 80, de 12 de janeiro de 1994, que Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências.
- (2) Lei Complementar Estadual nº6/77 que rege a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro/RJ.
- (3) Disponível em: <<http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/b05dd02785e44af8b734280d8cff3c9b.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2017>.
- (4) *Projeto Planejando a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro: Uma Análise de alocação de Defensores entre as comarcas*. Importante ressaltar que este é o único estudo de pesquisa e estatística realizado pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro disponível para acesso no site da própria instituição, que, de maneira singela, abordou a questão de processos *versus* quantidade de defensores. É essencial o questionamento sobre a dificuldade de acesso aos dados estatísticos da instituição quando o fim é o seu uso para pesquisa. Notável também a carência de dados sobre o assunto.
- (5) Conceito abordado por (MISSE, 1999) “Para sublinhar uma importante dimensão do que estou chamando de sujeição criminal é preciso compreender que, no Brasil, pelo menos a partir de meados dos anos 1950, sempre houve certa justificação, eu não diria consensual, mas habitual, para a eliminação física de criminosos comuns, mesmo quando sua ‘periculosidade’ não poderia servir para justificá-la”.

Tatiana Lourenço Emmerich de Souza

Pós-graduada em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra/IBCCRM.
Mestre em Políticas Públicas em Direitos Humanos pela UFRJ.
Advogada.

O reconhecimento por fotografia e a hermenêutica probatória nas decisões do STJ

Daniel Kessler de Oliveira

Toda a estruturação de um processo penal passa pela forma como este é concebido; e essa concepção irá influenciar, sobremaneira, na aplicação dos dispositivos legais que regulam a matéria.

As coisas não existem se não puderem ser representadas por alguma linguagem; é nesse ponto que reside a problemática que desemboca no processo penal.

Ao tratarmos a linguagem, inevitavelmente devemos lidar com a interpretação, com a hermenêutica e com todas as nuances inerentes às ciências; *tão humanas e, ao mesmo tempo, tão distantes* do enfrentamento pela doutrina e, mais ainda, de uma compreensão pelos aplicadores do Direito.

Por isso, é necessário que consigamos refletir acerca desses aspectos para que possamos compreender a lógica por detrás de

algumas interpretações da legislação processual penal.

A forma como se concebe o processo penal irá influenciar diretamente no regramento probatório. Em uma lógica amparada nas matrizes inquisitoriais que colocam o julgador como ente supremo do processo, e que aspiram à revelação da *verdade real* como objetivo do processo, a prova terá uma finalidade distinta daquela que se verifica ao se conceber o processo como um *caminho necessário para se chegar, legitimamente, a uma pena* ⁽¹⁾ em que as partes atuem em paridade de condições e o julgador seja um terceiro imparcial alheio aos interesses da causa.

Uma visão eficientista do processo penal, amparado em preceitos utilitaristas, na lógica dos *fins justificando os meios*, enxerga a finalidade do processo como a aplicação de uma pena e,

portanto, concebe todas as formas que visam estabelecer garantias como obstáculos à realização da (pseudo) justiça.

Um processo penal guiado por essa lógica, amparado nessa matriz, prioriza o inquérito policial, abusa de medidas cautelares, relativiza formas, dentre tantas outras medidas que buscam celeridade ao processo penal, ainda que ao custo de sua qualidade.

É isso que se percebe em um grande número de processos criminais em nosso país, processos mal instruídos, investigações deficientes, provas extremamente frágeis e desfechos condenatórios.

Não se está a dizer que em todos esses casos houve erros porque as pessoas eram inocentes. A questão é muito mais complexa: a possibilidade de erros judiciais se amplia quando o controle probatório é relativizado, quando as garantias são desprezadas e quando a qualidade probatória cede em nome de deduções, hipóteses, crendices e convicções.

O instrumento processual está a serviço da qualidade jurisdicional; somente poderemos ter uma prestação jurisdicional legítima se ela preceder de um processo penal devido e legal.

Uma prática muito usual vem se repetindo em delegacias e adentrando processos criminais em todo o país: *o reconhecimento por fotografia*.

É preciso refletir sobre os problemas decorrentes dessa prática, avaliando a concepção do processo penal e a sua influência na hermenêutica probatória.

Pois bem, os argumentos que justificam essa prática giram em torno de que *é muito mais prático e econômico*, pois basta demonstrar uma fotografia. Seria mais “seguro” pois não necessitaria deslocar ninguém até a delegacia nem colocar o preso e a vítima “frente a frente”.

Essa prática não encontra regulamentação em nossa legislação processual, que trabalha com o reconhecimento presencial do suspeito, como preceitua o Art. 226 do CPP.

Além do mais, impera uma visão reducionista que entende que o CPP regulamenta o reconhecimento em juízo e que aquele realizado na fase policial, por ser uma medida meramente investigatória, não precisaria obedecer todas aquelas formalidades.⁽²⁾

Ora, o inquérito policial é um momento de colheita de elementos investigatórios que permitam a formulação de uma acusação; mas, em nosso sistema, o inquérito integra os autos do processo; e os elementos lá colhidos são utilizados para justificar desfechos condenatórios, ainda que o Art. 155 do CPP diga o contrário.

Ora, um reconhecimento realizado na delegacia poderá *ser confirmado em juízo* e isso bastará para uma condenação.

Esse é outro ponto problemático, pois diversas decisões referem que *o reconhecimento realizado na fase do inquérito necessita ser confirmado em juízo*.⁽³⁾ Mas a pessoa vem e confirma em juízo, reconhecendo quem reconheceu na delegacia. O problema não está na má-fé ou na mentira do “reconhecedor”, mas na fragilidade desse meio de investigação, que permite induções, equívocos e contaminações. Assim, a “prova” não será produzida em juízo e nem de acordo com as disposições legais. Ela será produzida em contrariedade à lei, no inquérito policial, e ganhará “um banho de legalidade” que apenas irá esconder as suas marcas indeléveis de ilegalidade; mesmo assim, servirá a um desfecho condenatório.

Precisamos lembrar que a investigação não deve buscar revelar UM culpado, mas sim localizar O culpado. E nisto reside uma enorme diferença. A luta aqui é, também, pela qualidade da investigação, para que se reduzam ao máximo as possibilidades de erros, sejam decorrentes da condenação de inocentes ou da absolvição de culpados.

Esses entendimentos parecem ter superado a exigência de que o reconhecimento fotográfico fosse realizado na forma como preceitua o Art. 226 do CPP.⁽⁴⁾ Ora, esse entendimento já era equivocado, pois o referido artigo não permite o reconhecimento por fotografia.

Entretanto, dos males, o menor, pois ao menos condiciona o ato a critérios de formalidade.

Assim, como se depreende dessas decisões, o reconhecimento fotográfico para ter validade teria que seguir os passos que o CPP exige, ou seja, a pessoa que fará o reconhecimento “*será convidada a descrever a pessoa que será reconhecida*”; a pessoa que irá ser reconhecida (ou suas fotografias) “*será, se possível, colocada ao lado de outras que com ela tiver semelhança*”.

Com essa formalidade se evita a realização do que hoje é feito quando a pessoa chega à delegacia e lhe é apresentada uma fotografia de um suspeito e lhe é perguntado se o reconhece. Quando a resposta for negativa, prontamente se abre o “cardápio de suspeitos”; e é permitido que escolha um dentre aqueles estereotipados como “bandidos”, normalmente com diversos antecedentes policiais.

O problema do reconhecimento fotográfico está na sua fragilidade, na possibilidade de indução, de erro, de equívoco, de se construir a imagem do suposto suspeito a partir do fato de ele constar na “ficha da polícia”, de uma pessoa ser levada a identificar alguém em uma foto pequena, que retrata apenas um ângulo do rosto e, não raras vezes, sem cores.

Lutar contra a perpetuação dessa prática não é buscar a impunidade; não há mais espaço para esse discurso reducionista e ilusório, que parte de um pressuposto de infalibilidade das autoridades policiais. Devemos lutar por práticas que reúnam as melhores condições de elucidação do fato sem desrespeitar os ditames legais.

Uma prova produzida em contrariedade à lei é uma prova ilícita e, portanto, não pode embasar uma decisão judicial.

A licitude probatória cede diante de um anseio maior, de algo mais “nobre”, de se revelar a verdade e fazer a “justiça”. A forma (garantia) vista e tratada como formalidade desvirtua a essência do processo penal.

Portanto, o devido processo penal é a observância de suas formas, não podendo a disciplina legal que regulamenta uma prova ser considerada *mera recomendação*, tampouco a importação de categorias civilistas que exigem a *demonstração do prejuízo para o reconhecimento da nulidade*, quando o prejuízo está evidenciado no próprio desfecho condenatório que se amparou em práticas ilegais.

Portanto, todas essas práticas não resistem a uma filtragem constitucional, que exige do processo penal um outro papel em uma estruturação democrática de Estado, como adverte **Rubens Casara**: “*A função primordial do processo penal é limitar (racionalizar) o poder punitivo estatal e não potencializá-lo em nome do direito abstrato à segurança pública*”.⁽⁵⁾

Notas

- (1) LOPES JR., Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. v. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 9.
- (2) STJ HC 393172/RS – Min. Félix Fischer. 5ª Turma. Julgado em 29.11.2017. STJ RHC 81376 / MT – Min. Félix Fischer. 5ª Turma. Julgado em 19.10.2017. STJ. HC 339820 / RJ. Min. Jorge Mussi. 5ª Turma. Julgado em 08.03.2016.
- (3) STJ AgInt no AREsp 979336 / SP – Min. Néfi Cordeiro. 6ª Turma. Julgado em 05.09.2017. STJ - RHC 84002 / RJ – Min. Reynaldo Soares da Fonseca. 5ª Turma. Julgado em 27.06.2017. STJ - 296.381/SP, Min. Marco Aurélio Belizze, 5ª Turma. Julgado em 26.08.2014.
- (4) STJ. HC 232960 / RJ – Min. Rogério Schietti Cruz. 6ª Turma. Julgado em 15.10.2015. STJ. HC 273043 / SP – Min. Laurita Vaz. 5ª Turma. Julgado em 27.03.2014.
- (5) CASARA, Rubens R.R. Mitologia processual penal. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 142.

Daniel Kessler de Oliveira

Mestre e doutorando em Ciências Criminais pela PUCRS.

Professor de Direito na Universidade Feevale-RS.

Advogado.

A pedofilia enquanto transtorno: análise crítica

Cristiane Souza Costa

1. Introdução

A sexualidade humana está intrinsicamente ligada aos códigos culturais e sociais de uma determinada comunidade. O estabelecimento de padrões de normalidade e anormalidade em termos de comportamento sexual é reflexo de determinados padrões socialmente construídos, o que dificulta a produção de um conhecimento técnico e desprovido de determinados pré-conceitos em torno do assunto.⁽¹⁾

Entretanto, algumas manifestações da sexualidade humana suscitam a interferência estatal, na maioria das culturas, devido às consequências produzidas por alguma determinada manifestação. A pedofilia é dos grandes exemplos dessa situação que envolve conceitos clínicos e jurídicos, atraindo a tutela do Estado.

A fim de compreender do que se trata a pedofilia e identificar se avançamos ou retrocedemos no tema, o presente artigo pretende investigar as disposições clínicas em torno do assunto, pontuar sua qualificação dentro do meio jurídico (em especial, o Direito Penal) e comparar as ações brasileiras com as de outros dois países.

2. Pedofilia enquanto transtorno

A sexualidade é um tema delicado na cultura ocidental e se torna mais grave quando é relacionada a algum tipo de comportamento socialmente reprovável ou clinicamente classificado como patológico.⁽²⁾

A pedofilia se encaixa nesse grande limbo de assuntos que são classificados clinicamente como doenças, mas que socialmente são vistos de outra forma. No Brasil, a pedofilia não é tida como ilícito penal *tecnicamente*, mas como parafilia.⁽³⁾ Tal posição segue o indicador americano de doenças clínicas: Manual Diagnóstico e Estatístico de Doenças Mentais (DSM-5, em inglês), que define a pedofilia como sendo um comportamento no qual um indivíduo adulto (ou com pelo menos cinco anos de diferença entre idades) se sente atraído sexualmente por crianças pré-púberes.⁽⁴⁾

Ainda segundo o DSM-5, existe uma importante distinção entre o indivíduo *portador de transtorno pedofílico* e o que apresenta *interesse sexual pedofílico*. Os indivíduos que apresentam desejos sexuais por crianças ou pré-púberes, entretanto, não materializam esses desejos e/ou não relatam dor ou sofrimento frutos dessa condição – possuem *interesse sexual pedofílico*, mas não são portadores do transtorno em si.

Complementando essa distinção, a *American Psychiatric Association* (APA) salienta que nos casos em que não há a materialização do desejo sexual por crianças pré-púberes ou por menores, pode existir uma *orientação sexual de desordem pedofílica*, mas não o quadro patológico em si.⁽⁵⁾

2.1. O diagnóstico

Em termos de diagnóstico *clínico* do transtorno pedofílico, o DSM-5 estabelece que deve ser observada a incidência por mais de seis meses de três características:⁽⁶⁾ i) desejo sexual por crianças ou pré-púberes; ii) materialização de tal desejo ou identificação de alguma limitação ou sofrimento psicossocial no portador e; iii) diferença de, pelo menos, cinco anos em relação à criança ou ao pré-púbere desejado.

Além disso, os casos nos quais os indivíduos que não relatarem limitação ou sofrimento previsto no item ii acima, entretanto, mostrarem dificuldades psicossociais decorrentes do desejo sexual por pré-púbere, num período mínimo de seis meses, encaixam-se,

também, no diagnóstico, na medida em que o autorrelato não anula as outras formas de manifestação do transtorno.⁽⁷⁾

Quando o portador de pedofilia está prestes a sair da fase de adolescência, cabe um diagnóstico clínico cuidadoso sobre o olhar do agente frente à criança pré-púbere e à natureza de seu desejo.⁽⁸⁾

Por fim, é válido atentarmos para o fato de que a pedofilia possui diferentes formas de expressão. Segundo **Maria de Lourdes Caltabiano Magalhães** e **João Tadeu Leite dos Reis**:⁽⁹⁾ “Os comportamentos sexuais dos pedófilos variam e podem ou não envolver o uso da força física: alguns se limitam à exposição do corpo, à masturbação ou a despir calmamente a criança sem o contato genital; outros podem obrigar a criança a participar do intercuro oral e/ou genital” (p. 86).

Em linhas gerais, o transtorno pedofílico é um tema de difícil compreensão, uma vez que seu diagnóstico exige observação por um período longo, pois demanda um estudo apurado sobre a condição psíquica do agente. Traçar o limite entre o que é o transtorno em si e o que é um crime de abuso sexual é uma tarefa penosa tanto para os aplicadores do Direito, quanto para os profissionais da saúde.

3. O tratamento legal dado ao transtorno pedofílico e ao abuso sexual de menores

Como já dito, a pedofilia é considerada parafilia no Brasil, tendo o Código Penal penalizado, apenas, o ato de abuso sexual contra menores, em seu artigo 217-A:⁽¹⁰⁾ “Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos”.

Em termos penais, como a pedofilia é encarada como transtorno psíquico, nos casos em que o portador do transtorno pedofílico possui relações sexuais com menores, seria aplicada uma medida de segurança tendo em vista a condição psíquica do agente. Porém, tal solução não é pacífica na doutrina.

3.1. As medidas de segurança

No que concerne à dicotomia pena/medida de segurança, temos embates interessantes na doutrina e na legislação sobre as diferentes opções de punição dos agentes que não gozam de culpabilidade – os inimputáveis.

Em termos de recorte metodológico, utilizaremos, nesse artigo, a Teoria Tripartida quando olharmos para o conceito de crime. Ou seja, ao falarmos em crime, estamos nos referindo a um ato típico, antijurídico e culpável, no qual o terceiro critério é o que define a medida de segurança para os casos de pedofilia.⁽¹¹⁾

Tendo em vista as características das medidas de segurança descritas acima, o magistrado, no momento que lida com um caso envolvendo um portador de transtorno pedofílico, pode aplicar a pena ou medida de segurança analisando dois critérios: a periculosidade do agente (critério subjetivo) e a imputabilidade (critério objetivo). No que concerne à imputabilidade, o Código Penal brasileiro, em seu artigo 26, prevê: “Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

E, mais adiante, o parágrafo único do referido dispositivo salienta, ainda, a condição de semi-imputabilidade, nos seguintes termos: “Parágrafo único. A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não

era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

Logo, a semi-imputabilidade, para o legislador brasileiro, não exclui a imputabilidade do agente, já que o indivíduo teve sua capacidade de discernimento *reduzida*, mas não anulada. E é justamente esse parágrafo único dentro do Código Penal que possibilita ao magistrado a realização de um juízo de valor a fim de escolher entre pena – com redução – ou imposição de medida de segurança.

Em suma, pode-se sancionar o portador do transtorno pedofílico de três grandes maneiras, tendo em vista: i) sua periculosidade e ii) sua culpabilidade:

Imputável	Semi-imputável	Inimputável
Aplica-se pena	Aplica-se pena ou medida de segurança	Medida de segurança

3.2. Análise da resposta penal dada à pedofilia

Conforme explicado no tópico acima, a medida de segurança, para ser aplicada, necessita, além de uma ponderação individual da periculosidade do agente, de uma adequação com os critérios de imputabilidade, dispostos no artigo 26 do Código Penal.

Haja vista essa dupla conjunção de critérios, quando estudamos a melhor resposta penal a ser dada para o portador do transtorno pedofílico, fica o questionamento: o pedófilo se encaixa nos critérios de inimputável ou semi-imputável? Tal dúvida acaba reduzida, na maioria das vezes, a uma outra pergunta: qual era o grau de consciência do pedófilo?

Para **José Trindade**,⁽¹²⁾ tal discussão de imputabilidade em relação ao pedófilo representa um grande desafio para as ciências criminais: *“Como doença mental, a pedofilia colocaria o sujeito no registro dos inimputáveis; como perturbação mental, no quadro daqueles considerados de responsabilidade penal diminuída. Em qualquer das hipóteses, com limitada possibilidade de um tratamento curativo definitivo. Todavia, como doença moral, a pedofilia não retiraria a responsabilidade do agente, e o pedófilo seria inteiramente responsável por seus atos”*. (p. 82-83)

Sendo assim, podemos afirmar que a simples indagação acerca da consciência ou não de seus atos cai por terra quando estamos diante do transtorno pedofílico. Aqui, o portador tem total condição de entender seus atos, porém, a sua condição sexual e seus ímpetos acabam, por vezes, a ultrapassar o quadro do desejo e se materializam em uma realidade que é penalmente tratada no Brasil.

Ao estudarmos a melhor resposta penal a ser dada ao portador do transtorno pedofílico, fica evidente que os dois critérios supracitados (periculosidade e imputabilidade) são obsoletos nesses casos. Explicamos: dentro do campo jurídico, ou o pedófilo é considerado imputável e responde com uma pena por seus atos ou é visto como semi-imputável, tendo que ser sancionado por medida de segurança. Em ambas as situações, a sua condição fica em segundo plano.

Quando se trata de penas, as chances de um indivíduo ser visto como carente de ajuda psíquica tornam-se praticamente nulas, frente à estrutura carcerária atual do Brasil.⁽¹³⁾ Já em relação às medidas de segurança, também não são recomendadas, pois não delimitam um prazo de vigência até que o agente “cure-se” da doença. Porém, como já dito, a pedofilia é um transtorno inerente à orientação sexual do indivíduo e não apresenta uma cura linear como a de outros casos, o que pode significar a perpetuação de medidas de segurança.⁽¹⁴⁾

Analisando esse quadro de pena/medida de segurança, a resposta estatal brasileira, por meio do Direito Penal, dada ao portador pedofílico é insatisfatória.

4. Propostas internacionais de tratamento legal em torno da pedofilia

No Brasil, não possuímos um modelo básico/exclusivo de tratamento do transtorno pedofílico. O indivíduo, se sancionado

por uma medida de segurança, terá pela frente poucas opções de tratamento e, caso responda por uma pena tradicional, dificilmente obterá ajuda clínica, podendo cumprir toda uma pena e reproduzir os comportamentos quando em liberdade.

Estando ciente desse impasse, estudaremos, agora, duas experiências europeias, uma na Alemanha e outra na Espanha, que inverteram essa lógica e privilegiaram a abordagem clínica e psíquica como opções de ações para lidar com o portador do transtorno pedofílico e, paralelamente a isso, quebraram o *tabu* em torno dessa condição.

4.1. Projeto *Dunkelfeld* na Alemanha

A Alemanha é pioneira na adoção de campanhas terapêuticas relacionadas ao transtorno pedofílico. Atualmente, o projeto trabalha com a chamada “prevenção primária”, através do Projeto *Dunkelfeld*,⁽¹⁵⁾ que atua em duas frentes: i) promoção do debate público em torno do assunto e ii) fornecimento do acesso gratuito e voluntário a terapeutas.

O acompanhamento terapêutico pode ser buscado voluntariamente pelos cidadãos, mas também a pedido do juiz. No que concerne à área pública, o projeto desenvolve campanhas publicitárias que tratam do assunto e são vinculadas às televisões nacionais.

Os objetivos do projeto são promover: i) uma percepção e avaliação adequadas de desejos e necessidades sexuais; ii) a capacidade de identificar e lidar com desenvolvimentos perigosos de relações sexuais e iii) a construção de estratégias para prevenir ofensas sexuais.

A *ideia base* no programa estatal é a de que agentes com comportamentos pedofílicos conseguem entender sua condição, não colocar tais desejos em prática e ter, na figura da terapia, um apoio e ajuda para compreender (e conviver com) sua condição.

Segundo a página oficial do projeto: *“A terapia ocorre semanalmente em um grupo, bem como individualmente e com a participação de parceiros ou parentes, quando necessário. O tratamento segue um plano de terapia estruturado, mas leva em conta as necessidades individuais e em consulta com os participantes. Integra abordagens psicoterapêuticas, sexológicas, médicas e psicológicas, bem como a opção de apoio farmacêutico adicional”*.

O Projeto *Dunkelfeld* é um exemplo de política pública que enfrenta a questão do transtorno pedofílico. Ao expor à sociedade um comportamento sexual que foge do comum, ele abre espaço para o diálogo e para diferentes formas de compreensão dessa condição, afastando, assim, uma conotação criminoso para o transtorno pedofílico.

Uma das principais consequências desse projeto é a possibilidade de trabalhar com o tema sem recorrer ao Direito Penal.

4.2. A experiência espanhola e os fóruns de conversas

Na Espanha, o Instituto de Sexologia Espanhol trabalha com assistidos portadores de transtorno pedofílico. Nesse instituto, são desenvolvidas terapias em conjunto, além de ser estimulada a conexão desses indivíduos em fóruns digitais de debate e interação social, frequentados somente por portadores do transtorno em questão.⁽¹⁶⁾

Um dos mais famosos fóruns sobre o assunto é o B4uact.org⁽¹⁷⁾ (o termo significa “antes que você atue”), no qual pessoas com inclinações pedofílicas trocam experiências. Diante da dificuldade de determinados profissionais da saúde entenderem essa condição, iniciativas como essa auxiliam os indivíduos a se autoajudar e compreender que sua manifestação sexual não é uma aberração, mas uma espécie de transtorno que pode ser modificado. O Instituto de Sexologia Espanhol, ao acompanhar seus assistidos nessas sessões, acabou por trazer o debate em torno desses portais para dentro da seara científica.

O portal de voz do fórum B4uact.org, **Bob Radke**, pontua que: ⁽¹⁸⁾

“Os fóruns não previnem o abuso, mas pode ser que a comunicação consiga impedir. Atravessar-se a fazer terapia é difícil e custa encontrar um psicólogo disposto a escutar. Pedimos que tenham a mente aberta; ninguém bem ajustado deseja sentir-se atraído por menores. Eu nasci assim. Se podemos falar sobre o que sentimos seremos mais

felizes, e não imagino uma pessoa feliz machucando outra”.

Nos exemplos dos fóruns, fica claro que a troca de informação e apoio, além de favorecer a quebra de tabus, auxilia os indivíduos na inserção em um ambiente de ajuda que não julga sua condição.

5. Conclusão: as possibilidades de trabalho dentro do quadro brasileiro

Apesar de o Brasil não criminalizar a pedofilia, o termo em si é vulgarmente usado como sinônimo de crime em diversos espaços públicos e privados.

Em tom de comparação, dentro do Congresso Nacional, diversos projetos de lei⁽¹⁹⁾ e discussões em plenário referem-se à pedofilia como crime e pautam propostas como a castração química ou inibidores psíquicos combinados com internações como possíveis soluções contra ela, ignorando, portanto, todos os avanços científicos em torno do tema.

Essa observação foi feita em específico no Congresso, porém, não é exclusividade do Poder Legislativo: diversos outros setores da sociedade reproduzem tal discurso e dificultam ações pioneiras em torno do tema.

Atualmente, o Brasil lida com a pedofilia apenas com instrumentos oriundos do Direito Penal: as penas privativas de liberdade (que são extremamente inadequadas) ou as medidas de segurança (que não preparam tais indivíduos para a reinserção social e podem ser perpétuas frente à não garantia de “cura”).

Diante desse cenário, o presente artigo analisou exemplos internacionais que utilizam meios alternativos no trato do tema: o projeto *Dunkelfeld* na Alemanha e as ações do Instituto de Sexologia na Espanha. Tais projetos propõem um acompanhamento dos portadores na mesma medida em que incentivam o debate público em torno do tema, desafiando o tabu acerca da pedofilia.

Final, ninguém pode ser condenado perpetuamente por sua condição psíquica; é necessário repensar a forma como lidamos com os temas envolvendo a sexualidade humana, principalmente o transtorno pedofílico.

Notas

- (1) ALMEIDA, Jéssica Pascoal Santos. Pedofilia: aspectos clínicos, éticos e forenses. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.
- (2) O DSM-5, em sua última edição, abriu seu catálogo tecendo extensas considerações acerca da relação da sexualidade, cultura e a aceitação social. Para fins desse artigo, não iremos aprofundar as questões de comportamentos patologizados e socialmente problemáticos. Para consulta sobre o tema, indicamos: PONTE, Solange; VIEIRA, Micaela. A experiência da parafilia coerciva: da coerção sexual à patologização. Dissertação (Mestrado em Criminologia). Instituto Universitário de Ciências Psicológicas, Sociais e da Vida. 2015. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10400.12/4156>. Acesso em: 02 jan. 2018.

- (3) O conceito de parafilia foi objeto de importantes modificações durante o século XX. Atualmente ela é compreendida como uma patologização de comportamentos sexuais que infligem dor ou sofrimento ao indivíduo. In: ABDO, CARMITA H. N. A evolução do conceito de parafilias. Disponível em: <http://abb.org.br/rdp16/04/4.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2017.
- (4) DSM-5. Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais. 5. ed. Porto Alegre: Artmed. 2014.
- (5) Para fins deste artigo, em todos os momentos que usarmos o termo “pedófilo”, ele será sinônimo de transtorno pedofílico, não abarcando os casos de interesse sexual pedofílico.
- (6) DSM-5. Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais. 5. ed. Porto Alegre: Artmed. 2014. p. 698.
- (7) DSM-5. Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais. 5. ed. Porto Alegre: Artmed. 2014. Apud ALMEIDA, Jéssica Pascoal Santos. Op. cit. p. 66.
- (8) Ibidem.
- (9) MAGALHÃES, Maria; REIS, Tadaue. Pedofilia: informações médico-legais para o profissional da saúde. 2. ed., vol: 39. FEMINA, 2011. Disponível em: <<http://files.bvs.br/upload/S/0100-7254/2011/v39n2/a2451.pdf>>. Acesso em 05 mar. 2017.
- (10) Tal artigo é fruto de um recrudescimento penal no trato dos crimes sexuais em 2009. A partir da reforma de 2009, os supremos tribunais adotaram um discurso repressivo frente a tais crimes.
- (11) O conceito de culpabilidade, nesse caso, pode ser definido como a consciência potencial de ilicitude.
- (12) TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. Pedofilia – aspectos psicológicos e penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- (13) Para maior aprofundamento no tema ler: DOTTI, René Ariel. A crise do sistema penitenciário. Revista dos Tribunais. n. 768. Ano. 2003. p. 421-429.
- (14) Acerca das discussões sobre a cura da pedofilia, destacamos: “Encontram-se fortes discussões na área da medicina forense quanto a real condição do pedófilo em apresentar relativa melhora com tratamento concedido pela medida de segurança, até mesmo diante da percepção de alguns estudiosos quanto à inexistência de cura para tal distúrbio. Isso, de acordo com tal posicionamento, levaria o portador a ser observado por toda a sua vida, o que acabaria criando um custo social e de reincidência consideravelmente elevado”. In: Castro, Joelíria; BULAWSKI, Cláudio. O perfil do pedófilo: uma abordagem da realidade brasileira. Revista Liberdade. Ed. n° 6. Abril de 2011, São Paulo. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/74-ARTIGO>. Acesso em: 02 jan. 2017.
- (15) Projeto Dunkelfeld, disponível em: <<https://www.dont-offend.org/story/the-network.html>>. Acesso em: 02 jan. 2018.
- (16) GOSÁLVES, Patricia. Sou pedófilo, procuro ajuda. El País Internacional. 14 nov. 2014. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2014/11/14/internacional/1415983421_145150.html>. Acesso em: 02 jan. 2018.
- (17) Disponível em: <<http://www.b4uact.org/>>.
- (18) Disponível em: <<http://www.b4uact.org/about-us/our-mission/>>.
- (19) Em termos de exemplo, relação de projetos de Leis dentro da Câmara dos Deputados que visam à criminalização da pedofilia: PLs 6194/2013, 597/2011, 5122/2009, 4399/2008, entre outros. Dentro do Senado Federal, por sua vez, temos as PLs 282/2011, 552/2007 e 6194/2013.

Cristiane Souza Costa

Estudante de Direito.

Extensionista do Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade de Direito da USP.

Aluna do 15º Laboratório de Ciências Criminais do IBCCRIM (SP).

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, André Ricardo Godoy, Antonio Baptista Gonçalves, Arthur Sodré Prado, Átila Machado, Beatriz Jubilut, Bruno Salles, Carlos Garcete, Carlos Viveiros, Christiany Pegorari, Clara Masiero, Daiana Ryu, Daiane Ayumi Kassada, Daniel Del Cid, Daniel Leonhardt, Daniel Nicory, Dayane Fanti, Décio Franco David, Edson Roberto Baptista de Oliveira, Emilia M. Giuliani, Evandro Camilo Vieira, Fernanda Carolina de Araújo, Fernanda Vilares, 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 Anhé Andorffato, Jorge Nader, Jose Carlos Abissamra Filho, José Roberto Coelho de Almeida Akutsu, Juliana Regassi, Leticia Garducci, Lévio Scattolini, Luan Nogués 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 Caiao, Rodrigo Sardenberg, Rogério Taffarello, Rosa Cantal, Salomão Shecira, 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

24º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

INSCRIÇÕES ABERTAS
ibccrim.org.br/seminario24

28 A 31 DE AGOSTO

Conferência de Abertura:



**Boaventura
de Sousa Santos**

Palestrantes internacionais confirmados:



**Diana
Maffia**



**Sebastian
Scheerer**

Hotel Tivoli Mofarrej, São Paulo

Realização:



IBCCRIM

Patrocínio-master:



Confira os escritórios patrocinadores do evento em 2018 (atualização: 15/06):



Costa, Coelho Araujo e Zacis



MARIA ELIZABETH QUELJO E EDUARDO M. ZYNGER
ADVOGADOS



MAURÍCIO CAMPOS JÚNIOR
SOCIEDADE DE ADVOGADOS



MORAES PITOMBO
advogados



Ráo, Pires & Lago
A D V O G A D O S



RIGUEIRA, AMORIM,
CARIBÉ, CAULA & LEITÃO
ADVOCACIA CRIMINAL



SÉRGIO
RIERA ADVOGADOS

Toron, Torihara e Szafir
advogados

**SAIBA COMO SEU ESCRITÓRIO PODE PATROCINAR O SEMINÁRIO:
ESCREVA PARA EVENTOS@IBCCRIM.ORG.BR**

O DIREITO POR QUEM O FAZ

Superior Tribunal de Justiça

Recurso especial. Estatuto da criança e do adolescente. Acórdão que extingue medida socioeducativa de liberdade assistida e prestação de serviço à comunidade. Decisão não unânime favorável ao menor infrator. Técnica de complementação de julgamento prevista no artigo 942 do CPC/2015. Inaplicabilidade de procedimento mais gravoso que o adotado no processo criminal em afronta às normas protetivas que regem o ECA.

1. O sistema recursal da lei processual civil é aplicável aos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude, inclusive os relativos à execução das medidas socioeducativas, por força do artigo 198 do Estatuto da Criança e do Adolescente. 2. Ainda que não se trate de processo criminal regido pela proibição de reformatio in pejus e, conquanto que não se cuide de recurso ou meio autônomo de impugnação, estando o menor infrator sujeito a medida socioeducativa de natureza inegavelmente sancionatória, como admite a jurisprudência desta Corte, é incabível a complementação do julgamento segundo a técnica do artigo 942 do novo Código de Processo Civil quando em prejuízo do menor. 3. A aplicação da técnica de julgamento prevista no artigo 942 do Código de Processo Civil nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude quando a decisão não unânime for favorável ao adolescente implicaria em conferir ao menor tratamento mais gravoso que o atribuído ao réu penalmente imputável já que os embargos infringentes e de nulidade previstos na legislação processual penal (art. 609, Código de Processo Penal) somente são cabíveis na hipótese de o julgamento tomado por maioria não beneficiar o réu, culminando em indubitosa afronta às normas protetivas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente. 4. Recurso improvido.

6.ª Turma

REsp. 1694248/RJ

j. 03.05.2018 – public. 16.05.2018

Cadastro IBCCRIM 5878

Decisão.

A senhora ministra Maria Thereza de Assis Moura:

É certo que o sistema recursal da lei processual civil é aplicável aos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude, inclusive os relativos à execução das medidas socioeducativas, nos termos do artigo 198 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 198. Nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude, inclusive os relativos à execução das medidas socioeducativas, adotar-se-á o sistema recursal da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), com as seguintes adaptações: (...)

E, no caso de decisão não unânime em segunda instância, a lei processual civil vigente ao tempo da edição do Estatuto

Menorista previa o cabimento de embargos infringentes, medida processual que também era indubitavelmente aplicável aos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude.

Com o advento da Lei nº 13.105/2015, foi editado novo Código de Processo Civil que, ao tempo em que extinguiu os embargos infringentes, adotou técnica de complementação de julgamento nas decisões colegiadas não unânimes de segunda instância com o propósito de atender aos reclamos de maior efetividade e celeridade no processo.

A técnica de complementação de julgamento está assim prevista no artigo 942 do Estatuto Processual vigente:

Art. 942. Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.

Isso estabelecido, a questão posta em deslinde está em definir se a aludida técnica de julgamento é cabível nos casos em que a decisão não unânime for favorável ao menor, tendo em vista o princípio do favor rei.

É cediço que doutrina e jurisprudência são unívocos em assegurar ao menor infrator os mesmos direitos de que gozam os penalmente responsáveis perante a justiça criminal, admitindo, inclusive, a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal, nos termos do artigo 152 do Estatuto da Criança e do Adolescente, *verbis*:

Art. 152. Aos procedimentos regulados nesta Lei aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente.

A propósito de tanto, vejamos-se os seguintes julgados:

Penal. Agravo regimental no recurso especial. Ato infracional. Aplicação subsidiária do código de processo penal. Art. 152 do ECA. Art. 11 do CPP. Exceção de suspeição. Suspensão da ação penal. Não ocorrência. Necessidade. Reexame de prova. Súmula n. 7 do STJ. Agravo regimental não provido.

1. O art. 152 do Estatuto da Criança e do Adolescente, preceitua que “[a]os procedimentos regulados nesta Lei aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente”. Assim sendo, nada mais lógico que a incidência das regras de natureza penal e processual penal às hipóteses de atos infracionais análogos a crimes. 2. No caso dos autos, além de, à época do julgamento da apelação, já haver sido julgada a exceção de suspeição, incide o art. 111

O DIREITO POR QUEM O FAZ

Superior Tribunal de Justiça ____ 2125

JURISPRUDÊNCIA

Superior Tribunal de Justiça ____ 2127

Tribunal Regional Federal da

1ª Região ____ 2130

Tribunal Regional Federal da

3ª Região ____ 2130

Tribunais de Justiça ____ 2131

do Código de Processo Penal, o qual dispõe que, em regra, não será suspenso o andamento da ação penal. 3. O Tribunal estadual afirmou não existir, ao tempo da oposição da aludida exceção, motivo para suspender o curso do processo criminal, e, para se alcançar conclusão contrária, necessário seria o aprofundado reexame de fatos e provas, o que é vedado pela Súmula n. 7 do STJ. 4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1633074/RN, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017)

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Estatuto da criança e do adolescente. Ato infracional equiparado ao crime tipificado no art. 121, § 3.º, do código penal. Prazo para interposição do agravo em recurso especial equivalente ao adotado, de forma subsidiária, no processo penal. Questão de ordem no AREsp. n.º 24.409/SP, julgado pela terceira seção desta Corte. Prazo de 05 (cinco) dias para interposição do agravo em recurso especial. Recurso desprovido.

1. Esta Corte consolidou o entendimento de que são aplicáveis, de forma subsidiária, as regras pertinentes à punibilidade da Parte Geral do Código Penal aos atos infracionais praticados por adolescentes e, também, que o prazo prescricional penal deve ser empregado às medidas socioeducativas, que, a par de sua natureza preventiva e reeducativa, possuem também caráter retributivo e repressivo (Súmula n.º 338 do Superior Tribunal de Justiça). 2. Desse modo, o prazo relacionado ao agravo em recurso especial, oriundo dos procedimentos de apuração de ato infracional equiparado, in casu, ao crime tipificado no art. 121, § 3.º, do Código Penal, deve ser equivalente àquele previsto, também de forma subsidiária, no âmbito processual penal. 3. No âmbito desta Corte, por ocasião do julgamento da Questão de Ordem suscitada no AREsp n.º 24.409/SP, a Terceira Seção, por unanimidade, entendeu que o prazo para a interposição do agravo em recurso especial, em matéria criminal, é de 05 (cinco) dias. 4. O Supremo Tribunal Federal também se manifestou no sentido de que a vigência da Lei n.º 12.322/2010 não alterou o prazo para a interposição do agravo em matéria penal, que permanece em cinco dias, nos termos do verbete sumular n.º 699 daquela Corte, como se vê do julgado na Questão de Ordem no Agravo em Recurso Extraordinário n.º 639.846/SP. 5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 82.815/PA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2012, DJe 28/05/2012)

E é também cediço que nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude não há pretensão punitiva estatal, nem reprimenda de natureza criminal, mas a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça vem admitindo uma inegável natureza sancionatória das medidas socioeducativas.

Nesse sentido, colhem-se reiterados precedentes, dos quais extraio os seguintes:

Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Não cabimento. Ato infracional equiparado ao delito de receptação. Aplicação de medida de liberdade assistida. Efeito suspensivo ao recurso de apelação. Possibilidade. Art. 520, vii, do código de processo civil e art. 108, parágrafo único, do estatuto da criança e do adolescente. Exceção ao duplo efeito da apelação. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício.

- 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.

- A jurisprudência desta Corte vinha entendendo que, com a revogação do art. 198 do Estatuto da Criança e do Adolescente pela Lei n. 12.010/2009, adotou-se a regra do art. 520 do Código de Processo Civil, segundo a qual o recurso de apelação deverá ser recebido no seu duplo efeito. A exceção ao duplo efeito da apelação é prevista nos casos de interposição do apelo contra sentença que confirmar a antecipação dos efeitos da tutela (inciso VII). O art. 108, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao indicar a possibilidade de decretação de internação provisória, tem natureza de tutela antecipada, de forma a tornar possível o efeito meramente devolutivo à apelação, nos casos em que o menor tenha permanecido, durante a instrução, internado provisoriamente.

- Evoluindo no entendimento, o belo trabalho intelectual e acadêmico realizado pelo eminente Ministro Rogerio Schietti, recentemente julgado pela Terceira Seção desta Corte, por maioria, ressaltou que condicionar, de forma peremptória, o cumprimento da medida socioeducativa ao trânsito em julgado da sentença que acolhe a representação – apenas porque não se encontrava o adolescente já segregado anteriormente à sentença – constitui verdadeiro obstáculo ao escopo ressocializador da intervenção estatal, além de permitir que o adolescente permaneça em situação de risco, exposto aos mesmos fatores que o levaram à prática infracional (HC 346.380/SP, Rel. p/ Acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, DJe 13/05/2016).

- O aludido precedente, entretanto, não se aplica ao caso dos autos, porquanto o adolescente permaneceu em liberdade durante a instrução processual, praticou ato infracional equiparado ao delito de receptação, cometido sem violência ou grave ameaça, ao qual foi aplicada a medida liberdade assistida, a ser cumprida em meio aberto. Nesse contexto, uma vez que não ficou evidenciada a necessidade de se afastar o menor de fatores de risco, há flagrante ilegalidade na determinação de que se submeta à medida antes do julgamento do recurso de apelação, a ensejar a concessão da ordem de ofício.

- No mesmo sentido, reafirmo precedente proferido pelo Supremo Tribunal Federal, segundo o qual a presunção de inocência se aplica ao processo em que se apura a prática de ato infracional, uma vez que as medidas socioeducativas, ainda que primordialmente tenham natureza pedagógica e finalidade protetiva, podem importar na compressão da liberdade do adolescente, e, portanto, revestem-se de caráter sancionatório-afetivo, a tornar inadmissível, portanto, sua execução antecipada (HC 122072, Relator: Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 02/09/2014, DJe 29/9/2014).

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para conferir efeito suspensivo à apelação, a fim de que o paciente aguarde em liberdade o julgamento do referido recurso pelo Tribunal a quo. (HC 351.935/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 01/06/2016)

Criança e adolescente. Habeas corpus. Audiência de apresentação. Defesa técnica. Prescindibilidade. Constrangimento. Reconhecimento.

1. A remissão, nos moldes dos arts. 126 e ss. do ECA, implica a submissão a medida sócio educativa sem processo. Tal providência, com significativos efeitos na esfera pessoal do adolescente, deve ser imantada pelo devido processo legal. Dada a carga sancionatória da medida possivelmente assumida, é imperioso que o adolescente se faça acompanhar por advogado, visto que a defesa técnica, apanágio da ampla defesa, é irrenunciável. 2. Ordem concedida para anular o processo e, via de consequência, reconhecer a prescrição do ato infracional imputado à paciente.

(HC 67.826/SP, da minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 09/06/2009, DJe 01/07/2009)

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Estatuto da criança e do adolescente. Ato infracional equiparado ao crime tipificado no art. 121, § 3.º, do código penal. Prazo para interposição do agravo em recurso especial equivalente ao adotado, de forma subsidiária, no processo penal. Questão de ordem no AREsp. n.º 24.409/SP, julgado pela terceira seção desta corte. Prazo de 05 (cinco) dias para interposição do agravo em recurso especial. Recurso desprovido.

1. Esta Corte consolidou o entendimento de que são aplicáveis, de forma subsidiária, as regras pertinentes à punibilidade da Parte Geral do Código Penal aos atos infracionais praticados por adolescentes e, também, que o prazo prescricional penal deve ser empregado às medidas socioeducativas, que, a par de sua natureza preventiva e reeducativa, possuem também caráter retributivo e repressivo (Súmula n.º 338 do Superior Tribunal de Justiça). 2. Desse modo, o prazo relacionado ao agravo em recurso especial, oriundo dos procedimentos de apuração de ato infracional equiparado, in casu, ao crime tipificado no art. 121, § 3.º, do Código Penal, deve ser equivalente àquele previsto, também de forma subsidiária, no âmbito processual penal. 3. No âmbito desta Corte, por ocasião do julgamento da Questão de Ordem suscitada no AREsp n.º 24.409/SP, a Terceira Seção, por unanimidade, entendeu que o prazo para a interposição do agravo em recurso especial, em matéria criminal, é de 05 (cinco) dias. 4. O Supremo Tribunal Federal também se manifestou no sentido de que a vigência da Lei n.º 12.322/2010 não alterou o prazo para a interposição do agravo em matéria penal, que permanece em cinco dias, nos termos do verbete sumular n.º

699 daquela Corte, como se vê do julgado na Questão de Ordem no Agravo em Recurso Extraordinário n.º 639.846/SP. 5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 82.815/PA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2012, DJe 28/05/2012)

Assim, ainda que não se trate de processo criminal regido pela proibição de reformatio in pejus e, conquanto que não se cuide de recurso ou meio autônomo de impugnação, em estando o menor infrator sujeito a medida socioeducativa de natureza inegavelmente sancionatória, entendo que é incabível a complementação do julgamento segundo a técnica do artigo 942 do novo Código de Processo Civil quando em prejuízo domenor.

Decerto, se a decisão não unânime for favorável ao menor infrator, a complementação do julgamento nos termos do artigo 942 do novo Código de Processo Civil, com a eventual modificação do julgado em prejuízo do menor implicaria, em última análise, em impingir ao menor infrator tratamento mais gravoso que o atribuído ao réu penalmente imputável já que os embargos infringentes e de nulidade previstos na legislação processual penal (art. 609, Código de Processo Penal) somente são cabíveis na hipótese de o julgamento tomado por maioria beneficiar o réu por se tratar de recurso exclusivo da defesa.

Com efeito, se não se admite revisão pelo mesmo colegiado de acórdão não unânime favorável ao réu punido com pena de natureza repressiva e punitiva, com maior razão não se pode admitir incidente processual que produz efeitos semelhantes ao menor cuja reprimenda, apesar da carga sancionatória, possui natureza preventiva e reeducativa.

De todo o exposto resulta que é de todo incabível a aplicação da técnica de julgamento prevista no artigo 942 do Código de Processo Civil nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude quando a decisão não unânime for favorável ao adolescente, pena de se conferir ao menor tratamento mais gravoso que o atribuído aqueloutro penalmente imputável, em invidiosa afronta às normas protetivas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

Maria Thereza de Assis Moura
Relatora

2127

JURISPRUDÊNCIA

Superior Tribunal de Justiça

Penal e processo penal. Recurso em habeas corpus. 1. Trancamento da ação penal. Inépcia da denúncia. Homicídio culposo em coautoria. 2. Vínculo subjetivo não narrado. Prejuízo à ampla defesa. Inépcia da denúncia. 3. Recurso em habeas corpus provido. Extensão da ordem. Art. 580 do CPP.

1. O trancamento da ação penal na via estreita do habeas corpus somente é possível, em caráter excepcional, quando se comprovar, de plano, a inépcia da denúncia, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito. A denúncia imputa homicídio culposo em coautoria. São requisitos indispensáveis ao concurso de agentes a pluralidade de agentes e de condutas, a relevância causal de cada conduta, o liame subjetivo entre os agentes e a identidade de infração. Não se verificando liame subjetivo, não há se falar em

concurso de agentes, devendo cada um responder pela sua própria ação ou omissão. Ademais, só pode ser considerado coautor aquele que tem participação importante e necessária ao cometimento da infração. 2. Não é possível, a não ser de forma reflexa, atribuir-se aos demais denunciados a imperícia do denunciado Emerson ao içar a comporta com sobrepeso, pois nem ao menos é possível concluir-se que sua conduta tenha entrado na esfera de conhecimento dos demais. Dessa forma, na forma como trazida, a imputação revela verdadeira responsabilidade penal objetiva, a qual, como se sabe, não é admitida no ordenamento jurídico pátrio. Não tendo a inicial narrado o liame subjetivo entre os demais denunciados e o autor da conduta imperita que ocasionou a morte da vítima, e não se verificando a relevância causal da negligência imputada, tem-se que a denúncia não apresenta todos os elementos necessários à imputação do crime em coautoria.

A acusação não se desincumbiu de delinear de forma adequada a coautoria no crime culposos, o que revela a inépcia da denúncia, vício que prejudica o exercício da ampla defesa. 3. Recurso em habeas corpus a que se dá provimento, para reconhecer a inépcia da denúncia, sem prejuízo de que outra seja apresentada em observância ao art. 41 do Código de Processo Penal. Estendo os efeitos da presente decisão aos corréus Ediney do Carmo Irenis, Adriano de Oliveira e Iron Luiz da Rosa Monteiro, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.

(STJ – 5.^a T. – RHC 97.515 – rel. **Reynaldo Soares da Fonseca** – j. 17.05.2018 – public. 30.05.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5879**)

Penal. Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Tráfico de drogas e posse ilegal de arma de fogo de uso restrito (duas vezes). Absorção das condutas de posse de armamento pela causa de aumento do art. 40, IV, da Lei n. 11.343/2006. Impossibilidade. Necessidade de análise de matéria fático-probatória. Aumento das penas-bases. Quantidade de entorpecente e do material bélico. Condenações alcançadas pelo tempo depurador. Fundamentos válidos. Personalidade do agente. Condenações definitivas. Inadmissibilidade. Agravante da reincidência. Caracterizada. Atenuante da confissão espontânea. Circunstância igualmente preponderante à agravante do art. 61, I, do código penal. Compensação integral. Manifesta ilegalidade verificada, em parte. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício. 2. Concluído pelas instâncias ordinárias que as condutas praticadas pelo paciente são autônomas, pois o contexto da apreensão não indicou que as armas (submetralhadora e pistola Taurus) e as munições junto a elas apreendidas estavam sendo utilizadas para assegurar a atividade ilícita do tráfico de drogas, mediante processo de intimidação difusa ou coletiva, a revisão desse entendimento, a fim de excluir a condenação pelo delito do art. 16 da Lei n. 10.826/2003, reputando-a absorvido pela majorante do art. 40, IV, da Lei n. 11.343/2006, demanda o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, providência inviável na via estreita do habeas corpus. Precedentes. 3. A individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo permitido ao julgador, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena. 4. A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao alterar seu posicionamento sobre o tema, tem decidido ser inidônea a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado para se inferir como negativa a personalidade ou a conduta social do agente (HC 366.639/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28/3/2017, DJe 5/4/2017). 5. Hipótese em que, ressalvada a aferição desfavorável da personalidade do agente, houve a indicação de fundamentos válidos para a majoração da pena-base pelos delitos de tráfico e de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, na medida em que foi destacada, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a gigantesca quantidade de droga (mais de 340kg de maconha), bem como as condenações definitivas, ainda que alcançadas pelo período depurador do art. 64, I, do CP, e a quantidade de material bélico apreendido, para os crimes descritos na Lei n. 10.826/2003. Pena readequada. 6. “A folha de antecedentes criminais é documento hábil e suficiente a comprovar os maus antecedentes e a reincidência, não sendo necessária a apresentação de certidão cartorária” (HC

291.414/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/9/2016, DJe 30/9/2016). 7. É firme o entendimento desta Corte Superior de que, em se tratando de agente que ostenta mais de uma condenação definitiva anterior, não configura bis in idem nem ofensa à Súmula 241 do STJ a utilização de anotações criminais distintas na primeira e segunda etapa da dosimetria para reconhecer, respectivamente, os maus antecedentes e a agravante de reincidência. Precedentes. 8. No caso, o Tribunal a quo, ao analisar as folhas de antecedentes criminais e o histórico penal do acusado, entendeu que há elementos suficientes para a comprovação da agravante da reincidência, pois, embora não tenha sido certificado o trânsito em julgado da condenação considerada, há registro do início da execução definitiva da pena privativa de liberdade em data anterior à prática do delito em comento. 9. Nos termos dos arts. 669, caput, do Código de Processo Penal e 106, III, da Lei n. 7.210/1984, o trânsito em julgado é requisito indispensável e fundamental para o início da execução definitiva da pena privativa de liberdade, de modo que, não tendo transcorrido o prazo de 5 anos entre a extinção do crime anterior e a data do cometimento do novo delito, fica configurada a agravante do art. 61, I, do Código Penal, se demonstrado que houve início do cumprimento definitivo da sanção anteriormente imposta. 10. A Terceira Seção, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.341.370/MT, firmou o entendimento de que, por serem circunstâncias igualmente preponderantes, “é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência”. 11. Tratando-se de réu que teve apenas uma condenação transitada em julgado anterior sopesada na segunda fase da dosimetria, não há qualquer óbice à compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, mesmo que específica, conforme decisão recente da Terceira Seção no HC n. 365.963/SP. 12. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir as penas-bases dos delitos de tráfico de drogas e de posse ilegal de arma de uso restrito, bem como para compensar integralmente a atenuante de confissão espontânea com a agravante de reincidência com relação ao delito do art. 16, caput, da Lei n. 10.826/2003, ficando a sanção definitiva em 17 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão e pagamento de 843 dias-multa, mantido o regime inicial fechado.

(STJ – 5.^a T. – HC 304.411/RJ – rel. **Ribeiro Dantas** – j. 03.05.2018 – public. 10.05.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5880**)

Processo penal. Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Inadequação. Sentença penal condenatória por meio audiovisual. Transcrição parcial do seu conteúdo. Ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Ocorrência. Alterações promovidas pela Lei n. 11.719/2008. Manutenção da forma escrita. Art. 388 do CPP. Vício formal do ato processual. Writ não conhecido. Concessão de ofício. Extensão dos efeitos a corréu.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. Hipótese em que o paciente foi condenado por meio de sentença penal condenatória oral cujo registro apenas audiovisual consta dos autos, o que foi mantido pelo Tribunal de origem. 3. Em prol dos princípios da razoável duração do processo e da celeridade processual (art. 5.^o, LXXVIII, da CF), o legislador federal, por meio da Lei n. 11.719/2008, promoveu, entre outras, alteração no Código de Processo Penal, consistente na inserção dos atuais §§ 1.^o e 2.^o do artigo 405, os quais passaram a permitir o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas apenas por meio audiovisual, “sem necessidade de transcrição”. Precedentes. 4. Nas

alterações promovidas pela Lei n. 11.719/2008, não se estabeleceu a possibilidade de se dispensar a transcrição de sentença penal registrada por meio audiovisual (*ex vi*, do título XII do CPP). Ao contrário, manteve-se o art. 388 do CPP, que prevê a possibilidade da sentença “ser datilografada”, admitindo-se, na atualidade, a utilização de outros meios tecnológicos similares, como por exemplo o computador, para o seu registro escrito. Daí a inaplicabilidade do disposto no art. 405, §§ 1º e 2º, do CPP - que permite a dispensa de transcrição de depoimentos - à sentença penal. 5. No caso em exame, a sentença penal condenatória foi colacionada aos autos por meio de registro audiovisual, existindo apenas transcrição parcial do seu conteúdo, consistente nos fundamentos da dosimetria e no dispositivo da sentença, não havendo menção das razões do convencimento do magistrado acerca da autoria e da materialidade do crime, nem da sua convicção pela livre apreciação da prova produzida, em afronta do preceito inscrito no art. 155 do CPP. 6. A ausência de registro escrito dos termos da sentença penal condenatória dificulta o exercício do contraditório e da ampla defesa - princípios consagrados no art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal -, ainda que, nos autos, conste o registro de parte da sentença penal prolatada por meio audiovisual. 7. Não atingida a finalidade e existindo vício formal no ato, resta evidente o prejuízo à ampla defesa e ao contraditório, não devendo subsistir a forma utilizada pelo Juízo singular, embora hígido o conteúdo material da sentença. 8. Habeas corpus não conhecido. Concessão da ordem de ofício para, anulando o acórdão da apelação, determinar que o Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Joinville/SC promova a transcrição integral da sentença condenatória por ele prolatada oralmente, nos autos da Ação Penal n. 0804993-08.2014.8.24.0038, e, após a juntada aos autos da aludida transcrição, que as partes sejam intimadas para a interposição de eventuais recursos. Estendo, ainda, os efeitos desta decisão ao corréu JONAS ADALBERTO SERAFIM, nos termos do art. 580 do CPP.

(STJ – 5.ª T. – HC 336.112/SC – rel. **Ribeiro Dantas** – j. 24.10.2017 – public. 01.11.2017 – **Cadastro IBCCRIM 5881**)

Habeas corpus. Execução penal. Remição pelo trabalho em período anterior ao início da execução. Possibilidade se posterior à prática do delito. Ordem concedida.

1. Não se desconhece que este Superior Tribunal de Justiça firmou orientação quanto à impossibilidade de remição do tempo de trabalho executado em momento anterior à prática do delito da pena a ser remida. 2. Nos casos, no entanto, em que o labor tenha sido realizado em data posterior à prática do delito cuja condenação se executa, ainda que anterior ao início da execução, é possível a aplicação do instituto. 3. Ordem concedida, relativamente ao delito praticado anteriormente.

(STJ – 6.ª T. – HC 420.257/RS – rel. **Nefi Cordeiro** – j. 19.04.2018 – public. 12.05.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5882**)

Penal. Processual penal. Agravo em recurso especial. Furto. Gênero alimentício. 5 kg de carne bovina. Baixo valor. Réu tecnicamente primário. Reiteração delitiva. Princípio da insignificância. Aplicabilidade. Precedentes do STJ. Recurso provido.

1. Sedimentou-se a orientação jurisprudencial no sentido de que a incidência do princípio da insignificância pressupõe a concomitância de quatro vetores: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. 2. A conduta de furtar gênero alimentício de pequeno valor, de estabelecimento comercial, é desprovida de relevância penal, autorizando a incidência do princípio da

insignificância, mormente por se tratar de ré tecnicamente primária, não obstante ostente condenação por crime contra o patrimônio. 3. Agravo conhecido e recurso especial provido para, afastada a tipicidade da conduta pela incidência do princípio da insignificância, absolver o recorrente da imputação do art. 155, § 2º, do CP.

(STJ – 6.ª T. – AREsp 1.259.790/DF – rel. **Nefi Cordeiro** – j. 22.05.2018 – public. 07.06.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5883**)

Direito penal. Agravo regimental. Roubo circunstanciado. Sentença. Dosimetria. Emprego de arma branca. *Novatio legis in melius*. Lei 13.654/18. Recurso provido.

1. A Lei 13.654/18 extirpou o emprego de arma branca como circunstância majorante do delito de roubo. Em havendo a superveniência de *novatio legis in melius*, ou seja, sendo a nova lei mais benéfica, de rigor que retroaja para beneficiar o réu (art. 5º, XL, da CF/88). 2. Recurso provido a fim de reduzir a pena imposta ao recorrente ao patamar de 8 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, mais o pagamento de 17 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

(STJ – 6.ª T. – Ag.Rg. HC 432.571/SC – rel. **Maria Thereza de Assis Moura** – j. 22.05.2018 – public. 05.06.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5884**)

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 412.778/ SP (2017/0205273-6) – rel. **Reynaldo Soares Da Fonseca** – j. 03.05.2018 – public. 09.05.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5885**)

Processual penal. Habeas corpus substitutivo de Recurso ordinário. Não cabimento. Tráfico de drogas. Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Prisão Domiciliar. Possibilidade. Mulher presa. Filho da paciente Menor de 12 anos de idade. HC coletivo nº 143.641/SP (STF). Proteção integral à criança. Prioridade habeas corpus. Não conhecido. Ordem concedida de ofício.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício. II - A segregação cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, *ex vi* do artigo 312 do Código de Processo Penal. III - Na hipótese, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, que evidenciam que a liberdade do ora recorrente acarretaria risco à ordem pública, notadamente se considerada a quantidade e variedade de drogas apreendidas – 28 gramas de crack; 29 gramas de maconha; um cigarro de maconha e 60 gramas de cocaína, circunstâncias

indicadoras de maior desvalor da conduta em tese perpetrada e que denota a periculosidade concreta da agente (precedentes). IV - O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus coletivo n. 143.641, determinou a substituição da prisão preventiva pela domiciliar sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes. V - Na hipótese, depreende-se que as condutas em tese perpetradas não foram cometidas mediante grave ameaça ou violência, tampouco contra seus descendentes, sendo que a paciente possui filho menor de 12 anos, preenchendo, portanto, os requisitos elencados no habeas corpus coletivo, n. 143.641/SP, julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus não conhecido. Contudo, concedo a ordem de ofício para determinar a substituição da prisão preventiva da paciente por prisão domiciliar, salvo se por outro motivo estiver presa, e sem prejuízo da análise da necessidade de imposição de outras medidas cautelares alternativas, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, bem como das demais diretrizes contidas no referido HC 143.641/SP, devendo, ainda, o d. juízo de primeiro grau orientar a paciente quanto às condições da prisão domiciliar, de forma a evitar seu descumprimento ou a reiteração criminosa, haja vista que tais circunstâncias poderão ocasionar a revogação do benefício.

(STJ – 5.^a T. – HC 442.326/SP (2018/0067576-1) – rel. **Felix Fischer** – j. 24.04.18 – public. 01.05.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5886**)

Jurisprudência compilada por
Bruno Maurício, Fábio Suardi D'Elia,
Milene Maurício, Roberto Portugal de Biazzi e
Vivian Peres.

Tribunal Regional Federal da 1^a Região

Apelação criminal. Tráfico de pessoas. Inexistência de violência, grave ameaça ou fraude. Abolitio criminis, no caso. Absolvição mantida por fundamento diverso. O art. 231 do CP foi revogado pelo art. 149-A, cuja tipificação se dá por meio da conduta de agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alugar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de, *inter alia*, exploração sexual. Unânime.

(TRF1 – 3.^a T. – AP 0027039-60.2012.4.01.3500/GO – rel. **Mário César Ribeiro** – rel. **Leão Aparecido Alves** (convocado p/ acórdão) – j. 22.05.2018 – public. 02.06.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5887**)

Jurisprudência compilada por
Renato Silvestre Marinho.

Tribunal Regional Federal da 3^a Região

Penal. Processo penal. Contrabando. Cigarros. Princípio da insignificância. Aplicabilidade. Recurso provido. Absolvição. Inteligência do artigo 386, III, do CPP.

1. Narra a peça acusatória que, no dia 19 de março agosto de 2015, o denunciado foi surpreendido, mantendo em depósito, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial, mercadoria proibida pela lei brasileira, a saber: 231 (duzentos e trinta e um) maços de cigarros. 2. Ainda que se trate de crime de contrabando, não é possível ignorar que o montante de tributos iludidos está significativamente abaixo do patamar consolidado de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), nos termos do artigo 20 da Lei nº 10.522/2002 e das Portarias nº 75 e nº 130 do Ministério da Fazenda, valor considerado para fins de aplicação do princípio da insignificância

aos crimes tributários e ao descaminho. 3. Em nome do princípio da proporcionalidade, constata-se que da quantidade apreendida com o réu (231 maços) e pelas características em que foi apurado o delito, este não é capaz de causar lesividade suficiente aos bens jurídicos tutelados como um todo. 4. Apelação provida para absolver o denunciado, com supedâneo no artigo 386, III, do Código de Processo Penal.

(TRF3 – 5.^a T. – AP 0000810-73.2016.4.03.6117 – rel. **Paulo Fontes** – j. 21.05.2018 – public. 28.05.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5888**)

Penal. Processual penal. Estelionato qualificado. Autoria e materialidade delitivas comprovadas. Dosimetria. Recurso provido.

1. O dolo da prática delitiva se extrai em razão de restar comprovada

atuação direta para instrução de Cadastro Único para Programas Sociais para concessão do benefício de bolsa família com elementos fictícios. 2. A condenação da acusada no pagamento de pena de multa advém da determinação contida no preceito secundário do artigo 171 do Código Penal, que impõe a aplicação de penas de 1 a 5 anos e multa. 3. A imposição restritiva imposta à acusada mostrou-se inadequada no particular, haja vista a circunstância de o crime perpetrado pela acusada (estelionato derivado de fraude relacionada à prestação de informações falsas à administração pública) não guardar relação alguma à frequência em bares, casas noturnas e estabelecimentos afins. 4. Apelo provido.

(TRF3 – 5.ª T. – AP 0001347-51.2015.4.03.6102 – rel. **Raquel Silveira** – j. 21.05.2018 – public. 25.05.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5889**)

Processo penal. Mandado de segurança contra ato judicial. Cabimento. Ausência do impetrante em audiência designada para seu interrogatório. Apresentação de justificativa, na ação penal subjacente, não aceita pelo magistrado. Impossibilidade de aferição da real incapacidade que acometia o impetrante. Determinação de realização de novo interrogatório (na fase em que se encontra o feito) em prestígio aos postulados da ampla defesa e do devido processo legal. Aplicação do art. 196 do código de processo penal. Ordem concedida.

1. A teor do disposto no art. 5º, LXIX, da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. A disciplina legal do remédio constitucional em tela ficou a cargo da Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009, cabendo destacar que o mandado de segurança impetrado contra ato judicial somente poderá ser conhecido caso a decisão apontada como coatora não desafie recurso próprio com efeito suspensivo e não tenha ocorrido a sobrevinda de trânsito em julgado (art. 5º, II e III, de indicada Lei). Cabimento da impetração diante do caso concreto. 2. Depreende-se dos autos que o impetrante, apesar de devidamente intimado do ato processual em que se realizaria seu interrogatório, não compareceu na data fixada, cabendo destacar que a autoridade judicial apontada como coatora consignou no termo que até o momento da realização da audiência nenhuma justificativa tinha sido apresentada. Naquela oportunidade, a defesa técnica do impetrante, após ser instada pela autoridade judicial apontada como coatora, consultou seu celular e informou a existência de mensagem encaminhada pelo acusado (ora impetrante) dando conta que a ausência decorreria de uma consulta médica, o que não mereceu crédito pelo magistrado, que declarou encerrada a instrução processual. 3. Passados 02 dias da data de realização da audiência, o impetrante peticionou nos autos da ação penal subjacente sustentando realmente a submissão à consulta médica. Colacionou, como forma de demonstrar suas alegações, atestado e receituário médicos, postulando, ao cabo, a reconsideração do término da instrução processual, o que foi indeferido pelo magistrado. 4. Não se mostra possível avaliar o efetivo estado de incapacidade do impetrante a ponto de impossibilitar sua ida

ao ato judicial, cabendo considerar que a via estreita do *mandamus* não comporta dilação probatória nem ilações acerca do grau de incapacidade que cada pessoa fica acometida em razão da doença alegada, ainda mais porque tal mazela pode debilitar muito um ser humano ao passo que outro consegue exercer minimamente suas atividades diárias no mesmo contexto patológico. 5. Entretanto, o impetrante manifestou claramente seu interesse em ser ouvido em juízo, de modo que, com o objetivo de prestigiar o direito constitucional assegurado aos acusados de ampla defesa dentro do contexto do devido processo legal, bem como para se evitar eventual alegação futura de cerceamento do seu direito de produção de prova, e levando-se em consideração, ainda, a regra insculpida no art. 196 do Código de Processo Penal, deve ser deferida a ordem pugnada com o objetivo de que o impetrante seja interrogado pela autoridade judicial apontada como coatora (em data a ser definida no Juízo a quo), no estágio em que se encontra o feito, sem a necessidade de reabertura de fases processuais já exauridas. 6. Concedida a ordem para que o impetrante seja interrogado pela autoridade judicial apontada como coatora (em data a ser definida no Juízo a quo) na fase em que se encontra o feito.

(TRF3 – 11.ª T. – MS 0004277-44.2017.4.03.0000 – rel. **Fausto De Sanctis** – j. 08.05.2018 – public. 17.05.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5890**)

Habeas corpus. Operação lama asfáltica. Decretação de medidas cautelares a título de reforço. Constrangimento ilegal configurado. Ordem concedida.

1. Paciente investigado no âmbito da 5ª fase da Operação “Lama Asfáltica” - investigação policial com escopo de apurar suposto esquema criminoso voltado para a prática dos delitos tipificados nos artigos 312 e 317 do Código Penal e no artigo 90 da Lei de Licitações. 2. No âmbito da 5ª fase da Operação Lama Asfáltica, houve o indeferimento da prisão preventiva do paciente, sendo, no entanto, decretada sua condução coercitiva e, de ofício, a imposição de medidas cautelares diversas da prisão. 3. Como dito, o Juízo impetrado não viu razões para a decretação da prisão preventiva. 4. Deve-se assinalar que os fatos delatados pelo colaborador deram-se no ano de 2015, de maneira que se encontra ausente o requisito da contemporaneidade, ínsito a esse tipo de medida cautelar. 5. As medidas cautelares impostas, por sua vez, mostram-se em parte excessivas, levando-se em conta a ausência de indícios de que o paciente prosseguiria nas práticas delitivas ou de que estaria obstaculizando as investigações. 6. Ordem concedida para afastar para afastar todas as medidas cautelares impostas a título de reforço pela decisão atacada, mantidas aquelas que eventualmente tenham sido impostas anteriormente.

(TRF3 – 5.ª T. – HC 0000020-39.2018.4.03.0000 – rel. **Paulo Fontes** – j. 23.04.2018 – public. 04.05.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5891**)

Jurisprudência compilada por
Stephan Gomes Mendonça.

2131

Tribunais de Justiça

Habeas Corpus. Roubo. Alegação de ausência dos requisitos da prisão cautelar. Pleito objetivando a liberdade provisória, com a expedição de alvará de soltura. Parcial cabimento. Paciente primário e possuidor de bons antecedentes. Medidas cautelares diversas da prisão. Comparecimento periódico em juízo,

recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, bem como proibição de se ausentar da Comarca, nos termos do artigo 319, incisos I, IV e V, do Código de Processo Penal. Ordem parcialmente concedida para ratificar a liminar anteriormente concedida.

(TJSP – 16.^a Câ. Crim. – HC 2064609-31.2018.8.26.0000 – rel. **Guilherme de Souza Nucci** – j. 08.06.2018 – public. 19.06.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5892**)

Habeas Corpus. Tráfico de drogas. Alegação de ausência dos requisitos da prisão cautelar, bem como o fato de ser a paciente mãe de três crianças de 7, 4 e 2 anos de idade. Pleito objetivando a liberdade provisória, com a expedição de alvará de soltura. Subsidiariamente, requer o cumprimento da prisão cautelar em regime domiciliar. Parcial cabimento. Hipótese prevista no artigo 318, inciso V, do CPP. Habeas corpus coletivo concedido pelo E. Supremo Tribunal Federal (HC n. 143.641). Paciente primária e possuidora de bons antecedentes. Medida cautelar diversa da prisão. Comparecimento periódico em juízo, nos termos do artigo 319, inciso I, do Código de Processo Penal. Ordem parcialmente concedida.

(TJSP – 16.^a Câ. Crim. – HC 2018970-87.2018.8.26.0000 – rel. **Guilherme de Souza Nucci** – j. 08.06.2018 – public. 21.06.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5893**)

Habeas Corpus - Condução de veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool - Indeferimento de prova requerida pela defesa, tempestivamente, em sede de resposta à acusação (expedição de ofício ao IML visando a obtenção de esclarecimentos complementares) - Cerceamento de defesa, caracterizado - Essencialidade da produção da prova ao deslinde da ação penal - Liminar ratificada para condicionar o encerramento da instrução criminal à juntada de referida prova, já requisitada pelo e. juízo a quo - Constrangimento ilegal, verificado - Ordem concedida.

(TJSP – 5.^a Câ. Crim. – HC 2093289-26.2018.8.26.0000 – rel. **Juvenal Duarte** – j. 07.06.2018 – public. 18.06.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5894**)

2132

Habeas Corpus. Execução penal. Alegação de constrangimento ilegal ante a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, sem a prévia realização de oitiva do paciente. Pleito objetivando a anulação da decisão coatora, bem como a realização de oitiva de justificação. Cabimento. Mandado de prisão cumprido. Ausência de falta grave ou cometimento de novo crime. Autoridade coatora deve realizar a oitiva de justificação do paciente e reverter a reprimenda, caso este se comprometa a cumprir, de imediato, a pena restritiva de direito. Ordem concedida.

(TJSP – 16.^a Câ. Crim. – HC 2034244-91.2018.8.26.0000 – rel. **Guilherme de Souza Nucci** – j. 08.06.2018 – public. 19.06.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5895**)

Habeas Corpus. Tráfico de drogas. Alegação de ausência dos requisitos da prisão cautelar. Pleito objetivando a concessão da liberdade provisória, com a expedição de alvará de soltura. Parcial cabimento. Apreensão de 17 invólucros plásticos, contendo 31g de cocaína. Paciente primário e possuidor de bons antecedentes. Medidas cautelares diversas da prisão. Comparecimento periódico em juízo, recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, bem como proibição de se ausentar da Comarca, nos termos do artigo 319, incisos I, IV e V, do Código de Processo Penal. Ordem parcialmente concedida para ratificar a liminar anteriormente deferida.

(TJSP – 16.^a Câ. Crim. – HC 2058026-30.2018.8.26.0000 – rel. **Guilherme de Souza Nucci** – j. 08.06.2018 – public. 19.06.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5896**)

Apelação crime. Desobediência. Violência doméstica. Fato atípico. Absolvição.

O descumprimento de medidas protetivas deferidas em favor da vítima, fundada na Lei Maria da Penha, não tipifica os crimes dos artigos 330 ou 359 do Código Penal, pois tais medidas são progressivas, facultado ao juiz, inclusive, a decretação da prisão preventiva do ofensor. Assim, prevista na própria legislação sanção para o descumprimento das medidas protetivas, inviável punição pelo mesmo fato. Apelo provido. Unânime.

(TJRS – 4.^a Câ. Crim. – AC 70077040814 – rel. **Aristides Pedrosa de Albuquerque Neto** – j. 03.05.2018 – public. 07.06.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5897**)

Apelação-crime. Ordem tributária. Inserção de valores inexatos nas guias de informação e apuração de ICMS. Absolvição mantida.

O fato de os réus serem sócios e possuírem poderes de gerência, conforme contrato social, não significa, por si só, que sejam os responsáveis pelo cometimento de delitos contra a ordem tributária, sob pena de responsabilidade penal objetiva. No caso, houve a inclusão de novos sócios, que passaram a ser os dirigentes da holding, exatamente no período em que começaram a aparecer as irregularidades. Neste contexto, não havendo prova inequívoca de que os apelados tenham cometido o delito como descrito na denúncia, merece mantida a solução absolutória. Apelo improvido. Unânime.

(TJRS – 4.^a Câ. Crim. – AC 70072193378 – rel. **Aristides Pedrosa de Albuquerque Neto** – j. 22.03.2018 – public. 04.04.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5898**)

Apelação criminal. Estupro de vulnerável.

No caso, as peculiaridades que permeiam o fato sob exame evidenciam a absoluta ausência de vulnerabilidade sexual da vítima, adolescente de 12 anos de idade, e a inexistência do âmbito doloso de estupro do denunciado, jovem com 19 anos de idade, porque a prova policial produzida é firme e linear no sentido de que a ofendida e o acusado mantiveram um namoro por seis meses, na residência dela, âmbito em que, com pleno poder de consentimento e autodeterminação, mantiveram atos sexuais. Operado, assim, o *distinguishing* entre as peculiaridades fático-probatórias do caso examinado e a *ratio decidendi* do precedente substanciado na recente Súmula, verbete 593, do STJ. Assim, em fase de juízo de retratação, é caso de manutenção do acórdão atacado em sede de recurso especial pelo Ministério Público, ratificando-se a manutenção da rejeição da denúncia. Decisão mantida em fase de juízo de retratação. Ordem de retorno dos autos à 2ª Vice-presidência desta corte, para os fins de direito no âmbito do recurso especial em tramitação. M/AC 7.376 - S 27.09.2017 - P 446 M/AC 7.376 - S 29.03.2018 - P 256.

(TJRS – 6.^a Câ. Crim. – AC 70074287889 – rel. **Aymoré Roque Pottes de Mello** – j. 29.03.2018 – public. 05.04.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5899**)

Jurisprudência compilada por
Caroline Bussoloto de Brum,
Roberta Werlang Coelho Beck,
Pedro Machado de Almeida Castro,
Verônica Rahal e Equipe Editorial
do Boletim.