

EDITORIAL

A hora e a vez da presunção de inocência

Desde 5 de outubro de 1988, a Carta Política garante que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, inciso LVII). Por mais de vinte anos após a promulgação da Constituição da República, prevalecia na jurisprudência brasileira a ideia de que a presunção constitucional de inocência vedaria o lançamento do réu no rol dos culpados, mas não impediria a execução penal provisória da sentença condenatória sujeita a recursos despidos de efeito suspensivo.

A despeito da clareza cristalina do texto constitucional, somente em 2009 a Suprema Corte passou a sufragar o entendimento de que a execução da sanção penal só pode ser levada a cabo após o esgotamento das possibilidades de modificação do veredito condenatório. A mudança de orientação assentou-se na ideia de que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar (HC 84.078 e 83.868), o que, de resto, deflui da literalidade do texto constitucional.

É bem verdade que, em 2011, o então presidente da Corte Suprema, Cesar Peluzo, a partir da avaliação de que “a causa principal dos atrasos dos processos no Brasil é a multiplicidade de recursos” (e não o mau funcionamento do sistema de justiça), apresentou proposta de emenda à Constituição, para autorizar a imediata execução das decisões judiciais, logo após o pronunciamento dos tribunais de segunda instância.⁽¹⁾

Em 2016, o Pretório Excelso retrocedeu à interpretação anterior a 2009, para consagrar a tese de que a “execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência” (HC 126292). A fundamentação dos votos vencedores foi bastante diversificada, dissociando o conceito de presunção de inocência da literalidade de seus parâmetros constitucionais: esgotada a discussão acerca de fatos e provas após o duplo grau, não haveria justificativa para manutenção, enquanto pendente o julgamento de recursos extraordinários, das limitações impostas pelo princípio da presunção de inocência; o núcleo essencial do direito fundamental à presunção de inocência consistiria em impor o ônus da prova do crime à acusação, não condicionando a execução da pena ao trânsito em julgado; a culpabilidade dependeria da qualidade de imutabilidade da condenação, não a execução da sanção; a interpretação constitucional deve encontrar ressonância no meio social, sob pena de tornar-se disfuncional; a mudança de entendimento obstaría a interposição de recursos protelatórios,

valorizando a jurisdição criminal ordinária, tornando mais igualitário o sistema punitivo e quebrando o paradigma da impunidade, entre outros argumentos.

A nova posição do STF foi saudada como um grande avanço civilizatório, um freio necessário às excessivas garantias próprias de um sistema jurídico obsoleto e ineficaz, na esteira da lamentável jurisprudência regressiva dos tribunais superiores, que vem restringindo o manejo do *habeas corpus*. Mais que isso, a possibilidade de execução provisória da pena seria a única opção compatível com o combate eficiente à criminalidade, em especial no que diz respeito aos delitos de colarinho branco. Não por acaso, entre as famigeradas “10 medidas do MPF contra a corrupção”, uma delas propõe a inclusão de um parágrafo único ao art. 96 da Constituição Federal, para que dele conste que “ao proferirem julgamento de mérito em matéria penal, os tribunais de apelação autorizarão, a pedido do Ministério Público, a execução provisória da decisão penal condenatória, para todos os fins, ainda que na pendência de recurso extraordinário ou recurso especial”.

É bem verdade que a própria Suprema Corte, por intermédio de decisões monocráticas de alguns de seus Ministros (inclusive de quem formou a maioria), passou a conceder liminares impedindo a execução provisória da pena em nome da tutela da presunção constitucional de inocência. Coerência parece não ser uma qualidade do STF, ao menos nos dias de hoje: a mudança a respeito da execução provisória da pena ocorreu logo após o plenário da mais alta corte do país declarar o sistema penitenciário brasileiro, onde cada vaga é ocupada por duas pessoas,⁽²⁾ um “estado de coisas inconstitucional”, caracterizado pela sistemática violação de direitos fundamentais em decorrência de deliberada omissão estatal (ADPF 347 MC).

O quadro de encarceramento em massa, no qual o Brasil ostenta a terceira maior população carcerária do planeta, com aproximadamente 750 mil presos, sendo 40% provisórios, com viés de alta, não foi levado em conta. A cegueira hermenêutica deliberada, que encarcera e condena usuários de drogas como se traficantes fossem, também foi ignorada. A recusa reiterada dos tribunais estaduais em afastar a incidência da hediondez nos casos de tráfico privilegiado, a despeito da orientação remansosa nesse sentido da própria Corte Suprema e do STJ (que cancelou súmula em sentido contrário para harmonizar seu entendimento ao do STF), foi, igualmente, desconsiderada, como se nada disso tivesse a ver com o disfuncional exercício da atividade jurisdicional.

Cumprir lembrar ao Judiciário a sua missão

| Caderno de Doutrina

| RESENHAS ACADÊMICAS

Violência e Psicologia – pensamentos de diversos autores sob o enfoque de Maria Laurinda Ribeiro de Souza
Marcio Fernandes Fioravante da Silva e Lucas Torres Vallory _____ 2

Vitimização ambiental no caso Samarco: violação de direitos humanos e responsabilidade
Eduardo Saad-Diniz, Victoria Vitti de Laurentiz e Daniela Arantes Prata _____ 6

Habeas corpus, defensoria pública e acesso à justiça: estudo empírico da tramitação de ações no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia
Daniel Nicory do Prado _____ 7

Uma análise crítica à posição do STF em relação à medida de segurança de internamento
Maria João Carvalho Vaz _____ 8

A execução provisória da pena no Brasil e a irretroatividade da jurisprudência maléfica
Paulo Saint Pastous Caleffi _____ 11

O princípio do contraditório como óbice à condenação, ante o pedido absolutório do Ministério Público
Rafael Serra de Carvalho _____ 13

A tipificação da apropriação de recursos do financiamento eleitoral (art. 354-A do código eleitoral): um novo crime para tentar coibir velhas práticas.
Evânio Moura _____ 15

Imprescritibilidade e as funções da pena
Paulo Roberto Incott Jr. _____ 16

Criminalização da homofobia
Arthur Martins Andrade Cardoso _____ 17

| Caderno de Jurisprudência

JO DIREITO POR QUEM O FAZ
Tribunal Regional Federal da 3ª Região _____ 2093

| JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal _____ 2094
Superior Tribunal de Justiça _____ 2096
Tribunal Regional Federal da 3ª Região _____ 2099
Tribunais de Justiça _____ 2100

de garante da intangibilidade dos direitos fundamentais, mesmo e especialmente quando a maioria política se une para atacá-los. Nas palavras do magistrado paulista Marcelo Semer, “quando um juiz ouve a voz das ruas e silencia a da Constituição, ele destrói o Estado de Direito”. O respeito à Constituição engrandece a democracia e suas instituições.

Notas

(1) “PEC dos Recursos” é apresentada pelo presidente do STF e estará no III Pacto

Republicano”, 21.3.11. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=174751>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

(2) Entre 2000 e 2016, a população prisional cresceu, em média, 7,3% ao ano, passando de 232 mil pessoas em 2000 para 726 mil pessoas privadas de liberdade em 2016, existindo um déficit de aproximadamente 360 mil vagas (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização - Junho de 2016, p. 20. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2018.

EDITAL DE CONVOCAÇÃO – ASSEMBLEIA GERAL ORDINÁRIA E EXTRAORDINÁRIA DE 27 DE MARÇO DE 2018 – IBCCRIM

Convocamos os associados e associadas do INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, CNPJ 68.969.302/0001-06, para se reunir em Assembleia Geral Ordinária e Extraordinária, a realizar-se no dia 27 de março de 2018, às 10hs em primeira convocação e, em segunda convocação, às 10h30, na sede da organização, na Rua XI de Agosto, 52, 2º andar, CEP 01018-010, na cidade de São Paulo, estado de São Paulo, tendo por pauta os seguintes itens:

Ordem do dia da Assembleia Geral Ordinária:

- (i) Análise e aprovação do Relatório de Atividades do ano de 2017;
- (ii) Análise e aprovação das demonstrações financeiras da Associação referentes ao exercício social encerrado em 31 de dezembro de 2017;
- (iii) Deliberação sobre as mensalidades para 2018;
- (iv) Aprovação do Regimento Interno;
- (v) Deliberação sobre outros assuntos de interesse do Instituto.

Ordem do dia da Assembleia Geral Extraordinária:

- (i) Eleição de membros da Diretoria Executiva.

São Paulo, 01 de março de 2018.

EDITAL - ELEIÇÕES DE MEMBROS DA DIRETORIA EXECUTIVA

Conheça o edital com as regras para a eleição de Vice-Presidente/a, 2º-ª Secretário/a e Diretor/a Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Acesse pela internet o endereço: www.ibccrim.org.br/eleicaomarco2018

Violência e Psicologia – pensamentos de diversos autores sob o enfoque de Maria Laurinda Ribeiro de Souza

Marcio Fernandes Fioravante da Silva e Lucas Torres Vallory

1. Introdução

Procedendo com a resenha de livros clássicos da criminologia, a coluna desta edição se dedicará à análise da obra *Violência*, escrita pela psicanalista **Maria Laurinda Ribeiro de Souza**, em consonância com outras obras que dialogam com o seu pensamento.

Na atualidade, uma das maiores preocupações de governos e sociedades é o aumento significativo dos crimes violentos, que gera como consequência medo e insegurança. Dessa forma, percebe-se que o cidadão moderno perdeu o direito ao espaço coletivo e ao espaço urbano. Um reflexo dessa assertiva pode ser visto na arquitetura urbanística adotada a partir dos anos 90, com condomínios fechados, cercas, sensores, câmeras etc. O novo encarceramento social como tentativa de fugir do mundo externo cobra um preço alto na interação social e no psiquismo da sociedade.

Esses fatores só contribuem ainda mais para o individualismo e o isolacionismo, eliminando a convivência e a tolerância com as diferenças. Com isso, perde-se também a noção da história, da memória; o passado deixa de ter importância, dando lugar à sobrevivência do momento, ao aproveitamento máximo do aqui e agora.

No entanto, por mais que se construam muros ou se tente fugir da sociedade, não há lugar seguro contra a violência. A insegurança está em todos os lugares. Mesmo dentro de casa murada e vigiada o indivíduo é bombardeado de notícias sobre guerras, assassinatos e diversas outras formas de violência. Essa exposição cria um sentimento de revolta com as instituições que deveriam lidar com esses problemas e afeta, consequentemente, a psique de toda uma geração.

Logo, a presente obra se mostra de profunda importância para o estudo da criminologia ao buscar entender alguns aspectos da violência

por meio da análise do pensamento de grandes autores sobre a influência da mesma no psiquismo do indivíduo e da coletividade.

2. Violência: uma multiplicidade de sentidos e de questões

Violência deriva do latim *vis*, que significa “força”, “poder” ou “vigor”, conotando temperamento encolerizado e desmedido. Caracteriza assim uma ação de força bruta que visa submeter e constranger outrem.⁽¹⁾

Há violência do Estado, violência da mídia, da exclusão social, de certos rituais, de atos criminosos, roubos, sequestros, assassinatos, trabalho infantil, nos pequenos gestos, na constituição do psiquismo, etc.

⁽²⁾ No que se refere à docilização dos corpos, **Foucault** explica inclusive como a violência pode se manifestar na submissão ao abuso físico, psíquico ou social, sem que os sujeitos tomem consciência disso ou esbocem qualquer resposta reativa a esses abusos.⁽³⁾

3. Violência enquanto constituidora do psiquismo – uma comparação entre Jurandir Freire Costa e Freud

Jurandir Freire Costa afirma que, apesar de a violência fazer parte do psiquismo, não pode nos levar a diluir seu impacto e atenuar seu horror. O autor critica o uso da violência como constituidora do psiquismo, pois isso pressuporia uma “ordem natural”. O trauma infantil seria uma condição *sine qua non* para a existência da violência, todavia não pode ser confundido com a própria violência inerente ao ser humano, como frequentemente ocorre. Não existe um instinto de violência, mas um instinto de agressividade que pode coexistir perfeitamente com a possibilidade de o homem desejar a paz e com a possibilidade de ele empregar a violência.⁽⁴⁾

Pelo argumento biológico, é questionável que a violência seja o produto da conduta humana movida pelo instinto e não pela razão, pois podemos constatar facilmente que a violência nem sempre é irracional, vide os atos de violência premeditada.⁽⁵⁾ E mais, conforme **Hannah Arendt**, é um equívoco acreditar num homem comportando-se como animal por ser um animal, haja vista o fato de que percebemos comportamentos humanos também nos animais. Um estudo do primatólogo holandês **Franz de Waal** reconheceu comportamentos de solidariedade e empatia inerentes às diversas espécies de primatas.⁽⁶⁾

Já para **Freud**, a crueldade faz-se presente na vida infantil, até o momento em que se desenvolve a compaixão pelos outros, o que ocorre relativamente tarde. Quando há falta na capacidade de se compadecer, existe o perigo da ligação infantil da sexualidade com as pulsões violentas.⁽⁷⁾ **Freud** ainda distinguiu o sadismo do ódio, sendo o primeiro uma pulsão parcial da libido, em que há a busca da dor como forma de satisfação. O ódio, por sua vez, baseia-se na oposição do *eu* (sujeito) ao objeto (mundo exterior), em que o *eu* tenta afastar o desprazer eliminando o outro.⁽⁸⁾

Freud entende que o humano tem uma inclinação originária para o mal; e que a agressão, destruição e crueldade podem satisfazer os mais arcaicos desejos de onipotência, oferecendo ao *Eu* um extraordinário prazer narcísico. O psiquismo humano é a morada para a coexistência de opostos da virtualidade do bem e do mal, podendo manifestar uma ou outra conforme a presença de circunstâncias propícias. As forças anímicas contrárias são manifestadas pela família, nos primeiros anos de vida, e depois se estendem aos grupos sociais, com o seu modelo valorizado, fazendo com que o indivíduo internalize seus valores.⁽⁹⁾

Nesse ponto, é possível notar um paralelo interessante entre o aspecto psicológico da internalização de valores do grupo social pelo indivíduo e a escola criminológica da associação diferencial. Para a teoria da associação diferencial, o processo de comunicação é determinante para a prática delitiva; e os valores dominantes no seio do grupo, família, “ensinam” o delito.⁽¹⁰⁾

4. A banalização da violência

É absolutamente necessário reconhecer que a disposição para a violência está em todos nós. A constante repetição de cenas de violência, aliada ao peso que seria entender a sua gravidade, pode levar à banalização

da mesma. Para romper essa banalização, é necessário reconhecer as diferentes formas como a violência pode se manifestar e reconhecer juridicamente, no plano de uma corte internacional e permanente, crimes metodicamente planejados, como os perpetrados durante a Segunda Guerra, ou aqueles promovidos por uma população dominante, como o massacre da população não muçulmana do Sudão.

Conforme **Foucault**, quando se toma a criminalidade como realizada por portadores de uma essência maligna, corre-se o risco de uma busca por eliminação dos sujeitos portadores desse “mal”, não simplesmente sobre as infrações. Pode-se passar desde o aprisionamento até a eliminação física.⁽¹¹⁾

Não existe ordem política que não tenha presente a violência; todavia, reconhecer a extensão desta e quando seria legítimo seu exercício são questionamentos mais profundos. O poder em qualquer comunidade política depende de consenso e resulta da capacidade humana de agir em conjunto, sendo, dessa forma, legítimo o Estado de Direito. A desintegração do poder possibilita o surgimento da violência; a psicanálise sustenta que, onde há lei simbólica degradada, teremos violência.

Hanna Arendt ressalta que essas fórmulas não são exclusivas, pois em regimes totalitários, onde a violência impera, há sustentação do poder. Somente o poder é legítimo, a violência pode até ser justificável, mas nunca é legítima. Mesmo o uso da violência para fins legítimos, como conter criminosos, pode representar uma vitória dos meios sobre os fins, se o uso dessa violência se perpetuar no tempo.

A banalização da morte e o menosprezo pela vida é o risco causado pela violência. É a desconsideração da humanidade do indivíduo, que propiciava sustentar a escravidão na Grécia antiga, por exemplo. A coerção, a exclusão do espaço social, o abuso da força e o impedimento da palavra constituíam a violência que objetificava os escravos.

A violência é interrompida pela união; o poder da união constitui o direito, que é o poder de uma comunidade. Todavia, esse poder é ameaçado pela desigualdade dentro da sociedade e pelo embate de força entre os que possuem privilégios e os que lutam para ter direitos reconhecidos. A guerra é a interrupção temporária do direito para instituição de uma nova ordem.

Birman, com base na diferenciação de **Bordieu** entre violência simbólica (conjunto de códigos simbólicos que funda a cultura) e concreta (ruptura com ordem simbólica no contexto de determinada tradição), nas transgressões, nessa ruptura, remete, muitas vezes, a uma associação entre criminalidade e loucura, pobreza, sexualidade e delinquência. **Birman** fará uma aproximação com a psicanálise, no sentido de que a ordem simbólica é o polo da alteridade que funda o psiquismo no registro da representação, em contraposição à anarquia e à insistência por descarga das forças pulsionais.⁽¹²⁾

A falha no projeto identificatório do sujeito, a naturalização da morte, a fome em grandes proporções, o abandono de crianças, a pilhagem etc. é que criam condições para a explosão da violência concreta.⁽¹³⁾ Exemplos práticos dos problemas nesses projetos podem ser encontrados nas dificuldades enfrentadas pelos jovens desempregados, pelos meninos de rua, pelos sem-teto etc., que não encontram alternativas para sua inserção e se tornam vulneráveis ao surgimento da violência, da atuação compulsiva ou apática.⁽¹⁴⁾

5. Grupalidade e violência

Conforme **Freud**, o poder das massas pode suplantar os valores individuais, tanto para o bem quanto para o mal. Dessa forma, a experiência trágica do desamparo encontra nas massas uma possibilidade de apaziguamento pela identificação dos indivíduos entre si ou pela sujeição sem crítica às determinações de um líder de uma causa ou de uma ideia.⁽¹⁵⁾

Situações de pânico se revelam nos movimentos de massas, quando se instala o caos e a violência de forma generalizada. Os indivíduos perdem suas conquistas secundárias, raciocínio, capacidade intelectual, inibição, lógica, razão, premeditação e ficam entregues ao funcionamento primário, ou seja, à impulsividade, à exacerbação dos afetos, ao desaparecimento da

crítica, à livre satisfação funcional de todas as moções cruéis e destrutivas que habitam o indivíduo desde tempos primordiais.

Durkheim, em *O suicídio* (1987), reconheceu que quanto mais debilitados forem os grupos aos quais o indivíduo pertence, menos dependerá deles e mais de si mesmo, reconhecendo apenas suas próprias regras de comportamento, seus interesses particulares. Já quando o grupo a que pertence é muito coeso, os aspectos de agressividade são dissociados e projetados para os que estão fora do grupo.⁽¹⁶⁾

Ao se acentuarem as particularidades das questões dos pequenos grupos, favorece-se a homogeneização dos argumentos, o fechamento narcísico deles consigo próprios; e perde-se o valor do espaço público como palco para reconhecimento de diferenças e de discussão. A solidariedade entre os membros pode apresentar-se como compensação para danos sofridos, como contraposição à estigmatização e hegemonia de outras categorias. Por isso, quando eu me elejo como igual (mulher, homossexual etc.) construo uma identidade narcísica baseada no grupo.⁽¹⁷⁾

Essa constituição grupal pode favorecer o acirramento da violência em diferentes vias: contra o diferente dentro do próprio grupo, contra o diferente de fora do grupo e contra os grupos com as mesmas características narcísicas, mas com outros traços; o que é visto, por exemplo, na guerra entre gangues juvenis.

Quando há divergências em um pequeno grupo, ele pode se desfazer; mas, se permanecer unido, a tendência é o acirramento das decisões. **Philip Zimbardo**, em *Experiência da prisão*, chegou a essa conclusão, pois os grupos, apesar de possuírem a mesma origem, radicalizavam-se à medida que se tornavam mais coesos. **Zimbardo** atribui esses abusos, como os também verificados em Guantánamo, mais à pressão grupal do que a patologias individuais. A união faz a força independente da finalidade.⁽¹⁸⁾

6. Impunidade. Punição. Violência.

Há efeitos nefastos quando as punições não são legitimamente aplicadas e não se impede a continuidade dos atos violentos. Para **Hanna Arendt**, a punição é necessária para defender a honra ou a autoridade daquele que foi afetado pelo crime. A falta de punição poderia causar sua desonra. A desonra pode ser encarada de forma mais abrangente como um colapso do psiquismo, afetando indefinidamente os que sofreram o ataque.⁽¹⁹⁾

Freud, em *Totem e tabu* (1913), aponta para o perigo de dissolução social quando o crime ou infração não são punidos, pois os infratores tornam-se modelos a serem imitados, revelando o desejo de todos de realizarem o que é proibido.⁽²⁰⁾

A necessidade e a legitimação da punição têm sentido na valorização e consequente internalização de um Estado de Direito capaz de sustentar um pacto social que priorize o coletivo em detrimento das vantagens momentâneas individuais. Quando o Estado não consegue controlar a violência e ainda inverte esse sentido, podemos ver o surgimento de uma prisão e seus métodos, por exemplo, como instauradores de criminalidade e violência, denunciando o fracasso da justiça penal.

A violência gerada pelo sistema carcerário atual pode ser encarada como a perda de uma dimensão ética, uma legitimação da violência, onde todo o mal é justificado pela luta contra o mal.⁽²¹⁾ As instituições fechadas acabam por reproduzir as contradições e ambiguidades presentes na sociedade, pois os já excluídos socialmente são expostos a diversos riscos.

A instituição fechada, tentando corrigir a violência, transforma-se em palco de violência, onde manifestam-se violações de regras, revoltas carcerárias, violência sobre outros presos, melancolia, masoquismos etc. Sustentar a punição, legitimá-la, é enfrentar uma série de paradoxos e de contradições, mas é tarefa necessária para a sobrevivência na cultura e da cultura, sendo que a impunidade é uma via para a violência.

7. O homem contemporâneo: marcas de sua constituição

Na atualidade, a noção de se conviver com o risco aumentou. Perde-se o sentimento de que o destino depende apenas de nossas próprias atividades ou decisões, pois há o medo da violência, de um ataque que poderá vir

de qualquer lugar a qualquer momento. Conforme **Guiddens**, sob essa perspectiva, temos quatro possibilidades: **a aceitação pragmática**, conviver com a impossibilidade de controlar o mundo; **o otimismo sustentado**, esperança que poderá vir da religião ou da ciência; **o pessimismo cínico**; **o engajamento radical**, que acredita na possibilidade de reivindicação, na contestação de movimentos sociais.⁽²²⁾

Essa permanente confrontação com a condição de desamparo, insuficiência e vulnerabilidade, com reflexos nas formas de trabalho e da ocupação do tempo, faz com que o homem moderno seja afetado pelos efeitos de uma desmontagem acelerada, em que tudo é temporário. **Bauman** nomeou esse fenômeno de “modernidade líquida”, em que há um excesso de mobilidade, de demandas, de informações que geram no indivíduo um sentimento agudo de insuficiência e de banalização das experiências.⁽²³⁾

Para dirimir todo esse sofrimento, a sociedade moderna oferece bens e fomenta o consumismo compulsivo. A exacerbada individualização e o narcisismo torna o homem intolerante, marcado por eterna infantilização e vitimismo, que segue pela idade adulta, reivindicando privilégios e furtando-se de assumir quaisquer responsabilidades por atos de sua vida. É dessa vitimização, de uma culpabilização de outros pelo próprio sofrimento, que muitas atrocidades são cometidas, sob justificativa de reparação pessoal.⁽²⁴⁾

Por fim, como consequência, há uma perda geral do lugar da autoridade. Quando uma geração se recusa a assumir seu lugar de autoridade, está deixando seus filhos entregues ao risco da violência e recusando-se a assumir a responsabilidade pelo mundo em que vive. A “falta de pais” deslizou para a realidade da “falta de paz”.⁽²⁵⁾

O psiquiatra inglês **Theodore Dalrymple**, por exemplo, entende que há uma tendência padronizada nos seres humanos de serem naturalmente propensos a condutas antissociais durante a infância. Sendo o aprendizado um processo social, em que, na sua primeira vertente, os pais têm papel fundamental; a consciência da criança é moldada para o agir em sociedade. O autor entende que, nos dias atuais, há uma excessiva permissividade, em virtude da falta dos pais na formação da consciência de muitas crianças.⁽²⁶⁾

8. Narcisismo e individualismo

O narcisismo é uma tendência que conduz à redução da carga emocional investida no espaço público e aumenta as prioridades da esfera privada. Os agrupamentos sociais não deixam de existir, todavia passam a ser miniaturizados e constituídos por iguais: grupos de religiosos, mulheres, homossexuais, alcoólicos, mães, esportistas etc. Nessa homogeneização, as diferenças tornam-se cada vez mais insuportáveis. Narciso recusa tudo o que não é espelho. Surgem os atos de violência e perseguição contra o diferente.⁽²⁷⁾

Antes da modernidade, os vínculos da comunidade eram fonte de segurança para o sujeito. Com as sociedades modernas e o capitalismo, o isolamento narcísico torna-se uma forma de defesa, passando o individualismo a constituir um valor supremo, embora haja nostalgia de uma comunhão verdadeira com o outro.⁽²⁸⁾

9. Renúncia pulsional e processo civilizatório

Para **Freud**, o resultado final do progresso cultural seria um Estado de Direito, onde controlamos nossas próprias pulsões em prol de um controle coletivo da violência. Vida pulsional e cultura são antagônicos.⁽²⁹⁾ Em *Totem e tabu*, o assassinato do pai primitivo e a instauração dos três interditos inaugurais – do incesto, do canibalismo e do prazer de matar – são sinais do momento de inauguração da cultura.

A fim de impedir a dizimação total na luta para ocupar o lugar do pai morto, a interdição do fratricídio surge como um contrato social. Conforme **Freud**, ainda em *Totem e tabu*, se o incesto e o canibalismo parecem mais facilmente proscritos em todas as partes, o prazer de matar segue sendo praticado, por vezes como estratégia política, como forma de controle sobre o outro em várias condições sociais, conforme se manifesta na mídia, novelas, filmes etc.

Em textos de 1927 e 1930, **Freud** fez críticas ao totalitarismo. Sob a perspectiva das pulsões sexuais, havendo a necessidade de um contrato social, como forma de se frear a violência entre os homens, **Freud** critica uma cosmovisão religiosa ou mesmo um ideal político que estabeleça uma unicidade, abolindo as diferenças, impedindo o pensamento e instalando a violência entre os grupos à margem do pensamento proposto.

Para **Freud**, ao se limitar a atividade sexual de um povo, se aumenta em geral a angústia vital e o medo da morte. Quando a pulsão de morte toma a dianteira de Eros, ela transforma a sexualidade em manifestação perversa e neurótica (sadismo, masoquismo etc.).⁽³⁰⁾

Conforme **Hélio Pellegrino**, há consequências gravíssimas quando temos um excesso de renúncia pulsional demandado pela cultura, em função de um pacto social injusto e excludente. O pacto social implica uma troca com deveres e direitos; se houver desprezo e agressão por parte da sociedade, haverá um surto crescente de violência.⁽³¹⁾

A violência é alimentada ora pela falência dos dispositivos de controle pulsional (garantia da lei, condições de vida digna, falta de laços sociais), ora pela oferta de um modelo identificador pautado pela violência e pelo gozo imediato. Dessa forma, para transformar essa realidade, há necessidade de restauração do espaço público e inclusão social.⁽³²⁾

10. Violência, narcisismo e culpa

A satisfação irrestrita do prazer através da violência é uma via tentadora, pois a satisfação da pulsão é maior do que seu domínio; todavia, a renúncia possibilita uma recompensa narcísica, aumento da autoestima. O *supereu* recua diante da agressividade pensada ou tentada, manifestando a consciência moral e o sentimento de culpa.⁽³³⁾

Nesse sentido, a culpabilidade tem função estruturante, pois ela possibilita a autonomia do sujeito e a sustentação da cultura. Abolindo a culpabilidade, o psiquismo fica entregue à descarga da fúria e crueldade sem controle.⁽³⁴⁾

O prazer resultante da violência exercida adviria da satisfação pulsional irrestrita. Se vivemos em uma cultura em que a preservação do narcisismo tornou-se valor de sobrevivência, o outro desaparece como valor simbólico, sendo uma ameaça. Dessa forma, temos duas vias sintomáticas: a da atuação compulsiva, sem consideração ou compaixão pelo outro; a do sofrimento, causado pela culpabilidade mórbida, insatisfação, apatia, masoquismo e depressão.⁽³⁵⁾

Para superar a culpa deterioradora e os impulsos, há necessidade de reconhecer esses impulsos destrutivos e iniciar o enriquecimento e o refinamento que levam ao surgimento da compaixão, da preocupação com o outro. É necessário reconhecer os gestos construtivos e a destrutividade para transformá-los em fonte do brincar e do trabalhar.⁽³⁶⁾

11. Conclusão

Diante da análise acima exposta sobre a violência e da sua influência na vida dos indivíduos e dos grupos, cabe realizar a mais difícil indagação: uma vez que a violência é cíclica, como enfrentá-la preservando o prazer da vida?

Para **Maria Laurinda**, existem diversas formas de combate e enfrentamento à violência que não geram efeitos colaterais negativos, entre elas:

- A linguagem e toda a criação que lhe é própria, como os poemas, contos etc.
- Arte e sua liberdade criativa. Os terrores vividos são elaborados e extravasados em forma de arte.
- Humor e o sarcasmo representam o rompimento com o conformismo e com circunstâncias desfavoráveis e abusivas.
- Música: Permite retratar e extravasar a violência sofrida, seja para interesse de reconstrução própria ou como forma de protesto.

Essas formas de combate à violência impedem que o estado de sofrimento se petrifique melancolicamente e se transforme em ações compulsivas de descarga, o que seria a violência. “São as palavras

que suportam o mundo, não os ombros. Diante da violência, o silêncio é mortífero. É necessário resgatar a memória, produzir narrativas, contá-las aos outros, registrá-las, ludibriar a tirania, tentar salvar o pensamento construindo histórias e laços sociais.”⁽³⁷⁾

Notas

- (1) MUCHEMBLE, Robert. *História da violência: do fim da Idade Média aos nossos dias*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012. p. 7.
- (2) SOUZA, Maria Laurinda Ribeiro de. *Violência*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2005. p. 45.
- (3) FOUCAULT, M. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 1977. p. 126. Apud SOUZA, Maria Laurinda Ribeiro de. Op. cit., p. 46.
- (4) COSTA, Jurandir Freire. *Violência e psicanálise*. 3 ed. Rio de Janeiro: Graal, 2003. p. 35.
- (5) Ibid., p. 36-37.
- (6) KRZNARIC, Roman. *O poder da empatia: a arte de se colocar no lugar do outro para transformar o mundo*. Rio de Janeiro: Zahar, 2015. Subtítulo: entre em contato com seu macaco interior. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=kGvLCCQAQBAJ&pg=PT36&ots=g9mK0dIivx&dq=experimento%20primatas%20empatia%20solidariedade&hl=pt-BR&pg=PT34#v=onepage&q&f=false>>.
- (7) FREUD, Sigmund. Três ensaios para uma teoria sexual (1905). In: *A correspondência completa de Sigmund Freud*. Rio de Janeiro: Imago, 1986, p. 144-145. Apud SOUZA, Maria Laurinda Ribeiro de. Op. cit., p. 66.
- (8) SOUZA, Maria Laurinda Ribeiro de. Op. cit., p. 68.
- (9) Ibid., p. 72-73.
- (10) SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 4 ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 173.
- (11) FOUCAULT, M. Op. cit., p. 126. Apud SOUZA, Maria Laurinda Ribeiro de. *Violência*. Op. cit., p. 22.
- (12) BIRMAN, Joel. *Psicanálise, ciência e cultura*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994, p. 176. Apud SOUZA, Maria Laurinda Ribeiro de. Op. cit., p. 59.
- (13) SOUZA, Maria Laurinda Ribeiro de. Op. cit., p. 60.
- (14) Ibid., p. 61.
- (15) FREUD, Sigmund. *Psicologia das massas e análise do eu* (1921). In: *A correspondência completa de Sigmund Freud*. Rio de Janeiro: Imago, 1986, p. 88. Apud SOUZA, Maria Laurinda Ribeiro de. Op. cit., p. 74-75.
- (16) SOUZA, Maria Laurinda Ribeiro de. Op. cit., p. 77.
- (17) Ibid., p. 79.
- (18) Ibid., p. 81.
- (19) ARENDT, Hanna. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 310. Apud SOUZA, Maria Laurinda Ribeiro de. Op. cit., p. 85.
- (20) FREUD, Sigmund. Totem e tabu (1913). In: *A correspondência completa de Sigmund Freud*. Rio de Janeiro: Imago, 1986, p. 41. Apud SOUZA, Maria Laurinda Ribeiro de. Op. cit., p. 84.
- (21) SOUZA, Maria Laurinda Ribeiro de. Op. cit., p. 89-90.
- (22) Ibid., p. 103.
- (23) Ibid., p. 104-105.
- (24) Ibid., p. 105-106.
- (25) Ibid., p. 107.
- (26) DALRYMPLE, Theodore. *A vida na sarjeta*. 1 ed. São Paulo: É Realizações Ed., 2014. p. 226-229.
- (27) SOUZA, Maria Laurinda Ribeiro de. Op. cit., p. 116-118.
- (28) Ibid., p. 120-121.
- (29) FREUD, Sigmund. O mal-estar na cultura (1930). In: *A correspondência completa de Sigmund Freud*. Rio de Janeiro: Imago, 1986, p. 94. Apud SOUZA, Maria Laurinda Ribeiro de. *Violência*. Op. cit., p. 84.
- (30) SOUZA, Maria Laurinda Ribeiro de. Op. cit., p. 128.
- (31) Ibid., p. 129.
- (32) Ibid., p. 130.
- (33) Ibid., p. 134-135.
- (34) Ibid., p. 133.
- (35) Ibid., p. 139.
- (36) Ibid., p. 141-142.
- (37) Ibid., p. 152.

Marcio Fernandes Fioravante Da Silva
Mestrando em Direito pela USP.
Advogado.

Lucas Torres Vallory
Mestrando em Direito pela USP.
Estudante.

Vitimização ambiental no caso Samarco: violação de direitos humanos e responsabilidade

Eduardo Saad-Diniz, Victoria Vitti de Laurentiz e Daniela Arantes Prata

Há pouco mais de dois anos o rompimento da barragem do Fundão, em Mariana/MG, deu origem a uma das maiores tragédias ambientais da história recente. Os rejeitos liberados afetaram drasticamente a bacia do Rio Doce. O conflito foi judicializado por meio de duas ações propostas pelo Ministério Público: o processo criminal que demanda a responsabilização pelos homicídios e crimes ambientais; e a ação civil pública, que busca a reparação de danos relativos ao desastre.

Para a restauração ambiental e compensação das vítimas, as empresas Samarco, Vale e BHP, junto à União, os Estados de Minas Gerais e Espírito Santo, e entidades ambientais, instituíram a Fundação Renova, que deve elaborar e implementar os programas de reparação, baseados em três eixos principais: pessoas e comunidades; terra e água; e reconstrução e infraestrutura. As práticas restaurativas têm recebido severas críticas. Ainda que as iniciativas sejam bastante recentes para uma avaliação mais consistente, os principais questionamentos se dirigem às estratégias de reação à crise, somadas à insuficiência das políticas de regulação empresarial e à precariedade da governança de recursos naturais no Brasil.⁽¹⁾

Para além do trágico, o caso Samarco expõe a fragilidade dos marcos normativos e da política regulatória ambiental no Brasil. A vulnerabilidade nas contratações e a insistência em *individual accountability*, têm historicamente impedido endereçar às empresas a reprovação ética de suas atividades arriscadas. Medidas mais elaboradas de responsabilidade penal empresarial poderiam ser experimentadas como resposta à atividade empresarial desordenada e predatória,⁽²⁾ inclusive no que diz respeito às violações de direitos humanos.

Mas não basta apenas reclamar por novos padrões de responsabilidade penal empresarial. A fim de que seja levada a sério, é necessário identificar as dimensões do dano e os níveis de vitimização. E isso não é nada fácil, demandando ampla mobilização e articulação dos envolvidos (ofensor/comunidade vitimizada/e terceiros interessados no Brasil). Além da quantificação do impacto do desastre, o que dá efetivamente legitimidade ao processo de restauração é a integração da comunidade afetada na elaboração do diagnóstico socioeconômico, das medidas preparatórias e compensatórias. As consequências do desastre demandam exercício de imaginação criminológica para apontar danos geracionais (saúde das vítimas, impacto nas futuras gerações e perda da memória histórica do local).⁽³⁾

O diagnóstico final dos danos ambientais, econômicos e sociais, por parte do poder público e das empresas, ainda não foi finalizado. Mesmo assim, é possível identificar impactos ambientais e danos causados às populações afetadas a partir de diagnósticos preliminares e relatos das vítimas. Dessa observação preliminar, o dano pode ser classificado em três categorias: a) danos ambientais; b) danos econômicos; e c) danos sociais.

Em relação ao a) dano ambiental, verifica-se destruição do ambiente e do ecossistema ao longo de toda a bacia do Rio Doce. Recursos hídricos foram poluídos e contaminados; fauna e flora foram devastadas e impactadas e ocorreu a destruição de infraestruturas públicas e privadas, o que incluiu patrimônio histórico-cultural, paisagístico e arqueológico de nosso país. A afetação ambiental impacta diretamente o b) dano econômico, especialmente na instabilidade da economia regional e inviabilização de diversidade de produção e perda de infraestrutura para a reconstrução. O c) dano social se faz sentir na desarticulação dos modos de vida da população e dos povos tradicionais atingidos.

O dano local convive com a ambígua dependência das atividades da empresa, sobretudo em função da necessidade de arrecadação tributária.

Os custos morais e psicológicos das vítimas do desastre, como de costume na história dos escândalos corporativos, tendem a ser negligenciados. Não deixa de fazer parte da vitimização ambiental a indiferença com a população local, o que seria um importante fator de persistência das sistemáticas violações de direitos humanos. Este talvez seja o principal desafio das práticas restaurativas no Caso Samarco.

Dentre os danos de difícil diagnóstico e mensuração, encontram-se, também, a violação de direitos humanos de povos indígenas e comunidades tradicionais, que historicamente já sofreram e tiveram seus direitos violados pelo Estado e pela atividade mineradora, e que possuíam ligação cultural com o Rio Doce. Para o povo Krenak, por exemplo, que vive em Resplendor/MG, o rio era o recurso natural central para sua alimentação, reprodução cultural e fonte de renda; lá aprendiam a nadar, realizavam cultos, caçavam e pescavam. O rio era considerado sagrado, de modo que a comunidade não só perdeu seus meios de subsistência, mas também teve seus valores culturais abalados.⁽⁴⁾

Após determinar as dimensões do dano, na vitimização ambiental (ou *environmental victimization*) é necessário observar quem, precisamente, é vitimizado, como tais padrões de vitimização afetam pessoas, grupos, comunidades ou têm caráter difuso, se todos estão igualmente expostos a perigo, e se há populações especialmente vulneráveis, como no caso das comunidades indígenas e tradicionais.⁽⁵⁾

No lugar de modelações abstratas de governança, responsabilidade social corporativa, *due diligence* e *compliance*,⁽⁶⁾ bastaria maior clareza operacional para se lidar com escândalos corporativos. Definitivamente, a reação à vitimização ambiental não pode estar adstrita ao alinhamento aos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos da ONU de 2011 (obrigação dos Estados de proteger os direitos humanos contra violações de terceiros; na responsabilidade independente das empresas em respeitar os direitos humanos; e na reparação efetiva das vítimas, por meio de ações judiciais e extrajudiciais).⁽⁷⁾ Ou bem desenvolvemos ações concretas em função do contexto local, com inteligência social nas estratégias de priorização e gestão de recursos escassos, ou se pode já renunciar que a tragédia será sucedida por insucesso nas práticas restaurativas.

Dois anos depois, a sensação de impunidade pode aumentar a tensão na região. Para além da “gamificação”⁽⁸⁾ das tragédias humanas, trata-se de caso emblemático do pouco que se pode esperar da responsabilidade penal empresarial e da ainda rudimentar regulação do comportamento empresarial no Brasil.⁽⁹⁾ O sistema de justiça criminal não tem condições de operar sem dimensionar o dano e os níveis de vitimização. O que se pode esperar das ciências criminais é a avaliação sistemática das ações estratégicas de redução do dano orientadas às vítimas e, com um pouco mais de imaginação criminológica, oferecer uma pauta positiva para as práticas restaurativas.

Notas

- (1) A Revista Piauí, por exemplo, tem liderado críticas quanto ao despreparo dos responsáveis para lidar com a situação, o descuido prévio da empresa e a ausência da implementação de estratégias de emergência e um plano de contingência efetivos. Revista Piauí, A onda de Mariana, julho de 2016. A crítica, no entanto, nem sempre considera os limites do possível ou não colabora no desenvolvimento de ações estratégicas de restauração.
- (2) NIETO MARTÍN, Adán. Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa. *Política Criminal*, 5/2008, p. 1215.
- (3) Por isso, o MP e os movimentos sociais buscam, na judicialização do conflito,

a maior inclusão possível dos atingidos na discussão do caso. Em janeiro desse ano, o MPF e as empresas responsáveis assinaram um acordo preliminar, no qual estabeleceram a contratação de quatro organizações para realizar perícias, e assessoria e/ou assistência técnica ao MPF e aos atingidos, com atividades custeadas pelas empresas e conclusões que podem vir a modificar os programas de recuperação e reparação realizados pela Renova. Também determinaram, para participação social, a realização de diversas audiências públicas e consultas prévias com os atingidos, e a criação de um Fórum de Observadores, consultivo e formado por representantes dos afetados e da sociedade civil, como instância de participação e controle social, que acompanhará e analisará os resultados apresentados pelas duas fundações contratadas. A participação social é essencial para assegurar a legitimidade do processo e aproximação dos afetados à elaboração de sua reparação; porém, não raro é subtraída por preferências políticas e mediadores que fazem mercancia da tragédia. Nas proximidades do processo eleitoral de 2018, o uso político do desastre ambiental tende a intensificar.

- (4) Dados fornecidos pelo Conselho Nacional dos Direitos Humanos (CNDH), em seu Relatório sobre o rompimento da barragem de rejeitos da mineradora Samarco e seus efeitos sobre o Vale do Rio Doce, de maio 2017.
- (5) WHITE, Rob. *Environmental harm: an eco-justice perspective*. Bristol: Policy Press, University of Bristol, 2013. p. 43.
- (6) Mais críticas sobre os Princípios Orientadores da ONU: NOLAN, Justine. Refining the rules of the game: the corporate responsibility to respect human rights. *Utrecht Journal of International and European Law*. 30/2014, p. 7-23; também em NOLAN, Justine; TAYLOR, Luke. Corporate responsibility for economic, social and cultural rights: rights in search of a remedy? *Journal of Business Ethics*. 87/2009, p. 433-

451; DEVA, Surya; BILCHITZ, David. The human rights obligations of business: a critical framework for the future. In: DEVA, Surya; BILCHITZ, David (Org.). *Human rights obligations of business: beyond the corporate responsibility to respect?* Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 1-26.

- (7) RUGGIE, John. *Quando negócios não são apenas negócios: as corporações multinacionais e direitos humanos*. São Paulo: Planeta Sustentável, 2014. p. 23.
- (8) Em profundidade: LAUFER, William. *O compliance game*. In: SAAD-DINIZ, Eduardo et al (Org.) *Regulação do abuso no âmbito corporativo*. São Paulo: LiberArs, 2015. p. 58 e ss.
- (9) SAAD-DINIZ, Eduardo. “Brasil vs. Golias: os 30 anos da responsabilidade penal da pessoa jurídica e as novas tendências em compliance”. (breve publicação).

Eduardo Saad-Diniz

Professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP.

Victoria Vitti de Laurentiz

Doutoranda em Direito pela USP.

Daniela Arantes Prata

Bolsista do Programa PUB-USP.

Habeas corpus, defensoria pública e acesso à justiça: estudo empírico da tramitação de ações no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia

Daniel Nicory do Prado

O presente trabalho consiste na divulgação de resultados preliminares de um estudo empírico desenvolvido com base nos dados do setor de Urgências Criminais da Defensoria Pública do Estado da Bahia, responsável, entre outras atribuições, pelo acompanhamento remoto da situação prisional de todas as pessoas presas em flagrante ou preventivamente, no interior do Estado, nas comarcas sem assistência da Defensoria Pública, como forma de redução de danos pela ausência do referido serviço naquelas comarcas (BAHIA, 2014), até que sejam efetivadas as disposições da Emenda Constitucional 80/2014, que prevê a presença de defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais até o ano de 2022, em quantidade proporcional à efetiva demanda do serviço.

A pesquisa analisou a tramitação de 168 *Habeas Corpus* (HC) impetrados, durante o ano de 2016, no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJ-BA), pelos defensores públicos atuantes no setor. Por se tratar de resultados preliminares, a análise se restringiu ao resultado do HC na instância originária, ao tipo de crime imputado ao paciente, ao tempo de prisão dos pacientes no momento da impetração e ao tempo de tramitação do *mandamus*.

Quanto ao resultado, ao invés de categorizar as decisões como “concessão, denegação, não conhecimento e perda do objeto”, considerou-se relevante separar os casos de perda do objeto em razão da soltura do paciente, pelo próprio juízo *a quo*, durante a tramitação do HC, que indicam que o *mandamus* pode ter cumprido o seu objetivo liberatório, ainda que tecnicamente tenha sido julgado prejudicado.

Passando aos resultados, pode-se notar que, dos 168 HCs, 29 foram concedidos (17,26%), 32 pacientes foram soltos durante a tramitação (19,04%), 80 foram denegados (47,61%) e os demais 27 não foram conhecidos ou perderam o objeto (16,07%).

O tempo médio de tramitação dos HCs foi de 69 dias, sendo que os concedidos foram julgados, em média, em 51 dias, os prejudicados pela

soltura do paciente em 57 dias, e os denegados em 76 dias.

Não se constatou correlação relevante entre pena mínima cominada ao crime e tempo de tramitação do HC (coeficiente de Pearson de 0,04) nem entre tempo de prisão e tempo de tramitação do HC (coeficiente de Pearson de 0,02).

Separados por tipo penal, os pacientes presos por homicídio (Art. 121 do CP) tiveram HC concedido em 10% dos casos; foram soltos durante a tramitação em 3,33% dos casos, tiveram HC denegado em 63,33% dos casos, e os demais 23,33% perderam o objeto ou não foram conhecidos.

Os pacientes presos por furto (Art. 155 do CP) tiveram HC concedido em 17,64% dos casos; 29,41% foram soltos durante a tramitação, 35,94% tiveram o HC denegado e os demais 17,01% perderam o objeto ou não foram conhecidos.

Os pacientes presos por roubo (Art. 157 do CP) tiveram o HC concedido em 8,11% dos casos; 5,40% foram soltos durante a tramitação, 70,27% tiveram o HC denegado e os demais 16,22% perderam o objeto ou não foram conhecidos.

Por fim, os presos por tráfico de drogas (Art. 33 da Lei 11.343/2006) tiveram o HC concedido em 21,53% dos casos; 29,23% foram soltos durante a tramitação, 36,92% tiveram o HC denegado e os demais 12,32% perderam o objeto ou não foram conhecidos.

A base de dados não é grande o suficiente para cruzamentos mais específicos com o controle simultâneo de outras variáveis, mas, a despeito disso, pode-se constatar que há uma correlação positiva muito alta (coeficiente de Pearson de 0,86) entre o percentual de denegação dos HCs e a pena mínima cominada ao crime, considerado, para o tráfico, o mínimo cominado à modalidade privilegiada.

Nos crimes em que é cabível a pena restritiva de direitos, o propósito liberatório do HC foi alcançado para 47,05% dos pacientes presos por

furto e para 50,76% dos presos por tráfico; naqueles em que a conversão não é cabível, o propósito liberatório do HC foi alcançado para 13% dos pacientes presos por homicídio e por roubo.

Se, por um lado, a forte correlação positiva entre taxa de denegação dos HCs e pena mínima cominada ao crime reflete cenário muito semelhante ao encontrado, em outro estudo empírico, nas prisões preventivas decretadas em audiências de custódia na capital baiana (PRADO, 2017, p. 52), por outro, as altas taxas de liberação dos pacientes presos por furto e por tráfico são importantes indicadores de que o encarceramento cautelar, em primeiro grau de jurisdição, no interior do Estado da Bahia, por crimes não violentos, é excessivo.

As significativas taxas de soltura dos pacientes pelo próprio juiz de 1º grau durante a tramitação do HC têm duas explicações possíveis: 1) a impetração do *mandamus* motivou o juízo *a quo* a liberar o paciente antes do julgamento do HC; 2) o paciente já seria solto durante a ação penal, independentemente da impetração do *mandamus*.

Apesar da base relativamente pequena, pode-se tentar testar as hipóteses analisando as duas comarcas cujas decisões foram mais atacadas por HCs do setor de Urgências Criminais da Defensoria no período: Dias D'Ávila (20 HCs) e Itaberaba (18 HCs).

Entre os pacientes de Dias D'Ávila, nenhum teve o HC concedido; 85% foram soltos após a impetração do HC, e 10% tiveram o HC denegado. Entre os pacientes de Itaberaba, 33,33% dos HCs foram concedidos; nenhum foi solto durante a tramitação, e 55,55% tiveram o HC denegado.

Nota-se que a diferença no perfil dos pacientes por comarca (61% de presos por crimes não violentos em Itaberaba, contra 90% de presos por crimes não violentos em Dias D'Ávila) não justifica tamanha divergência no resultado, o que pode apontar uma diferença na reação dos juízes de cada comarca ao pedido de informações sobre o HC, mas que não tem como ser verificada, pois a base empírica não é suficientemente grande.

Em suma, a questão merece investigações mais aprofundadas, com o aumento da base empírica, para cobrir ao menos dois anos de

trabalho, mas pode-se concluir que a ausência da Defensoria Pública na maioria das comarcas do interior da Bahia pode estar relacionada a um encarceramento cautelar excessivo, em primeiro grau de jurisdição, por crimes não violentos.

Note-se que, teoricamente, não faltariam instrumentos para conter o superencarceramento cautelar, já que os juízes de 1º grau poderiam soltar, de ofício, os presos sob sua jurisdição, e, além disso, todos eles têm direito a defensores dativos, na ausência da Defensoria.

No entanto, a atividade desenvolvida remotamente pelo setor de Urgências Criminais da Defensoria Pública, sediado na capital, sugere que há uma importante desconexão entre a visão do TJ-BA e a dos juízes do interior do Estado sobre o encarceramento cautelar de acusados por crimes não violentos.

Diante dos dados preliminares apresentados, pode-se levantar a hipótese de que a falta de acesso à justiça nas comarcas, em razão da ausência da Defensoria, provavelmente contribui para que essa desconexão persista, agravando o superencarceramento cautelar, já que a atividade do setor de Urgências Criminais, a um só tempo, é imprescindível, mas não substitui a presença efetiva de defensores nas comarcas, servindo apenas como um redutor de danos dessa ausência, que não pode ser adotado como solução definitiva.

Referências

BAHIA. Defensoria Pública da. Conselho Superior. Resolução nº 13, de 14 de agosto de 2014. Disponível em: <http://web2.defensoria.ba.def.br/portal/arquivos/downloads/Resolucao_13.2014_Classe_Final_19_08_2014_consolidado_Res.018.2014_.pdf> Acesso em: 24 set. 2017.

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

Daniel Nicory do Prado
Doutor em Direito pela UFBA.
Defensor Público.
Professor.

Uma análise crítica à posição do STF em relação à medida de segurança de internamento

Maria João Carvalho Vaz

1. Introdução

A Medida de Segurança de Internamento encontra a sua origem nas teorias da criminologia positivista,⁽¹⁾ entre os finais do século XIX e inícios do século XX, e surge – primeiro no pensamento jurídico e depois nos ordenamentos jurídico-criminais concretos de inúmeros países – como forma de reação jurídico-criminal a fenômenos que envolvem a inimputabilidade do agente que praticou um fato ilícito típico.^(2,3,4) A inimputabilidade basear-se-ia em uma anomalia psíquica grave, por parte do agente (no momento da prática do fato), que o incapacitaria de culpa. As Medidas de Segurança podem ser privativas da liberdade – como o internamento⁽⁵⁾ – ou não detentivas, como o tratamento em ambulatório.

A legitimação da aplicação de Medidas de Segurança baseia-se – ao contrário da aplicação de penas, que se centra na culpa – na perigosidade do agente e na subsequente necessidade pública de segurança, quando esta se sobrepõe ao direito à liberdade do agente.⁽⁶⁾ Todavia, essas medidas deveriam ter uma finalidade terapêutica, de forma a diminuir ou eliminar a periculosidade do agente que praticou o fato, “*reduzindo desta forma ao mínimo necessário o período de privação da liberdade*”.⁽⁷⁾

A resposta dos sistemas jurídico-criminais ao crime varia de acordo com uma orientação monista ou dualista: a primeira consubstanciar-se-ia com a aplicação de penas e, a segunda, com a aplicação de penas e de Medidas de Segurança. A maioria adere ao sistema dualista ou binário.⁽⁸⁾ Do mesmo modo, encontram-se legalmente previstos determinados mecanismos que possuem um carácter misto, v.g., (no caso português, a pena relativamente indeterminada),⁽⁹⁾ o regime da reincidência⁽¹⁰⁾ ou do livramento condicional.⁽¹¹⁾

2. Análise crítica

2.1. Às súmulas do STF

No que toca à aplicação de Medidas de Segurança, sobressaem as súmulas 422 e 527: a primeira informa que a absolvição criminal não prejudica a medida de segurança, quando couber, ainda que importe privação da liberdade; a segunda procura estabelecer uma analogia com o art. 75º, I do Código Penal Brasileiro no que tange à durabilidade da medida de segurança, não devendo ultrapassar o limite de 30 anos aplicáveis pela lei penal como o máximo aplicável de uma pena.

No que toca à Súmula 422, estaria o Tribunal realçando o carácter de resposta dualista do sistema criminal no que toca às reacções jurídico-criminalmente aplicáveis a um fato tipificado pela norma incriminadora? Caso assim fosse, poderíamos, tão somente, invocar a necessidade de proporcionalidade – na sua vertente de proibição do excesso (sancionatório) – no que toca à avaliação do mérito de cada caso concreto ou caso-problema.

Contudo, mais nos parece ser criticável em relação à invocação dessa súmula, devido a um problema. Vejamos: a súmula em apreço data de uma sessão plenária de 01.06.1964. Nessa medida, além de não ter carácter vinculante atenta contra a letra da lei do parágrafo único do art. 96º do Código Penal, que refere que “*extinta a punibilidade, não se impõe Medida de Segurança nem subsiste a que tenha sido imposta*”. É de relevar que além de ter força acrescida, a presente disposição legal resulta da redação que lhe deu a Lei 7.209, de 11.07.84. Duas décadas depois.

Relativamente à súmula 527, parece-nos um imperativo pela necessidade de respeito do inciso XLVII, alínea b), da Constituição Federal de 1988, quando veda o carácter perpétuo das penas. Não obstante, ainda que essa tenha sido a ‘intenção’ subjacente da criação da súmula, em bom rigor não podemos dizer que pena e medida de segurança possuam a mesma natureza ou, ainda, que possuam a mesma finalidade. Nessa linha, algo nos parece altamente criticável na sistematização da lei penal brasileira em matéria de medidas de segurança, na medida em que em nenhum número ou inciso do Título VI do Código Penal o legislador enuncia o seu fundamento ou finalidade de aplicação: limita-se a enumerá-las, a expô-las, a definir o seu prazo mínimo (e não máximo, coisa que veio a súmula estabelecer), a perícia médica, a desinternação ou liberdade condicional, o caso de possibilidade de substituição da pena por medida de segurança para o semi-imputável e os direitos do internado.

Qual a sua finalidade? Dada a natureza jurídica distinta da pena, que se baseia na culpa, na nossa opinião, não podemos ir buscar a sua finalidade ao art. 59º do Código Penal brasileiro,⁽¹²⁾ na medida em que existem, em bom rigor, diferenças conceituais.

Contudo, essas diferenças conceituais encontram um denominador comum: a restrição de direitos enquanto resposta a um fato praticado com relevância jurídico-criminal. No caso da medida de segurança de internamento, acresce, contudo, um denominador comum em relação à pena de prisão: ambas são restritivas da liberdade. Permitir a indeterminação da medida de internamento (detentivo) – ainda que a periculosidade do agente se mantenha – cairia, ainda, na nossa opinião, na proibição da alínea e) do inciso XLVII, que veda as penas cruéis.⁽¹³⁾

Na nossa perspectiva, em nada obsta que o agente internado, ainda que tenha problemas crônicos, em termos de saúde mental (como a hipótese de perturbações obsessivo-compulsivas ou distúrbios da personalidade), não possa deixar de praticar crimes da mesma espécie (já que é aí que se funda a existência de perigo).⁽¹⁴⁾

Do mesmo modo, também nos parece que – atendendo à diferença conceitual entre pena e medida de segurança, que nos leva a um afastamento da ideia de tentar encontrar uma finalidade para esta medida no art. 59º do Código Penal – a finalidade da sua aplicação acaba por se encontrar na letra da lei quando afirma a “*submissão a tratamento*”. Nessa medida, não vemos outra finalidade que não seja a terapêutica do agente: uma finalidade que podemos enquadrar nas teorias de prevenção especial.⁽¹⁵⁾

Assim, transcorrido todo o raciocínio, sobra-nos uma questão: se a finalidade é terapêutica e de prevenção especial que se quer positiva, de cura e reintegração – e não negativa, de exclusão do agente⁽¹⁶⁾ –, por que não aplicar-se a medida de tratamento em ambulatório (não detentiva), ao invés de se recorrer em primeira *ratio* àquela que prevê a medida de internamento (detentivo), sendo aquela primeira menos estigmatizante, se existe respaldo legal para isso?⁽¹⁷⁾ Acerca deste ponto, cabe-nos argumentar com base na letra do art. 97º do Código Penal, que, em casos de inimputabilidade, abre uma espécie de discricionariedade decisória ao juiz, uma possibilidade de escolha: muito embora a letra da lei, em

primeiro lugar, diga que o agente deve ser internado, logo depois refere que “*poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial*”.

2.2. À posição do STF na matéria

Feita uma análise das posições tomadas pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro no que toca à questão da Medida de Segurança de Internamento – prevista pela lei penal brasileira na constância do art. 96º, incisos I e II –, encontramos jurisprudência sobretudo em sede de pedidos de Recurso de *Habeas Corpus*.⁽¹⁸⁾

Destarte, encontramos: um RHC (656170), recorrido do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, datado de 13.11.87, em que o tribunal não quis conhecer o pedido, alegando que a competência pertenceria ao Juízo das Execuções Criminais.⁽¹⁹⁾

Também um RHC (nº 637922), recorrido do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, relativo a um agente portador de esquizofrenia que requeria a suspensão de medida de segurança: a defesa alegava que o tempo da medida do tratamento era indeterminado e que existia um tempo mínimo para requerer perícia médica acerca da periculosidade do recorrente. O recurso foi desprovido pelo STF.⁽²⁰⁾

Mais uma negação a um RHC (604056), recorrido do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, relativo a um agente processado duas vezes por crimes constantes da lei antitóxicos de 76⁽²¹⁾ e pela lei das contravenções penais: o agente foi absolvido em um e condenado em outro, tendo o RHC o objecto de remoção para estabelecimento hospitalar em virtude da necessidade de tratamento. O recurso foi desprovido.⁽²²⁾

Mais recentemente, em 2015, pelas alegações da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, o STF deu provimento a um *Habeas Corpus* de alteração da medida cautelar de prisão preventiva por internamento, devido aos fortes indícios de que o agente padecesse de enfermidade mental (já tinha tido diagnósticos anteriores de estados psicóticos, adição de drogas, déficit de atenção, tratamentos ambulatoriais antecedentes). A defesa centrou-se: na invocação da Lei 12403/2011 em articulação com o art. 319º, inciso VII do Código de Processo Penal Brasileiro; na inadequação do ambiente segregatório em estabelecimento prisional; na defesa da própria integridade física do agente no meio prisional; bem como em necessidades terapêuticas.⁽²³⁾

Ante a maioria das recusas de provimento de RHC’s, terminamos as referências jurisprudenciais com um caso de 2014, em que o STF deu provimento a um RHC em que o agente do fato – roubo qualificado – era inimputável e que pedia a sua soltura, com a obrigação de comparecer ao tratamento ambulatorial, não detentivo, todos os dias.⁽²⁴⁾ Um passo de gigante ou um passo insignificante?

Pela análise do exposto, concluímos apenas que o Supremo Tribunal Federal nutre preferência pela aplicação/manutenção da pena privativa da liberdade, seguida da aplicação/manutenção da medida de segurança de internamento e, por último, da medida de tratamento em ambulatório, não privativa da liberdade.

3. Considerações críticas finais

Após uma análise das posições do STF na matéria, quer através de súmulas, quer pela jurisprudência, concluímos que existe um olhar de desconfiança em relação à aplicação de medidas de segurança (façamos de medidas de segurança aplicáveis como resposta criminal a um fato previsto em uma norma incriminadora e não a uma mera medida cautelar). Essa desconfiança aumenta quando em causa esteja a aplicação (ou fazer-se valer) de uma medida de segurança não detentiva, havendo uma inclinação à adoção da medida mais gravosa e restritiva da liberdade, que é o internamento.

Nesse sentido, não nos parece haver um respeito pela proporcionalidade entre o estado patológico-mental do agente que praticou o fato (ou a sua perigosidade) e a forma como se visa levar a bom porto a finalidade terapêutica que a medida de segurança visa obter (e que mais não é do que o que conseguimos retirar da letra da lei, ao longo do título VI do Código Penal Brasileiro). Finalidade terapêutica, essa, que se alcançaria

– na linha da possibilidade de prevenção especial positiva – com muito mais qualidade em casos de tratamento em ambientes abertos (com a exceção dos casos extremos e graves, em que o agente se encontre perturbado ao ponto de não conseguir deslocar-se, desenvolver tarefas básicas do cotidiano ou ter um quadro mental extremamente conflituoso e perturbador).

Com base no exposto, parece-nos que o judiciário tende a vislumbrar as medidas de segurança como penas, agarrado à ideia de que valeria o art. 59º do Código Penal quanto à sua finalidade: a reprovação e prevenção do crime. No que toca a esse quesito, as nossas críticas dirigem-se à falta de rigor conceitual do legislador penal brasileiro, que deveria ser explícito e não dar azo a ambiguidades interpretativas neste ponto, na medida em que a finalidade das medidas de segurança é terapêutica e não repressiva, não indo ao encontro do exposto para as penas, pelo art. 59º do Código Penal Brasileiro. Entendemos que esse caos interpretativo – que confunde as finalidades atribuídas pelo Código Penal às penas com as finalidades atribuídas pelo mesmo às medidas de segurança – normaliza a aplicação da opção mais conservadora, que se traduz na normalização da medida de internamento, detentivo, independentemente do fato de que essa medida não consiga, em concreto, cumprir a finalidade terapêutica que deveria ser *conditio sine qua non* para a sua aplicação. Evidentemente que esta normalização contribui para um agravamento do encarceramento/internamento em massa e não encontramos outra justificação para esta *praxis* senão no apego errôneo, por parte do STF, aos princípios morais de que um crime merece sempre uma repressão ou castigo.⁽²⁵⁾

Contudo, muito embora o legislador não tenha sido explícito, a verdade é que também nos parece óbvio, pela inserção sistemática das medidas de segurança no código, que a finalidade seja puramente preventiva. As finalidades das medidas de segurança pela lei brasileira são, inclusive, na nossa opinião, exclusivamente preventivas, o que não acontece, v.g., na lei portuguesa (que lhes empresta, ainda, de forma expressa, a finalidade de proteção de bens jurídicos, a par das penas).⁽²⁶⁾

Ressaltamos que, nesta matéria, a Lei 10.216, de 6 de Abril de 2001 constitui uma âncora e uma mais-valia no que toca aos direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais, que no seu art. 2º, inciso IX, adentra o direito de ser “tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental” e que, no seu art. 4º também dispõe que “a internação, em qualquer das suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes”, sendo que o seu §1º também refere que “o tratamento visarà, como finalidade permanente, a reinserção do paciente em seu meio”. Do mesmo modo, cabe referência ao art. 5º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que menciona que “ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”.⁽²⁷⁾ Mais ou menos no mesmo sentido vem o art. 5º, 2 (relativo à integridade pessoal), presente na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.⁽²⁸⁾

Não obstante a inexistência de direitos absolutos, deveria atender-se a uma compatibilização entre eles na aplicação em concreto, com preferência para a aplicação da medida que consiga atingir a mesma finalidade, neste caso preventiva-terapêutica, de forma menos restritiva dos direitos, liberdades e garantias do agente e mais promotora da Dignidade Humana, na linha das convenções internacionais de que o Brasil é signatário com relevância em termos jurídico-criminais. Desse modo, apesar de todas as críticas expostas, terminamos com a esperança de que o provimento do RHC de 2014 (no sentido da soltura do agente e na aceitação de que aquele fosse submetido a tratamento não detentivo em ambulatorio) se torne uma prática mais reiterada, deixando a aplicação da medida restritiva da liberdade para *última ratio*.

Notas

- (1) Ou as chamadas teorias bioantropológicas. Para mais: DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: O homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 171.
- (2) Encontra-se previstas no art. 96º e ss. do Código Penal Brasileiro. A medida de segurança de internamento em ambulatorio encontra-se prevista no inciso II do referido art. 96º do Código Penal, na redação resultante da Lei 7209, de 11.07.84.

- (3) Podemos, a título de exemplo, encontrar uma referência anterior a essas datas, no art. 47º do Código Penal Português de 1886, e que dizia o seguinte: “Os loucos que, praticando o facto, forem isentos de responsabilidade criminal, serão entregues às suas famílias para os guardarem, ou recolhidos em hospitais de alienados, se a mania for criminosa, ou se o seu estado o exigir para maior segurança.” Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português: parte geral, II – as consequências jurídicas do crime*. Coimbra: Edições Almedina, 2ª Reimpressão, 2009. p. 415.
- (4) A Escola Positiva Italiana voltou-se para a averiguação das causas etiológico-individuais do crime porque, à época, as estatísticas apontavam o aumento das taxas de reincidência, o que veio a gerar estudos em torno das determinações do indivíduo ao crime, repudiando qualquer ideia indeterminista. Nessa altura, a criminalidade encontrava uma explicação antropológica (em Lombroso) e psicológica e sociológica (em Ferri e Garófalo). Todos os estudos se centraram em torno de uma nova categoria criminológica que, depois, influenciou a dogmática penal e as reações ao fato: a perigosidade do agente. Por todos, vide: CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. v. I. Coimbra: Edições Almedina, reimpresso, 2007. p. 89 e ss.
- (5) Para compreender a evolução da medida de internamento, vide FOUCAULT e Sérgio CARRARA. FOUCAULT, Michel. *A história da loucura*. São Paulo: Perspectiva, 1989. CARRARA, Sérgio. *Crime e loucura – o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século*. Rio de Janeiro: UERJ/EDUSP, 1998.
- (6) Sobre o vislumbre do perigo da personalidade do agente e da necessidade de aplicação de medidas de segurança no Direito Criminal brasileiro: BRUNO, Aníbal. *Perigosidade criminal e medidas de segurança*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977.
- (7) Palavras da Professora Doutora Maria João Antunes, na explicação de uma decisão do Tribunal Constitucional alemão acerca da temática, datada de 04.05.2011. Cfr. ANTUNES, Maria João. Perigosidade – intervenção estatal em expansão? In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Volume especial: Teoria do delito, ano 24, v. 121, jul. 2016, p. 195.
- (8) Para uma leitura mais profunda: DIAS, Jorge De Figueiredo. Op. Cit., p. 413 e ss.
- (9) Prevista no art. 62º do anteprojeto de Código Penal brasileiro de Virgílio de Sá Pereira, em que à pena de prisão acresceria a complementaridade de medida de segurança. A motivação encontrava-se na preocupação político-criminal da necessidade de diminuir a reincidência. Para mais, até a década de 70 do século XX, veja-se: GOULART, Henny. Pena indeterminada. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. LXVII, 1972, p. 166-184. Atualmente, a pena aplicada é sempre determinada (não podendo ser superior a 30 anos, conforme o §1º do art. 75º do Código Penal brasileiro). A indeterminação é possível, contudo, no que toca a medidas de segurança. Não obstante nesse quesito pese a Súmula 527 do STF, que lhes coloca o mesmo limite das penas por imperativos constitucionais. A pena relativamente indeterminada encontra-se prevista no art. 83 e ss do Código Penal português.
- (10) Regime previsto no art. 63 e ss. do Código penal brasileiro.
- (11) No Direito Penal brasileiro encontra-se previsto no art. 83º e ss. O parágrafo único do referido artigo menciona que, caso o crime tenha sido praticado com dolo ou grave ameaça à pessoa, o livramento fica condicionado “à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir”.
- (12) Finalidade repressora e preventiva.
- (13) BRASIL. Constituição Federal (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.
- (14) Nesse sentido, podemos invocar estudos psiquiátricos realizados em pessoas com transtornos de personalidade, obsessivo-compulsivas, que melhoraram através de tratamento de ‘reprogramação cerebral’ ou aquilo que se denomina de neuroplasticidade. Conceitos que mais não significam do que a capacidade de que o agente dispõe de alterar qualquer tendência comportamental aditiva ou perigosa. Para mais: SCHWARTZ, M. Jeffrey; BEGLEY, Sharon. *The mind & the brain: neuroplasticity and the power of mental force*. New York: Harper Perennial, 2003. p. 15.
- (15) Por todos, no que toca às finalidades da pena e explicando as finalidades de prevenção geral e especial: ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOCAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: EDIAR, 2002. p. 56-64.
- (16) Consequência das políticas de *Law and Order* e de *Tolerância Zero* que ganharam destaque na passagem para a última década do século XX. Em sentido crítico: YOUNG, Jock. *A sociedade excludente*. Rio De Janeiro: Revan, 2002. Sobre um vislumbre crítico da medida de segurança no direito penal brasileiro, apontando-a como uma forma de neutralização da perigosidade: MATTOS, Virgílio de. *Crime e psiquiatria: uma saída: preliminares para a desconstrução das medidas de segurança*. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 93.
- (17) O quesito da estigmatização faz-nos rever a atualidade da teoria da reação social. Para um vislumbre da teoria: SILVA, Raissa Zago Leite. *Labelling approach: o etiquetamento social relacionado à seletividade do sistema penal e ao ciclo da criminalização*. In: *Revista Liberdades*. IBCCrim, nº 18, jan.-abr. 2015. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/225-Artigo>.
- (18) Doravante designado por RHC.
- (19) Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=69560>>.
- (20) Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=100632>>.
- (21) Vide, Lei 6.368, de 76. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/>

leis/L6368.htm>.

- (22) Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=99020>>.
- (23) Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8978682>>.
- (24) Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7865412>>.
- (25) Talvez, depois de uma análise fática, não seria sem sentido a chamada da criminologia crítica, lembrando um certo empreendedorismo moral, de Becker. BECKER, Howard S. *The outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Zahar Editora, 2009., p. 82 e ss. Ou, ainda, a necessidade de uma maior abertura – sempre com espírito crítico – à *peacemaking criminology*, nascente

com Pepinsky.

- (26) Conforme a letra do art. 40º do Código Penal português.
- (27) Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>.
- (28) Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>.

Maria João Carvalho Vaz
Doutoranda e mestre em Direito Penal pela
Universidade de Coimbra.

A execução provisória da pena no Brasil e a irretroatividade da jurisprudência maléfica

Paulo Saint Pastous Caleffi

1. Introdução

Com a modificação do entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal em relação ao instituto da execução provisória da pena privativa de liberdade, sedimentado a partir de uma flexibilizadora interpretação do conteúdo do princípio da presunção de inocência, insculpido na Carta Magna de 1988 no art. 5º, LVII, estabeleceu-se que diante da confirmação da sentença condenatória em segunda instância e, portanto, materializado o “duplo grau de jurisdição” (e não o “trânsito em julgado”), estaria autorizado o início do cumprimento provisório da sanção imposta ao indivíduo acusado (como se o tempo de privação de liberdade pudesse ser recuperado). Em síntese, a maioria dos ministros da Suprema Corte acabou por desconsiderar as basilares definições da presunção de inocência como ‘norma de tratamento’, como ‘norma probatória’, como ‘norma de juízo’ ou ainda, como ‘regra de fechamento’.⁽¹⁾

Não obstante, mesmo que entendamos que a execução provisória da pena viola frontalmente a garantia constitucional do acusado de ser considerado inocente até que não seja mais possível a interposição de recursos contra a sua condenação, independentemente do grau de jurisdição em que se encontre o processo (excetuadas as situações em que se encontrem presentes os pressupostos da prisão preventiva), parece clara, infelizmente, a tendência do Supremo Tribunal Federal em manter a posição majoritária firmada por oportunidade dos julgamentos do HC 126.292/SP, bem como das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44.

Nesse quadro, ainda que o argumento da necessidade de ocorrência do “trânsito em julgado” da sentença penal condenatória deva ser compreendido como um verdadeiro movimento de resistência pela manutenção das garantias constitucionais, denota-se ser importante apontar outra questão de alto grau de relevância em relação à execução provisória da pena privativa de liberdade, qual seja: a irretroatividade da jurisprudência maléfica.

2. A irretroatividade da jurisprudência maléfica

A irretroatividade da lei penal apresenta-se como uma regra dominante em termos de conflito de leis penais no tempo, consagrando em seu conteúdo os princípios da legalidade e da anterioridade da lei, que se encontram estabelecidos no art. 1º do Código Penal e no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal de 1988.

Conforme **Cezar Bitencourt**, a irretroatividade, “na condição de princípio geral do Direito Penal moderno, embora de origem mais antiga, é consequência das ideias consagradas pelo Iluminismo, insculpida na

Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Embora conceitualmente distinto, o princípio da irretroatividade ficou desde então incluído no princípio da legalidade, constante também da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948. Desde que uma lei entra em vigor até que cesse sua vigência rege todos os atos abrangidos pela sua destinação. Entre estes dois limites – entrada em vigor e cessação de sua vigência – situa-se a sua eficácia”. Portanto, não alcançando os fatos ocorridos antes ou depois dos dois limites: não retroage e nem tem ultra-atividade. É o princípio *tempus regit actum*. Perfectibilizando-se, contudo, apenas em relação à lei mais severa em face da retroatividade da lei mais benigna (a nova legislação sendo mais favorável ao acusado sempre deve retroagir).⁽²⁾

Dessa forma, com a adoção de tal regramento principiológico, busca-se coibir a insegurança jurídica eventualmente advinda da criação de novas condutas delitivas, ou do agravamento das já existentes no diploma legal. Do contrário, “*instale-se o arbítrio, pois o detentor do poder torna crime a ação lícita de ontem para alcançar os dissidentes, que tendo agido no campo da licitude, acordam no dia seguinte como autores de um delito recém-definido*”.⁽³⁾

A partir dessa compreensão, uma vez que a lei e sua interpretação são essencialmente inseparáveis, parece pertinente que a irretroatividade maléfica não atinja apenas as normas penais, mas também as alterações jurisprudenciais que se apresentem de igual maneira. Na lição de **Raúl Zaffaroni** e **Nilo Batista**: “*As mudanças de critério jurisprudencial, em particular quando atingem certa generalidade, não podem deixar de novas condutas delitivas, ou do agravamento das já existentes no diploma legal. Do contrário, “instale-se o arbítrio, pois o detentor do poder torna crime a ação lícita de ontem para alcançar os dissidentes, que tendo agido no campo da licitude, acordam no dia seguinte como autores de um delito recém-definido”*”.⁽³⁾

Por força disso, “*seria absolutamente contraditório permitir aos juízes o que se proíbe ao legislador: a aplicação retroativa de regras penais desfavoráveis ao réu*”.⁽⁵⁾ Assim, torna-se legítimo afirmar que o novo entendimento da Suprema Corte, relativo à execução provisória da pena privativa de liberdade, não poderia ter atingido infrações penais já processadas, mas tão somente aquelas cometidas a partir da vigência da modificação jurisprudencial. O argumento é bastante lógico: por

qual razão um indivíduo, após permanecer durante toda a tramitação processual em liberdade, com pendência de julgamento de seus recursos, deve sofrer os efeitos maléficos de uma nova jurisprudência? A resposta é cristalina ao se estabelecer como referencial o princípio da irretroatividade *in pejus*.

Partindo do entendimento da sua condição como um referencial para o juiz, especialmente quando já exista pronunciamento uniforme das Cortes Superiores acerca de determinado ponto (como é o caso da execução provisória da pena), a jurisprudência, mesmo com a sua maleabilidade, caracteriza-se como fonte do Direito uma vez que influencia a produção de normas individuais e participa da produção do fenômeno normativo. Nesse sentido, **Miguel Reale** leciona que “se uma regra é no fundo, a sua interpretação, isto é, aquilo que se diz ser o seu significado, não há como negar à Jurisprudência a categoria de fonte do Direito, visto como ao juiz é dado amar de obrigatoriedade aquilo que declara ser ‘de direito’ no caso concreto. O magistrado em suma interpreta a norma legal situada numa ‘estrutura de poder’, que lhe confere competência para converter em sentença, que é uma norma particular, o seu entendimento da lei”.⁽⁶⁾

Em resumo, diante da legitimação da execução provisória da pena, que “significa admitir-se, com toda a vênia, uma aberração jurídica, porque totalmente inconstitucional e ilegal”,⁽⁷⁾ e sem a presença de mínimos indicativos que possibilitem crer em sua extinção a curto prazo, denota-se a imprescindibilidade de ser estabelecido que a sua incidência não se perfectibilize em fatos delituosos já processados, mas apenas aos que venham a ser praticados e, por conseguinte, atenuando a atmosfera de incerteza e insegurança em torno da justiça punitiva brasileira.

Dessa forma, uma vez que o “princípio que rege as hipóteses de retroatividade e ultra-atividade é o de que sempre se aplica a lei mais benigna, para salvaguardar direitos individuais e para adequar o fato às exigências de justiça”,⁽⁸⁾ clara é a necessidade de ser colocada em prática a regra de irretroatividade da jurisprudência maléfica no processo penal brasileiro.

3. Considerações finais

Diante do exposto, evidencia-se que o indivíduo acusado no processo penal, para além da indispensável salvaguarda do princípio da presunção de inocência, necessita estar amparado contra trajetórias jurisprudenciais oscilantes e flexibilizadoras de postulados primordiais de nosso ordenamento jurídico. Em razão disso, tendo como referencial principiológico a irretroatividade da lei penal (em prejuízo do acusado), entendemos que as modificações jurisprudenciais não podem atingir infrações penais já processadas, mas tão somente aquelas cometidas após a vigência do novo entendimento.

Com isso, uma vez que parece distante a reconsideração da atual posição majoritária da Suprema Corte considerando ser possível executar provisoriamente a pena privativa de liberdade após a materialização do “duplo grau de jurisdição”, espera-se que, a partir da aplicação da irretroatividade da jurisprudência maléfica, seja possível atenuar a sensação de que a prisão tem se tornado regra em detrimento da liberdade, e a presunção de culpa regra em detrimento da presunção da inocência.

Que tenhamos sempre presente a lição de **Evandro Lins**, referida

pelo ministro Eros Grau por oportunidade do julgamento do *Habeas Corpus* 84.078, em que se considerou inconstitucional a execução provisória: “na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equiparando um pouco ao próprio delinquente”.⁽⁹⁾

Notas

- (1) Nesse sentido, Augusto Jobim do Amaral: “Ao novo ver, para que as diferenciações, a certa altura, não se tornem nebulosas ao extremo - invertendo e neutralizando razoavelmente o intento de delimitar as dimensões aludidas, produzindo o efeito conhecido similar àquela metáfora do mapa tão bem detalhado que acaba por reproduzir integralmente a realidade a representar, inviabilizando sua função primeva - nossa preocupação dirige-se (muito menos sobre diferenciações que podem se tornar estereis) no sentido de comungar suas representações, de espreitar seus nexos, azeitar suas sobreposições, sopesar suas intersecções e confluências, com o tino de uma ideia forte de corpo de conteúdo a dotá-la de uma montagem capaz de ler estas dimensões como reflexos de sua complexidade e de sua própria reflexividade inovadora. Isto pode tornar tamanha argúcia, ao nosso interesse, prejudicial nalguma medida (talvez não deva ser desprezado o fato de Illuminati tê-lo feito sob um aspecto unitário, como destacamos antes), no momento em que se sabe - “embaralhando-se” as perspectivas - o quanto a atribuição probatória, que deve ser realizada por um órgão da acusação, quando vem à tona como exercício judicial, tem a influir derradeiramente na convicção da sua decisão. Aqui tais aspectos dicotômicos (“objetivos” quanto à produção da prova/“subjetivos”, quanto à avaliação do material produzido) merecem ser pulverizados exatamente para deixar evidenciado o aspecto bifronte da gestão da prova (neste especial, imanação da carga da prova e da presunção de inocência). Assim, sob alguma força de síntese, o olhar da presunção de inocência posta como norma de tratamento, norma probatória ou norma de juízo não afasta, muito pelo contrário, é aprofundada quando o que há de determinante em sua gênese deixa ultrapassar seu mero escopo jurídico: a natureza de regra de fechamento, quer dizer, horizonte de expectativa a ser preenchido com a decisão política auferida na sentença quando persistir a dúvida a ser convertida em certeza jurídica”. AMARAL, Augusto Jobim do. A pré-ocupação de inocência no processo penal. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 62, p. 106-107, jan./jun. 2013.
- (2) BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*: parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1. p. 16.
- (3) REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. I. p. 100.
- (4) ZAFFARONI, Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro*: teoria geral do direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. v. I. p. 233.
- (5) GOMES, M. G. M. *Direito penal e interpretação jurisprudencial*: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes. São Paulo: Atlas, 2008. p. 148.
- (6) REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 140.
- (7) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 126292/SP*, Tribunal Pleno, Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, julgamento em 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246aspx>>. Acesso em: 05 mar. 2016.
- (8) REALE JÚNIOR, Miguel. *Op. cit.* p. 102.
- (9) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 84078/MG*, Tribunal Pleno, Relator ministro Eros Grau, julgamento em 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 20 set. 2016.

Paulo Saint Pastous Caleffi
Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS.
Advogado.



DIRETORIA DA GESTÃO 2017/2018

DIRETORIA EXECUTIVA

Presidente: Cristiano Ávila Maronna
Vice-Presidente: Eleonora Rangel Nacif
1.º Secretário: Renato Stanzola Vieira
1.º Tesoureiro: Edson Luis Baldan
2.º Tesoureiro: Bruno Shimizu
Assessora da presidência: Jacqueline Sinhoretto

CONSELHO CONSULTIVO

PRESIDENTE
Andre Pires de Andrade Kehdi
MEMBROS
Carlos Alberto Pires Mendes
Helios Alejandro Nogués Moyano
Mariângela Gama de Magalhães Gomes
Sérgio Salomão Shecira

OUVIDOR

Rogério Fernando Taffarello

O princípio do contraditório como óbice à condenação, ante o pedido absolutório do Ministério Público

Rafael Serra de Carvalho

No Brasil, à luz do art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal de 1988, que prevê que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, não há mais espaço para a aferição da responsabilidade penal de qualquer pessoa fora das margens do devido processo legal. Não obstante as poucas palavras que positivam o princípio do contraditório no ordenamento jurídico brasileiro, seu conteúdo é muito mais profundo do que aquele estritamente semântico, extraído da simples leitura do texto constitucional.

Na esteira dos ensinamentos do Professor **Joaquim Canuto Mendes de Almeida**, o princípio do contraditório pode ser conceituado a partir do binômio *informação e reação*. O autor de interessante monografia sobre o tema, embasada nos estudos de **Francesco Carnelutti**, define a noção de contraditório como: “*ciência bilateral dos atos e termos do processo e possibilidade de contrariá-los*”.⁽¹⁾ Com o passar dos anos, tal definição tornou-se o que se convencionou chamar de concepção clássica ou formal do contraditório, encontrada na maioria dos manuais de processo penal disponíveis no mercado.

Em um ambiente marcado pela transição de elementos provenientes do patrimônio autoritário para novos dispositivos que se diferenciam da realidade anterior – a qual fundava o processo na busca da verdade real –, a materialização dessa passagem exige um novo olhar para essas expressões.

Nesse sentir, há alguns anos, parte da doutrina processual penal brasileira, com destaque para a chamada Escola Mineira de Processo Penal,⁽²⁾ deu um passo além da concepção clássica do contraditório. Para eles, a garantia do contraditório não pode ter vigência meramente formal. Deve, então, ser efetivo e estimulado pelo juiz, pois de nada adiantaria a positivação constitucional do contraditório se os atores jurídicos não admitirem a participação igualitária das partes na construção da instrução processual e das decisões.

Seguindo o mesmo raciocínio, **Antônio Pedro Melchior** e **Rubens Casara**, com base nas lições de **Alberto Suares Sanchez**, afirmam que as partes devem ser sujeitos democráticos e protagonistas da decisão penal.⁽³⁾ Em outras palavras, o resultado do processo não pode mais ser confiado a um único ator jurídico e, sim, a todos os sujeitos processuais, dentro de suas respectivas funções. Afinal, como arrebato **Nereu José Giacomolli**: “*não é porque a imputação e o julgamento estejam a cargo de sujeitos oficiais que o espaço público do processo lhes seja exclusivo e reservado*”.⁽⁴⁾

O citado autor assevera, com base nos estudos de **Luigi Paolo Comoglio** e **Dierle Nunes**, a importância do que se denomina de *policentrismo processual*, como fundamento do devido processo legal. Vale dizer, o fim da representação processual piramidal, com o ápice sendo ocupado pelo juiz, registro característico de todo o patrimônio hierárquico e autoritário de processo, redutor da substancialidade do contraditório.⁽⁵⁾ O contraditório, nessa visão, deve propiciar às partes o exercício dialético e participativo na resolução do caso penal, após o pleno conhecimento dos fatos imputados na denúncia, alegações, provas e teses jurídicas, de forma a contribuir efetivamente para a construção do processo e de suas decisões. Sua função, portanto, vai além da faculdade de alegar, demonstrar e do direito de ser cientificado dos atos e termos do processo, abarcando a possibilidade de influenciar no processado e na

decisão de mérito.

Não obstante a consagração em nosso ordenamento jurídico do princípio do contraditório, para a sua concretização no dia a dia, é necessário realizar uma filtragem constitucional e ideológica das normas jurídicas previstas no Código de Processo Penal de 1941 que estabelecem óbice a eventual dialeticidade.

Aponta **Geraldo Prado**⁽⁶⁾ que, na década de 40, a perseguição da verdade material como expressão de uma determinada razão pública foi o fator preponderante para que o Código de Processo Penal estabelecesse um verdadeiro sistema de obrigatoriedade da ação penal pública. Acreditava-se que o processo era o instrumento adequado de acesso à verdade, sendo desnecessária a regulação legal das atividades probatórias das partes para a formação da decisão penal. Sob o ponto de vista da criminologia, era a velha tese de que a cada crime deveria corresponder uma punição. Nesse contexto de obrigatoriedade da ação penal, entende-se o porquê de o art. 28 do Código de Processo Penal estabelecer que a promoção de arquivamento do Ministério Público deve ser fiscalizada pelo juiz. Seguindo o mesmo raciocínio, compreende-se, também, o motivo pelo qual para compensar eventuais fraquezas da acusação pública, o sistema de código dotou de poderes instrutórios o juiz (art. 156, I e II, do CPP), bem como permitiu o ajuizamento de ação pelos particulares em caso de inércia do Ministério Público (art. 5º, LIX, da CRFB). Ora, nessas mesmas pegadas, sob a perspectiva de obrigatoriedade da ação penal que prevaleceu no berço do Código de Processo Penal (art. 42, do CPP), todos esses objetivos estariam frustrados se o juiz não pudesse condenar quando o Ministério Público pedisse a absolvição do réu, como, então, permite o art. 385 do Código de Processo Penal.

Com efeito, ainda hoje, há quem sustente a possibilidade de o magistrado ir contra a postulação do legitimado ativo na ação penal de iniciativa pública.⁽⁷⁾ **Guilherme Madeira Dezem**, ao falar sobre a previsão contida no art. 385 do Código de Processo Penal, aproxima o tema justamente aos princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade, quando sustenta a possibilidade da condenação diante do pedido de absolvição do Ministério Público.⁽⁸⁻⁹⁾ Ainda na tentativa de salvaguardar o aludido dispositivo infraconstitucional, em determinada oportunidade, o Superior Tribunal de Justiça tratou a possibilidade de condenação sob a fachada linguística do livre convencimento motivado do juiz, ao afirmar que “*o fato de o Ministério Público manifestar-se pela absolvição do réu, nas alegações finais e nas contrarrazões de apelação, não vincula o julgador, por força do princípio do livre convencimento motivado, nos termos do art. 385 do Código de Processo Penal*”.⁽¹⁰⁾

A bem da verdade, investigar todos esses dispositivos existentes no Código de Processo Penal torna-se ainda mais complexo quando se propõe a estudá-los olhando os últimos trinta anos. Um mundo que mudou consideravelmente, mas que permaneceu apresentando índices crescentes de desigualdades, sobretudo nas periferias.⁽¹¹⁾ A nova ordem mundial, por seu turno, exige ferramentas intelectuais mais complexas para o enfrentamento dos problemas atuais, diferentes daquelas utilizadas há épocas, confiadas a um saber antissocial que não sentava à mesa para dialogar com os demais campos do conhecimento.

A opção por uma leitura constitucional do processo penal, embora tenha trazido importantes contribuições para os estudos de processo penal, foi muitas vezes incapaz de localizar o fenômeno político no âmbito das

relações jurídicas, bem como de reduzir os índices de encarceramento. Tradição de um processo penal fiel à ideia de reconhecer a retórica constitucional em detrimento da realidade, “essa concepção técnico jurídica produziu, inexoravelmente, um afastamento do Brasil das graves questões que preocupam a dogmática processual contemporânea”.⁽¹²⁾

Assim, segundo essa concepção que se mantinha alheia às implicações políticas da intervenção concreta do poder punitivo na vida das pessoas, os juristas não precisavam saber, por exemplo, a que grupo social as decisões judiciais favoreciam ou quais os impactos políticos das decisões. Verdadeiros espíões da vida, os juristas precisavam saber se os juízes justificavam adequadamente suas decisões ou não. Somente um saber aberto ao diálogo com os demais campos do conhecimento (filosofia, direito penal, criminologia crítica, ciências políticas, psicologia e muitas outras) é capaz de identificar a dimensão política da justiça penal, em que, não raro, observaremos o emprego de procedimentos legais para a consecução de fins políticos. Ainda assim, enxergar a dimensão política do processo penal é uma tarefa indispensável, porém insuficiente. É preciso dar um passo além. É preciso incorporar à interpretação do Direito juízo político, capaz não só de abandonar as velhas práticas autoritárias, mas também de construir novas práticas.⁽¹³⁾

A avaliação política da maneira pela qual operam os sistemas de justiça criminal latino-americanos representa um compromisso de repensar o Direito e propor mecanismos orientados a domesticar o exercício do poder punitivo, tornando o Direito, na medida do possível, um instrumento de transformação social e de respeito à alteridade.⁽¹⁴⁾

Assim, em apertada conclusão, o papel que o contraditório representa nos dias atuais consiste, pois, na submissão de toda a matéria existente no processo ao debate entre as partes, de forma a contribuir e influenciar na decisão penal, impedindo surpresas. O Ministério Público e a Defesa possuem a expectativa de que uma decisão seja proferida em determinado sentido. Após a promulgação da Constituição Federal, não há mais espaço, portanto, para que o juiz, exclusivamente, determine o destino do caso penal.

Notas

- (1) ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 82.
- (2) NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.
- (3) CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica*. v. I, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 322.
- (4) GIACOMOLLI, Nereu José. *O Devido processo penal: abordagem conforme a*

Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014. p. 149.

- (5) GIACOMOLLI, Nereu José. Op. cit.
- (6) PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistemas de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 21-34.
- (7) Por outro lado, destacam-se, por todos, as vozes de Geraldo Prado e Aury Lopes Jr.: em relação ao art. 385 do Código de Processo Penal, objeto do presente artigo, aponta Geraldo Prado que viola o princípio do contraditório, verdadeira condição de validade da decisão penal. Em suas palavras, como o juiz “*não pode fundamentar sua decisão condenatória em provas ou argumentos que não tenham sido objeto de contraditório, é nula a sentença condenatória proferida quando a acusação opina pela absolvição*” (PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4 ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 116-117). No mesmo sentido, corroborando o entendimento acima reproduzido, Aury Lopes Jr. afirma que “*o Ministério Público é o titular da pretensão acusatória, e, sem o seu pleno exercício, não se abre a possibilidade de o Estado exercer o poder de punir, visto que se trata de um poder condicionado*” (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 10ed., São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1095).
- (8) DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 2ªed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 88.
- (9) Fauzi Hassan Choukr, com acerto e bastante respeito à posição do magistrado de São Paulo, revela o equívoco desse entendimento, pois o destinatário do dispositivo em comento não é o acusador e, sim, o julgador. (CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 7ed., vol. I, Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017. p. 854).
- (10) STJ, HC 229.331/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 27.03.2012.
- (11) CARRANZA, Elías. Derechos humanos, criminalidad y justicia penal en América Latina en el siglo XXI. In: MACHADO, Bruno Amaral (Coord.). *Justiça criminal e democracia*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 393-413.
- (12) Apontamentos manuais da palestra proferida pelo Professor Geraldo Prado, em 08.08.2013, no Congresso em homenagem aos 170 anos do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), cujo tema era: O novo processo penal brasileiro.
- (13) BINDER, Alberto M. *Derecho procesal penal: hermenéutica del proceso penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2013.
- (14) “(...) La función de la ciencia del derecho como función crítica y creativa, corresponde una concepción engagé e de la práctica jurídica. El jurista constitucional no puede serlo solo de una parte o de uno sólo de los planos de ordenamiento, sino que debe ser portador consciente y activo de la dinámica – unidireccional: de arriba, es decir, de la Constitución, hacia abajo – que tensiona internamente esse universo normativo complejo.” (Prólogo de Perfecto Andrés Banez in: FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 7 ed., Madrid: Editorial Trotta. p.13).

Rafael Serra de Carvalho
Pós-graduado em Processo Penal pela
Universidade de Coimbra.
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, Amélia Emy Rebouças Imasaki, Anderson Bezerra Lopes, André Azevedo, André Felipe Pellegrino, Andre Ricardo Godoy, Antonio Baptista Gonçalves, Arthur Sodré Prado, Átila Machado, Beatriz Jubilit, 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 Sugumori Santos, Henrique Buhl Richter, Hugo Leonardo, Hugo Leonardo Rodrigues Santos, Jacqueline Valles, Jamil Chaim Alves, João Anhê Andorfato, Jorge Nader, Jose Carlos Abissamra Filho, José Roberto Coelho de Almeida Akutsu, Lévio Scattolini, Luan Nogueira Moyano, Luana Oliveira, Luis Gustavo Sousa, Luiza Gervitz, Luiza Guedes Piráquine, Manoel Alves da Silva Junior, Marco Aurélio Florêncio Filho, Mariana Chies, Matheus Pupo, Milene Maurício, Milene

Cristina Santos, Octavio Orzari, Pedro Beretta, Pedro Augusto Simões da Conceição, Pedro Machado de Almeida Castro, Rachel Lerner Amato, Rafael de Souza Lira, 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 Filipo, Thiago Tezani, Verônica Carvalho Rahal, Vitor Hugo da Silva, Vinicius Vasconcellos, Wilson Tavares e Yuri Felix.

COLABORADORES DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA:

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

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

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

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

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

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

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

Tiragem: 4.500 exemplares

ENDEREÇO DO IBCCRIM:

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

A tipificação da apropriação de recursos do financiamento eleitoral (art. 354-A do código eleitoral): um novo crime para tentar coibir velhas práticas

Evânio Moura

Atualmente o país vivencia uma grave crise política, resultado de escândalos sucessivos e diários que desvendam esquemas de corrupção e malversação do patrimônio público, não consistindo exagero afirmar que na gênese de referido problema se encontram o financiamento de campanhas eleitorais e o inadequado funcionamento de partidos políticos, notadamente em razão das doações eleitorais, sendo “difícil estabelecer o limite entre mera doação eleitoral (regular ou irregular) e corrupção”.⁽¹⁾

Nesse contexto, passou a merecer especial destaque a premente necessidade de melhor regulamentação do financiamento de campanhas eleitorais e gestão do fundo partidário, devendo referidos temários integrarem o contexto de uma reforma política.

Apesar de discutida por vários meses, foi aprovado de afogadilho, por um parlamento envolto em denúncias de corrupção, um arremedo de reforma, produzida às pressas e sem ouvir os especialistas, resultando na promulgação da Emenda Constitucional 97, de 04.10.2017 (veda as coligações partidárias e estabelece normas para acesso aos recursos do fundo partidário e ao tempo de propaganda eleitoral no rádio e na TV), e na Lei 13.487, de 06.10.2017 (cria o Fundo Especial de Financiamento de Campanha) e Lei 13.488, de 6.10.2017 (altera o Código Eleitoral, a Lei 9.504/97 e a Lei 13.165/15 – Minirreforma Eleitoral).

Referidas leis foram publicadas em edição extraordinária do Diário Oficial da União, poucas horas antes da data limítrofe estabelecida para terem validade no pleito eleitoral de 2018, nos termos do art. 16 da CF, demonstrando o improviso e casuísmo com que são tratados pela classe política temas de extrema relevância.

Nesse contexto, o maior destaque dessa reforma foi a alocação de dinheiro público (fruto do orçamento da União, da arrecadação com as multas eleitorais e de receitas oriundas de cortes no horário eleitoral) para o financiamento das campanhas eleitorais, notadamente em razão da necessidade de se possibilitar a realização de eleições, cobrindo os gastos eleitorais, pois não existe democracia sem dinheiro, sendo imprescindível buscar uma alternativa à vedação às doações eleitorais realizadas por pessoas jurídicas (STF - ADI 4.650/DF).

Nesse sentido fora criado o Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), sendo que estudos iniciais apontam um valor na ordem de 1,7 bilhão de reais a ser destinado para referido Fundo, que será distribuído pelo TSE para todos os partidos políticos (existem hoje 35 partidos em funcionamento, além de 69 pedidos de registro em trâmite no âmbito do TSE), na proporção estabelecida no art. 16-D da Lei 9.504/97.

Com tanto dinheiro disponibilizado aos partidos políticos, entendeu necessário o legislador tipificar o crime de apropriação dos valores ou recursos destinados ao financiamento eleitoral, inserindo o art. 354-A no Código Eleitoral, com a seguinte redação: “Apropriar-se o candidato, o administrador financeiro da campanha, ou quem de fato exerça essa função, de bens, recursos ou valores destinados ao financiamento eleitoral, em proveito próprio ou alheio: Pena – reclusão, de dois a seis anos e multa”. O bem jurídico tutelado nos crimes eleitorais é a “lisura e legitimidade das eleições e do processo eleitoral, a igualdade entre os candidatos e a regularidade da prestação administrativa da Justiça

Eleitoral”.⁽²⁾

Descobre-se que a tipificação do crime contido no art. 354-A do Código Eleitoral protege relevante bem jurídico penal, estando diretamente ligado a realização de eleições livres, configurando a apropriação de recursos ou valores destinados ao financiamento eleitoral a um ato atentatório ao Estado Democrático de Direito e à própria democracia.⁽³⁾

Cuida-se de crime próprio, pois somente pode ser praticado pelo candidato regularmente registrado para disputar mandatos eletivos por determinado partido político ou pelo administrador financeiro da campanha ou quem exerça essa função.

O art. 354-A do Código Eleitoral assemelha-se ao crime de peculato apropriação (art. 312, 1ª parte, Código Penal), implicando a conduta do candidato ou administrador financeiro em apropriar-se, apossar-se, assenhorar-se de recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), não utilizando referidos valores em sua destinação específica, qual seja, financiamento da campanha eleitoral com a possibilidade de se viabilizar o debate de ideais, a apresentação de propostas e de conteúdo programático, buscando ao final o fortalecimento da democracia.

Objetiva o referido tipo penal punir àqueles que fazem das eleições e da gestão partidária um negócio, fomentando a corrupção eleitoral, praticando abusos de toda sorte, devendo-se registrar que infelizmente a ausência de transparência na gestão de recursos do fundo partidário, a corrupção eleitoral e o caixa dois se constituem em práticas rotineiras e que grassam no país, levando à conclusão de que “na democracia brasileira, as eleições são um grande negócio”.⁽⁴⁾

Apresenta-se como consentâneo com a Constituição Federal e com as próprias regras de proteção a relevante bem jurídico que, ao se disponibilizarem recursos públicos aos partidos políticos (entidades privadas – art. 17, CF) para serem gastos nos prélios eleitorais, tenha-se um mecanismo de controle, fiscalização e punição para aqueles que se apropriarem de referidas verbas públicas, destinadas ao financiamento de campanhas eleitorais, ao debate de ideias, à existência dos partidos programáticos e à disputa salutar de mandatos eletivos.

Embora tímida a reforma, pode-se afirmar que representa um alento, diante de um cenário de terra arrasada, aguardando a população brasileira a aprovação de novas mudanças que busquem moralizar a disputa política, evitando fazer da gestão partidária verdadeira profissão e forma de ganhar a vida.⁽⁵⁾

Cuidam-se de práticas antigas que merecem ser extirpadas de nosso cenário, servindo o dispositivo do art. 354-A do Código Eleitoral como uma sinalização de que o desvio de recursos do financiamento eleitoral não deve ser tolerado.

Urge que se busquem mecanismos para fortalecer as mudanças das práticas políticas, alterando vícios arraigados em nosso meio, devendo-se por intermédio da lei e do parlamento encontrar as saídas necessárias para viabilizar eleições livres e que a população volte a ter interesse

na participação política, sendo referida dinâmica inerente ao Estado Democrático de Direito, não se afigurando exagero afirmar que “a política é o único poder ao alcance dos que não têm poder”.⁽⁶⁾

Notas

- (1) LEITE, Alair. TEIXEIRA, Adriano. *Financiamento de partidos políticos, caixa dois eleitoral e corrupção*. In: LEITE, Alair; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e política*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. p. 137.
- (2) GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Crimes eleitorais e processo penal eleitoral*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 21.
- (3) “megaprincípio que transluz em cada um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (incisos I a V do art. 1º da Carta de 1988) e em toda cláusula pétrea explícita da nossa atual experiência constitucional (incisos I a IV do § 4º do art. 60 da mesma Constituição cidadã.” BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 183.

- (4) SAAD-DINIZ, Eduardo; MARCOANTONIO, Jonathan Hernandez. Financiamento corporativo de campanha eleitoral: controle, transparência e integridade. *Boletim Ibccrim*, ano 23, n. 266, p. 5.
- (5) “Há duas maneiras de fazer política. Ou se vive ‘para’ a política ou se vive ‘da’ política”. WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. Tradução: Leônidas Hagenberg. 18 ed. São Paulo: Cultrix, 2011. p. 78.
- (6) INNERARITY, Daniel. *A política em tempos de indignação: a frustração política e os riscos para a democracia*. Tradução: João Pedro George. Rio de Janeiro: LeYa, 2017. p. 18.

Evânio Moura

Doutorando e mestre em Direito pela PUC-SP.
Professor de Direito na Unit-SE e na Fanese-SE.
Advogado.

Imprescritibilidade e as funções da pena

Paulo Roberto Incott Jr.

A atribuição de imprescritibilidade a algumas condutas criminalizadas caminha lado a lado com as propostas de categorização das mesmas como “hediondas” e o agravamento das sanções penais. Em conjunto, formam um dos “kits eleitorais” mais comuns em tempos de democracia fragilizada.

Assim, não é incomum que, logo após notícias sobre crimes chocantes, sigam-se uma série de propostas voltadas à concretização de uma das ferramentas aventadas. Isso não é novo e não é exclusividade brasileira.

Conforme **Shuterland** bem demonstrou em seus estudos, em geral a lei penal é promulgada após um estado de medo ter sido despertado por crimes que ocorrem em rápida sucessão. Num segundo momento, ocorre certa comoção social em conexão com o medo despertado. A atenção da comunidade fica voltada para o tema e as pessoas se manifestam no sentido de estarem se sentindo inseguras. Uma terceira fase se configura com a delegação a alguém (um comitê, nos casos pesquisados por **Shuterland**) para apreciar as recomendações sobre como abordar o problema. Dentre essas recomendações, invariavelmente surgem “empreendedores morais” que propõem a confecção de uma nova norma (ou a elevação da penalidade de uma norma já existente). **Shuterland** conclui que, se do temor não resulta um projeto de lei em pouco tempo, o assunto provavelmente será eventualmente esquecido.⁽¹⁾

Ocorre, porém, que leis penais não podem ser produzidas “a toque de caixa”, com fins populistas e desconectados de um estudo sério que se proponha a analisar ao menos os seguintes elementos: que bem jurídico se quer proteger? Que dados empíricos podem ser oferecidos no sentido de demonstrar a idoneidade da proposta para aumentar a efetiva proteção do bem jurídico delineado? Há lacuna de punibilidade a ser preenchida, ou o Direito Penal já possui, em seu extenso arsenal de condutas tipificadas, a criminalização correspondente ao que se pretende acudir? Qual será o impacto carcerário da medida? Qual será o impacto processual? O projeto define de modo claro a ação ou omissão que se quer criminalizar?

Mesmo que as respostas a essas perguntas sejam oferecidas de modo a justificar o que está sendo proposto, há ainda uma questão relevante a ser considerada. Trata-se do atual estágio de deslegitimação do Sistema Penal⁽²⁾

Sem pender para posições extremadas (abolicionistas), não se pode negar a visceral desconexão do discurso penal com sua efetiva aplicação e seus efeitos.

Com isso em mente, pretende-se, na sequência deste texto, diante

de recentes propostas legislativas no sentido de ampliar o rol de crimes imprescritíveis, avaliar essa medida frente às funções discursivas da pena. Uma vez que a Constituição Federal de 1988 taxou alguns crimes como imprescritíveis (art. 5º, XLII, XLIV),⁽³⁾ vez por outra aventa-se a possibilidade de alargar esse rol. Essas propostas se enquadram nos movimentos descritos nos parágrafos iniciais. Na tentativa de contribuir com um diálogo democrático sobre o assunto, passa-se então a comparar a imprescritibilidade com as funções da pena.⁽⁴⁾

Prevenção especial negativa. Volta-se para o agente. A pena é vista como medida de neutralização. O efeito preventivo seria obtido com o isolamento do indivíduo delinquente, impedindo-o de praticar novos delitos. Nesse caso, a imprescritibilidade não se mostra medida relevante, porque a neutralização teria de ser imediata para atingir seus propósitos preventivos. Se a coação penal não ocorre logo após o cometimento do delito, e se está a afirmar que o delinquente irá forçosamente cometer novos crimes incessantemente, agora que se sabe que foi capaz de fazê-lo uma vez, a passagem do tempo sem a movimentação idônea a conduzi-lo à pena faria cair por terra qualquer tentativa de efetivar a função pretendida.

Prevenção especial positiva. Volta-se para o agente. A pena é tida como meio de ressocialização do indivíduo delinquente. Pune-se para que o Estado tenha oportunidade de educar, curar, disciplinar e readaptar o indivíduo ao convívio social. As objeções quanto à imprescritibilidade condizem com as observações feitas quanto à prevenção especial negativa. Considerando que a negação do instituto legal (art. 5º, XLVII, “b” da CF/88) da prescrição teria por objetivo impedir a impunidade e efetivar a coação estatal, não seria razoável imaginar que a pena aplicada sobre um ato cometido há, digamos, 30 anos (e que assim teria sua penalização hoje impedida diante da norma sobre prazos prescricionais) precise ser agora efetivada com o fim de ressocializar o agente. Seria como afirmar para uma senhora com seus oitenta anos de idade que ela precisa corrigir a postura ao sentar-se, com o fim de evitar o desenvolvimento de uma escoliose no futuro.

Prevenção geral negativa. Volta-se para sociedade. A pena é exemplar. Sua aplicação é vista como mecanismo de aviso e ameaça coletivos. Através da pena, o Estado avisa a todos das consequências do mau comportamento. Dentro dessa lógica, pode-se afirmar que a prescrição é um obstáculo incômodo à efetivação da ameaça. Em especial se o crime vem a conhecimento de todos, a partir dos veículos de informação de massa, o impedimento da aplicação da pena por meio do instituto da prescrição limitaria a capacidade coercitiva da pena.

Duas importantes questões tornam essa afirmação, no mínimo, bastante questionável. A primeira diz respeito à falta de demonstração empírica concreta de qualquer efetividade da ameaça no impedimento da ação típica. Não se produziram estudos que demonstrem, com bases científicas idôneas para o embasamento de uma política-criminal coerente com pressupostos democráticos, a ligação entre a ameaça da pena e a desistência do cometimento do delito. Pelo contrário: o agente que comete a conduta típica, em especial as mais graves, muitas vezes nem representa em seu aparelho psíquico a ameaça da pena e, quando o faz, esta funciona como um desafio ou obstáculo meramente simbólico, gerando muitas vezes a adrenalina relacionada ao enfrentamento de um aparelho de repressão visto como antagônico e violento.

Uma segunda questão relevante diz respeito ao fato de que a aplicação tardia da pena gera percepções díspares na população. Embora um elevado número de pessoas com mentalidade mais conservadora, crente na legitimidade da função retributiva da pena, se satisfaça com a aplicação da sanção penal, um outro grande número de pessoas mais moderadas, mesmo que ainda conservadoras, sente na aplicação da pena de modo tardio um desconforto ético, voltado, principalmente, para a percepção de que se está punindo, em certo sentido, uma *outra* pessoa, dado o amadurecimento experimentamos com o passar do tempo.

Mesmo pessoas que não cometeram delitos graves em sua vida conseguem, com o tempo, olhar para trás com sinceridade e avaliar que foram poupadas de uma série de represálias por seus comportamentos, não porque conduziram sua vida de modo perfeitamente condizente com as normas do Estado, mas porque suas condutas, quando se mostraram em descompasso com o extenso arcabouço legislativo sancionatório, deixou de chamar a atenção do radar punitivo. Não se está com isto afirmando que haja uma equivalência valorativa entre todos os delitos, mas que existe uma ligação claramente perceptível entre o amadurecimento e a capacidade de autocontrole e senso de responsabilidade coletiva.

Prevenção geral positiva. Volta-se para a sociedade. A pena é aplicada com o fim de reforçar a fidelidade à norma. Através de seu uso, o Estado revalida a norma, estabilizando as expectativas sociais de comportamento segundo o ordenamento. Permitir a prescrição seria o mesmo que fazer exatamente o contrário. Seria relativizar a norma, desequilibrando as expectativas, gerando uma informação dúbia à população quanto à efetividade da norma.

A principal objeção a essa colocação diz respeito ao fato de que a demora na atuação do aparato de justiça criminal, seja por sua incapacidade fática de fazer frente à “cifra oculta”, seja devido aos problemas estruturais do sistema judiciário, seja em virtude da seletividade político-criminal, oriunda de interesses diversos, figura como motivo muito mais relevante para ineficácia da função preventiva geral especial do que a prescrição.

A tentativa de jogar a responsabilidade na garantia constitucional que fundamenta a prescrição funciona apenas como meio retórico de

afastar o grave problema gerado pela expansão do Direito Penal e por sua estrutural aplicação diferencial. Tornar um delito imprescritível apenas altera o foco, permitindo a manipulação discursiva (populista) acerca da impunidade, sem uma análise concreta e profunda sobre os reais motivos pelos quais o Estado pune violenta e equivocadamente.

Para finalizar esta análise, mencione-se que nem mesmo diante de funções retributivas a imprescritibilidade se sustentaria. Se tivérmos em conta as versões mais elegantemente construídas do conceito da pena como o “justo preço” devolvido àquele que delinuiu, em decorrência das lições de **Kant**⁽⁵⁾ e **Hegel**,⁽⁶⁾ ainda assim encontraremos um sério obstáculo para a imprescritibilidade: o princípio da proporcionalidade, destacado por esses pensadores em toda a sua teoria de justiça.

Falar de uma pena proporcional, a ser aplicada muitos anos depois da lesão ao bem jurídico, seria uma contradição em termos. A própria noção de equivalência, tão cara a **Kant**, perderia seu suporte diante da passagem do tempo entre o delito e a pena. Sociologicamente, o tempo opera transformações tamanhas, que qualquer sanção aplicada após a passagem dos anos deixaria escoar tanto seu efeito retributivo puro (“vingança” ou “pagamento”) quanto a própria estrutura da proporcionalidade.

Com base no exposto, defende-se que a ampliação do rol de crimes insuscetíveis de prescrição padece de proporcionalidade, efetividade, adequação, enfim, de legitimidade, não se adequando ao diagnóstico realista de aplicação do Sistema Penal em nosso país. Obviamente, isso não significa uma defesa em prol da impunidade de alguns delitos, mas a opção por uma política-criminal fundada na absoluta necessidade de reduzir a irracionalidade e dotar o Direito Penal de reais perspectivas constitucionais de efetividade legítima.

Notas

- (1) BECKER, Howard Saul. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 155-156.
- (2) ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- (3) Para uma análise dos mandados constitucionais de criminalização frente aos princípios constitucionais e tratados internacionais, recomenda-se a leitura do texto: DISSENHA, Rui. Mandados Constitucionais de criminalização: uma análise da questão sob a ótica do Direito Penal nacional. *Revista Raízes Jurídicas*. v. 4, n. 2, jul/dez 2008. pp. 313-350. Disponível em: <http://ojs.up.com.br/index.php/raizesjuridicas/article/view/132>.
- (4) FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- (5) KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2013.
- (6) HEGEL, Georg W. F. *Princípios da filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

Paulo Roberto Incott Jr.
Mestrando em Direito pela UNINTER.
Advogado.

Criminalização da homofobia

Arthur Martins Andrade Cardoso

1. Delimitação do objeto - conceito de homofobia

Preliminarmente, antes de adentrarmos nos argumentos favoráveis e contrários à criminalização da homofobia, imperiosa a sua conceituação.

Maria Berenice Dias nos ensina que: “O termo homofobia foi cunhado em 1972, pelo psicólogo americano **George Weinberg**, para identificar o medo expresso por heterossexuais de estarem na presença

de homossexuais. No entanto, passou a ser utilizado para nominar o conjunto de atitudes negativas em relação a homossexuais, em alusão a situações de preconceito, discriminação contra a comunidade LGBTI.

(...)

Foi somente no final dos anos 1990 que os dicionários registraram pela primeira vez o termo homofobia. Pode ser definida como hostilidade

geral - psicológica e social - contra quem, supostamente, sente desejo ou tem práticas sexuais com indivíduos de seu mesmo sexo. Forma específica de sexismo, a homofobia rejeita todos os que não se conformam com o papel predeterminado para seu sexo biológico. É uma construção ideológica que hierarquiza as sexualidades”.⁽¹⁾

Salo de Carvalho aduz que, segundo **Welzer-Lang**, homofobia seria “a discriminação contra pessoas que mostram, ou a quem se atribui, algumas qualidades (ou defeitos) atribuídos ao outro gênero” (2001, p. 465); **Pocahy** e **Nardi** entendem que “representa todas as formas de desqualificação e violência dirigidas a todas e todos que não correspondem ao ideal normativo de sexualidade” (2007, p. 48); **Junqueira** propõe que a “homofobia pode ser entendida para referir as situações de preconceito, discriminação e violência contra pessoas (homossexuais ou não) cujas performances e ou expressões de gênero (gostos, estilos, comportamentos etc.) não se enquadram nos modelos hegemônicos postos” (2007, p. 153).

Interessante notar como os autores excluem do campo conceitual a ideia tradicional de “temor irracional da homossexualidade” – sobretudo porque implica(ria) a reprodução de uma lógica patologizadora – e trabalham o tema/problema como uma construção social ancorada no estigma e na discriminação contra a homossexualidade (**RIOS**, 2007). A proposição dos autores realiza uma espécie de delimitação conceitual da violência homofóbica que se expressa no preconceito (estigma e discriminação). No entanto, esta delimitação teórica parece privilegiar as formas mais visíveis de violência homofóbica: a violência real ou simbólica interpessoal. Logicamente que este horizonte conceitual não exclui *a priori* as dimensões institucionais e discursivas da homofobia (homofobia de Estado e cultura homofóbica), mas é esta concretização da homofobia como um ato concreto (físico) de preconceito praticado por uma pessoa contra outra que passa a ser o referencial político-criminal de criminalização, sobretudo porque permite a individualização da conduta homofóbica e a consequente responsabilização jurídica do seu autor.

Nessa perspectiva, seria possível conceituar crime homofóbico como as condutas ofensivas a bens jurídicos penalmente protegidos, motivadas pelo preconceito ou pela discriminação contra pessoas que não aderem ao padrão heteronormativo. Significa dizer que, em tese, qualquer conduta prevista em lei como delito poderia ser adequada ao conceito de crime homofóbico desde que o resultado da expressão (motivação) de um preconceito ou discriminação de orientação sexual – por exemplo, homicídios, lesões corporais, injúrias, constrangimentos, estupros.⁽²⁾

Por fim, e não menos importante, o vocábulo “criminalização” significa ato ou efeito de criminalizar⁽³⁾; já o verbo “criminalizar” significa considerar como crime; considerar como criminoso.⁽⁴⁾

2. Criminalização da homofobia - posição favorável

Dos textos analisados que defendem a tese da criminalização da homofobia, entendemos que o maior e melhor argumento para levar a cabo a ideia é o mandado de criminalização de condutas discriminatórias previsto no art. 5º, inciso XLI, da Constituição Federal.

Nessa linha de pensamento, **Luiz Carlos Gonçalves** assevera que:

“A partir da dicção de que a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais, é possível reconhecer um mandado constitucional de criminalização de condutas ofensivas à liberdade de orientação e identidade sexual. A criminalização da homofobia e transfobia tem, portanto, lastro constitucional”.⁽⁵⁾

Idêntica visão foi proferida no Mandado de Injunção 4.733/DF, em parecer da lavra do Procurador-Geral da República, Dr. Ricardo Janot, ementado nestes termos: “Constitucional. Art. 5º, XLI e XLII, da constituição da república. Criminalização da homofobia e da transfobia. Pedido de indenização de vítimas de homofobia.

Não conhecimento. Mandado de criminalização. Configuração de racismo. Lei 7.716/1989. Conceito de raça. Interpretação conforme a constituição. Mora legislativa. Fixação de prazo para o congresso nacional legislar.

1. Não se coaduna com o objeto e o rito de mandado de injunção pedido de condenação do estado a indenizar vítimas de homofobia e transfobia, em virtude de descumprimento do dever de legislar.

2. Deve conferir-se interpretação conforme a Constituição ao conceito de raça previsto na Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, a fim de que se reconheçam como crimes tipificados nessa lei comportamentos discriminatórios e preconceituosos contra a população LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros). Não se trata de analogia in malam partem.

3. O mandado de criminalização contido no art. 5º, XLII, da Constituição da República, abrange a criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas.

4. Caso não se entenda que a Lei 7.716/1989 tipifica práticas homofóbicas, está em mora inconstitucional o Congresso Nacional, por inobservância do art. 5º, XLI e XLII, da CR. Cabe fixação de prazo para o Legislativo sanar a omissão.

5. Existência de projetos de lei em curso no Congresso Nacional não afasta configuração de mora legislativa, ante período excessivamente longo de tramitação, a frustrar a força normativa da Constituição e a consubstanciar inércia deliberandi.

6. A ausência de tutela judicial concernente à criminalização da homofobia e da transfobia mantém o estado atual de proteção insuficiente ao bem jurídico tutelado e de desrespeito ao sistema constitucional.

7. Parecer pelo conhecimento parcial do mandado de injunção e, no mérito, pela procedência do pedido na parte conhecida.

(Manifestação da PGR no MI 4.733/DF, Rel. Ministro Edson Fachin, Requerente: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT), Interessado: Congresso Nacional, 13/09/2016). ”.

Outrossim, na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF, o Procurador-Geral da República ofertou parecer neste sentido: “Constitucional. Art. 5º, XLI e XLII, da constituição da república. Criminalização da homofobia e da transfobia. Não conhecimento do pedido de indenização por danos a vítimas de homofobia. Mandado de criminalização da homofobia. Configuração de racismo. Lei 7.716/1989. Conceito de raça. Interpretação conforme a constituição. Mora legislativa. Fixação de prazo para o congresso nacional legislar.

1. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão possui natureza eminentemente objetiva, sendo inadmissível pedido de condenação do Estado em indenizar vítimas de homofobia e transfobia, em virtude de descumprimento do dever de legislar.

2. Deve conferir-se interpretação conforme a Constituição ao conceito de raça previsto na Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, a fim de que se reconheçam como crimes tipificados nessa lei comportamentos discriminatórios e preconceituosos contra a população LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros). Não se trata de analogia in malam partem.

3. O mandado de criminalização contido no art. 5º, XLII, da Constituição da República, abrange a criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas.

4. Caso não se entenda que a Lei 7.716/1989 tipifica práticas homofóbicas, está em mora inconstitucional o Congresso Nacional, por inobservância do art. 5º, XLI e XLII, da CR. Fixação de prazo para o Legislativo sanar a omissão legislativa.

5. Existência de projetos de lei em curso no Congresso Nacional não afasta configuração de mora legislativa, ante período excessivamente longo de tramitação, a frustrar a força normativa da Constituição e a consubstanciar inércia deliberandi.

6. A ausência de tutela judicial concernente à criminalização da homofobia e da transfobia mantém o estado atual de proteção insuficiente ao bem jurídico tutelado e de desrespeito ao sistema constitucional.

7. Parecer pelo conhecimento parcial da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e, no mérito, pela procedência do pedido na parte conhecida.

(*Manifestação da PGR na ADO 26/DF, Rel. Ministro Celso de Mello, Requerente: Partido Popular Socialista (PPS), Interessado: Congresso Nacional, 15/06/2015*).

Vê-se que o argumento favorável à tese da criminalização da homofobia é embasado, precipuamente, no lamentável, mas constante número de crimes motivados pelo preconceito contra pessoas lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e intersexuais (LGBTI). Tal constatação obriga o Estado a declarar a proteção deficiente desse grupo no que tange a legislação vigente, devendo, portanto, implementar o imperativo constitucional da criminalização de todos os atos discriminatórios dos direitos fundamentais (*in casu*, dignidade sexual).

3. Criminalização da homofobia - posição contrária

Salo de Carvalho, em apertada síntese, afirma que o Direito Penal é ineficiente, não devendo a população LGBTI procurar guarida nesse campo do Direito. Nas palavras do mestre, a mudança deve partir da luta pela conquista das liberdades civis, que já estão sendo travadas e ganhas. De nada adianta criminalizar a homofobia; seu efeito trará, no máximo, função simbólica (sensação de proteção), sem quaisquer reduções efetivas na violência.⁽⁶⁾

4. Conclusão

Infelizmente a discriminação contra as pessoas LGBTI é uma realidade recorrente em nossa sociedade, seja pela violência física e/ou verbal, nas mais variadas formas possíveis e í(ni)magináveis, pautada na abjeta criatividade para o mal que só o ser humano concebe. Partindo de tal premissa, surge inexoravelmente a pergunta: como combatê-la?

Cremos piamente no Direito Penal de *ultima ratio*; tal ramo do Direito só deve intervir para tutelar os bens jurídicos mais importantes à pessoa humana, em que os demais campos não conseguem efetivar sua proteção.

Rejeitamos a moda punitivista, seu discurso de ódio, sua “propaganda enganosa”; o Direito Penal não resolve!

Entendemos que o devido processo legal deve ser seguido à risca; a intervenção estatal deve ser mínima, a tutela penal só deve incidir onde há patente lesividade a bens jurídicos essenciais.

A educação via Direito Penal não existe, ele não educa, deseduca; aliás, talvez eduque – só que, para o crime (veja-se a situação das penitenciárias brasileiras, verdadeiras “faculdades do crime”).

Em suma, identificamo-nos com as doutrinas ditas garantistas (não com as escolas abolicionistas; Direito Penal é um mal necessário; o próprio Estado é um mal necessário).

Feitas tais considerações, passemos a responder a indagação supramencionada:

O combate ao preconceito pela orientação sexual e identidade de gênero dissonante à heterossexualidade perpassa, inevitavelmente, pela criminalização da homofobia.

É certo que a mudança de paradigmas deve ser feita pela educação. Devemos investir em uma educação crítica, com lições que ensinem “a pensar com a própria cabeça”, contestar os dogmas sociais, fazer tábula rasa. Uma mudança nesse plano evidentemente trará maior consciência social, tolerância, respeito à diversidade, até porque o diferente é que dá beleza ao mundo. Somos afetados e afetamos uns aos outros, somos professores e alunos uns dos outros nesta vida!

O que importa nesta vida se não a busca pela felicidade, pelo amor?

Deixando a digressão de lado e nos atendo ao tema, parecemos irrefutável que a Constituição Federal manda criminalizar toda e qualquer conduta discriminatória aos direitos fundamentais, com supedâneo no art. 5º, inciso XLI. Assim, mesmo que consideremos o Direito Penal ineficiente (e ele é), não há espaço para discussão. A Carta Magna impõe a criminalização (mandado de criminalização), cabendo ao Poder Legislativo cumprir o mandamento constitucional, sob pena de violação do texto maior e, por consequência, quebra do Estado democrático e social de direito (isso porque, a Constituição é a norma máxima, devendo ser inteiramente respeitada por todas as pessoas, bem como todos os diplomas legais devem guardar consonância com seus ditames).

Pelo exposto, mesmo entendendo que o Direito Penal não adianta (doutrina garantista), pugnamos que a criminalização da homofobia tem que ocorrer, porquanto é o que preceitua nossa tão combalida Constituição Federal.

Quanto à forma de criminalização, algumas ressalvas:

Acreditamos que todos os crimes contra a honra devem ser descriminalizados (resolve no cível, via compensação pelo dano moral sofrido). Todavia, pela atual legislação, consideramos sensato entender que ofensas à orientação sexual e/ou à identidade de gênero devam ser enquadradas como Injúria, não é o ideal, até porque considerar crime a fala de um indivíduo detestável alimenta mais ainda o preconceito, dá impressão que a conduta imputada é errada, quando na verdade o preconceito exarado que o é, vale dizer: qual o problema de ser lésbica, gay, bissexual, travesti, transexual ou intersexual?

Outrossim, é patente que, para consagrar a Isonomia, deve-se incluir nos crimes previstos na Lei 7.716/89 os termos “orientação sexual e identidade de gênero”.

Por derradeiro, entendemos que deve ser incluído como agravante no rol do art. 61 do Código Penal, a conduta criminosa motivada pela discriminação a orientação sexual e identidade de gênero, capaz, *per se*, de majorar penas de crimes despertados pelo preconceito (homicídios, lesões corporais etc.).

É como pensamos, s.m.j.

Notas

- (1) DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. 6. ed. reformulada. São Paulo: RT, 2014. p. 91.
- (2) CARVALHO. Salo de. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer about the criminalization of homophobia: perspectives starting from the queer criminology. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 99/2012, p. 187-212, nov.-dez. / 2012, DTR\2012\451011. Disponível em: <[http://www.revistadojstribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=i0ad82d9b0000015a7fc8a809ea867a7b&docguid=Iae20fae02eed11e29b420100000000000&hitguid=Iae20fae02eed11e29b420100000000000&spos=1&epos=1&td=18&context=6&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1](http://www.revistadojstribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=i0ad82d9b0000015a7fc8a809ea867a7b&docguid=Iae20fae02eed11e29b42010000000000&hitguid=Iae20fae02eed11e29b420100000000000&spos=1&epos=1&td=18&context=6&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1)>. Acesso em: 27 fev. 2017.
- (3) Dicionário Aurélio. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/dicionario/home.asp>>. Acesso em: 27 fev. 2017.
- (4) Dicionário Aurélio. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/dicionario/home.asp>>. Acesso em: 27 fev. 2017.
- (5) GONÇALVES, Luiz Carlos. *Direito penal: a criminalização da homofobia como forma de proteção de direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/07/03/direito-penal-a-criminalizacao-da-homofobia-como-forma-de-protecao-de-direitos-fundamentais/>>. Acesso em: 27 fev. 2017.
- (6) CARVALHO. Salo de. Op. cit.

Arthur Martins Andrade Cardoso
Pós-Graduando em Direito.
Advogado.

CURSO

CRIMINOLOGIA: DEBATES CONTEMPORÂNEOS



ÀS SEGUNDAS, ÀS 19H. DE 26 DE MARÇO A 7 DE MAIO.

PRESENCIAL E À DISTÂNCIA

Curso destinado a profissionais, pesquisadoras e pesquisadores, bem como estudantes que desejam iniciar suas pesquisas no tema, aprofundando a reflexão, conhecimento e críticas.

REALIZAÇÃO:



LOCAL: Auditório do IBCCRIM

Rua Onze de Agosto, 52, 2º andar – Sé – Centro/SP

IBCCRIM

INSCRIÇÕES ABERTAS

**ATIVIDADES
GRATUITAS**

PARA ASSOCIADAS E ASSOCIADOS

LABORATÓRIO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Curso de iniciação científica para estudantes de graduação em Ciências Humanas.

***Formações semanais até dezembro**



- **GRUPOS DE ESTUDOS AVANÇADOS // ESCOLAS PENAIS**
- **GRUPOS DE ESTUDOS DIREITOS HUMANOS E CIÊNCIAS CRIMINAIS**

Grupos de discussão abertos para estudantes de graduação e pessoas já graduadas.

***Encontros mensais até dezembro**

Conheça as cidades que terão LABORATÓRIOS e GRUPOS DE ESTUDOS em 2018. Informe-se sobre datas de inscrições, requisitos e termos dos processos seletivos: www.ibccrim.org.br

O DIREITO POR QUEM O FAZ

Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Direito Processual Penal. Réu submetido a medidas cautelares diversas da prisão. Direito de deslocamento do acusado para reunir-se com seus defensores.

11.ª Turma

HCN.º 5001532-69.2018.4.03.0000

j. 07.02.2018

Cadastro 5806

Relatório.

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelos advogados José Luis Oliveira Lima, Rodrigo Dall'acqua e Rossana Brum Leques, em favor de M.R. contra decisões da 9ª Vara Federal Criminal de Campinas/SP que, nos autos do inquérito policial nº 0005817-82.2016.4.03.6105 e da ação penal nº 0008559-46.2017.4.03.6105, relativos à denominada **Operação Rosa dos Ventos**, indeferiu os pedidos de deslocamento do paciente até o escrito de advocacia de seus defensores.

Os impetrantes relatam que, em mais de um feito relacionado à citada operação, foi decretada a prisão preventiva do paciente que, entretanto, restou revogada por decisões liminares proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) nos autos do *habeas corpus* nº 149.312/SP, substituindo-a por medidas cautelares diversas da prisão, nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal.

Afirmam que a autoridade impetrada, em cumprimento às decisões do STF, fixou, entre outras, a medida cautelar prevista no art. 319, IV, do Código de Processo Penal, proibindo o paciente “de ausentar-se da cidade de Campinas/SP sem autorização judicial” (ID 1652912).

Afirmam, outrossim, que em atenção às medidas cautelares impostas requereram autorização de deslocamento do paciente até o escritório de seus defensores, localizado no município de São Paulo/SP, pedido que, a despeito da manifestação favorável do *Parquet*, bem como de deferimento por magistrado diverso em anterior pedido idêntico, foi, agora, indeferido.

Os impetrantes sustentam, então, a existência de flagrante constrangimento ilegal nessas decisões, ante a ausência de motivo justo na proibição do paciente de se deslocar até o escritório de seus defensores, “tratando-se de medida arbitrária, que afronta o exercício da ampla defesa e o seu direito de ir e vir” (ID 1652829).

Alegam que a medida cautelar de proibição de ausência da Comarca (CPP, art. 319, IV) tem lugar apenas quando a permanência do sujeito seja conveniente ou necessária à instrução, sendo que, no caso, resta devidamente caracterizada a ausência de risco ou prejuízo às investigações ou ao processo penal nos

breves deslocamentos do paciente de Campinas a São Paulo, para reunir-se com seus defensores.

Aduzem, ainda, que o paciente “já deu claras demonstrações que não pretende atrapalhar o andamento dos procedimentos criminais ou se esquivar de seus termos, muito menos de se furtar de eventual aplicação da lei penal” (ID 1652829).

Apontam a inexistência de razões concretas a justificar o indeferimento dos pedidos, concluindo que as decisões ora impugnadas ofendem a garantia constitucional da ampla defesa (CF, art. 5º, LV), bem como o disposto no art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e no art. 7º, III, da Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia).

Requerem a concessão liminar da ordem, “a fim de que seja autorizado que o paciente possa se deslocar até o escritório de seus advogados, localizado na cidade de São Paulo, mediante o compromisso de prévia comunicação judicial e/ou posterior comprovação do deslocamento, até o julgamento em definitivo da presente impetração” (ID 1652829).

Voto.

O senhor desembargador federal Nino Oliveira Toldo (relator):

A autoridade impetrada indeferiu os pedidos efetuados pela defesa do paciente, nos autos da ação penal e do inquérito policial supracitados, com o seguinte fundamento (ID 1652914):

“(…)”

Fls. 170/172: tal pedido foi apreciado e decidido anteriormente, às fls. 135, nos seguintes termos: “(…) A despeito da manifestação Ministerial de fl. 120, verifico que não foram apresentados argumentos ou documentos aptos a justificar a imprescindibilidade do deslocamento do réu M.R.N. até São Paulo/SP, no dia 10/11/2017. Cabe aos advogados do acusado, devidamente constituídos e remunerados para representá-lo, arcarem com os deslocamentos necessários para atendê-lo nesta cidade, haja vista a plena ciência quanto às cautelares impostas ao réu, especialmente aquela que proíbe a ausência da cidade de Campinas/SP, sem autorização judicial (fl. 93). Isso posto, INDEFIRO o pleito defensivo”.

Ratifico tal decisão e a mantenho por seus próprios fundamentos.

Intime-se.

“(…)”

Fls. 1523/1524 e 1543/1544: tal pedido foi apreciado e decidido no bojo dos autos 0008559-46.2017.4.03.6105 nos seguintes termos:

O DIREITO POR QUEM O FAZ

Tribunal Regional Federal da
3ª Região _____ 2093

JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal _____ 2094
Superior Tribunal de Justiça _____ 2096
Tribunal Regional Federal da
3ª Região _____ 2099
Tribunais de Justiça _____ 2100

“(...) A despeito da manifestação Ministerial de fl. 120, verifico que não foram apresentados argumentos ou documentos aptos a justificar a imprescindibilidade do deslocamento do réu M.R.N. até São Paulo/SP, no dia 10/11/2017.

Cabe aos advogados do acusado, devidamente constituídos e remunerados para representa-lo, arcarem com os deslocamentos necessários para atendê-lo nesta cidade, haja vista a plena ciência quanto às cautelares impostas ao réu, especialmente aquela que proíbe a ausência da cidade de Campinas/SP, sem autorização judicial (fl. 93).

Isso posto, INDEFIRO o pleito defensivo”.

Ratifico tal decisão e a mantenho por seus próprios fundamentos.

O exame da impetração revela, neste juízo de cognição sumária e sem prejuízo da oportuna apreciação do mérito deste writ, a existência de constrangimento ilegal a autorizar a concessão liminar da ordem.

A Constituição Federal consagra, no art. 5º, LV, o princípio da ampla defesa, ao afirmar que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e **aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes**” (destaquei). E a assistência por advogado, que, nos termos do art. 133 do texto constitucional, “é indispensável à administração da justiça”, constitui um dos meios inerentes ao efetivo exercício da ampla defesa, ainda mais em feitos de natureza criminal.

Dito isso, percebe-se que a decisão impugnada, ao indeferir os pedidos de deslocamento do paciente de Campinas a São Paulo, para reunir-se com seus defensores, configura, ao menos neste momento e na situação concreta ora em análise, óbice ao exercício da ampla defesa.

Isso porque o fato de o paciente encontrar-se submetido a medidas cautelares, inclusive limitadoras do pleno exercício do direito de ir e vir, como aquela prevista no inciso IV do art. 319 do Código de Processo Penal, não é capaz, por si, de impedi-lo de reunir-se com seus defensores no escritório destes, situado em município distinto do de sua residência.

Nesse aspecto, registro que os municípios não são muito

distantes, sendo possível a vinda do paciente a São Paulo e seu posterior retorno a Campinas no mesmo dia, inclusive com a observância da medida cautelar de recolhimento domiciliar no período noturno, nos dias de folga, feriados e finais de semana (CPP, art. 319, V), fixadas pelo juízo impetrado (ID 1652912).

Além disso, os escritórios de advocacia são locais apropriados à realização de reuniões com clientes e gozam da prerrogativa legal de inviolabilidade, nos termos do art. 7º, II, do Estatuto da Advocacia.

Considerando, então, a possibilidade de compatibilizar tais medidas com o pleito formulado em favor do paciente, assegurando-se, assim, o exercício da ampla defesa, bem como acautelando a higidez do procedimento investigativo e do processo penal, é o caso de deferir o pedido liminar.

Posto isso, **DEFIRO o pedido de liminar**, assegurando ao paciente o direito de deslocar-se de Campinas, município de sua residência, até o escritório de advocacia de seus defensores, localizado em São Paulo, sem que isso represente descumprimento da medida cautelar prevista no inciso IV do art. 319 do Código de Processo Penal, desde que observadas às restrições a ele impostas pela medida descrita no inciso V deste mesmo dispositivo, fixadas em decisão proferida na origem (ID 1652912).

Ademais, os impetrantes deverão informar previamente ao juízo impetrado, **com antecedência mínima de 24 (vinte e quatro) horas**, o deslocamento do paciente para tal fim e, após sua realização, comprová-lo, **no prazo máximo de 48 (quarenta e oito horas)**.

Solicitem-se informações ao juízo impetrado.

Após a juntada das informações, **dê-se vista** à Procuradoria Regional da República.

Providencie-se o necessário. Publique-se. Intimem-se. Cumpra-se.

Nino Oliveira Toldo
Relator

2094

JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal

Direito Processual Penal. Prisão preventiva. Estabelecimento prisional incompatível com orientação sexual.

1. Não cabe habeas corpus em substituição ao recurso ordinário constitucional. 2. A fundada probabilidade de reiteração criminosa e a gravidade em concreto do crime justificam a decretação da custódia cautelar para a garantia da ordem pública. 3. Acarreta indevida supressão de instância a análise de matéria que não foi submetida a exame da autoridade impetrada. 4. A notícia de que a parte acionante está recolhida em estabelecimento prisional incompatível com a sua orientação sexual autoriza a concessão da ordem de ofício. 5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício.

(STF – Monocrática – HC 152.491 – rel. **Roberto Barroso** – j. 14.02.2018 – public. 20.02.2018 – **Cadastro 5807**)

Direito Penal. Furto. Crime impossível.

1. A forma específica mediante a qual os funcionários do estabelecimento vítima exerceram a vigilância direta sobre a conduta do paciente, acompanhando ininterruptamente todo o *iter criminis*, tornou impossível a consumação do crime, dada a ineficácia absoluta do meio empregado. Tanto isso é verdade que, no momento em que se dirigia para a área externada do estabelecimento comercial sem efetuar o pagamento do produto escolhido, o paciente foi abordado na posse do bem, sendo esse restituído à vítima. 2. De rigor, portanto, diante dessas circunstâncias, a incidência do art. 17 do Código Penal, segundo o qual “não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime”. 3. Esse entendimento não conduz, automaticamente, à atipicidade de

toda e qualquer subtração em estabelecimento comercial que tenha sido monitorada pelo corpo de seguranças ou pelo sistema de vigilância, sendo imprescindível, para se chegar a essa conclusão, a análise individualizada das circunstâncias de cada caso concreto. 4. Recurso provido para conceder a ordem de habeas corpus, reconhecendo-se a atipicidade da conduta imputada ao paciente na Ação Penal 0000802-76.2016.8.24.0039, com fundamento no art. 17 do Código Penal. 5. Com fundamento diverso, votaram pelo provimento do recurso os eminentes Ministros Celso de Mello e Edson Fachin.

(STF – 2.^a T. – RCH 144.516 – rel. **Dias Toffoli** – j. 22.08.2017 – public. 06.02.2018 – **Cadastro 5808**)

Direito Processual Penal. Competência. Conjugação entre prerrogativa de foro e competência *ratione loci*.

I – Nos termos do art. 108, I, da Constituição, compete aos Tribunais Regionais Federais processar e julgar, originariamente, os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral. Com base nesse dispositivo, que traz hipótese de competência por prerrogativa de foro, o relator original, Ministro Edson Fachin, determinou a remessa dos autos ao TRF3. II – Ocorre que, diversamente dos juízes federais, os procuradores da república não estão vinculados necessariamente a um dos Tribunais Regionais Federais. Na época dos fatos, o requerente Ângelo Goulart Villela atuava como Procurador da República exclusivamente no âmbito do Tribunal Regional Federal da 1.^a Região. III – Assim, aquele tribunal regional é o competente para julgá-lo em razão da competência *ratione loci*, que deve ser conjugada com a competência por prerrogativa de foro. Ademais, há de se ter em conta o princípio da ampla defesa, do qual decorre ser mais benéfico ao Procurador defender-se no local onde reside, tem domicílio e exerce ou exercia as suas funções. IV – Não há notícia de que o requerente esteja afetando de qualquer maneira a ordem pública, a ordem econômica, interferindo na instrução criminal ou obstando a aplicação da lei penal. V – Não mais subsistem, portanto, as razões para manutenção da prisão preventiva. VI – Ordem concedida, em razão do empate, para fixar a competência do Tribunal Regional Federal da 1.^a Região para julgar o requerente, bem como para revogar sua prisão preventiva, impondo-lhe, com fundamento no art. 319 do Código de Processo Penal, medidas cautelares diversas da prisão. VII – Extensão da medida a corréu, presente semelhante contexto fático e jurídico.

(STF – 2.^a T. – Ag.Rg. 7.063 – rel. **Edson Fachin** – j. 01.08.2017 – public. 06.02.2018 – **Cadastro 5809**)

Direito Processual Penal. Garantia da duração razoável do processo. Demora injustificada.

I – Decreto de prisão preventiva que apresenta fundamentação idônea para garantia da ordem pública e conveniência da ação penal. II – A demora excessiva para o julgamento do feito no TJSP, decorrente de sucessivas substituições de relatorias, no total de três, configura negativa de prestação jurisdicional e flagrante constrangimento ilegal sofrido pelo paciente, aptos a justificar a concessão da ordem de modo a que seja determinado o imediato julgamento daquela ação. III – Ordem denegada, com habeas corpus concedido de ofício, para determinar ao Tribunal de Justiça do

Estado de São Paulo apresente a Apelação 90000668220108260224 em mesa para julgamento até a 2.^a (segunda) sessão, ordinária ou extraordinária, subsequente à comunicação desta decisão.

(STF – 2.^a T. – HC 139.166 – rel. **Ricardo Lewandowski** – j. 08.08.2017 – public. 06.02.2018 – **Cadastro 5810**)

Direito Processual Penal. Colaboração Premiada. Necessidade de corroboração.

1. A colaboração premiada é meio de obtenção de prova (artigo 3.^o da Lei 12.850/2013). Não se placita, antes ou depois da Lei 12.850/2013, condenação fundada exclusivamente nas declarações do agente colaborador. 2. A presunção de inocência, princípio cardinal no processo criminal, é tanto uma regra de prova como um escudo contra a punição prematura. Como regra de prova, a formulação mais precisa é o standard anglo saxônico no sentido de que a responsabilidade criminal deve ser provada acima de qualquer dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*), o qual foi consagrado no art. 66, item 3, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. 2.1. Na espécie, ausente prova para além de dúvida razoável da participação do acusado, Deputado Federal, nos crimes licitatórios praticados com verbas decorrentes de emendas orçamentárias de sua autoria, do recebimento de vantagem indevida em decorrência das emendas orçamentárias, ou de associação perene a grupo dedicado à prática de crimes contra a administração pública, particularmente no que diz quanto à aquisição superfaturada de ambulâncias com recursos federais. 3. Ação penal julgada improcedente.

(STF – 1.^a T. – AP 676 – rel. **Rosa Weber** – j. 17.10.2017 – public. 06.02.2018 – **Cadastro 5811**)

Direito Processual Penal. Prisão preventiva. Requisitos autorizadores.

1. Na esteira da pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a superveniente alteração do quadro processual, resultante da prolação de outra decisão pelo Superior Tribunal de Justiça, corresponde a novo ato, a ser desafiado por ação própria. Entretanto, as peculiaridades do caso concreto, expostas por ocasião dos debates realizados durante o julgamento, autorizam, excepcionalmente, o conhecimento da presente ação contra o julgado colegiado do STJ. 2. É do entendimento da Corte que o habeas corpus fica prejudicado apenas se a sentença condenatória que mantém o condenado preso se vale de fundamentos diversos daqueles adotados pelo decreto de prisão preventiva, o que não ocorreu na espécie vertente (v.g. HC nº 122.939/DF, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 6/10/14). 3. A sentença condenatória, ainda que tenha agregado outros argumentos de natureza retórica, amparou-se essencialmente nos mesmos fundamentos do primitivo decreto de prisão preventiva – garantia da ordem pública, em face do risco de reiteração criminosa e da gravidade concreta da conduta - para manter a custódia do paciente. 4. Embora o paciente tenha sido condenado na AP nº 470, foi extinta sua punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, tornando essa imputação um nada jurídico. 5. Logo, não se poderia fazer remissão àquela imputação para justificar sua prisão preventiva, a pretexto de maus antecedentes ou de risco de reiteração delitiva. 6. Os fatos que deram ensejo ao aventado risco de reiteração delitiva estavam longe de ser contemporâneos à manutenção do decreto prisional. 7. Em consequência, por ter

sido decretada muito tempo após a última intercorrência ilícita noticiada, o título não deve subsistir por esse fundamento. 8. Como destacado por esse Colegiado no julgamento do HC nº 127.186/PR, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 3/8/15, por mais graves e reprováveis que sejam as condutas supostamente perpetradas, isso não justifica, por si só, a decretação da prisão cautelar. 9. O princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII), como norma de tratamento, significa que, diante do estado de inocência que lhe é assegurado, o imputado, no curso da persecução penal, não pode ser tratado como culpado nem ser a esse equiparado. 10. Descabe a utilização da prisão preventiva como antecipação de uma pena que nem sequer foi confirmada em segundo grau, pois, do contrário, estar-se-ia implementando verdadeira execução provisória em primeiro grau, contrariando o entendimento fixado pela Corte no julgamento do HC nº 126.292/SP, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 17/5/16. 11. Entendimento diverso importaria na restauração do instituto da prisão preventiva obrigatória, *ratio* da primeira redação do art. 312 do Código de Processo Penal, a qual estabelecia essa modalidade odiosa de constrição nos crimes cuja pena máxima cominada fosse igual ou superior a 10 (dez) anos, tendo sido acertadamente revogada pela Lei nº 5.349/73. 12. Ordem de habeas corpus concedida para se revogar a prisão preventiva do paciente, sem prejuízo de que o juízo de primeiro grau venha a fixar eventuais medidas cautelares dela diversas (art. 319, CPP).

(STF – 2.ª T. – Ag.Rg. Ag.Rg. HC 140.312 – rel. **Edson Fachin** – j. 25.04.2017 – public. 01.02.2018 – **Cadastro 5812**)

Direito Processual Penal. Prisão preventiva. Conversão em prisão domiciliar.

Prisão em flagrante. Prisão preventiva. Conversão em prisão domiciliar. Possibilidade, desde que comprovada qualquer das situações excepcionais referidas no rol taxativo constante do art. 318 do CPP. Para a concessão da prisão domiciliar, no entanto, que traduz mera faculdade judicial, não basta a condição de maternidade, impondo-se ao poder judiciário, para esse específico efeito, o exame favorável da conduta e da personalidade da agente e, sobretudo, a conveniência e o atendimento ao superior interesse do menor. Regras de Bangkok promulgadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Inovações introduzidas no direito interno brasileiro: CPP, LEP, Lei das Medidas Cautelares e Lei da Primeira Infância. Outorga de tratamento diferenciado à mulher presa que ostente, entre outras condições, a de ser mãe de criança menor de 12 anos de idade. Legitimidade desse tratamento, que também se justifica pela necessidade de respeito ao postulado da dignidade da pessoa humana e de observância do princípio constitucional que consagra o dever estatal de proteção integral da criança. Incidência da Convenção das Nações Unidas sobre os direitos da criança. Precedentes do Supremo Tribunal Federal, particularmente de sua colenda segunda turma. Paciente que comprovadamente possui filha menor de 12 anos de idade (CPP, art. 318, inciso V). Circunstâncias que recomendariam, no caso, o exercício da faculdade prevista no art. 318 do CPP. Medida cautelar deferida.

(STF – Monocrática – MC HC 152.090 – rel. **Celso de Mello** – j. 08.02.2018 – public. 14.02.2018 – **Cadastro 5813**)

Jurisprudência compilada por
Vivian Peres da Silva.

Superior Tribunal de Justiça

Direito Processual Penal. Prova ilícita. Sigilo de dados contidos em aparelho telefônico.

1. Embora a situação retratada nos autos não esteja protegida pela Lei n. 9.296/1996 nem pela Lei n. 12.965/2014, haja vista não se tratar de quebra sigilo telefônico por meio de interceptação telefônica, ou seja, embora não se trate violação da garantia de inviolabilidade das comunicações, prevista no art. 5º, inciso XII, da CF, houve sim violação dos dados armazenados no celular do recorrente (mensagens de texto arquivadas - WhatsApp). 2. No caso, deveria a autoridade policial, após a apreensão do telefone, ter requerido judicialmente a quebra do sigilo dos dados armazenados, haja vista a garantia, igualmente constitucional, à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, prevista no art. 5º, inciso X, da CF. Dessa forma, a análise dos dados telefônicos constante dos aparelhos dos investigados, sem sua prévia autorização ou de prévia autorização judicial devidamente motivada, revela a ilicitude da prova, nos termos do art. 157 do CPP. Precedentes do STJ. 3. Recurso em habeas corpus provido, para reconhecer a ilicitude da colheita de dados do aparelho telefônico dos investigados, sem autorização judicial, devendo mencionadas provas, bem como as derivadas, serem desentranhadas dos autos.

(STJ – 5.ª T. – RHC 89.981 – rel. **Reynaldo Soares da Fonseca** – j. 05.12.2017 – public. 13.12.2017 – **Cadastro 5814**)

Direito Penal. Estatuto da Criança e do Adolescente. Medida socioeducativa de internação.

1. Dispõe o art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente que a aplicação de medida socioeducativa de internação é possível nas seguintes hipóteses: pela prática de ato infracional praticado mediante grave ameaça ou violência contra a pessoa; pela reiteração no cometimento de outras infrações graves; ou pelo descumprimento reiterado e injustificado de medida anteriormente imposta. 2. O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente, conforme consignado no enunciado da Súmula n. 492 do STJ. 3. A medida socioeducativa extrema está autorizada nas hipóteses taxativamente elencadas no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o que denota a ilegalidade da constrição determinada em desfavor do ora paciente, com base na gravidade abstrata do ato infracional. 4. Muito embora não se possa considerar inexpressiva a quantidade de entorpecente apreendida em poder do adolescente - 85g (oitenta e cinco gramas) de maconha -, deve ser considerada a primariedade do paciente, não havendo nem sequer notícia sobre eventual existência de outros processos nos quais se impute ao menor a prática de atos infracionais, evidenciando a possibilidade de aplicação de medida socioeducativa de semiliberdade. 5. *Habeas corpus* parcialmente

concedido para, ratificando a liminar, determinar a aplicação da medida socioeducativa de semiliberdade ao paciente.

(STJ – 6.^a T. – HC 412.639/SP – rel. **Antonio Saldanha Palheiro** – j. 12.12.2017 – public. 19.12.2017 – **Cadastro 5815**)

Direito Processual Penal. Conflito de Competência entre Justiça Estadual e Justiça Federal. Falta de interesse da União.

1. De acordo com o disposto no art. 109, incisos IV e V, da Carta Magna, a competência penal da Justiça Federal somente se instaura se houver ofensa a bens, serviços ou interesses da União, ou se o crime praticado estiver previsto em tratados ou convenções internacionais, comprovada a internacionalidade do fato. 2. Situação em que o investigado teria ludibriado a vítima, induzindo-a a pagar por gabarito de prova de concurso público para Marinheiro de Máquina de Convés que se revelou, posteriormente, como um gabarito em descompasso com o oficial. 3. Se não chegou a haver o vazamento do verdadeiro gabarito do concurso - situação em que estaria demarcado o interesse federal -, o suposto golpe sofrido por particular ao pagar por gabarito com respostas erradas do concurso corresponde a estelionato envolvendo unicamente particulares e que somente afetou o patrimônio privado do particular, não se arranhando nem mesmo a imagem da Marinha do Brasil. Inexistindo lesão a interesse da União, é de se reconhecer a competência da Justiça Estadual para a condução do inquérito policial. 4. Conflito conhecido, para declarar competente para a condução do inquérito policial o Juízo de Direito da Vara Criminal de Areia Branca/RN, ora suscitado.

(STJ – 5.^a S. – CComp. 154.507/RN – rel. **Reynaldo Soares da Fonseca** – j. 13.12.2017 – public. 15.12.2017 – **Cadastro 5816**)

Direito Penal e Processual Penal. Revisão Criminal. Adoção de novo entendimento jurisprudencial mais benigno.

1. Ao negar seguimento a recurso especial da defesa, com amparo no enunciado n. 83 da Súmula/STJ, compara-se o tratamento dado ao mérito da controvérsia pelo Tribunal de segundo grau com o entendimento prevalente nesta Corte sobre o mesmo tema. Nesse sentido, é de se reconhecer a existência de exame de mérito da controvérsia apto a definir a competência deste Tribunal para o exame da revisão criminal. Inteligência do art. 240 do Regimento Interno do STJ. 2. Cabível o manejo da revisão criminal fundada no art. 621, I, do CPP em situações nas quais se pleiteia a adoção de novo entendimento jurisprudencial mais benigno, desde que a mudança jurisprudencial corresponda a um novo entendimento pacífico e relevante. 3. A jurisprudência desta Corte tem entendido que o crime de estelionato previdenciário praticado para que terceira pessoa possa se beneficiar indevidamente da fraude tem natureza de crime instantâneo com efeitos permanentes, devendo ser contado o prazo prescricional a partir do recebimento da primeira prestação do benefício indevido. A orientação se alinha com o entendimento exarado pela Corte Suprema, ao examinar o Agravo Regimental no ARE n. 663.735/ES, quando reconheceu a natureza binária do crime de estelionato previdenciário, a depender de quem pratica a conduta, o próprio beneficiário da vantagem indevida ou um intermediário para que terceira pessoa receba o benefício previdenciário ilicitamente. 4. No caso concreto, reconhecida a natureza jurídica do delito como crime instantâneo de efeitos permanentes, o termo inicial do prazo prescricional é a data do pagamento da prestação do primeiro benefício indevido

que ocorreu em março/1985. Dado que a pena máxima em abstrato cominada para o delito do art. 171, § 3º, do CP é de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses, aplica-se-lhe o prazo prescricional de 12 (doze) anos, previsto no art. 109, III, do CP. Vê-se, assim, que a prescrição do direito estatal de exercer o *jus puniendi* ocorreu em 1997. Entretanto a denúncia somente veio a ser recebida em 03/08/2004. 5. Não há como se reconhecer a existência de erro judiciário capaz de gerar indenização por injusta condenação (art. 630, CPP) se a sentença condenatória fundou-se em interpretação jurisprudencial controversa à época da condenação e que somente veio a se firmar após a confirmação da sentença pelo Tribunal de segundo grau. 6. Rescindida a condenação, tem direito o autor à devolução dos valores que pagou, indevidamente, a título de pena de multa, devidamente atualizados pelos índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal e acrescidos de juros de mora contados a partir do trânsito em julgado da revisão criminal. 7. Revisão criminal que se julga procedente, para reconhecer a prescrição da pretensão punitiva do requerente em relação à condenação que lhe foi imposta pelo Juízo Federal da 8ª Vara Criminal da Seção Judiciária de São Paulo, na Ação Penal n. 2000.61.81.000278-5/SP.

(STJ – 3.^a S. – Rev.Crim. 3.900/SP – rel. **Reynaldo Soares da Fonseca** – j. 13.12.2017 – public. 15.12.2017 – **Cadastro 5817**)

Direito Processual Penal. Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido. Inépcia da denúncia. Sigilo de dados contidos em aparelho telefônico da vítima. Prova lícita.

1. A denúncia não descreve a conduta do recorrente quanto à imputação de porte ilegal de arma de fogo, não sendo possível identificar como teria ele contribuído para a consecução desse delito. 2. Não há ilegalidade na perícia de aparelho de telefonia celular pela polícia na hipótese em que seu proprietário - a vítima - foi morto, tendo o referido telefone sido entregue à autoridade policial por sua esposa, interessada no esclarecimento dos fatos que o detinha, pois não havia mais sigilo algum a proteger do titular daquele direito. 3. Recurso parcialmente provido, apenas para trancar a ação penal em relação ao recorrente, quanto à imputação concernente ao crime previsto no art. 14 da Lei n. 10.826/2003, por inépcia formal da denúncia, sem prejuízo de que outra seja oferecida.

(STJ – 6.^a T. – RHC 86.076/MT – rel. **Sebastião Reis Júnior** – rel. p/ acórdão **Rogério Schietti Cruz** – j. 19.10.2017 – public. 12.12.2017 – **Cadastro 5818**)

Direito Processual Penal. Medida cautelar diversa da prisão. Revogação.

1. A pretensão de combater o afastamento do cargo, função ou mandato é, em princípio, incompatível com a via do habeas corpus. Todavia, acaso imposto conjuntamente com medidas que impliquem restrição à liberdade de locomoção, possível seu exame nesta via mandamental, como no caso dos autos, em que determinado o afastamento cautelar das funções de vereador e presidente da Câmara Municipal com a proibição de acesso às dependências do Órgão Legislativo. Precedentes. 2. O Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADI 55/26/DF, firmou o entendimento no sentido de que compete ao Poder Judiciário impor, por autoridade própria, as medidas cautelares a que se refere o artigo 319 do CPP a Parlamentares, devendo, todavia, remeter à Casa Legislativa respectiva para os fins do

disposto no artigo 53, § 2º, da Constituição Federal, desde que a medida cautelar aplicada impossibilite, direta ou indiretamente, o exercício regular do mandato parlamentar. 3. O artigo 53, § 2º, da Constituição Federal, que instituiu a denominada incoercibilidade pessoal relativa, refere-se a deputados federais e senadores, disposição estendida a deputados estaduais por determinação do artigo 27, § 1º, do texto constitucional e por incidência do princípio da simetria, não estando os vereadores incluídos em tais disposições. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (ADI 371/SE e HC n. 94.059/RJ). 4. Possível, pois, juridicamente, que o Juiz de primeiro grau, fundamentadamente, imponha aos parlamentares municipais as medidas cautelares de afastamento de suas funções legislativas sem necessidade de remessa à Casa respectiva para deliberação. 5. As medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal exigem, tal qual a prisão preventiva, a demonstração concreta do *fumus comissi delicti* e a presença de uma das hipóteses previstas no artigo 312 do CPP, não constituindo efeito automático da infração penal. 6. No caso, o *fumus comissi delicti* restou assentado na existência de elementos probatórios a indicar que o recorrente integra suposta organização criminosa formada por empresas pernambucanas com atuação no estado do Rio Grande do Norte, as quais, mediante a formação de cartel, pagamentos de propinas a servidores públicos da SEMSUR, fraudes e dispensa a processos licitatórios, causaram prejuízos aos cofres públicos em cifras milionárias, existindo indícios de que as práticas perdurariam até o início deste ano. 7. A medida cautelar de afastamento das funções públicas prevista no artigo 319, VI, do CPP, exige a demonstração cumulativa do nexo funcional entre o delito praticado e a atividade funcional desenvolvida pelo agente e sua imprescindibilidade para evitar a continuidade da utilização indevida do cargo/emprego/mandato pelo autor para a consecução de seus objetivos espúrios em usurpação aos interesses públicos inerentes à função. 8. Ante a ausência de demonstração concreta da forma pela qual o exercício do mandato de vereador, por si só, teria exercido sobre a continuidade do domínio de fato sobre a Secretaria da SEMSUR pelo recorrente, de rigor a revogação desta medida, sob pena de violação da necessidade de fundamentação das decisões judiciais, não podendo, o nexo funcional ser presumido pelo mero contato que, eventualmente, possa este ter com o atual presidente da Câmara Municipal ou chefe do Poder Executivo Municipal. 9. Independentemente da moralidade ou imoralidade na continuidade do exercício do cargo de vereador pelo recorrente atualmente processado por crimes contra a Administração Pública e organização criminosa, certo é que o papel do Poder Judiciário é fazer observar e cumprir as disposições constantes do ordenamento jurídico, não sendo legitimado a atrair, para si, responsabilidades de decisões políticas inerentes ao exercício do sufrágio. 10. No caso dos autos, restou, concretamente, demonstrada a necessidade de afastamento cautelar do recorrente apenas quanto ao exercício das funções de Presidente da Câmara Municipal, já que os elementos colacionados aos autos, bem como as afirmações constantes das decisões recorridas, demonstram que, por vezes, a despeito de ter se afastado da titularidade da SEMSUR em abril de 2015 para reassumir o mandato de vereador e Presidente da Câmara Municipal, o recorrente se valia do prestígio inerente à função de Presidente para continuar, de fato, com amplo controle político-administrativo sobre a SEMSUR, razão pela qual resta esta cautelar, no ponto, mantida. 11. A imposição das medidas cautelares previstas no artigo 319, VI, do CPP, não estão sujeitas a prazo definido, todavia, sua duração deve observância aos princípios

da proporcionalidade e razoabilidade, os quais são observados a partir do momento em que estabelecido o período de afastamento das funções públicas e a demonstração concreta acerca de sua necessidade por aquele período para a consecução dos objetivos almejados por sua imposição. 12. O prazo de afastamento cautelar das funções de Presidente da Câmara Municipal fora estabelecido de forma diferenciada pelo Magistrado conforme houvesse ou não o oferecimento de denúncia, sem, contudo, indicar as razões fáticas que justificassem a adoção deste fator de discriminação. Assim, pela máxima *in dubio pro reo* deve ser mantido, por ora, o afastamento cautelar das funções de Presidente da Câmara Municipal pelo menor prazo fixado pelo Magistrado sem prejuízo, conforme disposição do artigo 316 do CPP, de sua revogação ou prorrogação. 13. Recurso ordinário parcialmente provido para revogar a decisão que determinou o afastamento cautelar das funções de vereador do recorrente, com o seu imediato retorno às atividades parlamentares da vereança, sem prejuízo de nova decretação acaso devidamente fundamentado (em relação ao mandato de parlamentar em si), bem como definir que o prazo de afastamento da função de Presidente da Câmara Municipal perdure até 22/11/2017, sem prejuízo de sua revogação ou prorrogação pelo Magistrado de primeiro grau conforme verificação de sua imprescindibilidade para a instrução criminal, aplicação da lei penal e garantia da ordem pública.

(STJ – 5.ª T. – RHC 88.804/RN – rel. **Reynaldo Soares da Fonseca** – j. 07.11.2017 – public. 14.11.2017 – **Cadastro 5819**)

Direito Processual Penal. Prisão preventiva. Conversão em prisão domiciliar.

1. A Lei n. 13.257/2016 estabelece conjunto de ações prioritárias a serem observadas na primeira infância (0 a 6 anos de idade), mediante “princípios e diretrizes para a formulação e implementação de políticas públicas [...] em atenção à especificidade e à relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano” (art. 1º), em consonância com o Estatuto da Criança e do Adolescente. 2. A novel legislação teve reflexos no Código de Processo Penal, que imprimiu nova redação ao inciso IV do seu art. 318, além de acrescentar-lhe os incisos V e VI. Tais mudanças encontram suporte no próprio fundamento que subjaz à Lei n. 13.257/2016, notadamente a garantia do desenvolvimento infantil integral, com o “fortalecimento da família no exercício de sua função de cuidado e educação de seus filhos na primeira infância” (art. 14, § 1º). 3. Na espécie, muito embora haja o Juízo de primeiro grau, ao decretar a prisão preventiva, destacado concretamente à periculosidade da paciente, não há notícias de que ela ostente antecedentes criminais. Ademais, cuida-se de pessoa que comprovou possuir dois filhos menores, um de 8 anos de idade (K. G. D. S., nascido em 14/3/2009) e outro de 12 anos de idade (F. D. S., nascido em 21/6/2005). 4. Ordem concedida para substituir a custódia preventiva da ré por prisão domiciliar caso não esteja presa por outro motivo. Fica a cargo do Juízo monocrático a fiscalização do cumprimento do benefício.

(STJ – 6.ª T. – HC 411.779 – rel. **Rogério Schietti Cruz** – j. 06.02.2018 – public. 15.02.2018 – **Cadastro 5820**)

Jurisprudência compilada por
Milene Maurício
e Vivian Peres da Silva.

Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Direito Processual Penal. Prisão preventiva. Substituição por medidas cautelares diversas da prisão.

1. No caso, os pacientes foram presos pela suposta prática do crime de moeda falsa. 2. Sublinhe-se, por primeiro, que a gravidade concreta do delito não se revela extrema a atentar contra a ordem pública de modo intenso. Nesse sentido é que não há que se falar em ocorrência de violência ou grave ameaça, nem a utilização de arma de fogo no *iter criminis*. 3. Observe-se, bem assim, que o Juiz impetrado em momento algum nega a primariedade e os bons antecedentes dos pacientes, conquanto afirme que tais condições “por si só não afastam a possibilidade da custódia provisória, quando presentes os elementos que a autorizam”. 4. De fato, a ausência de antecedentes criminais não obsta a prisão preventiva, embora sejam elementos a serem considerados na análise do pedido de liberdade provisória. 5. Entretanto, na presente hipótese a prisão ocorreu pela suposta gravidade do delito, que, porém, não se mostra extrema. 6. Por outro lado, verifica-se que não há, até o momento, comprovação do cometimento de outros delitos da mesma natureza, tanto que a única referência que a autoridade impetrada faz à suposta reiteração delitiva por parte dos pacientes é em relação ao fato de Francielle ter declarado que há cerca de 15 dias estavam a passar cédulas falsas no comércio local e que “contra eles milita o fato de terem sido apreendidos comprovantes de depósitos no importe de quase R\$ 2.000,00, isto em 30/08/2017 e 05/09/2017, em favor de terceiros ainda não identificados, fato que concretamente demonstra que vinham adquirindo e colocando em circulação moeda falsa, há dias, cientes da sua falsidade”. 7. Tenha-se em vista, todavia, que a declaração de Francielle não tem o condão de afastar a presunção de inocência que milita em seu favor, e menos ainda o fato de terem sido apreendidos comprovantes de depósitos em nome de desconhecidos, tratando-se, portanto, de mera conjectura a afirmação de que os acusados já cometeram outras vezes o crime de moeda falsa e que podem iterar a prática delituosa. 8. Note-se também que, de forma frequente, tem a jurisprudência se manifestado no sentido de que a gravidade abstrata do delito, por si, não justifica o decreto de prisão preventiva, devendo ser analisada o caso concreto à luz de suas peculiaridades, bem como das condições pessoais do paciente. 9. O decreto prisional foi fundamentado também como forma de assegurar a aplicação da lei penal. Ocorre que também aqui os elementos apresentados não se mostram aptos à manutenção da prisão cautelar, tratando-se de fundamentação genérica a afirmação de que os pacientes não têm ocupação honesta e nada apresentam que os prendam ao distrito da culpa. 10. Ordem concedida.

(TRF3 – 4.^a V. – HC 0004031-48.2017.4.03.0000/SP – rel. **José Lunardelli** – j. 12.12.2017 – public. 10.01.2018 – **Cadastro 5821**)

Direito Processual Penal. Quebra de sigilo bancário sem autorização judicial. Prova ilícita.

Conforme precedentes do C. STJ e da Quarta Seção deste Regional, a quebra do sigilo bancário para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, nos termos do art. 5º, XII, da Constituição Federal, está sujeita à prévia autorização judicial. Hipótese em que a prova da materialidade encontra-se em procedimento administrativo no bojo do qual a Receita Federal, com fundamento no art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001,

obteve dados acobertados por sigilo mediante requisição direta às instituições bancárias, sem prévia autorização judicial. Reconhecida a ilicitude do compartilhamento de dados obtidos pela Receita Federal com o Ministério Público Federal, para fins penais, e estando a materialidade delitiva demonstrada exclusivamente com base em tais elementos (ou em provas deles derivadas), tem-se que a ação penal padece de nulidade

desde o início. Ordem concedida para declarar a nulidade da ação penal *ab initio*, por falta de justa causa, e determinar o desentranhamento dos documentos obtidos ilicitamente, ficando ressalvada a possibilidade de nova denúncia ser oferecida após a devida autorização judicial para a utilização dos documentos protegidos pelo sigilo.

(TRF3 – 5.^a V. – HC 0004050-54.2017.4.03.0000/SP – rel. **José Lunardelli** – j. 12.12.2017 – public. 02.02.2018 – **Cadastro 5822**)

Direito Penal. Crime contra a ordem tributária. Princípio da insignificância.

1. Consoante orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC nº 84.412/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello, a aplicação do princípio da insignificância, como fator de descaracterização material da tipicidade penal, deve ser analisada em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima. 2. À luz da análise desse princípio, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que a conduta é atípica quando o valor dos impostos incidentes não ultrapassa o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), previsto na Portaria nº 75/2012, do Ministério da Fazenda (STF, HC 126.191/PR, Primeira Turma, maioria, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 03.03.2015, DJe 07.04.2015). 3. O Superior Tribunal de Justiça, em recurso representativo da controvérsia, fixou a orientação de que o princípio da insignificância aplica-se quando o valor dos tributos incidentes não ultrapassa o limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), previsto no art. 20 da Lei nº 10.522/2002. 4. Quanto ao parâmetro monetário do princípio da insignificância, as multas e os juros inseridos nos cálculos dos débitos fiscais não devem ser considerados, segundo a jurisprudência do STJ. 5. No caso, como o valor do crédito tributário, excluídos juros e multa, é inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), é aplicável o princípio da insignificância, considerando a mínima ofensividade da conduta, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. 6. A conduta de utilizar-se de declaração falsa ou de recibos ideologicamente falsos em favor de pessoa física contribuinte do IRPF resta absorvida pelo crime contra a ordem tributária, haja vista que a potencialidade lesiva da declaração ou do documento inidôneo se restringe à finalidade específica de fraudar o Fisco, mediante a sua utilização, como comprovante de despesas fictícias, para o fim de dedução legal da base de cálculo do imposto, que redundará na restituição pretendida e obtida pelo agente. 7. Recurso em sentido estrito desprovido.

(TRF3 – 9.^a V. – HC 0006322-10.2015.4.03.6105/SP – rel. **Alessandro Diaféria** – j. 30.01.2018 – public. 05.02.2018 – **Cadastro 5823**)

Jurisprudência compilada por
Stephan Gomes Mendonça.

Tribunais de Justiça

Execução penal. Falta grave. Perda dos dias remidos.

1. A remição na execução da pena constitui benefício submetido à cláusula *rebus sic stantibus* em que o condenado possui apenas a expectativa do direito de abater os dias trabalhados do restante da pena a cumprir, desde que não venha a ser punido com falta grave. 2. A perda de até 1/3 dos dias remidos não pode alcançar os dias trabalhados após o cometimento da falta grave, pena de criar uma espécie de conta-corrente contra o condenado, desestimulando o trabalho do preso Mas também não pode deixar de computar todos os dias trabalhados antes do cometimento da falta grave, ainda que não tenham sido declarados judicialmente, sob pena de subverter os fins da pena, culminando por premiar a indisciplina carcerária. 3. Recurso provido. (REsp 1517936/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 23/10/2015) - (grifei). HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO AO RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. EXECUÇÃO DA PENA. COMETIMENTO DE FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE. PERDA DE 1/6 DOS DIAS REMIDOS, BEM COMO DOS ASSIM NÃO DECLARADOS JUDICIALMENTE. SÚMULA VINCULANTE Nº 9, DO EXCELSO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA. [...] 4. A decisão concessiva da remição tem cunho meramente declaratório, possui efeito de coisa julgada formal e está revestida da cláusula *rebus sic stantibus*, sendo admissível a perda dos dias remidos, ainda que trabalhados e não declarados judicialmente, anteriores à data do cometimento da falta grave. 3. Habeas corpus não conhecido. (HC 286.791/RS, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 06/06/2014). No que tange à alteração da data-base para o trabalho externo e às saídas temporárias, o recurso não merece prosperar.

(TJRS – 2.^a V.Pres. – REsp. 70076132265 – rel. **Almir Porto da Rocha Filho** – j. 06.02.2018 – Cadastro 5824)

Direito Processual Penal. Transação penal oferecida em desconformidade com as formalidades legais. Nulidade.

1. Irregularidade de ato processual que nulifica o feito. O oferecimento do benefício da transação penal através de mandado de intimação, sem as formalidades legais, configura nulidade absoluta. Violação dos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, previstos no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal, restando maculados pela nulidade todos os atos processuais subsequentes. 2. Feito anulado desde o ato que determinou a intimação acerca da oferta do benefício. 3. Em consequência da nulidade reconhecida, há de se pronunciar a prescrição, pelo decurso do prazo desde a data do fato até a do presente julgamento, haja vista o desaparecimento dos marcos interruptivos, precipuamente o do recebimento da denúncia. 4. Como decorrência, declara-se extinta a punibilidade do recorrente, na forma dos artigos 107, inciso IV, e 109, inciso VI, ambos do CP. 5. Em vista disso, resulta prejudicado o exame do mérito, de acordo com a súmula 241 do extinto TFR. DECLARARAM A NULIDADE DO PROCESSO E EM CONSEQUÊNCIA EXTINGUIRAM A PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO.

(TJRS – TRCrim. – RC 71007342702 – rel. **Edson Jorge Cechet** – j. 11.12.2017 – Cadastro 5825)

Direito Processual Penal. Prisão preventiva. Ausência de fundamentação.

Habeas Corpus, com pedido de liminar. Tráfico ilícito. Prisão preventiva. Constrangimento ilegal verificado. Decisão desprovida de fundamentação idônea, pois se limitou a tecer considerações genéricas acerca dos requisitos legais da constrição provisória (CPP, art. 312) e a fazer singela menção à ausência de localização do paciente (citado por edital). Revelia que, isoladamente, não se presta a embasar a medida extrema. Revogação da prisão processual e concessão de liberdade provisória, condicionada ao cumprimento de medidas alternativas (art. 319, I, IV e V, CPP). Necessidade. Ordem concedida, liminar ratificada.

(TJSP – 5.^a Câ. Crim. – HC 2223120-64.2017.8.26.0000 – rel. **Juvenal Duarte** – j. 07.12.2017 – public. 19.12.2017 – Cadastro 5826)

Direito Processual Penal. Prisão preventiva. Substituição por medidas cautelares diversas da prisão.

Habeas Corpus. Prisão em flagrante por suposta prática de tráfico ilícito de drogas. Objetiva a concessão da liberdade provisória. Liminar deferida. Apesar da decisão guerreada ser fundamentada, o paciente é primário, bem como foi apreendida em seu poder ínfima quantidade de entorpecentes - 14 porções de cocaína. Flagrante não se deu diante de situação de mercancia. Suficientes medidas cautelares diversas da prisão. Ordem pública preservada. Ordem concedida para substituir a prisão preventiva pelas medidas cautelares previstas no artigo 319, incisos I, II, IV e V do Código de Processo Penal, além de comparecimento a todos os atos do processo, referendada a liminar.

(TJSP – 9.^a Câ. Crim. – HC 2233830-46.2017.8.26.0000 – rel. **Carlos Monnerat** – j. 14.12.2017 – public. 10.01.2018 – Cadastro 5827)

Execução Penal. Suspensão do direito de receber visitas. Limite máximo de 30 dias.

1. O art. 58 da LEP preceitua que o isolamento, a suspensão e a restrição de direitos não poderão exceder a trinta dias, ressalvada a hipótese do regime disciplinar diferenciado (que não é o caso dos autos). 2. Ordem concedida.

(TJMG – 4.^a Câ. Crim. – HC 1.0000.17.095053-9/000 – rel. **Eduardo Brum** – j. 13.12.2017 – public. 19.12.2017 – Cadastro 5828)

Direito Processual Penal. Prisão preventiva. Réu condenado ao regime aberto.

Resta configurado constrangimento ilegal na negativa do direito de aguardar o julgamento do recurso em liberdade, se o regime fixado em sentença se afigura menos gravoso que o recolhimento preventivo.

(TJMG – 2.^a Câ. Crim. – HC 1.0000.17.099311-7/000 – rel. **Matheus Chaves Jardim** – j. 07.12.2017 – public. 18.12.2017 – Cadastro 5829)

Jurisprudência compilada por
Caroline Bussoloto De Brum,
Renato Marinho,
Roberta Werlang Coelho Beck
e Verônica Rahal.