

BOLETIM

Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

ISSN 1676-3661



ANO 29 - Nº 342 - MAIO/2021



CADERNO DE DOCTRINA

- 4 **Dilema do prisioneiro: prisão cautelar e tortura**
Antonio Sergio Altieri de Moraes Pitombo
- 6 **Os necessários diálogos da política criminal no processo legislativo**
Fernanda Regina Vilares
Octavio Augusto da Silva Orzari
- 9 **A corrupção passiva, o ato de ofício e demais cismas dogmáticas**
Thiago Turbay Freiria
- 12 **Acordo de Não Persecução Penal: justiça negocial e opressão racial no Brasil**
Bruna Couto
Alessandra R. Mascarenhas Prado
Daniela Portugal

- 15 **Investigação criminal defensiva: breves apontamentos práticos**
Fabrício Reis Costa
- 18 **De justiça criminal a justiça criminoso: uma crítica aos paradoxos do judiciário guardião de promessas**
José Rafael Fonseca de Melo
- 21 **Necropolítica: morte, colonialismo e encarceramento em Achille Mbembe**
Tadeu José Migoto Filho
- 24 **A criminologia positivista como instrumento de permanência da "outrificação" para a criminalização indígena**
Isabella Dias Ferreira
Paula Mercez dos Santos
Tainá Braga de Oliveira

DIÁLOGOS

- 27 **Defesa do Estado Democrático de Direito**
Miguel Reale Júnior

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

TEMA: SUSPEIÇÃO DE JUIZ E CONHECIMENTO VIA *HABEAS CORPUS*

- 30 Supremo Tribunal Federal
- 32 Superior Tribunal de Justiça

A manipulação do Direito e o papel das Ciências Criminais

Os tempos atuais já foram qualificados como a época da pós-verdade. De fato, há uma presença massiva de desinformação: mensagens deliberadamente falsas, produzidas e difundidas com o intuito de confundir, distorcer e prejudicar. É forçoso reconhecer, no entanto, que essa manipulação não está mais restrita exclusivamente ao campo da notícia e da informação. São muitas as áreas em que se verificam manobras de ruptura entre a realidade e o discurso, em que se constata um indiferente descompromisso com a verdade.

De forma crescente, o Direito vem sendo objeto dessa manipulação. Há uma constante e reiterada tentativa de deturpar conceitos e construções teóricas na aplicação do Direito, não apenas nos tribunais, mas também no discurso político – o que produz efeitos ainda mais amplos sobre toda a sociedade.

O atual cenário político brasileiro não deixa margens à dúvida. Há uma intensa campanha de manipulação da Constituição e das leis nacionais. Os exemplos são constantes, diários. Por exemplo, referências deliberadamente equivocadas, com propósitos sabidos, a estado de sítio, ou até mesmo às liberdades individuais.

O discurso político utiliza-se do Direito não para reafirmá-lo ou protegê-lo, mas para distorcê-lo, para dizer o que ele não diz, para instituir o que ele não institui, para punir o que ele não pune, para gerar insegurança e temor. É a perversão do Direito que, em vez de ampliar liberdades e resguardar o cidadão do arbítrio, é usado para ameaçar, restringir, calar.

São muitas as palavras distorcidas, mas não são apenas palavras. O discurso faz-se prática. Faz-se ação. Faz-se violência aos olhos de todos. Não é novidade para ninguém: o aparato estatal tem sido usado de forma recorrente para perseguir adversários políticos, para calar vozes contrárias, para tolher ideias dissonantes.

Nos últimos meses, foram instaurados muitos inquéritos absolutamente ilegais com base na Lei de Segurança Nacional, com o único intuito de perseguir, ameaçar e amordaçar. Usa-se o Direito, abusa-se do Direito para fins absolutamente contrários ao Direito.

Tal como ocorre na desinformação – por exemplo, na difusão de *fake news* –, há na manipulação do Direito um clima de deboche. Não é a sátira, o humor ou a crítica, por mais ácida que ela possa ser. Faz-se referência aqui ao descaramento da violência, da desumanidade, do desrespeito. Tudo é nivelado por baixo, em desrespeito ao outro, em desprezo pela diferença.

Tem-se a disseminação do “e daí?”. Sob esse olhar escrachado, nada tem valor, nada é respeitado, nada merece cuidado. A manipulação do Direito é também, assim, disseminação da insensibilidade, do desprezo, da cegueira ao outro. A história tem muitos exemplos dos perversos e duradouros efeitos de tal indiferença.

Frente a toda essa campanha manipuladora e intimidatória, é preciso advertir com clareza: isso está completamente fora da normalidade de um Estado Democrático de Direito e é, portanto, inaceitável.

Junto a esse diagnóstico, brota a natural conclusão: é preciso reagir, é preciso denunciar, é preciso desmascarar todas essas manipulações. Não pode haver passividade onde há tamanha atividade opressora.

Certamente, há muitos modos de não ser cúmplice e de reagir contra a violência e manipulação. Responsável e solidária, a cidadania tem infinitos modos de se expressar, de se fazer ouvir, de atuar. Aqui, destaca-se o imprescindível papel das ciências criminais nessa empreitada civilizatória.

O melhor antídoto contra a manipulação dos conceitos jurídicos é o estudo, a pesquisa, o debate, o diálogo em torno do Direito. É preciso resgatar o profundo papel social das ciências, que nada tem a ver com o olhar ingênuo de quem vê a ciência como um oráculo da verdade, do bem ou da virtude.

Mais do que respostas, as ciências fazem perguntas, trazem questionamentos, promovem revisões. E é justamente esse labor, feito de luzes e sombras, que promove a circulação de ideias, novos olhares, diferentes paradigmas – e escancara as manobras da manipulação, da violência, do poder que se faz autoritário.

As atuais circunstâncias exigem refletir, estudar, pensar, dialogar. Não basta reagir dentro de uma lógica mecanicista de ação e reação. É preciso advertir os sintomas, as manobras e as nuances da manipulação. É urgente, portanto, promover um profundo trabalho de reflexão, capaz de desvelar as mentiras, os sofismas, as distorções.

É uma tarefa árdua; pode-se dizer que não tem fim. Sempre será necessária a contribuição das ciências criminais para a defesa das liberdades e da democracia. Mas isso não significa que esse empenho seja inútil. O caminhar na senda da ciência – desse espírito científico que refuta respostas fáceis e procura um olhar mais amplo e mais plural – é proteção eficaz contra os terrenos áridos e as águas turvas que intolerantes e autoritários querem impor.

Enquanto instituto de ciências criminais, o IBCCRIM tem um importante papel a desempenhar nesse momento do País. Não é apenas que o instituto não deseja estar alheio à realidade nacional. É impossível fazer verdadeira ciência criminal de costas para a realidade.

Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

BOLETIM

4. Dilema do prisioneiro: prisão cautelar e tortura

Antonio Sergio Altieri de Moraes Pitombo

6. Os necessários diálogos da política criminal no processo legislativo

Fernanda Regina Vilares e Octavio Augusto da Silva Orzari

9. A corrupção passiva, o ato de ofício e demais cismas dogmáticas

Thiago Turbay Freiria

12. Acordo de Não Persecução Penal: justiça negocial e opressão racial no Brasil

Bruna Couto, Alessandra R. Mascarenhas Prado e Daniela Portugal

15. Investigação criminal defensiva: breves apontamentos práticos

Fabício Reis Costa

18. De justiça criminal a justiça criminosa: uma crítica aos paradoxos do judiciário guardião de promessas

José Rafael Fonseca de Melo

21. Necropolítica: morte, colonialismo e encarceramento em Achille Mbembe

Tadeu José Migoto Filho

24. A criminologia positivista como instrumento de permanência da “outrificação” para a criminalização indígena

Isabella Dias Ferreira, Paula Mercez dos Santos, Tainá Braga de Oliveira

DIÁLOGOS

27. Defesa do Estado Democrático de Direito

Miguel Reale Júnior

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

Tema: Suspeição de juiz e conhecimento via *Habeas Corpus*

30. Supremo Tribunal Federal

32. Superior Tribunal de Justiça

DILEMA DO PRISIONEIRO: PRISÃO CAUTELAR E TORTURA¹

PRISONER'S DILEMA: PRE-TRIAL DETENTION AND TORTURE

Antonio Sergio Altieri de Moraes Pitombo

Pós-Doutor pelo Ius Gentium Conimbrigae (Univ. de Coimbra). Advogado. Doutor e Mestre em D. Penal (USP).

ORCID: 0000-0001-7385-7767

apitombo@mpp.adv.br

Resumo: O artigo trata da questão da decretação de prisão cautelar como instrumento de agentes da Justiça Criminal para influir na autodeterminação do preso quanto à ampla defesa, constrangendo-o a barganhar direitos, por meio de colaboração processual. Discute-se se a teoria do dilema do prisioneiro não se exhibe uma forma de tortura psicológica, sob a perspectiva dos tratados internacionais.

Palavras-chave: Dilema do Prisioneiro, Teoria dos Jogos, Prisão Cautelar, Colaboração Processual, Tratados internacionais, Tortura psicológica.

Abstract: The article has a discussion about pre-trial detention and psychological torture. The Criminal Justice can not use the pre-trial detention as a tool to pressure the prisoner to make a deal. *The Prisoner's dilemma* can be considered torture according International treaties.

Keywords: Prisoner's dilemma, Game Theory, Pre-trial detention, Criminal Deal, International treaties, Psychological torture.

A política e a economia se encantaram no pós-guerra com a denominada teoria dos jogos, em especial na evolução aos estudos de **John Nash**, com o jogo não cooperativo dilema do prisioneiro (1950), elaborado por **Melvin Dresher** e **Merril Flood**.

O jogo do dilema do prisioneiro importa aos estudiosos do processo penal, os quais se dedicam à pesquisa da colaboração premiada, pois se desenvolve a contar do silêncio, ou delação, de dois prisioneiros, em que cada um pode optar em falar, se calar ou acusar ao outro no interrogatório.

Não obstante a relevância dos efeitos dos diferentes comportamentos de ambos os presos para a análise econômica, o jurista precisa refletir se o Estado pode tratar dois indivíduos de forma a induzi-los a agir na autodefesa desse ou daquele modo. É necessário ponderar se, do ponto de vista jurídico, a pressão criada por agentes públicos, mediante a combinação de prisão cautelar e promessas de acordo de colaboração processual, pode constituir ato ilegal e violador de direitos universais dos presos.

Essa reflexão há de passar pelo breve rememorar dos documentos internacionais quanto ao sentido de prisão e de tortura de índole psicológica. Vejamos alguns exemplos.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, trouxe a legalidade como instrumento de proteção aos direitos individuais, com particular valorização da lei no campo penal (Preâmbulo e art. 8º), o que permite interpretar a importância do princípio, também, para o processo criminal.

Em 1864, os prisioneiros de guerra foram objeto de proteção do direito humanitário, por meio da Convenção de Genebra, porém, ampliou-se a tutela à dignidade humana no tocante a tais presos, mediante a Convenção de Genebra de 1929, onde se lê que devem "ser tratados humanamente e protegidos contra atos de violência, insultos e a curiosidade pública" (art. 2º) e "têm direito de ser respeitados em sua pessoa e em sua honra" (art. 3º).

Foram as atrocidades da Segunda Guerra Mundial, no entanto, que conscientizaram a humanidade de que "ninguém será submetido a tortura, nem tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante"

(art. V, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 18 de junho de 1948).

A seu turno, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (Decreto Legislativo 226/91) reforçou a determinação internacional: "ninguém poderá ser submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas" (art. 7º, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966).

No âmbito regional, o direito brasileiro sofreu profunda influência do **Pacto de San José da Costa de Rica**, datado de 22 de novembro de 1969, promulgado pelo Decreto 678/92, no qual se firmou: "ninguém deve ser submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano" (art. 5º, item 2, do **Pacto de San José da Costa de Rica**). Ainda, no plano regional, a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos, de 1981, assentou: "Todo indivíduo tem direito ao respeito da dignidade inerente à pessoa humana e ao reconhecimento da personalidade jurídica. Todas as formas de exploração e de aviltamento do Homem, nomeadamente a escravatura, o tráfico de pessoas, a tortura física e moral e as penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes são proibidos" (art. 5º, da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos).

O passo mais importante de proteção aos presos sedimentou-se, no entanto, na Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, ao se introduzir conceito amplo de tortura, assim considerado "qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões" (art. 1º, da Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, de 27 de junho de 1987).

No mesmo sentido, a Convenção Interamericana para prevenir

e sancionar a tortura, de 07.12.85, declarou a vedação a "todo ato pelo qual são inflingidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como penal ou qualquer outro fim" (art. 2º, da Convenção Interamericana para prevenir e sancionar a tortura).

Em verdade, aludidos documentos internacionais assentam a perspectiva kantiana de que o indivíduo deve ser tratado como sujeito, não como objeto, o que implica lhe reconhecer a capacidade de se autodeterminar.

Ao se privar a liberdade, transformando a prisão cautelar (v.g., art. 312, do CPP) em meio de coação estatal para que o indivíduo confesse, ou colabore com o processo-crime, deixa-se de tratá-lo como sujeito, pois impedido de exercitar as opções da existência, inclusive aquelas inerentes ao direito de defesa (art. 5º, LV, da CR).

Esta capacidade de decidir sobre como se comportar e de qual destino conferir à própria vida apresenta características da dignidade da pessoa humana, valor jurídico tutelado como fundamento da República (art. 1º, III, da CR).

O texto constitucional reproduziu os documentos internacionais e, com a mesma ênfase, firmou "ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante" (art. 5º, III, da CR). Ademais, considerou a tortura crime inafiançável, bem assim insuscetível de graça e indulto (art. 5º, XLIII, da CR).

Mas, para não dar margem a dúvidas, a Constituição da República estabeleceu a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, da CR) e reconheceu a aplicabilidade dos tratados internacionais no direito interno, sendo estes instrumentos jurídicos aptos a estender o rol de direitos e garantias individuais do direito pátrio (art. 5º, parágrafo 2º e 3º, da CR).

Pode-se asseverar que a prisão cautelar, quando utilizada como mecanismo de se extrair confissão e, em especial, de se coagir a colaborar com investigação, ou processo criminal, não é, tão somente, ato sem base legal, praticado na persecução penal. Trata-se de ato repudiado pelo direito internacional público e pelos princípios da Constituição da República.

Nem juízes, nem acusadores públicos podem assentir com a possibilidade de prisão cautelar tornar-se expediente injusto para degradar, física e moralmente, determinados indivíduos.

Nesse sentido, a Lei de Abuso de Autoridade tipificou a infração penal de constranger preso, ou detento, por meio da redução de sua capacidade de resistência, a produzir prova contra si mesmo (art. 13, III, da Lei 13.869/19). Já se conhecia o tipo penal da tortura, cuja eficácia para a hipótese claudica faz anos, dadas as interpretações ao significado de grave ameaça (art. 1º, I, "a", da Lei 9.455/97). Daí a relevância do novo dispositivo legal quanto à arbitrariedade de agente público.

Atualmente, não se usam apenas meios para ferir a integridade física, voltados a alcançar o mencionado objetivo ilegal de

autoincriminação. Hoje, se combinam a angústia, o estresse e a humilhação, como instrumentos de pressão psicológica capazes de reduzir a capacidade volitiva do indivíduo, obrigando-o a fazer o que não quer e a lei não lhe obriga (art. 5º, II, da CR).

A angústia ocorre desde o começo da *persecutio criminis* nas ordens de prisão cautelar de determinadas operações policiais, quando todos os presos recebem informações de que a única maneira de serem libertados com brevidade se exhibe a confissão, ou a colaboração premiada.

Muitas vezes, isto é deixado claro pelas manifestações públicas daqueles envolvidos com a condução da persecução penal, bem como pela publicidade dada à prisão cautelar de conjunto, ou dupla, de investigados.

Por óbvio, a colaboração processual precedente, em alguns casos de repercussão, tem como escopo exemplificar aos demais investigados, o *modus operandi* adotado pelos agentes públicos para a persecução criminal.

Observe-se que o estresse a que são submetidos os investigados não se limita ao fato de estarem presos por ordem judicial cautelar. Mas, compõe-se ambiente na carceragem da polícia judiciária em que todos os presos em investigação criminal se veem obrigados a conviver num clima onde o primeiro que delatar tem maiores chances de alcançar a liberdade, ou a redução de suas penas.

Para tanto, faz-se propagação indevida entre os presos de interpretação torta do artigo 4º, da Lei 12.850/13, o que torna a prisão coletiva de presos provisórios num meio de opressão, pois cada qual espera ser delatado pelo companheiro de cela, o

qual há de assinar qualquer confissão, diante do flagelo psicológico que padece.

Ainda, para maior perplexidade, assiste-se ao vazamento de informações à imprensa, o que integra o quadro do tormento, porque os presos cautelares passam a encontrar as famílias sob pressão insuportável, diante do conta-gotas de notícias a apresentá-los à sociedade como os bandidos da vez.

Ora, se o preso cautelar não pode ser tratado de forma desumana, nem o inocente pode sofrer em virtude de coação estatal de essência degradante, as prisões processuais de investigados em operações policiais podem ostentar finalidade contrária à lei e configurar trato desumano aos indivíduos ali presos, demonstrado o propósito ilegítimo de alcançar confissão, ou de compelir à colaboração processual.

As más experiências que agora chegam ao conhecimento do grande público quanto à alcinhada Operação Lava Jato convidam à reforma da Lei 12.850/13, pois a proteção jurídica do preso cautelar precisa ser ampliada para se garantir a ele tratamento digno e possibilidade real de se autodeterminar quanto à sua defesa no âmbito da persecução penal.

A vida de cada ser humano e respectivo destino não se apresentam como um jogo para a Justiça Penal.

O PRESO CAUTELAR NÃO PODE SER TRATADO DE FORMA DESUMANA, NEM O INOCENTE PODE SOFRER EM VIRTUDE DE COAÇÃO ESTATAL DE ESSÊNCIA DEGRADANTE

NOTAS

¹ Texto em homenagem ao Advogado e Professor René Ariel Dotti, jurista cujo espírito de reformador do direito e do processo penal merece ser conservado entre todos

aqueles que almejam a legislação brasileira condizente aos valores constitucionais e aos direitos individuais reconhecidos em tratados internacionais.

Autor convidado

OS NECESSÁRIOS DIÁLOGOS DA POLÍTICA CRIMINAL NO PROCESSO LEGISLATIVO

THE NECESSARY DIALOGUES ABOUT CRIMINAL POLICY IN THE LEGISLATIVE PROCEDURE

Fernanda Regina Vilares

Doutora e Mestre em Direito Processual Penal pela USP. Procuradora da Fazenda Nacional. Professora da FGVLaw e IDP.
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7120976721046639>
ORCID: 0000-0003-4319-7926
vilares@uol.com.br

Octavio Augusto da Silva Orzari

Mestre e doutorando em Direito Penal pela USP. Professor voluntário da Universidade de Brasília. Advogado.
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0595679479738337>
ORCID: 0000-0002-9460-8257
octavio@advocaciamac.com.br

Resumo: O artigo versa sobre a importância das discussões prévias à posituação da lei. Parte do protagonismo do Poder Legislativo como locus da política criminal e menciona a participação de outros atores, como o papel desempenhado pelo Poder Executivo. Assevera a deficiência da efetiva utilização das ciências criminais por tais atores, propõe a atuação contributiva de órgãos distintos dos estatais e pontua iniciativas em debate em 2021 na perspectiva de que outros estudos aperfeiçoem criticamente a análise das intervenções dos atores no processo legislativo e do mérito das proposições.

Palavras-chave: Política criminal, Processo legislativo.

Abstract: This paper describes the importance of in-depth legislative discussions before a bill becomes law. It begins by mentioning the central role of the legislative branch in criminal lawmaking and describes the participation of other entities, such as the Executive Branch. Moreover, the paper raises the argument that there is a lack of criminal science in lawmaking, suggests that the different state branches should work in a collaborative manner, and points out the initiatives that are being debated in 2021.

Keywords: Criminal policy, Legislative Procedure.

Um estudante no primeiro ano da faculdade de Direito é bombardeado com informações das mais diversas, é apresentado a um *Vademecum* e aceita a tarefa de conhecer as leis postas de seu país pelos cinco anos seguintes para, ao se formar, ser aprovado no exame da Ordem dos Advogados ou em algum concurso público para ser um operador do direito existente.

Esse estudante pode até decorar alíneas, incisos e parágrafos, mas não necessariamente (aliás, na maior parte das vezes a causalidade inexistente) conhecerá a fundo a lógica do sistema jurídico, menos ainda a infraestrutura social sobre a qual são erigidas as normas. Podemos constatar um problema pelo simples fato de não haver a capacidade de interpretar e aplicar as normas jurídicas de forma harmônica e conectada com a realidade social. Todavia, ele se agrava significativamente quando, por exemplo, a norma se torna ineficaz ou ineficiente e é preciso alterá-la.

O que acontece com o estudante, sobre quem recaem todos

os déficits da educação e formação jurídica no país, resvala posteriormente sobre sua atuação como profissional jurídico, sobre empresas, entidades científicas, associações, entes representativos de classes, e até mesmo partidos políticos etc.: encontram a lei pronta e acabada, seja ela do ramo criminal em sentido amplo ou não, sem a preocupação de atuação na sua formação no âmbito do Poder Legislativo e sem aprofundamento nos debates que deram origem àquela lei.

Juarez Tavares bem lembra que a questão da política criminal no Brasil é relevada a um segundo plano porque não pudemos superar nossa herança positivista que, em suas palavras: "faz da norma jurídica seu instrumento conceitual tautológico"¹. A dogmática e o hábito de analisar e criticar as leis após sua sanção têm grande relevância, mas não conseguem, sozinhos, aprimorar um sistema criminal tão cheio de arestas a aparar. É preciso dar passos atrás. Para alguns, "a política criminal é o conjunto sistemático de

princípios e regras através dos quais o Estado promove a luta de prevenção e repressão das infrações penais”, ou seja, a “sabedoria legislativa” na interpretação das normas e na transformação da realidade², consubstanciando um método ou técnica que orienta a elaboração normativa (legislador) e a interpretação das normas jurídicas penais. Considerando que o Direito Penal e o Processo Penal são temas submetidos ao princípio da legalidade e de competência legislativa da União, sem se descuidar da origem político-democrática, é certo que o grande palco de definição desses princípios e regras deve ser o Congresso Nacional³.

Por outro lado, não se pode olvidar o protagonismo do Poder Executivo na elaboração da política criminal que, todavia, como toda política pública, precisa de monitoramento e dados estatísticos aptos a embasar as tomadas de decisão. Nesse cenário, não se espera a imposição de soluções miraculosas ou midiáticas, mas a troca de informações e experiências para a formulação de consensos mínimos juntamente com a sociedade. Nesse contexto, vale recordar do Projeto Pensando o Direito (2007-2016) desenvolvido pela hoje extinta Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça – cuja função é parcialmente exercida pela atual Assessoria Especial de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça – que, com aporte científico e o desenvolvimento de produtos que envolviam a pormenorizada avaliação de propostas de política criminal e outros temas jurídicos, visava a aproximar a academia, a sociedade, o Poder Executivo e o Poder Legislativo.

No entanto, a prática nos revela uma realidade um pouco diversa da que seria desejável, e nem mesmo a vivência do dia a dia das casas legislativas permite entender o complexo processo de formação de vontade do “legislador”, que se transmudará na “vontade da lei”, de forma desvinculada da paixão que inunda os relatos midiáticos, além da dificuldade de compreender o distanciamento, ou aproximação em outros momentos, da participação da coletividade no nascimento da norma como instrumento de política criminal.

Um dos pontos que mais chama atenção na insatisfação com os resultados, contradições e consensos do processo legislativo é o crescente aumento da judicialização de demandas, inclusive em sede de controle concentrado de constitucionalidade⁴. Além disso, e apenas para exemplificar, muitos *amici curiae* junto ao Judiciário – atuando na sociedade aberta dos intérpretes das leis já positivadas – são desconhecidos do Poder Legislativo. Ao mesmo tempo, parece também aumentar o distanciamento entre os indivíduos e coletivos interessados e potencialmente contribuidores do processo legislativo e o Poder Legislativo. Por outro lado, parece

diminuir a busca pela prevenção jurídica, seja por inacessibilidade ou desconhecimento acerca do Poder Legislativo e toda a complexidade de seu funcionamento e do seu entorno, seja por desleixo proposital para deixar que o Poder Judiciário corrija ou acomode, ainda que tardiamente, os efeitos e rumos tomados pela norma jurídica.

Tal distanciamento é um risco – até porque pode ocasionar a nefasta criminalização da política –, precisa ser repensado e convertido em profícuo diálogo, em contribuições das quais os senadores e deputados são carentes e sem as quais ficam tolhidos de responder à sociedade com avanços legislativos.

As associações que congregam integrantes das carreiras jurídicas, incluindo a advocacia, precisam ser ouvidas e contribuir com as pautas para além de questões salariais⁵. Nada melhor do que a soma das experiências de cada ator do processo penal, bem como dos órgãos de segurança pública e de administração penitenciária, com as necessidades dos destinatários da política criminal (sociedade civil) para se atingir o melhor consenso possível para aqueles momentos⁶. O IBCCRIM, observe-se, como instituto produtor e divulgador de ciência – algo que sempre

esteve em falta no país, na quadra atual com agravamento – pode ter um papel relevante nesse cenário.

A apresentação de pareceres sobre projetos de lei, fundados em doutrina e dados estatísticos precisos, pode contribuir para a qualidade nas discussões e segurança jurídica na aplicação da lei. Além disso, a prevenção de demandas ajuda a diminuir o problema da sobrecarga e falta de celeridade do Poder Judiciário.

Dito tudo isso, um recorte sobre os debates atuais se faz necessário para que se tenha dimensão dos temas em discussão atualmente que necessitam de intensa contribuição da comunidade acadêmica para a melhor regulamentação das questões. Muitos são os projetos de lei apresentados diariamente e, a depender da vontade política, podem ter sua votação e aprovação mais ou menos priorizadas. É indispensável que cada texto seja atentamente analisado antes de adentrar o ordenamento jurídico, de maneira a evitar futuras incoerências dogmáticas e necessárias ações perante os tribunais superiores.

Nesse sentido, é importante focar atenção para a política criminal que se pretende implementar pelo Poder Executivo, cujo desejo está entrelaçado com outras políticas públicas e, por isso, tem grande poder de influência no processo legislativo.

No início de fevereiro de 2021, foi entregue ao Congresso Nacional uma lista de projetos prioritários para o governo federal. Sob o tema “costumes”, há propostas legislativas de política criminal.

*É INDISPENSÁVEL
QUE CADA TEXTO
SEJA ATENTAMENTE
ANALISADO ANTES
DE ADENTRAR O
ORDENAMENTO JURÍDICO*

Uma breve menção a alguns desses projetos pode ser salutar para se ter ideia de uma “fotografia” acerca das posições do Poder Executivo na sessão legislativa de 2021. Não necessariamente, contudo, sua vontade prevalecerá de maneira integral, como verificado no PL 882/2019 do Poder Executivo, apensado ao PL 10.372/2018, que se transformou na Lei 13.694/2019. Daí, mais uma vez, a importância de amplos debates com ampla participação, e que seja feita uma ponderação entre a alegada “urgência” de uma medida e a necessidade de um debate técnico, lastreado por dados, estatísticas e monitoramento de políticas públicas.

Na Câmara dos Deputados, foram incluídos na referida lista os projetos de lei PLs 1.776/2015; 6.125/2019; 6.438/2019; e 3.780/2020. No Senado, foram elencados os projetos de lei PLC 119/2015; PLS 216/2017; e PL 3.723/2019⁷. Podem ser citados alguns deles com o escopo de se perceber genericamente o tom da política criminal proposta e chamar atenção para o que precisa ser objeto de discussão.

O PL 1.776/2015, por exemplo, pretende adicionar ao rol de crimes hediondos da Lei 8.072/90 outros delitos contra a dignidade sexual (a ementa se refere aos “crimes de pedofilia”), quais sejam, os arts. 218 e 218-A do Código Penal e os arts. 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C e 241-D do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, além dos que já são hediondos – estupro e estupro de vulnerável, arts. 213, *caput* e §§ 1º e 2º, e art. 217-A, *caput* e §§ 1º, 2º, 3º e 4º do Código Penal – e se encontra para deliberação da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados.

Como se sabe desde a campanha eleitoral, alguns projetos de lei têm enfoque no tema das armas, talvez sejam os que têm maior impacto concreto sobre a sociedade e, por isso, merecem todas as atenções e análises críticas. O PL 6.438/2019, por exemplo, também de autoria do Poder Executivo, encontra-se no Plenário da Câmara dos Deputados há mais de dois anos. Em razão da

ausência de discussão técnica transparente e de usurpação da competência do Poder Legislativo, o Poder Executivo editou os Decretos presidenciais 10.627; 10.628; 10.629; e 10.630, todos de 12/02/2021, os quais estão sendo questionados por meio de ações diretas de inconstitucionalidade perante o STF intentadas por diversos partidos políticos (ADIs 6.675; 6.676; 6.677; e 6.680, de relatoria da Min. Rosa Weber), ainda pendentes de decisão quando do envio deste texto.

Ainda exemplificativamente, o PL 3.780/2020, além de alterações no CPP, pretende alterar o art. 115 do Código Penal para que a idade que reduz pela metade o prazo prescricional na data da sentença passe a ser de 80 anos, e não mais 70. Ademais, propõe causa de aumento de pena de metade para crimes sexuais praticados por ministros de confissões religiosas, profissionais da saúde, da educação ou quaisquer pessoas que tenham confiança da família ou da vítima menor de 18 anos ou incapaz.

Como dito acima, é preciso entender quem são os atores no processo legislativo, de onde veio e aonde vai cada parlamentar e interveniente em tal relevante e complexo processo, seus interesses, apoios e financiamentos, além dos impactos de cada pequena proposta, inovação ou alteração legislativa sobre a política criminal. O Congresso Nacional é aberto, plural e pode entregar mais à sociedade quanto mais diálogo democrático houver. Parece, todavia, que a comunidade científica, de profissionais jurídicos, as categorias econômicas e toda a sociedade civil não têm a exata dimensão da relevância de monitorar e realmente participar dessas discussões, concentrando esforços na crítica dos produtos acabados após dispêndio de tempo, energia e recursos. O olhar atento para o processo legislativo e efetiva intervenção, portanto, podem trazer benefícios para todos os atores do processo penal e, claro, para a destinatária da política criminal, a sociedade civil.

NOTAS

¹ TAVARES, Juarez. A crescente legislação penal e os discursos de emergência. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, v. 2, n. 4, p. 43-57, 1997.

² DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito penal: parte geral*, 4 ed. rev. Atual. e ampl. com a colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 154.

³ Etimologicamente, parlamento vem do francês “parler”, cujo significado é falar. De acordo com Bobbio, é “uma assembleia ou um sistema de assembleias (... que) gozam de atribuições funcionais variadas, mas todas elas se caracterizam por um denominador comum: a participação direta ou indireta, muito ou pouco relevante, na elaboração e execução das opções políticas, a fim de que elas correspondam à “vontade popular””. BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. Brasília: Editora

⁴ Universidade de Brasília, 1998, p. 880.

Notando esse fenômeno, alguns partidos políticos passaram a atuar mais no Supremo Tribunal Federal. Sobre o tema: BORGES, Laryssa. A Rede Sustentabilidade Faz do STF instrumento de ação contra o Executivo. *Veja*, Brasil, 21 set. 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/a-rede-sustentabilidade-faz-do->

[stf-instrumento-de-acao-contra-o-executivo/](https://veja.abril.com.br/brasil/a-rede-sustentabilidade-faz-do-stf-instrumento-de-acao-contra-o-executivo/). Acesso em: 12 abr. 2021.

⁵ Uma grande crítica que se faz ao Parlamento é ter se tornado uma instância de lobby por salários, privilégios, atribuições e blindagens corporativas deixando de lado suas funções primordiais.

⁶ É preciso ter em mente que instituições são formadas por pessoas e que pessoas possuem vieses cognitivos e resistência natural à alteração de suas posições. Assim, há vezes em que as negociações possíveis não atingirão o modelo teórico ideal, mas serão passos importantes na evolução normativa. Cf. GARRIDO, Giovanna; SALTORATO, Patrícia; MOREIRA, Carlos Augusto Amaral. Reflexões psicanalíticas sobre a resistência à mudança organizacional. *Rev. Psicol., Organ. Trab.*, Brasília, v. 15, n. 2, p. 212-223, jun. 2015, p. 213.

⁷ AGOSTINI, Renata. Bolsonaro entrega a Pacheco e Lira lista com 35 projetos prioritários. *CNN*, 03 fev. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/2021/02/03/bolsonaro-entrega-a-pacheco-e-lira-lista-com-35-projetos-prioritarios>. Acesso em: 10 mar. 2021.

Autores(as) convidados(as)

A CORRUPÇÃO PASSIVA, O ATO DE OFÍCIO E DEMAIS CISMAS DOGMÁTICAS

PASSIVE CORRUPTION, THE ACT OF OFFICE AND OTHER DOGMATIC SCISMES

Thiago Turbay Freiria

Mestrando em Direito pela UnB e pela Universitat de Girona (UdG). Diplomado em Derecho Probatorio pela Universidad Alberto Hurtado (Chile), Especialização lato sensu Bases del Razonamiento Probatorio pela Universitat de Girona. Bacharel em Direito pelo IDP.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5594018107874546>

ORCID: 0000-0002-0108-3763

thiago.turbay@gmail.com

Resumo: A necessidade de haver, para a configuração do crime de corrupção passiva, um ato funcional, ainda que projetado, inserido no feixe de atribuições, resultante de sua posição e do exercício concreto de poder no âmbito da função pública, perfaz uma tensão jurisprudencial e teórica distante de uma unicidade de soluções ou do esgotamento dogmático. O artigo visa apresentar argumentos adicionais para reforçar a necessidade de haver o ato de ofício para configuração do delito de corrupção passiva.

Palavras-chave: Corrupção passiva, Ato de Ofício Tentativa, Arrependimento Eficaz e Desistência Voluntária, Arrependimento Posterior.

Abstract: The need for the configuration of the crime of passive corruption to have a functional act inserted in the bundle of attributions, resulting from its position and exercise of power within the scope of the public service, makes up a jurisprudential and theoretical tension that is far from a single solution or from exhaustion dogmatic. The article seeks to reinforce the need for an official act to configure the crime.

Keywords: Passive Corruption, Official Act, Criminal Attempt, Effective Repentance and Voluntary Withdrawal, Later Regret.

Introdução

Relaxar a tensão entre o elemento normativo “em razão da função” contido no enunciado do tipo penal incriminador de corrupção passiva e a exigência do “ato de ofício” é essencial à justiça criminal. A premissa que se assume é de que, ao se extrair a necessidade de uma ação funcional condizente com o feixe de atribuições do sujeito passivo do delito e que completa o conteúdo do injusto penal,¹ corre-se à margem da interpretação adequada da norma.²

O problema ganha densidade se analisarmos a corrupção passiva de sujeitos que ocupam funções cujo feixe de atribuições não é completamente discriminado, por exemplo, aqueles sujeitos ocupantes de cargos eletivos.

Sem embargos, o Supremo Tribunal Federal, no bojo da Ação Penal 470, firmou entendimento³ de que o ato de ofício é elementar para realização do injusto de corrupção passiva. Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.745.410, extraiu a expressão “em razão da função” do conjunto de condicionantes do injusto penal.

A doutrina majoritária segue pela necessidade do ato de ofício, destoante, todavia, quanto à necessidade de determinação ou não dele. No caso de condutas praticadas por ocupantes de mandatos eletivos há uma dificuldade adicional: predeterminar o plexo de atribuições⁴ inerentes ao cargo, tendo em conta a diversidade de suas atribuições funcionais.

Surgem duas classes de problemas: i) a necessidade de haver uma conduta que esteja inserida no feixe de atribuições para haver corrupção passiva; ii) a necessidade ou não de haver prévia determinação do ato de ofício.

Parece-nos que o elemento típico “em razão da função” responde a primeira questão. Reforça a tese a asserção de que “a função” é o elemento conectivo que une a conduta em desacordo com o direito e a vantagem ilícita. O raciocínio simplificado é de que a vantagem ilícita *per se* desconfigura o injusto penal.

Já a segunda classe, a necessidade de determinação do “ato de ofício”, carrega maiores problemas. A posição que será adotada é de que é necessária, para fins de preencher o conteúdo do pacto do injusto penal⁵ do crime de corrupção passiva, uma posição de poder, que é graduada pelo “ato de ofício” normativamente regulado, sob pena da ação reprovada se tornar incapaz de violar suficientemente o bem jurídico tutelado, o que desidrataria a responsabilização penal. A gradação de violação, portanto, requer contraste com a norma reguladora da conduta funcional.

Exemplo ilustrativo: o agente público responsável pela organização de documentos em um escaninho não poderia solicitar ou aceitar vantagem ilegal, comprometendo-se a assinar um convênio para construção de um hospital. Ora, faltaria o poder funcional de fazê-lo. O âmbito do poder e os limites de seu exercício são limitados pelos enunciados normativos que descrevem o “ato de ofício”.

Shecaira explica que a dimensão legal da corrupção é referente aos “mecanismos institucionais desenhados para assegurar que as ações de funcionários públicos estejam relacionadas a um marco legal e constitucional”⁶. O marco descritivo da função é decisivo à depuração do injusto penal, tendo em conta a força executória da ação estatal cuja atribuição lhe pertence. Ao contrário, não se atingirá o âmbito de proteção previsto na norma penal. A condição de opor

um resultado típico ao ato funcional reaparece, todavia, dotada de maior ofensividade no §1º do art. 317, quando há um desvio do dever funcional e não apenas o exercício dele.

O pacto do injusto penal da corrupção passiva deve considerar o *status* e o grau de afetação que o ato de ofício, considerado dentre aqueles atos inerentes ao feixe de atribuições constitutivo da função estatal. A análise é necessária para quantificar o grau de comprometimento do bem jurídico, o que nomearei de força do ato de ofício. O argumento enceta a necessidade de se captar um dado prévio para conformação do pacto do injusto, visando determinar a maior ou menor lesividade da conduta frente ao bem jurídico, determinado pelo feixe de atribuições consequentes às funções públicas concretamente exercidas.

A quantificação da ofensividade da conduta violadora exige uma espécie de planta baixa diante do feixe de atribuições, capaz de projetar no plano concreto o grau de afetação ao bem jurídico. Ter-se-á a projeção de um arquétipo responsivo do pacto de injusto instalado no feixe de atribuições cuja vantagem indevida operou. A partir desse plano, deve-se conciliar a análise gradativa da força do ato funcional.

A proposta advém de um fatiamento analítico, que permite visualizar em um plano tridimensional a conduta, vale dizer, no seu aspecto formativo, na sua potência lesiva e na violação em concreto. Esse fatiamento, outrora, está longe de ser novidade. Trata-se do argumento similar ao que autoriza a distinção da responsabilização por crimes consumados, tentados ou dos atos preparatórios.⁷

Completa o raciocínio a alternativa exposta no voto condutor do relator da Ação Penal 913/STF, Ministro Dias Toffoli, para quem não pode haver corrupção passiva se o autor não possuía, à época do crime, poderes para realizar o comando proibitivo. Parece-me o embrião da necessidade de quantificar a força lesiva dentro do feixe de atribuições.

Há boas razões para defender que ações que não fundem o ato funcional ao amálgama "feixe de atribuições" não poderão imprimir um acréscimo de risco ao bem jurídico, o que inviabiliza sua punição. O ato de ofício dimensiona e localiza o âmbito de proteção da norma e, cumulativamente, atua como direcionador da vantagem indevida do agente realizador do injusto, dado que é o suporte utilitário para a realização de uma condição mais vantajosa ao corruptor.

Nesse sentido, o criador do risco não permitido não parece ser a simples solicitação, recebimento ou o aceite de vantagem indevida para si ou *outrem* em razão da função. É necessário parametrizar e quantificar o poder da ação violadora, o que permite vislumbrar o grau de comprometimento que a conduta é capaz de empreender, tendo em conta a autoridade e a facticidade do ato negociado, sob pena de não se alcançar o âmbito de proteção da norma e não reproduzir o reproche dimensionado pelo art. 317 do Código Penal.

A corrupção passiva

Adotarei a classificação jurídica da corrupção passiva como crime de resultado contra bem jurídico coletivo. Em primeira linha, não se defende uma relação causal ancorada em uma força eficiente, considerando a necessidade de antever a força do ato de ofício – delimitado pelo plexo de atribuições – em razão da ação típica. Não é disso que se trata. A defesa da tese se sustenta por considerar como condição negativa a ausência de poder do agente para realizar o ato de ofício, elemento ínsito ao tipo objetivo do delito de corrupção passiva.

Exemplo: um deputado não realizará o injusto de corrupção passiva se negociar – requerendo vantagem indevida – uma vaga em tribunais do judiciário, porque não dispõe de poderes específicos para fazê-lo, não sendo capaz de criar um risco não permitido a partir de ato predisposto normativamente em seu feixe de atribuições, sem prejuízo de outras capitulações, por exemplo, calcada no art. 321 do Código Penal.

Entendo que a causalidade não decorre, à primeira vista, apenas de um desvalor do comportamento, mas que se deve somar a avaliação do reproche ao desvalor do resultado típico projetado, considerando a força do ato de ofício, quantificado pelas atribuições contidas no feixe de atribuições. Portanto, deve-se conjugar o desvalor do comportamento do autor e o resultado projetado pela conduta.

Defende-se a conjunção necessária do ato de ofício à vantagem indevida para configuração do delito. No mesmo sentido, a Convenção Penal e Convenção Civil sobre a Corrupção do Grupo de Estudos Contra a Corrupção (GRECO), em seu art. 2º, assevera que a corrupção descreve conduta proibida a partir de "[...] um pagamento ou qualquer vantagem indevida, ou a promessa de vantagem indevida, que afete o exercício normal de uma função ou o comportamento exigido ao beneficiário do pagamento"⁸.

A vantagem indevida está intrinsecamente conectada com um ato funcional normatizado, vale dizer, descrito em normas e comportamentos que disciplinam a ação estatal, a ação enquanto expressão da conduta oficiosa.

A tentativa inidônea, o arrependimento eficaz e o posterior no crime de corrupção passiva

Assentado que a corrupção passiva compreende, também, o desvalor do resultado, deve-se incrementar ao juízo de desvalor a conformação do pacto do injusto nos limites defendidos nesse ensaio, o que permite estabelecer a hipótese de que se admite a tentativa.

A tentativa se configura por ter havido uma ação externa, imediatamente anterior à consumação do crime, capaz de interromper o curso causal, observando-se a ocorrência de fatores alheios à vontade do autor, nos termos do art. 14, II do Código Penal. O elemento volitivo espelha, para tanto, um critério objetivo, qual seja, o plano do autor.

A classificação jurídica da tentativa distingue, portanto, a conduta típica consumada daquela não consumada, levando em conta dois fundamentos: a) o início da execução do crime após iniciada a imediata colocação em perigo do bem jurídico; e b) a imediatidade temporal, antecessora última da consumação.

Mir Puig defende que deve ser levado em consideração "momentos dotados de unidade de significado"⁹ para melhor distinguir a tentativa e a consumação, a realização de elementos típicos do injusto penal.

Sendo a tentativa incapaz de realizar o injusto penal, por razões fáticas ou jurídicas,¹⁰ tem-se a tentativa inidônea, subclasse da tentativa punível. **Hilgendorf** e **Valerius** asseveram: "Uma tentativa inidônea pode se dar por inidoneidade do sujeito (ou seja, do autor, p. ex. por meio de uma designação inválida para o funcionalismo público, faltando por isso a qualidade de funcionário público), do objeto do fato (p.ex., tentativa de homicídio de um cadáver) ou do instrumento do fato (p.ex., tentativa de matar alguém à distância com projéteis de festim)"¹¹.

O art. 17 do Código Penal ilustra a posição dogmática, com uma

diferença salutar: o direito penal alemão, sobre o qual se debruça a análise de **Hilgendorf** e **Valerius**, pune a tentativa inidônea; o §23 StGB, 3¹² dispõe que só não serão puníveis as tentativas inidôneas que versarem, exclusivamente, sobre “grosseira incompreensão” do autor do crime ou delito. O funcionário público que pratica ato de ofício nulo por haver vício de iniciativa ou incompetência, no caso alemão, poderia ser punível pela tentativa inidônea.

De acordo com o exemplo *supra*, o dosador do ingresso na execução do crime, vale dizer, a realização do injusto penal é o ato de ofício. Caso distinto é o autor que crê ser competente para realizar o ato integrador do seu feixe de atribuições, fazendo uma interpretação errada da norma autorizadora do ato funcional. Em outras palavras, se o funcionário público, valorando uma norma de competência, compreende deter poderes para realizar ato de ofício objeto da solicitação da vantagem indevida, mas o faz com erro de interpretação. Haveria, portanto, um “erro de proibição às avessas”, conforme aduzem **Hilgendorf** e **Valerius**, o que é impunível, tanto pelo Direito alemão como pelo art. 17 do Código Penal Brasileiro.

Pela lente da tentativa ou da tentativa inidônea, requer-se a observância do ato funcional para distinguir as “unidades de significado” defendidas por **Mir Puig**. Outro guia para testar se o ato funcional é relevante para a consumação do crime é responder à pergunta: é possível haver desistência voluntária e arrependimento eficaz, nos termos do art. 15 do Código Penal, quanto ao crime de corrupção passiva, nas hipóteses nucleares solicitar ou aceitar vantagem indevida? Outra possibilidade seria verificar se é possível o arrependimento posterior, previsto no art. 16 do Código Penal, considerando a elementar receber vantagem indevida em razão de ato funcional.

Em primeiro plano, deve-se criticar a adoção do termo “arrependimento”, o que induz a uma análise subjetiva da conduta e não parece a melhor solução. O Código Penal brasileiro incorpora as duas figuras “desistência voluntária e arrependimento eficaz” no art. 15, classificando as condutas voluntárias que impedem o prosseguimento da execução típica ou seu resultado. Em primeiro plano, há duas classes de condutas, a qual se consigna o mesmo status de responsabilização. A voluntariedade, todavia, parece comum aos dois elementos normativos: desistência e arrependimento.

Adotando a teoria objetiva para responsabilização penal, sobrevém um forte argumento de política criminal: a impunidade não pode abranger condutas cuja desistência se deu extrinsecamente ao

plano diretor da conduta típica pretendida pelo autor. Traduz-se: ele quis, mas não conseguiu. O Código Penal brasileiro, entretanto, inclui condutas da classe: ele quis, mas houve um arrependimento intrínseco que impediu a realização típica. A ideia, todavia, não é adentrar o plano teórico dos institutos, mas apontar que são úteis para reforçar a necessidade de haver ato de ofício para a conformação do pacto do injusto penal da corrupção passiva, analisada a partir do desvalor do resultado, ainda que projetado.

Exemplo: se o funcionário público marcou reunião para solicitar propina em troca da realização de ato funcional e depois se arrependeu ou, tendo realizada a oferta, percebeu que o gesto contraria seu senso de responsabilidade e ética, e desfez sua proposta, terá alcançado o âmbito da norma inscrita no enunciado do art. 15 do Código Penal. O mesmo ocorrerá se ele aceitou e depois rejeitou a vantagem indevida.

A mesma classe de ocorrência é válida para casos em que o sujeito solicita ou aceita solicitação de vantagem indevida para praticar ato funcional e não pratica, sendo dotado de um juízo de valoração negativo, externalizado por meio do bloqueio da execução ou evitação do resultado, não realizando o ato funcional negociado. De novo, haverá incidência da norma do art. 15 do Código Penal. Ainda, o mesmo raciocínio é cabível para o “arrependimento posterior”, conscrito no art. 16, nos casos em que devolve o valor recebido, ou se desfaz o ato funcional até o recebimento da denúncia.

Conclusão

Os ângulos de análise que colacionamos parecem demonstrar, ainda que em primeira vista, a necessidade do ato de ofício para configuração do pacto de injusto do crime de corrupção passiva, reforçando a necessidade de conjugar o feixe de atribuições, o ato funcional e a vantagem indevida. Deve-se operar, ainda, uma análise *ex post* sobre o grau de afetação do ato funcional para o comprometimento das ações estatais em favor do corruptor, o que equivale a investigar, em primeiro plano, se o autor detém poderes para realizar o ato negociado e qual o grau de afetação que o ato funcional poderá realizar no bem jurídico protegido.

A conjugação do desvalor do comportamento do autor com o desvalor do resultado também reforça a necessidade de verificação do ato de ofício realizado, bem como sua posição ante o feixe de atribuições inerentes à função, para haver a realização do pacto do injusto penal de corrupção passiva.

NOTAS

- ¹ Voto do Ministro Luiz Fux, Ação Penal nº 470, disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AP470VotoMinLF.pdf>. Acesso em: 4 mar. 2021.
- ² LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Orgs.). *Crime e Política: Corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 19.
- ³ Nos associamos à pesquisa do professor Gustavo Quandt, introduzidos na obra “Algumas Considerações sobre os crimes de corrupção ativa e passiva” (2014).
- ⁴ QUANDT, 2014. Greco, Leite, Teixeira, Quandt defendem que deve haver pertinência com o plexo de atribuições para classificar o ato de ofício como elemento conectivo do injusto de corrupção passiva nos contornos do art. 317, do Código Penal.
- ⁵ A expressão é defendida por Luís Greco, Alaor Leite e Adriano Teixeira na obra “Crime e Política: Corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito” e compreende a asserção de que é necessário conjugar o desvalor da ação e o desvalor do resultado para haver a corrupção passiva.
- ⁶ SHECAIRA *apud* PERUZZOTTI, 2012, p. 604.
- ⁷ A proximidade ou distância do risco de lesão ao bem jurídico é defendida por Mir

- Puig *in* Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito. Trad. Cláudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Porciuncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 302. Puig assevera que a teoria objetiva, que sustenta ser a responsabilização penal resposta à colocação em perigo de bem jurídico, sendo condizente a justificação de diferentes níveis de responsabilização penal nos casos de tentativa, consumação e preparação dolosa.
- ⁸ Disponível em: <http://www.fundacionpdh.org/normativa/normas/europa/corruptcion/1999-Convencio-civil-sobre-corruptcion.html#PREAMBULO>. Acesso em: 12 mai. 2020.
 - ⁹ Idem 7, p. 310.
 - ¹⁰ HILGENDORF, Eric. *Direito Penal*: parte geral. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 289.
 - ¹¹ *Ibidem*, pp. 289.
 - ¹² § 23, StGB, 3. Se o autor, por grosseira incompreensão, desconhecia que a tentativa, por conta da natureza do objeto do delito ou do meio pelo qual o delito deveria ter sido praticado, não alcançaria de forma alguma a consumação do delito, pode o juiz prescindir de pena ou atenuá-la segundo seu critério.

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: JUSTIÇA NEGOCIAL E OPRESSÃO RACIAL NO BRASIL

*NON-PERSECUTION CRIMINAL AGREEMENT:
NEGOTIAL JUSTICE AND RACIAL OPPRESSION IN BRAZIL*

Bruna Couto

Graduada em Direito (UFBA). Integrante do Núcleo de Estudos sobre Sanção Penal (NESP).

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3848669154577511>

ORCID: 0000-0002-6216-9827

brunacoutods@gmail.com

Alessandra R. Mascarenhas Prado

Doutora e mestra em Direito das Relações Sociais (PUC/SP). Professora da Faculdade de Direito da UFBA. Líder do grupo de pesquisa NESP.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2158993363327030>

ORCID: 0000-0001-9972-6634

alessandra.prado@ufba.br

Daniela Portugal

Doutora e mestra em Direito Público (UFBA). Professora da Faculdade de Direito da UFBA.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7457319565221885>

ORCID: 0000-0002-8160-2323

danielacarvalhoportugal@gmail.com

RESUMO: Esse trabalho parte do seguinte questionamento: o acordo de não persecução penal (ANPP) implica redução da intervenção penal ou é mais um meio de controle penal racializado? A partir de um diagnóstico do sistema penal brasileiro, sobretudo na perspectiva da criminologia crítica e da teoria crítica racial, nota-se que o controle social é exercido por meio de um processo de criminalização com interesses políticos e econômicos racialmente selecionados. Apesar da carência de dados acerca do ANPP, utilizando como base o perfil dos indivíduos sujeitos à investigação policial no Brasil, bem como a experiência americana do *plea bargaining*, é possível inferir que o ANPP constitui um instrumento de opressão racial.

Palavras-chave: Acordo de Não Persecução Penal, Opressão Racial, *Plea bargaining*.

ABSTRACT: This work starts from the following question: does the Non-Persecution Penal Agreement (NPPA) imply a reduction in criminal intervention or is it another instrument of racialized penal control? Based on a diagnosis of the Brazilian penal system, especially from the perspective of critical criminology and racial critical theory, it is noted that social control is exercised through a criminalization process with racially determined political and economic interests. Despite the lack of data about the NPPA, based on the profile of individuals subject to police investigation in Brazil, as well as the plea bargaining experience, it is possible to infer that the NPPA is an instrument of racial oppression.

Keywords: Non-Persecution Penal Agreement, Racial Oppression, *Plea bargaining*.

As mudanças socioeconômicas ocorridas a partir do século XIX, por meio das tecnologias de poder, ensejaram a transformação do direito de soberania que reforça o direito de fazer viver e de deixar morrer. Nesse contexto, o *biopoder* representa o modo de exercício disciplinar sobre a vida, sendo o racismo essencial para assegurar "a função de morte na economia do biopoder, segundo o princípio de que a morte dos outros é o fortalecimento biológico da própria pessoa (...), na medida em que se é elemento numa pluralidade unitária e viva" (FOUCAULT, 2005, p. 308). Ainda de acordo com Foucault (2015), a sociedade moderna é caracterizada pela fragmentação do poder, que é essencialmente disciplinar e exercido principalmente por meio das instituições de sequestro, mecanismos de dominação que regem a vida dos indivíduos por meio do controle do tempo e espaço, a exemplo das prisões. Assim, o Direito Penal moderno surge e encontra seu fim maior no incremento de um aparato destinado à subjugação dos corpos e ao controle de populações.

Esse mecanismo de controle social, que é exercido pelo sistema penal, se fundamenta na construção social do crime e do criminoso, de modo que as formas de punição são sempre compatíveis com

o sistema de produção vigente (RUCSHE; KIRCHHEIMER, 2004), ou seja, além de atender a interesses econômicos de determinadas classes, o Direito Penal necessariamente reproduz as desigualdades do sistema de produção adotado. Assim, ao entender que existe um processo de criminalização com interesses políticos e econômicos bem determinados, não é possível conceber o mito da igualdade que fundamenta a ideologia penal da defesa social. Com base nisso, Baratta (2002, p. 162) conclui que o Direito Penal não tem a finalidade de defender todos os cidadãos e os pune com intensidade desigual, distribuindo desigualmente o *status* de criminoso, o que independe da gravidade do fato delitivo.

Nota-se que os direitos e garantias fundamentais propositalmente não se distribuem de maneira igualitária na sociedade. Há, em verdade, uma violação autorizada de direitos constitucionalmente assegurados de parte da população, de modo que "o estado de exceção apresenta-se como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal" (AGAMBEN, 2004, p. 13). Ou seja, o estado de exceção prescinde de um determinado contexto fático excepcional, que enseja a suspensão total ou parcial de direitos, porque essa

suspensão é uma técnica de poder adotada pelo próprio governo. O estado de exceção normativizado, ao tempo em que legitima a hiperinflação do estado policial e ampliação do poder punitivo, não estrutura, apenas, um sistema de dominação econômica por meio dos sistemas penais, mas, especialmente, um modelo neocolonial racializado de segregação. A equação “colonização = coisificação” referida por **Césaire** (2010, p. 27) ainda se faz sentir desde as reivindicações da classe operária negra e pobre às repressões policiais e expedições punitivas.

Nessa linha, é preciso reconhecer a importância do Direito no período da colonização, quando este foi utilizado para “fundar juridicamente uma determinada ideia da humanidade dividida entre uma raça de conquistadores e outra de escravos”, na qual apenas “a raça dos conquistadores podia legitimamente se atribuir qualidade humana” (MBEMBE, 2018, p. 115). Na perspectiva decolonial, ainda é preciso lutar contra os efeitos materiais, epistêmicos e simbólicos da “lógica global de desumanização que é capaz de existir até mesmo na ausência de colônias formais” (MALDONADO-TORRES, 2018, n.p.).

No Brasil, como aponta **Flauzina** (2006, p. 100-101), a agenda da globalização neoliberal potencializou os expedientes nutridos desde o advento da República, com foco no extermínio da população negra, no seu genocídio. Entendendo-se o genocídio, no sentido criado por **Carlos Wedderburn**, como a “negação da presença africana nas Américas”, evidenciada pelo apagamento da população negra pelos grandes veículos de comunicação, o que sem dúvida caracteriza um “fator violento de genocídio simbólico” (FLAUZINA, 2006, p. 32-33). Dessa forma, ao longo da história brasileira, verifica-se que a produção da morte das pessoas negras pelo Estado se dá de variadas formas, desde a morte política – da impossibilidade de votar e ser votado – à morte civil – de não poder frequentar determinados lugares ao não acesso aos serviços de educação e de saúde – ou à morte penal – ao disparo de projéteis contra corpos negros. Podemos concluir que vivenciamos, no Brasil, continuamente um estado de exceção estruturalmente racializado, no sentido de que “o racismo é uma decorrência da própria estrutura social, ou seja, do modo ‘normal’ com que se constituem as relações políticas, econômicas, jurídicas e até familiares, não sendo uma patologia social e nem um desarranjo institucional” (ALMEIDA, 2019, n.p.).

Em matéria penal e processual penal, esse estado de exceção reflete a edição de normas em desacordo com as garantias de direitos fundamentais, além de práticas judiciais controversas. Para **Karam** (2006), a própria Constituição Federal favoreceu tal estado de exceção na seara penal ao produzir cláusulas de penalização, e assim, segundo **Borges** (2018, p. 40), viabilizou a manutenção da escravidão moderna no emprego da violência e repressão para a subjugação de corpos negros.

O período que segue é marcado pela agenda neoliberal da eficiência e “a busca da eficiência no terreno penal dá origem a um paradoxo, consistente em atribuir-se a um Estado mínimo o controle social máximo sobre os excluídos” (BATISTA, 1997, p. 147). É nesse processo de segregação que se funda o “novo normal” ou “novo equilíbrio racial” das sociedades modernas, revigorando os já conhecidos discursos e práticas de discriminação racial, mas desta vez por meio da positividade de um sistema dito legítimo de exclusão (ALEXANDER, 2018, p. 260-261), fundamentado na normalização do encarceramento em massa, a pretexto de garantia da defesa social. No que diz respeito ao sistema penal, a eficiência deve ser entendida como o incremento do exercício do controle em prol da defesa social, ou seja, punir mais e “melhor”. Essa busca pela eficiência ensejou, por exemplo, a ampliação das denominadas penas alternativas, as quais se afastam da finalidade declarada de servir como instrumentos de despenalização, no sentido de redução da intervenção penal,

e acabam se revelando como uma forma de ampliação do poder punitivo, tendo em vista que a vigilância ultrapassa os muros da prisão, garantindo a onipresença estatal.

Essa ampliação é perceptível há anos, principalmente a partir da experiência estadunidense, na qual, ainda na década de 90, dados apontavam que os norte-americanos efetivamente encarcerados representavam apenas um quarto da população submetida à tutela penal, sendo que a aplicação das medidas alternativas não implicou redução da população carcerária, apenas aumentou a quantidade de pessoas sob controle do poder punitivo estatal (WACQUANT, 2003, p. 29-30).

Assim, a junção do modelo neoliberal de eficiência com o estado de exceção inerente ao direito brasileiro ensejou o surgimento das medidas ditas despenalizadoras, através da introdução dos juizados especiais criminais por meio das Leis 9.099/95 e 10.259/01. Dessa maneira, a transição penal e a suspensão condicional do processo, a pretexto de configurarem medidas que implicam menor sofrimento ao investigado, flexibilizam as garantias do devido processo legal e ampliam a abrangência do sistema penal,¹ ressaltando que a adoção de modelos negociais não implica a existência de uma verdadeira “composição entre as partes, pois o poder de coerção do Estado-Administração desequilibra a relação processual e compromete a livre manifestação de vontade do réu” (CASARA, 2011, p. 155).

Insta consignar que os institutos de natureza consensual no processo penal brasileiro englobam também a composição dos danos civis, a colaboração premiada e, mais recentemente, o ANPP – ajuste obrigacional firmado entre o promotor e a pessoa investigada, no qual, mediante o atendimento aos requisitos fixados em lei, a exemplo da confissão, o investigado aceita cumprir condições que implicam restrições de direitos mais brandas do que a pena privativa de liberdade abstratamente cominada ao crime confessado.² Esses mecanismos têm em comum a mesma inspiração: a tradição de justiça consensual estadunidense, protagonizada pelo denominado *plea bargaining*.³

Ao tratar sobre o *plea bargaining*, **Alschuler** (1979, p. 4) esclarece que existe uma diferença crucial entre a barganha por informações e a barganha pela confissão de culpa, pois quando alguém presta informações contra outrem, o depoimento pode ser refutado e criticado durante o processo, o que não ocorre no *plea bargaining*, porque a confissão do investigado já configura prova suficiente para ensejar a condenação. Assim, pode-se inferir que o conjunto probatório que permite a prolação de sentenças condenatórias nos Estados Unidos é extremamente frágil – não por acaso estamos diante do país com a maior população carcerária do mundo.

Para o autor (ALSCHULER, 1979), o surgimento do instituto no século XIX está relacionado às dificuldades associadas ao conjunto probatório exigido para fundamentar uma condenação. Segundo **Walsh** (2019, p. 78), os tribunais criminais estadunidenses são extremamente dependentes do *plea bargaining*, principalmente por questões de ordem econômica, pois “juízos são caros e demorados. Racionalmente, duas partes podem chegar a um bom resultado de forma mais rápida e barata por meio de barganha”.

Tratar de acordos é, necessariamente, tratar de voluntariedade. Na seara penal, é difícil crer na existência de uma real voluntariedade por parte do investigado, principalmente levando-se em consideração dois fatores: a manifesta disparidade de armas e a imposição de medidas cautelares privativas de liberdade durante as tratativas.

Analisando especificamente a interferência da desigualdade racial no *plea bargaining*, pesquisas demonstram que em casos de investigações com arcabouço probatório frágil, em razão da ausência de informações sobre o fato, a raça do investigado pode ser indiretamente utilizada para indicar suposta probabilidade de reincidência e criminalidade latente (BERDEJÓ, 2018). Como

explica Alexander (2018, n.p.), a população estadunidense vivencia há anos um novo Jim Crow, ou seja, um período de segregação racial institucionalizada pelo Estado através do encarceramento em massa. Um dos fatores que contribui para o estabelecimento desse sistema é o *plea bargaining*.

Em relação à América Latina, Anitua (2015, p. 44-45) explica que, no final do século XX, foram implementadas reformas importantes no processo penal, com fundamento, em um primeiro momento, no processo de "democratização" dos países. Pouco depois, surgiu um novo fundamento, que ensejou o abandono das pretensões democráticas: a garantia da "eficácia" das funções penais. Assim, surgiu a necessidade de simplificação do processo, uma vez que a busca pelos objetivos estatais desmedidos (aqueles sinalizados na criminalização primária) torna necessária a colaboração do acusado para que ele abra mão de seus direitos constitucionalmente previstos. Para Anitua (2015), esses mecanismos de simplificação do processo influenciados pelo *plea bargaining* remetem a práticas inquisitivas, uma vez que se trata de um procedimento sigiloso e no qual a confissão do acusado é prova determinante de culpabilidade. É verdade que a confissão não é extraída mediante tortura, mas não se pode negar a existência de certa coação para realização do acordo. Os objetivos do poder punitivo são obter rapidez e eficácia, mesmo que isso implique na violação de todo o sistema de garantias, a exemplo dos princípios acusatório e da presunção de inocência. Aduz ainda o autor, que os sistemas penais contemporâneos adotam mecanismos consensuais com a pretensão de um confronto

de partes em pé de igualdade, mas que, em verdade, há uma relação de profunda desigualdade real.

No Brasil, a adoção dos acordos na seara penal desperta grande preocupação, tendo em vista as raízes inquisitoriais de nosso processo. Diferente do *plea bargaining*, o ANPP não pode gerar pena privativa de liberdade, mas "tanto o *plea bargain*, quanto o acordo de não persecução penal foram embalados no mesmo berço e pelas mesmas mãos" (MENDES; MARTÍNEZ, 2020, p. 64). Com a implementação do ANPP, possivelmente iremos conviver com a figura do promotor que, além de acusar, terá legitimidade, na prática, para julgar.

Os indivíduos que serão julgados pelos promotores, não por acaso, apresentam o mesmo perfil daqueles que lotam as prisões brasileiras. Apesar da carência de informações acerca da aplicação do ANPP, com base em dados coletados nas audiências de custódia,⁴ é possível inferir que os investigados sujeitos ao acordo são racialmente selecionados. A flexibilização de garantias obtidas com a ampliação da justiça negocial no Brasil constitui mais um mecanismo de opressão racial, porque tem por objetivo facilitar a punição e o controle da população negra brasileira. O acordo configura, assim, norma processual que garante não mais que a manutenção do velho "equilíbrio racial", negociando e mercantilizando os mesmos e já conhecidos corpos negros. O ANPP, portanto, é mais um instrumento de legitimação do poder punitivo e de manutenção do sistema penal de segregação racial.

NOTAS

- ¹ Para Karam (2002, p. 172), os delitos de menor potencial ofensivo, na forma do art. 76 da Lei 9.099/95, dificilmente ensejariam a aplicação de pena privativa de liberdade em caso de condenação. Além disso, a "velha" suspensão condicional já abrangia casos de condenações cujas circunstâncias correspondessem àquelas previstas no art. 89 da lei 9.099/95.
- ² Na prática, todavia, as condições impostas podem ter mesma gravidade ou maior do que aquelas resultantes de uma condenação.
- ³ Trata-se de um "mecanismo pelo qual o acusado pode, logo no início das apurações

pré-processuais, reconhecer a responsabilidade pelo fato, abrindo mão de seu direito a um processo e consequente julgamento judicial de mérito para receber, desde logo, uma pena." (DOTTI; SCANDELARI, 2019, p. 5). Em contrapartida, há a possibilidade de condenação a uma sanção menos grave do que aquela que seria aplicada no procedimento regular.

- ⁴ Cf. PRADO, Daniel Nicory do. *A prática da audiência de custódia*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2017.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poleti, São Paulo: Editora Boitempo, 2004.

ALMEIDA, Sílvio Luiz de. *Racismo estrutural*. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019. E- book (não paginado).

ANITUA, Gabriel I. La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense, en las reformas procesales latinoamericanas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 43-65, 2015.

ALEXANDER, Michelle. *A nova segregação: racismo e encarceramento em massa*. São Paulo: Boitempo, 2018. E- book (não paginado).

ALSCHULER, Albert W. Plea Bargaining and its History. *Columbia Law Review*, v. 79, n. 1, p. 1-49, jan. 1979.

BATISTA, Nilo. A violência do estado e os aparelhos policiais. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 4, p. 145-154, 1997. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=21215. Acesso em: 28 out. 2020.

BERDEJÓ, Carlos. *Criminalizing Race: Racial Disparities in Plea-Bargaining*. *Boston College Law Review*, v. 59, n. 4, p. 1187-1249, 2018. Disponível em: <https://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol59/iss4/2>. Acesso em: 30 out. 2020.

BORGES, Juliana. *O que é: encarceramento em massa?* Belo Horizonte: Letramento: Justificando, 2018, p. 40.

CASARA, Rubens Roberto Rebello. O acordo para aplicação da pena: novas considerações acerca da verdade e do consenso no processo penal brasileiro. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Gradinetti Castanho de (Org.). *O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do projeto de Lei nº 156/2019, do Senado Federal*, v. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 147-157.

CÉSAIRE, Aimé. *Discurso sobre o colonialismo*. 2. ed. Florianópolis: Livros & Livros, 2010.

DOTTI, René Ariel; SCANDELARI, Gustavo Britta. Acordos de não persecução e de aplicação imediata de pena: o plea bargain brasileiro. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 27, n. 317, p. 5-7, abr. 2019. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=150548. Acesso em: 29 set. 2020.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de

Brasília, Brasília, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Organização, introdução e revisão técnica de Roberto Machado. 3 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.

KARAM, Maria Lúcia. Anotações sobre aspectos penais e processuais penais das leis 9.099/95 e 10.259/2001 - leis dos juizados especiais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 10, n. 39, p. 148-174, jul./set. 2002. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=39456. Acesso em: 28 out. 2020.

KARAM, Maria Lúcia. Para conter e superar a expansão do poder punitivo. *Revista da Escola Superior Dom Helder Câmara - Veredas do Direito*, v. 3, n. 5, p. 95-114, jan./jun. 2006. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/92>. Acesso em: 27 out. 2020.

MALDONADO-TORRES, Nelson. Análise da colonialidade e da decolonialidade: algumas dimensões básicas. In: BERNARDINO-COSTA, Joaze; Nelson MALDONADO-TORRES, Nelson; GROSFOGUEL, Ramón (Orgs.). *Decolonialidade e pensamento afrodiaspórica*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2018. E- book (não paginado).

MBEMBE, Achille. *Crítica da razão negra*. São Paulo: N-1, 2018.

MENDES, Soraia da Rosa; MARTÍNEZ, Ana Maria. *Pacote Anticrime*: comentários críticos à Lei 13.964/2019. São Paulo: Atlas, 2020. p. 64.

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

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Trad. Gizlene Neder. 2. Ed., Rio de Janeiro: Revan, 2004.

WACQUANT, Lóic. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Trad. Eliana Aguiar. 2 ed., Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

WALSH, Dylan. Por que os tribunais criminais dos Estados Unidos são tão dependentes da plea bargaining?. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 15, n. 89, p. 76-81, abr./mai. 2019. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=151558. Acesso em: 29 set. 2020.

Recebido em: 08/11/2020 - Aprovado em: 03/01/2020 - Versão final: 11/03/2021

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA: BREVES APONTAMENTOS PRÁTICOS

CRIMINAL DEFENSE INVESTIGATION: BRIEF PRACTICAL NOTES

Fabrício Reis Costa

Mestrando em Direito Penal e bacharel em Direito pela USP. Advogado Criminalista.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6257296204324075>

ORCID: 0000-0002-7307-3388

fr.fabriciocosta@gmail.com

Resumo: O artigo aborda a temática da investigação criminal defensiva, especificamente no âmbito de sua aplicação prática no cotidiano forense brasileiro. Busca-se responder às lacunas deixadas pela legislação, através de uma análise pautada nas prerrogativas dos advogados, bem como com atenção a eventuais problemas que podem vir a surgir em decorrência de sua prática. Ao cabo, explica-se a importância do instituto e, ao mesmo tempo, a noção de que sua aplicação não pode ensejar eventual inversão do ônus da prova ou mitigação do princípio *in dubio pro reo*.

Palavras-chave: Investigação criminal defensiva, Direito de defesa, Prerrogativas da advocacia, Método investigativo.

Abstract: This article subject is the criminal defensive investigation, specifically in the context of its practical application in Brazilian forensic daily life. The article answers the questions not answered by the current legislation, through an analysis based on the lawyers' prerogatives, as well as paying attention to any problems that may arise as a result of the practice of criminal defensive investigation. After all, the importance of the institute is explained and, at the same time, the notion that its application cannot give rise to an eventual inversion of the burden of proof or mitigation of the *in dubio pro reo* principle.

Keywords: Criminal defensive investigation, Right of defense, Lawyers's prerogatives, Investigative method.

A advocacia criminal constantemente enfrenta novos desafios na medida em que inovações legislativas e novas técnicas dos atores processuais são desenvolvidas e aplicadas. No campo dogmático, a discussão desenvolvida por **Ulrich Beck**¹ e **Silva Sánchez**², definindo novas formas de atuação criminosa, a ampliação de possibilidade de cometimento de delitos, o aumento de riscos aos quais os cidadãos estão submetidos e a transnacionalidade dos crimes cometidos é exemplo que colabora para que se chegue àquela conclusão.

Especificamente no tocante à realidade brasileira recente, os desafios postos à advocacia criminal crescem proporcionalmente ao incremento da força do órgão acusatório, que até pouco tempo não possuía legitimidade para capitanear as investigações preliminares, na maioria das vezes rumo ao oferecimento da denúncia. É dizer: com as inovações trazidas pelos provimentos 181 e 183 de 2017 editados pelo Conselho Nacional do Ministério Público, a paridade de armas³ – que já era uma ficção jurídica –, na fase preliminar de investigação, ficou mais comprometida ainda, trazendo um sem número de prejuízos aos investigados pelo Ministério Público.

Para movimentar o fiel da balança em direção à justiça e ao direito de defesa, não necessariamente em movimento de contraposição ao CNMP, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), por meio do provimento 188/2018, regulamentou um exercício há muito tempo já desenvolvido pelos advogados: a investigação defensiva.

Trata-se, conforme o art. 1º do referido provimento, de instituto fundado “no complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados⁴, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando à obtenção de elementos informativos destinados à

constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte.”

Nesse mesmo sentido e ainda no ano de 2007, isto é, antes da edição do texto normativo por parte do Conselho Federal da OAB, **Baldan** definiu o instituto como um complexo de atividades de natureza investigatória, que pode ser desenvolvido em qualquer fase da persecução criminal, com vistas à coleta de elementos objetivos, subjetivos e documentais de convicção. A finalidade destas atividades concatenadas, segundo o autor, é a construção de acervo probatório que o advogado tem o dever/poder de utilizar na construção de um contraponto à investigação ou acusação oficial.⁵ Em outras palavras, o que se tem é a possibilidade de o profissional da advocacia dirigir, paralelamente ao inquérito policial⁶ ou ao procedimento investigatório criminal, no curso da instrução processual em juízo, em fase recursal e até durante a execução da pena para eventual propositura de revisão criminal, uma investigação que sirva como base de defesa de seu cliente.

Tal método de defesa já era realidade em outros ordenamentos muito antes de sê-lo no Brasil. A Itália, por exemplo, possui, desde o ano 2000, uma previsão expressa no Código de Processo Penal para o tema⁷. O mesmo se aplica à realidade estadunidense, que conta com regulamentação específica e bem dirigida à atuação dos advogados por meio da *American Bar Association*.⁸

Com relação à regulamentação brasileira, merece elogio a iniciativa do Conselho Federal da OAB em normatizar este tema, no sentido de que reforçar as prerrogativas da classe – previsão legal do próprio Estatuto – é fundamental para a concretização do Direito e da Justiça, fatores estes tão mitigados no momento da aplicação da lei penal no Brasil.

De outro lado, por honestidade acadêmica e intelectual, não se pode

deixar de fazer críticas ao provimento que foi econômico em seus poucos oito artigos. Faltou esclarecimento: faltou trazer detalhes do funcionamento do instituto, faltou explicar os limites investigatórios impostos ao advogado, faltou também delimitar a forma de utilização do que for obtido, seja perante o Poder Judiciário, seja perante a Polícia Judiciária.

Diante de tais falhas, as dúvidas que pairam quanto à sua aplicação no Brasil são muitas. Algumas de ordem penal, outras no âmbito processual; algumas com viés acadêmico e outras tantas acerca de questões práticas. Como exemplo, podem-se destacar as seguintes, que serão objeto deste pequeno ensaio: (a) quais os limites do advogado em se considerando as garantias individuais a serem protegidas?; (b) qual o *modus operandi* para realização destas diligências investigativas?; (c) existe obrigatoriedade de apresentação do resultado das investigações à Autoridade Policial ou Judiciária?; (d) qual o modo de entrega dos resultados das investigações às autoridades competentes?; (e) em que momento a entrega dos elementos produzidos deve ocorrer?; (f) pode haver implicações criminais ao advogado que conduzir as investigações criminais defensivas?; e, por fim, (g) qual a situação prática ao investigado ou denunciado que não dispuser de tal serviço em sua defesa?

Dito isso, sem a pretensão de solucionar a economia de palavras do provimento e evidentemente longe de esgotar o tema, passa-se à resposta das perguntas autoformuladas.

No que tange aos limites impostos ao advogado, entende-se que, obviamente, este não pode extrapolar as próprias balizas constitucionalmente postas à defesa das garantias individuais. Isso significa dizer que as interceptações telefônicas, telemáticas, de correspondência e escutas ambientais continuam a depender da autorização

judicial, nos moldes legais. O que cabe discutir, no entanto, é se pode o advogado representar por tal quebra de sigilo. Neste ponto, defende-se que tal representação é possível. No entanto, após o deferimento judicial, a execução da medida deve ser, como de praxe, de responsabilidade da Autoridade Judicial.

Quanto ao *modus operandi* a ser adotado na realização destas diligências investigativas, é importante que se observe a necessidade de garantir a maior idoneidade possível ao que for obtido, de modo a sustentar positivamente sua valoração pelo magistrado que julgará o feito. Sendo assim, medidas como a gravação integral e sem interrupções de eventuais oitivas de testemunhas são exemplos de meios de assegurar que a testemunha foi ouvida de forma justa, sem coação ou coerção e com a preservação, inclusive, do direito ao silêncio e da presença de seu advogado.

Para garantia da idoneidade dos elementos, o advogado deve se valer de meios oficiais para validação de seus atos, como tabelionatos que atestem o ocorrido por meio de atas notariais e, sempre que possível, proceder às intimações por meio dos cartórios de documentos e títulos. Ainda, é aconselhável, mesmo que não obrigatório, que o profissional da advocacia se preocupe em estar acompanhado de testemunha idônea e desinteressada no desfecho das investigações para que esta possa atestar a condução ílibada dos procedimentos feitos.

O procedimento e a condução das diligências investigativas, como dito, estão intrinsecamente ligados à validade e posterior modo e método de valoração dos elementos. Disso decorre a crítica ao

fato de já ter transcorrido mais de um ano após a publicação do provimento autorizador da investigação defensiva e não haver qualquer norma que o balize.

A obrigatoriedade ou não de apresentação do resultado das investigações à Autoridade Policial ou Judiciária é outro tema gerador de incertezas. O provimento do Conselho Federal da OAB deixa claro que “o advogado e outros profissionais que prestarem assistência na investigação não têm o dever de informar à autoridade competente os fatos investigados” e que “eventual comunicação e publicidade do resultado da investigação exigirão expressa autorização do constituinte.”

Evidentemente, o advogado não deve agir como *longa manus* dos órgãos de persecução. Pelo contrário, seu trabalho, enquanto constituído para garantir o exercício ao direito de defesa, o isenta de qualquer compartilhamento de provas colhidas que venham a servir, futuramente, para possível condenação do cliente.

De mais a mais, para que se oriente a autoridade policial, ministerial ou judicial de forma satisfatória e que os leve a uma conclusão benéfica ao constituinte – evidentemente de acordo com os

documentos legalmente produzidos –, o advogado deve se atentar para dois aspectos centrais, que são o momento ideal para a apresentação do que foi colhido e a forma de apresentação.

Nesse sentido, a produção de elementos informativos pela defesa, em regra, deve começar da forma mais antecipada possível, evitando, assim, todo o desgaste sofrido com eventual denúncia e prosseguimento de uma ação penal. Isto significa dizer que, neste novo modelo, espera-se do advogado uma postura proativa em detrimento de uma postura reativa⁹. Mas, é possível que o obtido e juntado aos autos de investigação defensiva seja útil para, por

exemplo, impedir o indiciamento do cliente investigado, impedir o oferecimento da denúncia em desfavor do constituinte, ensejar a rejeição da denúncia e a absolvição sumária do denunciado ou até mudar os rumos da conclusão do magistrado por oportunidade de eventual sentença após a instrução, em grau de apelação ou ainda por oportunidade de uma revisão criminal.

O melhor momento para apresentar tais resultados investigativos deve levar em consideração a fase processual em que se encontra o feito e também o andamento das investigações privadas. Estando aptas a formar um bom convencimento, deve-se aguardar o momento prévio a uma definição importante do inquérito policial ou da ação penal. Isto é, produzidos ou colhidos os documentos informativos, colacionados aos autos do inquérito defensivo, deve o advogado requerer a juntada destas aos autos principais em que seu cliente está sendo investigado ou acusado, como num arrazoado pré-processual se antes da denúncia ou como em arrazoado de investigação defensiva, se durante a ação penal. Por certo, parte do trabalho do advogado será, juntamente desta peça processual com novos subsídios aptos a corroborar a inocência de seu cliente, explicá-los também de forma verbal à autoridade, utilizando-se dos recursos visuais mencionados anteriormente.

Quanto à forma, que neste caso importa quase tanto quanto o conteúdo, entregar às autoridades um sem número de páginas, documentos, laudos periciais e não facilitar a leitura dos responsáveis por analisá-la em nada irá ajudar. A formação de, literalmente, autos de investigação defensiva é necessária, inclusive de modo a garantir

“O ADVOGADO E
OUTROS PROFISSIONAIS
QUE PRESTAREM
ASSISTÊNCIA NA
INVESTIGAÇÃO NÃO TÊM
O DEVER DE INFORMAR
À AUTORIDADE
COMPETENTE OS FATOS
INVESTIGADOS”

certa formalidade no momento da apresentação dos resultados. No entanto, é recomendável que o profissional da advocacia utilize uma formatação agradável aos olhos do leitor, que propicie leitura facilitada, com remissão a documentos mais complexos, a partir de infográficos, de modo a diminuir a complexidade e facilitar o trabalho das partes.

O penúltimo ponto de relevo que se pretende analisar nestas linhas diz respeito às possíveis implicações criminais ao advogado que conduzir as investigações criminais defensivas. De início, e aqui cumpre fazer uma ressalva, é importante saber que adotando a postura proativa que a investigação defensiva espera do advogado, tem-se como tendência que pressões processuais recaiam mais ainda sobre a classe. Por regra, o advogado tende a estar mais exposto a críticas e apontamentos das outras partes e também de membros da sociedade, motivo pelo qual se enxerga a necessidade de extrema cautela e prudência em todos os atos investigativos que venham a ser praticados.

Ultrapassado este aviso, é importante que sejam citadas algumas investidas que podem ser buscadas contra o advogado que promove a investigação criminal defensiva, tais como os crimes de falso testemunho ou falsa perícia, coação no curso do processo e fraude processual. Os Crimes Contra a Administração da Justiça podem ser meios para os contrários ao direito de defesa tentarem conter o advogado combativo que, no uso de suas prerrogativas, defende seu cliente se utilizando da investigação criminal defensiva. Os tipos, por si só, deixam clara a desnecessidade de exemplos de atividades temerárias ou descuidadas que podem dar ensejo às suspeitas dos atores processuais envolvidos. Daí, a importância do advogado seguir práticas híidas e sempre com a devida demonstração do modo e método de obtenção.

O último ponto a ser abordado versa mais sobre um necessário alerta do que um esclarecimento de dúvida. O investigado ou denunciado que não estiver em condições de arcar com uma defesa técnica que consiga trazer aos autos as *benesses* da investigação

criminal defensiva, não pode ser por tal fato prejudicado. Significa dizer o óbvio: a investigação criminal defensiva deve ser vista com a cautela de um direito subjetivo que o advogado e a parte perseguida pelo Estado possuem e não um dever que venha a inverter o ônus da prova.

Em suma, passou-se a uma nova fase do processo, em que é instituído o direito de se defender provando¹⁰. Deve-se apenas se atentar para que não se abra uma nova porta, que é a de uma inversão do ônus da prova maléfica ao réu. É dizer: não deve o Ministério Público passar a atribuir a responsabilidade de provar inocência à defesa técnica do acusado. Assim, de forma alguma se deve aplicar a lei penal sob o argumento falso de que, tendo o réu um advogado que desenvolveu a investigação criminal defensiva e nada encontrou, deveria este acusado ser condenado. A prova da incriminação incumbe a quem a faz. Tal fato pode parecer óbvio, mas tem-se como certo que não o é, diante da extensa mitigação deste mandamento no cotidiano forense, assim como da extensa lista de casos em que se fazem esquecidos tal comando processual. Os exemplos internacionais, já citados da doutrina e prática italiana e estadunidense, demonstram que a investigação defensiva, ainda que por ora parcamente aplicada e normatizada no direito brasileiro, é uma realidade. No Brasil, uma real normatização com mudanças eficazes e claras, do ponto de vista procedimental, na legislação processual se faz cada vez mais necessária, de forma a se garantir uma menor disparidade de armas entre a defesa técnica e o órgão acusatório. Isso passa pela comunhão de esforços entre o Poder Legislativo e a própria da Ordem dos Advogados do Brasil, o que poderia ser feito, inclusive, pela criação de uma comissão voltada exclusivamente para o estudo do tema, visando a posterior apresentação de proposta legislativa. Enquanto isso, o advogado preocupado com a defesa de seus constituintes deve se aproximar deste instrumento e fazê-lo, ainda que pela prática, passar a valer junto às autoridades que dialogam, sempre lembrando, em pé de igualdade¹¹ com a advocacia.

NOTAS

- 1 BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.
- 2 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução da 2. edição espanhola: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. Revisão: Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- 3 Sobre o tema, ver: NÓBREGA DIAS, Gabriel Bulhões. A advocacia criminal, a investigação defensiva e a luta pela paridade de armas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 26, v. 150, p. 145-187, dez. 2018.
- 4 Ressalta-se aqui a possibilidade do uso de serviços de detetives particulares, frente à regulamentação da profissão a exemplo do que se observa na Lei 13.342/17.
- 5 BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 64, p. 253-273, jan./fev. 2007, p. 269.
- 6 A intervenção do advogado em investigação própria durante o inquérito policial configura tema complexo, na medida em que nesta fase preliminar a paridade de armas é fato ainda mais mitigado. As peculiaridades do inquérito policial e suas imbricações com a investigação criminal defensiva mereceriam, por si, um estudo apartado. Sobre o tema, de modo aprofundado, ver: MENDES MACHADO, André Augusto. *A investigação criminal defensiva*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito)

Bibliografia

AZEVEDO, André Boiani; BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva (ou do direito de defender-se provando). *Boletim IBCCRIM*, n. 137, abr. 2004.

BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 64, p. 253-273, jan./fev. 2007, p. 269.

BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BULHÕES, Gabriel. Investigação defensiva e a busca da paridade de armas no processo penal. *CONJUR*, 10 abr. 2018. Disponível em: <www.conjur.com.br/2018-abr-10/gabriel-bulhoes-investigacao-defensiva-paridade-armas>. Acesso em: 19 ago. 2020.

- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.
- 7 Cf. segunda parte, quinto livro, título VI, bis do Código de Processo Penal Italiano. A codificação da investigação criminal defensiva italiana tem seu advento com a operação Mãos Limpas e o incremento dos conhecidos maxiprocessos. Sobre o tema, ver: STEFANI, Eraldo. *Manuale delle indagini difensive nel processo penale*. Aspetti teorico-pratici di investigazione privata. Utilizzabilità processuale degli atti. Milano: Ed. Giuffrè, 1999.
 - 8 Disponível em: <https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/standards/DefenseFunctionFourthEdition/>. Acesso em: 19 ago. 2020.
 - 9 BULHÕES, Gabriel. Investigação defensiva e a busca da paridade de armas no processo penal. *CONJUR*, 10 abr. 2018. Disponível em: <www.conjur.com.br/2018-abr-10/gabriel-bulhoes-investigacao-defensiva-paridade-armas>. Acesso em: 19 ago. 2020.
 - 10 AZEVEDO, André Boiani; BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva (ou do direito de defender-se provando). *Boletim IBCCRIM*, n. 137, abr. 2004.
 - 11 Art. 6º da Lei 8.906/1994. Não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos.

MENDES MACHADO, André Augusto. *A investigação criminal defensiva*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

NÓBREGA DIAS, Gabriel Bulhões. A advocacia criminal, a investigação defensiva e a luta pela paridade de armas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 26, v. 150, p. 145-187, dez. 2018.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução da 2. edição espanhola: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. Revisão: Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STEFANI, Eraldo. *Manuale delle indagini difensive nel processo penale*. Aspetti teorico-pratici di investigazione privata. Utilizzabilità processuale degli atti. Milano: Ed. Giuffrè, 1999.

Recebido em: 19/08/2020 - Aprovado em: 07/10/2020 - Versão final: 04/12/2020

DE JUSTIÇA CRIMINAL A JUSTIÇA CRIMINOSA: UMA CRÍTICA AOS PARADOXOS DO JUDICIÁRIO GUARDIÃO DE PROMESSAS

FROM CRIMINAL JUSTICE TO FELONIOUS JUSTICE:
A CRITIQUE TO THE PARADOXES OF THE JUDICIARY GUARDIAN OF PROMISES

José Rafael Fonseca de Melo

Doutorando em Direito Penal pela UERJ. Mestre em Direito Penal pela UFPE. Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo ICPC. Advogado Criminal.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/357791179067610>

ORCID: 0000-0001-8358-6614

rafaelfonsecademelo@hotmail.com

Resumo: O judiciário, investido artificialmente à guardião de promessas, reproduz e amplifica o colapso institucional oriundo da contradição entre a influência crescente sobre a vida em coletividade e a crise da própria legitimidade. Os desvios ativistas, assim, desnudam um poder agigantado, mas impotente; protagonista, mas serviçal ao populismo; liberal no discurso, mas conservador nas práticas; e inaugurado democraticamente, mas autoritário, que aqui se critica.

Palavras-chave: Positivismo Jurídico, Judiciário, Guardiã de Promessas.

Abstract: Many times seen as a promise keeper, the judiciary reproduces and amplifies the institutional collapse arising from the contradiction between the growing influence on the collective life and the crisis of legitimacy itself. Activist deviations, thus, expose a gigantic but impotent power. They expose the protagonist role, but at the same service time to populism. A liberal in the speech, but conservative in practices. First democratically funded, but ultimately authoritarian, which is what is criticized here.

Keywords: Legal Positivism, Judiciary, Keeper of Promises.

A justiça brasileira e, em especial, seu sistema de justiça criminal atravessam uma crise¹ de (ausência de) credibilidade, (des)confiança geral e, sobretudo, de legitimidade (carência). Ainda assim, a paradoxal indicação, sem precedentes na história brasileira, de que nunca se deprecou tanto a um poder imbuído de solucionar conflitos provoca outra igualmente antagônica e contraditória consequência: a expansão dos seus tentáculos e de suas competências. Pior: tal agigantamento é diretamente proporcional à sua impotência, o que amplifica e evidencia seu fracasso em um ciclo retroalimentante entre intervenção em áreas da vida social que não integram sua alçada e aumento da pretensão de controle, que cria o *direito de intervenção*² justificado e derivado do temor oriundo das mesmas premissas da sociedade de risco e suas perenes ameaças de temas pautados na agenda política como sendo de necessário enfrentamento – mas sem qualquer dado empírico que inspire confiabilidade na sua solução –, tais como a insegurança, a violência e a corrupção. E é exatamente na ambiência dos medos pós-revolucionários oriundos do positivismo como cultura que se (re)produzem as formas de pensar e sentir a questão criminal: “afetividades punitivas que naturalizam a truculência e cultuam a pena como solução mágica e restauradora de todos os conflitos.”³

Assim, necessária é a reflexão acerca dos limites e conteúdo do positivismo jurídico no âmbito pragmático da justiça criminal e a reabertura do debate sobre a condenação daquele pela barbárie que, na verdade, é fruto do “assalto e dominação do sistema legal por um discurso ideológico que impregna o sistema de sua moral e sua tábua axiológica”⁴ reconhecendo a consequente possibilidade de justificação e exculpação nos casos de questionamento ou descumprimento

de decisões tirânicas e determinações iníquas, tendo ainda como preocupação analisar os motivos que levam o judiciário, em uma democracia, a ignorar suas funções precípua de bem interpretar a Constituição e de ser garantidor de direitos fundamentais ao mesmo tempo em que envida esforços em manter os privilégios de classe, diligência em angariar a empatia da opinião pública e subordina a soberania popular oriunda das leis à oligarquia dos costumes.

Em relação à guerra ao positivismo e à comprovação pela história de como *em nome da lei* foram autorizadas atrocidades e atribuídas responsabilizações pessoais a partir das sujeições dos juristas, há de se destacar que até então “não se tinha de maneira suficiente atingido um nível aprofundado de responsabilização para juízes e tribunais”⁵ lembrando **Alessandro Baratta**⁶ que, após vinte anos da contribuição de Radbruch, denunciou o reducionismo em atribuir ao positivismo jurídico a catástrofe nazista e como este, na distinção do fato do direito e do seu valor, acabou “estabelecendo a autonomia entre moral e direito, diferenciando os princípios interiores e incoercíveis da ordem moral de critérios exteriores e coativos”⁷ Nesse sentido, destaca **Niló Batista** a partir de Radbruch que, sob o pretexto de cumprimento incondicional provocado pelo princípio de que a lei é lei, a justiça alemã se tornara refém da arbitrariedade e injustiça de leis que, nada obstante possuírem certo valor e sob o argumento de garantirem segurança jurídica, não eram direito – ignorando que há direito acima das leis.⁸

No tocante a esta suprallegalidade do direito, bem como ao direito de resistir ao direito, convém indicar que a vinculação do discurso político ao discurso jurídico-penal em torno das suas funções determinadas de tornar previsível a função do órgão julgador – o que possibilita

a racionalização do reconhecimento de hipóteses supralegais como causa geral de exculpação – é o ponto de partida para tornar sustentável o argumento da supralegalidade como algo intrínseco ao direito, e não externo, como é possível inicial e aparentemente aparentar. Por sua vez, as opções político-criminais de tutela de bens jurídicos revelam a contemplação de interesses existentes *prima facie* em um “imaginário social” e que se concretiza e se externaliza a partir de deduções, mas que, ao final, acaba por desvendar o compromisso ideológico do direito penal e o seu papel na manutenção de interesses no Estado capitalista.

No entanto, se, de um lado, a interpretação era de que o positivismo se utilizara da máxima de que “a lei é lei” e por isso deveria ser incondicionalmente cumprida, por outro, há de se considerar que a elevação da legalidade como um princípio fundamental a uma categoria de garantia diante da possibilidade de punição estatal sempre encontrou – não à toa – resistência precisamente em espaços totalitários, o que demonstra a imprescindibilidade da sua permanente lembrança, mesmo no Estado dito social e democrático de Direito. Isso porque a história demonstra que se o princípio de legalidade significa submissão à lei, muitas vezes significou também que com a lei se pode fazer de tudo.⁹ Assim, é o aspecto material do princípio da legalidade que evita o escárnio do significado de segurança que, nada obstante o seu utilitarismo, não é o valor decisivo que o direito deve realizar.¹⁰

Nesse interim, os diagnósticos de como a excessiva jurisdicionalização pode amplificar a fragilidade das expressões sociais contemporâneas e intensificar a autoridade de um poder colocado estrategicamente na linha de frente da esperança por instituições políticas em vias de decomposição são o enfraquecimento de laços sociais, o desestímulo do altruísmo, a limitação da solidariedade e, conseqüentemente, a criação de outros paradoxos.¹¹ A atual realidade brasileira revela ainda diversos contrassensos, além do exposto inicialmente. Com o crescente protagonismo de juízes e a elevação destes ao *status* de verdadeiras celebridades – que, nada obstante ainda serem minoria, são acompanhados pela maioria em movimentos da categoria – aumenta também a servidão ao apelo populista, reduzindo a independência de atuação conforme a lei, o que fundamenta seu poder e provoca a corrosão da própria autoridade, fazendo nascer a infundável e permanente necessidade de atender às pressões externas e produzindo o que se pode denominar de protagonismo submisso. Aqui está presente um paradoxo menos perceptível e que alcança níveis subliminares, pelo seu caráter estratégico: diante da interpretação ao bom gosto da voz rouca oriunda das ruas e conveniente aos arautos da popularidade, tais juízes se tornam reféns da maioria insubmissa ao modelo do constitucionalismo democrático e à defesa dos direitos fundamentais com os quais não concorda. Logo, o que se apresentava como um par de asas, acaba por ser de fato um grilhão. Nesta perspectiva, o juiz que sempre condena porque isso agrada, só agrada quando condena. Ele não tem poder; ao revés, está condenado a condenar. É réu de si mesmo.¹² Destaque-se que o *são sentimento do povo* já fora fundamento de diversas atrocidades materiais e processuais em temas penais no nazismo alemão, tais como a lei de 28 de junho de 1935 que, ao modificar o § 2º do código do império censorador da *analogia*, passou a punir “(...) quem comete um fato que a lei declara punível ou que é merecedor de punição segundo o conceito que dá fundamento a uma lei penal e segundo o *são sentimento do povo*”, ou ainda o decreto de 5 de setembro de 1939 que previa, em seu § 4º, sanções agravadas – inclusive à pena de

morte – para quem praticasse crime aproveitando-se das condições anormais derivadas do estado de guerra “desde que tais penas fossem requisitadas pelo *são sentimento do povo*”.¹³

Constata-se ainda que a atecnia e a ausência de ética conduziram a um processo de criminalização parcial, histórico e autoritário, expondo o péssimo custo-benefício entre os elevados gastos e o trabalho apresentado como resultado final, provocando os mais abjetos episódios onde os excessos se contradizem com a única justificativa dos elevados custos do poder judiciário: em um processo de inversão, as garantias constitucionais dos magistrados acabam por assegurar a retirada da sua inércia e cumprir com outra finalidade que não aquela de atribuir-lhe a desnecessidade de prestação de contas acerca do conteúdo das suas decisões.

É certo que toda instituição que exerça alguma forma de autoridade em espaços democráticos há de se defrontar com tensões sobre

sua legitimidade e, por isso, que justiça e democracia devem ser admoestadas e retificadas. Aqui há uma similitude útil a justificar tal diagnóstico: o destino da política e do judiciário é o mesmo e, portanto, se o ativismo jurisdicional é paradoxal, ele o é na medida em que afeta a democracia jurídica como um todo.¹⁴ Logo, se voltar contra o protagonismo jurisdicional e no que este desperta o velho demônio inquisitório e a tentação do velho sonho de justiça redentora é parte da retomada da democracia desnorteada.

Sob a ótica da eficiência, por sua vez, o saber penal deve buscar sempre a decisão socialmente menos violenta a

fim de recuperar legitimidade e se afastar do risco de converter-se definitivamente em instrumento de guerra e propaganda do inimigo. Ao se afastar dessa premissa, portanto, acaba por se transformar em um direito penal apoiado em novas emergências e postulante da expansão punitiva com fins simbólicos e apoiados em uma ciência autista¹⁵ e manipuladora – cujo nível de eficácia provado é absolutamente nulo e cujo discurso fácil e clientelista de lei e ordem ocultam a realidade de um problema cuja solução está longe do direito penal.¹⁶

O modelo democrático construído na transição da ditadura de 1964-1985 está edificado basicamente sobre quatro pilares, amplamente conhecidos – apesar de constantemente ignorados: as garantias do estado liberal; as mecânicas próprias do Estado social; a concepção democrática cujo epicentro é a dignidade da pessoa humana; e a supremacia dos direitos humanos sobre a própria soberania interna. Com fulcro em viabilizá-los, o constituinte erigiu as cláusulas pétreas e a inafastabilidade do judiciário de apreciar lesão ou ameaça a direito – atribuindo ao próprio juiz o papel de garantidor. Ou seja: a Constituição é, em um contexto punitivista e de exceção, um remédio contra a pretensão das majorias e as erupções episódicas de paixões e efeitos ocasionais, funcionando como as correntes de Ulisses¹⁷ para não sucumbir ao despotismo e seus efeitos encantadores e desviantes dos objetivos, mesmo em tempos de desespero coletivo. E aqui impõe-se um paradoxo bem conhecido na longa trajetória institucional brasileira: a combinação da legislação liberal com a prática autoritária. Mais especificamente, no caso, um amplo instrumental de direitos humanos conferido aos agentes que são, seguidamente, desestimulados a usá-lo. O discurso jurídico de matriz liberal, assim, segue a lógica do progresso dos direitos individuais e, em oposição, as práticas concretas e preferências políticas dos magistrados nacionais tendem a ser cada vez mais conservadoras. Isto é: quanto mais democrático se torna o Direito formal, mais reacionária revela-se a ética de sua prática. Ou ainda, como já dito: a democracia das leis é

*LOGO, SE VOLTAR CONTRA
O PROTAGONISMO
JURISDICIONAL E NO QUE
ESTE DESPERTA O VELHO
DEMÔNIO INQUISITÓRIO E A
TENTAÇÃO DO VELHO SONHO
DE JUSTIÇA REDENTORA É
PARTE DA RETOMADA DA
DEMOCRACIA DESNORTEADA.*

cada vez mais subordinada à oligarquia dos costumes. No cerne do diagnóstico de declínio da política e da ocupação desse espaço pelo expansionismo do judiciário está o crescente distanciamento entre o sistema de justiça criminal e os cidadãos. E esse afastamento avança na mesma intensidade com que os esforços externos se mostram insuficientes para remover a magistratura nacional de um atraso institucional, tornando tardio tal desiderato diante da corrosão do modelo que o instituiu. É como o olhar soberbo e indiferente dos moradores da casa da perfeição¹⁸ sobre “o homem no parque”, cujo isolamento de questões locais próximas corrompem a comunicação e distancia semelhantes. Logo, há de se refletir sobre o conteúdo e limites do positivismo jurídico sob a perspectiva prática da justiça criminal e de como o poder judiciário, ao ocupar o lugar de guardião de promessas, reproduz e amplifica o colapso que se defrontam as instituições integrantes desse sistema, oriundo da contradição entre a crescente influência dessa justiça sobre a vida em coletividade e a crise da própria legitimidade. A mudança de paradigma em relação ao papel dos juízes passa necessariamente pela transformação da democracia, sendo o ponto de partida a identificação da gênese

desta crise, remetendo ao íntimo da consciência cidadã – local de reconhecimento da autoridade da instituição política. Desde os desvios provocados pelo ativismo jurisdicional até a revelação da função oculta do sistema penal, brocados erguidos à condição de princípios, tais como “a lei é para todos” e “ninguém está acima da lei”, levam à sujeição própria do positivismo jurídico que ressuscitam hodiernamente a tradição nazista, que atualiza que “a lei deve ser cumprida” ou que sujeitava os soldados com o mandamento que “ordens são ordens”. A expectativa de que os juízes passariam a angariar a crença quanto ao papel de guardião de promessas, no que haviam sido artificialmente investidos, se revela ineficaz. Evidenciam-se assim, em conclusão, quatro paradoxos: o agigantamento do judiciário ao lado da sua crescente impotência; o protagonismo que coincide com sua servidão ao apelo populista; o discurso jurídico de matriz liberal acompanhado de práticas cada vez mais conservadoras (ou a democracia das leis cada vez mais subordinada à oligarquia dos costumes); e, por fim, a incapacidade de adaptação do judiciário brasileiro pós-Constituição de 88 às regras do jogo democrático coincidente com a própria derrocada do modelo político que as inaugurou.

NOTAS

- 1 Ao analisar um tema submetido às grandes controvérsias, é costume atribuir-lhe o anátema de que está em *crise*. No entanto, mudanças bruscas capazes de interromper o equilíbrio acabam por provocar parâmetros negativos e instáveis, bem como apenas iniciam a indicação de que todo o sistema que o envolve sempre esteve em agonia. Ou seja, há de se buscar suas causas (gênese) para, só então, aspirar o desiderato da solução – que, neste caso, é a cura ou a fatalidade. Sobre o conceito de *crise*: TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Madri: Marcial Pons, 2012, p. 28-30.
- 2 HASSEMER, Winfried. *Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal*. D.F.: Ubijus, 2009, p. 13.
- 3 BATISTA, Vera Malaguti. O positivismo como cultura. *Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 293-307, maio/ago. 2018, p. 299.
- 4 BATISTA, Nilo. Justiça Criminal x Justiça Criminosa. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Rio de Janeiro, n. 32, p. 70-78, jul./dez. 1981, p. 75.
- 5 A assertiva é feita após o professor alemão Gustav Radbruch ter examinado um grupo de casos onde se questionou o valor justificativo ou escusante do cumprimento de ordens ou leis iníquas e, reformando em certo sentido suas opiniões anteriores, expôs o quanto a justiça criminal pode se transformar em uma instância de execução de programas políticos nefastos, como no caso nazista – tudo com a imprescindível colaboração dos juízes e tribunais. BATISTA, Nilo, *Op. cit.*, p. 70-71.
- 6 BARATTA, Alessandro. *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*. Milão: Ed. Giuffrè, 1966.
- 7 BATISTA, Nilo, *Op. cit.*, p. 74.
- 8 BATISTA, Nilo, *Op. cit.*, p. 72.
- 9 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Sobre el principio de intervención mínima do derecho penal como límite do ius puniendi. In: RUS, Juan José González (Coord.), *Estudios penales e jurídicos, homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*. Córdoba: Ed. Secretariado de Publicaciones Universitarias de Córdoba, 1996.
- 10 BATISTA, Nilo. Justiça Criminal x Justiça Criminosa. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Rio de Janeiro, n. 32, p. 70-78, jul./dez. 1981.
- 11 A experiência francesa trazida por Antoine Garapon em sua obra “*Le Gardien des Promesses*”, sobre a excessiva judicialização naquele país no ano de 1996, demonstra como a justiça se transforma no último refúgio de um ideal democrático desencantado e como os juízes aparecem como um recurso contra a implosão de sociedades democráticas que não conseguem controlar de outra maneira a complexidade

e diversidade que elas geram. Na versão brasileira, GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

- 12 A conclusão de que o juiz *com poder* não é aquele que condena com lastro no apoio popular ou que é saudado pela multidão em júbilo, mas o que decide *apesar dela e contra ela*, reforça que a cara independência da magistratura impõe a ela alheamento por estima. As expressões são próprias e precisas. In: SEMER, Marcelo. A justiça hoje em quatro paradoxos. *Cult*, Além da lei, 30 jul. 2018. Disponível em: <<https://revistacult.uol.com.br/home/a-justica-hoje-em-quatro-paradoxos/>>. Acesso em: 14 ago. 2018.
- 13 O sintagma em destaque referente à *sanidade do sentimento popular* traz consigo terminologicamente uma hipótese indemonstrável e, por óbvio, não é criação nossa – mas literalidade das leis penais nazistas que traduziam o sentimento daquele período. Ver BATISTA, Nilo, *Op. cit.*, p. 70-71.
- 14 RICOUER, Paul. Prefácio. In: GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 13-14.
- 15 A expressão “autista”, aqui levada no sentido técnico, é oriunda da simplificação e esvaziamento de sentido político da discussão teórica alheia à redução racional do exercício do poder punitivo. In: ZAFFARONI, E. Raúl. *En torno de la cuestión penal*. Montevídeu: B de F, 2005, p. 73.
- 16 ZAFFARONI, E. *Origen y evolución del discurso crítico en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2009, p.18-20.
- 17 Na Odisseia (Homero, 1997), Ulisses, durante seu regresso à Ítaca, sabia que enfrentaria provações de toda sorte. A mais conhecida era o “canto das sereias” que, por seu efeito encantador, desviava os homens de seus objetivos e os conduzia a caminhos tortuosos, dos quais dificilmente seria possível retornar. Ocorre que, sabedor do efeito encantador do canto das sereias, Ulisses ordena aos seus subordinados que o acorremem ao mastro do navio e que, em hipótese alguma, obedecem qualquer ordem de soltura que ele pudesse vir a emitir posteriormente. Ou seja, Ulisses sabia que não resistiria e, por isso, criou uma autorrestrrição para não sucumbir depois. In: STRECK, Lenio Luiz. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. In: *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, v. 1, n. 2, p. 75-83, jul./dez. 2009, p. 75.
- 18 CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 21-23.

Bibliografia

- BARATTA, Alessandro. *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*. Milão: Ed. Giuffrè, 1966.
- BATISTA, Nilo. Justiça Criminal x Justiça Criminosa. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Rio de Janeiro, n. 32, p. 70-78, jul./dez. 1981.
- BATISTA, Vera Malaguti. O positivismo como cultura. *Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 293-307, maio/ago. 2018.
- CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Sobre el principio de intervención mínima do derecho penal como límite do ius puniendi. In: RUS, Juan José González (Coord.), *Estudios penales e jurídicos, homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*. Córdoba: Ed. Secretariado de Publicaciones Universitarias de Córdoba, 1996.
- HASSEMER, Winfried. *Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal*. D.F.: Ubijus, 2009.

RICOUER, Paul. Prefácio. In: GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

SEMER, Marcelo. A justiça hoje em quatro paradoxos. *Cult*, Além da lei, 30 jul. 2018. Disponível em: <<https://revistacult.uol.com.br/home/a-justica-hoje-em-quatro-paradoxos/>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. In: *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, v. 1, n. 2, p. 75-83, jul./dez. 2009.

TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Madri: Marcial Pons, 2012.

ZAFFARONI, E. Raúl. *En torno de la cuestión penal*. Montevídeu: B de F, 2005.

ZAFFARONI, E. *Origen y evolución del discurso crítico en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2009.

NECROPOLÍTICA: MORTE, COLONIALISMO E ENCARCERAMENTO EM ACHILLE MBEMBE

NECROPOLITICS: DEATH, COLONIALISM AND INCARCERATION IN ACHILLE MBEMBE

Tadeu José Migoto Filho

Mestrando em Ética e Filosofia Política pela UEL. Especialista em Direito e Processo penal pela UEL. Defensor Público do Estado de São Paulo.
ORCID: 0000-0002-1032-9251
tadeujmf@gmail.com

RESUMO: O presente artigo vale-se do método de revisão bibliográfica, com especial enfoque na obra do filósofo camaronês **Achille Mbembe**, a fim de intentar elucidar a intrincada relação entre cárcere, colonialismo e necropolítica dentro da experiência brasileira. Para tanto, buscaremos demonstrar como o imaginário punitivo colonial, longe de ser elidido pela chegada das ideias iluministas, em verdade coexistiu e se intensificou nesse encontro, o qual teria gestado uma necropolítica criminal, mais próxima da forma-campo que da disciplina panóptica.

Palavras-chave: Encarceramento, Colonialismo, Necropolítica.

ABSTRACT: This article uses the bibliographic review method, with special focus on the work of Cameroonian philosopher Achille Mbembe, in order to elucidate the intricate relationship between prison, colonialism and necropolitics, within the Brazilian experience. Therefore, we will demonstrate how the colonial punitive imaginary, far from being eluded by the arrival of Enlightenment ideas, actually coexisted and intensified in this encounter, which have generated a criminal necropolitics, closer to the field-form than to the panoptic discipline.

Keywords: Imprisonment, Colonialism, Necropolitics.

INTRODUÇÃO

Verdadeira manifestação de soberba, o colonialismo não seria outra coisa senão a pretensão europeia a uma acumulação desenfreada, mediante um processo de dominação global. Arrogando-se ao direito de partilhar o mundo, a Europa elevou o colonialismo a "uma forma de poder constituinte, cuja relação com o solo, com as populações e com o território associou, de maneira inédita na história da humanidade, as três lógicas da raça, da burocracia e dos negócios (*commercium*)".¹ Logo, parece impossível falar de colonização sem discorrer também dos seus correlatos: dominação política dos corpos, a divisão da humanidade em raças e uma economia da sujeição.

Ora, se é a colonização que inaugura um processo global e demiúrgico de repovoamento, circulação e tomada de terras, cujo resultado seria o nascimento da primeira ordem espacial de caráter global, parece então inegável o quanto a realidade atual é ainda herdeira dessa empreitada. Responsável, portanto, pelo erguimento de fronteiras, pela disseminação (e encontro) de culturas, línguas, discursos, saberes e práticas, isso sem falar na hecatombe da remoção forçada de milhares de pessoas no tráfico negreiro e da predação ilimitada dos recursos naturais nos territórios coloniais, a colonização consiste na pedra angular sobre a qual se assenta nosso mundo. Aliás, tamanha foi a sua importância para a atual ordem do mundo que, para **Achille Mbembe**, civilização e colônia não seriam conceitos mutuamente excludentes; melhor seria dizer que, na verdade, a colônia sempre foi a face noturna da civilização.² Daí um dos movimentos essenciais do pensamento decolonial: entender como a atual ordem do mundo foi possibilitada pela colonização e como a humanidade ainda reproduz seus saberes e práticas. Para tanto, sugere-se uma outra perspectiva sobre a História: compreendê-la não como uma linha temporal única e progressiva, mas como temporalidades plurais, que se sobrepõem e se entrelaçam: "encaixando-se umas nas outras, elas se apoiam mutuamente; algumas vezes se cancelando e outras multiplicando

seus efeitos".³ Dessa forma, é possível compreender como, apesar das antigas colônias terem alcançado sua independência, o colonialismo ainda assombra o mundo; afinal, teriam suas práticas e discursos sido de fato suplantados ou, pelo contrário, não teria apenas a temporalidade da colônia se adaptado, se transformado e se acoplado às novas temporalidades do mundo, ora cancelando alguns de seus efeitos e ora potencializando-os?

A partir dessa perspectiva é possível, portanto, pensar em como não houve uma simples evolução nas políticas criminais no Brasil com a chegada da era das luzes e das modernas técnicas carcerárias que elas engendraram; como não houve uma ruptura civilizadora e humanizadora, mas, ao contrário, como essas novas técnicas corretivas e disciplinares modernas conviveram concupiscentemente com os mais atrozos suplícios do Antigo Regime. Prisão, tronco e forma-campo, correção e castigo, técnicas de normalização e de brutalização do corpo, sociedade soberana, biopolítica e disciplinar, como, enfim, todos esses modelos se emaranharam (e ainda se emaranham) na necropolítica criminal brasileira.

COLONIALISMO, NECROPOLÍTICA E SISTEMA PRISIONAL

Na década de 70, **Michel Foucault** se dedicou a fazer uma genealogia das relações de poder. Em suas investigações, ele se deparou com três modelos políticos de sociedade no Ocidente: a sociedade soberana, a disciplinar e a biopolítica. Grosso modo, a primeira é aquela da legalidade e da ordem, que pune repressivamente suas violações; a segunda é a da norma, que visa disciplinar os indivíduos em corpos dóceis e úteis; já a terceira é a dos mecanismos de segurança, que objetiva também uma normalização, mas não mais dos corpos e sim das populações: inserindo-as em um cálculo de risco, o que se buscará, então, será otimizar a vida, minimizando os potenciais perigos a que ela esteja exposta.

A partir desse arcabouço, **Mbembe** irá se dedicar a pensar um quarto modelo de relação de poder: o necropolítico. Isso porque as noções foucaultianas, sobretudo a de biopolítica, pareciam-lhe

insuficientes para elucidar as atuais formas de exercício da soberania; mais precisamente aqueles métodos que não se pautam pelo uso da razão pública, senão pela instrumentalização da vida humana e pela disseminação generalizada da morte, especialmente quando galvanizadas pelas modernas tecnologias destrutivas. Embora distancie-se de **Foucault**, é preciso reconhecer a importância de seu pensamento como ponto de partida teórico; afinal, seria justamente a noção de biopolítica que teria revelado o elemento legitimador da função assassina do Estado: o racismo.

Se para **Foucault**, a sociedade, a partir do séc. XIX, teria se tornado preponderantemente biopolítica, isso se deveria ao fato de que, desde então, ela estaria cada vez mais organizada em torno da inserção da vida do homem enquanto espécie biológica "numa estratégia geral de poder"⁴. E é dentro desse contexto que o racismo terá um papel decisivo na definição de quem merece viver ou morrer em uma coletividade. Ora, enquanto o direito do príncipe de matar na sociedade soberana estava consubstanciado na fórmula do fazer morrer ou deixar viver; com a biopolítica, por sua vez, a morte passará a obedecer a regra do fazer viver ou deixar morrer. Essa mudança de paradigma foi fruto do desenvolvimento de técnicas e de saberes científicos que, ao possibilitar à política a introdução dos processos fisiológicos humanos (tais como natalidade, mortalidade, adoecimento, imunização etc.) em um cálculo de risco, permitiram também ao governante decidir qual população terá suas condições de vida melhoradas e qual será abandonada à morte. Onde emergirá, pois, no interior dos mecanismos do Estado, o racismo enquanto discursos e práticas operacionalizadores de um recorte populacional "entre o que deve viver e o que deve morrer"⁵.

No entanto, se em suas análises

Foucault concluía que os dois maiores expoentes da biopolítica (*i.e.*, que teriam levado o racismo às últimas consequências) seriam o Estado nazista e o Estado soviético, isso só seria compreensível pela descon sideração por completo da colonização. Assim, para **Mbembe** "qualquer relato histórico do surgimento do terror moderno precisa tratar da escravidão, que pode ser considerada uma das primeiras manifestações da experimentação biopolítica. Em muitos aspectos, a própria estrutura do sistema de plantation e suas consequências manifesta a figura emblemática e paradoxal do estado de exceção"⁶.

Com efeito, se a necropolítica pode ser resumida como as maneiras políticas contemporâneas em que as tecnologias bélicas seriam postas em prática, "com o objetivo de provocar a destruição máxima de pessoas e criar 'mundos de morte', formas únicas e novas de existência social, nas quais vastas populações são submetidas a condições de vida que lhes conferem o estatuto de 'mortos-vivos'"⁷ então não há dúvidas de que a colônia teria sido a sua primeira expressão. Afinal, seria nela em que as técnicas e os saberes dos povos europeus teriam sido utilizados para subjugar e deslegitimar a humanidade do Outro. E, uma vez expulso do círculo de pertencimento a uma humanidade em comum, sua existência seria vista como inferior, mantida sempre em um permanente estado de injúria, entre o homem, a coisa e a mercadoria, cujo valor seria atribuído enquanto instrumento de trabalho e propriedade; jamais pela sua dignidade. Sendo considerado antes besta que homem, era possível encerrar a vida do escravo negro "em um mundo espectral de horrores", em que o direito do senhor de disciplinar e de punir confundia-se nas mais atroz sevicias – "violência, aqui, torna-se um componente da etiqueta, como dar chicoteadas ou tirar a vida do

escravo: um capricho ou um ato de pura destruição visando incutir o terror"⁸.

Nesse contexto, embaralham-se os modelos de exercício do poder punitivo, uma vez que se pune *não* somente para retribuir uma ofensa ao soberano, mas também para corrigir aqueles corpos indóceis e para evitar riscos futuros de indisciplinas e sedições. Não era à toa que as políticas criminais eram também higienistas: obedecendo a uma "lógica do curral"⁹ fixavam cada raça em espaços determinados de circulação, a fim de evitar os perigos da miscigenação, branquear a população e garantir uma maior extração de sua força de trabalho. É o que se pode perceber sobretudo no Brasil dos sécs. XVIII-XIX, em que a chegada das ideias iluministas não neutralizou o arcaico sistema escravagista; ao contrário, ambas se adaptaram para coexistirem simultaneamente. Assim, se, por um lado, a prisão era vista com ânimo pelos reformadores brasileiros que queriam modernizar o país; por outro, ela era vista com desconfiança pela elite escravocrata, que encarava toda punição que não fosse corporal como inócua para docilizar a brutalidade do negro escravizado, bem como excessivamente dispendiosa, já que o senhor não poderia fazer uso de sua "propriedade" durante sua custódia.¹⁰ A solução, portanto, foi a criação de um regime jurídico diferenciado, em que os homens livres eram submetidos à prisão, e os escravos a uma sobrecarga punitiva. Por serem objetos de Direito Civil e sujeitos de Direito Penal, poderiam tanto ser castigados privadamente pelo seu proprietário, como presos, e punidos publicamente pelo Estado. Nesse sentido, era inclusive notável a existência do Calabouço nas casas de correção do Rio de Janeiro e de São Paulo: verdadeiras áreas no interior das prisões brasileiras em que os escravos, além de presos, podiam também ser seviciados, inclusive mediante pagamento dos próprios senhores.

O exemplo do Calabouço da Casa de Correção do Rio de Janeiro era sintomático: a prisão fora usada não como forma de abrandar os costumes punitivos, mas para reforçar a subjugação dos corpos e exercer o controle sobre as populações perigosas. A maior parte dos escravos que lá se encontravam resultavam de uma evidente política higienista, já que detidos por prática de capoeira, fuga, desobediência a ordens e outras "violações a ordem pública, ou seja, ofensas sem vítima, inaceitáveis pelo perigo que representavam para a estabilidade do sistema de controle"¹¹ São igualmente merecedoras de destaque as condições dessas cadeias, que desde o séc. XVIII já se mostravam insalubres, superlotadas e em situação de tamanha precariedade, que até mesmo a alimentação lhes era escassa.¹² Diante de tamanho abandono, não raro eram os presos que pereciam antes mesmo do cumprimento de sua pena ou sequer aguentavam para ver o desfecho de seu processo.

Logo, se, por um lado, as experiências prisionais brasileiras dos sécs. XVIII e XIX parecem evidenciar como a temporalidade colonial, em vez de neutralizada, teria, ao contrário, potencializado seus efeitos com o encontro das técnicas e saberes iluministas; por outro, elas permitem inferir como as práticas prisionais brasileiras insistem em guardar ainda uma relação de semelhança e continuidade com aquelas do colonialismo. Para tanto, basta lembrar da ADPF 347, na qual o STF reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, restando consignado, dentre outros horrores, que: "[...] nos presídios e delegacias, por todo o país, as celas são abarrotadas de presos, que convivem espremidos, dormem sem camas ou colchões, em redes suspensas no teto, "dentro" das paredes, em pé, em banheiros, corredores, pátios,

barracos ou contêineres. [...] Estruturas hidráulicas, sanitárias e elétricas precárias e celas imundas, sem iluminação e ventilação representam perigo constante e risco à saúde, ante a exposição a agentes causadores de infecções diversas. As áreas de banho e sol dividem o espaço com esgotos abertos, nos quais escorrem urina e fezes. Os presos não têm acesso a água, para banho e hidratação, ou a alimentação de mínima qualidade, que, muitas vezes, chega a eles azeda ou estragada. Em alguns casos, comem com as mãos ou em sacos plásticos [...]. São constantes os massacres, homicídios, violências sexuais, decapitação, estripação e esquartejamento. Sofrem com a tortura policial, espancamentos, estrangulamentos, choques elétricos, tiros com bala de borracha.¹³

E, no entanto, passados mais de 5 anos do referido julgado, o cenário brasileiro está longe de presenciar uma melhora. Desde então, a política penal apenas se tornou mais catastrófica, com o aumento do número de presos (755.274), do déficit de vagas (305.660) e uma mórbida predileção pela juventude negra – recorte populacional mais encarcerado (66,7%) e mais morto pelas forças policiais (74,4%).¹⁴ O deixar e o fazer morrer, portanto, parecem sempre ter andado de mãos dadas no sistema prisional brasileiro.

CONCLUSÕES POSSÍVEIS: O CÁRCERE E A FORMA-CAMPO

Destarte, é essa situação de abandono e degradação que aproxima os ergástulos nacionais mais dos campos de concentração que do panóptico de **Bentham**. Se a forma-campo ganhou tamanha força no séc. XX a ponto de ser considerada o novo *nomos* da contemporaneidade,¹⁵ isso só foi possível porque teriam sido primeiramente testados e praticados nas colônias. Assim, teria sido sobretudo, na virada do séc. XIX para o XX, no contexto das guerras coloniais travadas no terceiro mundo, que os campos teriam se consolidado como um “dispositivo de guerra, do qual o governo colonial se serve para reprimir maciçamente as populações civis julgadas hostis, que, genericamente, são mulheres, crianças e velhos, sistematicamente sujeitos à tortura, aos trabalhos forçados e

às epidemias”¹⁶ – e a essas modalidades, não seria exagero também adicionar os cárceres brasileiros, com seu misto de suplício, correção e limpeza racial. Com o objetivo de vigiar, disciplinar, imobilizar, segregar, explorar e até mesmo aniquilar (especialmente pelo deixar morrer), a forma-campo abriu alas a uma nova forma de domínio dos corpos racializados, do governo de suas condutas e de distribuição da morte, de modo a melhor atender as demandas por segurança e de garantir a maior extração possível de mais-valia.

Os campos, seja em sua modalidade de reagrupamento, de concentração ou mesmo de extermínio, são herdeiros diretos do período colonial. Em todos eles, há em comum um processo brutal de imposição de sofrimento e de morte (lenta, por esgotamento, fome ou abandono; ou mesmo rápida e em escala industrial, como nas câmaras de gás), no qual suas vítimas experimentam uma desumanização radical; nelas, o estado de exceção assumiria uma forma permanente. Desta feita, os campos parecem sempre operar por uma separação da humanidade, já que eles jamais deixaram de promover uma “segregação de gente considerada como intrusa, sem título e por consequência sem direito e, estima-se, sem dignidade”¹⁷ Compreender, portanto, que o encarceramento em massa, a precarização do cárcere, o abandono à morte e a desumanização dos prisioneiros não são um fenômeno recente na história do país, mas resultam de um longo processo legado pela colonização, parece crucial para aquilo que se denomina descolonização. Para tanto, faz-se imprescindível vislumbrar como o encontro entre a temporalidade da colônia e o da modernidade capitalista foi menos prolífico para a “civilização” das práticas penais do que para o engendramento de formas punitivas brutais, capazes de aliar a crueldade dos castigos antigos com a eficiência dos modernos – e que continua a embasar o paradigma necropolítico até os dias atuais. Dessa forma, o conhecimento desse processo parece crucial para se pensar outras formas de se praticar a justiça, capazes de uma verdadeira reparação do sujeito e da sociedade, em vez de se insistir no investimento na barbárie: na reprodução de mundos de morte e de mortos-vivos.

NOTAS

- 1 MBEMBE, Achille. *Crítica da Razão Negra*. São Paulo: n-1 edições, 2018, p. 109.
- 2 “Foi graças ao dinheiro acumulado pelos plantadores das Índias Ocidentais que a Inglaterra do século XVIII pôde financiar a cultura emergente do gosto, as galerias de arte e os cafés, lugares por excelência de aprendizagem da civilidade” (MBEMBE, 2017, p. 36).
- 3 MBEMBE, Achille. At the Edge of the World: Boundaries, Territoriality, and Sovereignty in Africa. In: *Public Culture* 1 January 2000; 12 (1): 259–284. Durham: Duke University Press, 2000, p. 260 (tradução minha).
- 4 FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 3.
- 5 FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 214.
- 6 MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. São Paulo: n-1 edições, 2018, p. 27.
- 7 *Ibid.*, p. 71.
- 8 *Ibid.*, p. 28-29.
- 9 MBEMBE, Achille. *Crítica... op. cit.*, p. 74-77, *passim*.
- 10 Cf. FERREIRA, Ricardo Alexandre. O Tronco na Enxovia. MAIA, Clarissa Nunes; SÁ

NETO, Flávio de; BRETAS, Marcos Luiz. *História das Prisões no Brasil, vol. I*. Rocco, 2009, *passim*.

- 11 HOLLOWAY, Thomas. *O Calabouço e o Aljube do Rio de Janeiro no século XIX*. MAIA, Clarissa Nunes; SÁ NETO, Flávio de; BRETAS, Marcos Luiz. *História das Prisões no Brasil, vol. I*. Rocco, 2009, p. 261.
- 12 M. DE ARAÚJO, Carlos Eduardo. *Entre dois Cativeros: Escravidão Urbana e Sistema Prisional no Rio de Janeiro 1790-1821*. MAIA, Clarissa Nunes; SÁ NETO, Flávio de; BRETAS, Marcos Luiz. *História das Prisões no Brasil, vol. I*. Rocco, 2009, p. 225-226.
- 13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *ADPF nº 347 MC*. Relator: Min. Marco Aurélio, 09 de setembro de 2015. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20160218_031.pdf. Acesso em: 21 fev. 2021.
- 14 Dados de 2019, cf. FBSP - FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020*. São Paulo: FBSP, 2020, *passim*.
- 15 MBEMBE, Achille. *Políticas da... Op. Cit.* 2017, p. 98.
- 16 *Ibid.*, 2017, p. 163.
- 17 MBEMBE, Achille. *Brutalismo*. Paris: La Découverte, 2020. n.p. (tradução minha).

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *ADPF nº 347 MC*. Relator: Min. Marco Aurélio, 09 de setembro de 2015. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20160218_031.pdf. Acesso em: 21 fev. 2021.

FBSP – FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020*. São Paulo: FBSP, 2020.

FERREIRA, Ricardo Alexandre. O Tronco na Enxovia. MAIA, Clarissa Nunes; SÁ NETO, Flávio de; BRETAS, Marcos Luiz. *História das Prisões no Brasil, volume I*. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HOLLOWAY, Thomas. O Calabouço e o Aljube do Rio de Janeiro no século XIX. MAIA,

Clarissa Nunes; SÁ NETO, Flávio de; BRETAS, Marcos Luiz. *História das Prisões no Brasil, volume I*. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

M. DE ARAÚJO, Carlos Eduardo. *Entre dois Cativeros: Escravidão Urbana e Sistema Prisional no Rio de Janeiro 1790-1821*. MAIA, Clarissa Nunes; SÁ NETO, Flávio de; BRETAS, Marcos Luiz. *História das Prisões no Brasil, volume I*. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

MBEMBE, Achille. At the Edge of the World: Boundaries, Territoriality, and Sovereignty in Africa. *Public Culture*, v. 12, n. 1, p. 259-284, jan. 2000; 12 (1).

MBEMBE, Achille. *Políticas da Inimizade*. Lisboa: Antígona, 2017.

MBEMBE, Achille. *Crítica da Razão Negra*. São Paulo: n-1 edições, 2018.

MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. São Paulo: N-1 edições, 2018.

MBEMBE, Achille. *Brutalismo*. Paris: La Découverte, 2020.

A CRIMINOLOGIA POSITIVISTA COMO INSTRUMENTO DE PERMANÊNCIA DA “OUTRIFICAÇÃO” PARA A CRIMINALIZAÇÃO INDÍGENA

*THE POSITIVIST CRIMINOLOGY AS AN “OTHERING”
TOOL FOR THE CRIMINALIZATION OF INDIGENOUS PEOPLE*

Isabella Dias Ferreira

Graduanda em Direito na UFRJ. Estagiária da Defensoria Pública do Rio de Janeiro. Membro Efetiva da Liga Acadêmica de Ciências Criminais da UFRJ.
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8769659267551545>
ORCID: 0000-0003-0300-3496
isabellaferreira@ufrj.br

Paula Mercez dos Santos

Graduanda em Direito na UFRJ. Estagiária da Defensoria Pública da União. Membro Efetiva da Liga Acadêmica de Ciências Criminais da UFRJ.
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5945417702522560>
ORCID: 0000-0002-0944-8659
paulamercez10@gmail.com

Tainá Braga de Oliveira

Graduanda em Direito na UFRJ, Estagiária do Ministério Público Federal. Membro do Laboratório de Ciências Criminais do IBCCRIM/RJ.
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9406561928131595>
ORCID: 0000-0002-7996-5109
tainaoliveirab@yahoo.com.br

Resumo: O presente artigo pretende analisar a produção da criminologia positiva como nova estratégia do processo de “Outrificação” em relação aos povos indígenas. Demonstra-se o processo de criação do “Outro” indesejável utilizado para o avanço do projeto colonizador e, portanto, universalizante, das classes dominantes. Nesse sentido, o enfoque se dá ao esforço discursivo despendido à estigmatização racista e etnocida da população indígena.

Palavras-chave: Etnocídio, Estigma, População Indígena, Direito Penal, Criminologia Positivista.

Abstract: The current article investigates the intermediation of Positivist Criminology in the maintenance of colonial traditions concerning indigenous people in Brazil, considering that the criminal law constitutes a tool to settle the concept of “Othering” by means of suffocation of alterity. Furthermore, it looks into the hegemonic narrative in which the secular stigmatization is legitimized.

Keywords: Ethnocide, Stigma, Indigenous People, Criminal Law, Positivist Criminology.

1. Introdução

Desafiando a crença pulverizada pelas escassas produções acadêmicas relacionadas aos povos indígenas, o presente artigo busca elaborar o processo de dualização eu-outro – a que se nomeará “outrificação” – não como desdobramento da Criminologia Positiva, mas enquanto precursor desta última. Sob tal ótica, a produção criminológica positivista é deslocada de sua condição matriz de outrora para ser finalmente compreendida como instrumento de permanência da outrificação.

A escassez, portanto, de abordagens jurídicas plurais condizentes aos diversos problemas postos às – igualmente diversas – etnias indígenas é um diagnóstico do triunfo da outrificação. É, então, no entendimento do campo do Direito como agente compromissado com a intervenção e manejo de tais conflitos que o texto se orienta em direção ao tensionamento destas categorias naturalizadas, grandes responsáveis pelas diversas formas de violências direcionadas às etnias indígenas.

2. “Outrificação” no Marco Colonizador

O processo de colonização foi pensado e executado como projeto de poder. De “invasão” para “conquista” e a consequente territorialização de espaços de acordo com o imaginário europeu, fez-se necessário

um arcabouço teórico que tornasse toda ação nesse sentido palatável e até mesmo desejável. Integrou essa narrativa a criação de marcadores da diferença por meio de noções imbricadas entre o “eu” e o “outro”, nas quais o outro se coloca como diametralmente oposto ao “eu” universalizado e hegemônico.

A diferença, nesse contexto, não se trata de um processo de respeito às alteridades, mas da criação de hierarquias por meio de um conceito relacional de raças. As noções duais do eu/outro são, portanto, também mutuamente constitutivas à medida em que a norma tida como universal se consagra como ideal, fazendo do “outro” o depositário de todas as características rechaçadas na imagem imaculada do “eu”. O “outro” é sujeito a sistemáticas práticas civilizatórias, que buscam aproximá-lo do “eu”, criando-se a diferença para utilizá-la em prol de uma universalidade identitária sabidamente inalcançável e que torna toleráveis as violências colonizadoras roupadas de benevolência.

Nesse sentido, a separação binária configura-se como base do colonialismo, a ser explicado por **Geni Nuñez e Mara Lago** (2018, p. 2): “uma das ferramentas do colonialismo é a edição dos valores: para que uma identidade hegemônica possa se consolidar é necessário que toda a contrariedade e contradição sejam delegadas ao (ao que é entendido como) outro”.

No Brasil, este processo pode ser visualizado a partir de um

apagamento inaugural: a sintetização de aproximadamente 387 etnias (WERÁ, 2020, p. 21) no termo generalista “índio”, o que não se resumiu apenas à nomenclatura. A diversidade de línguas, práticas culturais, cosmologias e afins foi suprimida por uma nova categorização social delineada por qualificações moralizantes da figura alegórica do “índio”, como explica **Tédney** (2015, p. 22):

“A atribuição genérica de características fenotípicas, de práticas sociais estereotipadas ou de elementos definidores de uma natureza boa ou má dos indígenas é, em outros termos, o exercício de um poder dado pela própria capacidade de definir, opondo o definidor (sujeito cognoscente) do definido (objeto cognoscível) – poder que Aníbal Quijano (2000) identifica como a noção de raça, cuja origem é contemporânea à invasão do continente americano.”

Nota-se, a partir dessa atribuição genérica, a incidência da formulação de marcadores da diferença, através da qual depreende-se o conceito de depósitos raciais ao estipular determinadas qualificações ao “outro” indesejável, criando-se uma figura que precisa ser combatida. O inimigo é uma alegoria imaginária e, por consequência, a narrativa que aponta esse “outro” como alvo de combate é atravessada pela proliferação do medo.

Uma das estratégias para o maior alcance da atmosfera de terror é o esvaziamento do sujeito outro que, apartado das complexidades que o caracterizam, se torna objeto vulnerável a estigmatizações beneficiárias da narrativa branca. Nesse sentido, a colonização é, sobretudo, uma ruptura subjetiva.

A única forma de subsistência de tal estratégia é a manutenção narrativa que, potencializada pelos que dela se aproveitam, ganha dimensão material e impõe sobre a realidade interações pautadas na subalternização. Estas últimas acabam por se naturalizar como expressão da realidade per si e não configurações oriundas de um mecanismo de dominação. De acordo com **Neder** (1997, p. 106), nas análises sociais podem escapar aspectos culturais significativos que não indicam apenas rupturas, mas também permanências e continuidades que devem ser anotadas. As permanências e continuidades desses marcadores da diferença instituídos a partir do marco colonial se adaptam de forma a continuar moldando uma série de aspectos político-sociais.

Produção Criminológica Positivista

Na segunda metade do século XIX, o paradigma criminológico se modifica. A anterior Escola Liberal Clássica, que tinha como objeto principal a análise dos delitos, viu seu eixo se deslocar para o estudo do “delinquente”. A Escola Positivista, proponente desse novo método, teve como precursores os italianos **Césare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo**.

No Brasil, esse pensamento encontrou em **Nina Rodrigues** um grande potencial de difusão no século XX. O criminólogo traduziu as obras de **Lombroso** e buscou, em suas próprias, fortalecer as ideias do Positivismo a partir da realidade brasileira.

Por meio de uma breve análise das bases criminológicas positivistas, é possível perceber a posição da “outrificação” como seu marco embasador. A articulação dos estudos dessa escola busca a comprovação do estereótipo criado por meio das ciências naturais e da medicina legal. Sendo assim, o método científico ocupa o lugar de legitimador das teorias sociais racistas e etnocidas. Como bem dito por **Malaguti** (2011, p. 42): “Se o racismo foi uma invenção da colonização, segundo Foucault, a partir do século XIX ele vira discurso científico”.

A interpretação criminológica positiva se dá, inauguralmente, por inferir ao criminoso, como salientado por **Rauter** (2003, p. 32), natureza

diversa quando comparado à figura do homem “honesto”, constituindo, por consequência, categoria “naturalmente” inferior. Sendo assim, a criminalidade consistiria em um traço nato de alguns sujeitos, que supostamente não teriam auferido completo desenvolvimento mental e físico.

Ressalte-se, ainda, que este seguimento criminológico ignorava integralmente os processos de criminalização aos quais alguns grupos sociais estavam submetidos, naturalizando a figura do crime sem quaisquer questionamentos quanto à sua origem. Assim, observavam-se as características dos indivíduos que já se encontravam sob a tutela penal sem que se pensasse quanto à possibilidade de atuação seletiva do Direito Penal e das políticas criminais. Cumpre salientar, ainda, a pretensão metodológica de tal Escola – pressupondo-se neutra e objetiva, procedendo a uma suposta divisão entre sujeito cognoscente e objeto cognoscível, o que implica na

inobservância e naturalização dos valores dos próprios pesquisadores. Segundo **Lola Aniyar de Castro** (2014, p. 39), “assume-se falsamente que a pesquisa não estaria impregnada por sua subjetividade”. Essa falsa noção objetivista confere à Escola Positiva caráter quase irrefutável, já que advém do pressuposto centralizador das ciências naturais e da citada metodologia aparente – e ilusoriamente – neutra.

Criminologia Positivista e a sofisticação da “outrificação” relativa aos povos pindorânicos²

Debruçando-se sobre o método empregado pela produção positivista, é possível perceber um aspecto de continuidade em relação às rupturas subjetivas empregadas com o processo colonizador. Os criminólogos precursores desta escola partiam também de concepções generalistas, ignorando a diversidade étnica. Novamente com a imposição do esvaziamento do sujeito, possibilita-se a criação de alegorias delineadas a partir do imaginário racista.

Tais noções identitárias são delineadoras da produção criminológica positivista e, por consequência, da política criminal dela resultante. Ao entender o processo de “outrificação” como uma permanência social, pode-se depreender que a Escola Positiva é resultado de uma sofisticação desse processo. Como forma de manutenção das classificações hierarquizantes, utilizava-se do “darwinismo social”, em uma tentativa de demonstrar cientificamente a “inferioridade” de grupos determinados.

Faz-se necessário, portanto, compreender a classificação hierarquizante como operação política, instrumento de conquista geopolítica para o processo de acumulação de capital (BATISTA, 2018, p.44). A “outrificação” presente no marco colonizador e sofisticada pela criminologia positiva possibilita a mobilização dessas categorias de maneira a proliferar o ambiente de medo que faz a violência parecer palatável, assim como o internamento e a repressão dispendida aos diversos povos indígenas.

A figura do medo, além de admitir a violência punitiva, a faz com que ela pareça condição indissociável à “segurança pública”. Essa noção, consubstanciada no conceito de “adesão subjetiva à barbárie” (BATISTA, 2012, p.2), consiste no aumento da demanda popular por recrudescimento punitivo, conferindo caráter cíclico à “outrificação” e à violência repressiva. Como resultado, o direito penal incide, assumindo função combativa daqueles tidos como sujeitos outrificados, tão destituídos de características individualizantes que podem ser associados a qualquer um.

Essa hierarquização criminológica, geradora de uma classificação entre “civilizados” e “selvagens”, permite a constituição dos sujeitos aniquiláveis, como explicado. Uma vez que a Criminologia Positiva se baseia em supostos estudos científicos, logo, insuscetíveis de

refutação, e tem como produção a ideia de determinados grupos como criminosos natos e biologicamente inferiores, a única solução possível passa a ser seu extermínio ou sua destinação à tutela penal. A morte social gerada a partir desse processo não se consolida somente pelas instituições penais, mas por práticas distintas de aniquilação identitária – sejam elas a catequização, a destituição de terras ou a proibição do uso de línguas associadas às etnias indígenas – que demarcam esses sujeitos à marginalidade. O eu instituído de poder rotulador negativiza quaisquer que sejam as práticas do outro rotulado que, de uma maneira ou de outra, será interpretado sob a ótica da necessidade permanente de intervenção, orientação ou extermínio.

Por conseguinte, a recusa na adequação imposta pelo sujeito hegemônico reafirma o outro no lugar de ingenuidade e selvageria, pela insistência irracional e infundada na repetição de suas práticas já tidas como inferiores. Ora, se este outro não acompanha a lógica intuitiva – não natural, mas naturalizada – do funcionamento da realidade, intuitiva se torna também a realocação deste às franjas sociais. Importa compreender que a realidade e sua interpretação, nesse sentido, são um pacto social jamais contraposto; as distintas cosmologias reivindicadas por aqueles que se negaram à adaptação hegemônica perdem sua potência no isolamento ou neutralização dos seus sujeitos.

Diante do exposto, é possível perceber que, com a necessidade de continuidade de formas e estratégias de imposição de ordem, o determinismo biológico defendido pela Escola Positiva ocupou um espaço que necessitava de preenchimento. Foi somente a partir dela que se criou “argumentos de raça” (BATISTA, 2018, p. 175) para o diagnóstico da situação que envolvia “rebeldes” ou “selvagens”, leia-se, qualquer vestígio da diversidade que não tangenciava o projeto colonizador e universalizante pretendido.

Os povos pindorâmicos, dentro de sua multiplicidade, são por si só ameaças a esse projeto de poder. Isto pois, como apontado por **Ailton Krenak**, durante toda a tentativa de imposição colonizadora, a resistência continuada desses povos não se dava apenas para manter sua cultura preservada, ou até suas vidas, mas porque sabiam do equívoco que era a civilização. Tentavam, por isso, “adiar o fim do mundo” que viria com ela (KRENAK, 2019, p. 29).

Considerações finais

Afere-se que Criminologia Positiva não nasce de uma intenção desprezível de análise do crime, mas se escuda no discurso

pretensamente incorruptível do saber científico para a elaboração interessada de uma legitimação da narrativa social hegemônica. Assim, o projeto colonizador encontra sua permanência em um modelo atualizado de desterritorialização – ainda material, uma vez que o espaço-terra segue sendo objeto central de disputas nos diferentes contextos de etnias indígenas, mas igualmente identitária no distanciamento desses outrificados da perspectiva social comum, em um violento projeto integracionista, promotor da ruptura do direito à convivência (mesmo a marginalizada) através da singularização e isolamento dos tidos como desviantes.

É indispensável dizer, portanto, que a Escola Positiva teve sucesso na construção desse “outro” relativo aos povos indígenas, ao passo em que sua caricatura alegórica segue sendo uma permanência social de relevante papel em diferentes momentos histórico-sociais brasileiros. Ainda se mobiliza a essência da estigmatização criada e fortalecida pela produção positivista a fim de aniquilar, negar direitos e criminalizar. Uma clara indicação desse sucesso narrativo é a inexistência da tentativa de desconstrução dessa imagem “outrificada”. **Linda Tuhiwai** (2016) destaca que: “*La construcción académica – aclara Said – se apoya en una institución corporativa, la cual ‘introduce afirmaciones sobre el Oriente, autorizando percepciones sobre este, describiéndolo, enseñándolo, estableciéndolo, regulándolo’*”.

O processo explicitado por Said mobiliza uma das razões da perpetuação do estigma relacionado aos povos indígenas: há, em verdade, uma intrínseca relação deste com a produção acadêmica. Nesse sentido, importa destacar que a principal função da Criminologia Crítica como agente reversor da análise focada no autor do delito é a desconstrução da imagem outrificada articulada pelas classes dominantes na criação do sujeito indesejável/matável.

É possível indicar que a única maneira de compreender as formas e formações dos modos de controle social no Brasil é através da análise das permanências e continuidades. Entretanto, caso nessa análise proposta se omita os aspectos contados e vividos pelos marginalizados, em nada esta será reveladora. Conter a potência criminalizadora em relação aos povos indígenas, portanto, se expressa no apontamento das obscuridades presentes no processo de “Outrificação” e suas formas de atuação. É apenas revelando a diversidade e complexidade das mais de 300 etnias indígenas brasileiras e os aspectos punitivos impostos a elas, através do permanente processo de “Outrificação”, que se pode combater narrativas pela retirada de direitos a favor do genocídio indígena.

NOTAS

- ¹ Essa ideia é bem desenvolvida por Grada Kilomba em sua obra “Memórias da Plantação” (2019).
- ² Termo que faz referência a “Pindorama”, nome dado pelos povos indígenas do Brasil ao seu território antes da invasão colonizadora. Significa “terra das palmeiras”.

- ³ Tradução livre: “A construção acadêmica - explica Said - baseia-se numa instituição empresarial, que “introduz afirmações sobre o Oriente, autorizando percepções sobre o mesmo, descrevendo-o, ensinando-o, estabelecendo-o, regulando-o.”

Referências

BATISTA, Vera Malaguti. Adesão subjetiva à barbárie. In: *Conferência proferida no 4to Encontro Descentralizado CFESS/CRESS da Região Sudeste*, Rio de Janeiro, 03 ago. 2012. Disponível em: http://www.cress-es.org.br/site/images/artigo_vera_malaguti_descentralizado_2012.pdf. Acesso em 27 out 2020. Acesso em: 16 jan. 2021.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução Crítica à Criminologia Brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2012.

BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro*: dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2014.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2005.

KILOMBA, Grada. *Memórias da plantação: episódios de racismo cotidiano*. Rio de Janeiro: Editora Cobogó, 2019.

KRENAK, Ailton. *Ideias para adiar o fim do mundo*. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

LONGHINI, Geni Daniela Núñez; LAGO, Mara Coelho de Souza. Eu, nós, eles, aqui e acolá: conjugações da invenção do outro. In: II SEMINÁRIO LATINO-AMERICANO DE

ESTUDOS EM CULTURA - SEMLACULT, 2., 2018, Foz do Iguaçu. *Anais* [...] . Foz do Iguaçu: Clac, 2019. v. 2, p. 1-5.

LONGHINI, Geni Daniela Núñez. **Curso Branquitude e Etnocídio: uma introdução**. Acesso em: 22 ago 2020.

NEDER, Gizlene. Cidade, identidade e exclusão social. *Revista Tempo*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, p. 106-134, 1997. Disponível em: https://www.historia.uff.br/tempo/artigos_dossie/artg3-5.pdf. Acesso em: 30 out. 2020.

RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

SILVA, Tedney Moreira da. *No banco dos réus, um índio: Criminalização de indígenas no Brasil*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/18728>. Acesso em: 27 out 2020.

TUHIWAI, Linda. *A descolonizar las metodologías: investigación y pueblos indígenas*. 1 ed. Santiago: LOM ediciones, 2016.

WERÁ, Kaká. *A terra dos mil povos*. 2 ed. São Paulo: Petrópolis, 2020.

Recebido em: 03/11/2020 - Aprovado em: 03/01/2021 - Versão final: 20/01/2021

DEFESA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

THE DEFENSE OF THE DEMOCRATIC RULE OF LAW

Miguel Reale Júnior

Professor Titular de Direito Penal no Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Foi Ministro da Justiça em 2002. Autor de diversos livros de doutrina, coletânea de pareceres jurídicos e vários artigos em diversas revistas jurídicas brasileiras e estrangeiras. Membro da Academia Paulista de Letras (cadeira nº 2), bem como da Real Academia de Jurisprudencia y Legislacion. Advogado. Presidente da Comissão de Mortos e Desaparecidos do Regime Militar de 1995 a 2001.

ORCID: 0000-0002-5635-7610

mail@miguelrealejr.adv.br

Resumo: A Lei de Segurança Nacional de 1983 constitui uma legislação própria do regime de transição ao Estado de Direito. Se, por um lado, alguns artigos confrontam a ordem constitucional ora vigente, por outro, alguns dispositivos devem ser interpretados em conformidade à Constituição Federal, visando a tutela de atos atentatórios ao funcionamento das instituições democráticas. Em busca de aperfeiçoamento, há projetos de lei prevendo dispositivos em Defesa do Estado Democrático de Direito. Contudo, precisam ser aprimorados, seja com novas redações, seja com inclusão de normas que protejam novos ataques à democracia. Papel importante cabe ao Supremo Tribunal Federal no exame de arguições de inconstitucionalidade.

Palavras-chave: Lei de Segurança Nacional, Constitucionalidade, Estado Democrático de Direito.

Abstract: The 1983 National Security Law constitutes legislation specific to the regime of prior transition to the rule of law. If, on the one hand, some articles confront the current constitutional order, on the other hand, some provisions must be interpreted in accordance with the Federal Constitution, aiming at protecting acts that undermine the functioning of democratic institutions. In search of improvement, there are bills foreseen provisions in Defense of the Democratic Rule of Law. However, they need to be improved, either with new wording or with the inclusion of rules that protect new attacks on democracy.

Keywords: National Security Law, Constitutionality, Democratic Rule of Law.

A Emenda Constitucional 1 de 1969 instituiu a Segurança Nacional e o sistema de sua manutenção como vértices da ação governamental. A política de segurança nacional constituía a arte, até mesmo pela guerra, de garantir a consecução ou salvaguarda dos objetivos nacionais em face dos antagonismos. Estes objetivos, a serem captados pelo Conselho Nacional de Segurança, ou seja, pelo Presidente e seus ministros, refletiriam no que consistia o caráter da Nação brasileira, de como era seu povo e de como deveria vir a ser. Prevalencia, no entanto, o espírito do confronto em face do inimigo, criando-se, então, a figura penal da guerra psicológica adversa a ser perseguida, pois são tentativas de, por meio de pensamento e emoções, minar a harmonia existente na pacífica sociedade brasileira

e obstaculizar a consecução dos objetivos nacionais permanentes. Mas, em 1983, com a pressão para se instalar o Estado de Direito, já tendo se realizado a eleição para governadores, pretendeu o governo militar editar lei mais amena no que tange à tipificação dos delitos, permanecendo, no entanto, com igual rigor na parte processual penal.

Assim, editou-se essa lei 7.170/83, uma lei de transição, mas que guarda mesmo nas normas incriminadoras, definidoras dos tipos penais, resquícios da ditadura.

Era, sem dúvida, uma legislação de **transição**, apontando para o futuro Estado de Direito, mas editada para a defesa do regime então vigente, como bem se observa dos artigos 16 e 17, a seguir

reproduzidos e no art. 26, relativo ao crime de difamação ou calúnia contra os chefes dos três Poderes.

Já na Exposição de Motivos (EM 0576 de 07/11/83), que acompanhou o Projeto de Lei, PLN 17/83, Mensagem 135/83, destacava-se tratar-se de “elaboração de um projeto de nova Lei de Segurança Nacional mais ajustada à evolução atual da sociedade brasileira no sentido da construção do regime democrático e do Estado de Direito (...)” Ou seja, era uma legislação apropriada para a evolução ao regime democrático a ser instalado, e o foi a duras penas, a se ver a rejeição, em 1984, da Emenda Dante de Oliveira, que instituía as eleições diretas para Presidente.

Marcadamente, a Lei de 1983 constitui, portanto, uma legislação própria de um regime de transição prévio ao Estado de Direito, mas que não é o Estado de Direito, tanto que tutela o regime então vigente, ou seja, a consecução dos objetivos nacionais permanentes do sistema de poder militar, protegendo-o por via da ameaça penal contra antagonismos e tentativas de ser alterado.

Pode-se verificar que a lei pretende proteger o regime ditatorial então em vigor ao se atentar aos termos dos artigos 16 e 17 da lei:

Art. 16 - Integrar ou manter associação, partido, comitê, entidade de classe ou grupamento que tenha por objetivo a mudança do regime vigente ou do Estado de Direito, por meios violentos ou com o emprego de grave ameaça.

Pena: reclusão, de 1 a 5 anos.

Art. 17 - Tentar mudar, com emprego de violência ou grave ameaça, a ordem, o regime vigente ou o Estado de Direito.

Pena: reclusão, de 3 a 15 anos.

Parágrafo único - Se do fato resulta lesão corporal grave, a pena aumenta-se até a metade; se resulta morte, aumenta-se até o dobro.

Quanto ao art. 26, que configura como crime contra a segurança nacional, a difamação e a calúnia contra os presidentes do Poderes da República, cabe ver o que dispõe a Exposição de Motivos:

No tocante aos crimes contra a honra, propõe-se a punição da difamação e da calúnia contra os Chefes dos três Poderes da União (...). A preservação das pessoas dos Presidentes do Senado, da Câmara e do Supremo, por meio de especial proteção jurídica contra ofensas caluniosas e difamatórias foi reputada essencial ao regime.

Destarte, o confronto da Lei de Segurança Nacional com a ordem constitucional democrática de 1988 é patente, pois não se prende a instituir uma democracia militante, a se defender contra atos gravemente ofensivos ao Estado de Direito.

Primeiramente, a Lei de Segurança Nacional deve ter sua constitucionalidade contestada nesse momento com relação a

alguns artigos e, referentemente a outros, submetê-los a uma interpretação conforme à nova ordem constitucional, na expectativa de que haja elaboração de nova lei.

Neste campo, não pode haver um vazio legislativo, pois, a segurança externa, em face de crimes de traição e espionagem, por exemplo, deve estar prevista. Do mesmo modo, deve-se, com as normas interpretadas em conformidade com a Constituição, reprimir atos atentatórios ao funcionamento das instituições democráticas.

Estas normas penais de defesa do Estado Democrático de Direito, a exemplo do adotado em diversos países democráticos, devem vir a integrar título inserido no Código Penal, como aliás já consta de Projeto de Lei apresentado ao Congresso Nacional, elaborado por comissão coordenada pelo saudoso Min. **Vicente Cernicchiaro** e composta, dentre outros, pelo Min. **Luís Roberto Barroso**, com base em anteprojeto de Comissão presidida pelo Min. **Evandro Lins e Silva**, tendo por relator o amigo, recentemente falecido, **René Ariel Dotti**.

Pelo que se pôde perceber, em sua preleção no seminário promovido pelo IBCCRIM, a relatora dos projetos sobre Defesa do Estado Democrático, na Câmara dos Deputados, Deputada **Margarete Coelho**, em seu substitutivo baseia-se no projeto **Cernicchiaro**, de cuja elaboração não participei, apenas encaminhei como ministro ao Congresso e cujas virtudes em muito superam o projeto apresentado pelo Deputado **Paulo Teixeira**, que em seus parcos seis artigos deixa de contemplar a segurança externa e descarta de ataques internos às instituições democráticas.

Muitas das disposições deste projeto de 2002 devem ser aprimoradas, com alterações de conteúdo de algum tipo ou dando novas redações. Cabe, ademais, sem dúvida, um “*aggiornamento*”, com a inclusão de novas figuras em face de circunstâncias novas de ataque à democracia, como a utilização em massa das redes sociais para a disseminação de “*fake news*” em grave desprestígio das instituições democráticas, a incitar a violência contra elas

Da versão que se conhece do substitutivo a ser apresentado pela Deputada **Margarete Coelho**, com base em grande parte no trabalho da Comissão **Cernicchiaro**, verifica-se estar o Título XII do Código Penal dividido em cinco capítulos.

No primeiro capítulo intitulado DOS CRIMES CONTRA A SOBERANIA NACIONAL, destaca-se a previsão dos delitos de Traição e Espionagem.

No segundo capítulo, denominado DOS CRIMES CONTRA AS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS, cabe transcrever os seguintes tipos penais:

Insurreição

Art. 359-N. Tentar, com emprego de violência ou grave ameaça, impedir ou dificultar o exercício do poder legitimamente constituído,

ou alterar a ordem constitucional estabelecida, de modo a produzir instabilidade no funcionamento dos poderes do Estado:

Pena – reclusão, de quatro a oito anos, além da pena correspondente à violência.

§ 1º A pena é aumentada em um quarto se o agente reforça o emprego da violência ou da ameaça mediante incitação prévia ou propagação de notícias falsas através de comunicação pública.

§ 2º Se o crime for praticado por agentes públicos, a pena é aumentada em um terço; se o agente for militar, da ativa, reserva ou reformado, a pena é aumentada pela metade e cumulada com a perda do cargo ou da função pública e da patente.

§ 3º Não constitui crime a manifestação pública de crítica aos poderes constituídos, nem a reivindicação não violenta de direitos por meio de passeatas, reuniões, aglomerações ou qualquer outro meio de comunicação ao público.

Golpe de Estado

Art. 359-O. Tentar, o funcionário público civil ou militar, depor o governo constituído ou impedir o funcionamento das instituições constitucionais:

Pena – reclusão, de quatro a doze anos.

Conspiração

Art. 359-P. Associarem-se, duas ou mais pessoas, para a prática de insurreição ou de golpe de estado:

Pena – reclusão, de um a cinco anos.

Destaque-se que se punem atos de violência que visam a dificultar ou impedir o exercício legítimo do poder, ou até mesmo tentando depor um governo constituído ou buscando impedir o funcionamento das instituições, como resposta de uma democracia militante em face de ações criadoras de efetiva situação de perigo concreto à regularidade decorrente da estrutura democrática.

Anote-se, contudo, que no § 3º se faz precisa exclusão de crime: “Não constitui crime a manifestação pública de críticas aos poderes constituídos, nem a reivindicação de direitos por meio de passeatas, reuniões, aglomerações ou qualquer outro meio de comunicação ao público”.

No terceiro capítulo, intitulado DOS CRIMES CONTRA O FUNCIONAMENTO DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS E DOS SERVIÇOS ESSENCIAIS, pode-se ressaltar o crime de Sabotagem, consistente em “Destruir, inutilizar, total ou parcialmente, definitiva ou temporariamente, meios de comunicação ao público ou de transporte, portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, instalações públicas ou estabelecimentos destinados ao abastecimento de água, luz, combustíveis ou alimentos, ou à satisfação de necessidades gerais e impreteríveis da população”.

No quinto capítulo, DOS CRIMES CONTRA A CIDADANIA, garante-

se como próprio da democracia, sendo um direito a ser protegido, o de manifestação, de forma a se punir atos que visem a “Impedir ou tentar impedir, mediante violência ou grave ameaça, sem justa causa, o livre e pacífico exercício de manifestação de partidos ou grupos políticos, étnicos, raciais, culturais ou religiosos”.

O substitutivo apresenta duas novas figuras, de grande relevo, mas a merecer meditação quanto ao seu conteúdo e redação, especialmente a relativa a incluir como fato lesivo às Instituições Democráticas a tentativa de perturbar o processo eleitoral. Outra proposta diz respeito a criminalizar a comunicação enganosa em massa, dependente a configuração de se colocar em risco a vida, a integridade física e mental, a segurança das pessoas, e a higidez do processo eleitoral. Abaixo reproduzo os tipos penais:

Interrupção do processo eleitoral

Art. 359-S. Impedir ou perturbar eleição ou a determinação de seu resultado, mediante violação indevida de mecanismos de segurança do sistema eletrônico de votação estabelecido pela Justiça Eleitoral:

Pena - reclusão, de quatro a seis anos.

Parágrafo único. A pena é aumentada em um terço se o agente é membro ou funcionário da Justiça Eleitoral e comete o crime prevalecendo-se do cargo.

Comunicação enganosa em massa Art. 359-T. Promover, constituir, financiar, ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, ação coordenada para disparo em massa de mensagens que veiculem conteúdo passível de sanção criminal ou fatos sabidamente inverídicos capazes de colocar em risco a vida, a integridade física e mental, a segurança das pessoas, e a higidez do processo eleitoral.

Cumpra, todavia, estar atento ao risco de que, com a presença de parlamentares não comprometidos com os valores democráticos, venha-se a produzir outra “lei de segurança nacional” e não uma lei de Defesa do Estado Democrático de Direito: “a emenda pode ser pior que o soneto”.

Antes de o processo legislativo chegar a algum termo, a palavra está com o Supremo Tribunal Federal, no exame de ADPFs e Adins interpostas por vários partidos. A ida ao Supremo, como já disse o querido e saudoso **René Dotti**, “é um apelo e uma esperança”.

Autor convidado

TEMA :

SUSPEIÇÃO DE JUIZ E CONHECIMENTO VIA *HABEAS CORPUS*

Supremo Tribunal Federal

"HABEAS CORPUS" - CONDENAÇÃO PENAL PROFERIDA POR JUIZ QUE DETERMINOU E PRESIDIU SINDICANCIA DESTINADA A APURAR "NOTITIA CRIMINIS" - INEXISTÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE - **DISCIPLINA JURÍDICA DO IMPEDIMENTO E DA SUSPEIÇÃO NO PROCESSO PENAL - MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO** - INOCORRÊNCIA DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO - PEDIDO INDEFERIDO. - A sindicância administrativa instaurada perante Magistrado local, por determinação deste, com o objetivo de subsidiar a ação persecutória do Ministério Público, não se reveste de aptidão para ocasionar a incompatibilidade da autoridade judiciária no ulterior procedimento penal condenatório, que nela tenha fundamento. - **As causas geradoras de impedimento (CPP, art. 252) e de suspeição (CPP, art. 254) do magistrado são de direito estrito. As hipóteses que as caracterizam acham-se enumeradas, de modo exaustivo, na legislação processual penal. Trata-se de "numerus clausus", que decorre da própria taxatividade do rol consubstanciado nas normas legais referidas.** - Não incide na situação de incompatibilidade jurídico-processual o Magistrado que, não obstante presidindo sindicância destinada a apurar "notitia criminis" a ele comunicada, não exterioriza qualquer pronunciamento, de fato ou de direito, sobre a questão objeto das diligências investigatórias.

(HC 68784, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 01/10/1991, DJ 26-03-1993 PP-05003 EMENT VOL-01697-03 PP-00456 - destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6252**).

"HABEAS CORPUS" - PRETENDIDO REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO - INVIABILIDADE EM SEDE DE "HABEAS CORPUS" - **EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO** DEDUZIDA DE FORMA GENÉRICA - IMPOSSIBILIDADE - **TAXATIVIDADE DO ROL PREVISTO NO ART. 254 DO CPP** - PEDIDO INDEFERIDO.

(HC 71560, Relator Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 27/09/1994, DJ 15-12-2006 PP-00094 EMENT VOL-02260-03 PP-00503 - destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6253**).

"HABEAS CORPUS". IMPETRAÇÃO DEDUZIDA CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE MINISTRO DE TRIBUNAL SUPERIOR DA UNIÃO. HIPÓTESE DE INCOGNOSCIBILIDADE DO REMÉDIO

CONSTITUCIONAL EM EXAME. DIRETRIZ JURISPRUDENCIAL FIRMADA POR AMBAS AS TURMAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. "HABEAS CORPUS" NÃO CONHECIDO. RESSALVA DA POSIÇÃO PESSOAL DO RELATOR DESTA CAUSA, QUE ENTENDE CABÍVEL O "WRIT" EM CASOS COMO ESTE. PROCEDIMENTO PENAL DO JÚRI. DECISÃO DE PRONÚNCIA. SUPOSTO EXCESSO DE LINGUAGEM. INOCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE ELOQUÊNCIA ACUSATÓRIA NA PROLAÇÃO DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO PENAL. **ALEGAÇÃO DE SUSPEIÇÃO DO MAGISTRADO PRONUNCIANTE.** PRETENDIDO REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO. INVIABILIDADE EM SEDE DE "HABEAS CORPUS". **EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO DEDUZIDA DE FORMA GENÉRICA. IMPOSSIBILIDADE. TAXATIVIDADE DO ROL PREVISTO NO ART. 254 DO CPP.** PRECEDENTES. RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

(HC 114649 AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/06/2015, publicado em 28/08/2015 - destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6254**).

Recurso ordinário em habeas corpus. **Processual Penal. Suspeição.** Sucessivas decisões judiciais desfavoráveis ao recorrente. Parcialidade do magistrado. Reconhecimento em sede de habeas corpus. Inadmissibilidade. Precedentes. Questão deveras controvertida. Decisões proferidas no exercício independente da atividade jurisdicional. Escolha justificada de uma interpretação possível. Faculdade de sua impugnação por recurso ou ação autônoma. Impossibilidade de se confundir quebra de imparcialidade com decisões contrárias aos interesses do réu. Precedente. **Perquirição do suposto ânimo persecutório do magistrado. Necessidade de revolvimento de material fático-probatório.** Via inadequada. Recurso não provido. (...)

Voto do Relator: Por fim, anoto que as causas de suspeição estão previstas no art. 254 do Código de Processo Penal, in verbis: (...). Esse rol constitui numerus clausus, e não numerus apertus, de modo que são taxativas as hipóteses de suspeição (HC nº 77.930/MG, Segunda Turma, Relator o Ministro Maurício Corrêa, DJ de 9/4/99, RHC nº 98.091/PB, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 16/4/10).

(RHC 131544, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado

em 21/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016– destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6255**).

Processo Penal. Habeas Corpus. **Suspeição de Magistrado.** Conhecimento. **A alegação de suspeição ou impedimento de magistrado pode ser examinada em sede de habeas corpus quando independente de dilação probatória.** É possível verificar se o conjunto de decisões tomadas revela atuação parcial do magistrado neste habeas corpus, sem necessidade de produção de provas, o que inviabilizaria o writ. 2. Atos abusivos e reiteração de prisões. **São inaceitáveis os comportamentos em que se vislumbra resistência ou inconformismo do magistrado, quando contrariado por decisão de instância superior.** Atua com inequívoco desserviço e desrespeito ao sistema jurisdicional e ao Estado de Direito o juiz que se irroga de autoridade ímpar, absolutista, acima da própria Justiça, conduzindo o processo ao seu livre arbítrio, bradando sua independência funcional. **Revelam-se abusivas as reiterações de prisões desconstituídas por instâncias superiores e as medidas excessivas tomadas para sua efetivação, principalmente o monitoramento dos patronos da defesa, sendo passíveis inclusive de sanção administrativa.** 3. Atos abusivos e suspeição. O conjunto de atos abusivos, no entanto, ainda que desfavorável ao paciente e devidamente desconstituído pelas instâncias superiores, não implica, necessariamente, parcialidade do magistrado. No caso, as decisões judiciais foram passíveis de controle e efetivamente revogadas, nas balizas do sistema. Apesar de censuráveis, elas não revelam interesse do juiz ou sua inimizade com a parte, não sendo hábeis para afastar o magistrado do processo. Determinada a remessa de cópia do acórdão à Corregedoria Regional da Justiça Federal da 4ª Região e ao Conselho Nacional de Justiça. Ordem conhecida e denegada.

(HC 95518, Relator Min. EROS GRAU, Relator p/ Acórdão Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 28/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-054 DIVULG 18-03-2014 PUBLIC 19-03-2014 - **Cadastro IBCCRIM 6256**).

1. Da possibilidade de análise da questão em sede deste Habeas Corpus. Preliminarmente, os impetrantes sustentam a **possibilidade de exame da suspeição de magistrado na via do writ quando a prova estiver pré-constituída, ou seja, quando o caso prescindir de dilação probatória.** Para tanto, mencionam como precedente da Segunda Turma o HC 95.518, de minha relatoria (DJe 19.3.2014). Defendem existir prova pré-constituída da suspeição do ex-juiz Sergio Moro para processar e julgar processos envolvendo o paciente, a qual seria verificada mediante a mera leitura das decisões proferidas pelo magistrado e por meio da análise de fatos públicos e notórios. Pedi vista dos autos do HC 95.518 (relator originário Ministro Eros Grau), sobretudo diante do argumento de que não se poderia aferir a ocorrência de suspeição de magistrado em sede de habeas corpus, em razão da impossibilidade de reexame de provas na referida via. Ao devolver meu voto-vista, ressaltei: (...). Assim, o referido HC 95.518 foi conhecido e negado no mérito, assentando-se na

ementa: (...). **A temática da suspeição de magistrados também foi conhecida por este Tribunal nos seguintes julgados: RHC-AgR 127.256, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 10.3.2016; RHC 119.892, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 1º.10.2015; HC 77.622, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 29.10.1999.** No caso em apreço, entendo **que devemos fazer a distinção entre o que é, efetivamente, avaliação de fatos controvertidos e mera valoração das provas existentes nos autos e de informações públicas e notórias.** Portanto, ainda que a análise em sede de habeas corpus tenha cognição limitada nos termos assentados pelo STF, se, a partir dos elementos já produzidos e juntados aos autos do remédio colateral, restar evidente a incongruência ou a inconsistência da motivação judicial das decisões das instâncias inferiores, **deve-se resguardar os direitos violados com a concessão da ordem** (GIACOMOLLI, Nereu J. Devido processo penal. 2014. p. 399).

(HC 164.493PR, Re. Min. EDSON FACHIN, Rel. p/ Acórdão Min. GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, acórdão pendente de publicação, julgado em 23/03/2021, fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=461996>, acesso em 10/04/2021, voto do Min. GILMAR MENDES – destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6257**).

I - CABIMENTO DO HABEAS CORPUS. Em que pese o respeitável posicionamento do relator, tenho que o presente writ comporta conhecimento. Inicialmente, observo que, embora tenha sido impetrado em substituição a recurso ordinário, não oponho óbice ao seu conhecimento, na linha do que decidiu o Plenário deste Supremo Tribunal no julgamento da Questão de Ordem no HC 152.752/SP, de relatoria do Ministro Edson Fachin. Depois, a partir da análise dos argumentos apresentados pelos impetrantes, **verifico que, para a exata compreensão da matéria veiculada na inicial, não se faz necessário revolver o conjunto fático-probatório, bastando, para tanto, examinar os documentos acostados aos autos.** Tal foi, aliás, a orientação firmada por esta Segunda Turma, em hipótese semelhante, por ocasião do julgamento do HC 95.518/PR, de cuja ementa reproduzo a parte abaixo transcrita: (...). Naquela oportunidade, conforme bem destacado no voto vencedor do Ministro Gilmar Mendes, ficou assentado que: (...). No mesmo sentido, cito os seguintes precedentes: RHC 127.256/SP e 119.892/RO (Rel. Min. Gilmar Mendes); HC 77.622/SC (Rel. Min. Nelson Jobim). HC 102.965/RJ (Rel. Min. Celso de Mello); HC 94.641/BA (Rel. para acórdão Min. Joaquim Barbosa) e HC 86.963/RJ (rel. Min. Joaquim Barbosa). Ademais, penso que **não representa obstáculo ao conhecimento da matéria versada no presente writ a circunstância de que tenham sido as alegações de suspeição, anteriormente formuladas pela defesa, rejeitadas pelas instâncias ordinárias e os recursos interpostos perante as Cortes superiores hajam sido desprovidos.** É que **o habeas corpus, segundo pacífica jurisprudência desta Suprema Corte, presta-se a sanar vícios processuais que coloquem em risco a liberdade das pessoas, mesmo que estes não tenham sido reconhecidos nas instâncias ordinárias ou até mesmo extraordinárias, sobretudo**

porque as nulidades processuais, salvo as relativas, por constituírem matéria de ordem pública, não precluem, sendo, portanto, cognoscíveis a qualquer tempo. Outro aspecto relevante é que, examinadas as ementas dos AREs 1.100.658/PR, 1.097.078/PR e 1.096.639/PR, vejo que o Supremo Tribunal Federal, ante a limitação cognitiva própria da via recursal utilizada, não chegou a analisar a matéria de fundo neles versada, negando seguimento aos feitos com base na Sumula 279/STF, ao entendimento de que a ofensa ao texto constitucional, se existente, seria indireta. De toda forma, ainda que, à primeira vista, possa causar estranheza a utilização deste meio processual para obter a decretação de nulidade dos atos processuais praticados pelo ex-magistrado, por ausência de imparcialidade, **cabe lembrar a venerável tradição jurídica pátria, consubstanciada na denominada “doutrina brasileira do habeas corpus”.** A partir dela, passou-se a conferir a maior amplitude possível a esse importantíssimo instituto, abrigado em todas as Cartas Políticas brasileiras, salvo naquelas editadas em momentos de exceção, e que encontrou em Ruy Barbosa um de seus maiores entusiastas. Segundo a referida doutrina, **se existe um direito fundamental violado, há de existir, em contrapartida, no ordenamento jurídico, um remédio processual adequado para afastar a lesão. Em não existindo, o instrumento adequado seria o habeas corpus.** Com efeito, o habeas corpus em nosso País sempre foi considerado um remédio constitucional de amplo espectro. Nada impede, por isso, a análise dos fatos trazidos a estes autos, os quais podem ser perfeitamente examinados tal como relatados, sem a necessidade qualquer dilação probatória, mostrando-se possível concluir, dispensados maiores esforços hermenêuticos, que o paciente foi e está sendo submetido a flagrante constrangimento ilegal, razão pela qual se faz merecedor do writ pleiteado. Em suma, entendo que o constrangimento ilegal, no caso sob exame, encontra-se claramente evidenciado pela prolação de sentença condenatória em desfavor do paciente, como coroamento de uma série de atos processuais e comportamentos pessoais, tizados pela mácula da parcialidade, que violaram manifestamente os seus direitos fundamentais. Esses atos e comportamentos, de resto, foram levados a efeito em frontal violação ao disposto nos diplomas normativos que disciplinam a conduta dos magistrados, especialmente quanto ao seu conteúdo ético, conforme será explicitado adiante.

(HC 164.493PR, Re. Min. EDSON FACHIN, Rel. p/ Acórdão Min. GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, acórdão pendente de publicação, julgado em 23/03/2021, fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=461996>, acesso em 10/04/2021, voto do Min. RICARDO LEWANDOWSKI – destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6258**).

Nosso comentário: como ilustram os precedentes selecionados acima, a orientação consolidada em ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, ao menos desde o ano de 1991, é de que o rol previsto pelo art. 254 do CPP constitui *numerus clausus*, não podendo ser ampliado, além de que

os fatos ensejadores do pleito devem ser demonstrados de modo cabal por aquele que alega a suspeição, não bastando asserções genéricas de parcialidade do magistrado. Note-se, ademais, que o Tribunal afirma a impossibilidade de exame do tema através do *habeas corpus* quando envolver dilação probatória, dado o estrito limite de cognição do remédio processual. Assim, quando não se discutem comportamentos ou fatos exógenos ao processo, mas sim fatos e atos processuais que estejam consubstanciados em decisões formais – os quais a impetração inquina de subjetivismo e falta de impessoalidade –, o Tribunal entendeu possível examinar a matéria em sede de *habeas corpus* (cf. HC 95518, voto do Min. Gilmar Mendes). Em diversos outros precedentes (HC 164.493, Rel. Min. Edson Fachin, rel. p. Acórdão Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 23.03.2021, pend. pub.; RHC-AgR 127.256, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 10.3.2016; RHC 119.892, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 1º.10.2015; HC 77.622, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 29.10.1999), o Tribunal conheceu da matéria pela via do *habeas corpus*, sendo possível distinguir a hipótese de avaliação de fatos controvertidos, que não é admitida, daquela em que há mera valoração das provas existentes nos autos e de informações públicas e notórias, passível de conhecimento. Por fim, merece destaque a advertência feita pelo Min. Ricardo Lewandowski no recente julgamento do HC 164.493/PR, invocando a denominada “doutrina brasileira do habeas corpus” ao afirmar que “se existe um direito fundamental violado, há de existir, em contrapartida, no ordenamento jurídico, um remédio processual adequado para afastar a lesão. Em não existindo, o instrumento adequado seria o habeas corpus”.

Superior Tribunal de Justiça

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. **EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. HIPÓTESES DO ART. 254 DO CPP. ROL EXEMPLIFICATIVO.** REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE. DISSÍDIO PRETORIANO. NÃO COMPROVAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. **1. A jurisprudência desta Corte, a despeito de esparsos julgados divergentes, tem se inclinado no sentido de que as hipóteses de suspeição previstas no art. 254 do Código de Processo Penal são de ordem subjetiva e meramente exemplificativas. Precedentes.** 2. A pretensão do agravante de rever fatos e provas que levaram o Tribunal a quo a afastar o juiz singular condutor da ação penal esbarra no óbice da Súmula n. 7 desta Corte Superior. 3. Dissídio pretoriano não comprovado nos termos do art. 255 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça ante a ausência de similitude fática dos casos confrontados. 4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1721429, Rel. Min. ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, julgado em 19/11/2019, publicado em 21/11/2019 – destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6259**).

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO (ARTIGO 155, § 4º, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL). **ALEGADA SUSPEIÇÃO DO MAGISTRADO RESPONSÁVEL PELA CONDUÇÃO DA AÇÃO PENAL. ROL EXEMPLIFICATIVO.** EXISTÊNCIA DE OUTRA EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO OPOSTA CONTRA O MESMO JUIZ E QUE FOI JULGADA PROCEDENTE. FATOS QUE INDICAM A QUEBRA DA IMPARCIALIDADE EXIGIDA AO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA. **1. As causas de suspeição previstas no artigo 254 do Código de Processo Penal não se referem às situações em que o magistrado está impossibilitado de exercer a jurisdição, relacionando-se, por outro lado, aos casos em que o togado perde a imparcialidade para apreciar determinada causa, motivo pelo qual doutrina e jurisprudência majoritárias têm entendido que o rol contido no mencionado dispositivo legal é meramente exemplificativo.** 2. O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais já havia reconhecido a suspeição reclamada em anterior exceção por fatos que evidenciam a quebra da imparcialidade do magistrado com relação ao paciente. 3. A arguição de suspeição do juiz é destinada à tutela de uma característica inerente à jurisdição, que é a sua imparcialidade, sem a qual se configura a ofensa ao devido processo legal. 4. Ordem concedida.

(HC 172.819, Rel. Min. JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 28/02/2012, publicado em 16/04/2012 – destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6260**).

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. **EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. ALEGAÇÃO DE PARCIALIDADE DE MAGISTRADO FEDERAL. HIPÓTESES DO ART. 254 DO CPP. NÃO TAXATIVIDADE.** IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA POR AUSÊNCIA DA FASE DE INSTRUÇÃO. NECESSIDADE DO CONTRADITÓRIO. IMPARCIALIDADE DO JULGADOR. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA. (...) **2. Tanto o impedimento quanto a suspeição buscam garantir a imparcialidade do Magistrado, condição sine qua non do devido processo legal, porém, diferentemente do primeiro, cujas hipóteses podem ser facilmente pré-definidas, seria difícil, quiçá impossível, ao legislador ordinário prever todas as possibilidades de vínculos subjetivos (juiz e partes) susceptíveis de comprometer a sua imparcialidade.** 3. Para atender ao real objetivo do instituto da suspeição, o rol de hipóteses do art. 254 do CPP não deve, absolutamente, ser havido como exaustivo. É necessária certa e razoável mitigação, passível de aplicação, também e em princípio, da cláusula aberta de suspeição inscrita no art. 135, V, do CPC c/c 3º do CPP. (...) 7. Notório ser incabível, através da estreita ação em foco, o aprofundado exame de provas, tal como, por exemplo, coligir tópicos isolados de várias decisões do Magistrado, apenas aquelas que seriam adversas, inseridos em contexto amplo, para formar, em decorrência, suposto conjunto probatório que justificaria a imputação a ele, do grave vício de parcialidade. A experiência revela, diversamente, a imparcialidade e lisura que informam a atuação dos Magistrados, em geral. A

exceção, que consistiria em pretensa parcialidade, para ser acolhida, deve restar sobejamente demonstrada pelo excipiente, com apoio em elementos de persuasão indene de dúvidas, convergentes, sobretudo em ação de pedir habeas corpus. Isto não ocorreu. 8. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada, ficando sem efeito a liminar.

(HC 146796, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, Quinta Turma, julgado em 04/03/2010, publicado em 08/03/2010 – destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6261**).

Nosso comentário: o Superior Tribunal de Justiça, em orientação frontalmente divergente daquela encontrada no acervo jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, tem decidido que o rol do art. 254 do CPP é apenas exemplificativo, sob o fundamento de que, ao contrário do impedimento, cujas hipóteses podem ser facilmente pré-definidas, não seria possível ao legislador ordinário prever todas as hipóteses de suspeição, isto é, de vínculos subjetivos (entre o juiz e as partes) capazes de comprometer a imparcialidade judicial.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. FALSIDADE IDEOLÓGICA. USO DE DOCUMENTO FALSO. ESTELIONATO. PECULATO. NULIDADE. MANIFESTA PARCIALIDADE DA MAGISTRADA. INOCORRÊNCIA. TESE DEFENSIVA DEVIDAMENTE RECHAÇADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. DECISÃO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. REGULARIDADE RECONHECIDA POR ESTA CORTE, NO JULGAMENTO DO HC N. 462.112/PR. **RECONHECIMENTO DA SUSPEIÇÃO. INVIABILIDADE NA ESTREITA VIA DO HABEAS CORPUS.** PRECEDENTES. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. WRIT NÃO CONHECIDO. **1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.** **2. “A suspeição, via de regra, é assunto impróprio ao veio restrito do habeas corpus, pois, além de ter o meio adequado (exceção), a análise de eventual motivo para afastar o magistrado de um processo demanda revolvimento de aspectos fáticos não condizentes com a via eleita” (HC 405.958/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe de 12/12/2017).** (...) 6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 500805, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 13/08/2019, publicado em 30/08/2019 – destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6262**).

PENAL E PROCESSO PENAL. LATROCÍNIO. **ALEGAÇÃO DE PARCIALIDADE DO MAGISTRADO. AUSÊNCIA DE**

DEMONSTRAÇÃO. NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. NECESSIDADE DE REABERTURA DO PRAZO PARA ADITAR A RESPOSTA À ACUSAÇÃO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. 1. O incidente de arguição de suspeição ou impedimento é o modelo estabelecido em lei com o escopo de afastar o magistrado do feito, por lhe faltar a principal característica do julgador, a imparcialidade. **2. Não demonstrado de plano a parcialidade do magistrado, o habeas corpus não é o meio adequado para discutir o tema, em razão da necessidade de instrução probatória.** (...) 5. Recurso ordinário em habeas corpus improvido.

(RHC 57415, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 04/10/2018, publicado em 15/10/2018 – destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6263**).

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. **SUSPEIÇÃO DO JUIZ CONDUTOR DA AÇÃO PENAL.** NÃO OCORRÊNCIA. **REVISÃO DO CONJUNTO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ.** PRECEDENTE. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Tendo a Corte de origem concluído pela ausência de qualquer das hipóteses previstas no art. 254 do CPP, analisando o conjunto de fatos e provas condensados nos autos, e afastado a apontada suspeição do juiz condutor das ações penais, não há como, na via eleita, rever tal posicionamento, nos termos do óbice contido da Súmula 7/STJ. 2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1269239, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 03/11/2015, publicado em 19/11/2015 – destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6264**).

RECURSO ESPECIAL. PENAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. **ARGUIÇÃO DE SUSPEIÇÃO** REJEITADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. **ALEGADA PARCIALIDADE DA MAGISTRADA PROCESSANTE. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N.º 7 DESTA CORTE.** RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Conquanto o recurso especial tenha sido interposto também com base na alínea c do permissivo constitucional, o cotejo analítico não foi efetuado nos moldes legais e regimentais, ou seja, com transcrição de trechos do acórdão recorrido e paradigma que demonstrem a identidade de situações e a diferente interpretação dada à lei federal. Com efeito, a simples transcrição de ementas, sem que se evidencie a similitude das situações, não se presta para demonstração do dissídio, na forma preconizada nos arts. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil, e 255, §§ 1.º e 2.º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. **2. A reforma do acórdão objeto do especial, para reconhecimento da parcialidade da magistrada processante, com o seu consequente afastamento da causa, é inviável de ser realizada, pois exigiria o necessário revolvimento da matéria fática, o que não se coaduna com a via eleita, em face do óbice da Súmula n.º 7 do Superior Tribunal de Justiça.** 3. Recurso especial conhecido em parte e desprovido.

(REsp 1166474, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 20/11/2012, publicado em 23/11/2012 – destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6265**).

Nosso comentário: como ilustram os precedentes selecionados acima, ainda que possua uma interpretação mais ampla da temática da suspeição, atribuindo caráter não exaustivo ao rol do art. 254 do CPP, o Superior Tribunal de Justiça exige, da mesma forma que o Supremo Tribunal Federal, a demonstração dos fatos alegados sem a necessidade de revolvimento de material fático-probatório, ou seja, observa-se o mesmo obstáculo à discussão do tema pela via do *habeas corpus*. Em razão dessa mesma premissa (necessidade de reexame de provas), o Tribunal não tem conhecido de Recurso Especial que veicule a matéria, por conta do famigerado enunciado da Súmula n.º 7/STJ.

Compilação e curadoria científica de:

Anderson Bezerra Lopes e Gessika Christiny Drakoulakis.



DIRETORIA EXECUTIVA

Presidenta: **Marina Pinhão Coelho Araújo**
1.º Vice-Presidente: **Alberto Zacharias Toron**
2.º Vice-Presidente: **Fábio Tofic Simantob**
1.ª Secretária: **Bruno Salles Pereira Ribeiro**
2.º Secretário: **Felipe Cardoso Moreira de Oliveira**
1.º Tesoureiro: **Rafael Serra Oliveira**
2.º Tesoureiro: **Renato Stanzola Vieira**
Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais:
Maria Carolina de Melo Amorim

CONSELHO CONSULTIVO

Ela Wiecko Volkmer de Castilho
Helena Regina Lobo da Costa
Márcio Gaspar Barandier
Thiago Bottino do Amaral
Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo Gomes

OUIDORA

Cleunice Valentim Bastos Pitombo

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661

CONSELHO EDITORIAL: Ana Elisa Liberatore Silva Bechara, Aury Lopes Jr., Juarez Cirino dos Santos, Sérgio Salomão Shecaira, Luis Fernando Niño, Vera Malaguti Batista e Vera Regina Pereira de Andrade.

EDITOR-CHEFE: Daniel Zaclis.

EDITORES/AS ASSISTENTES: Anderson Bezerra Lopes, Antonio Carlos Tovo, Adriana Pazini de Barros Lima, Daniel de Resende Salgado, Flavia Chaves Nascimento Brandão Penna, Gessika Christiny Drakoulakis, Nicolau da Rocha Cavalcanti e Thiago Baldani Gomes de Filippo.

EDITORES EXECUTIVOS: Helen Christo e Willians Meneses.

EXPEDIENTE EDITORIAL: IBCCRIM.

CORPO DE PARECERISTAS DESTE VOLUME:

Divo Augusto Pereira Alexandre Cavadas (PUC - Goiânia/GO), Guilherme Roman Borges (UCB - Brasília/DF), Guilherme Siqueira Vieira (FATEC - Curitiba/PR), Hélio Peixoto Junior (USP - São Paulo/SP), Luísa Vanessa Carneiro da Costa (UNICAP - Recife/PE), Maria Gorete Marques de Jesus (USP - São Paulo/SP), Pablo Nunes (UERJ - Rio de Janeiro/RJ), Paola Bianchi Wojciechowski (UniBrasil - Curitiba/PR), Raissa Carla Belintani de Souza (USP - São Paulo/SP), Renato Watanabe de Moraes (UNISA - São Paulo/SP), e Thiago de Oliveira Demiciano (PUC - São Paulo/SP).

CORPO DE AUTORES(AS) DESTE VOLUME:

Alessandra R. Mascarenhas Prado (PUC - São Paulo/SP), Antonio Sergio Altieri de Moraes Pitombo (Universidade de Coimbra - Coimbra/Portugal), Bruna Couto (UFBA - Salvador/BA), Daniela Portugal (UFBA - Salvador/BA), Fabrício Reis Costa (USP - São Paulo/SP), Fernanda Regina Vilares (USP - São Paulo/SP), Isabella Dias Ferreira (UFRJ - Rio de Janeiro/RJ), José Rafael Fonseca de Melo (UERJ - Rio de Janeiro/RJ), Miguel Reale Júnior (USP - São Paulo/SP), Octavio Augusto da Silva Orzari (USP - São Paulo/SP), Paula Mercez dos Santos (UFRJ - Rio de Janeiro/RJ), Tadeu José Migoto Filho (UEL - Londrina/PR), Tainá Braga de Oliveira (UFRJ - Rio de Janeiro/RJ), e Thiago Turbay Freiria (UdG - Girona/Espanha).

PRODUÇÃO GRÁFICA E CAPA: p2g.studio | Tel.: (11) 2400-0038 | E-mail: contato@p2g.studio

REVISÃO: Rogério Pelizzari de Andrade | E-mail: rpelizzari@alumni.usp.br

IMPRESSÃO: Eskenazi Indústria Gráfica | Tel.: (11) 98424-0654

BASES DE DADOS INDEXADAS:



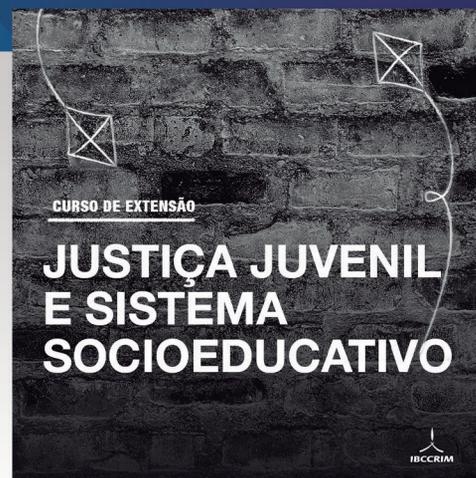
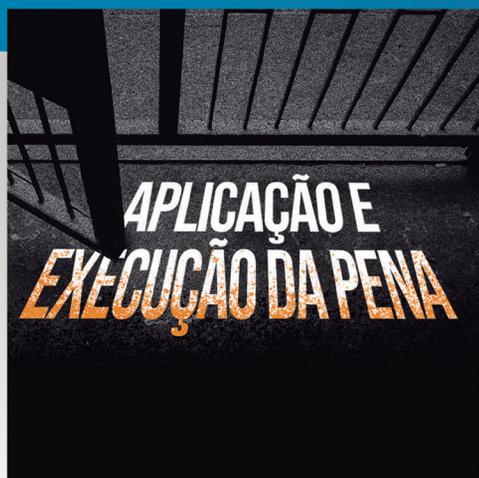
O Boletim do IBCCRIM circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas. O conteúdo dos artigos publicados expressa a opinião dos autores, pela qual respondem, e não apresenta necessariamente a opinião deste Instituto.

ENDEREÇO DO IBCCRIM:

Rua Onze de Agosto, nº 52, 2º andar, CEP 01018-010, S. Paulo/SP
Tel.: (11) 3111-1040 (tronco-chave)
www.ibccrim.org.br

Os cursos Direito Digital e Crimes Informáticos, Justiça Juvenil e Sistema Socioeducativo e Aplicação e Execução da Pena estão com inscrições abertas.

Faça já a sua inscrição na nova plataforma de Cursos a IBCCRIM Play!



Aprimore seus conhecimentos com conteúdos produzidos pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

Aponte a câmera do celular para o QR Code abaixo ou acesse pelo link QR Code com o link: <https://play.ibccrim.org.br/>

