

Editorial

Segurança pública como desculpa para a irresponsabilidade legislativa

Desde o ano passado, o Congresso Nacional dava sinais de que, diferentemente dos anos eleitorais anteriores, sua atividade e atuação a respeito da segurança pública estariam na ordem do dia de 2018, pautando o debate e a disputa por votos.

Em fevereiro deste ano, o presidente da Câmara dos Deputados anunciou que teria como prioridade o enfrentamento à escalada da violência no país. Em março, designou um Grupo de Trabalho (GT) de Segurança Pública para identificar os projetos de leis que seriam votados em regime de urgência.

Coordenado e relatado por parlamentares que integram a chamada “Bancada da Bala”, o GT selecionou propostas que, salvo duas exceções, insistem em estratégias que já se mostraram ineficientes para reduzir a violência: prender e armar mais a população, bem como fortalecer as estruturas que sustentam as violações estatais de direitos das minorias sociais. Há previsões que, em tese, buscam valorizar o trabalho policial, mas acabam por aumentar os riscos enfrentados no exercício dessa atividade.

Pouco tempo depois, o mesmo parlamento retomou e aprovou, a toque de caixa, o Sistema Único de Segurança Pública (SUSP). O projeto foi aprovado em abril na Câmara dos Deputados e, já no início de maio, em um mesmo dia, aprovado também na Comissão de Constituição e Justiça e no Plenário do Senado Federal. O projeto aprofunda a lógica da repressão como forma de resolução de conflitos no país, colocando o sistema socioeducativo, o sistema prisional e a política de drogas sob o manto da segurança pública. Perdeu-se mais uma oportunidade de criar mecanismos de participação e controle social para as instituições de segurança, como ouvidorias externas.

E não é só. Uma Comissão de Juristas instalada pelo presidente da Câmara dos Deputados no final de 2017 concluiu, em maio, seus trabalhos apresentando um anteprojeto de lei voltado ao enfrentamento do crime organizado no país. Nesse processo, os problemas são vários: primeiro, a Comissão foi composta sem representatividade de gênero, raça ou regionalidade e ignorou a necessária transversalidade da pauta de segurança pública, restringindo-a a operadores do Direito. Segundo, o ato da Presidência da Câmara que criou a Comissão previa audiências públicas e reuniões com representantes do Judiciário, do Ministério Público, de administrações penitenciárias estaduais e da sociedade civil organizada, entre outros. Nada foi cumprido e nenhuma informação está disponível na página online da Comissão. Terceiro: os presidentes das duas casas legislativas comprometeram-se a designar Comissões Especiais simultâneas em cada uma delas, para aprovar o projeto a toque de caixa, mais uma vez sem participação social. Por fim, tudo indica que a nova norma terá como resultado apenas o aumento da população encarcerada no país: notícias veiculadas indicam que, além de

criminalizar condutas, o texto direciona recursos hoje empregados na cultura, na educação e na saúde para políticas de segurança pública, ignorando as próprias premissas do recém-aprovado SUSP.

Também no mês de maio foi alterada a Lei de Diretrizes Orçamentárias. Foram criados mais de 200 cargos comissionados para o Ministério Extraordinário de Segurança Pública e para o gabinete do interventor federal do Rio de Janeiro. Um custo de mais de R\$ 43 milhões em dois anos. Some-se a isso o orçamento de R\$ 1 bilhão já “reservado” para gastos diretos com essa intervenção. Ressalte-se: esses recursos são considerados “créditos extraordinários”, não incorporados à regra do teto constitucional, que limita os gastos públicos e tem justificado cortes em programas sociais.

As discussões mais uma vez se restringem ao aumento de penas, à criminalização de novas condutas e à flexibilização de garantias. A insistência na lógica repressiva só resultou em mais pessoas encarceradas e mortas.

O Brasil apresenta índices altíssimos de mortes violentas. Em números absolutos, é o país com mais homicídios no mundo. A “guerra às drogas” supera em número de mortes o contabilizado em países assumidamente em guerra civil. Nosso país tem também a polícia que mais mata no mundo; e os números desse tipo de violência cresceram mais de 25% em dois anos. Em 2017 mais de 4.222 pessoas morreram em decorrência de intervenção policial.⁽¹⁾

O Brasil é também o terceiro país com a maior população carcerária do mundo, abaixo apenas dos Estados Unidos e da China. Dentre esses, é o único que mantém crescente – de forma exponencial – sua taxa de encarceramento. Entre 2000 e 2016, a taxa de aprisionamento aumentou em 157%.

Infelizmente, como praxe, as discussões parlamentares voltam-se a medidas autoritárias e têm como objetivo ampliar o cacife eleitoral de seus proponentes.

Em suma, diversas propostas legislativas, que vêm sendo pautadas e aprovadas com total alijamento da sociedade civil, servirão apenas para reforçar o que vem dando errado. O investimento na repressão policial e no encarceramento em massa segue firme como estratégia de contenção e segregação social, deixando claras as prioridades estatais.

Não existe solução mágica, mas também não é possível acreditar que ocorrerão mudanças efetivas na área de segurança pública enquanto não houver intenso debate com a sociedade civil e se não for feita uma avaliação responsável dos impactos econômico e social de cada proposta do Poder Legislativo.

Notas

(1) Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2017, disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/12/ANUARIO_11_2017.pdf>.

| Caderno de Doutrina

DEPARTAMENTO DE ESTUDOS E
PROJETOS LEGISLATIVOS DO IBCCRIM

A trilha inversa
Gustavo Mascarenhas _____ 2

Lei 13.654/2018: considerações
dogmáticas e críticas
Gustavo Octaviano Diniz Junqueira e
Rafael Folador Strano _____ 3

Julgamento virtual: ofensa à
Constituição Federal
Carmen da Costa Barros e
Maria Elizabeth Queijo _____ 6

Anotações sobre o crime de
descumprimento de medida protetiva
de urgência: um “novo” remédio para o
mesmo mal
Misael Neto Bispo da França,
Bruna Rafaela de Santana Santos e
Filipe de Sousa Alcântara _____ 8

Jus puniendi tribal
Danilo Pereira _____ 10

A ampliação da competência das
justiças militares pela lei ordinária
federal 13.491, de 13 de outubro de
2017, e a incômoda questão do “nós”
contra os “outros”
Marcos Araguari de Abreu _____ 12

Tribunal do júri, pronúncia e falácia do
in dubio pro societate
Carlos Alberto Garcete de Almeida _____ 15

A missa e o álcool: uma zona
desmilitarizada na relação entre a
religião e a droga
Francisco de Assis de França Júnior _____ 17

| Caderno de Jurisprudência

DO DIREITO POR QUEM O FAZ
Superior Tribunal de Justiça _____ 2116

JURISPRUDÊNCIA
Supremo Tribunal Federal _____ 2120
Superior Tribunal de Justiça _____ 2121
Tribunal Regional Federal
da 1ª Região _____ 2123
Tribunais de Justiça _____ 2123

A trilha inversa

Gustavo Mascarenhas

A criação de tipos penais está longe de ser caminho de direitos para a nossa democracia: representa justamente o contrário. Mesmo assim, a via da criminalização de condutas encontra cada vez mais eco na sociedade brasileira, inclusive em setores progressistas.

Há quem se diga engajado na luta pelas populações excluídas e, simultaneamente, apoie pacotes de medidas como as tais “10 medidas contra a corrupção”,⁽¹⁾ o que, ao leitor atento, soará como uma contradição. Apesar de angariar votos, pacotes com novos tipos atingem preferencialmente as populações marginalizadas. Não passa de ilusão achar que criminosos do colarinho branco serão seus alvos – para se ter uma ideia, mesmo diante de um conjunto normativo robustecido no caso dos delitos econômicos nos últimos anos, em 2016, em um universo de quase 700 mil presos, 417 eram os condenados encarcerados por peculato, 619 por corrupção ativa e 50 por corrupção passiva.⁽²⁾ A verdade é que premissas moralizantes quando aplicadas ao Direito Penal não passam de conjecturas atécnicas que buscam nas Leis a solução de problemas sociais graves. Não é esse o caminho adequado.

Para o legislador, *quadri* ou mesmo *bianualmente* dependente do voto popular, a utilização da norma penal é verdadeira tentação. Por isso tão importante a proposição do diálogo com quem faz as Leis, como o IBCCRIM sempre procura. Há projetos de lei responsáveis, que desejam estabelecer até uma responsabilidade fiscal para a criação de novas penas (a exemplo do PRC 234/2017 e do PL 4373/2016, ambos em tramitação na Câmara dos Deputados e em linha com a Proposta 01 do caderno de propostas legislativas *16 Medidas contra o encarceramento em massa*),⁽³⁾ o que é de todo desejável, mas há também propostas descoladas da realidade.

O surgimento ou reafirmação de grupos de pressão modernos parece filiar-se à tendência progressiva de utilização da norma penal na defesa de determinados interesses. E por quais motivos a atuação política desses grupos leva à busca constante por afirmação de condutas no Direito Penal? Uma resposta possível encontra-se no fato de que provavelmente veem na regra a proteção (que julgam) necessária a comportamentos não lesivos ao “bem comum”. Parece existir aí uma nova proteção da “sã consciência do povo”, o que, como sabemos, levou anteriormente a caminhos obscuros na história humana.

Santiago Mir Puig alerta que é “*função ético-social do direito penal a proteção dos valores fundamentais para a sociedade*”, mas ressalva que “*nem todo bem jurídico [requer] tal tutela*”.⁽⁴⁾ Há bastante espaço nesse ponto para a melhoria do debate entre a academia, os legisladores e a população em geral. **Eduardo Saad-Diniz** e **Luiza Lacava**, em significativo estudo dos movimentos sociais recentes, asseveram que “*a despeito das singularidades que marcam cada período histórico brasileiro, perdura a incapacidade do Estado em estabelecer um diálogo eficiente com os movimentos sociais e as reivindicações populares*”.⁽⁵⁾

Nesse cenário, dominado pela falta de entendimento entre os atores sociais, a academia precisa exercer o papel de mediação entre as vontades do povo e as propostas de lei – precisa sair das salas de aula para, em linguagem clara e direta, tomar seu assento nas conversas com a sociedade, demonstrando que a criação de tipos penais representa um verdadeiro paradoxo para aqueles que desejam avanços democráticos.

Não é que se advogue aqui a impossibilidade de criação de qualquer tipo penal, até porque novos comportamentos podem ensejar novas condutas, mas é preciso cautela para que a norma não se perca no pragmatismo político.⁽⁶⁻⁷⁾

De fato, como bem anota **J.A.E. Vervaele**, nós vivemos hoje em um momento em que muitas reformas do sistema de justiça penal são resultado de uma instrumentalização política na mediação entre o crime e o medo do crime. Essas reformas, ressalta Vervaele, estão sendo justificadas pelos paradigmas de políticas criminais de combate às drogas, ao crime organizado e ao terrorismo. O resultado é que o *ius puniendi* está sendo instrumentalizado e colocado a serviço do gerenciamento de risco e do perigo,⁽⁸⁾ o que não é recomendável.

Renato de Mello Jorge Silveira aduz que a tipicidade assume relevos importantes, mostrando-se como instrumento metodológico de compreensão das estruturas normativas, desempenhando a função de seleção de comportamentos humanos.⁽⁹⁾ Por esse (adequado) caminho, o estabelecimento de tipos deve levar em consideração padrões metodológicos apurados, não bastando a mera incriminação de condutas tidas como moralmente inadequadas – até porque o padrão de observação da moral é variável de acordo com o interlocutor.

É fácil identificar que a expansão da atividade punitiva (apoiada, na maior parte do tempo, no utilitarismo da norma e no populismo penal) não deu certo: o país tem hoje mais de 700 mil presos, com o encarceramento crescendo a taxa de 33% nos últimos cinco anos.⁽¹⁰⁻¹¹⁾ Não há – nem nunca houve no Brasil, aliás – qualquer política criminal dirigida ao desencarceramento, descriminalização e integração do delinquentes à sociedade, muito pelo contrário.⁽¹²⁾ O número de presos em decorrência da violação da lei de entorpecentes dá prova empírica disso: desde 2006, com a última alteração legislativa, o número de pessoas cumprindo pena por delitos relacionados a entorpecentes saltou quase 400%, de 31 mil encarcerados para 176 mil (em dados de 2016)⁽¹³⁾ – mas o número é possivelmente ainda maior diante dos casos de subnotificação. O tráfico, com isso, arrefeceu?

Como ensina **Víctor Gabriel Rodríguez**, o emprego da pena não faz desaparecer o crime nem deve ela ser utilizada para expiar pecados.⁽¹⁴⁾ O debate sério na criação de novos tipos penais deve levar em consideração os anseios da sociedade em relação ao gerenciamento dos novos riscos que surgem quase que diariamente, mas não pode se abster da filiação a padrões metodológicos bem delineados, que não tornem o Direito Penal um mero discurso moralizante.

Notas

- (1) Que, nunca é demais lembrar, são na verdade mais de uma centena de medidas.
- (2) Levantamento Nacional de informações penitenciárias, Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça, 2016. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2018.
- (3) *16 medidas contra o encarceramento em massa*. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/docs/2017/16MEDIDAS_Caderno.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2018.
- (4) MIR PUIG, Santiago. Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *Ius puniendi*. *Estudios penales y criminológicos*, Santiago de Compostela, n. 14, p. 205, 1991.
- (5) SAAD-DINIZ, Eduardo; LACAVA, Luiza Veronese. Entre junhos: das manifestações aos megaeventos, a escalada da repressão policial. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, v. 19, n. 29, p. 165-187, jan./jun. 2015.
- (6) A esse respeito ver as lições de Eduardo Saad-Diniz que, após dedicada análise da obra de Silva-Sanchez, na linha do que argumentamos, conclui que “*a expansión de las normas penales pertenece a un movimiento de integración político-criminal de las leyes penales desde arriba, produciendo normas penales u orientaciones marcadas por una política criminal de control de contingencias económicas. No obstante, esas tesis alineadas a una orientación político-criminal sufren de una cierta infra-complejidad. Su relativización teórica, forzada por el pragmatismo económico y la pérdida de consistencia del referencial sistémico, condenan las normas penales a niveles intolerables de indeterminación y falta de identificación*”.

- precisa de lo que sea la interpretación político-criminalmente orientada.*” SAAD-DINIZ, Eduardo. *Fronteras del normativismo: a ejemplo de las funciones de la información en los programas de criminal compliance. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 108, p. 418, jan.-dez. 2013.
- (7) Ver ainda a doutrina de Vervaele ao analisar as políticas antiterrorismo dos EUA: “Las conquistas del iluminismo y de la Revolución Francesa, tan apreciadas por los Padres Fundadores de la Constitución estadounidense, parecen haberse perdido en las actuales políticas antiterroristas”. VERVAELE, J.A.E. *La legislación antiterrorista em Estados Unidos. Inter arma silente leges?* Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2007.
- (8) “*we are living in a setting of time in which many reforms of the criminal justice system are the result of a political instrumentalisation and mediatisation of crime and the fear of crime. These reforms are being justified by the criminal policy paradigms of combating drugs, organized crime and terrorism. The result is that the ius puniendi of the state (being one of the most repressive interferences in liberty on behalf of the state), is being instrumentalised and put at service of danger and risk management. When prevention of dangerousness becomes the triggering mechanism for the use of very intrusive investigative techniques, as secrete surveillance or systematic targeted surveillance and criminal punishment, the criminal justice system is risking perverting into a security system.*” VERVAELE, J.A.E. *Surveillance [Verificar grafia desta palavra] and criminal investigation: blurring of thresholds and boundaries in the criminal justice system?* In: GUTWIRTH, Serge; LEENES, Ronald; DE HERT, Paul. *Reloading data protection: multidisciplinary insights and contemporary challenges*. Dordrecht: Springer, 2014. p.126
- (9) SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supraindividual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 73-74.
- (10) Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/b948337bc7690673a39cb5c5db10994f8.pdf>>. Acesso em: 03 abr. 2018.
- (11) Disponível em: <<http://dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>>. Acesso em: 03 abr. 2018.
- (12) Quanto ao tema, fundamental a leitura do caderno de propostas legislativas 16 *Medidas contra o encarceramento em massa*. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/docs/2017/16MEDIDAS_Caderno.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2018.
- (13) *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça, 2016. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2018.
- (14) “Nossa questão é a de que, mesmo que muito tenha sido escrito em sentido contrário, a tradição romano-germânica ainda nos ata ao conceito de pena como imperativo categórico, ou, de outro lado, à punição pelo pecado. De forma genérica, a algo de metafísico que existe no castigo estatal, que supera a barganha e a conveniência. Daí os conceitos de ‘justiça restaurativa’ ou de ‘utilitarismo’ e ‘oportunidade’ na punição penal ainda nos soam estranhos, porque é grande a carga interpretativa que temos de que – entre tantos outros, com Santo Agostinho – existe uma lei natural, imutável, que tentamos fazer aplicar na lei dos homens”. RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. *Delação premiada: limites éticos ao Estado*. São Paulo: Atlas, 2018. p.14

Gustavo Mascarenhas

Doutorando e mestre em Direito Penal pela USP.
Assessor de Ministro no Supremo Tribunal Federal.
Membro do Departamento de Estudos e
Projetos Legislativos do IBCCRIM.

Lei 13.654/2018: considerações dogmáticas e críticas

Gustavo Octaviano Diniz Junqueira e Rafael Folador Strano

1. Introdução

No dia 24 de abril deste ano foi publicada a Lei 13.654/18, a qual altera diversas disposições relativas aos crimes de furto e roubo. Mais uma vez, contrariando a regra da LINDB e desprezando a necessária adaptação dos destinatários de uma norma penal incriminadora, a vigência foi imediata.

Em relação ao furto, a Lei 13.654/18 incluiu duas novas qualificadoras no art. 155 (§ 4-A e § 7º).

No que tange ao roubo, o diploma revogou a causa de aumento do emprego de arma (anteriormente prevista no art. 157, § 2º, I), criou uma causa de aumento relacionada ao objeto do crime (substâncias explosivas - art. 157, § 2º, VI), além de estipular causa de aumento específica para emprego de arma de fogo e para o roubo perpetrado com destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo (art. 157, § 2-A, I e II).

Por fim, em relação à qualificação pelo resultado, houve o desmembramento da tipificação em incisos diversos (art. 157, § 3º, I e II), resultando incremento punitivo em relação ao resultado lesão corporal grave.

O presente artigo pretende, dentro dessa perspectiva, fixar algumas premissas dogmáticas iniciais para o manejo da recentíssima lei, além de pontuar, de forma crítica, as possíveis consequências político-criminais do diploma em questão.

2. Aspectos dogmáticos

Sem prejuízo de outros pontos a serem debatidos, a presente análise dogmática restringe-se a quatro inovações decorrentes da Lei 13.654/18:

a) O art. 155, § 4º-A e o crime de explosão

Até a vigência da Lei 13.654/18, os furtos praticados mediante explosão (e.g., furtos de valores disponíveis em caixas eletrônicos) eram tradicionalmente subsumidos à qualificadora prevista no art. 155, 4º, I, do Código Penal (destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa). Por sua vez, a tutela penal sobre a explosão recaía sobre o delito previsto no art. 251 do estatuto repressor.

O julgamento dos casos concretos ensejou discussão jurisprudencial sobre a possibilidade de aplicação do princípio da consunção, isto é, o delito de explosão, enquanto meio para a prática do furto, restaria absorvido pela qualificadora da destruição de obstáculo à subtração da coisa.

Os tribunais pátrios, porém, entenderam em sentido contrário, firmando tese de que haveria concurso material entre o furto qualificado e o delito de explosão. Nesse sentido: “*mostra-se incabível a aplicação do princípio da consunção, porquanto restou devidamente demonstrado que a conduta em questão expôs, de forma concreta, o patrimônio de outrem decorrente do grande potencial destruidor da explosão, notadamente porque o banco encontra-se situado em edifício destinado ao uso público, fato que enseja adequação típica ao crime previsto no art. 251 do CP, tendo em vista que as infrações atingiram bens jurídicos distintos, pois o delito de furto viola o patrimônio da instituição financeira, ao passo que o crime de explosão ofende a incolumidade pública*”.⁽¹⁾

A nova lei, porém, incluiu o § 4º-A no art. 155: “*A pena é de reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos e multa, se houver emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum*”. Nota-se, portanto, que a elementar “*emprego de explosivo ou de artefato*

análogo que cause perigo comum” corresponde exatamente à conduta prevista no art. 251 do Código Penal, inclusive no que tange ao perigo à incolumidade pública (“perigo comum”).⁽²⁾ Por se tratar de qualificadora que especifica meio especialmente gravoso para a prática do crime, a dupla punição pelo crime autônomo de explosão e pelo furto qualificado seria evidente *bis in idem*, inadmissível diante dos mais comezinhos princípios de Direito Penal.

Por tais razões, resta claro que, nos casos de furto a caixas eletrônicos mediante uso de explosivo, findou-se qualquer possibilidade de concurso de crimes entre o delito de furto qualificado e o de explosão: a explosão é qualificadora do crime de furto, que absorve o crime autônomo do art. 251 do Código Penal.

b) O art. 157, § 2º-A, I

Há duas relevantes decorrências da inclusão da causa de aumento em questão:

b.1) Armas brancas

A nova lei revogou expressamente a causa de aumento do roubo referente ao emprego de arma (outrora entendida de forma genérica), subsistindo apenas a previsão específica para armas de fogo (art. 157, § 2º-A, I).

Neste aspecto, é interessante registrar que o decreto que regulamenta o Estatuto do Desarmamento não prevê definição estrita do que se entende, em termos normativos, por arma de fogo, limitando-se a diferenciar arma de fogo de uso permitido e de uso restrito.⁽³⁾ Em verdade, a conceituação dos diferentes instrumentos vulnerantes foi consolidada no Decreto 3665/00, o qual define como arma de fogo aquela “que arremessa projéteis empregando a força expansiva dos gases gerados pela combustão de um propelente confinado em uma câmara que, normalmente, está solidária a um cano que tem a função de propiciar continuidade à combustão do propelente, além de direção e estabilidade ao projétil” (art. 3º, XIII, do Decreto 3665/00).

Assim, por respeito ao princípio da legalidade estrita, ficam excluídos da abrangência da norma penal todo artefato que não se enquadre no conceito acima delineado, tais como arma branca, arma controlada, arma de arremesso e arma de pressão, dentre outras previstas no mencionado Decreto.

b.2) Da descontinuidade normativa

Taipa de Carvalho ensina que nos casos-limite sobre *abolitio criminis* deve ser usado o princípio da continuidade normativo-típica, segundo o qual a inserção de elementos especializadores na nova lei traz a certeza da *abolitio*. Nesse sentido, no caso do roubo, se no tipo revogado constava que era crime subtrair mediante ameaça com emprego de arma, e no tipo trazido pela nova lei o crime é subtrair mediante ameaça com arma de fogo, constata-se que foi inserido um elemento especializador (e não apenas especificador), qual seja “de fogo”, o qual provoca a *abolitio*.⁽⁴⁾

As justificativas são incontestáveis: sob o prisma penal, a nova elementar “de fogo” não pode retroagir para alcançar fatos anteriores à sua vigência, pois é consolidada a irretroatividade da lei que não favorece o réu. Sob o ângulo processual, se no momento do fato a circunstância de ser arma “de fogo” era irrelevante penal, a produção de prova sobre tal detalhe era irrelevante, e as providências, pelas partes, aleatórias. Para ilustrar a conjuntura, pense-se na hipótese de réu acusado por roubo praticado com utilização de uma arma de pressão. Nesse caso, antes da alteração legislativa não havia qualquer interesse defensivo na produção de prova relacionada à peculiaridade de ser a arma de fogo ou de pressão. Por outro lado, após a reforma, pode ser de interesse da defesa comprovar que o artefato não era arma de fogo, mas tal prova será, em muitos casos, inviável.

Na lição de **Taipa de Carvalho**: “negar a despenalização significaria, na prática, fazer depender do momento e do mero acaso a

punição ou não do agente: se a LN (Lei Nova) entrar em vigor depois de ter sido decidida a questão-de-fato, a condenação ou absolvição do arguido dependerá do caso fortuito de se ter ou não (o que é bem possível, uma vez que, nesse momento, a circunstância especializadora ainda não era elemento típico) provado o elemento fático que, não sendo constitutivo da LA (Lei Anterior), passou a sê-lo pela LN”.⁽⁵⁾

No Brasil a solução já foi adotada na edição da súmula 720 do STF: antes da vigência do Código de Trânsito Brasileiro, a contravenção do art. 32 da LCP era satisfeita com a condução do veículo automotor sem habilitação, pouco importando o perigo de dano. Com a entrada em vigor do art. 309 do Código de Trânsito, a relevância penal da conduta ficou condicionada à existência de perigo de dano, elemento especializador inserido no tipo. A conclusão, na lição de **Taipa de Carvalho**, seria reconhecer a *abolitio*. O STF então sumulou que houve *abolitio criminis* do art. 32 da LCP, pouco importando se na conduta do réu condenado na vigência da contravenção havia ou não perigo de dano. A análise da presente reforma exige coerência.

Em síntese, na reforma do Código Penal ora analisada foi inserido elemento especializador na majorante, demandando o reconhecimento de sua *abolitio* para todos os casos anteriores, pouco importando se a arma usada era ou não de fogo. É o que ensina a melhor doutrina, e é a decisão coerente com os *standards* já pacificados pelo STF na Súmula 720. Afastar a majorante pode desagradar os que abraçam uma leitura sempre punitivista da lei, mas é um pequeno preço a ser pago para a preservação da legalidade penal e da coerência dos princípios que orientam as Cortes Superiores. É nossa posição.

c) Da fixação da pena nas majorantes do roubo

A dosimetria da pena do roubo gerou, por muitos anos, intenso conflito no que tange à possibilidade de aplicação de maior gravame com base exclusivamente na quantidade de majorantes verificadas no caso concreto. A questão aparentemente foi pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça por meio da Súmula 443: “O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes”.

Tudo indica, porém, que o novo diploma legislativo ocasionará nova celeuma relacionada à matéria. Isso porque, originalmente, todas as causas de aumento do roubo eram fixadas no § 2º, do art. 157, do Código Penal e possibilitavam o incremento de 1/3 até metade de pena. Ocorre que a Lei 13.654/18 incluiu nova “espécie” de majorantes no § 2º-A, o qual prevê que a reprimenda da situação descrita em seus incisos poderá ser acrescida em 2/3.

A situação poderá gerar dúvidas na hipótese de incidência de majorantes previstas em ambos os parágrafos, e.g., roubo cometido em concurso de pessoas mediante emprego de arma de fogo. Nessa situação, qual fração de majoração deve incidir? Haverá possibilidade de incidência sobreposta?

A resposta é óbvia e legalmente prevista no art. 68, parágrafo único, do Código Penal: “no concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua”. Aliás, foi o referido artigo o orientador da Súmula 443 do STJ, e é a baliza legal e vinculante para a interpretação do aparente conflito de normas.

Não há, portanto, a menor viabilidade legal para que se cogite a aplicação sobreposta das causas de aumento, o que, inclusive, ensejaria reprimendas desproporcionais e que chegariam a competir com as penas do homicídio qualificado.

d) O latrocínio e lei dos crimes hediondos

A lei de crimes hediondos (Lei 8072/90) prevê como hediondo o art. 157 §3º, *in fine*. A figura não existe mais, pois o latrocínio ora

está previsto no art. 157, §3º, II, do Código Penal. Assim, são três os caminhos possíveis:

- 1) Deve ser ignorada a alteração legislativa e o fato de que o art. 1º da Lei 8072/90 ora faz remissão a dispositivo inexistente. Mais uma vez o Poder Judiciário ignoraria a letra da lei e julgaria com parâmetros de “justiça”, reconhecendo a vigência da nova lei, sua constitucionalidade e manutenção do caráter hediondo do latrocínio, mesmo em flagrante contrariedade com a literalidade da lei, lembrando que nossa matriz é romano-germânica. Acreditamos que é a pior posição, pois afronta a legalidade penal, base maior do Estado de Direito.
- 2) Deve ser reconhecida a *novatio legis in melius*, afastando o caráter hediondo do latrocínio uma vez que não mais indicado diretamente na Lei 8072/90. É a compreensão que melhor se adapta à literalidade da lei, mas esbarra na evidente contrariedade à intenção do legislador e, em especial, à proporcionalidade, uma vez que uma nova lei deixaria de considerar crime hediondo um atentado doloso à vida como meio para subtração do patrimônio, mantendo o rigoroso regime para o homicídio doloso por motivo fútil, torpe e para assegurar a execução de outro crime.
- 3) Deve ser considerada inconstitucional a alteração do art. 157, § 3º do Código Penal, uma vez que seria inconstitucional afastar o caráter hediondo do latrocínio, por proteção deficiente. O controverso princípio deita suas raízes no controle abstrato de constitucionalidade – a modalidade abstrata é o único cenário possível para tal princípio no Direito Penal, sob pena de afronta à legalidade. Na reforma ora examinada, parece haver insuportável desproporcionalidade ordinal (aqui nos apropriamos da consagrada classificação de **Hirsch**), pois resta afastado o caráter hediondo da morte provocada para garantir a execução de um roubo, mas manteve-se o caráter hediondo de todo homicídio por motivo torpe, fútil ou mesmo para assegurar a execução de outro crime, como uma apropriação indébita ou um estelionato. Diante da evidente desproporcionalidade, sob essa perspectiva, seria inconstitucional a reforma do § 3º do art. 157.

3. Crítica

No Brasil, os crimes patrimoniais historicamente representam o ponto mais agudo do desbalanceamento entre bens jurídicos e respectivas penas, havendo “*explícita evidência no sentido de uma tutela mais acentuada do patrimônio, em detrimento de bens jurídicos de maior dignidade penal*”.⁽⁶⁾

A recentíssima inovação legislativa, além de agravar o já desequilibrado cenário normativo, possui forte potencial de impactar nas massivas taxas de encarceramento verificadas no país. Com efeito, trata-se de intenso recrudescimento punitivo dirigido aos delitos com maior verificação no sistema prisional brasileiro, eis que, juntos, furto e roubo correspondem à criminalização de 38% da população encarcerada nos presídios estaduais.⁽⁷⁾ Analisado

isoladamente, o roubo tem coeficiente encarcerador equivalente ao do tráfico de drogas (26% da população prisional masculina).

A questão se tornará ainda mais preocupante caso os Tribunais deixem de adotar uma postura limitadora do ímpeto punitivo legiferante, afinal, interpretações dissociadas da dogmática estrita, sobretudo do princípio da legalidade, podem impor aos crimes patrimoniais reprimendas jamais verificadas no ordenamento brasileiro.

Nem se alegue que a exclusão da causa de aumento da arma branca ou a absorção da explosão pelo furto qualificado teriam potencial para equilibrar a balança punitiva. Ora, estas circunstâncias são irrisórias diante da massa de crimes patrimoniais julgados no Brasil e não compensam o incremento penal operado em relação às demais qualificadoras e causas de aumento.

A observância rígida à necessidade de comprovação do potencial lesivo da arma de fogo apreendida e a fixação de critérios precisos para a dosimetria da pena são outros exemplos de posturas dogmáticas imprescindíveis para minorar o problema, mas, ainda assim, representam pouco perto do recrudescimento punitivo que se apresenta no horizonte.

Notas

- (1) Cf. REsp 1647539/SP, Rel. Ministro Nefi cordeiro, Sexta Turma, julgado em 21/11/2017, DJe 01/12/2017.
- (2) Ao comentar a objetividade jurídica do delito de explosão, Hungria registra que: “*tal como no incêndio, o eventus periculi não é presumido pela lei: deve ser averiguado ou demonstrado in concreto e assumir a característica de comum (em consonância com a rubrica do capítulo), ou seja, ameaçador de indeterminado número de pessoas ou coisas. Se tal perigo extensivo não ocorre, o crime a reconhecer será o de dano qualificado [...] (HUNGRIA, Nelson. Comentários ao código penal. v. IX. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 38).*”
- (3) Artigos 10 e 11 do Decreto 5.123/04.
- (4) Sobre o tema CARVALHO, Américo Taipa de. Sucessão de Leis Penais. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 216 e seguintes.
- (5) Idem. p. 220. Vale anotar que a ressalva do autor remete à discussão entre dado especializador e especificador, que permitiria maior obediência às exigências político-criminais, e é irrelevante no caso ora estudado.
- (6) SILVA FRANCO, Alberto; STOCO, Rui. *Código penal e sua interpretação*: doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 770.
- (7) Dados relativos à população carcerária masculina disponíveis em: <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>. (p. 62). Em relação ao encarceramento feminino, o crime com maior verificação é o tráfico de drogas (62%).

Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

Doutor e mestre em Direito Penal pela PUC-SP.
Professor de Direito Penal da PUC-SP.
Defensor Público do Estado de São Paulo.

Rafael Folador Strano

Doutorando em Direito Penal e Criminologia pela FDUSP.
Defensor Público do Estado de São Paulo.



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 Stanzola Vieira
2.º Secretário: Roberto Luiz Corcioli Filho
1.º Tesoureiro: Edson Luis Baldan
2.º Tesoureiro: Bruno Shimizu
Assessora da presidência: Jacqueline Sinhoretto
Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais:
Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo Gomes

CONSELHO CONSULTIVO

PRESIDENTE
Andre Pires de Andrade Kehdi
MEMBROS
Carlos Alberto Pires Mendes
Hélio Alejandro Nogueis Moyano
Mariângela Gama de Magalhães Gomes
Sérgio Salomão Shecaira

OUVIDOR

Rogério Fernando Taffarello

Julgamento virtual: ofensa à Constituição Federal

Carmen da Costa Barros e Maria Elizabeth Queijo

Acompanhando o ritmo da sociedade pós-moderna, que cada vez mais se volta para o mundo tecnológico e suas benesses, também o Poder Judiciário está-se moldando a esse mundo virtual.

A inovação veio com o sistema de acompanhamento de processos via *internet*, seguida do sistema *push*. A partir de 2007, quando entrou em vigor a Lei 11.419/2006, foi instituído o processo eletrônico. Desse modo, os processos passaram a ter suas peças digitalizadas, bem como se formalizou a via eletrônica para a comunicação de atos e a transmissão de peças processuais (art.1º).

Observa-se que, de fato, em alguns aspectos, os tribunais têm utilizado os meios digitais a favor da agilidade e do acesso à Justiça.

A forma digital e eletrônica dos atos processuais, porém, deve ser aplicada com estrita observância aos princípios e regras constitucionais e processuais.

Quanto aos julgamentos em ambiente eletrônico, em se cuidando de norma de procedimento, acerca do julgamento pelos tribunais, é controvertida a possibilidade de sua admissão, frente ao princípio do devido processo legal.⁽¹⁾ É que as normas de procedimento, no processo penal, consubstanciam garantias das partes e da própria jurisdição.

A respeito da matéria em questão, verifica-se que o art. 792 do Código de Processo Penal, disciplinando o procedimento em audiências e sessões de julgamento pelos tribunais, dispõe, em seu *caput*, que “As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados”.

Vê-se, desse modo, que o diploma processual penal prevê, de forma expressa, como regra, que o julgamento nos tribunais será público e realizado em sua sede, ou seja, de forma presencial. Tal dispositivo encontra-se em plena consonância com o princípio da publicidade dos julgamentos tutelado na Constituição Federal, em seu art. 93, inciso IX.

Em sessão de julgamento presencial, são revelados publicamente, salvo as exceções que a Constituição prevê, a ementa, o relatório e o voto de cada um dos julgadores. As partes podem acompanhar o julgamento, o que não ocorre no julgamento em ambiente eletrônico. Assim, o julgamento presencial prestigia a transparência dos atos judiciais, que é um dos objetivos do princípio da publicidade. No entanto, os julgamentos em ambiente eletrônico não são públicos. O que se torna público é o seu resultado, após a conclusão do julgamento. E o texto constitucional não assegura apenas a publicidade das decisões judiciais, que é o que o julgamento virtual possibilita, mas sim a publicidade dos julgamentos, o que é bem diferente.⁽²⁾

Note-se ainda que o texto constitucional somente admite limitação à denominada publicidade externa, ou seja, aquela que recai sobre terceiros, ou seja, o público em geral, ao admitir que a lei poderá restringir a presença, em determinados atos, às partes e aos seus advogados, ou somente a estes, nos casos em que a preservação da intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (art. 93, inciso IX). No julgamento em ambiente eletrônico, porém, há restrição à publicidade externa

e também à interna.⁽³⁾ Isto é, o sigilo do julgamento não alcança somente terceiros, mas inclusive as partes e seus respectivos advogados, o que representa, na prática, um julgamento secreto que, para além de inconstitucional, apresenta nítido viés inquisitorial, um verdadeiro retrocesso. No processo penal, conforme ensina Ferrajoli,⁽⁴⁾ a publicidade faz parte constitutiva e estrutural do modelo acusatório, sendo que o segredo representa traço do modelo inquisitório. Segundo o referido autor, a publicidade, que se distingue da espetacularização, assegura tanto o controle externo quanto o controle interno da atividade jurisdicional. Observa que a apuração da responsabilidade penal deve se desenvolver “à luz do sol”, sob o controle da opinião pública e, sobretudo, do acusado e de seu defensor.

Além disso, é o julgamento presencial que proporciona o debate das questões, de fato e de direito, pelos julgadores, o que inexistente no julgamento virtual.

Observa-se, na prática cotidiana dos tribunais, que os julgadores, na sessão, não ficam adstritos à leitura de seus votos. É no curso da sessão que se dão os debates, que podem ser esclarecidas dúvidas dos julgadores que não tiveram acesso aos autos e que pode haver, inclusive, convencimento de um julgador por outro. Toda essa essência do julgamento presencial, que decorre da observância do princípio da colegialidade, fica completamente aniquilada no julgamento em ambiente eletrônico, pois não há debates, nem troca de ideias sobre o tema julgado, nem esclarecimentos. Aliás, sequer há garantia de que todos os integrantes do colegiado votarão, de fato. E isso porque há prazo fixado para que o julgador vote e, não o fazendo, presume-se que acompanhou o voto do relator.

Em outras palavras: o julgamento virtual reforça, e muito, a tendência à monocratização das decisões nos tribunais, instituída por normas processuais e regimentais.⁽⁵⁾

Além disso, mesmo nos casos em que a legislação não admite sustentação oral, o julgamento virtual acaba por impedir qualquer participação do advogado no ato, prestando esclarecimento sobre matéria fática ou suscitando questão de ordem.⁽⁶⁾

Em suma: sob o ângulo constitucional, em nosso entendimento, não há como admitir o julgamento em ambiente eletrônico, mesmo a pretexto de celeridade e da razoável duração do processo, notadamente em matéria penal.

Mas não é só. À inconstitucionalidade da adoção do julgamento virtual, soma-se ainda outra. É que somente a lei poderia dispor a respeito, vez que seu conteúdo é processual. Ocorre que não há lei que regule a matéria. Aliás, a iniciativa a esse respeito, que constaria do mais recente Código de Processo Civil, não vingou. A previsão nele contida, em seu art. 945, foi integralmente revogada pela Lei 13.256/2016. Por sua vez, o Projeto de Código de Processo Penal que tramita atualmente na Câmara dos Deputados, depois de aprovado pelo Senado, também não contempla a matéria.

E nem se argumente que o posicionamento externado pelo CNJ, na consulta formulada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por sua Quinta Câmara Cível, de nº 0001473-60.2014.2.00.0000, poderia salvar da inconstitucionalidade o julgamento em ambiente virtual. É que o CNJ, na aludida consulta, decidiu, em dezembro de 2015, pela possibilidade dessa modalidade de julgamento, para os recursos nos

quais não caiba manifestação oral do advogado, com fundamento no Código de Processo Civil então em vigor (art. 154, § único e § 2º.) e na Lei 11419/2006, que dispôs sobre a informatização do processo judicial. Ocorre que nenhum dos dois diplomas mencionados trata do julgamento virtual.⁽⁷⁾ E tampouco serve como fundamento, igualmente citado no voto do relator nessa consulta, o Código de Processo Civil que entraria em vigor e que contemplava o julgamento virtual no art. 945, que veio a ser revogado, como já anotado. Ademais, diferente do que decidiu o CNJ, a questão não se adequa ao princípio da instrumentalidade das formas,⁽⁸⁾ mas toca à observância do devido processo legal. Além disso, o CNJ possui competência administrativa, não possuindo competência para legislar, tampouco para apreciar matéria jurisdicional, como é o caso da inconstitucionalidade. Porém, o mais curioso é que o CNJ firmou nessa consulta que os tribunais, ao aderirem ao julgamento virtual, poderiam fazê-lo desde que observadas as garantias constitucionais e legais do processo (!), mas nem as diretrizes firmadas na própria consulta foram respeitadas pelos tribunais, ao regularem a matéria, como adiante se detalhará.

Assim, não obstante não haja nenhuma legislação processual em vigor que autorize o julgamento por meio eletrônico, ele já tem a plena adesão de vários Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais, do Superior Tribunal de Justiça e também do Supremo Tribunal Federal.

O resultado é que há disparidade de regras, em razão de sua normatização apenas no regimento interno de cada tribunal.

Cabe assinalar que os regimentos internos dos tribunais são atos normativos para estabelecer composição e competência dos seus respectivos órgãos e regular o trâmite interno de normas processuais já vigentes no ordenamento jurídico.

A criação e a sistematização de normas atinentes ao julgamento virtual pelos próprios tribunais ferem o devido processo legal e, em última instância, o Estado Democrático de Direito, uma vez que estão a legislar sobre matéria de cunho processual. Ademais, a própria Constituição Federal é ofendida na medida em que prescreve que somente a União poderá legislar em matéria processual. Ou seja, cabe ao Congresso Nacional a tarefa. E tudo isso tem razão de ser.

É que essas normas deveriam ser instituídas de modo uniforme, conferindo uma identidade constitucional de Justiça mais célere, mas também e especialmente eficaz. E a eficácia processual só existe quando se respeitam os princípios e garantias fundamentais,⁽⁹⁾ notadamente no campo criminal, com observância rigorosa dos direitos atinentes à defesa.

O que se tem visto, porém, além de uma sistemática processual desprovida de uniformidade, é uma nítida violação a tais princípios, não raro com graves prejuízos à defesa, inclusive no campo penal. A propósito, é de se destacar que muitos tribunais não excepcionam sequer a matéria criminal dos julgamentos virtuais, exceção feita ao Superior Tribunal de Justiça.⁽¹⁰⁾ Outros, como o Tribunal de Justiça de São Paulo embora incluam em julgamento virtual feitos criminais, estabelecem que a mera oposição de qualquer das partes, independente de motivação, é o bastante para que o julgamento seja presencial.⁽¹¹⁾

De todas, a que mais chama a atenção, é a sistemática instituída pelo Supremo Tribunal Federal, ao normatizar, via regimento interno, o julgamento virtual.

O julgamento em ambiente eletrônico no Supremo Tribunal Federal está regulado pela Emenda Regimental 51, de 22 de junho de 2016 e pela Resolução 587/2016.

De início, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal não faz nenhuma distinção entre os processos incluídos em julgamento virtual. Os processos criminais são colocados na mesma vala comum que os processos em matéria cível, trabalhista, administrativa.

Nesse cenário, o relator tem o poder de escolha e definição do recurso que será julgado em sessão virtual (art. 1º.) e, ainda que haja requerimento de destaque expresso feito pela parte, cabe também a ele a decisão da retirada do processo da sessão virtual (art. 4º., inciso II).

Outro ponto questionável é que, somente ao ter início a sessão, será definida a composição do Plenário e das Turmas. Ou seja, até mesmo o quórum necessário para se realizar sessão do Plenário ou das Turmas é desprezado (art. 143 e art. 147 do regimento interno).

E ainda, como sucede nos demais tribunais, ofende-se o princípio da publicidade dos julgamentos, já que o relatório e o voto do relator, assim como dos demais julgadores, só se tornam públicos após o término do julgamento (art. 2º., § 3º.).

Em suma, o julgamento virtual se dá de forma absolutamente secreta. Não existe um meio adequado para que os advogados acompanhem o trâmite do julgamento.

Dispõe o regimento interno do Supremo Tribunal Federal que as sessões virtuais serão realizadas “*semanalmente, com início às sextas feiras...*” (art. 1º.). Porém, não se sabe como e quem está julgando.

Destaque-se que os mencionados dispositivos do regimento interno da Corte Suprema afrontam inclusive as diretrizes firmadas pelo CNJ, na consulta antes mencionada. É que constou expressamente do voto do relator, a respeito da publicidade dos julgamentos assegurada na Constituição Federal: “*Com efeito, a fim de adaptar os julgamentos virtuais (ou não presenciais) a essa exigência constitucional, torna-se necessário que possam ser acompanhados pelos interessados por meio eletrônico (leia-se, pela internet), desde a abertura da sessão de julgamento, até o resultado final*”.

O princípio da colegialidade também é especialmente atingido na normativa da Suprema Corte. É que, afora a previsão, contida na Resolução 587/2016, de que se considerará que acompanharam o relator os ministros que não votarem no prazo de 7 dias do início do julgamento virtual (art. 2º., §§ 1º. e 2º.), contempla-se ainda a possibilidade de que os ministros votem nas listas como um todo ou cada processo separadamente (art. 6º.).

Constata-se que os dispositivos inseridos no regimento interno do Supremo Tribunal Federal, que regem a forma e os critérios que poderão ser adotados para a inserção dos processos em julgamento virtual, demonstram que a Corte Suprema se desviou do mais significativo papel que lhe foi conferido pelo art. 102 da Constituição Federal: “*a guarda da Constituição...*”.

Desprezou não somente a Constituição Federal como também regras do Código de Processo Penal e seu próprio regimento interno. E ainda que se argumente que o Supremo Tribunal Federal dispõe “*de competência normativa primária para, em sede meramente regimental, formular normas de direito processual, concernentes ao processo e ao julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal*”,⁽¹²⁾ tal competência não possui o condão de se sobrepor às regras constitucionais. Não pode o Supremo Tribunal Federal, como afirmado linhas antes, usurpar a competência da União, a quem compete, privativamente, legislar sobre Direito Processual⁽¹³⁾; nem, muito menos, incluir em seu regimento interno regras inconstitucionais, como é o caso das que admitem e regulam o julgamento virtual.

Cumprido, então, à Corte Suprema a urgente e importantíssima missão exemplar, de dar cumprimento aos princípios constitucionais, colocando em prática as diretrizes dos Códigos de Processo Penal e de Processo Civil e, sobretudo, da própria Constituição Federal, que todos os seus ministros juraram cumprir.

Notas

- (1) FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 124. SOUZA, Ana Victoria de Paula. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e o julgamento por e-mail. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 20, n. 231, p. 7-8, fev. 2012.
- (2) SOUZA, op. cit., p. 7-8.
- (3) JAUCHEN, Eduardo. *Tratado de derecho procesal penal*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni 2012. Tomo I, p. 375, explica que a publicidade interna consiste na possibilidade de participação e conhecimento das partes da realização de diversos atos processuais. Já a publicidade externa refere-se à possibilidade de conhecimento público e difusão geral dos atos e trâmites de um processo.
- (4) FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 4. ed. Roma: editori Laterza, 1997. p. 632-634.
- (5) DELOSSO, Ana Fernanda Ayres; KÖHLER, Domitila. Julgamento virtual é mais um passo para a 'monocratização' dos tribunais. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 5 abr. 2017.
- (6) DELOSSO; KÖHLER, op. cit.
- (7) Veja-se, a propósito, que o art. 154, § único e § 2º. do CPC de 1973 não contém nenhuma referência ao julgamento de recursos em ambiente virtual. O "caput" do art. 154 alude ao princípio da instrumentalidade das formas. Já o § único refere-se à possibilidade de os tribunais disciplinarem, no âmbito de sua respectiva jurisdição, a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meio eletrônico. E, por fim, o § 2º. do citado dispositivo dispõe que "Todos os atos e termos do processo podem ser produzidos, transmitidos, armazenados e assinados por meio eletrônico, na forma da lei".
- (8) Conforme CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p.380, o princípio da instrumentalidade das formas prestigia o objetivo do ato processual, afastando a nulidade processual ainda que tenha o ato sido imperfeito, coincidindo com a regra estampada no brocardo *pas de nullité sans grief*.
- (9) Nesse sentido, CHIAVARI, Mario. *Garanzie individuali ed efficienza del processo. Il giusto processo*. Milão: Giuffrè, 1998. p. 51-77. No aludido artigo, o referido autor escreve, com propriedade, que: "Riconosciamo piuttosto che la vera efficienza processuale è tale solo se ingloba anche l'efficienza nel riconoscimento e nello sviluppo delle garanzie processuali" (p. 54).
- (10) "Art. 184-A. Ficam criados Órgãos Julgadores virtuais, correspondentes à Corte Especial, às Seções e às Turmas do Superior Tribunal de Justiça, com finalidade de julgamento eletrônico de recursos, excetuados os de natureza criminal".
- (11) O Tribunal de Justiça de São Paulo normatizou o julgamento virtual, inicialmente por e-mail, por meio da Resolução nº 549, de 10 de agosto de 2011. Tal Resolução segue em vigor e foi modificada, recentemente, pela Resolução 772/2017, de 10.8.2017, conferindo a seguinte redação ao caput do art. 1º.: "As apelações, agravos de instrumento, agravos internos, embargos de declaração, mandados de segurança, habeas corpus, conflitos de competência e ações originárias serão, preferencialmente, julgados em sessão virtual, a critério da turma julgadora, ressalvada expressa oposição de qualquer das partes, independentemente de motivação declarada, mediante petição protocolizada no prazo de cinco dias úteis, contados da publicação da distribuição dos autos que, para este específico fim, servirá como intimação". Contudo, mesmo em relação a essa última Resolução, persistem omissões, que têm sido alvo de críticas e de adoção de providências recentes pela Associação dos Advogados de São Paulo. A principal delas refere-se à própria publicidade da Resolução, que regula o julgamento virtual. Além disso, o art. 1º. em questão não obriga que conste da distribuição dos autos a informação acerca da inclusão do feito em julgamento virtual. Obtempera-se, ainda, que, como a intimação para inclusão do feito em julgamento virtual se dá na distribuição, nesse momento, não raro, o advogado ainda não tem como definir se a sustentação oral será necessária ou não.
- (12) AI n. 294479 – STF, rel. Min. Celso Mello, Pleno, DJe 12.12.2013.
- (13) Constituição Federal, art. 22 inciso I.

Carmen da Costa Barros

Doutoranda pela Universidad Nacional de Lomas Zamora.
Advogada.

Maria Elizabeth Queijo

Doutora e mestre em Processo Penal pela USP.
Advogada.

Anotações sobre o crime de descumprimento de medida protetiva de urgência: um "novo" remédio para o mesmo mal

Misael Neto Bispo da França, Bruna Rafaela de Santana Santos e Filipe de Sousa Alcântara

O Presidente da República acaba de sancionar a Lei 13.641, de 03 de abril de 2018, acrescentando o artigo 24-A à sua congênera 11.340/2006, a "Lei Maria da Penha", tipificando a conduta de descumprir medida protetiva de urgência imposta judicialmente (no âmbito cível ou criminal) para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Nos termos do parágrafo 2º, a fiança só poderá ser concedida pela autoridade judicial, ainda que nos casos de flagrante.

A reprimenda ficou entre 2 meses e 3 anos de detenção, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, consoante redação do parágrafo 3º. Em tempos pós-democráticos,⁽¹⁾ como o que se vive no Brasil, a "novidade" não causa espécie, tendo em vista que a supressão de direitos e garantias fundamentais e o apelo ao Estado Polícia estão entre as principais características desse paradigma, que apresenta o recrudescimento das políticas punitivistas como solução para os problemas sociais.

Ocorre que o apego à axiologia que dimana da Constituição

Federal faz-nos insistir na luta pela efetividade das suas normas, notadamente daquelas que homenageiam a pessoa humana como horizonte de toda a ordem jurídica estatal. Nesse sentido, é mister persistir na concretização dos pilares do processo penal acusatório, como aquele que, subordinado aos ditames constitucionais, homenageia o *status libertatis* como valor primordial do indivíduo. Aliás, não resta outra forma de pensar a quem se dedica, com real comprometimento, ao estudo das ciências criminais, em destaque o processo penal sob a égide de uma Lei Maior que se autoproclama cidadã.

A alteração legislativa em comento, ao que se evidencia, não serve a um processo penal de garantias, na medida em que revela (novamente) a flexibilização de garantias básicas de quem se submete à persecução penal em juízo. Para constatá-lo, basta lembrar que, até o último 03 de abril, o descumprimento de medidas protetivas de urgência no contexto da violência contra grupos vulneráveis – mulheres, idosos, criança, adolescente, enfermo e pessoa com deficiência – implicava a decretação de

prisão preventiva, como deflui da inteligência do art. 313, III do CPP alterado em 2011. Por mais que se trate de restrição cautelar à liberdade de locomoção, cabia, ainda, a discussão em torno dos pressupostos e requisitos desta medida constritiva, a fim de reconduzi-la aos caminhos da proporcionalidade estampados no art. 282 do Estatuto de Ritos.

Agora, a situação é outra. Descumprida uma medida imposta judicialmente para proteger a mulher em vulnerabilidade doméstica e familiar, o(a) violador(a) responderá criminalmente.

Partindo de um processo penal constitucionalizado, submetido aos parâmetros lançados pelo sistema acusatório, impõe-se a pergunta: a quem interessa endurecer a resposta estatal ante o desrespeito dos limites traçados em caráter cautelar para garantir a integridade física/vida da mulher? Noutros termos, quem ganha quando se recorre a um sistema punitivo reconhecidamente falido, a pretexto de garantir a efetividade das medidas protetivas de urgência?

Antes das reflexões que conduzirão a possíveis respostas, cabe uma constatação.

O Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento firmado em sede de *Habeas Corpus*, segundo o qual o descumprimento da medida em apreço não configura crime de desobediência (arts. 330 e 359 do Código Penal), valendo consignar o seguinte excerto do julgado, *in verbis*: “A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça está pacificada no sentido de que o descumprimento de medidas protetivas estabelecidas na Lei Maria da Penha não caracteriza a prática dos delitos previstos nos arts. 330 e 359 do Código Penal, em atenção ao princípio da ultima ratio, tendo em vista a existência de cominação específica nas hipóteses em que a conduta for praticada no âmbito doméstico e familiar, nos termos do art. 313, III, do Código de Processo Penal”.⁽²⁾

O fragmento fala por si. A um Direito Penal de extrema *ratio* bastaria a reprimenda na forma de medida cautelar pessoal, tal como disposta no aludido art. 313 do CPP. Não foi o que animou o legislador de 2018 que, não satisfeito com o entendimento pacificado na Corte da Cidadania, criou delito próprio, no afã de garantir a proteção da mulher vítima de violência doméstica e familiar. É o que aparenta, pelo menos em análise perfunctória. Assim, constata-se a tipificação de uma conduta que já possuía sanção prevista, criando-se um tipo penal “novo”, similar ao que já existia no ordenamento, agora com regime mais gravoso, um exemplo nítido do que **Álvaro Pires** chamou de *racionalidade penal moderna*, com a cultura da obrigação de punir ilimitadamente.⁽³⁾

Contudo a complexidade dessa forma de violência merecia enfrentamento outro, para além da mera tipificação de condutas, como se isso, por si só, minorasse a criminalidade que vitimiza em razão do gênero. Basta atentar para as estatísticas referentes ao feminicídio no Brasil, desde a criação da lei de regência em 2015, para concluir que a criação de mais delitos não produz nada além do recrudescimento estéril da violência.

Tais estatísticas, de fato, são prejudicadas por falta de monitoramento devido. Alguns Estados brasileiros, como Rondônia, não fazem distinção entre homicídio e feminicídio; outros, como Maranhão, fornecem dados parciais. Na Bahia, curiosamente, diz-se que não há registro de feminicídios referentes a 2015 e 2016.⁽⁴⁾

Sucedem que, desde a aprovação da legislação referente ao tema, os números são crescentes. Em 2015, 16 Estados registraram 492 casos. A taxa, em números totais, era de 4,8 para cada 100 mil mulheres – a quinta maior do mundo, segundo a OMS. Em 2016, 20 Estados registraram 812 crimes. Já em 2017, 24 estados registraram 946 feminicídios (!), um aumento de 6,5% em relação a 2016.⁽⁵⁾

As diferenças de raça demonstram estatísticas ainda mais escandalosas: entre o período de 2003 a 2013, anterior à lei, a vitimização de mulheres negras cresceu 190,9%, enquanto que, no mesmo período, a quantidade anual de feminicídio de mulheres brancas caiu 9,8%⁽⁶⁾. Abarcando um período posterior à promulgação da lei de 2015, enquanto a mortalidade de mulheres brancas observou redução de 7,4% entre 2005 e 2015, atingindo 3,1 mortes para cada 100 mil mulheres, a mortalidade de mulheres negras observou um aumento de 22% no mesmo período, chegando à taxa de 5,2 mortes para cada 100 mil mulheres negras, acima da média nacional (!!!).⁽⁷⁾

Destarte, as subnotificações de casos em comento não são capazes de encobrir a grande quantidade de óbitos decorrentes da violência contra a mulher, o que denuncia a ineficácia da política criminal que aposta todas as fichas na criminalização. O extermínio (moral e físico) de mulheres no Brasil causa revolta imensurável, sobretudo quando se atenta para a sua vulnerabilidade em um país de patrimônio paternalista evidente. É justamente por isso que, nestas curtas linhas, roga-se ao Direito Penal de gênero que se permita uma aproximação maior com outros ramos do saber, extrapolando o campo jurídico, a fim de que se encontrem soluções efetivas para tão grave dilema.

Notas

- (1) CASARA, Rubens R. R. Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.
- (2) Cf. *Habeas Corpus* 305.409/RS, Rel. Ministro Ribeiro Dantas. Em sentido adverso, a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconhecendo a tipicidade: “Apelação crime. Desobediência. Violência doméstica e familiar. Recurso do Ministério Público. 1. Desobediência. Medida protetiva de urgência. Descumprimento. Tipicidade. Controvérsia jurisprudencial. Precedentes. A conduta prevista no artigo 330 do Código Penal pode ser tida como atípica quando para a ordem legal desobedecida há previsão de sanção extrapenal não cumulativa. Em se tratando de desobediência de medida protetiva de urgência, a lei processual penal prevê a possibilidade de prisão, o que não é espécie de sanção. A tendência atual de esvaziamento das hipóteses de segregação cautelar, mormente em se tratando de crimes de violência doméstica, tende a deixar o agente que desrespeita ordem legal de afastamento do lar sem punição, incentivando a continuidade de agressões, o que retira a coação da ordem emanada do Juiz e fomenta a prática do crime, ferindo a própria ratio da Lei Maria da Penha e da Constituição Federal. A conduta de desobedecer medida protetiva de urgência, portanto, é típica e deve ser reprimida pelo direito penal, inclusive como reforço sistemático às ações mandamentais de natureza cível. Direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva. Direito comparado (...)” (Apelação Crime Nº 70053723656, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Julgado em 27/06/2013)
- (3) PIRES, Álvaro O. A Racionalidade penal moderna, público e os direitos humanos. In: *Novos Estudos*, São Paulo, n. 68, p. 39-60, mar. 2004, p. 44-45. In: RAMALHO, Elmir Duclerc Jr. *Introdução aos fundamentos do processo penal*. Florianópolis, 2016. p. 70.
- (4) VELASCO, Clara G. C. Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/cresce-n-de-mulheres-vitimas-de-homicidio-no-brasil-dados-de-feminicidio-sao-subnotificados.ghtml>>. Acesso em: 07 mar. 2018.
- (5) *Ibid.*
- (6) *ONU/BR*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/onu-feminicidio-brasil-quinto-maior-mundo-diretrizes-nacionais-buscam-solucao/>>. Acesso em: 09 mai. 2016.
- (7) Cf. Atlas da Violência 2017.

Misael Neto Bispo da França
Doutorando em Direito pela UFBA.
Professor de Processo Penal e
Prática Jurídica Penal da UFBA.
Analista Jurídico do MPU.

Bruna Rafaela de Santana Santos
Estudante de Direito da UFBA.

Filipe de Sousa Alcântara
Estudante de Direito da UFBA.

Jus puniendi tribal

Danilo Pereira

Povos indígenas à época da colonização

Diversas foram as fases da civilização humana até chegarmos à codificação da Lei, à compreensão do monopólio do Estado tanto na confecção da norma penal quanto na previsão da respectiva sanção, no processamento do indivíduo infrator, e finalmente, no cumprimento da sanção imposta. Nem sempre o Direito de punir foi monopólio do Estado tal como temos hoje. Desde que o homem passou a viver em sociedade, estabeleceu as condutas permitidas e aquelas reprováveis, bem como a consequência da desobediência, através de punições estabelecidas. Historicamente, no mundo, o que variou ao longo dos tempos foram as formas e os sistemas de punição, de acordo com algumas fases do Direito, cuja divisão se deu segundo a evolução dos sistemas punitivos e a respectiva infligência de pena ao indivíduo, conforme o período histórico vivenciado. No Brasil pré-colonial, segundo nos alerta **Pierangeli**, “os nossos indígenas não ostentavam um grau de desenvolvimento cultural semelhante a outros povos que habitavam o continente americano, como os incas, os astecas e os maias, cujo grau cultural chegou a impressionar favoravelmente aos conquistadores”.⁽¹⁾ Não obstante historiadores atribuir-lhes proximidade com a Idade da Pedra Lascada, e um estado de verdadeira barbárie sem qualquer respaldo cultural, fato é que existe controvérsia e desencontro nos relatos históricos sobre nossos índios, a partir dos quais “ficamos numa situação de insegurança ao afirmar ou contraditar certas questões pertinentes aos costumes dos selvagens, sob o ponto de vista jurídico”.⁽²⁾ Conforme relata **João Mendes Júnior**, aqui chegou Martim Affonso de Souza “munido de poderes extraordinários, com alçada e mero e mixto imperio no cível e no crime, até a morte natural inclusive, excepto quanto aos fidalgos, que, si delinquissem, deveriam ser enviados a Portugal”.⁽³⁾ Certo é que não existia um direito penal aborígene. As relações jurídicas dos indígenas eram embasadas nos costumes e tradições. De acordo com **Rocha Pombo**, “o índio era absolutamente livre de fazer o que entende, contanto que não comprometa a segurança e os interesses da tribo e não se encontre com a liberdade de seu camarada”.⁽⁴⁾ Dessa forma, não se pode negar que havia um direito consuetudinário, cuja diferença para com o de povos avançados reside “apenas na forma de coação: entre os selvagens, o direito consuetudinário entrega o criminoso à própria vítima ou aos parentes desta; se aquele que delinquir pertence a uma tribo ou taba estranha, o dano ou delito deixa de ser pessoal e se converte como num crime de Estado”.⁽⁵⁾ Direito este que, como adverte **Pierangeli**, “pelo seu primitivismo, em nenhum momento chegou a influir no desenvolvimento do nosso direito penal”.⁽⁶⁾ De fato, no intercâmbio cultural ocorrido, há evidência de que a superioridade da força e da cultura estabeleceu o predomínio do Direito lusitano consolidado na legislação portuguesa que, àquela época, vigorava através das Ordenações do Reino, em especial as Ordenações Filipinas (Livro V), com vigência de 1.603 até o ano de 1.830, quando entrou em vigor a primeira legislação genuinamente brasileira, o Código Criminal do Império.

Direito estatal de punir

Existe certa ceulema a respeito da assunção da função estatal no processo criminal. Nos primórdios, na Grécia, em Roma e na legislação visigótica, a ação pública se confundia com a ação do ofendido. A participação do ofendido contra seu agressor tinha natureza civil, assim provocava o Estado visando a reparação do dano pelo delito, ao mesmo tempo em que o Estado, provocado pela queixa do ofendido, era o titular da ação penal, e lhe competia aplicar a pena. De fato, “ao ofendido e a sua família competia vingar a ofensa, posto que,

não mais por vindicta privada, mas por vindicta legalmente privada, perante a justiça pública”.⁽⁷⁾ Mesmo nas Ordenações Filipinas, havia expressa referência de obrigatória citação do ofendido após a prisão do delincente, para dizer se o queria acusar,⁽⁸⁾ verdadeiro resquício da vingança privada. A ideia de um interesse geral superior ao interesse privado despontou mais tarde, no século XVII, na França, onde “a ação do ministerio publico, a principio auxiliar da acção do ofendido, torna-se depois a acção principal e toma a iniciativa do procedimento”.⁽⁹⁾ No Brasil, o artigo 407, § 2º do Código Penal de 1.890 deixou expresso que a denúncia (referindo-se à ação penal) poderia ser realizada apenas e tão somente pelo Ministério Público, e assim “ou aboliu implicitamente a denuncia de qualquer do povo, ou, si a não aboliu, não a considerou como dando lugar à acção penal (...)”.⁽¹⁰⁾ Assim, ao Estado passou a competir o monopólio do *jus puniendi*, compreendido isto como a Administração da Justiça em sentido amplo, ou seja, desde a confecção da norma proibitiva e a previsão da sanção penal abstrata para tutela do bem jurídico protegido, a *persecutio criminis*, até a ação penal, aplicação da sanção penal concreta e a execução da pena. Ensina **José Frederico Marques** que “abolida que está a vingança privada, a sanção penal é hoje monopólio do Estado, pois o Direito Penal tem uma função pública, achando-se fora de seu âmbito qualquer forma de repressão privada. Só o Estado, portanto, tem o poder de punir. (...) E como o *jus puniendi* é manifestação do poder de império do Estado, pois este punindo exercita sua soberania, filia-se o direito de punir à classe de direitos públicos subjetivos emanados do status *subjectionis*”.⁽¹¹⁾ De fato, o fundamento do direito de ação estatal repousa no interesse público. E esclarece **Bento de Faria**: “O objetivo da proteção do preceito em apreço [artigo 345, Código Penal Brasileiro] não é a possível lesão causada ao interesse individual, nem a usurpação de uma função pública, mas a função jurisdicional que não pode ser substituída pela violência do agente. Tal enfrentaria uma das condições indispensáveis para a existência da sociedade civil – o império da lei”.⁽¹²⁾ Em nosso sistema jurídico, diversos são os dispositivos legais que fundamentam o monopólio do *jus puniendi* estatal, além da previsão penal,⁽¹³⁾ especialmente na Constituição Federal,⁽¹⁴⁾ inclusive indicando o órgão estatal com competência privativa para promoção da ação penal (artigo 129, inciso I, CF). Nem mesmo a ação penal privada escapa a esses conceitos, uma vez que o Estado apenas transferiu o direito de ação ao particular que vai a juízo em nome próprio, mas o direito de punir ainda será do Estado.⁽¹⁵⁾

Tutela do Índio

A Lei 6001, de 19.12.1973 – Estatuto do Índio – regula as relações do Estado e da sociedade brasileira com os índios. Quando da sua promulgação, o então vigente Código Civil de 1916 reconhecia que os índios eram relativamente incapazes (art. 6º, inciso III), e assim o Estatuto exigiu um órgão que os representasse (art. 7º a 11, L. 6001/1973); no caso, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI)⁽¹⁶⁾, até que fossem “integrados progressiva e harmoniosamente à comunhão nacional” (artigo 1º, *caput*, L. 6001/1973), destarte haver certa orientação de uma autonomia tribal (art. 1º, parágrafo único e art. 6º, L. 6001/1973). Aquele Código Civil influenciou o tratamento dado à imputabilidade penal dos índios. O Estatuto traz uma classificação dos índios como categoria social brasileira transitória, os quais deveriam assimilar a cultura da sociedade e a ela se integrar, de acordo com essa transição para a cultura dominante.⁽¹⁷⁾ Dessa forma, a imputabilidade penal dos indígenas foi orientada pela sua integração à cultura dominante, de modo que deixassem aquela condição transitória (ser índio). Aliás,

interessante a referência usada na redação da Lei 6001/1973 quanto ao local em que vivem os índios: *habitat* (artigo 2º, inciso V e artigo 27). Assim, o Estatuto expressamente declara que os índios não integrados, ou seja, isolados, serão considerados inimputáveis.⁽¹⁸⁾ Essa característica de tutelar os índios foi afastada com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que garantiu a eles o direito de manter sua própria cultura,⁽¹⁹⁾ legitimando-os ainda para ingressar em juízo para defesa de seus direitos e interesses.⁽²⁰⁾ Nesse mesmo diapasão, o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10.01.2002) retirou-lhes a qualidade de relativamente incapazes, expressamente dispondo que a capacidade dos índios será regulada por legislação especial (artigo 4º, parágrafo único). Ainda nesse mesmo período, a diversidade cultural foi erigida como patrimônio da humanidade pela Unesco⁽²¹⁾, afastando qualquer obrigação daquele que não faz parte da cultura dominante agir de acordo com ela; reforçando assim a compreensão da proteção indígena. Com essas novas diretrizes, a verificação de imputabilidade é analisada à luz da cultura, do costume e da tradição; entendimento do caráter ilícito de determinada conduta considerada crime em lei, fora do seu direito consuetudinário, não mais importando a relação de proximidade ou contato do índio com a sociedade. Isso se dá através do exame antropológico, prova pericial para se verificar a identidade étnica e se auferir o grau de integração e assimilação do índio quanto aos costumes da sociedade, o que pode interferir em sua capacidade genérica de querer e agir, no conhecimento da proibição jurídico-penal viabilizando a aplicação do artigo 21 do Código Penal ou na hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, isentando-o de pena. Além de se considerar a singularidade da cultura indígena, deve-se levar em conta a especificidade do tratamento constitucional e infraconstitucional, notadamente o Estatuto do Índio, tratados e convenções internacionais que reforçam a proteção da cultura e tradição, como a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho. Referido instrumento internacional dos Povos Indígenas e Tribais, ratificado no Brasil através do Decreto 5.051, de 19.4.2004, reconhece aos índios o direito de manter seus próprios costumes e instituições, estabelecendo, ainda, a obrigação dos Estados, ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados, levar em consideração os costumes (artigo 8º.1.). Não se nega que a evolução, as inovações, tecnologias e aperfeiçoamento geram melhoria na qualidade de vida do ser humano. Porém, historicamente falando, o colonialismo praticado ao longo dos séculos e seu discurso libertador, emancipador ou reintegrador desses povos tinha como pano de fundo mera opressão e exploração dos mesmos e suas terras. De fato, a realidade histórica dos povos indígenas em nosso continente vem sendo desmistificada ao longo dos séculos: “*E essa nova saga desenvolvimentista que coloca os governos sul-americanos a serviço dos mesmos senhores de sempre, ainda que em alguns casos – diferente de outros períodos de modernização acelerada – sejam agora conduzidos por sujeitos historicamente oprimidos pelas políticas coloniais, mas com o risco de estar apenas reconfigurando o modelo de exploração, e dando uma nova face, tanto mais dissimulada quanto mais intensiva, à escravidão*”.⁽²²⁾

Direito tribal de punir

Aos indígenas fora expressamente assegurado o direito à diferença através da proteção de seus usos, costumes, crenças e tradições. Esse tratamento diferenciado encontra guarida na inviabilidade de imposição de nossa cultura à cultura dos povos indígenas, ao menos aos que restaram ao longo dos últimos séculos, sob pena de perderem sua identidade étnica e cultural. A atual população indígena brasileira integrada, segundo Censo Demográfico realizado pelo IBGE em 2010, é de 817.963 indígenas, dos quais 502.783 vivem na zona rural e 315.180 habitam as zonas urbanas brasileiras. Esse censo revelou que em todos os Estados da Federação, inclusive no Distrito Federal, há populações indígenas.⁽²³⁾ A Funai também registra 69 referências de índios ainda não contatados, além de existirem grupos que estão

requerendo o reconhecimento de sua condição indígena junto ao órgão federal indigenista. Ainda existem cerca de 107 registros da presença de índios isolados em toda a Amazônia Legal, e 19 terras indígenas habitadas por grupos indígenas de recente contato.⁽²⁴⁾ Porém, os números reais devem ser bem maiores. Nesse diapasão, reforçando a proteção desses grupos, o artigo 57 do Estatuto do Índio⁽²⁵⁾ autorizou a aplicação de seu direito consuetudinário de acordo com suas próprias regras, relativizando a aplicação do *jus puniendi* estatal, afastando o princípio insculpido no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal. Ou seja, não haverá intervenção da polícia judiciária, Ministério Público e julgamento pelo Poder Judiciário, respeitando-se as instituições próprias da tribo para a investigação, ação, aplicação do direito e o cumprimento da sanção imposta. Assim, cada tribo possui a sua forma de apurar a ocorrência de um fato contrário ao seu direito e a respectiva solução, dando ensejo a um verdadeiro *jus puniendi* tribal. Há evidência de que existe certa resistência a isso, em especial considerando as desencontradas pesquisas a respeito dos princípios da moral indígena, gerando insegurança a respeito desses povos. “*É que, enquanto alguns historiadores vislumbram no índio apenas aspectos de barbárie, um voraz comedor de carne humana, incapaz de um gesto dignificante, outros, ao revés, caem em extremo oposto, tecendo-lhes loas, sem considerar nestes a existência de vícios*”.⁽²⁶⁾ Trata-se de verdadeira ação afirmativa em razão de sua vulnerabilidade, ensejando proteção contra intolerância, preservação de identidade histórica e cultural, eficácia ao direito de diferença dos povos indígenas, de modo a garantir sua autonomia, autodeterminação e existência. Exceção a isso se dá nas hipóteses de sanções de caráter cruel ou infamante e na pena de morte (artigo 57, *in fine*, Estatuto do Índio). De fato, apesar de tratar-se essa exceção de evidente avaliação e interferência nos usos, práticas e costumes indígenas com mesmos valores eurocêntricos à época da tomada de suas terras pelos colonizadores portugueses, a exceção é aceita em razão do conflito com outras hipóteses de mesma hierarquia constitucional também protegidos pela Carta Magna, como o direito à vida (artigo 5º, *caput*, CF) e à vedação de penas cruéis e de morte (art. 5º, inciso LVII, CF).

Conclusão

Por séculos os índios sofreram as imposições dos colonizadores e foram obrigados ao abandono de suas culturas e tradições, devendo adotar o comportamento moral e social a eles imposto. Aos poucos perderam sua identidade e tiveram que abandonar suas manifestações culturais, sociais e religiosas, submetendo-se àquelas oriundas da Europa. Ao longo das últimas décadas, em especial após a CF/88, a alteração da legislação interna e a ratificação de tratados e convenções internacionais, houve implemento de política diversa, que autoriza aos indígenas o direito de usufruir da vida natural, de manter cultura diversa, afastando a política assimilacionista com escopo de tutelar e integrar esses povos. Em matéria de Direito Penal, o indígena ainda é tratado como inimputável ou semi-imputável, excluindo-se ou atenuando-se a sua culpabilidade com fundamento em um desenvolvimento mental incompleto, analisado à luz de sua não integração à sociedade, como se tivesse um estado mental ínfimo comparado ao da cultura dominante, ao revés de serem tratados de acordo com sua cultura e tradições seculares. Por outro lado, o fator da “não integração” permitiu ao legislador afastar o *jus puniendi* estatal, estabelecendo verdadeira exceção à regra do monopólio estatal do direito de punir, autorizando excepcional justiça privada, permitindo que a comunidade tribal aplique o direito de acordo com suas próprias regras. Ninguém tem melhor condição de julgar o índio do que a própria comunidade indígena. Tolerar que o índio seja julgado segundo o direito oficial torna-se tão afrontoso quanto permitir que os não índios fossem julgados de acordo com o direito indígena. Evidente ofensa ao princípio da igualdade negar o direito à diferença; e tratar como iguais indivíduos com formação moral, costumes e tradições desiguais.

Notas

- (1) PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil – evolução histórica*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 41.
- (2) RIBEIRO, Carlos José de Assis. *História do direito penal brasileiro*. v. I. Rio de Janeiro: Livraria Ed. Zélio Valverde, 1943. p. 49.
- (3) JUNIOR, João Mendes de Almeida. *O processo criminal brasileiro*. v. I. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1901. p.134.
- (4) PIERANGELI, Apud José Henrique. Op. cit., p. 42.
- (5) Idem.
- (6) Ibidem, p. 44.
- (7) JUNIOR, João Mendes de Almeida. Op. cit., v. II, p. 115.
- (8) Ibid., p. 142.
- (9) Ibid., p. 115.
- (10) Ibid., p. 145.
- (11) MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. v. I. Bookseller: São Paulo, 1998. p. 23-24.
- (12) FÁRIA, Bento de. *Código penal brasileiro comentado*. v. VII. 2 ed. Rio de Janeiro: Record, 1959. p. 186.
- (13) Código Penal Brasileiro. Exercício arbitrário das próprias razões, artigo 345: Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena: Detenção de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência; artigo 346: Tirar, suprimir, destruir ou danificar coisa própria, que se acha em poder de terceiro por determinação judicial ou convenção: Pena: detenção de seis meses a dois anos, e multa.
- (14) Artigo 5º, incisos XXXV, LIII, LIV e LV.
- (15) FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Prática de processo penal*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p.80.
- (16) Criada através da Lei 5.371, de 5.12.1967
- (17) Art. 3º: Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas: I - Índio ou Silvícola - É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional; II - Comunidade Indígena ou Grupo Tribal - É um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados; Art 4º Os índios são considerados: I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional; II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento; III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.
- (18) Art. 7º Os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeitos ao regime tutelar estabelecido nesta Lei; Art. 8º São nulos os atos praticados entre o índio não integrado e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena quando não tenha havido assistência do órgão tutelar competente.
- (19) Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.
- (20) Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.
- (21) Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura na sua 31.ª sessão, a 2 de Novembro de 2001. Declaração Universal sobre Diversidade Cultural. Artigo 1 – A diversidade cultural, patrimônio comum da humanidade - A cultura adquire formas diversas através do tempo e do espaço. Essa diversidade se manifesta na originalidade e na pluralidade de identidades que caracterizam os grupos e as sociedades que compõem a humanidade. Fonte de intercâmbios, de inovação e de criatividade, a diversidade cultural é, para o gênero humano, tão necessária como a diversidade biológica para a natureza. Nesse sentido, constitui o patrimônio comum da humanidade e deve ser reconhecida e consolidada em benefício das gerações presentes e futuras.
- (22) VAZ, Antenor; BALTHAZAR, Paulo Augusto André. Povos indígenas isolados, autonomia, pluralismo jurídico e direitos da natureza, relações e reciprocidades. *Boletín Onteiken*, n. 15, Mayo 2013, p. 100. Disponível em: <http://onteiken.com.ar/ver/boletin15/3-1.pdf>. Acesso em: 19 out. 2017.
- (23) Disponível em: <https://indigenas.ibge.gov.br/graficos-e-tabelas-2.html>. Acesso em: 19 out. 2017.
- (24) Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/nossas-acoes/povos-indigenas-isolados-e-de-recente-contato?limitstart=0#>. Acesso em: 19 out. 2017.
- (25) “Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.”
- (26) PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 41.

Danilo Pereira

Mestre em Direito pela Universidade Metropolitana de Santos.
Pós-graduado em Direito pela Universidade de Coimbra/IBCCRIM.
Professor de Direito na Unip-Santos.

A ampliação da competência das justiças militares pela lei ordinária federal 13.491, de 13 de outubro de 2017, e a incômoda questão do “nós” contra os “outros”⁽¹⁾

Marcos Araguari de Abreu

Questão muito controversa atualmente, a tradição da militarização – ou, mais propriamente, da manutenção do formato militarizado – das polícias no Brasil insere-se no âmbito da estruturação da *autoridade burocrática* do Estado (WEBER, 1982, 2004), com vistas ao gerenciamento do poder e ao monopólio do uso da força, incorporando também, de acordo com o pensamento de **Robert Reiner** (2004), uma estratégia de implementação do policiamento como instrumento de controle social. Por outro lado, quando se dirige o olhar para tais processos de *burocratização* da autoridade estatal, é pertinente ter em conta as afirmações de **Eisenstadt**, quando menciona que os objetivos da burocracia “são de importância estratégica, pois constituem um

dos mais importantes elos de conexão entre dada organização e a estrutura social total em que se situa” (EISENSTADT, 1978, p. 87). Essa conexão entre *organização burocrática* e *sociedade*, no contexto ora discutido, parece estar representada por um vínculo de poder, que, no caso da militarização das forças policiais, exerce-se pelo Estado tanto como forma de garantia da estabilidade institucional, quanto para o fim de promover o incremento da matriz de domínio sobre as diferentes instâncias da sociedade. Noutras palavras, os mecanismos de militarização funcionam eminentemente como mecanismos de autoafirmação do poder.

Nesse contexto, surgem como estratégias *burocratizantes* –

no sentido de se prestarem à construção burocrática do próprio poder – certos mecanismos legislativos voltados à promoção de verdadeiras fortalezas legais para a blindagem da atividade policial militar, o que também dá indícios de que em torno da militarização gravita, hoje, uma séria problemática atinente à própria estruturação do sistema de segurança pública brasileiro. Por outro lado, essa questão necessariamente precede qualquer análise sobre uma eventual unificação das polícias civil e militar em uma só força policial, ou mesmo sua reestruturação orgânica e funcional, ainda que de modo não unificado. Um exemplo bastante atual desses mecanismos legislativos e de como a militarização está enraizada no sistema policial pátrio está consubstanciado na recém-editada Lei Federal 13.491, de 13 de outubro de 2017, que introduziu profundas alterações no Decreto-lei 1.001, de 21 de outubro de 1969, o Código Penal Militar, ou CPM. A referida lei,⁽²⁾ que entrou em vigor na data de sua publicação, alterou a redação do inc. II do *caput* do art. 9º do CPM, que define uma das hipóteses normativas de configuração dos chamados *crimes militares em tempo de paz*. Dentre outras situações legais definidas pelo mesmo art. 9º, o seu inc. II estabelecia, na redação original de 1969, que se consideravam crimes militares, em tempo de paz, aquelas condutas penalmente típicas previstas no próprio CPM, desde que dentro de certas condições específicas, ainda que as condutas incriminadas fossem igualmente previstas na legislação penal comum (com idêntica definição). Exemplificando, se um policial militar, durante o serviço normal de policiamento, ferisse intencionalmente e sem gravidade um cidadão durante uma ocorrência – e na ausência de outras circunstâncias configuradoras de ilícito mais grave –, incorreria no crime militar de *Lesão Leve*, previsto pelo art. 209 do CPM (Decreto-lei 1.001, de 21 de outubro de 1969), e não no crime de *Lesão Corporal* previsto no Código Penal (Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940), que define os chamados *crimes comuns*.

Essa sistemática, portanto, fazia com que os policiais militares respondessem pela prática criminosa perante a Justiça Militar Estadual quando incorressem em prática de *crime militar* previsto pelo Decreto-lei 1.001 de 1969, caso em que o processo criminal respectivo seria de competência da Justiça Castrense, e não da Justiça Comum. Por outro lado, nos casos de crimes previstos somente na legislação penal extravagante (ou seja, aqueles que não figuravam no texto do CPM, mas em outras leis), como são, ainda hoje, os casos dos crimes de *Abuso de Autoridade* (previsto pela Lei 4.898, de 9 de dezembro de 1965) e de *Tortura* (previsto na Lei 9.455, de 7 de abril de 1997), os policiais militares que porventura os praticassem em serviço contra um civil responderiam pelo fato ilícito perante a Justiça Comum do respectivo Estado responsável pelo órgão policial a que pertencesse, por estar excluída a competência da Justiça Militar Estadual nesse caso.

Com a nova redação do inc. II do *caput* do art. 9º do CPM, introduzida pela Lei 13.491, no entanto, mesmo os crimes previstos somente na legislação penal extravagante passam a ser considerados *crimes militares*, o que acarreta o necessário deslocamento da competência para o seu julgamento da Justiça Comum para a Militar. Consequentemente, pela letra da lei, são agora crimes militares os “previstos neste Código [Penal Militar] e na legislação penal [extravagante]” (conforme dispõe o art. 9º, inc. II, do CPM, com destaque, aqui, para o trecho intencionalmente destacado em negrito). Isso significa que, na prática, qualquer crime cometido por um policial militar em serviço de policiamento, ainda que contra um civil, passa a ser de competência da Justiça Militar Estadual, mesmo a *Tortura* ou o *Abuso de Autoridade*. A exceção à regra continua sendo os crimes “*dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil*” – ou seja, os homicídios consumados e tentados praticados pelo policial militar em serviço contra um civil –, que permanecem no âmbito de competência do Tribunal do Júri, nos termos do que dispõe textualmente o art. 9º, §2º, do CPM. Em todos os outros

casos, o policial militar responderá, a partir da introdução dessas modificações pela Lei 13.491, somente perante a Justiça Castrense.

E a Lei 13.491 vai ainda mais longe, ao deslocar para a competência da Justiça Militar Federal os crimes dolosos contra a vida quando cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, se praticados nos contextos “*do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa*” (art. 9º, §2º, inc. I, do CPM), “*de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante*” (inc. II do mesmo parágrafo), e, finalmente, “*de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária*” (inc. III). Particularmente neste último caso, nas chamadas “*operações de garantia da lei e da ordem*”⁽³⁾ – ou, simplesmente, GLO –, a repercussão prática da nova regulamentação legal se faz sentir no cotidiano das ações policiais, quando desempenhadas com o apoio das Forças Armadas, como tem corriqueiramente ocorrido, por exemplo, na cidade do Rio de Janeiro.

No que atine particularmente às operações de garantia da lei e da ordem, por outro lado, é interessante notar que a própria página oficial do Ministério da Defesa na rede mundial de computadores destaca, como exemplos desse tipo de atuação militar no policiamento urbano, “*o emprego de tropas em operações de pacificação do Governo estadual em diferentes comunidades do Rio de Janeiro*” e, ainda, “*recentemente, o uso de tropas federais nos estados do Rio Grande Norte e do Espírito Santo, devido ao esgotamento dos meios de segurança pública, para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio*”.

Dessa maneira, nos casos previstos pelo §2º do art. 9º do CPM – dentre os quais se destacam as supracitadas operações de garantia da lei e da ordem –, os integrantes das Forças Armadas não mais responderão pela prática de homicídios (consumados ou não) perante a Justiça Comum Federal, mas sim perante a Justiça Militar Federal, ao passo que os policiais militares continuam a responder por esses crimes perante o Tribunal do Júri (em vista da regra especial do art. 9º, §2º, do CPM). Nos outros casos, contudo, todos os militares, sejam policiais dos Estados ou membros das Forças Armadas, estão submetidos apenas às suas respectivas Justiças Militares.

Esse aspecto da nova redação do CPM é extremamente relevante do ponto de vista do método utilizado historicamente pelo Estado brasileiro para a composição das relações entre os titulares do *exercício do poder* e a *comunidade de cidadãos* que dele é objeto. **Jurandir Freire Costa** (2004), ao tratar da questão atinente às estratégias de militarização durante os anos de transição entre os períodos pré e pós-colonial no Brasil, capturou muito propriamente as nuances dessa herança propiciada pela dinâmica da formatação militarizada da autoridade estatal, ao referir que no final do século XVIII e início do século XIX “*a condição para que a dominação se mantivesse era a partilha do poder*” (COSTA, 2004, p. 26). Desse modo, é possível vislumbrar que os processos de militarização – particularmente o ingresso nas fileiras do Exército, numa lógica que pode também ser aplicada às instituições policiais militarizadas – permitia, no período tratado por **Costa**, justamente esse compartilhamento do poder, uma vez que “*a população engajada nas tropas auxiliares extraía benefícios econômicos (proteção nos negócios, preservação do tempo em função dos interesses privados) e de poder (participação na repressão)*” (Idem). Estabelecia-se, dentro do referido contexto histórico, um mecanismo de conectividade e cumplicidade entre o Estado e a sociedade, por meio de uma recíproca composição de interesses.

É compreensível, portanto, que a herança de militarização assim constituída venha ainda hoje a propiciar uma via de engajamento no sistema de burocratização do poder, em que os seus componentes se deslocam para o interior de lógicas de autoproteção, cuja descontinuidade

é tida como sinônimo de vulnerabilidade. E sendo assim, quando se detecta a sistematização de uma estrutura burocrática em que os desvios de conduta dos protagonistas das ações de policiamento – sejam eles policiais militares em sua atividade primordial e cotidiana, sejam os militares das Forças Armadas em ações complementares às forças de segurança estaduais – se colocam sob a apreciação de órgãos judiciais próprios, diferentes daqueles que julgam o cidadão comum, é forçoso pressentir os indícios de uma dinâmica de autodefesa e de perpetuação e monopólio do exercício da atividade policial, mas em uma lógica muito particular, a lógica do “nós” frente aos “outros”: o “nós”, exercendo o poder; os “outros”, simplesmente, a ele se submetendo.

São essas lógicas que se colocam em cheque quando é promovida a propositura de qualquer medida tendente a desmilitarizar a polícia, ainda mais se for considerado o aspecto, referido por **Jürgen Habermas** ao tratar da relação interna entre o direito e a política, do “*emprego legítimo da coerção, a fim de impor o respeito às normas jurídicas*” (HABERMAS, 2003, p. 170), normas estas impostas pelo Estado como gestor da disciplina social, e o qual, no interesse da finalidade disciplinadora, “*mantém como reserva um poder militar, a fim de ‘garantir’ seu poder de comando*” (Idem). As controvérsias relativas à introdução de um determinado modelo de policiamento unificado, como o de ciclo completo – em que a polícia pode atuar ostensivamente na prevenção do crime e, de modo simultâneo ou contíguo, na investigação das infrações penais –, ou mesmo as discussões que se travam ao se pregar a adoção de outras formas de reestruturação burocrática das forças policiais civis e militares, esbarram necessariamente em questões mais profundas, atinentes ao nexo que se estabelece entre o direito posto pelo Estado e o poder político por ele exercido (HABERMAS, 2003), e as quais não podem ser detectadas na superficialidade dos discursos oficiais de enfrentamento do crime ou do combate à violência. É patente que se encontram ocultos e dissimulados, nessa ambientação jurídico-burocrático-institucional, os antagonismos que segregam o *civil* do *militar*, em um quase impenetrável universo de estruturas histórico-burocratizantes, as quais estendem as suas raízes para o interior do exercício do poder, com vistas à perpetuação das posições de autoridade. Essas lógicas, já percebidas e manipuladas pelo Estado brasileiro há muito tempo – como bem observado por **Costa** (2004), ao apreender o sentido da importância desses mecanismos na transição do século XVIII para o século XIX no Brasil –, perpetuam-se historicamente e, do ponto de vista legislativo, orientam a formatação de regras que tendem a segregar completamente o cidadão do universo das forças policiais que sobre ele atuam, arremessando o direito constitucional do indivíduo à *segurança*, inscrito no próprio *caput* do art. 5º da Constituição da República de 1988, no abismo do protecionismo e do corporativismo.

Ao tratar do histórico do Direito Penal Militar no Brasil, **Cícero Robson Coimbra Neves** e **Marcello Streifinger** (2005), registram, com efeito, que “*as embarcações da Coroa [Portuguesa] não trouxeram [ao Brasil] apenas homens e o espírito colonizador, mas também todo o arcabouço jurídico do Velho Mundo*” (NEVES; STREIFINGER, 2005, p. 8), o que permite também pensar nos atuais mecanismos de burocratização como resultado de uma tradição que há muito tempo se instalou em território brasileiro, respondendo a demandas socioculturais que, paulatinamente, enraizaram-se nos processos legislativos, moldando as instituições policiais militares que hoje integram o sistema policial do Brasil.

O questionamento que resta, nesse estado de coisas, é justamente aquele que se perfaz no âmbito da *autoproteção* do poder militarizado, e no qual é possível indagar o verdadeiro motivo de se deslocar para a seara de uma justiça especial, diferente daquela que julga o cidadão, a competência para julgar eventuais abusos cometidos por militar contra o próprio indivíduo *civil*. A resposta parece passar justamente

pelas lógicas de blindagem e de autodefesa do aparato militarizado do Estado, apesar de as forças de segurança estaduais (as Polícias Militares) desempenharem uma função de policiamento que não deveria se assemelhar a uma atividade bélica, mesmo que com o apoio ou o suporte de forças federais, as Forças Armadas, em operações de garantia da lei e da ordem. Uma resposta simples, mas incômoda, que parece não achar um lugar confortável dentro de uma visão democrática.

A Lei 13.491, ao ampliar competência da Justiça Castrense e ao modificar a disciplina dos *crimes militares em tempo de paz*, introduziu uma normatização que contém claríssimos privilégios, instituindo um verdadeiro *foro privilegiado*, num contrassenso que se choca frontalmente com o processo de transparência e democratização pelo qual passa este país nos dias atuais.

É necessário observar, no entanto, que a redação aprovada pelo Poder Legislativo limitava a vigência da alteração legal em questão até o dia 31 de dezembro de 2016, portanto, uma data anterior à sua própria entrada em vigor. Isso não deve causar estranheza, uma vez que se explica pela intenção de direcionar a aplicabilidade das regras ali contidas ao contexto dos Jogos Olímpicos e Paralímpicos que ocorreram na cidade do Rio de Janeiro no ano de 2016, muito embora não tenha havido a fixação do termo inicial a partir do qual vigoraria a nova regra de competência jurisdicional, talvez em vista de um deslize do próprio legislador. Todavia, essa disposição foi vetada, e em suas “Razões do Veto” ao art. 2º do texto legal em questão (materializadas na Mensagem 402, de 13 de outubro de 2017), que previa que “*Esta Lei terá vigência até o dia 31 de dezembro de 2016 e, ao final da vigência desta Lei, retornará a ter eficácia a legislação anterior por ela modificada*”, o Presidente da República esclarece ao Presidente do Senado Federal (neste caso, a Casa Legislativa revisora do Projeto de Lei 44 da Câmara, de 2016) que a sua decisão por vetar parcialmente tal dispositivo baseia-se no fato de que “*As hipóteses que justificam a competência da Justiça Militar da União, incluídas as estabelecidas pelo projeto sob sanção, não devem ser de caráter transitório, sob pena de comprometer a segurança jurídica (...)*” (grifou-se em negrito), destacando, também, que tal medida foi tomada em vista da “*contrariedade ao interesse público*” que o texto legal representava.

Como se observa, toda a argumentação gravita em torno de questões rotuladas como de “interesse público”, direcionadas à preservação de uma alegada “segurança jurídica”. Mas uma segurança jurídica *do* – ou *para o* – próprio poder, mais do que uma proteção para o cidadão, naquela mesma lógica do “nós” contra os “outros”, como se este não fosse – ou como não se queira que seja –, de fato, um *tempo de paz*.

Referências

- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
- BRASIL. Decreto-lei 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar.
- BRASIL. Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.
- BRASIL. Decreto 3.897, de 24 de agosto de 2001. Fixa as diretrizes para o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, e dá outras providências.
- BRASIL. Lei complementar 97, de 9 de junho de 1999. Dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas.
- BRASIL. Lei 4.898, de 9 de dezembro de 1965. Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade.
- BRASIL. Lei 9.455, de 7 de abril de 1997. Define os crimes de tortura e dá outras providências.
- BRASIL. Lei 13.491, de 13 de outubro de 2017. Altera o Decreto-lei 1.001, de 21 de outubro de 1969 – Código Penal Militar.
- BRASIL. Ministério da Defesa. *Garantia da lei e da ordem*. Brasília, DF: Ministério da Defesa, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.defesa.gov.br/exercicios-e-operacoes/garantia-da-lei-e-da-ordem>>. Acesso em: 25 out. 2017.
- BRASIL. Presidência da República. Mensagem 402, de 13 de outubro de 2017.
- COSTA, Jurandir Freire. *Ordem médica e norma familiar*. 5 ed. Rio de Janeiro: Graal, 2004.
- EISENSTADT, S. N. Burocracia, burocratização e desburocratização. In: CAMPOS,

Edmundo (Org., Introd. e Trad.). *Sociologia da burocracia*. 4 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1978. p. 81-92.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2 ed. Trad. Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 354p. (Biblioteca Tempo Universitário, 101). 1v.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Apartamentos de direito penal militar* (parte geral). São Paulo: Saraiva, 2005. 1v.

REINER, Robert. *A política da polícia*. Trad. Jacy Cardia Ghirotti e Maria Cristina Pereira da Cunha Marques. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2004. 376p. (Série Polícia e Sociedade / Organização Nancy Cardia, 11).

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Rev. técnica Gabriel Cohn. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004. 2v.

WEBER, Max. *Ensaio de sociologia*. 5 ed. Organização e Introdução de H. H. Gerth e C. Wright Mills. Tradução de Waltensir Dutra. Rev. técnica Fernando Henrique Cardoso. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1982.

Notas

- (1) Este artigo insere-se em pesquisa de Doutorado realizada pelo autor no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Sociedade, Cultura e Fronteiras da Universidade Estadual do Oeste do Paraná, sob a orientação do Prof. Dr. José Carlos dos Santos.
- (2) A Lei 13.491, de 13 de outubro de 2017, resultou da aprovação do Projeto de Lei 5.768, de 2016, de autoria do Deputado Federal Esperidião Amin (PP/SC). No Senado Federal, o referido Projeto de Lei da Câmara tramitou sob o número 44, de 2016.
- (3) As operações de garantia da lei e da ordem (GLO) são reguladas pela Lei Complementar 97, de 9 de junho de 1999, e pelo Decreto 3.897, de 24 de agosto de 2001.

Marcos Araguari de Abreu
Doutorando e mestre pela Universidade
Estadual do Oeste do Paraná.
Delegado de Polícia.

Tribunal do júri, pronúncia e falácia do *in dubio pro societate*

Carlos Alberto Garcete de Almeida

1. Introdução

Há décadas o (princípio) *in dubio pro societate* tem sido invocado pela doutrina e jurisprudência de tal arte a fundamentar a decisão de pronúncia, no sentido de que, na dúvida, o juiz deve determinar que o acusado seja levado a julgamento pelo tribunal do júri em casos de crimes dolosos contra a vida.

Sucedo que, à luz de um *processo penal constitucional*, não há mais espaço jurídico-contemporâneo para sustentá-lo como um “princípio”, haja vista que não guarda a menor compatibilidade com as garantias constitucionais inscritas no art. 5º da Constituição da República.

Deve-se ter em mente que o estudo epistemológico de *sistemas jurídicos* reclama exame crítico da *coerência lógica*, conforme preconizado por **Lourival Vilanova**.⁽¹⁾ Afinal de contas, o jurista não pode laborar com incoerências sistêmicas.

Nesse sentido, há décadas, a invocação insciente do *in dubio pro societate* tornou-se praxe *automatizada*, inclusive da própria jurisprudência pátria. As decisões judiciais — em todas as instâncias — destacam tal expressão ao aludirem à decisão interlocutória mista de pronúncia como que se tratasse de uma *operação lógica*, isto é: em caso de dúvida sobre autoria ou sobre eventuais excludentes de ilicitude, pronuncia-se. Diz-se que, “na dúvida, decide-se em favor da sociedade!” Mas será mesmo que existe aquiescência da sociedade contemporânea, no âmbito de um Estado Democrático de Direito, para que, na dúvida, alguém seja submetido a julgamento popular?

2. O rito especial do tribunal do júri e o *in dubio pro societate*

O art. 394, e seus parágrafos, do Código de Processo Penal preceitua que o procedimento será *comum* ou *especial*. O primeiro será ordinário, sumário ou sumaríssimo. O segundo (especial), conterà rito particular, cuja forma pode estar no Código de Processo Penal ou em lei especial. Os processos relativos ao tribunal do júri seguem *procedimento especial*, conforme art. 406 e seguintes do Código de Processo Penal. O rito do tribunal do júri segue forma pela qual, vencida a fase de instrução criminal, o juiz pode proferir quatro espécies de decisão, a saber: a) pronúncia, b) impronúncia,

c) desclassificação e d) absolvição sumária. Referidas decisões, em linhas gerais, buscam, respectivamente, i) determinar que o acusado seja levado a julgamento pelo tribunal do júri (art. 413), ii) declarar a impossibilidade de ser julgado pelo tribunal do júri por falta de provas da materialidade ou ausência de indícios suficientes de autoria ou participação (art. 414), iii) absolvê-lo sumariamente (art. 415) ou iv) determinar a remessa dos autos ao juízo competente (art. 419).

Vê-se que o juiz *pronunciará* o acusado, se convencido da *materialidade* do fato e da existência de *indícios suficientes* de autoria ou de participação (art. 413). Cuida-se de decisão de *natureza interlocutória mista*, pela qual o juiz se pronuncia pela *viabilidade* da acusação em fase posterior (em perspectiva), por se convencer da existência do crime e de indícios suficientes da autoria ou participação imputada ao acusado. De acordo com **Aramis Nassif**,⁽²⁾ a pronúncia é decisão de admissibilidade da pretensão acusatória, tal como feito quando do recebimento da denúncia, mas, e não é demasiado dizer, trata-se de verdadeiro re-recebimento da denúncia, agora qualificada pela instrução judicializada.

É nessa espécie de decisão interlocutória que a doutrina e jurisprudência, de maneira indiscriminada, invocam, amiúde, o denominado (princípio) *in dubio pro societate*. Nesse compasso, sobreleva ponderar que a Constituição de 1988, no capítulo reservado aos direitos e garantias fundamentais, contempla, tão somente, o princípio *in dubio pro reo*, extraído das garantias de que, aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, inciso LV), e de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

O art. 5º, inciso XXXVIII, da Constituição da República, por sua vez, apenas reconhece a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Conclui-se, portanto, que inexistente, no texto constitucional, qualquer referência ao famigerado (princípio) *in dubio pro societate*. De acordo com **Aury Lopes Jr.**:⁽³⁾

“Importante destacar que a presunção de inocência e o *in dubio pro reo* não podem ser afastados no rito do Tribunal do Júri. Ou seja, além de não existir a mínima base constitucional para o *in dubio pro societate* (quando da decisão de pronúncia), é ele incompatível com a estrutura das cargas probatórias definida pela presunção de inocência”.

Por corolário, já passou do momento histórico de refletirmos mais acerca da subsistência desse (pseudo)princípio, o qual, a nosso sentir, não passa de uma quimera.

3. A falácia do (pseudo)princípio *in dubio pro societate* como fundamento para justificar a pronúncia do acusado: Teoria Geral da prova no processo penal

Ao discorrer sobre *in dubio pro societate*, deve-se ter em reflexão a Teoria Geral da Prova. O processo penal é instrumento de reconstrução do fato histórico. É por meio de técnicas de reconhecimento que o juiz firma seu convencimento, seu sentimento acerca do caso posto à apreciação para bem decidir acerca do rumo do processo, assim considerado como *situação jurídica* (Goldschmidt).

Essa atividade é bem explicitada por Enrico Ferri⁽⁴⁾ ao descrever:

“(…) à ação do juiz para garantia dos direitos individuais e sociais, em cada julgamento penal — que é colheita, discussão e decisão de provas —, é necessário estabelecer: 1º se o fato foi realmente cometido (prova genérica); 2º se o fato cometido constitui crime (prova jurídica); 3º se o crime foi cometido pelo acusado (prova específica); 4º em que condições pessoais e de ambiente foi cometido o crime (prova psicológica) e, portanto, com as leis penais vigentes, se por ele é ou não moralmente responsável; 5º qual o grau de sanção repressiva posta pela lei que deve ser estabelecido contra o réu (conclusão judicial)”.

Nesse passo, a atual *gestão de provas* põe-se como a espinha dorsal do processo penal, a partir de dois princípios fundantes: 1) princípio dispositivo: adotado no sistema acusatório, pelo qual a gestão da prova está a cargo das partes (juiz-espectador); 2) princípio inquisitivo: adotado no sistema inquisitório, pelo qual a gestão da prova está a cargo do julgador (juiz-ator inquisidor). Nesse tanto, o Código de Processo Penal vigente adota o *princípio dispositivo*, ao prescrever que o ônus da prova compete a quem alegar (art. 156).

Dessarte, é na fase de instrução criminal que as partes hão de produzir todas as provas necessárias a comprovar suas alegações, notadamente o órgão acusador, porque propõe a imputação. No procedimento do tribunal do júri, finda a instrução, a pronúncia deve ocorrer apenas quando há possibilidades concretas de virtual condenação pelo tribunal do júri, e não mera presunção de sorte protraí o julgamento para o plenário, quando, desde logo, o Estado-juiz poderia ter declarado a inviabilidade da *pretensão acusatória*. O juiz criminal contemporâneo deve ser o fiel escudeiro das garantias fundamentais. No dizer de Marcelo Semer,⁽⁵⁾ o magistrado é o epicentro dessas garantias.

Essa teorização em nada vai de encontro à competência constitucional do tribunal do júri, que somente reconhece sua instituição, e não que inexista filtro processual até chegar ao seu julgamento. O plano teórico desta digressão está na *teoria geral da prova no processo penal*, ou seja, na *gestão de provas* à luz do princípio dispositivo. Em outras palavras: os *indícios suficientes de autoria* devem ser entendidos como *elementos robustos e capazes de autorizar a sustentação de acusação no plenário do tribunal do júri*, a evitar, como ocorre em muitos casos, que o órgão acusador se posicione pela pronúncia do acusado (primeiro estágio) para, no plenário, dirigir-se ao conselho de sentença e asseverar (segundo estágio) que não há provas concretas para sustentar a acusação.

Para isso, oportuno destacar a moderna *Teoria Constitucionalista do Processo*, que, em linhas gerais, preconiza a estreita vinculação entre processo e Constituição, a focar-se no estudo sistemático de conceitos

e instituições processuais ínsitas na Constituição da República, e a bem observar, notadamente, a hierarquia das fontes. A propósito deste descabido princípio — *in dubio pro societate* —, **Aury Lopes Jr.**⁽⁶⁾ faz uma análise precisa de seu (des)sentido atual:

“Noutra dimensão, bastante problemática é o famigerado *in dubio pro societate*. Segundo a doutrina tradicional, neste momento decisório deve o juiz guiar-se pelo ‘interesse da sociedade’ em ver o réu submetido ao Tribunal do Júri, de modo que, havendo dúvida sobre sua responsabilidade penal, deve ele ser pronunciado. [...] Questionamos, inicialmente, qual é a base constitucional do *in dubio pro societate*? Nenhuma. Não existe. Por maior que seja o esforço discursivo em torno da ‘soberania do júri’, tal princípio não consegue dar conta dessa missão. Não há como aceitar tal expansão da ‘soberania’ a ponto de negar a presunção constitucional de inocência. A soberania diz respeito à competência e limites ao poder de revisar as decisões do júri. Nada tem a ver com a carga probatória”.

Tal entendimento também é preconizado com rigor por **Paulo Rangel**:⁽⁷⁾

“Na pronúncia, segundo doutrina tradicional, a qual não mais seguimos, impera o princípio *in dubio pro societate*, ou seja, na dúvida, diante do material probatório que lhe é apresentado, deve o juiz decidir sempre a favor da sociedade, pronunciando o réu o mandando a júri (...). Entendemos que, se há dúvida, é porque o Ministério Público não logrou êxito na acusação que formulou em sua denúncia, sob o aspecto da autoria e materialidade, não sendo admissível que sua falência funcional seja resolvida em desfavor do acusado (...)”.

Perfilado ao descabimento atual do *in dubio pro societate*, **Guilherme de Souza Nucci**:⁽⁸⁾

“É preciso cessar, de uma vez por todas, ao menos em nome do Estado Democrático de Direito, a atuação jurisdicional frágil e insensível, que prefere pronunciar o acusado, sem provas firmes e livres de risco. Alguns magistrados, valendo-se do criativo brocardo *in dubio pro societate* (na dúvida, decide-se em favor da sociedade), remetem à apreciação do Tribunal do Júri as mais infundadas causas (...)”.

D’outro tanto, porque o *in dubio pro societate* é tratado como princípio, é mister que relembremos a verdadeira conceituação de princípio em **Humberto Ávila**:⁽⁹⁾

“Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”.

Depreende-se, pois, que o inexplicável *in dubio pro societate* nada tem a ver com princípio, porquanto não se trata de nenhuma norma imediatamente finalística. Percebe-se que pronunciar o acusado *na dúvida* porque isso seria um *princípio em favor da sociedade* é algo incompreensível no atual estágio de evolução do Direito Processual Penal à luz da visão constitucional.

4. O julgamento de Veneza

Importa notar que a questão da “dúvida”, como fundamento *standard* para que o acusado seja levado a um julgamento pelo tribunal popular, é algo que urge ser repensado. O processo penal, já se disse alhures, é, por si só, uma pena ao acusado, haja vista que suas sequelas são irreversíveis, mesmo em caso de absolvição. *A fortiori*, submeter alguém a julgamento público é algo ainda mais grave, por flagrante violação ao *devido processo penal*, sob pena de transformar-se tal julgamento em um espetáculo pelo qual se expõe alguém, absurdamente, ao constrangimento popular. Em outras palavras, é

transformar o acusado na figura de *Maria Nicolaevna Tarnovskij*, tão bem retratada pelo célebre jurista italiano **Carnelutti**:⁽¹⁰⁾

“Quase cinquenta anos faz, discutindo-se em Veneza um processo por homicídio, sobre o qual convergia a mórbida curiosidade de todos, na sessão do Tribunal do Júri, incrivelmente lotado, quando se levantou para ser interrogada, emergindo das grades em sua estupenda figura, *Maria Nicolaevna Tarnovskij*, qualquer centena de senhores, que apinhavam os locais reservados, num salto puseram-se em pé e assentaram sobre ela monóculos e binóculos, Angelo Fuzinato, presidente insigne, exclamou com contida indignação: ‘Amanhã este espetáculo incível não se repetirá mais’. Era o mesmo presidente, o qual não tolerava que um advogado se comportasse no falar, no gesticular, no vestir de modo não conforme a dignidade de seu ofício e, de outra parte, quando percebesse, decidindo uma causa civil, ter cometido um erro, não tinha paz até que não lhe fosse dado corrigir-se publicamente. Eis um magistrado, que tinha entendido que valor tem o processo penal para a civilidade de um povo. Os advogados de Veneza, para exaltarem o seu exemplo de firmeza, de dignidade, de abnegação ornaram com seu busto no grande átrio superior da Corte de Apelação e eu, nesta ocasião, quero lembrar a sua figura para colocar sob sua proteção aquilo que estou dizendo em torno desta mais alta experiência de civilização, que deveria ser o processo penal”.

Infelizmente, hodiernamente, ainda se testemunham inúmeros espetáculos incíveis, traduzidos em desnecessárias sessões de tribunal do júri, que só se destinam a expor, indevidamente, o acusado ao constrangimento popular, sem provas razoáveis, como na história de *Maria Nicolaevna Tamovskij*. *Ipsa facto*, é mister que se espelhe na lembrança do julgamento de Veneza, na autoridade de *Angelo Fuzinato*, e que se proclame: *Amanhã este espetáculo incível não se repetirá mais!*

É essa a perspicácia esperada da decisão de pronúncia: o sistema de provas do processo penal contemporâneo não se afeiçoa mais com

um *standard* probatório tão reducionista, de tal arte a admitir que singelos indícios mínimos de provas habilitem trespassar à próxima fase (*judicium causae*), pois as provas trazidas aos autos pelo órgão acusador, até este momento, devem apontar, ao menos, alta carga indiciária de autoria e (também assim) de eventuais qualificadoras contidas na denúncia. Por corolário, que o pseudoprincípio *in dubio pro societate* seja inumado de uma vez por todas pela doutrina e jurisprudência brasileira.

Notas

- (1) VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2010.
- (2) NASSIF, Aramis. *O novo júri brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 56.
- (3) LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen, 2011. p. 528.
- (4) FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal*. 3. ed. Russel: Campinas, 2011. p. 313.
- (5) SEMER, Marcelo. *Princípios penais no Estado Democrático*. 1. ed. Estúdio Editores: São Paulo, 2014. p. 105.
- (6) LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1.003.
- (7) RANGEL, Paulo. *Tribunal do júri*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 152.
- (8) NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 87.
- (9) ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 79.
- (10) CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2001. p. 22.

Carlos Alberto Garcete de Almeida

Doutor em Direito Processual Penal pela PUC/SP e mestre em Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado pela PUC/RJ.

Professor de Direito da Escola Superior da Magistratura do MS.

Juiz de Direito.

A missa e o álcool: uma zona desmilitarizada na relação entre a religião e a droga

Francisco de Assis de França Júnior

Iniciamos o presente ensaio crítico partindo do pressuposto de que é incontroversa a dinâmica de beligerância atribuída à problemática das drogas⁽¹⁾ na modernidade. A disseminação de um ideário de guerra sobre o assunto, intensificada a partir do território norte-americano, tem sido objeto das mais variadas análises na literatura contemporânea,⁽²⁾ inclusive na nossa,⁽³⁾ razão pela qual não vamos nos debruçar especificamente sobre isso. O fato é que, nesse processo de estruturação ideológica, as drogas passaram a ostentar uma imagem nada virtuosa aos olhos da comunidade. Foram, portanto, determinadas substâncias, submetidas a uma movimentação prático-discursiva tão intensa e contínua que tanto *leigos* quanto *cientistas* viram-se de alguma forma *afetados* em suas perspectivas a respeito do assunto.⁽⁴⁾

Explicitados os pressupostos mais básicos do percurso que se inicia, convém destacarmos que nosso objetivo principal será o de focar criticamente a existência de uma espécie de *zona desmilitarizada* no trato com algumas drogas. Dito de outro modo: apesar da pomposa deflagração de uma (quase que) generalizada “guerra às drogas”, é

possível identificarmos *espaços* em que as práticas e os discursos de beligerância, muito convenientemente, não conseguiram florescer. Logo, o que se constata facilmente é que existem áreas em que as pessoas, na generalidade, tendem a demonstrar certa *indiferença* para com a presença de drogas privilegiadas em determinados setores da dinâmica social, ou seja, ainda que possam provocar graves danos à saúde dos usuários, a *lógica* comumente beligerante sequer é aventada como alternativa válida por parte das autoridades constituídas.

No entanto, para que possamos realizar um trabalho relativamente aprofundado – vez que nos propusemos a realizar um brevíssimo ensaio de natureza crítica, contendo reflexões que devem (e merecem) ser exploradas com o tempo e o espaço adequados para maturação –, optamos por um específico recorte metodológico. Como já se anteviu a partir do título do presente trabalho, nosso foco se restringirá à utilização do álcool no âmbito de uma tradicional ritualidade do catolicismo. Como se sabe, um dos mais importantes rituais católicos, nomeadamente a missa, para que tenha alguma validade,

exige do celebrante a ingestão do vinho, uma bebida alcoólica. Nem mesmo a mais emblemática legislação de proibição do álcool da história humana,⁽⁵⁾ vigente outrora nos Estados Unidos, foi capaz de obstaculizar essa prática cerimoniosa.⁽⁶⁾

Nesse sentido, o problema é que as tais *zonas desmilitarizadas*⁽⁷⁾ – uma das quais, como já dissemos, tem servido ao catolicismo – fazem emergir incoerências gritantes na *lógica* que até aqui tem sido defendida pelos partidários do proibicionismo.⁽⁸⁾ Convenientemente abrem-se espaços que permitem o consumo de determinadas drogas (e em determinados setores) sem que haja uma cobrança pelo indevido intervencionismo estatal. Interessa-nos, portanto, o destacado contraponto que a (mansa e pacífica) utilização do álcool no catolicismo representa diante do sedimentado ideário (beligerante) ainda vigente sobre as drogas em outros espaços. É de nos questionarmos, por exemplo, sobre o tratamento que tem sido dispensado a outras religiões quando se utilizam de determinadas drogas, inclusive o álcool, em seus rituais.

O fato é que o álcool, mesmo sendo uma droga cujos efeitos podem ser tão (ou mais) prejudiciais quanto os de quaisquer outras, conseguiu passar ao largo do ideário bélico historicamente difundido para substâncias como, por exemplo, a maconha, a cocaína, a heroína e o *crack*. Aliás, não nos é dado esquecer que o álcool, apesar da já mencionada tentativa fracassada de proibição, acabou se tornando, ao lado do tabaco, uma das drogas mais *glamourizadas* da sociedade (pós)moderna. Não à toa, *James Bond*, o agente secreto celebrizado nos filmes *hollywoodianos*, que é uma espécie de símbolo de astúcia, perspicácia, elegância e, sobretudo, virilidade, não raramente atua apreciando seu tradicional *martini*, sempre “batido, não mexido”.

Desse modo, é fácil percebermos que a bebida alcoólica teve sua imagem descolada do processo de *marginalização* ao qual outras drogas foram submetidas. Conquistou, portanto, um espaço de prestígio que muito dificilmente cederia aos postulados das políticas de *demonização* atualmente vigentes. Muito ao contrário, pois seu consumo é flagrantemente estimulado através dos veículos de comunicação de massa. Aquelas empresas que se destacam como as principais patrocinadoras dos mais relevantes eventos esportivos ao redor do mundo são justamente as cervejarias. Atualmente, crianças e adolescentes são estimulados ao hábito de ingerir *champanhe*, embora, nessas circunstâncias, seja disponibilizado *sem álcool*. Tudo para que se possibilite, ao espelho dos adultos, um *brinde* ao compartilhamento de momentos de *felicidade*.

Contextualizada sucintamente essa contemporânea *canonização* do álcool frente às demais drogas – para irmos direto ao ponto –, é na missa dos católicos que se exige, por intermédio do vinho, sua efetiva utilização. Deve, pois, ser ingerido pelo celebrante, como a representação do *sangue de Cristo*. Dessa forma, é uma substância encarada como indispensável, sem a qual não se teria por realizada uma verdadeira missa. Consta-se, portanto, que a ausência do vinho – definido pela legislação brasileira (art. 3º da Lei 7.678/1988) como “a bebida obtida pela fermentação alcoólica do mosto simples de uva sã, fresca e madura” – inviabilizaria a validade da cerimônia. Tudo, aliás, na exata medida do que se depreende das prescrições do Código de Direito Canônico,⁽⁹⁾ cujos dispositivos mais representativos transcrevemos a seguir:

“Cân. 899 - § 1. A celebração eucarística é uma ação do próprio Cristo e da Igreja, na qual Cristo nosso Senhor, substancialmente presente sob as espécies do pão e do vinho, pelo ministério do sacerdote, se oferece a Deus Pai e se dá como alimento espiritual aos fiéis associados na sua oblação. [...] Cân. 924 - § 1. O sacrossanto Sacrifício eucarístico deve celebrar-se com pão e vinho, a que se há-de juntar uma pequena quantidade de água. § 2. O pão deve ser de trigo puro e recentemente confeccionado, de modo que não haja nenhum perigo de corrupção. § 3. O vinho deve ser natural, do fruto da videira e não corrompido. [...] Cân. 925 - Distribua-se a sagrada comunhão apenas sob a espécie de pão ou, nos termos das leis litúrgicas, sob

as duas espécies; em caso de necessidade, somente sob a espécie de vinho. [...] Cân. 927 - Não se pode, nem mesmo em caso de urgente necessidade, consagrar uma matéria sem a outra, ou consagrá-las ambas fora da celebração eucarística”.

Autorizou-se, no entanto, em junho de 1995, que os sacerdotes que sofressem de alcoolismo ou de doença análoga, desde que atestado medicamente, realizassem missas apenas com o *mosto*. No documento,⁽¹⁰⁾ assinado pelo então Cardeal **Joseph Ratzinger**, atual Papa emérito, definiu-se que por *mosto* se entenderia “o suco de uva fresco ou mesmo conservado suspendendo a sua fermentação (através de congelamento ou outros métodos que não alterem a natureza)”. Expressou-se ainda que, via de regra, “para aqueles que têm permissão para usar o mosto, fica em geral a proibição de presidir a Santa Missa concelebrada”. Decidiu-se inclusive que não mais se admitiria nas ordens sagradas os sacerdotes que sofressem de alcoolismo ou de alguma doença análoga, o que acabou por inviabilizar, nesses casos, o pleno exercício daquele sacerdócio.

Como se vê, a relação da doutrina católica com o álcool nunca esteve nutrida pela beligerância. Muito ao contrário. Numa das passagens mais emblemáticas da bíblia, naquele que é apontado como seu primeiro milagre, Cristo, durante uma festa de casamento, teria transformado água em vinho.⁽¹¹⁾ As preocupações geralmente encontradas nas escrituras que guiam o catolicismo sempre estiveram mais inclinadas ao excesso no consumo, ao estado de embriaguez, não à substância por si mesma. Em Efésios,⁽¹²⁾ por exemplo, recomenda-se que “não vos embriagueis com vinho, que é uma fonte de devassidão, mas enchei-vos do Espírito”. Já em Provérbios,⁽¹³⁾ tem-se que: “não te ajuntes com os bebedores de vinho, com aqueles que devoram carnes, pois o ébrio e o glutão se empobrecem e a sonolência [da embriaguez] veste-se com andrajós”.

Também na legislação brasileira, é possível constatarmos essa preocupação com a falta de decoro proveniente da embriaguez alheia, vez que a Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei 3.688/1941), em seu art. 62, ainda formalmente vigente, prescreve punição para quem se apresenta “publicamente em estado de embriaguez, de modo que cause escândalo ou ponha em perigo a segurança própria ou alheia”. Tal estado de embriaguez é perspectivado como uma espécie de transtorno mental e comportamental devido ao (ab)uso do álcool, ao qual, na classificação internacional de doenças (o CID-10), é atribuído o código F10.

Ademais, não se pode negar que o carnaval, evento festivo mais popular do Brasil, nasceu como uma festa essencialmente cristã, devendo ocorrer antes da estação litúrgica da Quaresma, vinculada, portanto, muito especialmente, ao catolicismo. É esse o momento que marca o início dos preparativos para a Páscoa, quando, aliás, é comemorada a ressurreição de Cristo. É justamente no período carnavalesco que o consumo da bebida alcoólica é geralmente mais elevado do que o normal, assim como também o número de acidentes nas estradas brasileiras, bem como a prática de obscenidades; mas nem por isso assistimos à divulgação de campanhas para a criminalização do uso desse tipo de droga ou desse tipo de festividade.⁽¹⁴⁾

Ocorre que essa tradicional falta de beligerância prático-discursiva no trato com o álcool, sobretudo no âmbito do catolicismo, comumente não se estende para outras matrizes religiosas, tampouco para outras drogas. Vejam-se, por exemplo, aqui no Brasil, os casos de discriminação contra os adeptos da umbanda e do candomblé, religiões de matrizes essencialmente africanas, que também se utilizam da bebida alcoólica em seus ritos. O mesmo contexto de marginalização vê-se ainda com os adeptos do Santo Daime, geralmente baseados na região amazônica, que se utilizam da *Ayahuasca*, substância alegadamente alucinógena. Sofrem da mesma discriminação diversas outras instituições de cunho religioso que se utilizam, por exemplo, da *folha de coca* (Bolívia/Peru), do *peio* (Estados Unidos/México), da *cannabis* (Jamaica); e por aí vai.

Prescrições legais como as do art. 284 do Código Penal brasileiro,⁽¹⁵⁾ ainda vigentes, estabelecendo punição para a prática do curandeirismo, apresentam-se, conforme defendido por **Luana de Carvalho Silva**

Gusso⁽¹⁶⁾ “como um típico exemplo da criminalização de práticas que representam identidades culturais diferentes e marginalizadas em relação às culturalmente dominantes”. Segundo a autora, “infelizmente, observamos que tratamento jurídico penal dado ao curandeiro seja facilmente associado ao estelionatário e que, no fim, podem ser considerados ‘todos charlatões!’”, logo, uma conclusão capaz de alcançar “da benzedeira do bairro, passando pelo pajé dos confins da Amazônia, até o renomado pesquisador que descobriu a pílula do câncer”.

Por fim, o exercício da liberdade religiosa,⁽¹⁷⁾ especialmente no caso brasileiro, consagrado pela Constituição da República (art. 5º, inciso VI, VII e VIII, c/c 215, §1º), não tem se concretizado com o mesmo desembaraço no caso de religiões não majoritárias.⁽¹⁸⁾ Na realidade, pelo que alega **Milene Cristina Santos**⁽¹⁹⁾, há aqui uma espécie de mito de que existe uma alastrada tolerância religiosa, vez que a própria formação do país seria fruto de uma “profunda mistura de crenças” (tais como cristãs, católicas, protestantes, indígenas, africanas, entre outras). Ainda que partamos dessa perspectiva, sustenta a autora, tem sido frequente a disseminação dos discursos de ódio contra determinadas religiões, isso tanto na dinâmica social informal quanto em práticas legislativas.

Desse modo, nossa crítica não vai no sentido de que a manutenção de uma zona desmilitarizada na relação entre o catolicismo e o álcool se constitua num absurdo que precisa ser reparado. Longe disso. Nosso propósito até aqui foi o de demonstrar que o ideário beligerante ora vigente tem seus espaços e suas drogas de preferência, fazendo-nos constatar a conveniente seletividade com a qual a política pública a respeito vem sendo mantida. De nossa perspectiva, é preciso ampliar esses espaços imunes à indevida interferência estatal, em que não apenas a liberdade religiosa floresça isonomicamente, mas todos aqueles valores que se prestam a sustentar um efetivo Estado Democrático de Direito.

Notas

- (1) Quaisquer substâncias legais ou ilegais suscetíveis de alterar o estado de consciência e/ou os comportamentos. Conceito utilizado em: BALSAS, Casimiro; VITAL, Clara; URBANO, Cláudia. *III inquérito nacional ao consumo de substâncias psicoativas na população geral* – Portugal 2012. Lisboa: SICAD, 2014. p. 52.
- (2) Por todos, recomenda-se: VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. 2. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017.
- (3) FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de. Criminologia das drogas: considerações a partir do percurso biográfico entre Medellín e Rocinha. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* – RBCCrim, São Paulo, v. 25, n. 130, p. 269-315, abr., 2017.
- (4) Sobre esse aspecto, mais aprofundadamente, veja-se: FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de. Sobre pesquisas, drogas e ratos: análise crítica das verdades científicas produzidas pelos patrocinadores da “guerra às drogas”. *Revista de Estudos Criminais* – PUC/RS. No prelo.
- (5) Tendo surgido com a 18ª emenda na Constituição norte-americana, também conhecida por *Volstead Act*. Diploma normativo vigente de 17 de janeiro de 1920 até 5 de dezembro de 1933.

- (6) ESCOHOTADO, Antonio. *História elementar das drogas*. Trad. José Colaço Barreiros. Lisboa: Antígona, 2004. p. 99 ss.
- (7) Além do álcool, é possível percebermos um trato muito assemelhado dessa falta de beligerância para com o tabaco e os ansiolíticos, por exemplo.
- (8) Sobre tais incoerências, com as necessárias referências bibliográficas, tivemos a oportunidade de discorrer mais pormenorizadamente em: FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de. *Consumo de drogas: uma análise crítica da política luso-brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- (9) Os destaques nas transcrições que seguem são nossos. O documento foi promulgado pelo então Papa João Paulo II em 25 de janeiro de 1983, quinto ano de seu pontificado. O inteiro teor do referido diploma normativo pode ser encontrado em: <http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/portuguese/codex-iuris-canonici_po.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2017.
- (10) Disponível em: <http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19950619_pane-senza-glutine_po.html>. Acesso em: 11 dez. 2017.
- (11) BÍBLIA SAGRADA. Tradução portuguesa da versão francesa dos originais grego, hebraico e aramaico, traduzidos pelos Monges Beneditinos de Maredsous (Bélgica). 155 ed. São Paulo: Ave-Maria, 2002. p. 1385. 2: 9-11.
- (12) BÍBLIA SAGRADA., op. cit., p. 1502. 5:18.
- (13) Idem, p. 805. 23: 20-21.
- (14) Uma análise crítica do paradoxo que é ver o povo (recitado) do *sete de setembro* ser o mesmo (desinibido) que festeja com grande entusiasmo o *carnaval*, pode ser encontrada em: Damatta, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis* – para uma sociologia do dilema brasileiro. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.
- (15) Uma análise histórica, com enfoque no século XX, do conveniente processo de criminalização de práticas mágico-religiosas-curativas no Brasil pode ser encontrada em: SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. *Sortilégio de saberes: curandeiros e juizes nos tribunais brasileiros (1900-1990)*. São Paulo: IBCCRIM, 2004.
- (16) SILVA GUSO, Luana de Carvalho. *Para espantar o quebranto: o sistema penal para quem a reza pega*. Disponível em: <<http://emporiadodireito.com.br/backup/para-espantar-o-quebranto-o-sistema-penal-para-quem-a-reza-pegar-por-luana-de-carvalho-silva-gusso/>>. Acesso em: 16 dez. 2017.
- (17) Uma análise pontual de alguns dos problemas dessa problemática pode ser encontrada em: WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição* – fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- (18) Sabemos que existem limitações, que não se admitirá, por exemplo, o exercício de uma crença que adota sacrifícios humanos, vez que se prestaria a fulminar diretamente a vida humana, bem jurídico de extremo interesse para um arcabouço normativo com viés democrático. No entanto, obstaculizar práticas religiosas com base em argumentos carregados de uma conveniente subjetividade, como no caso da “saúde pública”, geralmente associada à proibição de determinadas drogas, demonstra a falta de intimidade do legislador brasileiro com os substanciais valores democráticos.
- (19) SANTOS, Milene Cristina. Laboratório de Ciências Criminais do IBCCRIM. Módulo Interdisciplinar. Tema: Intolerância religiosa: do proselitismo ao discurso de ódio. São Paulo, 05 jul. 2017. Recomenda-se ainda: SANTOS, Milene Cristina. *Intolerância religiosa: do proselitismo ao discurso de ódio*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017.

Francisco de Assis de França Júnior
Doutorando e Mestre em Direito pela
Universidade de Coimbra (PT).
Professor de Direito Penal e Criminologia no
Centro Universitário CESMAC (Maceió/AL).
Advogado.

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661

COORDENADOR-CHEFE: Fernando Gardinali Caetano Dias.

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

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

CONSELHO EDITORIAL:

Acacio Miranda Filho, Alexis Eliane, Amélia Emy Rebouças Imasaki, Anderson Bezerra Lopes, André Azevedo, André Felipe Pellegrino, André Lozano Andrade, Andre Ricardo Godoy, Antonio Baptista Gonçalves, Arthur Sodré Prado, Átila Machado, Beatriz Jubilut, Bruno Salles, Carlos Garcete, Carlos Viveiros, 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 Andorfato, Jorge Nader, Jose Carlos Abissamra Filho, José Roberto Coelho de Almeida Akutsu, Juliana Regassi, Lévio Scattolini, Luana Nogueiras Moyano, Luana Oliveira, Luis Gustavo Sousa, Luiza Gervitz, Luiza Guedes Piráquine, Manoel Alves da Silva Junior, Marco Aurélio Florêncio

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

COLABORADORES DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA:

Ana Beatriz Tabarelli Krasovic, André Campagnaro Rampinelli, Arthur Inácio, Arthur Martins Soares, Bruna Brandt, Bruna Diamante, Bruno Maurício, Camila Torres Cesar, Caroline Bussoloto de Brum, Caroline 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 Valadao, Rodrigo Olhiara da Silva, Rossana Brum Leques, Stela Valim,

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

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

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

REVISÃO: FAZENDARIA, Consultoria em recursos humanos, pesquisa e texto Ltda. - ME - Tel.: (11) 3673-7564 - E-mail: midiafazma@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 - 2ª andar, CEP 01018-010 - S. Paulo - SP
Tel.: (11) 3111-1040 (tronco-chave)
www.ibccrim.org.br

24º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

**28 a 31
DE AGOSTO**

LOCAL: HOTEL TIVOLI
MOFARREJ, SÃO PAULO

INSCRIÇÕES ABERTAS
ibccrim.org.br/seminario24

CONFERÊNCIA DE ABERTURA:



**Boaventura
de Sousa Santos**

PALESTRANTES INTERNACIONAIS CONFIRMADOS



**Diana
Maffia**



**Sebastian
Scheerer**

Realização:



Patrocínio-master:



Confira os escritórios patrocinadores do evento em 2018 (atualização: 16/05):



MARIA ELIZABETH QUELJO E EDUARDO M. ZYNGER
ADVOGADOS



MORAES PITOMBO
advogados

NOGUÉS MOYANO
advogados



Rá o, Pires & Lago
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

Direito Penal. Prescrição da reincidência. Maus antecedentes. Proibição de penas perpétuas.6.^a Turma

HC 402.752 - MS (2017/0135432-0)

j. 11.05.2018 - public. 15.05.2018

Cadastro IBCCRIM 5863

Decisão.

O senhor ministro Rogério Schietti Cruz:

JSA, paciente neste habeas corpus, alega ser vítima de coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul (Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0003672-60.2015.8.12.0008/50000).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 7 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, porque trazia consigo, para fins de difusão ilícita, 22 gramas de cocaína.

A impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que o registro condenatório do réu teve a pena extinta há mais de 5 anos, motivo pelo qual não pode ser sopesado a título de maus antecedentes, porquanto já atingido pelo período depurador previsto no art. 64, I, do Código Penal.

Afastados os maus antecedentes, afirma que deve ser aplicada a minorante descrita no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, “haja vista o preenchimento de todos os requisitos legais” (fl. 20).

Requer a concessão da ordem, para que sejam afastados os maus antecedentes e, por conseguinte, seja reduzida a pena-base e aplicada a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Não houve pedido de liminar e, diante da suficiente instrução dos autos, foi dispensada a solicitação de informações à autoridade apontada como coatora.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do habeas corpus.

I. Decido

I. Maus antecedentes – relativização no caso concreto

ACorte estadual, ao manter por maioria de votos o entendimento de que o paciente seria possuidor de maus antecedentes, assim fundamentou (fls. 337-338):

Extrai-se dos autos que o juiz prolator da sentença condenatória valorou negativamente os antecedentes do réu, diante da folha de antecedentes criminais juntadas às fls. 68/7, onde consta uma condenação transitada em julgado em 26/08/91, com imputação do crime previsto no art. 16 da Lei 6.368/76, com pena de 06 meses de detenção.

O douto Relator entendeu que a existência da referida condenação não caracteriza maus antecedentes, tendo em vista o transcurso do lapso temporal superior a 5 (cinco) anos, pois sequer implica reincidência.

Pois bem. É sabido que o período depurador da reincidência é de 05 anos, da data do cumprimento ou extinção da pena, nos termos do art. 64, inc. I, do CP:

[...] Por esse motivo, diversamente da reincidência, os maus antecedentes não caduca, uma vez que incide uma única vez, como circunstância judicial do art. 59 do CP, sem qualquer outro agravamento em desfavor do réu.

[...] Tem-se, assim, que mesmo ultrapassado o lapso temporal de cinco anos, a condenação anterior transitada em julgado pode ser considerada como maus antecedentes, nos termos do art. 59 do CP.

Dúvidas não há de que, “Nos termos da orientação desta Casa, é possível a exasperação da pena-base com fulcro em condenações anteriores transitadas em julgado há mais de 5 (cinco) anos, porquanto, apesar de não espelharem a reincidência, pois alcançadas pelo período depurador previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, podem ser utilizadas para caracterizar os maus antecedentes do réu. Precedentes.” (AgRg no HC n. 358.465/SP, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, 6ª T., DJe 10/2/2017).

Sem embargo desse entendimento, as peculiaridades deste caso concreto me levam a decidir de forma distinta.

Com efeito, as instâncias ordinárias, ao concluírem pela existência de maus antecedentes, fizeram referência a somente uma condenação anterior: porte de drogas para consumo próprio, perpetrado ainda na vigência da Lei n. 6.368/1976, em que foi aplicada ao acusado pena de 6 meses de detenção, cujo trânsito em julgado ocorreu em 26/8/1991.

Dadas tais peculiaridades, tenho a compreensão de que não há como reconhecer a existência de maus antecedentes e afastar a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas pela simples existência de uma condenação transitada em julgado com extinção da punibilidade há tanto tempo, máxime porque, conforme consignou o Desembargador relator dos embargos infringentes e de nulidade (vencido), “durante o transcurso de mais de 25 anos desde a extinção da pena, não voltou a delinquir” (fl. 333).

Saliento – frise-se – que não estou afirmando que o mero decurso do período depurador da reincidência seja suficiente para, por si só, impedir toda e qualquer valoração sobre os antecedentes, até porque a hipótese prevista no art. 64, I, do Código Penal trata tão somente da reincidência. Da mesma forma, não estou, simplesmente, descuidando de observar o entendimento desta Corte de que condenações prévias, com trânsito em julgado há mais de 5 anos, apesar de não ensejarem reincidência, podem servir de alicerce para valoração desfavorável dos antecedentes.

Contudo, considero que eternizar a valoração negativa dos

O DIREITO POR QUEM O FAZ

Superior Tribunal de Justiça ___ 2116

JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal ___ 2120

Superior Tribunal de Justiça ___ 2121

Tribunal Regional Federal

da 1ª Região ___ 2123

Tribunais de Justiça ___ 2123

antecedentes para afastar a minorante em questão, sem nenhuma ponderação sobre as circunstâncias do caso concreto, não se coaduna com o Direito Penal do fato.

Rememoro, por oportuno, que a discussão sobre o tema não é recente nesta Corte Superior de Justiça. Por ocasião do julgamento do RHC n. 2.227/MG, em sessão realizada no dia 18/12/1992, o Ministro Vicente Cernicchiaro, ao apreciar caso similar, enfatizou, em voto vencedor, que “o fato, como acontecimento histórico, nem sempre é relevante normativamente”, havendo salientado que a norma inserta no inciso I do art. 64 do Código Penal “harmoniza-se com o sistema do Código Penal que subscreve o princípio - *tempus omnia solvet*”. Nesse contexto, concluiu que “Não há, pois, estigma permanente no Direito Penal” (Relator Ministro Pedro Aciole, rel. p/ acórdão Ministro Vicente Cernicchiaro, 6ª T., DJ 29/3/1993).

Confira-se, a propósito, a íntegra do voto vencedor:

O crime ocorreu no dia 5 de março de 1991 (fls. 99).

Quanto ao delito anterior, pelo qual o Paciente também foi condenado, aos 14 de fevereiro de 1981, cumpriu a pena no dia 24 de janeiro de 1985 (fls. 122).

Em sendo assim, entre o cumprimento da condenação e o crime seguinte, transcorreram mais de cinco anos.

Incide, por isso, o disposto no art. 64, I do Código Penal, verbis:

*[...] Essa norma harmoniza-se com o sistema do Código Penal que subscreve o princípio - *tempus omnia solvet*. Tanto assim a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória se operam com o passar do tempo.*

A reincidência, por sua vez, não é considerada.

Ocorrem, pois, extinção da punibilidade e não caracteriza circunstância agravante.

Coordena-se, ademais, com as regras do Direito Penal e Criminologia modernas, visto longo espaço entre o cumprimento da pena e a nova infração denotar ausência de periculosidade, configurando, pois, conduta não voltada para a criminalidade.

Não há, pois, estigma permanente no Direito Penal. Nem menos para executar a pena.

Dessa forma, o fato não poderia ser levado em conta como antecedente negativo.

Repita-se, o fato, como acontecimento histórico, nem sempre é relevante normativamente. A hipótese dos autos, data venia, é ilustração eloquente.

Faço menção – também para enfatizar as implicações do transcurso do tempo no Direito e nas relações humanas – a dois recursos especiais julgados pela Quarta Turma deste Superior Tribunal, ambos de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão. O primeiro, o REsp n. 1.334.097/RJ, relativo ao caso conhecido como “Chacina da Candelária”; o segundo, o REsp n. 1.335.153/RJ, referente ao caso “Aida Curi”, ambos publicado no DJe de 10/9/2013.

Os votos condutores dos acórdãos citados pontuaram que:

5. A tese do direito ao esquecimento ganha força na doutrina jurídica brasileira e estrangeira, tendo sido aprovado, recentemente, o Enunciado n. 531 na VI Jornada de Direito Civil promovida pelo CJF/STJ, cujo teor e justificativa ora se transcrevem:

ENUNCIADO 531 - A tutela da dignidade da pessoa humana

na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

Artigo: 11 do Código Civil.

Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

A teoria em apreço encontra inspiração em artigo intitulado *The Right to Privacy*, de autoria de Samuel D. Warren e do então futuro juiz da Suprema Corte norte-americana Louis Brandeis, publicado em 15/12/1890, em edição da *Harvard Law Review* (Vol. IV, December 15, 1890, N. 5), que bem desdobra o *right to be let alone*.

É certo que tanto o artigo quanto os casos debatidos nos citados julgados tratam da extensão do dano pela violação do direito à privacidade e do direito de ser deixado em paz (direito ao esquecimento), na esfera civil. Entretanto, entendo que a essência dessa doutrina com adaptações e temperamentos, por óbvio pode ser invocada no caso, pois, no que diz respeito ao direito de ser esquecido, de que é titular aquele sobre quem recai o peso de uma condenação penal, o substancial voto lançado no referido REsp n. 1.334.097/RJ não poderia ser mais esclarecedor:

Especificamente no que concerne ao confronto entre o direito de informação e o direito ao esquecimento dos condenados e dos absolvidos em processo criminal, a doutrina não vacila em dar prevalência, em regra, ao último, ressaltando-se como aqui se ressaltou a hipótese de crimes genuinamente históricos, quando a narrativa desvinculada dos envolvidos se fizer impraticável:

Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade com relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária (MENDES, Gilmar Ferreira [et. al.]. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 374).

Mas não é por isso tudo que a informação ou comunicação de fatos criminosos sejam ilimitadas, infensas a qualquer restrição. Máxime quando se tem em conta a divulgação de um fato criminoso associado a certa pessoa a quem se atribua sua autoria. Há uma primeira restrição que, na palavra de Hermano Duval, diz com o direito ao esquecimento que assiste ao condenado, o que para Costa Andrade representa um direito à ressocialização do criminoso, não estranho à legislação pátria [...]

Por esse direito, então, aquele que tenha cometido um crime, todavia já cumprida a pena respectiva, vê a propósito preservada sua privacidade, honra e imagem.

Cuida-se inclusive de garantir ou facilitar a interação e reintegração do indivíduo à sociedade, quando em liberdade, cujos direitos da personalidade não podem, por evento passado e expirado, ser diminuídos.

Isso encerra até corolário da admissão, já antes externada, de que fatos passados, em geral, já não mais despertam interesse coletivo. Assim também com relação ao crime, que

acaba perdendo, com o tempo, aquele interesse público que avultava no momento de seu cometimento ou mesmo de seu julgamento.

É claro que essa consideração não se aplica àqueles crimes históricos, que passam enfim para a história, aos grandes genocídios, como é o exemplo nazista, citado por Costa Andrade. Aliás, pelo contrário, esses são casos que não devem mesmo ser esquecidos (GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 89-90).

Com efeito, o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, além de sinalizar uma evolução cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória que é a conexão do presente com o passado e a esperança que é o vínculo do futuro com o presente, fez clara opção pela segunda.

E é por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, pois afirma-se, na verdade, como um direito à esperança, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana. Destaque no original.

Também não posso deixar de mencionar o HC n. 256.210/SP (DJe 13/12/2013), de minha relatoria, em que a Sexta Turma deste Superior Tribunal, à unanimidade, concluiu agora, sim, especificamente no âmbito do Direito Penal que o lapso temporal entre a última condenação e a prática da infração apurada naquele writ quase 14 anos justificava a não influência das condenações anteriores (que se originaram de condutas perpetradas nas décadas de 70, 80 e 90) para fins de exasperação da pena-base, a título de maus antecedentes.

Igualmente, faço menção ao REsp n. 1.160.440/MG (DJe 31/3/2016), também de minha relatoria, em que a Sexta Turma, à unanimidade, novamente decidiu relativizar a existência de dois registros penais antigos, de modo a não lhes imprimir excessivo relevo a ponto de impedir a incidência da minorante descrita no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Confira-se, a propósito, a ementa redigida para o julgado:

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. MAUS ANTECEDENTES. PERÍODO DEPURADOR. FRAÇÃO DA MINORANTE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Consoante entendimento deste Superior Tribunal, decorrido o prazo de cinco anos entre a data do cumprimento ou a extinção da pena e a infração posterior, a condenação anterior, embora não possa prevalecer para fins de reincidência, pode ser sopesada a título de maus antecedentes. Precedentes.

2. Sem embargo, não há como afastar a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas pela simples existência de duas condenações transitadas em julgado com extinção da punibilidade há tanto tempo, máxime porque, além de o recorrido ser tecnicamente primário ao praticar o crime em comento, não há notícias de que se dedique a atividades delituosas ou de que integre organização criminosa.

3. Se o transcurso do tempo impede que condenações anteriores configurem reincidência, esse mesmo fundamento

- o lapso temporal - deve ser sopesado na análise das condenações geradoras, em tese, de maus antecedentes.

4. Embora o Supremo Tribunal Federal ainda não tenha decidido o mérito do RE n. 593.818 RG/SC - que, em repercussão geral já reconhecida (DJe 3/4/2009), decidirá se existe ou não um prazo limite para se sopesar uma condenação anterior como maus antecedentes -, no caso, firme na ideia que subjaz à temporalidade dos antecedentes criminais, devem ser relativizados os dois registros penais tão antigos do acusado, de modo a não lhes imprimir excessivo relevo a ponto de impedir a incidência da minorante descrita no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

5. A escolha do percentual de diminuição de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 decorre da discricionariedade vinculada do julgador, de modo que a alteração do quantum de redução nesta instância superior depende da demonstração de ilegalidade ou de teratologia, inexistente no caso.

6. Recurso especial não provido.

Há não muito tempo, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n. 126.315/SP (DJe 7/12/2015), aqueceu a discussão a respeito da estipulação de um prazo limite para se considerar uma condenação como maus antecedentes. O Ministro Gilmar Mendes, relator, destacou a impossibilidade de que se atribua à condenação o status de perpetuidade, sob o fundamento de que “a possibilidade de sopesarem-se negativamente antecedentes criminais, sem qualquer limitação temporal ad aeternum, em verdade, é pena de caráter perpétuo mal revestida de legalidade”.

Tenho por certo que foi também por esses fundamentos que o legislador de 1977, mediante a alteração na Parte Geral do Código Penal ocasionada pela Lei n. 6.146, instituiu a temporalidade para a reincidência e positivou o “período depurador” no art. 46, parágrafo único, então vigente, denominado no item 13 da respectiva Exposição de Motivos como “prescrição da reincidência”, e cuja previsão normativa foi mantida no art. 64, I, do atual Codex.

Aliás, em conferência proferida no Seminário Internacional “O Tribunal Internacional e a Constituição Brasileira” promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 30/9/1999, o Professor Dr. Luiz Luisi acentuou que “a proibição de penas perpétuas é um corolário da orientação humanitária ordenada pela Constituição, como princípio orientador da legislação penal” (trecho citado pelo Ministro Gilmar Mendes, em voto proferido no HC n. 126.315/SP).

Com efeito, não se pode tornar perpétua a valoração negativa dos antecedentes, nem perenizar o estigma de criminoso para fins de aplicação da reprimenda, sob pena de violação da regra geral que permeia o sistema. Afinal, a transitoriedade é consectário natural da ordem das coisas. Se o transcurso do tempo impede que condenações anteriores configurem reincidência, esse mesmo fundamento o lapso temporal deve ser sopesado na análise das condenações geradoras, em tese, de maus antecedentes.

Embora o Supremo Tribunal Federal ainda não tenha decidido o mérito do RE n. 593.818 RG/SC que, em repercussão geral já reconhecida (DJe 3/4/2009), decidirá se existe ou não um prazo limite para se sopesar uma condenação anterior como maus antecedentes, considero que, no caso, firme na ideia que subjaz à temporalidade dos antecedentes criminais, deve ser relativizado o único registro anterior do acusado, tão antigo, de modo a não lhe imprimir o excessivo relevo que pretenderam as instâncias ordinárias.

II. Nova dosimetria

Porque afastados os maus antecedentes, deve a pena-base do paciente ser reduzida ao mínimo legal (5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa), haja vista que todas as demais circunstâncias judiciais lhe foram tidas como favoráveis.

Por conseguinte, devem os autos retornar ao Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Corumbá MS para se manifestar sobre a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a fim de que analise o eventual preenchimento dos demais requisitos necessários ao reconhecimento da benesse em questão, quais sejam, a não dedicação a atividades delituosas e a não integração em organização criminosa.

Registro que essa mesma solução retorno dos autos ao Juízo de primeiro grau para a análise dos demais requisitos necessários para a aplicação da benesse prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas foi adotada pela Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, em caso no qual se considerou que o único processo anterior existente em

desfavor do réu não poderia ser considerado para fins de reincidência (HC n. 390.038/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti, DJe 15/2/2018).

III. Dispositivo

À vista do exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, concedo parcialmente a ordem, para afastar os maus antecedentes do paciente, reduzir a sua reprimenda-base para o mínimo legal (5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa) e, por conseguinte, determinar o retorno dos autos ao Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Corumbá MS, a fim de que analise o eventual preenchimento, pelo acusado, dos demais requisitos necessários ao reconhecimento da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas (Processo n. 0003672-60.2015.8.12.0008).

Rogério Schietti Cruz
Relator

JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal

Direito Penal e Processual Penal. Conexão entre crimes eleitorais e crimes comuns. Prevalência da Justiça Eleitoral.

1. A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que, nos casos de doações eleitorais por meio de caixa 2 - fatos que poderiam constituir o crime eleitoral de falsidade ideológica (art. 350, Código Eleitoral) -, a competência para processar e julgar os fatos é da Justiça Eleitoral (PET n.º 6.820/DF-AgR-ED, Relator para o acórdão o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 23/3/18). 2. A existência de crimes conexos de competência da Justiça Comum, como corrupção passiva e lavagem de capitais, não afasta a competência da Justiça Eleitoral, por força do art. 35, II, do Código Eleitoral e do art. 78, IV, do Código de Processo Penal. 3. Tratando-se de investigação em fase embrionária e diante da impossibilidade, em sede de cognição sumária, de se verticalizar a análise de todos os aspectos concernentes à declinação de competência, o encaminhamento de termos de colaboração não firmará, em definitivo, a competência do juízo indicado, devendo ser observadas as regras de fixação, de modificação e de concentração de competência, respeitando-se, assim, o princípio do juiz natural (Inq n.º 4.130/PR-QO, Pleno, de minha relatoria, DJe de 3/2/16). 4. Agravo regimental provido, para se determinar a remessa dos termos de colaboração premiada ao Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, para posterior encaminhamento ao juízo de primeiro grau competente.

(STF – 2.ª T. – Ag.Rg. Pet. 7319 – rel. (p/ Acórdão) **Dias Toffoli** – j. 27.03.2018 – public. 09.05.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5864**)

Direito Penal e Processual Penal. Cognoscibilidade do habeas corpus substitutivo de revisão criminal. Posse ilegal de munição de uso restrito. Princípio da insignificância.

1. A decisão que se pretende desconstituir transitou em julgado, sendo o writ, portanto, manejado como sucedâneo de revisão criminal (v.g. RHC n.º 110.513/RJ, Segunda Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 18/6/12). 2. Todavia, a Segunda Turma (RHC n.º 146.327/RS, Relator o Ministro Gilmar Mendes, julgado em 27/2/18) assentou, expressamente, a cognoscibilidade de habeas corpus manejado em face de decisão já transitada em julgado em hipóteses excepcionais, desde que líquidos e incontroversos os fatos postos à apreciação do Supremo Tribunal Federal. 3. O conhecimento da impetração bem se amolda ao julgado paradigma. 4. O paciente foi condenado pelo delito de posse de munição de uso

restrito (art. 16 da Lei n.º 10.826/03), sendo apenado em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão em regime fechado e ao pagamento de 11 dias multa. 5. Na linha de precedentes, o porte ilegal de arma ou munições é crime de perigo abstrato, cuja consumação independente de demonstração de sua potencialidade lesiva. 6. A hipótese retratada autoriza a mitigação do referido entendimento, uma vez que a conduta do paciente de manter em sua posse uma única munição de fuzil (calibre 762), recebida, segundo a sentença, de amigos que trabalharam no Exército, não tem o condão de gerar perigo para a sociedade, de modo a conturdir o bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora. 7. É certo que a sentença condenatória reconheceu a reincidência do paciente. Porém, bem apontou a Procuradoria-Geral da República que a questão “está pendente de análise em sede de revisão criminal, porque, ao que parece, a condenação que gerou a reincidência refere-se ao homônimo ‘José Luiz da Silva Gonçalves’.” 8. Não há, portanto, óbice à aplicação do princípio da insignificância na espécie, sendo de rigor seu reconhecimento. 9. Ordem concedida para, em razão do princípio da insignificância, reconhecer a atipicidade material da conduta imputada ao paciente.

(STF – 2.ª T. – HC 154.390 – rel. **Dias Toffoli** – j. 17.04.2018 – public. 07.05.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5865**)

Direito Penal e Processual Penal. Crimes licitatórios. Inépcia da denúncia.

1. A realização de empréstimo com suposta inobservância das normas administrativas da Agência de Fomento do Estado de Santa Catarina (BADESC) não configura os crimes previstos no art. 1º, VIII, XX e XXIII, do Decreto-Lei n.º 201/67, uma vez que o enquadramento nas condutas descritas nesses tipos penais demanda afronta pelo prefeito a disposição de lei em sentido estrito. 2. A documentação acostada aos autos não demonstra, sequer de forma indiciária, a prática dos crimes previstos no art. 1º, V, do Decreto-Lei n.º 201/67 e no art. 92 da Lei n.º 8.666/93, porquanto o acusado não figurou como ordenador das despesas nem subscreveu as ordens de serviços ou medições correspondentes. Da mesma forma, não se encontra descrito o liame subjetivo que o vincule a tais condutas. 3. Como sabido, o fracionamento de despesas referentes a obras de mesma natureza, a serem realizadas em um mesmo município, com a finalidade de adoção de modalidade licitatória menos rigorosa, é hábil a configurar o crime de fraude ao caráter competitivo da licitação (AP n.º 565, Pleno, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 23/5/14). 4. A imputação de fraude ao

caráter competitivo da licitação derivaria do fracionamento de despesas referentes a obras licitadas por meio de duas tomadas de preços, quando seu valor global exigiria a modalidade mais rigorosa de concorrência. 5. Nos termos do art. 23, § 5º, da Lei nº 8.666/93, “é vedada a utilização da modalidade ‘convite’ ou ‘tomada de preços’, conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de ‘tomada de preços’ ou ‘concorrência’, respectivamente, nos termos deste artigo, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço”. 6. Esse dispositivo veda o fracionamento da licitação em duas hipóteses: i) quando se tratar de parcelas que integrem um mesmo objeto (“mesma obra ou serviço”), vale dizer, quando existir a unicidade intrínseca do objeto; e ii) quando se tratar de um conjunto de bens e serviços que, embora materialmente distintos e que não possam ser considerados como partes integrantes de um único objeto, apresentem natureza semelhante e devam ser executados no mesmo local, desde que tal execução possa fazer-se conjunta e concomitantemente. 7. É indiscutível que as obras referidas na denúncia tinham a mesma natureza (saneamento básico e pluvial e preparação da via pública para pavimentação) e poderiam ser executadas no mesmo local (entendido como região de atuação dos possíveis fornecedores), de forma conjunta e concomitante, uma vez que havia recursos disponíveis, obtidos por contrato de financiamento. 8. A

circunstância de se tratar de ruas distintas, situadas em bairros diversos, não autorizava que os objetos fossem individualmente licitados, haja vista que a expressão “mesmo local” não tem essa acepção restrita. 9. Pouco importa o valor individual de cada obra para a determinação da modalidade de licitação; relevante é o fato de que, em razão de seu valor global, houve fracionamento indevido de despesa, uma vez que todas as obras tinham a mesma natureza e poderiam ser executadas no mesmo local, de forma conjunta e concomitante. 10. A descrição da suposta fraude, em tese, ao caráter competitivo do procedimento licitatório, com o direcionamento de contratações, todavia, não se mostra suficiente. 11. O tipo penal art. 90 da Lei nº 8.666/93 exige o dolo específico do agente, qual seja, o fim especial de obtenção de uma “vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação”. 12. Na espécie, não houve a necessária descrição de qual seria a vantagem a ser auferida pelo denunciado e pelos contratados “decorrente da adjudicação” e distinguível da contratação em si. 13. À míngua de uma imputação que necessariamente deveria compreender a descrição do dolo específico do agente, há que reconhecer a inépcia da denúncia em relação ao crime descrito no art. 90 da Lei nº 8.666/93. 14. Denúncia rejeitada.

(STF – 2.ª T. – Inq. 4.103 – rel. **Teori Zavascki** – j. 07.11.2017 – public. 03.05.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5866**)

Jurisprudência compilada por
Roberto Portugal de Biazi e Vivian Peres.

Superior Tribunal de Justiça

Direito Processual Penal. Homicídio qualificado. Negativa do direito de apelar em liberdade. *Periculum libertatis*. Fundamentação inexistente. Superação da Súmula n. 691 do STF.

1. Permite-se a superação da Súmula n. 691 do STF em casos excepcionais, nos quais a ilegalidade é tão flagrante que não escapa à pronta percepção do julgador. 2. Para ser compatível com o Estado Democrático de Direito – o qual se ocupa de proteger tanto a liberdade quanto a segurança e a paz públicas – e com a presunção de não culpabilidade, é necessário que a decretação e a manutenção da prisão cautelar se revistam de caráter excepcional e provisório. A par disso, a decisão judicial deve ser suficientemente motivada, mediante análise da concreta necessidade da cautela, nos termos do art. 282, I e II, c/c o art. 312, ambos do Código de Processo Penal. 3. O Juiz Presidente do Tribunal do Júri não apontou nenhum elemento concreto para negar ao paciente – que respondia solto ao processo, submetido a medidas cautelares diversas da prisão – o direito de apelar em liberdade. Na sentença, existe singela referência à necessidade de garantir a ordem pública e a aplicação da lei penal, em clara afronta ao disposto no art. 387, § 1º, do Código de Processo Penal, o qual ordena a análise fundamentada “sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta”. 4. Apesar de mencionada pelo Juiz, a tese de repercussão geral fixada no ARE n. 964.246/SP não foi estendida pelo Supremo Tribunal Federal a decisões emanadas de Conselho de Sentença, ainda não intangíveis no âmbito da jurisdição ordinária. Ademais, o princípio da soberania dos veredictos é garantia individual do acusado, mas não impede a revisão, pelo Tribunal de Justiça, de julgamento evidentemente contrário à prova dos autos. 5. Ordem concedida para, confirmada a liminar, permitir que o paciente aguardar o julgamento da apelação em liberdade, caso por outro motivo não esteja preso, sem prejuízo da possibilidade de nova decretação da prisão preventiva, se concretamente demonstrada sua necessidade cautelar, ou de imposição de medida alternativa, nos termos do art. 319 do CPP.

(STJ – 6.ª T. – HC 431.817 – rel. **Rogério Schietti Cruz** – j. 24.04.2018 – public. 11.05.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5867**)

Execução penal. Unificação de penas. Cumprimento de pena restritiva de direitos. Superveniência de nova condenação a penas restritivas de direitos. Cumprimento sucessivo das reprimendas.

1. Esta Corte Superior firmou entendimento no sentido de que a conversão da pena restritiva de direitos poderá ocorrer quando houver incompatibilidade na execução da pena restritiva de direitos com a privativa de liberdade (art. 181, § 1º, alínea “e”, da LEP e art. 44, § 5º, do Código Penal). 2. Na espécie, o recorrente cumpria pena restritiva de direitos quando sobreveio nova condenação onde, também, foi a pena privativa de liberdade substituída por restritivas de direitos. Assim, inexistente incompatibilidade de cumprimento das penas restritivas impostas ao recorrente, constatando-se perfeitamente possível a execução sucessiva das medidas despenalizadoras. 3. Recurso ordinário em habeas corpus provido para determinar que as penas restritivas de direitos sejam cumpridas sucessivamente pelo recorrente.

(STJ – 5.ª T. – RHC 96.829/RS – rel. **Reynaldo Soares da Fonseca** – j. 24.04.2018 – public. 07.05.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5868**)

Direito Processual Penal. Depositário judicial que vende os bens em seu poder. Atipicidade para o delito de peculato.

1. O crime de peculato exige para a sua consumação que o funcionário público se aproprie de dinheiro, valor ou outro bem móvel em virtude do “cargo”. 2. Depositário judicial não é funcionário público para fins penais, porque não ocupa cargo público, mas a ele é atribuído um *munus*, pelo juízo, em razão de bens que, litigiosos, ficam sob sua guarda e zelo. 3. Embora a narrativa da denúncia não possa ser subsumida ao tipo penal do peculato, descreve aquela peça acontecimentos que, em tese, podem ser enquadrados em outras molduras abstratamente definidas pela lei penal. 4. Ordem concedida para trancar a ação penal, sem prejuízo de o órgão acusatório apresentar nova denúncia por outro tipo penal.

(STJ – 6.ª T. – HC 402.949/SP – rel. **Maria Thereza de Assis Moura** – j. 13.03.2018 – public. 26.03.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5869**)

Direito Processual Penal. Instrução processual. Obrigatoriedade do uso de sistema de registro audiovisual. Nulidade.

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. O legislador federal, por meio da Lei n. 11.719/2008, promoveu, entre outras, alteração no Código de Processo Penal consistente na inserção do atual § 1º do artigo 405, o qual determina que os depoimentos de investigados, indiciados, ofendidos e testemunhas serão registrados, “sempre que possível”, por “meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual”. 3. Não há motivo para que o registro de interrogatório do réu deixe de observar a mesma sistemática exigida para a colheita dos depoimentos de investigado, indiciado, ofendido e testemunha, apesar da omissão do legislador. 4. Verifica-se, a partir da leitura da parte final do aludido § 1º do art. 405, que as alterações promovidas pela Lei n. 11.719/2008 objetivaram a implementação não só dos princípios da razoável duração do processo e da celeridade processual (art. 5º, LXXVIII, da CF), mas, também, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LX, da CF), na medida em que a utilização de meios ou recursos de gravação audiovisual, para o registro de depoimentos, é “destinada a obter maior fidelidade das informações”. 5. A expressão legal “sempre que possível” apenas ressalta a manutenção do registro de depoimento por meio do método tradicional, sem gravação audiovisual, na hipótese em que não exista, faticamente, sistema disponível para tanto. 6. A partir da entrada em vigor da Lei n. 11.719/2008, a melhor exegese da disposição legal que regula a matéria não comporta outra interpretação, senão a de que o juiz que disponha de meio ou recurso para gravação deverá, obrigatoriamente, utilizá-lo para o registro dos depoimentos de investigado, indiciado, ofendido, testemunha e, inclusive, de réu. Excepcionalmente, ante impedimento fático, poderá o magistrado proceder à colheita dos depoimentos por meio da sistemática tradicional, desde que motivadamente justifique a impossibilidade, sem que isso inquina de ilegalidade o ato. 7. No caso em exame, o Juízo de primeiro grau, conquanto tivesse à sua disposição sistema para gravação audiovisual de depoimentos, deixou de utilizá-lo para a colheita dos depoimentos no âmbito da instrução processual penal, o que configura ilegalidade. 8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para anular as audiências de instrução realizadas, sem a utilização de meios ou recursos de gravação audiovisual, assim como os demais atos subsequentes ocorridos no âmbito da Ação Penal n. 0030229-37.2016.8.19.0014. Ordem de imediato relaxamento da prisão imposta ao paciente, salvo, evidentemente, se por outro motivo estiver preso, autorizando a fixação de outras medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, a critério do Juiz de primeiro grau. Ressalva quanto à possibilidade de nova decretação da custódia cautelar, desde que apresentados motivos concretos para tanto.

(STJ – 5.ª T. – HC 428.511/RJ – rel. **Ribeiro Dantas** – j. 19.04.2018 – public. 25.04.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5870**)

Direito Penal e Processual Penal. Procedimento do júri. Desclassificação para homicídio culposo.

1. Incide a Súmula 284 do STF, a impedir o conhecimento do recurso especial, no ponto em que alega deficiência da defesa técnica, porquanto a recorrente deixou de indicar, expressamente, qual dispositivo de lei federal teria sido objeto de violação. Igual conclusão se chega para a alegada violação do art. 415, II, do CPP, pois a defesa deixou de apresentar as razões recursais para elucidar de que modo tal violação teria ocorrido. 2. Muito embora a decisão de pronúncia, dada a sua importância para o réu, deva ser fundamentada, nos termos do inciso IV do art. 93 da Carta Magna, impõe-se ao magistrado apontar elementos que indiquem a existência do crime e indícios suficientes de autoria, em linguagem sóbria e comedida, a fim de não exercer influência nos jurados. 3. Não prospera a alegação de excesso de linguagem por ocasião da decisão de

pronúncia, visto que, ao contrário do alegado pela recorrente, a ausência de cotejo de todas as provas produzidas nos autos não configura nulidade, mormente quando o Magistrado aponta apenas elementos probatórios que, na sua convicção, sustentam a admissibilidade da acusação. 4. Consoante o disposto no art. 619 do Código de Processo Penal, a oposição de embargos de declaração enseja, em síntese, o aprimoramento da prestação jurisdicional, ante julgado que se afirme omissivo, ambíguo, contraditório ou com erro material. São inadmissíveis, portanto, quando, a pretexto da necessidade de esclarecimento, aprimoramento ou complemento da decisão embargada, objetivam, em essência, o re julgamento do caso. 5. É possível, em crimes de homicídio na direção de veículo automotor, o reconhecimento do dolo eventual na conduta do autor, desde que se justifique tal excepcional conclusão a partir de circunstâncias fáticas que, subjacentes ao comportamento delitivo, indiquem haver o agente previsto e auído ao resultado morte. 6. A embriaguez do agente condutor do automóvel, sem o acréscimo de outras peculiaridades que ultrapassem a violação do dever de cuidado objetivo, inerente ao tipo culposo, não pode servir de premissa bastante para a afirmação do dolo eventual. Conquanto tal circunstância contribua para a análise do elemento anímico que move o agente, não se ajusta ao melhor direito presumir o consentimento do agente com o resultado danoso apenas porque, sem outra peculiaridade excedente ao seu agir ilícito, estaria sob efeito de bebida alcoólica ao colidir seu veículo contra o automóvel conduzido pela vítima. 7. Não é consentâneo, aos objetivos a que representa na dinâmica do procedimento bifásico do Tribunal do Júri a decisão de pronúncia, relegar a juízes leigos, com a cômoda invocação da questionável regra do *in dubio pro societate*, a tarefa de decidir sobre a ocorrência de um estado anímico cuja verificação demanda complexo e técnico exame de conceitos jurídico-penais. 8. A primeira etapa do procedimento bifásico do Tribunal do Júri tem o objetivo principal de avaliar a suficiência ou não de razões (justa causa) para levar o acusado ao seu juízo natural. O juízo da acusação (*iudicium accusationis*) funciona como um filtro pelo qual somente passam as acusações fundadas, viáveis, plausíveis e idôneas a serem objeto de decisão pelo juízo da causa (*iudicium causae*). A instrução preliminar realizada na primeira fase do procedimento do Júri, indispensável para evitar imputações temerárias e levianas, “dá à defesa a faculdade de dissipar as suspeitas, de combater os indícios, de explicar os atos e de destruir a prevenção no nascedouro; propicia-lhe meios de desvendar prontamente a mentira e de evitar a escandalosa publicidade do julgamento” (MENDES DE ALMEIDA, J. Canuto. Princípios fundamentais do processo penal. São Paulo: RT, 1973, p. 11). 9. A jurisdição criminal não pode, ante a deficiência legislativa na tipificação das condutas humanas, impor responsabilidade penal além da que esteja em conformidade com os dados constantes dos autos e com a teoria do crime, sob pena de render-se ao punitivismo inconsequente, de cariz meramente simbólico, contrário à racionalidade pós-iluminista que inaugurou o Direito Penal moderno. 10. Recurso especial parcialmente conhecido e - identificada violação dos arts. 419 do Código de Processo Penal e 302 do Código de Trânsito Brasileiro, assim como reconhecida a apontada divergência jurisprudencial - provido para reformar o acórdão impugnado, desclassificar a conduta da recorrente para o crime previsto no art. 302 do CTB e remeter os autos ao Juízo competente.

(STJ – 6.ª T. – REsp. 1.689.173/SC – rel. **Rogério Schietti Cruz** – j. 21.11.2017 – public. 26.03.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5871**)

Jurisprudência compilada por
Bruno Maurício, Fábio Suardi D’Elia,
Milene Murício, Roberto Portugal de Biazi e
Vivian Peres.

Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Direito Penal. Uso de documento falso. Aplicação do princípio da insignificância.

Crime contra a fé pública. Princípios da insignificância e da ofensividade. Aplicabilidade. É aplicável o princípio da insignificância, bem como o princípio da ofensividade, a crime de uso de documento falso quando não verificada a efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, como no caso de apresentação de atestado médico falso para fins de ausência no trabalho. Efetivada punição administrativa, com a pena de

demissão, não há necessidade de intervenção do Direito Penal. Precedente do TRF1. Unânime.

(TRF1 – 3.ª T. – RSE 00022507-40.2017.4.01.3800 – rel. (p/ Acórdão) **Leão Aparecido Alves** – j. 08.05.2018 – public. 11.05.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5872**)

Jurisprudência compilada por
Renato Silvestre Marinho.

Tribunais de Justiça

Direito Penal e Processual Penal. Declinação da competência para vara criminal comum. Inadmissão da tutela da Lei Maria da Penha. Agressão de transexual feminino não submetida a cirurgia de redesignação sexual (CRS). Pendência de resolução de ação cível para retificação de prenome no registro público. Irrelevância. Conceito extensivo de violência baseada no gênero feminino.

1. O Ministério Público recorre contra decisão de primeiro grau que deferiu medidas protetivas de urgência em favor de transexual mulher agredida pelo companheiro, mas declinou da competência para a Vara Criminal Comum, por entender ser inaplicável a Lei Maria da Penha porque não houve alteração do patronímico averbada no registro civil. 2. O gênero feminino decorre da liberdade de autodeterminação individual, sendo apresentado socialmente pelo nome que adota, pela forma como se comporta, se veste e se identifica como pessoa. A alteração do registro de identidade ou a cirurgia de transgenitalização são apenas opções disponíveis para que exerça de forma plena e sem constrangimentos essa liberdade de escolha. Não se trata de condicionantes para que seja considerada mulher. 3. Não há analogia in malam partem ao se considerar mulher a vítima transexual feminina, considerando que o gênero é um construto primordialmente social e não apenas biológico. Identificando-se e sendo identificada como mulher, a vítima passa a carregar consigo estereótipos seculares de submissão e vulnerabilidade, os quais sobressaem no relacionamento com seu agressor e justificam a aplicação da Lei Maria da Penha à hipótese. 4. Recurso provido, determinando-se prosseguimento do feito no Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com aplicação da Lei Maria da Penha.”

(TJDFT – 1.ª T. Crim. – RSE 2017 16 1 007612-7 – rel. **George Lopes Leite** – j. 05.04.2018 – public. 20.04.2018 – **Cadastro IBCCRIM 5873**)

Execução Penal e Direito Processual Penal. Execução provisória da pena. Princípio da presunção de inocência.

1. Realce-se, de pronto, que o primeiro ponto fulcral deste *writ* versa a perquirição da juridicidade do decisum a quo, de fls. 19/31, que determinou a execução antecipada das reprimendas dos pacientes, na pendência do julgamento dos embargos de declaração, interpostos nesta instância ordinária. Ponha-se, em relevo, que, no momento da edição da decisão primeva, em 23/10/2017, vergastada, neste *writ*, encontravam-se, ainda, pendentes de julgamento, neste Tribunal de Justiça, embargos de declaração, opostos pelos pacientes, Eduardo Martins Daltro de Castro Sobrinho e Guilherme Augusto Campos Silva, reassevere-se. Numa palavra, quando da prolação da decisão objurgada, não se encontrava exaurida a jurisdição, na instância ordinária. *In hipotesis*, a decisão de execução antecipada da pena dos pacientes, *concessa maxima venia*, transparece desprovida do mínimo de visos de juridicidade, à vista da pendência de julgamento dos pré-aludidos embargos declaratórios, quando de sua edição pela sobreeminente

juíza primeva. Explícite-se que a eminente magistrada de origem não possuía competência hierárquica, naquele átrio procedimental, para decidir, sobre a execução antecipada da pena dos pacientes, já que a matéria, sob destreza, encontrava-se, sob a competência jurisdicional desta Turma. Como corolário, mais que inelutável, transparece, a mais não poder, tratar-se de decisão, tisonada de ilegalidade, ostensiva e tonitruante, merecendo ser acolhida a ordem por este fulcro da impetração. Vale a pena elucidar-se que, durante a tramitação deste *writ*, sobreveio um novo panorama processual, diverso do predelineado, tendo restado exaurida a jurisdição ordinária, neste Tribunal, uma vez que, em 14/11/2017, houve o julgamento dos embargos de declaração opostos, anteriormente, não restando mais nenhum recurso, pendente de julgamento. 2. De outro ângulo de vista, analisar-se-á, neste passo, o segundo ponto nodal da impetração, versando a possibilidade, ou não, da execução antecipada de acórdão penal condenatório, antes do trânsito, em julgado, deste. Sublinhe-se, a propósito do tema, que, malgrado o exaurimento da jurisdição ordinária, não há de se encampar, *venia concessa*, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, no ARE 964.246/SP, bem como no HC 126.292/SP. Para tanto, ousa-se, nesta cadência, oferecer este relator os embargos de sua pálida discordância aos preditos julgados, por isso que a execução, antes do trânsito, em julgado, da condenação, vergasta, desapiedadamente, o princípio constitucional da presunção de inocência ou de não culpabilidade, ou, ainda, da incensurabilidade, conforme terminologia de René Dotti. Sobreleve-se, por oportuno, que, em 05 de outubro transato, o Supremo, por maioria, indeferiu as cautelares, nas ADC's 43 e 44, declarando a constitucionalidade do artigo 283, do CPP, mediante interpretação, conforme a constituição, afastando-se, contudo, o entendimento de que a predita norma impediria o início de execução da pena, após o exaurimento das vias ordinárias. Por sem dúvida, apesar da existência de dissenso jurisprudencial e doutrinário, em derredor do tema decidendo, em face do texto constitucional, é inteligível que, numa visão garantista, há de se haurir conclusão, mais que inelutável, sobre a injuridicidade de se proceder a uma execução antecipada das reprimendas dos pacientes, na hipótese sob controversão, sem o trânsito, em julgado, do acórdão condenatório, oriundo desta Segunda Turma. Noutro giro verbal, assevere-se que, embora haja o Supremo reconhecido a repercussão geral do tema, sob deslinde, no bojo do ARE 964.246, há sinalização recente de que poderá vir a ocorrer modificação da sua jurisprudência, no momento, cambaleante e pendular, *maxima venia*, ante a externada mudança de posicionamento do Ministro Gilmar Mendes. Como tal, reconhecendo a injuridicidade da execução da pena, antes do trânsito, em julgado, do édito condenatório. Veja-se a recente decisão monocrática, publicada, em 17/10/2017, no HC 146.818/ES, do eminente Ministro Gilmar Mendes, acompanhando o posicionamento do Ministro Dias Toffoli, no HC 142.173/SP, determinando a suspensão da execução prematura da reprimenda do acusado, até o julgamento do mérito do precitado

writ, com fincas na injuridicidade de tal execução. Assim sendo e assim o é, já se vislumbra o delineamento de novo cenário jurisprudencial, no Pretório Excelso, em senso contrário daquela *decisum*, exarado no predo ARE 964.246. Não bastassem os fundamentos predelineados, vale adminicular, outrossim, que a determinação de execução antecipada das penas dos pacientes, *in hipotesis*, implicaria verdadeira reformatio in pejus, uma vez que estes permaneceram, em liberdade, no curso do processo, em primeiro grau de jurisdição, havendo apelado, também, em liberdade. Sublinhe-se, ainda, não ter havido recurso do órgão ministerial. Sobremais, esta Turma Criminal, no julgamento da apelação, interposta pelos pacientes, manteve a possibilidade de estes recorrerem, em liberdade. Como conseqüência do quanto asseverado, haverá de se proceder à desconstituição do *decisum* a quo, de fls. 19/31, arrostado, neste habeas corpus, por isso que tsnado de inconvalescível nulidade, ao haver a eminente juíza singular determinado a execução antecipada das reprimendas dos pacientes, precipite e prematuramente, na pendência do julgamento dos embargos declaratórios, nesta instância ordinária, bem como por haver sido editado o decisório predo, em franco ultraje ao princípio da presunção da não-culpabilidade, entronizado, em nossa Lei Maior, e, na legislação infraconstitucional, como pré-delineado, à sobejidão, neste voto. 3. Parecer da Procuradoria de Justiça pelo conhecimento e concessão parcial da ordem, “mantendo-se a execução antecipada da pena, porque ancorada em entendimento sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal, ressaltando-se, tão-somente, os Pacientes em relação aos quais se encontram pendentes o julgamento dos Embargos de Declaração.” (sic – fl. 57). 4. Ordem concedida.

(TJBA – 1.^a Cam. Crim. – 2.^a T. - HC 0025165-44.2017.8.05.0000 – rel. **Lourival Almeida Trindade** – j. 06.03.2018 – public. 22.03.2018 – Cadastro IBCCRIM 5874)

Direito Penal. Homicídio culposo. Cooperação na autocolocação dolosa em perigo. Atipicidade da conduta.

1. O réu foi denunciado por homicídio culposo, pois teria entregue a direção de veículo automotor à vítima, ciente de que ela, pelo seu estado de embriaguez, pelo uso de drogas e pela ausência de habilitação, não tinha condições seguras de conduzi-lo. Na direção do veículo, a vítima perdeu o controle e saiu da pista, vindo a falecer ao capotar e colidir. 2. A conduta descrita na exordial, de que réu e vítima ingeriram bebida alcoólica e consensuaram a direção pela vítima, não permite a imputação, ao apelado, do crime previsto no artigo 121, § 3º, do Código Penal. Trata-se, no contexto dos autos, de resultado fora do âmbito de proteção da norma, que não abrange a autocolocação em risco e tampouco a cooperação nessa autocolocação dolosa em perigo. 3. O primeiro processo fático-causal desencadeado de comum acordo entre réu e vítima, designada a direção do veículo para aquele que se afirmava em melhores condições, não pode significar, sequer linguisticamente, um processo determinado como ação de matar culposamente alguém, nomeadamente se justo esse alguém é que perdeu o controle do veículo e, neste segundo processo fático-causal, deu azo à própria morte. A autocolocação de ambos em perigo não pode implicar responsabilidade penal subjetiva do mais cauteloso (na comparação) pela morte do mais ousado, que decorre de sua específica aceitação imprudente [de conduzir o veículo] e, num desdobramento fático posterior e não necessário, do fato de que perdeu o controle do veículo e saiu da pista, capotando e colidindo. 4. Também não é caso de *emendatio libelli*, pois o art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro é aplicável a quem conduz o veículo automotor com a capacidade psicomotora alterada, espelhada a conduta de quem entrega a direção a pessoa nesta condição no artigo 310 do mesmo diploma legal. Não há, para configuração deste tipo, prova suficiente de que o acusado tivesse ciência do estado e da inabilitação do ofendido. Recurso desprovido.

(TJRS – 1.^a Câmara Crim. – AP 70073316788 – rel. **Jayme Weingartner Neto** – j. 25.04.2018 – public. 17.05.2018 – Cadastro IBCCRIM 5875)

Direito Processual Penal. Quebra das condições da suspensão condicional do processo. Revogação do benefício. Ausência de prévia intimação da defesa técnica. Nulidade absoluta.

Caso em que o Juízo a quo, após intimar a ré (não-comparecente) para justificar o descumprimento das condições da suspensão condicional do processo, revoga-lhe o benefício sem prévia intimação da Defesa técnica (Defensoria Pública) dela, que, intimada, recorre em sentido estrito dessa decisão. Diante do desprovimento, por maioria, do RSE, o Juízo a quo profere sentença condenatória (também recorrida) contra a ré. Na revogação facultativa, é imprescindível que o juiz, antes da revogação do *sursis processual* (Lei 9.099/95, art. 89), intime pessoalmente o beneficiário, oportunizando-lhe justificar-se quanto ao descumprimento das condições que lhe foram impostas. Ademais disto, consoante precedentes do STJ, em consonância com a Súmula, verbete 523, do STF, quando o réu for assistido pela Defensoria Pública, é impositiva a prévia intimação pessoal da Defesa técnica para todos os atos do processo e, por certo, da data da audiência de justificação (que, em tese, emparelha a presença do réu e de seu Defensor técnico), não sendo tal nulidade sanada pela posterior intimação da decisão que revogou o *sursis processual*, da qual adveio prejuízo concreto ao réu. A prévia intimação da Defesa técnica do réu caracteriza pressuposto indispensável para a validade da decisão que dispõe sobre a revogação facultativa do benefício da suspensão condicional do processo, pena de violação ao devido processo legal aplicável à espécie, corolário lógico da ampla defesa e do contraditório. Precedentes do STJ e desta Corte. Nesta toada, impende prover o recurso infringente e fazer prevalecer o voto minoritário proferido no julgamento do recurso em sentido estrito defensivo, para declarar a nulidade da decisão que revogou o benefício do *sursis processual* sem a prévia intimação da Defesa técnica da ré, com determinação de retorno do processo à origem, para o devido processo legal aplicável à espécie. Na esteira da nulidade absoluta ora decretada, em habeas corpus de ofício, impende declarar nulos todos os atos subsequentes praticados no processo, abrangendo, inclusive, a sentença condenatória proferida contra a ré-embargante (processo-crime originário nº 010/2.13.0010811-5, da 2ª Vara Criminal da Comarca de Caxias do Sul), para todos os efeitos legais. Recurso defensivo provido, com disposição em habeas corpus de ofício. Por maioria. M/GC 586 S 20.04.2018 P 07.

(TJRS – 3.º Gr. Crim. – EIN 70075842138 – rel. **Aymoré Roque Pottes de Mello** – j. 20.04.2018 – public. 17.05.2018 – Cadastro IBCCRIM 5876)

Direito Processual Penal. Reconhecimento fotográfico não confirmado por reconhecimento pessoal. Falta de provas.

Caso dos autos em que não há nenhuma prova judicializada que incrimine diretamente o réu, a prova limitando-se a um reconhecimento fotográfico, não confirmado por reconhecimento pessoal, sem que o ofendido fosse inquirido em juízo, para que se pudesse ter a judicialização daquele aponte, em atendimento ao princípio da imediação dos meios de prova e às garantias do contraditório e da ampla defesa. O depoimento de policiais sobre o que ouviram o ofendido declarar por ocasião do reconhecimento fotográfico não constitui prova do fato imputado, e sim da declaração de outra pessoa, testemunho de auditu, que não tem sido admitido pela doutrina e jurisprudência. Fosse de modo diverso, a judicialização da declaração na seara administrativa sempre dispensaria a reinquirição de qualquer testemunha, bastando ouvir quem tomou a termo o depoimento. Recurso provido.

(TJRS – 5.ª Câmara Crim. – AP 70076557313 – rel. **João Batista Marques Tovo** – j. 28.03.2018 – public. 05.04.2018 – Cadastro IBCCRIM 5877)

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