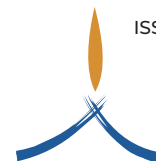


BOLETIM

Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

ISSN 1676-3661



IBCCRIM

ANO 29 - Nº 345 - AGOSTO/2021



CADERNO DE DOCTRINA

4 O Ministério Público sob a lente da advocacia
Eduardo Pizarro Carnelós

7 A advocacia sob a lente do Ministério Público
Jose Adonis Callou de Araujo Sá

9 Crítica à suspensão da eficácia do art. 3º-A do CPP
Bruno Augusto Vigo Milanez

12 Uma nova intenda da prisão "ex lege": a
inconstitucionalidade do artigo 310, §2º, do
Código de Processo Penal
Raul Abramo Ariano

16 Benefícios da colaboração premiada após a "Lei
Anticrime": as mudanças na determinação e no
controle judicial da pena
Felipe da Costa De-Lorenzi

19 Reflexões sobre os 30 anos do Estatuto da Criança
e do Adolescente
Danielle de Oliveira Santos
Marcia Adriana Barroso Coelho

22 Pode a criminologia escutar? Reflexões entre
os pensamentos dos feminismos marginais às
críticas criminológicas
Jéssica Santiago Cury
Ana Carolina de Sá Juzo

25 A inépcia legislativa disfarçada de tipo penal
Tiago Joffily

27 Delação Premiada e imaginário punitivo: uma
análise a partir do discurso midiático
Raphael Boldt

DIALOGOS

29 Reflexões sobre o estudo comparado da
overcharging norte-americana: recompensas
e desafios
Vitor Souza Cunha

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

TEMA: ESTELIONATO: RETROATIVIDADE DA EXIGÊNCIA
DE REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA, INSTITUÍDA PELA LEI
N.º 13.964/19 ("PACOTE ANTICRIME")

32 Supremo Tribunal Federal

32 Superior Tribunal de Justiça

AS CONTRIBUIÇÕES DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Embora algumas de suas práticas sejam milenares, o conceito de Justiça Restaurativa surgiu na década de 1970 no Canadá, ensina **Howard Zehr**. Uma pequena comunidade, dois jovens foram acusados de atos de vandalismo. Como eram conhecidos de todos, em vez de simplesmente puni-los, o juiz optou por facilitar o encontro deles com as 22 vítimas.

O resultado foi muito positivo. As vítimas expuseram suas dores e ressentimentos. Os jovens manifestaram arrependimento e assumiram suas responsabilidades. Houve não apenas a reparação dos danos, mas a reconciliação entre os envolvidos.

A partir dessa experiência e de um paulatino desenvolvimento do tema, surgiram iniciativas internacionais de Justiça Restaurativa, como o Programa de Reconciliação Vítima-Ofensor (VORP, em inglês) e a prática restaurativa Vítima-Ofensor-Comunidade (VOC). A ONU tem várias recomendações sobre a implantação da Justiça Restaurativa nos Estados-Membros.

Atento à tendência internacional, o Brasil aprovou leis voltadas à autocomposição e à solução alternativa dos conflitos. Na área cível, destacam-se a Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95), a Lei da Mediação (Lei 13.140/2015) e o novo CPC, exigindo a audiência de conciliação ou de mediação (art. 334) e a criação dos Núcleos Permanentes de Solução de Conflitos (NUPEMEC) e Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC). Na área criminal, os destaques são os institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099/95 e o novo Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), disciplinado no art. 28-A do CPP.

Hoje, a Justiça Restaurativa é incentivada e difundida pelo CNJ. A Res. 225/2016 criou a Política Nacional de Justiça Restaurativa. A Res. 288/2019 definiu como política institucional do Poder Judiciário a aplicação de “alternativas penais, com enfoque restaurativo, em substituição à privação de liberdade”. A Res. 300/2019 instituiu o Comitê Gestor da Justiça Restaurativa, determinando que os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais tenham um plano de implantação, difusão e expansão de suas regras quanto ao tema. Segundo o mapeamento do CNJ de 2019, a Justiça Restaurativa é cada vez mais aplicada; especialmente nas varas criminais e nas varas especializadas da infância e juventude e da violência doméstica.

As experiências nacionais e internacionais mostram que a aplicação de técnicas específicas de restauração do quadro social com os envolvidos pode ser mais efetiva na resolução do conflito. O sistema tradicional é omissivo em alguns aspectos, perpetuando a insatisfação social e a sensação de impunidade.

No entanto, ainda há muitos obstáculos para a aplicação da Justiça Restaurativa. Enraizado na cultura e no sistema penal, o paradigma punitivo resiste à perspectiva crítica, própria da Justiça Restaurativa. A crença na punição é ainda muito difundida.

A perspectiva da Justiça Penal vigente desconsidera – ou ao menos não prioriza – a visão daqueles que vivenciaram o conflito. A Justiça Restaurativa pretende garantir o envolvimento das partes e de todos os que, de alguma forma, foram envolvidos no conflito (famílias, comunidade), com objetivo de proporcionar uma melhor resposta estatal.

Sem recorrer ao tradicional “sistema binário” – que divide atos e pessoas entre bons e maus, culpados e inocentes –, a abordagem integral do conflito permite tratar a realidade com a complexidade que lhe é inerente. Todas as partes envolvidas – ofensor, vítima e comunidade – são convidadas a participar do processo de reconhecimento de responsabilidades e atendimento de necessidades, para que todas, ao final do processo, estejam vinculadas à resposta que o Estado consolida a partir desse procedimento participativo.

Possibilita-se, assim, um outro olhar sobre a pena, com propostas que vão além da simples punição, realocando a própria ideia de responsabilização. Como infelizmente se constata na prática, a pena de prisão não ressocializa tampouco previne crimes, sendo muitas vezes mero instrumento de vingança e estigmatização da pessoa. Dessa forma, a Justiça Restaurativa é também caminho para reduzir os índices de violência e de encarceramento.

O Projeto de Reforma do CPP traz um capítulo destinado à Justiça Restaurativa. No entanto, sua efetividade não é apenas uma questão de *lege ferenda*. Por exemplo, o art. 334 do CPC determina a realização de audiência de conciliação ou de mediação. No entanto, são ainda muito comuns decisões judiciais dispensando a realização da audiência, sob as mais variadas justificativas; em especial, a falta de estrutura do Poder Judiciário.

Por si só, a lei não muda crenças e mentalidades. É preciso estudar, dialogar, debater e fomentar a mudança de paradigmas da Justiça Penal no Brasil. Como propõe **Howard Zehr**, é necessário praticar um “novo olhar” para aproveitar todas as potencialidades transformadoras da Justiça Restaurativa.

Com o propósito de promover o estudo, a reflexão e o debate sobre tema tão importante, o IBCCRIM criou, em maio deste ano, o Departamento de Justiça Restaurativa. Trata-se de um espaço para pensar – numa perspectiva plural, interdisciplinar e madura do sistema penal – alternativas à lógica punitivista, sabidamente ineficaz e contraproducente.

Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

BOLETIM

4. O Ministério Público sob a lente da advocacia

Eduardo Pizarro Carnelós

7. A advocacia sob a lente do Ministério Público

Jose Adonis Callou de Araujo Sá

9. Crítica à suspensão da eficácia do art. 3º-A do CPP

Bruno Augusto Vigo Milanez

12. Uma nova intenda da prisão “ex lege”: a inconstitucionalidade do artigo 310, §2º, do Código de Processo Penal

Raul Abramo Ariano

16. Benefícios da colaboração premiada após a “Lei Anticrime”: as mudanças na determinação e no controle judicial da pena

Felipe da Costa De-Lorenzi

19. Reflexões sobre os 30 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente

Danielle de Oliveira Santos e Marcia Adriana Barroso Coelho

22. Pode a criminologia escutar? Reflexões entre os pensamentos dos feminismos marginais às críticas criminológicas

Jéssica Santiago Cury e Ana Carolina de Sá Juzo

25. A inépcia legislativa disfarçada de tipo penal

Tiago Joffily

27. Delação Premiada e imaginário punitivo: uma análise a partir do discurso midiático

Raphael Boldt

29. DIÁLOGOS

Reflexões sobre o estudo comparado da *overcharging* norte-americana: recompensas e desafios

Vitor Souza Cunha

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

Tema: Estelionato: retroatividade da exigência de representação da vítima, instituída pela Lei n.º 13.964/19 (“pacote anticrime”)

32. Supremo Tribunal Federal

32. Superior Tribunal de Justiça

O MINISTÉRIO PÚBLICO SOB ALENTE DA ADVOCACIA

THE PUBLIC PROSECUTION THROUGH THE LENS OF THE ATTORNEYS

Eduardo Pizarro Carnelós

Graduado em Direito pela USP.

Advogado criminalista.

ORCID: 0000-0002-0954-9273

Resumo: O artigo analisa, sob o olhar de um advogado, a função do Ministério Público no Processo Penal brasileiro. Para tanto, o texto traz reflexões a partir de decisões judiciais, bem como de casos vivenciados pelo próprio autor, para demonstrar a importância, no nosso país, de se ter um Ministério Público que conheça seus limites de atuação dentro do processo.

Palavras-chave: Processo Penal - Função do Ministério Público.

Abstract: This article describes, through the lens of an attorney, the role of the Public Prosecutor in the Brazilian Criminal Procedure. The paper suggests some ideas based on judicial decisions as well as particular cases experienced by the author in order to demonstrate the importance of having a Public Prosecution that understands its own limits with regard to the criminal procedure.

Keywords: Criminal procedure - Role of the Public Prosecution.

Titular da ação penal de iniciativa pública, inegavelmente, o Ministério Público é parte processual. Mas não é uma parte qualquer, pois não busca a proteção de direitos e interesses próprios. Daí decorre uma peculiaridade, nem sempre compreendida por leigos, e às vezes tampouco por alguns de seus membros: conquanto seja parte, o Ministério Público não deve sempre acusar nem atuar para obter a condenação em todos os casos. Embora seja estranho falar em imparcialidade de quem é parte, é quase isso o que se exige do membro do Ministério Público; fala-se hoje também em impessoalidade, como fazem **Aury Lopes Jr.** e **Alexandre Morais da Rosa**:

Logo, não é preciso ou adequado invocar a imparcialidade do MP para sustentar algo tão óbvio: o MP, enquanto órgão estatal, é obrigado a observar os Princípios da Legalidade e da Impessoalidade. Portanto, é elementar que, como agente público, verdadeira parte-pública, jamais poderá licitamente omitir, embaraçar, manipular, a prova favorável à defesa. (LOPES JR., 2020).

Essa condição de “parte-pública”, cujo compromisso há de ser também com os meios e não apenas com o fim (porque a forma processual é garantia, e o desrespeito a ela conduz a resultado nulo), confere ao Ministério Público o dever de exercer sua atribuição de titular da ação penal com estrita observância dos direitos do investigado ou acusado, inclusive para a formação da *opinio delicti*. Assim, mostram **Lopes Jr.** e **Rosa** no mesmo texto: cabe ao membro do *Parquet* levar aos autos não apenas os elementos que suportem a tese acusatória, mas também todos aqueles que possam infirmá-la. Noutras palavras: se o investigado/acusado tem o direito de não produzir nem colaborar para a produção de prova contra si, o Ministério Público está obrigado

a produzir provas que levem ao afastamento da responsabilidade penal do investigado/acusado.

Ao indeferir liminarmente, em 3 de setembro de 2020, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 758/MG proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) contra a concessão de ordens de *Habeas Corpus* coletivas pelo Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Gilmar Mendes lançou preciosos ensinamentos dos quais trazemos alguns excertos:

A assertiva de que ‘nada mais lógico, portanto, que a Associação dos membros do Ministério Público brasileiro venha a Juízo questionar a decisão obtida pelas Defensorias Públicas’ revela a **controvertida e injuriosa premissa de que a defesa das prerrogativas dos membros do MP confunde-se com o interesse processual da acusação**, como se a ordem concessiva dos *Habeas Corpus* pudesse de forma direta violar o interesse coletivo da categoria. Na ordem constitucional vigente, o Ministério Público recebeu conformação inédita e poderes alargados. Ganhou o desenho de instituição voltada à defesa dos interesses mais elevados da convivência social e política, não apenas perante o Judiciário, mas também na ordem administrativa. Está definido como ‘instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis’ (art. 127). A instituição foi arquitetada, portanto, para atuar **desinteressadamente** no arrimo dos valores mais encarecidos da ordem constitucional, **razão pela qual o legislador conferiu inclusive a atribuição para impetrar *Habeas Corpus* em favor de pessoas submetidas a**

restrições indevidas em sua liberdade de locomoção (art. 654 do CPP).

(...)

No que se refere à atuação em processos penais, ainda que os membros dessa instituição possam ocupar posições processuais distintas, entende-se que **é dever do Parquet, mesmo nos casos em que atua como parte no processo, postular medidas que possam proteger os direitos fundamentais dos réus e condenados em geral.**

Nessa linha, entende-se, por exemplo, que o Ministério Público deve postular a absolvição do acusado quando inexisterem provas suficientes à condenação. É com base nesse raciocínio que o Ministério Público Federal tem defendido a impossibilidade de prolação de édito condenatório pelo juízo quando a acusação for retirada pelo titular da ação penal, conforme parecer apresentado nos autos do Recurso Especial 1.612.551/RJ (BRASIL, 2010).

A decisão do Ministro Gilmar Mendes e o texto de **Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa**, já citado, referiram-se ainda ao Projeto de Lei 5.282/2019 do Senado, de autoria do Senador Antônio Anastasia, elaborado pelo jurista **Lenio Streck** e “que busca reforçar o papel do Ministério Público na promoção da justiça, com a gestão da prova de forma transparente em relação às demais partes e ao juízo,” e que propõe a inserção de dois novos parágrafos no art. 156 do Código de Processo Penal. Eis o teor:

§ 1º – Cabe ao Ministério Público, a fim de estabelecer a verdade dos fatos, alargar o inquérito ou procedimento investigativo a todos os fatos e provas pertinentes para a determinação da responsabilidade criminal, em conformidade com o Código de Processo Penal e a Constituição Federal, e, para esse efeito, investigar, de igual modo, na busca da verdade processual, as circunstâncias que interessam quer à acusação, quer à defesa.
§ 2º – O descumprimento do § 1º implica a nulidade absoluta do processo, além das sanções funcionais respectivas (BRASIL, [2021]).

Veja-se o que diz a justificação daquele projeto:

O Ministério Público brasileiro possui as mesmas garantias da magistratura, fruto de uma luta intensa no processo constituinte. Logo, se possui as mesmas garantias, o MP tem as mesmas obrigações, sendo a principal delas a isenção e o dever de não se comportar como a defesa – essa sim autorizada a realizar aquilo que se chama, na doutrina, de ‘agir estratégico’. Como agente público, o MP deve ser imparcial, ou, diria melhor, equidistante. Sua meta deve ser a busca da equanimidade (*fairness*). O presente projeto de lei, seguindo o Estatuto de Roma (já incorporado ao direito brasileiro), obriga o agente do MP a buscar a verdade do processo para a acusação e, também, a favor do indiciado ou acusado. Justiça para todos, em uma linguagem simples. É por isso, afinal, que a CF diz que o MP é o fiscal da lei e o guardião da legalidade e da constitucionalidade.

Nesta justificativa é bom registrar, de forma antecipada, que o ponto central desta alteração é a gestão da prova. Com efeito, para quem enxerga a discussão ‘papel do MP – sistema acusatório ou inquisitivo – ou ‘processo como lide’ vai naturalmente entender o Ministério Público como parte. O ponto aqui tratado não é esse. Devemos entender o processo como condição de possibilidade

para a democracia. Nesse sentido, para além da discussão parte ou não parte, mais importante é a gestão da prova. Mas há mais: independentemente da concepção interpretativa que se use para responder a o que é isto – o processo, o ponto fulcral é o mesmo. Importa registrar é que o Ministério Público é uma instituição do Estado; em o sendo, não lhe é permitido agir estrategicamente. Esse é o *buslilis*. É disso que se trata. É uma questão de responsabilidade política, de ajuste institucional, e menos de dogmática processual. Exigir um MP imparcial não é subestimar o que diz a processualística tradicional em suas definições conceituais clássicas; trata-se apenas de reivindicar um órgão que reconheça as circunstâncias favoráveis ao réu quando for o caso. E isso não apesar de suas atribuições funcionais constitucionalmente previstas, mas exatamente em razão delas. Processo, no Brasil, é processo constitucional. A principiologia constitucional impõe ao Ministério Público o dever de jamais agir por estratégia, sempre agir por princípio. Por isso o Estatuto de Roma teve a preocupação de obrigar a acusação de também investigar a favor do acusado. Gestão da prova – eis o *buslilis* (BRASIL, [2021]).

A indicar a dificuldade existente para a compreensão de tão importante matéria, a página oficial do Senado Federal, no dia 5 de julho de 2021, às 17h, registra 554 opiniões favoráveis e 9.760 contrárias ao referido projeto. A maioria que expressou sua opinião entende, portanto, que ao Ministério Público não deve caber a busca da verdade se ela for favorável à defesa.

Recentemente, ao se manifestar nos autos da Petição 9.760/DF, relatora a Ministra Rosa Weber o Vice-Procurador-Geral da República, Humberto Jacques de Medeiros, expôs critérios norteadores para a formulação de denúncia:

17. A formação da *opinio delicti* – constitucionalmente reservada ao Ministério Público – impõe lastro probatório sólido recolhido em fase pré-processual. Materialidade, autoria, certeza fática, provas hígidas, demonstração categórica de todos os elementos do tipo penal, infirmação de exculpantes, negativa de todos os álibis e dissolução antecipada de todas as teses de defesa são elementos necessários para o *Parquet* propor uma ação penal sólida e consequente. Não é um juízo nem superficial, nem por impulso. É isso que a Constituição espera do órgão ao provocar com independência o Poder Judiciário (BRASIL, 2021).

Bem, mas será possível um membro do *Parquet* agir de forma isenta, equidistante, impessoal? E deve fazê-lo? Estou convencido de que as respostas a ambas as perguntas devem ser afirmativas. E em vez de discorrer teoricamente sobre o tema, permito-me narrar episódios em que isso se deu.

No dia 28 de março de 1988, deu-se o que ficou conhecido como “Massacre da Boca do Capacete”, no município de Benjamin Constant, Amazonas. No encontro do Igarapé Capacete com o Rio Solimões, 14 índios ticuna foram mortos, e vários outros ficaram feridos, por disparos de armas de fogo efetuados por serviçais de um fazendeiro local; nem seria correto designá-los funcionários, pois a relação mais se aproximava do sistema feudal. Dez corpos foram levados pelas abundantes águas do Solimões, e nunca foram encontrados. No dia seguinte, a Polícia Federal efetuou prisões de 14 homens, inclusive o fazendeiro.

Contratado por uma entidade que apoiava aquela comunidade indígena, fui a Tabatinga, onde ficava a sede da Polícia Federal, e

constatei as dificuldades para a elaboração de laudos e adoção das demais providências necessárias à instrução do inquérito policial instaurado. Ao julgar pedido de *Habeas Corpus* impetrado em favor dos presos, o hoje extinto Tribunal Federal de Recursos declarou a incompetência da Justiça Federal para processar o caso, e determinou a remessa do inquérito para a Justiça do Estado do Amazonas. Isso gerou enorme preocupação, em razão da conhecida hostilidade havida entre os habitantes das cidades de Tabatinga e Benjamin Constant e os povos indígenas da região, inclusive os ticunas, o maior deles. O Procurador da República responsável pela defesa dos direitos indígenas encarregou-se de interpor o recurso contra a decisão do TFR, mas, enquanto não houvesse julgamento, o caso tramitaria perante as esferas estaduais amazonenses.

Voltei então àquela zona de tríplice fronteira para conhecer o Promotor de Justiça que ficaria encarregado pelo caso. Estando em Benjamin Constant, fui informado de que o membro do *Parquet* estava lotado em Tabatinga, e respondia também pela promotoria na primeira comarca, a qual não estava provida. Foi então que eu soube que o Públio Caio Bessa Cyrino havia pedido sua remoção para Tabatinga, por saber que responderia também pela promotoria de Benjamin Constant e, assim, estaria incumbido do “caso do massacre”. Disse-me ele que se interessava pelos assuntos indígenas, e por isso optara por ocupar o posto em cidade que distava uma hora e meia em viagem de Boeing 737 de Manaus. Apesar disso, e de já ter formulado a denúncia, acrescentou que havia solicitado o relaxamento das prisões em flagrante dos acusados, porque já havia passado cerca de sete meses dos fatos, e era evidente o excesso de prazo para a constrição, sem que nem mesmo ação penal houvesse sido instaurada.

Na qualidade de advogado constituído pelas vítimas sobreviventes e pelos sucessores dos mortos, vivi um estranho dilema: a notícia de que os apontados responsáveis pelos ataques seriam libertados era preocupante, evidentemente; por outro lado, era-me impossível não admirar a conduta íntegra daquele jovem Promotor de Justiça, quem, apesar de sua convicção quanto à necessidade de processar e levar à condenação aqueles homens, não transigiu com o direito deles de não serem mantidos encarcerados por tempo tão longo sem processo. Tornamo-nos amigos para minha honra.

Outro episódio, este não vivido por mim, mas contado pelo próprio Públio Caio, quando ele já estava em Manaus e, contrariando sua preferência pela curadoria da infância, desempenhava suas funções em promotoria criminal. Relatado pelo Delegado de Polícia, chegou às suas mãos um inquérito, cujo objeto era a prática de estelionato por uma senhora. Embora houvesse indícios a amparar as alegações

da vítima, outros elementos indicavam que esta última poderia ter apresentado os fatos de forma a transformar em crime o que não passava de desavença numa relação civil, em que um cheque poderia ter sido dado em garantia, não como pagamento à vista. Públio pensava no caso, tentando encontrar uma solução, quando um colega seu lhe perguntou por que ele estava absorto; ao ouvir a resposta, o colega disse que não via razão para aquela dúvida: que denunciasse e, se ao final da instrução, nenhuma prova fosse produzida, que então pedisse a absolvição. Públio então perguntou: “Se essa senhora fosse sua mãe, você também sugeriria a formulação de denúncia?” O colega não gostou, mas Públio acrescentou que, para uma pessoa honesta, ser acusada poderia bastar para destruir sua vida, de muito pouco ou quase nada valendo absolvição posterior. Preferiu requisitar várias diligências destinadas a esclarecer as verdadeiras circunstâncias do fato e, com base no resultado delas, promoveu o arquivamento do inquérito, pois se confirmou que não ocorrera crime.

Finalmente, narro um caso ocorrido em São Paulo, em 2000 ou 2001. Uma advogada que representara por breve período a ex-mulher de meu cliente fez lavrar termo circunstanciado, alegando ter sido vítima de ameaça proferida por ele. Designada audiência para tentativa de conciliação, esta não se mostrou possível, e então o Promotor de Justiça formulou proposta de transação penal. Informei a recusa de meu cliente, pois eu entendia que eram atípicos os fatos; embora afirmasse não vislumbrar tal hipótese, o Promotor aceitou ouvir meus argumentos. Após ouvir-me, Márcio Fernando Elias Rosa, que muitos anos depois viria a ser Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, alterou o seu entendimento anterior e promoveu o arquivamento do inquérito.

Esses são apenas alguns exemplos – e muitos outros poderiam ser trazidos – de que o membro do Ministério Público não apenas pode como deve utilizar com cautela e moderação o enorme poder de que é investido pela Constituição e pela legislação complementar e ordinária.

Fará muito bem ao processo penal e ao Estado Democrático de Direito se todos os integrantes do *Parquet* entenderem que sua função primordial é promover justiça, não acusar e buscar condenação a qualquer custo; é zelar pelo respeito à legalidade, não desrespeitar as garantias asseguradas a investigados e acusados; enfim, é buscar sempre a verdade possível, observadas as normas que regulam o devido processo penal. Sem deixar de ser parte, mas sendo a parte que não disputa; porque, afinal, a condenação ou a prisão de alguém, mesmo se merecidas, não hão de ser celebradas, pois indicam que o ordenamento jurídico foi ferido, e a paz social violada.

Referências

BRASIL. *Projeto de lei n. 5282, de 2019*. Altera o art. 156 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal) para estabelecer a obrigatoriedade de o Ministério Público buscar a verdade dos fatos também a favor do indiciado ou acusado. Brasília, DF: Senado Federal, [18, fev. 2021]. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139043>. Acesso em: 09. jul. 2021.

BRASIL. *Petição 9.760/DF*. Trata-se de notícia-crime encaminhada ao Supremo Tribunal Federal por Senadores da República com o fito de que a Suprema Corte “oficie à douta Procuradoria-Geral da República a fim de solicitar a instauração de inquérito com vistas à posterior persecução criminal. Brasília, DF: Ministério Público Federal, 29 jun. 2021. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/PET9760Covaxinfinal.pdf>. Acesso em: 09 jul. 2021.

BRASIL. 2010. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/1612551->

[resp-tribunal-do-juri-absolvicao-requerida-pelo-mp-em-plenario-nulidade-da-condenacao.pdf](#).

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre de Moraes da. O Ministério Público pode omitir prova desfavorável? Doping processual?. *Conjur*, 21 fev. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-21/limite-penal-ministerio-publico-omitir-prova-desfavoravel-doping-processual>. Acesso em: 09 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF-AgR 758/MG*. Trata-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) em face dos precedentes firmados pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) nos *habeas corpus* 575.495 e 596.603. Rel.: Min. Gilmar Mendes, 10 dez. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345219706&ext=.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2021.

Autor convidado

A ADVOCACIA SOB A LENTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

ATTORNEYS THROUGH THE LENS OF THE PUBLIC PROSECUTION

Jose Adonis Callou de Araujo Sá

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Subprocurador-Geral da República. Ex-Conselheiro do CNJ. Conselheiro do CSMPE.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7036641782805533>

ORCID: 0000-0003-0303-126X

joseadonis@uol.com.br

Resumo: Nos últimos anos, o papel da advocacia criminal mudou com as alterações no sistema de justiça criminal. Contudo, o destemor e a independência sempre foram e continuam sendo condições fundamentais ao exercício da atividade advocatícia criminal. Além disso, o dever ético de estimular a conciliação cresce de importância na medida em que há uma amplitude dos espaços negociais no processo penal.

Palavras-chave: Justiça Criminal – Advogado – Independência – Ética.

Abstract: In recent years, the role of criminal attorneys has changed with changes in the criminal justice system. However, fearlessness and independence have always been and continue to be fundamental conditions for the exercise of criminal law practice. In addition, the ethical duty to encourage conciliation grows in importance as there is, actually, a wide range of negotiating spaces in criminal proceedings.

Keywords: Criminal Justice - Attorney - Independence - Ethic.

Pensando sobre o tema deste artigo, recordei leituras feitas ainda na época do curso de Direito, na década de 80, sobre a atuação de grandes advogados criminalistas. Os casos mencionados em textos da época diziam respeito a processos da competência do Tribunal do Juri ou à defesa de presos políticos. Nesses dois campos, profissionais da advocacia tornaram-se referência, seja pela técnica de atuação, seja pelo destemor com que exerceram a defesa de presos políticos em tempos duros, de graves restrições às liberdades.

Desde a época desses relatos em livros, muitas mudanças ocorreram no sistema de justiça criminal e, por conseguinte, na advocacia criminal. As inovações legislativas, com a criação de novos tipos penais relacionados a condutas da atividade econômica, à proteção do meio ambiente, e ao incremento do enfrentamento à corrupção e ao crime organizado fizeram surgir novas áreas de atuação da advocacia criminal, correspondentes aos novos focos de atuação dos órgãos de persecução penal.

Pode-se dizer que nas últimas décadas houve extensão de áreas e mudança de foco na atuação dos atores do processo penal em razão das inovações legislativas. Em síntese, novos delitos, novos agentes, novos temas de debates. Além disso, com a criação de novos instrumentos de investigação de delitos pelo Ministério Público, polícias ou agências públicas de controle, vieram novos temas de debates processuais, muitas vezes desviados do foco principal, as condutas criminosas imputadas.

O Código de Ética e Disciplina da OAB, publicado no Diário de Justiça, Seção I, do dia 01.03.95, traz as referências necessárias para o bom exercício da advocacia em todas as áreas de atuação. Destaco, dentre os deveres éticos do advogado relacionados no artigo 2º, parágrafo único do referido código:

(...) II - atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé; (...) V - contribuir para o aprimoramento das instituições, do Direito e das leis; VI – estimular

a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios; (...) VIII – abster-se de: a) utilizar de influência indevida, em seu benefício ou do cliente; (...) c) vincular o seu nome a empreendimentos de cunho manifestamente duvidoso; (...) d) emprestar concurso aos que atentem contra a ética, a moral, a honestidade e a dignidade da pessoa humana.

Merecem destaque também, no Código de Ética da OAB, a vedação de exposição deliberadamente falsa dos fatos ou com má-fé (art. 6º), o dever de sigilo profissional (art. 25) e o direito e dever do advogado de assumir a defesa criminal, sem considerar sua própria opinião sobre a culpa do acusado (art. 21). A razão da referência ao Código de Ética e dos destaques desses pontos será compreendida no desenvolvimento do texto, com a análise de aspectos da advocacia criminal segundo a visão e experiência de um membro do Ministério Público Federal.

O destemor e a independência são condições fundamentais para o exercício da advocacia criminal, sobretudo considerada a responsabilidade com a defesa do cliente, que enfrenta as situações aflitivas da persecução penal, com a perspectiva de restrição de sua liberdade. A responsabilidade, como assinala **Diogo Malan** (2020), impõe ao advogado “canalizar seu cabedal de conhecimentos jurídicos, empenho pessoal e tempo para assegurar todos os meios éticos e legais indispensáveis à defesa intransigente e vigorosa da liberdade do cliente.”

Como função essencial à administração da justiça (CF art. 133) e tendo dever ético de atuar com decoro, lealdade, dignidade e boa-fé, o advogado criminal deve adotar atitude de respeito recíproco com relação aos demais atores do sistema. Contudo, o advogado jamais deverá ser um adulador de tribunais e de seus membros. A responsabilidade de sua função exige destemor e independência, inclusive para o exercício da crítica às decisões das instâncias judiciais pelas quais transitam os processos. Mas o que se vê, ordinariamente, é a crítica focada exclusivamente no trabalho

do Ministério Público, mesmo quando as teses acusatórias foram acolhidas em três instâncias do sistema judicial.

O dever de contribuir para o aprimoramento das instituições, do Direito e das leis exige coerência no discurso jurídico e honestidade na argumentação dos profissionais da advocacia criminal e nas posições de suas entidades de classe. É comum nos discursos de defesa a invocação de uma suposta cultura de punitivismo no Brasil, para a qual contribuiria a atuação do Ministério Público. Todavia, é necessário verificar se há realmente a cultura punitivista e se as afirmações de sua existência estão assentadas em leitura adequada de dados empíricos da criminalidade e da atuação dos órgãos do sistema de justiça.

Considerados os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil (CF artigos 1º, 3º e 5º), é difícil cogitar a proteção de direitos fundamentais sem controle social, inclusive por meio do Direito Penal. Não pode haver civilidade e proteção a direitos fundamentais sem Estado organizado para exercer com exclusividade a faculdade de aplicar sanções, inclusive de natureza penal, tomando-se em conta as condutas que realmente sejam perigosas a determinados bens jurídicos e mereçam a intervenção dessa natureza.

Para além do respeito às garantias fundamentais das pessoas sujeitas às investigações e aos processos criminais, as agências públicas têm o dever de proteção dos direitos das vítimas da criminalidade (RAMOS, 2018). A proteção do direito à segurança impõe atuação estatal de prevenção da criminalidade, de apuração dos fatos e de aplicação de sanções, quando for o caso. Não há dúvida quanto à realidade de que o sistema de justiça criminal alcança majoritariamente pessoas de estratos sociais desfavorecidos. Também é certo que são esses mesmos grupos sociais que mais sofrem com a criminalidade, submetidos em muitas circunstâncias à opressão exercida por organizações criminosas. Notícias de fatos recentes, registradas em unidades do Ministério Público Federal, dão conta de expulsão de famílias de suas habitações, adquiridas com financiamento público, pela ação violenta de organizações criminosas.

Essas premissas nos levam à conclusão de que a invocação de suposta cultura de punitivismo carece de base empírica ou, pelo menos, de melhor leitura dos dados existentes. Os dados de encarceramento no Brasil não refletem necessariamente uma cultura punitivista, como pretendem algumas análises. É preciso considerar os dados que refletem a criminalidade, as investigações que são feitas e aquelas que efetivamente dão causa aos processos criminais. Os baixos indicadores de elucidação de crimes graves como homicídio apontam elevada criminalidade e deficiente persecução. Em outros termos, há indicadores de elevada criminalidade e de baixa eficácia da persecução.

Ainda quanto à desejável coerência no discurso jurídico, merece ser lembrada a crítica ao expansionismo da intervenção penal, no mesmo passo que movimentos tidos como progressistas pleiteiam a criação de novos tipos penais relativamente a condutas discriminatórias ou para proteção de bens jurídicos postos em evidência. Nesse cenário, merece destaque a criminalização do desrespeito às prerrogativas

da advocacia, defendida e celebrada pela OAB e por advogados criminalistas (ALMEIDA, 2019).

Há outros temas a ensejar perceptível incoerência. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça têm corretamente afirmado a relevância do princípio acusatório no nosso sistema processual, que pressupõe separação das funções, de modo a reconhecer a nulidade da decretação de prisão preventiva e outras medidas cautelares de ofício pelo juiz, sem requerimento do Ministério Público ou representação da Polícia Judiciária. Todavia, poucas vozes da advocacia criminal foram ouvidas a respeito da ilegalidade de inquéritos instaurados de ofício no Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, presididos pelos magistrados, com medidas investigativas sem participação do Ministério Público.

Há de se apontar a mesma incoerência e silêncio em relação à utilização de prova ilícita consistente em arquivos digitais obtidos por criminosos com a invasão de contas de aplicativos de mensagens utilizados por agentes públicos. Apesar da farta jurisprudência do STF e do STJ a respeito da garantia constitucional de inadmissibilidade da prova ilícita, houve tentativas e até mesmo utilização indireta de supostas mensagens obtidas criminosamente, sem qualquer sussurro de crítica no mundo dos profissionais comumente defensores das garantias fundamentais.

Iniciamos o texto abordando as mudanças na atuação dos atores do processo penal, em razão das inovações legislativas que trouxeram novos tipos penais relacionados a condutas da atividade econômica, além de novos instrumentos de apuração e enfrentamento de corrupção e ao crime organizado. Essas mudanças ensejaram as imputações penais contra agentes de outras esferas sociais diversas da clientela tradicional do sistema de justiça. E aqui é inevitável a menção sobre o ranço ideológico há muito detectado por outros estudiosos do tema, como nos lembra **Artur de Brito Gueiros Souza** (2011). Disso resulta a percepção de que as condutas desses agentes não mereceriam reprovação penal e daí a criação de teses que os afastem do sistema punitivo.

O dever ético de estimular a conciliação cresce de importância na advocacia criminal na medida em que se amplia o espaço de justiça consensual, iniciado com a transação penal e suspensão condicional do processo, alargado pelo acordo de colaboração premiada e mais recentemente pela previsão do acordo de não persecução penal – ANPP, com as modificações no Código de Processo Penal. O acordo de não persecução penal realiza a busca de novo modelo de justiça penal, de natureza consensual, com soluções alternativas formuladas pela vontade dos sujeitos processuais. É preciso abertura da advocacia para esse filtro na persecução penal de pequena ou média gravidade.

Essas breves anotações que aqui fazemos resultam da observação em quase trinta anos de atuação como membro do Ministério Público Federal, em todas as instâncias. Não temos a pretensão de dizer o que seria um bom advogado criminal. Mas posso dizer que seria desejável que o profissional advogado criminal estivesse atento aos aspectos referidos.

Referências

ALMEIDA, Pablo Antônio Cordeiro de. O encarceramento em massa decorre de onda punitivista no Brasil? O que dizem os dados do "Sistema Justiça". *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 5, n. 5, p. 1375-1414, 2019.

MALAN, Diogo. Advocacia criminal e suas responsabilidades. *Conjur*, 22 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-22/advocacia-criminal-responsabilidades>. Acesso em: 07 jul. 2021.

RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. Garantismo versus Punitivismo: o

Equívoco da Contrariedade. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 67, p. 199-223, jan./mar. 2018.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da criminologia à política criminal: Direito Penal econômico e o novo Direito Penal. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (org.). *Inovações no Direito Penal Econômico: Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. ESMU: Brasília, 2011. p. 105-146.

Autor convidado

CRÍTICA À SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DO ART. 3º-A DO CPP

CRITICISM TO SUSPENSION OF EFFECTIVENESS OF THE ART. 3º-A OF CPP

Bruno Augusto Vigo Milanez

Doutor e Mestre em Direito pela UFPR. Especialista em Direito Penal e Criminologia – ICPC/UFPR. Professor e Advogado.

ORCID: 0000-0002-9249-5148

bruno@mfadvocacia.adv.br

Resumo: O artigo busca demonstrar que a decisão liminar do Min. Luiz Fux, nas ADI's 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, não contém nenhum fundamento explícito que permita a suspensão da eficácia do art. 3º-A do CPP. Além de violar o princípio constitucional da motivação das decisões, insere-se a decisão naquilo que se poderia denominar de movimento de contrarreforma, em que medidas salutares em prol do modelo processual penal acusatório são simplesmente anuladas, mantendo-se a mentalidade e as práticas inquisitoriais no processo penal brasileiro.

Palavras-chave: Pacote anticrime - Sistema acusatório - Contrarreforma.

Abstract: The article intend to demonstrate that the injunction of Justice Luiz Fux, at the ADI's 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, does not contain explicit fundamentals that would allow the suspension of the effectiveness of art. 3º-A, CPP. Besides violating the constitutional principle of motivation, the injunction is inserted in what could be called counter-reform movement, in which beneficial providences in favor of the adversary system are simply set aside, maintaining the inquisitorial mentality and practices in the Brazilian criminal procedure.

Keywords: Anti-crimepackage - Adversarial system - Counter-reform.

I. INTRODUÇÃO

Há muito se diz que o melhor termômetro para medir o grau de civilidade de um povo é a forma pela qual são salvaguardados direitos e garantias individuais no processo penal.¹ Esse argumento é suficiente para que se busque um modelo processual acusatório, consentâneo com a CR/88 e seus ideais democráticos.

Em que pesem os incontáveis desacertos da Lei 13.964/19, algumas das medidas aprovadas democratizam o processo penal, mesmo que inseridas no âmbito de reformas parciais, de todo criticáveis.²

Entre os aspectos positivos do "pacote anticrime" está o art. 3º-A do CPP, segundo o qual "o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação."

A regra não é desconhecida. O art. 4º, do PLS 156/09, possui redação similar. Em sua Exposição de Motivos, compreende-se a importância do dispositivo:

(...) a explicitação do princípio acusatório não seria suficiente sem o esclarecimento de seus contornos mínimos (...). A vedação de atividade instrutória do juiz na fase de investigação não tem e nem poderia ter o propósito de suposta redução de suas funções jurisdicionais. (...) A decisão judicial, qualquer que seja o seu objeto, sempre terá uma dimensão transindividual, a se fazer sentir e repercutir além das fronteiras dos litigantes. Daí a importância de se preservar ao máximo o distanciamento do julgador, ao menos em relação à formação dos elementos que venham a configurar a pretensão de qualquer das partes. (...) A formação do juízo acusatório, a busca de elementos de convicção, o esclarecimento e a investigação, enfim, da materialidade e da autoria do crime a ser objeto da persecução penal, nada tem que ver com a atividade típica da função jurisdicional.

Essa passagem permite algumas ponderações.

Em **primeiro lugar**, é necessário conferir um conteúdo material ao princípio acusatório. Nada adianta afirmar a lógica acusatória sem que se definam os seus contornos concretos. Afinal, a história demonstra que práticas autoritárias podem ser legitimadas em nome da democracia, inclusive aquela processual penal.

Em **segundo lugar**, a opção pelo sistema acusatório implica afastar o juiz da iniciativa probatória, incumbindo a gestão da prova exclusivamente à acusação e defesa. Se o processo penal deve servir como mecanismo de reconstrução dos fatos pretéritos, para a formação do convencimento judicial, é evidente que o destinatário do conhecimento produzido no processo é o juiz e os protagonistas da sua produção são as partes. Atribuir ao juiz a gestão da prova implica em indevida sobreposição de funções.³

Em **terceiro lugar**, o modelo acusatório maximiza a imparcialidade, fortalecendo a equidistância do juiz em relação às partes.⁴

Em **quarto lugar**, com o art. 3º-A, do CPP, ainda que mantida a estrutura do CPP/41, abriu-se a possibilidade de filtragem de regras antitéticas ao modelo acusatório, como os arts. 156 e 385 do CPP, que legitimam, respectivamente, a iniciativa probatória de ofício do juiz na investigação preliminar e na fase processual, bem como a possibilidade de condenação, ainda que o órgão do MP postule a absolvição do acusado.

II. O MOVIMENTO DE CONTRARREFORMA

Há uma inequívoca dimensão política no processo penal, que avulta quando em jogo leis novas que versam liberdades públicas do cidadão investigado/acusado. No contexto, a experiência da América Latina comprova que, após movimentos de reforma

das codificações processuais penais, no caminho de modelos acusatórios, surgem movimentos contrarreformistas, tencionando as garantias conquistadas em prol da manutenção de práticas inquisitoriais.⁵

No Brasil, a situação não é diversa. Com efeito, ainda que nunca se tenha experimentado uma reforma integral do CPP, mesmo as reformas parciais com tendências democráticas são alvo de fortes objeções. Tão logo aprovada e publicada a Lei 13.964/19, foram ajuizadas quatro ADI's em face de alguns de seus dispositivos, com foco especial na figura do juiz de garantias. Em todas as ações se questionou, em maior ou menor extensão, o art. 3º-A do CPP:

(a) na ADI 6.298 (AMB e AJUFE), afirmou-se que o dispositivo versa matéria procedimental, havendo alteração da organização e divisão judiciárias, em violação aos arts. 24, XI e 96, I, d, e II, b e d, da CR/88. Os demais argumentos à inconstitucionalidade seguem a mesma estratégia, vinculando o suposto vício do dispositivo à figura do juiz de garantias (v.g. violação do juiz natural, isonomia, regime fiscal e orçamentário etc);

(b) na ADI 6.299 (PODEMOS e CIDADANIA), sustentou-se que "o dispositivo apresenta redação obtusa, que pode ser vista no sentido de comprometer o poder de instrução complementar do juízo";

(c) na ADI 6.300 (PSL), não se difere, em substância, dos argumentos da ADI 6.298, sobre questões orçamentárias e a criação de novo órgão jurisdicional. Ainda, maneja-se o curioso argumento de inconstitucionalidade ante o "risco de impunidade", por se tratar de "lei que está na contramão dos anseios da sociedade";

(d) na ADI 6.305 (CONAMP), tem-se o único argumento que questiona o conteúdo do art. 3º-A do CPP. Afirma-se que ao vedar "a substituição da atuação probatória do órgão de acusação" pelo juiz, viola-se a isonomia, pois "o sistema acusatório se preocupa com o julgamento imparcial, que não deve ser visto somente no sentido de se impedir o desempenho de função acusatória, mas também o da função defensiva."

III. CONTRAPONTO AOS ARGUMENTOS CONTRAREFORMISTAS

Muitos dos fundamentos das ADI's questionam, em realidade, a figura do juiz de garantias. Sem intenção de argumentar em favor deste instituto – esse não é o foco do texto –, convém dizer, desde logo, que o art. 3º-A do CPP não se relaciona diretamente com ele.

A rigor, com o juiz de garantias se buscou uma repartição funcional de competência por fases da persecução penal, com um magistrado exercendo o controle de legalidade da investigação preliminar e outro presidindo o processo de conhecimento. Com essa providência, maximiza-se a imparcialidade, preservando-se a originalidade cognitiva do juiz do processo de conhecimento, não mais contaminado pelos atos investigativos.

Por outro lado, o art. 3º-A do CPP tem finalidade diversa, qual seja, evitar a iniciativa probatória do juiz na fase de investigação preliminar e obstar que o magistrado atue, na fase processual, em substituição ao órgão de acusação. Estes objetivos podem ser harmonizados em sistemas processuais que contemplem ou não a figura do juiz de garantias, pois a regra não possui relação direta com a repartição de competências e o impedimento para que o magistrado da fase investigativa atue no mesmo processo de conhecimento.

O que o art. 3º-A do CPP faz, em realidade, é apenas explicitar a CR/88, afirmando que juiz não investiga – quem o faz é a autoridade policial (art. 144, § 1º, I e § 4º) e o MP (art. 129, VIII) – e não exerce função de acusador, atividade esta que, nas ações penais de iniciativa pública, é desempenhada pelo MP (art. 129, I).

A rigor, mesmo que o art. 3º-A do CPP tenha sido equivocadamente incluído no Capítulo do "Juiz das Garantias", sua eficácia independe da repartição de competências. Assim, todos os argumentos deduzidos nas ADI's em prol da inconstitucionalidade do juiz de garantias – sem descuidar das graves deficiências dogmáticas que ostentam – não se prestam à impugnação do art. 3º-A do CPP.

Ademais, o dispositivo não cria novo órgão jurisdicional, não estabelece novo procedimento, não implica aumento de gastos com a máquina judicial e não viola o princípio do juiz natural, mas apenas explicita o núcleo estrutural do sistema processual penal acusatório.

Com essas considerações, remanesceriam nas ADI's apenas dois fundamentos específicos de contraponto ao art. 3º-A do CPP, no sentido de que o preceito: (a) reduz o poder de instrução complementar do magistrado e; (b) na parte final, viola a isonomia e a imparcialidade, ao prever que o magistrado não pode se substituir nas funções de acusador, mas, em sentido contrário, poderia fazê-lo nas funções de defesa.

No que diz com o primeiro argumento, a lógica ínsita ao modelo acusatório impõe que o juiz não possua qualquer poder de instrução *ex officio*, nem mesmo de caráter complementar ou subsidiário, por uma razão primária: se o juiz corrigir defeitos investigativos, ordenando a produção de provas de ofício, atuará em substituição aos órgãos de investigação.

Sobre o segundo argumento, a lógica acusatória impõe que o magistrado não atue em auxílio da acusação e/ou da defesa. Assim, o argumento da ADI 6.305 parece correto – e havia sido defendido por **Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**, quando da elaboração do art. 4º, do PLS 156/09 –, porém não permite a suspensão cautelar do dispositivo, mas interpretação conforme, reconhecendo-se, onde consta a expressão "órgão de acusação", que o juiz não deve atuar em substituição nas funções probatórias das "partes".⁶

De todo modo, e como se vê, nenhum dos argumentos das ADI's seria suficiente para suspender a higidez do art. 3º-A do CPP.

A LÓGICA ACUSATÓRIA IMPÕE QUE O MAGISTRADO NÃO ATUE EM AUXÍLIO DA ACUSAÇÃO E/OU DA DEFESA. ASSIM, O ARGUMENTO DA ADI 6.305 PARECE CORRETO

IV. A DECISÃO LIMINAR DO MIN. LUIZ FUX: POR QUE O ART. 3º-A DO CPP ESTÁ COM A EFICÁCIA SUSPensa?

Duas decisões liminares foram proferidas nas ADI's. Nenhuma delas abordou, especificamente, o art. 3º-A, do CPP e, mesmo assim, a regra está com a eficácia suspensa.

Na primeira decisão liminar, o Min. Dias Toffoli reconheceu a constitucionalidade da regra, afirmando que a adoção de "um sistema acusatório, no qual é central a salvaguarda dos direitos fundamentais do acusado" decorre da "conformação constitucional de nosso sistema de persecução penal".

Alguns dias após, o Min. Luiz Fux revogou esta decisão e, dentre outras medidas, suspendeu, por prazo indeterminado, a eficácia do art. 3º-A do CPP. No ponto, a decisão posterior contém grave defeito, por não conter absolutamente nenhum fundamento específico que possibilite esta medida.

No plano da inconstitucionalidade formal, afirma-se equivocadamente que o art. 3º-A do CPP é "norma correlata" ao juiz de garantias, ostentando natureza híbrida, "sendo simultaneamente norma geral processual e norma de organização judiciária", violando os arts. 24 e 96, da CR/88. Adiante, reforça-se que "os artigos 3º-A a 3º-F consistem preponderantemente em normas de organização judiciária" e que "a implantação dos artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal requer, em níveis poucas vezes visto (sic) na história judiciária recente, a reestruturação das unidades judiciárias e a redistribuição de recursos materiais e humanos".

No plano material, análise da liminar revela inexistir qualquer vício no dispositivo, na medida em que apresenta apenas argumentos a esgrimir a constitucionalidade dos arts. 3º-B a 3º-F do CPP:

a inconstitucionalidade material dos dispositivos 3º-B a 3º-F do Código de Processo Penal exsurge especialmente a partir de dois grupos de argumentos: a ausência de dotação orçamentária e estudos de impacto prévios para a implementação da medida e o impacto da medida na eficiência dos mecanismos brasileiros de combate à criminalidade.

Como se vê, a decisão liminar do Min. Luiz Fux, propositadamente, analisa conjuntamente os dispositivos sobre o juiz de garantias e o art. 3º-A do CPP para não ter de apresentar nenhum argumento à suspensão desta regra e, mesmo assim, fazê-lo.

Não se está, por óbvio, a defender os argumentos em prol da suspensão das regras sobre o juiz de garantias. Nesse aspecto, adere-se à posição do Min. Dias Toffoli, que reconheceu, *prima facie*, a constitucionalidade dos arts. 3º-B a 3º-F do CPP. O ponto todo é que, no caso do art. 3º-A do CPP, não se sabe – pois não há motivo explícito na decisão – a razão de estar o dispositivo sem eficácia.

Com efeito, é necessário repisar que a vedação ao magistrado (i) da iniciativa instrutória e (ii) de atuar em substituição nas funções do órgão de acusação, é absolutamente compatível com modelos processuais que não adotam o juiz de garantias. Em outros termos, permitir ou vedar que o juiz se substitua nas funções de investigador ou de acusador é matéria que não guarda relação necessária com o juiz de garantias.

É por esse motivo que a previsão expressa de que o processo penal brasileiro deve adotar estrutura acusatória não afeta em nada a organização judiciária, não havendo qualquer necessidade de reestruturação ou reorganização das atividades judicantes, muito menos gasto extra de recursos ou afetação orçamentária de qualquer natureza.

No mais, qualquer reflexo nos índices de impunidade pela atribuição de eficácia ao art. 3-A do CPP, revelaria apenas duas graves deficiências: uma na investigação preliminar (atribuível às polícias e ao MP) e outra na instrução processual (atribuível ao órgão de acusação). E permitir que as coisas sigam como estão, conferindo-se ao magistrado poderes próprios de investigação e instrução processual, contribui apenas para que o juiz criminal possa atuar como auxiliar das polícias e do órgão de acusação, realizando função que, constitucionalmente, não é sua.

Em resumo, negando-se eficácia ao art. 3-A do CPP, ganha o movimento contrarreformista e o *status quo* inquisitorial. Os fundamentos jurídicos da "vitória" seguem, porém, desconhecidos.

Notas

- ¹ (PISAPIA, 1985, p. 26); (COUTINHO, 2008, p. 12); (BETTIOL, 1974, p. 195); (GOLDSCHIMDT, James, 2002, p. 71).
- ² Além do texto de Jacinto Coutinho, referido anteriormente, cf.: Choukr, 2000, p. 101-115.
- ³ (COUTINHO, 2009, p. 103-115).
- ⁴ (LOPES JUNIOR, 2016, p. 57-61).
- ⁵ Sobre o tema, cf.: Binder, 2018, p. 11-31.

- ⁶ Essa possibilidade interpretativa encontra guarida na jurisprudência do STF: "Em particulares hipóteses, a fim de compatibilizar normas jurídicas infraconstitucionais de natureza penal aos comandos da Lei Maior, bem como ao próprio sistema em que se inserem, exsurge verdadeira imposição ao julgador no sentido de reconhecer que a lei disse menos do que pretendia (*lex minus scripsit, plus voluit*), a exigir seja emprestada interpretação ampliativa ao texto legal, respeitada a teleologia do texto interpretado." (BRASIL, 2018).

Referências

- BETTIOL, Giuseppe. *Instituições de direito e processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.
- BINDER, Alberto. El cambio de la justicia penal hacia el sistema adversarial. Significado e dificultades. In: CAMPOS, Santiago Pereira; POSTIGO, Leonel González; RÚA, Gonçalo (Coords.). *Código del Proceso Penal: reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay*. Montevideo: CEJA – JSCA, 2018, p. 11-31.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *HC 137.888*. Relator: Min. Rosa Weber, 21 fev. 2018. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20180220_031.pdf. Acesso em: 27 jun. 2021.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. As reformas pontuais do Código de Processo Penal. In: CHOUKR, Fauzi Hassan. (Coord.). *Estudos do processo penal: o mundo à revelia*. Campinas: Agá Juris, 2000, p. 101-115.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. *Boletim do IBCCRIM*, n. 188, p. 11-13, jul. 2008.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009.
- GOLDSCHIMDT, James. *Princípios gerais do processo penal*. Belo Horizonte: Líder, 2002.
- LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- PISAPIA, Gian Domenico. *Compendio di procedura penale*. 4.ed. Padova: Cedam, 1985.

Recebido em: 30.03.2020 - Aprovado em: 05.02.2021 - Versão final: 07.07.2021

UMA NOVA INTENDA DA PRISÃO “EX LEGE”: A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 310, §2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

*A NEW PROPOSITION OF THE “EX LEGE” DETENTION:
UNCONSTITUTIONALITY OF ARTICLE 310, §2º, OF CRIMINAL PROCEDURE CODE*

Raul Abramo Ariano

Pós-graduando em Direito Penal Econômico pela FGV. Pós-graduado em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra. Bacharel em Direito pela USP. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8147783121386609>

ORCID: 0000-0002-7733-2869

raul.a.ariano@gmail.com

Resumo: O artigo aborda a inconstitucionalidade da vedação legal de liberdade provisória para reincidentes, inserida ao ordenamento brasileiro pela Lei Federal 13.964/19. Para tanto, discorre-se sobre os diversos aspectos atinentes ao tema, dentre os quais, a análise jurisprudencial dos julgados do Supremo Tribunal Federal afeto às vedações de liberdade.

Palavras-chave: Liberdade provisória – Inconstitucionalidade – Lei Federal 13.964/2019.

Abstract: The article deal the unconstitutionality of the legal prohibition of provisional freedom for repeat offenders, inserted into the brazilian system by Federal Law 13.964/ 19. To this end, it discusses the various aspects related to the theme, among which, the jurisprudential analysis of the Supreme Federal Court’s judgments related to the prohibitions of freedom.

Keywords: Provisional freedom – Unconstitutionality – Federal Law 13.964/19.

A entrada em vigor da Lei Federal 13.964/2019 trouxe relevante inovação quanto à inviabilidade legal da concessão de liberdade provisória para agentes reincidentes. *In verbis*: “se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares”. Observa-se que a alteração processual emprega o comando legal “deverá”, retirando do ordenamento jurídico a possibilidade do magistrado atuar de forma diversa do que ao encarceramento cautelar na hipótese do reincidente preso em flagrante.

No entanto, tal dispositivo não apenas não encontra guarda constitucional como, inclusive, trata de tema cujo Supremo Tribunal Federal já se debruçou em diversas oportunidades: a imposição normativa de prisão cautelar *in abstractu*.

Assim, de partida, impossível ignorar que toda a sistemática penal pátria é lastreada sobre a excepcionalidade da prisão cautelar. Ora, o *codex* processual é muito claro ao estipular que a liberdade é a regra processual (art. 312, §2º e art. 282, §6º, ambos do CPP). Certo é, ainda, que tais normas existem para dar densidade às regras

constitucionais de nosso Estado Democrático de Direito: presunção de inocência (art. 5º, LXVI, da CF), fundamentação para todo e qualquer tipo de prisão (art. 5º, LXI, CF) e o devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF).

Não obstante, a inovação legislativa ora tratada impõe a custódia cautelar obrigatória e automática para todo e qualquer imputado reincidente que seja preso em flagrante, ao lhe vedar a possibilidade de gozar de liberdade provisória.

O entendimento é uma violenta afronta ao texto constitucional e, mais precisamente, ao princípio da não-culpabilidade (art. 5º, LXVI, da CF), já que positiva um requisito abstrato, dispensando correlação com o caso concreto – o fato em apuração e os demais acontecimentos que demonstrem a necessidade da segregação cautelar. Assim, por força de um evento absolutamente externo e desconectado com aquele que deu fruto à prisão em flagrante (fato da condenação anterior que acarretou a condição de reincidência), prescinde-se da análise dos requisitos legais dos artigos 312 e 313, do CPP.

Não se pode desconhecer que toda a sistemática normativa pátria, bem como as inúmeras oportunidades em que as Cortes Superiores enfrentaram a questão (que serão melhores abordadas adiante), caminham no pacífico sentido de que é absolutamente inconstitucional a prisão cautelar automática – como nos moldes do que impõe o art. 310, §2º, CPP.

Nem se faz necessária grande abstração. A lição do Supremo Tribunal Federal não poderia ser mais clara:

a falta da demonstração em concreto do *periculum libertatis* do acusado, nem a gravidade abstrata do crime imputado, ainda que qualificado de hediondo, nem a reprovabilidade do fato, nem o conseqüente clamor público constituem motivos idôneos à prisão preventiva: traduzem, sim, mal disfarçada nostalgia da extinta prisão preventiva obrigatória.¹

Os referidos “motivos idôneos à prisão preventiva” são o que a doutrina também traduz como “motivo concreto” para que, casuisticamente, seja permitido ao julgador negar um pedido de liberdade provisória:

a pena-padrão é uma desgraça ao princípio constitucional da individualização da pena; a prisão-padrão, uma lástima ao princípio constitucional da presunção de inocência. Inexiste qualquer fundamento constitucional mínimo para a proibição, sem motivo concreto, da liberdade provisória. Proibi-la é o mesmo que consagrar, às inversas, a prisão preventiva obrigatória.²

Nesse sentido, como bem apontado pela Ministra **Maria Thereza Rocha de Assis Moura**, além da presunção de inocência, a vedação à prisão cautelar obrigatória é inclusive amparada pela regra constitucional (art. 5º, LXI, CF) e legal (315, caput e incisos, CPP) da necessária fundamentação para todo e qualquer tipo de prisão:

“Constituição da República não distinguiu, ao estabelecer que ninguém poderá ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, entre crimes graves ou não, tampouco estabeleceu graus em tal presunção. A necessidade de fundamentação decorre do fato de que, em se tratando de restringir uma garantia constitucional, é preciso que se conheça dos motivos que a justificam. É nesse contexto que se afirma que a prisão cautelar não pode existir *ex legis*, mas deve resultar de ato motivado do juiz.”³

Pois bem. No ponto, sempre importa rememorar que o princípio de não culpabilidade não é mero mecanismo para conclamar a aplicação da regra *in dubio pro reo*. Conforme bem destacado por **Gustavo Badaró**, consubstancia-se em verdadeira regra de tratamento que deve jogar luz sobre todo o processo:

a presunção de inocência funciona como regra de tratamento do acusado ao longo do processo, não permitindo que ele seja equiparado ao culpado. É manifestação clara deste último sentido da presunção de inocência a vedação de prisões processuais automáticas ou obrigatórias.⁴

Por conseqüência, o dispositivo do art. 310, §2º, do CPP, acaba por inverter a regra constitucional, na medida em que diretamente estabelece uma presunção de necessidade da prisão, subtraindo a intermediação valorativa do juiz aplicador do texto legal.

Em verdade, parece que a má técnica legislativa do normativo ignora por completo que, após a reforma processual do ano de 2008 (Leis 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008), consagrou-se a prisão preventiva como único padrão determinante da prisão cautelar, afastando-se qualquer análise específica acerca de antecedentes (bons ou maus) e primariedade e reincidência.

E assim, como já adiantado, o argumento da inconstitucionalidade do art. 310, §2º, CPP, não emprega qualquer inovação de tese processual, mas tão somente acompanha o reiterado posicionamento das Cortes Superiores da proibição da vedação em abstrato à concessão de liberdade provisória. Para provar o ponto, a seguir são elencados casos análogos (senão idênticos) ao aqui tratado, de paradigmáticas discussões.

1. Quiçá o caso mais emblemático acerca da prisão cautelar legalmente fixada em abstrato é aquele tratado na antiga redação do dispositivo do art. 2º, II, da Lei 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos): “Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: (...) II - fiança e liberdade provisória”.

Na oportunidade, ao verificar que o texto legal não encontrava guarida na Carta Magna, o Supremo Tribunal Federal entendeu por bem editar a Súmula 679 (“a proibição de liberdade provisória nos processos por crimes hediondos não veda o relaxamento da prisão processual por excesso de prazo”) e mitigar a incidência da vedação de liberdade provisória nos casos de crime hediondo.

A despeito do sumulado tratar especificamente dos casos em que há excesso de prazo, é cristalina a tônica dada nos votos acerca da necessária apreciação casuística dos requisitos legais dos arts. 312 e 313 do CPP, independente de existir ou não lei federal que vede em abstrato a hipótese da liberdade:

A prerrogativa jurídica da liberdade – que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) – não pode ser ofendida por atos arbitrários do Poder Público, mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, eis que, até que sobrevenha sentença condenatória irrecorrível (CF, art. 5º, LVII), não se revela possível presumir a culpabilidade do réu, qualquer que seja a natureza da infração penal que lhe tenha sido imputada. (...)

A privação cautelar da liberdade – que constitui providência qualificada pela nota da excepcionalidade – somente se justifica em hipóteses estritas, não podendo efetivar-se, legitimamente, quando ausente qualquer dos fundamentos legais necessários à sua decretação pelo Poder Judiciário.⁵

A regra que exclui a fiança e a liberdade provisória - inciso II do artigo 2º da Lei 8.072/90 - pressupõe a prisão em flagrante.

Descabe empolgá-la para decretar a preventiva, sempre a exigir a observância dos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal. A interpretação sistemática da Lei nº 8.072/90 é conducente a concluir-se pela possibilidade de o réu responder ao processo em liberdade, sendo suficiente, para assim entender-se, considerar que, mesmo condenado, poderá recorrer em liberdade - § 2º do artigo 2º.⁶

Ou seja, a lição é de translúcida nitidez: a vedação de liberdade provisória não pode restringir o alcance do art. 5º, LXV, da Carta da República, que garante o relaxamento da prisão eivada de ilegalidade. Há aqui indubitável colisão da Constituição Federal com a legislação processual em comento que, ao vedar o reestabelecimento do *status libertatis* para agente reincidente, retira a possibilidade de o magistrado entender por presumivelmente inocente o imputado.

Veja-se que tal entendimento que predominou na Corte Máxima acima tratado se consolidou com raízes tão profundas que, por força de atividade legislativa, o mencionado empecilho legal à liberdade provisória foi suprimido com o advento da redação dada pela Lei 11.464/2007.

2. Relembre-se o também paradigmático julgamento do Tema 959, tese de Repercussão Geral, discutida na oportunidade do julgamento do RE 1.038.925/RG, de relatoria do Ministro Relator **Gilmar Mendes**, em que em foi discutida a (in)constitucionalidade da expressão “e liberdade provisória”, constante do *caput* do artigo 44, da Lei 11.343/2006⁷ (Lei que institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD), de seguinte teor: “os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e §1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.”

Em julgamento que apoiou o referido entendimento dado à resolução do Recurso Extraordinário acima mencionado e, conseqüentemente, à fixação do Tema 959, foram invocados os argumentos de vigência da (i) presunção de inocência e devido processo legal e da (ii) subtração da análise casuística do julgador acerca da pertinência da prisão:

essa vedação apriorística de concessão de liberdade provisória (Lei n. 11.343/2006, art. 44) é incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência, do devido processo legal, entre outros. É que a Lei de Drogas, ao afastar a concessão da liberdade provisória de forma apriorística e genérica, retira do juiz competente a oportunidade de, no caso concreto, analisar os pressupostos

da necessidade do cárcere cautelar, em inequívoca antecipação de pena, indo de encontro a diversos dispositivos constitucionais. (...) Assume, assim, a liberdade provisória, caráter de uma medida cautelar prevista no texto constitucional, cuja conformação substancial é deferida ao legislador.

Tal como decorre da sistemática constitucional, esse poder conformador há de ser exercido tendo em vista os princípios constitucionais que balizam os direitos fundamentais e o próprio direito de liberdade.”^{8,9}

*HÁ AQUI INDUBITÁVEL
COLISÃO DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL COM A LEGISLAÇÃO
PROCESSUAL EM COMENTO
QUE, AO VEDAR O
REESTABELECIMENTO DO
STATUS LIBERTATIS PARA
AGENTE REINCIDENTE,
RETIRA A POSSIBILIDADE DE
O MAGISTRADO ENTENDER
POR PRESUMIVELMENTE
INOCENTE O IMPUTADO.*

O caso, em verdade, cai como uma luva à mão para a presente avaliação, já que trata de lei federal que (i) instituiu empecilho *in abstractu* à liberdade provisória e, assim, (ii) colide com o texto constitucional. Nesse diapasão, por amor à uniformidade da sistemática constitucional-processual pátria, tem-se, em mesma medida, ser impossível uma conclusão diversa à inconstitucionalidade do art. 310, §2º, CPP.

3. É de se recordar, ainda, o histórico julgamento que, uma vez mais, trouxe seriedade aos dispositivos constitucionais da presunção de inocência (art. 5º, LXVI), da necessária fundamentação para todo e qualquer

tipo de prisão (art. 5º, inciso LXI) e do devido processo legal (art. 5º, LIV).

O Supremo Tribunal Federal, ao enfrentar a averiguação de compatibilidade constitucional do, então vigente, art. 21 da Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento – “Art. 21. Os crimes previstos nos arts. 16, 17 e 18 são insuscetíveis de liberdade provisória.”), chegou à idêntica conclusão daquela acima destacada. Ou seja: de que não encontra guarda na Carta Magna uma hipótese de prisão cautelar automática e obrigatória.

No julgamento da ADI 3.112/DF, a vedação da liberdade provisória para os agentes imputados da prática de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito foi declarada inconstitucional por ferir os já exaustivamente tratados princípios constitucionais (i) da necessária fundamentação para todo e qualquer tipo de prisão (art. 5º, inciso LXI); e (ii) da presunção de inocência (art. 5º, LXVI):

Insusceptibilidade de liberdade provisória quanto aos delitos elencados nos arts. 16, 17 e 18. Inconstitucionalidade reconhecida, visto que o texto magno não autoriza a prisão *ex lege*, em face dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente.¹⁰

É nesse contexto que cumpre ressaltar que, se a inafiançabilidade – característica dotada apenas aos crimes de altíssima reprovabilidade social – não impede a concessão de liberdade provisória (daí admitir-se a concessão de liberdade provisória nos crimes de racismo, tortura e os definidos no Estatuto do Desarmamento), torna-se homérica (para não dizer “impossível”) a tarefa argumentativa de dotar de razoabilidade impedir tal liberdade em crimes que não recebem da Constituição Federal a distinção de tratamento de inafiançáveis.

4. Por derradeiro, importa mencionar que a lógica aqui tratada encontra ainda desamparo quando confrontada com a recente (e ao mesmo tempo antiga) posição da Corte Suprema acerca da incompatibilidade da execução provisória da sentença penal de condenação com o disposto no art. 5º, LIV e LVII, CF (ADCs 43, 44 e 54).

Pelas lúcidas lições do voto do Ministro Relator **Celso de Mello**, o estado de inocência, por imposição legal, é a regra, devendo ser tratado como tal:

(1) a presunção de inocência qualifica-se como direito público subjetivo, de caráter fundamental, expressamente contemplado na Constituição da República (art. 5º, inciso LVII);

(2) o estado de inocência, que sempre se presume, cessa com a superveniência do efetivo e real trânsito em julgado da condenação criminal, não se admitindo, por incompatível com a cláusula constitucional que o prevê, a antecipação ficta do momento formativo da coisa julgada penal.¹¹

Há aqui mais um demonstrativo de que o Supremo Tribunal Federal dá voz à Constituição ao tratar o encarceramento de um cidadão como ato de mais alta seriedade e, para tanto, deve ser a última medida da *ultima ratio* jurídica.

Esse teratológico cenário imposto pela obrigatoriedade do encarceramento cautelar do reincidente não pode perdurar.

Certo é que tal movimento legislativo não é desamparado de contexto. Há muito a doutrina alerta que estamos diante de verdadeira transição de modelos processuais que, cada vez mais, empreendem ruptura com o modelo acusatório. **Gustavo Badaró**, ao tecer comentários acerca da natureza jurídica da colaboração premiada, nos fornece preciso panorama de que o avanço do emprego da chamada “justiça consensual”, mais do que mera incidência de novos mecanismos legais, em verdade opera uma profunda quebra de diretrizes epistemológicas do processo penal:

é voltar a sistema punitivo em que a centralidade não está na busca dialética de provas como mecanismo de suporte da versão a ser adotada como a preferível na reconstrução histórica dos fatos, mas em uma imposição solipsística de uma ‘verdade’ escolhida. Trata-se de um modelo de punição rápida, que ignora a verdade, substituída por uma mera crença autorreferenciada na ‘evidência dos fatos’.¹²

Assim, no campo penal, cada vez mais a análise casuística e artesanal perde espaço para mecanismos automáticos de invocação das respostas punitivistas agressivas, inclusive com o atropelo de garantias constitucionais como efeito colateral dessa afoita marcha.

É exatamente nesse cenário de recrudescimento da atividade processual penal que o ataque direto à liberdade como regra dá contornos mais nítidos ao movimento de distanciamento de um processo penal plenamente acusatório e, paradoxalmente às inovações da justiça consensual, retrocede ao que o jurista supra referido chama de um “velho-novo modelo” de se fazer justiça criminal.

Notas

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 126.163/PE*. Prisão cautelar que se prolonga por mais de 06 (seis) anos. Réu pronunciado, mas sequer submetido a julgamento perante o tribunal do júri. (...). Relator: Min. Celso de Mello, 16 de dezembro de 2016. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20170131_017.pdf. Acesso em: 20 fev. 2021.

² NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais processuais penais*. São Paulo: Editora Forense, 2015, p. 339.

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 76.779*. Voto-vista ministra maria thereza de assis moura: Pedi vista dos autos para melhor apreciar a relação entre a Lei n. 11.343/06, novo Diploma de Tóxicos, e a Lei n. 11.464/07, alteradora da Lei dos Crimes Hediondos. (...) Relator: Min. Felix Fischer, 04 de março de 2008. Disponível em https://processo.stf.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3189349&num_registro=200700284151&data=20080404&tipo=3&formato=PDF. Acesso em: 26 fev. 2021.

⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. São Paulo : Thomson Reuters Brasil : 2020. P. 71.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 80.379-2/SP*. Habeas corpus - crime hediondo – clamor público - decretação de prisão cautelar – inadmissibilidade. (...) Relator: Min. Celso de Mello, 18 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78375>. Acesso em: 26 fev. 2021.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 77.052/MG*. Competência - habeas corpus - ato de tribunal de justiça. na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra). (...) Relator: Min. Marco Aurélio, 30 de junho de 1998. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo122.htm>. Acesso em: 26 fev. 2021.

⁷ Art. 44 “Os crimes previstos nos arts. 33, caput e §1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.” (destacou-se).

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *HC 104.339/SP*. Relator: Min. Gilmar Mendes, 4 de dezembro de 2012. Disponível: <https://www.stf.jus.br/arquivo/>

djEletronico/DJE_20121205_239.pdf. Acesso em: 20 fev. 2021.

⁹ Em igual medida: (i) BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). *HC 93.115/BA*. Processual penal e Constitucional. Tráfico de entorpecentes. Segregação cautelar. Garantia da ordem pública. Ausência de indicação de situação fática (...). Relator: Min. Eros Grau, de 04 de maio de 2010. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20100527_096.pdf. Acesso em: 20 fev. 2020; (ii) BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *HC 100.185/PA*. Relator: Min. Dias Toffoli, 05 de agosto de 2010. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20100805_145.pdf. Acesso em: 20 fev. 2021; (iii) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 74.666/RS*, Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. constitucional e processual penal. possibilidade. (...) Rel. Min. Celso de Mello, 11 de outubro de .2002. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11697421>. Acesso em: 26 fev. 2021; e (iv) BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *HC 91.386/BA*. 1. “Operação Navalha”. Inquérito no 544/BA, do Superior Tribunal de Justiça. 2. Alegação de falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva. (...) Relator: Min. Dias Toffoli, 19 de fevereiro de 2008. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20080515_088.pdf. Acesso em: 20 fev. 2021.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). *ADI 3.112*. LEI 10.826/2003. Estatuto do desarmamento. Inconstitucionalidade formal afastada. Invasão da competência residual dos estados. Inocorrência. Direito de propriedade. Reltor: Min. Ricardo Lewandowski, 02 de maio de 2007. Disponível: https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20071025_131.pdf. Acesso em: 20 fev. 2021.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC nº 43, Voto O Senhor Ministro Celso De Mello: 1. “O direito do cidadão ao governo honesto”: a corrupção governamental e o perigo de captura das instituições estatais por organização criminosa. (...) Rel. Min. Marco Aurélio, 07 de novembro de 2019. Disponível: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43MCM.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2021.

¹² BADARÓ, Gustavo. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica? BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (coords.). *Colaboração premiada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 127-149.

BENEFÍCIOS DA COLABORAÇÃO PREMIADA APÓS A “LEI ANTICRIME”: AS MUDANÇAS NA DETERMINAÇÃO E NO CONTROLE JUDICIAL DA PENA

THE REWARDS IN COOPERATION AGREEMENTS AFTER THE FEDERAL ACT NO. 13.964/2019:
THE CHANGES IN SENTENCING AND JUDICIAL REVIEW

Felipe da Costa De-Lorenzi

Doutor e mestre em Ciências Criminais pela PUCRS, com estágio doutoral na Humboldt-Universität zu Berlin. Bacharel em Direito pela UFRGS. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8132922711654157>

ORCID: 0000-0003-4979-5644

felipe.lorenzi91@gmail.com

Resumo: Este artigo tem como objeto as alterações feitas pela Lei 13.964/2019 no instituto da Colaboração Premiada (Lei 12.850/2013), examinando as principais mudanças que dizem respeito à concessão e ao controle judicial dos benefícios (sanções premiais) ao réu que colabora com as autoridades de persecução penal.

Palavras-chave: Direito Penal - Delação Premiada - Sanção Premial - Lei 13.964/2019.

Abstract: The subject of this article is the changes in the regulation of cooperation agreements in Brazilian criminal law, implemented by the Federal Act no. 13.964/2019. It examines the main modifications related to the concession and judicial review of rewards (positive sanctions) to defendants who cooperate with prosecutorial officers.

Keywords: Criminal Law - Substantial Assistance - Crown Witness - Positive Sanction - Sentencing.

Introdução

A Lei 13.964/2019 (vulgo “Lei Anticrime”), aprovada em dezembro de 2019, promoveu mudanças substanciais no direito, no processo e na execução penal. Entre elas está a alteração do regramento da Colaboração Premiada na Lei 12.850/2013,¹ que conferiu força de lei a diversas interpretações do Supremo Tribunal Federal (STF) e regrou alguns dos principais pontos de controvérsia que surgiram sobre o tema, especialmente em virtude de sua aplicação em grande escala na Operação Lava Jato.

Algumas das novidades foram:

- o regramento da fase de negociação do acordo de colaboração premiada (arts. 3º-B e 3º-C);
- a consolidação do entendimento de que o instituto é um “negócio jurídico processual” (art. 3º-A);²
- a proibição de qualquer tratativa na ausência de defensor (art. 3º-C, § 1º);
- a identificação mais precisa dos fatos que devem ser narrados pelo colaborador: todos ilícitos para os quais ele concorreu e que tenham relação direta com os fatos investigados (art. 3º-C, § 3º);
- a nulidade absoluta da renúncia ao direito de impugnar a decisão que homologa o acordo (art. 4º, § 7-B);³
- a proibição expressa de decisões sobre medidas cautelares e de recebimento da peça acusatória, além da sentença condenatória (que já constava antes da reforma), com fundamento apenas nas declarações do colaborador (art. 4º, § 16);
- a consolidação do entendimento do STF de que o corréu delatado tem direito de se manifestar no processo em momento posterior àquele que fez acordo de colaboração (art. 4º, § 10º-A).⁴

As mudanças, embora possam ensejar críticas no que diz respeito

à técnica legislativa,⁵ conferiram maior clareza para o regramento do instituto, o que pode resultar em mais segurança jurídica ao procedimento da colaboração premiada. Apesar disso, algumas das novas regras exigirão esforços interpretativos adicionais, como, por exemplo, para fixar um critério claro a fim de estabelecer quais fatos têm relação direta com a investigação e quais não têm. Neste breve escrito, restringir-me-ei ao exame daquelas alterações que dizem respeito à concessão dos benefícios ao colaborador, assim como suas implicações sobre a determinação da pena e o controle judicial da sanção acordada.⁶

1) A homologação como momento principal do controle material sobre a determinação da pena

Há dois principais momentos de controle sobre os benefícios pactuados na Colaboração Premiada: (a) a homologação e (b) a sentença. Conforme interpretação dada pelo STF, por meio da decisão de homologação, o juiz deveria fazer um controle meramente formal do acordo. Consiste em um “exercício de atividade de deliberação” limitado a “aferrir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo, não havendo qualquer juízo de valor a respeito das declarações do colaborador”.⁷ A homologação, portanto, não envolvia qualquer controle judicial sobre o mérito, inclusive no que diz respeito à espécie e à medida dos benefícios acordados e à eficácia da colaboração.

A sentença, por sua vez, seria o momento para controle sobre o mérito, com avaliação dos termos homologados e da eficácia. Contudo, o STF também decidiu, corretamente, que, caso a colaboração seja efetiva e produza os resultados constantes no acordo homologado, com os quais o colaborador se comprometeu, este tem direito subjetivo aos benefícios pactuados, quem devem ser necessariamente concedidos pela sentença, por imposição dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança.⁸

A conjugação dessas interpretações sobre a homologação e a sen-

tença conduz a um círculo vicioso, resultando na ausência de efetivo controle judicial sobre o conteúdo dos benefícios acordados: o primeiro momento seria apenas de controle formal, sem avaliação de mérito e de legalidade estrita dos benefícios; no segundo momento, de concessão dos benefícios, o juiz estaria vinculado aos termos negociados, ficando a sanção premial condicionada apenas à eficácia da colaboração – isto é, à produção dos resultados prometidos. Na prática, portanto, atribuía-se uma larga margem de discricionabilidade à autoridade estatal que realizava o acordo para definir os benefícios, que nunca seriam efetivamente controlados pelo Judiciário.

Nesse contexto, como solução, para não violar a segurança jurídica do colaborador que faz um acordo com uma autoridade estatal e que deve ter sua confiança protegida, e, simultaneamente, para tentar restabelecer um efetivo poder decisório ao juiz sobre a aplicação da pena – e, assim, dos benefícios concedidos –, sugeri que o ato de homologação fosse elevado a momento principal de controle judicial sobre os benefícios pactuados, incluindo incursão no mérito.⁹ A nova lei parece ter ido nessa linha, buscando aumentar o controle judicial sobre os benefícios e os possíveis resultados da colaboração.

Agora, na homologação, o magistrado não realizará apenas um controle superficial sobre a legalidade e a regularidade do acordo, bem como sobre a voluntariedade do colaborador (art. 4º, § 7º, I e IV). Deverá, além disso, (i) verificar se os benefícios pactuados não ultrapassam aqueles estritamente previstos na legislação (legalidade estrita dos benefícios) e (ii) examinar a adequação aos resultados exigidos (a eficácia virtual da colaboração). Analisemos cada uma dessas dimensões.

i) Legalidade estrita dos benefícios (art. 4º, § 7º, II). Um dos principais pontos de discussão da colaboração premiada até o momento era a possibilidade de o acordo estabelecer benefícios distintos daqueles previstos expressamente na legislação. A nova redação legal parece ter resolvido a questão. Acertadamente, agora estão proibidas as negociações de benefícios distintos dos previstos no art. 4º, *caput* e §§ 4º e 5º. Os benefícios concedidos deverão ser aqueles expressamente previstos pela lei. Houve especial menção à impossibilidade de acordos sobre alteração do regime inicial de cumprimento da pena, que agora devem necessariamente seguir os critérios estabelecidos no Código Penal e na Lei de Execuções Penais – com exceção da possibilidade de acordar uma progressão diferenciada de regime quando o acordo ocorre após a sentença condenatória (art. 4º, § 5º). Não são mais admitidos, portanto, os denominados “regimes diferenciados”, que constaram em diversos acordos da Operação Lava Jato.¹⁰

ii) Análise da eficácia virtual da colaboração (art. 4º, § 7º, III). Pela nova redação, o juiz deve controlar, na homologação, a adequação dos resultados da colaboração aos exigidos nos incisos I, II, III, IV e V do art. 4º, *caput*. A alteração contribui para o controle dos benefícios concedidos. A eficácia da colaboração é um dos critérios para determinar a espécie e a medida do benefício (art. 4º, § 1º). Antes, havia previsão expressa de controle judicial sobre a eficácia apenas na sentença (art. 4º, § 11), o que impedia um controle efetivo sobre o quão relevante era a colaboração e sobre a adequação da espécie e da medida dos benefícios estabelecidos aos efeitos esperados. Isso porque, como visto, no momento da análise pela sentença, o réu tem direito subjetivo aos prêmios constantes no acordo homologado, desde que cumpridos os compromissos assumidos. Agora o juiz deverá controlar, no momento da homologação, o que denominei de “eficácia virtual”, ou seja, examinará, com base no termo de colaboração, nas declarações do colaborador e na cópia da investigação, bem como na oitiva do colaborador, a relevância das informações e os possíveis efeitos esperados, no futuro, a partir da colaboração. Com base nessa análise, será possível verificar se os benefícios pactuados são proporcionais aos resultados potenciais da colaboração. A alteração, contudo, pareceu se preocupar apenas

com os efeitos probatórios (utilidade), sem mencionar critérios relacionados ao desvalor do ilícito e ao grau de culpabilidade do colaborador, os quais também deveriam influenciar na decisão acerca dos benefícios.¹¹

Esse controle é especialmente relevante quando o benefício concedido é de perdão judicial ou de não oferecimento da denúncia. Estes devem quedar restritos a casos excepcionalíssimos, em que a gravidade do ilícito e da culpabilidade sejam largamente superadas pela relevância da colaboração para a produção dos resultados previstos no art. 4º, I a IV – especialmente os resultados que podem possibilitar a proteção de bens jurídicos de grande importância, ou seja, a prevenção de infrações penais de grande desvalor e a localização de eventual vítima com sua integridade física preservada. Nas demais hipóteses, em que a colaboração auxilia apenas no esclarecimento de infrações passadas, dificilmente uma isenção de pena ou de processo pode ser justificada.

iii) Possibilidade de rejeição do acordo e notificação das partes para, querendo, fazerem as modificações necessárias (art. 4º, § 8º). Na redação anterior, o dispositivo possibilitava ao juiz, quando a proposta não atendia aos requisitos legais, adequá-la ao caso concreto. Agora, o juiz deve recusar o acordo e devolvê-lo às partes para que elas, querendo, façam os ajustes necessários. Parece uma boa solução para manter o caráter negociado e conferir certa autonomia às partes na elaboração do acordo e, simultaneamente, possibilitar o controle judicial acerca dos termos acordados. A recusa deve ser necessariamente fundamentada e as partes podem recorrer da decisão.

2) Controle limitado pela sentença

No que diz respeito ao controle exercido na sentença, a novidade é a exigência expressa de um exame judicial sobre o mérito da acusação e sobre a sanção a ser aplicada. Ou seja, o colaborador não deve ser automaticamente condenado e receber as sanções acordadas. Em relação aos benefícios, como já foram homologados, após controle judicial, o réu tem direito subjetivo à sua aplicação – como corretamente reconheceu o STF. Aqui, além de segurança jurídica, trata-se de não instrumentalizar o réu para interesses sociais. A concessão dos benefícios acordados dependerá apenas da análise da “eficácia real” da colaboração e terá hipóteses excepcionais de redução dos benefícios.

i) Análise fundamentada do mérito da denúncia, da aplicação da pena e do perdão judicial (art. 4º, § 7º-A). Embora o conteúdo do dispositivo seja obscuro, especialmente em razão de estar localizado após o § 7º do art. 4º, que regula a homologação do acordo,¹² a melhor compreensão parece ser de que ele trata da sentença, uma vez que a homologação judicial não pressupõe o recebimento da denúncia e que a concessão dos benefícios ocorre na sentença.¹³ Portanto, o que o dispositivo faz é reforçar a necessidade de o juiz não condenar o colaborador tão somente em razão de sua confissão, mas examinar o conjunto das provas e dos crimes imputados ao réu colaborador para decidir pela condenação ou absolvição, fundamentando a sentença. Ademais, no caso de condenação, antes de conceder os benefícios, o juiz deverá realizar a determinação da pena conforme o método trifásico, com base nas regras do Código Penal. Esse dispositivo reforça a ideia de que, mesmo em institutos de justiça negociada, a resolução do mérito e a determinação da pena continuam sendo atribuições do Poder Judiciário.

ii) Eficácia real (art. 4º, § 11). O controle sobre a eficácia na sentença deve se restringir ao exame da relevância das informações prestadas pelo colaborador ao longo do processo e dos efeitos produzidos no passado, limitando-se ao âmbito daquilo que é controlável pelo colaborador. O controle sobre a eficácia da colaboração não depende da efetiva produção de um dos resultados estabelecidos nos incisos I, II, III, IV e V do *caput* do art. 4º, uma vez que isso não está sob o controle do colaborador. A não ocorrência dos resultados pode ser produto, por exemplo, de vícios processuais em processos

contra coautores ou de falhas atribuíveis a órgãos de persecução. Assim, o critério para avaliar a eficácia da colaboração na sentença não pode ser a produção real de um daqueles resultados, mas antes levar em conta se o colaborador cumpriu com as obrigações assumidas e a “extensão e profundidade” das informações reveladas. Se for compatível com aquilo que foi indicado pelo colaborador nas tratativas do pacto homologado, então ele tem direito subjetivo à aplicação pela sentença dos prêmios acordados.¹⁴

iii) Redução da pena na sentença apenas em hipóteses excepcionais. Considerando que a legalidade dos benefícios e sua adequação aos resultados esperados foram avaliadas e houve homologação do pacto, cumpridas as obrigações pelo colaborador, na sentença não deve haver, em regra, controle sobre a espécie e a medida dos benefícios: aqueles que foram fixados no acordo homologado têm de ser aplicados. Como exceções a essa regra, podem-se utilizar as novas hipóteses de rescisão do acordo, ou seja, a omissão dolosa sobre fatos objeto da colaboração (art. 4º, § 17) e o não afastamento da atividade ilícita relacionada ao objeto da colaboração (art. 4º, § 18). Parece-me que são situações graduáveis e que, por isso, nem sempre devem conduzir necessariamente à rescisão. Assim, uma omissão relevante sobre um dos âmbitos de atividades delituosas da organização criminosa ou sobre membros importantes poderia conduzir à rescisão, mas uma omissão que buscasse proteger um amigo próximo, o qual teve um envolvimento de menor importância nas atividades ilícitas, ou uma omissão de ato ilícito de menor gravidade para evitar um constrangimento público (em razão de expor uma traição conjugal, por exemplo) não deveria conduzir à rescisão, mas poderia justificar uma moderada redução dos benefícios.

3) Não oferecimento da denúncia

Por fim, a reforma não resolveu o problema relativo à possibilidade de não oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, hipótese em que não há efetivo controle judicial sobre o acordo. Adicionou, no entanto, um novo requisito para esse benefício.

i) A ausência de conhecimento prévio como novo requisito. Foram mantidos os requisitos de que o colaborador não seja líder da organização criminosa e que seja o primeiro a prestar efetiva colaboração (art. 4º, § 4º, I e II). O primeiro é um critério ligado à culpabilidade do autor; o segundo, à utilidade para a persecução penal.

Adicionou-se, porém, um novo critério, também com fundamento utilitário: que a colaboração se refira à “infração de cuja existência [o Ministério Público] não tenha prévio conhecimento” (art. 4º, § 4º). A lei presume existente o conhecimento no caso de existir procedimento investigativo prévio, por órgão competente, para apuração dos fatos apresentados pelo colaborador (art. 4º, § 4º-A). O requisito é importante, pois representa alguma limitação do âmbito de discricionariedade do Ministério Público para isentar de pena.

ii) Controle judicial deficiente. O principal problema, contudo, se mantém: o controle judicial sobre a relevância da colaboração e sobre a adequação do benefício é bastante prejudicado na hipótese de pacto que estabeleça o não oferecimento da denúncia. Assim, embora constitua um requisito para o benefício, inexistente possibilidade de controlar se o colaborador é ou não líder da organização criminosa, já que não haverá processo penal e produção de provas. Além disso, pelo mesmo motivo, não haverá controle pelo Judiciário sobre a adequação do benefício com base na utilidade da colaboração para a produção dos resultados legais, bem como o desvalor dos ilícitos penais praticados pelo colaborador.

Em relação a esse benefício, parece-me que deveria ser, de lege ferenda, excluído, restando a função de isenção da punição exclusivamente para o perdão judicial, o qual possibilita maior controle judicial.¹⁵

Considerações finais

A alteração na Lei 12.850/2013 detalhou condições e resolveu algumas controvérsias a respeito do instituto da Colaboração Premiada. Apesar de manter alguns pontos obscuros, em geral a mudança oferece mais clareza e segurança jurídica e consolida posicionamentos do STF. No que diz respeito à determinação da pena aos colaboradores, considero que, de modo geral, seguem um caminho correto de limitar a discricionariedade no estabelecimento da sanção e restituir ao Poder Judiciário a possibilidade de exercer controle material sobre o acordo. Faltou, porém, atribuir a devida importância ao ilícito culpável na determinação da espécie e da medida da sanção ao colaborador. São correções necessárias a limitar as negociações em uma seara jurídica que lida com interesses individuais e sociais de enorme relevância, e em cujo âmbito as possibilidades de disposição das partes devem ser restritas.

Notas

¹ Todas as referências a dispositivos legais, quando não identificado o diploma, referem-se à Lei 12.850/2013, com as alterações pela Lei 13.964/2019.
² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). *HC 127483/PR*. Relator: Min. Dias Toffoli, 27 de agosto de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>. Acesso em 7 jul. 2020.
³ A respeito da impossibilidade de renúncia a recursos: VASCONCELLOS, V. G. *Colaboração premiada no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 203-206; WUNDERLICH, A. *Colaboração premiada: o direito à impugnação de cláusulas e decisões judiciais atinentes aos acordos*. In: ASSIS MOURA, M. T.; BOTTINI, P. C. (Coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 24 e ss.
⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). *HC 166373/PR*. Relator orig.: Min. Edson Fachin. Red. p/ ac. Min. Alexandre de Moraes, 02 de outubro de 2019. (Inteiro teor ainda não publicado.) Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo954.htm>. Acesso em 7 jul. 2020. A respeito: LEITE, A.; GRECO, L. O status processual do corréu delator. *Jota*, 30 set. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/o-status-processual-do-correu-delator-30092019>. Acesso em 7 jul. 2020.
⁵ RODRÍGUEZ, V. G. Pacote “anticrime” perde oportunidade de codificar e sistematizar delação premiada. *Conjur*, 15 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-15/victor-rodriguez-pacote-anticrime-mantem-contradicoes-delacao>. Acesso em 7 jul. 2020.
⁶ Parte dos argumentos apresentados aqui foram desenvolvidos de modo aprofundado, e com mais referências, em: DE-LORENZI, F. C. A determinação da pena na colaboração premiada: análise da fixação dos benefícios conforme a Lei 12.850/2013 e o Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 27, v. 155, p. 293-337, maio 2019. Remete-se o leitor a esse texto para mais detalhes. Para uma análise geral da justiça penal negociada a partir dos fundamentos do direito penal, ver: DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Justiça negociada e fundamentos do direito penal*:

pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença. São Paulo: Marcial Pons, 2020: no prelo.
⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). *HC 127483/PR*. Relator: Min. Dias Toffoli, 27 de agosto de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>. Acesso em 7 jul. 2020.
⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). *HC 127483/PR*. Relator: Min. Dias Toffoli, 27 de agosto de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>. Acesso em 7 jul. 2020.
⁹ DE-LORENZI, *op. cit.* (nota 6), 2019, p. 325 e ss.
¹⁰ Em sentido contrário: WUNDERLICH, A. “Sanção premial diferenciada” após o pacote “anticrime”. *Conjur*, 9 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-09/wunderlich-sancao-premial-diferenciada-pacote-anticrime>. Acesso em 7 jul. 2020.
¹¹ DE-LORENZI, *op. cit.* (nota 6), 2019, p. 320 e ss. Falando de “uma certa antecipação cognitiva do magistrado aos termos e possíveis resultados do acordo”: MELO, W.; BROETO, F. M. O pacote “anticrime” e seus impactos na colaboração premiada. *Conjur*, 29 dez. 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-dez-29/pacote-anticrime-impactos-colaboracao-premiada#_ftnref10. Acesso em 7 jul. 2020.
¹² Afirmando que o dispositivo se refere à homologação: BOTTINI, P. C. Direito penal, processo penal e colaboração premiada na lei “anticrime”. *Conjur*, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-06/direito-defesa-direito-penal-processo-penal-delacao-lei-anticrime>. Acesso em 7 jul. 2020; MELO; BROETO, *op. cit.* (nota 11).
¹³ PEREIRA, F. V. Apontamentos sobre a colaboração premiada na Lei Anticrime. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 174, ano 28, p. 199-254, dez. 2020, p. 248-249; BITTAR, W. B. *Delação Premiada: direito, doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020, p. 254-255; VASCONCELLOS, *op. cit.* (nota 3), p. 262.
¹⁴ PEREIRA, F. V. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2019, p. 173 e ss.
¹⁵ A respeito: DE-LORENZI, *op. cit.* (nota 6), 2019, p. 314 e ss.

REFLEXÕES SOBRE OS 30 ANOS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

REFLECTIONS ON THE 30 YEARS OF THE CHILD AND ADOLESCENT STATUTE

Danielle de Oliveira Santos

Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora
ORCID: 0000-0003-4118-2026
danielle.santos@direito.ufjf.br

Marcia Adriana Barroso Coelho

Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora
ORCID: 0000-0002-6713-1676
marciabarrosocoelho@gmail.com

Resumo: O presente trabalho objetiva realizar um panorama geral do cenário nacional no que tange aos 30 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente. Através de um aporte histórico, o texto propõe reflexões criminológicas-críticas acerca dos avanços e limites da aplicação e efetivação dos direitos das crianças e adolescentes no âmbito da Justiça Juvenil brasileira, contrapondo suas disposições à prática. Com o emprego do método de revisão sistemática de bibliografia e de análise documental, conclui-se, ao final, pela insuficiência da tutela legislativa, com a permanência de práticas de aparação social e institucionalização da população infantojuvenil.

Palavras-chaves: Criminologia - Justiça Juvenil - 30 anos do ECA - Política Criminal.

Abstract: The work aims to provide an overview of the national scenario in the 30 years of the Child and Adolescent Statute. Through the historical perspective, the text proposes critical criminological reflections on the advances and limits of the application and enforcement of the rights of children and adolescents within the scope of the Brazilian Juvenile Justice. Demonstrating the difference between law and practice. With the application of the methods of literature review and document analysis, it was concluded by the insufficiency of legislative tutelage, with the permanence of social control and institutionalization of the children and juvenile population.

Keywords: Criminology - Juvenile Justice - 30 years of ECA - Criminal Policy.

1. Introdução

Na ocasião do marco de 30 anos da aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8069/1990, comumente denominado ECA, objetiva-se, por meio deste trabalho, fomentar reflexões criminológicas acerca do cenário nacional de aplicação e efetivação da referida Lei no âmbito do Sistema de Justiça Juvenil e político-criminal.

Ocorreram, em celebração desta ocasião, diversos eventos virtuais, haja vista o contexto pandêmico vigente, promovidos por diversas instituições públicas e privadas. Neste âmbito, algo chama a atenção, qual seja o discurso das autoridades políticas que se desviam da responsabilidade sobre o público infantojuvenil, com críticas que culpabilizam de uma forma generalizada, sem o estabelecimento de metas a serem alcançadas ou planos efetivos que visem a real garantia dos direitos assegurados pelo ECA às crianças e aos adolescentes.

Não se pode olvidar que o ECA significou uma conquista à tutela e garantia dos direitos da criança e do adolescente, principalmente em relação ao Sistema de Justiça Juvenil, o qual prevê o tratamento diferenciado em relação aos atos infracionais cometidos por menores de 18 anos. Assim, a aplicação de medidas socioeducativas, em tese, foi consequência do reconhecimento da necessidade de políticas protetivas, com finalidade pedagógica, voltadas ao público infantojuvenil.

Todavia, ainda se observa o pensamento popularmente difundido de que o Estado, através do ECA, protege as crianças e adolescentes de serem punidos pelos delitos cometidos. Nessa perspectiva, vislumbra-se, em determinados discursos, principalmente naqueles

favoráveis à diminuição da maioridade penal, que a impunidade desses delitos é um estímulo à criminalidade da população dessa faixa etária. Tal posicionamento é inculcado no senso comum, sobretudo pela mídia, ao dar protagonismo aos atos infracionais cometidos por menores, promovendo a sensação de impunidade e, conseqüentemente, aumentando o apoio da população para a diminuição da maioridade penal.

Logo, tal discurso fortalece a percepção do público infantojuvenil como um problema da sociedade, corroborando para uma mentalidade punitivista. Com efeito, culmina no distanciamento do ideal de tutela disposto no ECA e de sua aplicação fática.

Destarte, o presente trabalho busca realizar uma breve análise da situação da infância e juventude no cenário nacional ante os 30 anos do ECA, sem a pretensão de esgotar o tema, mas de contribuir para a discussão acerca dos avanços ou retrocessos. Para tanto, foram utilizadas as técnicas de revisão bibliográfica e análise documental, a partir de uma perspectiva criminológico-crítica, de modo a identificar os dados empíricos referentes a essa população específica, contrapondo as determinações do ECA à sua prática.

2. Permanências e rupturas históricas, política criminal e juventude

Conforme explana **Batista** (2008, p. 21), as ações voltadas para a infância e adolescência possuem historicamente um caráter duplo, de um lado assistencialista e, de outro, punitivista e repressivo, recaindo principalmente sobre os jovens pobres, uma vez que eram colocados em posição de necessitados de auxílio para não se tornarem criminosos. Nessa perspectiva, as questões que envolviam tal público eram identificadas pelos agentes do poder como um problema a ser combatido e, assim, o menor de 18 anos que se

desviava do padrão normativo imposto era “resgatado” para ser disciplinado, a fim de não se tornar um criminoso.

Desta feita, “(...) era comum que jovens fossem recolhidos das ruas por vadiagem, baderna, mendicância, e classificados como “menores”, “vadios”, “desordeiros” e “perigosos” pela polícia, sendo encarcerados sem nenhum processo judicial” (NERI, 2009, p. 39). Nesse contexto, foi se instituindo na mentalidade popular a ideia de que os menores de 18 anos deveriam ser tratados com maior rigidez, o que significou a criminalização dos jovens, com ênfase nos pobres e negros.

Essa perspectiva embasou, durante os séculos XIX e XX, os antecessores do ECA, os Códigos de Menores de 1927 e 1979, e a criação de instituições como a Fundação Nacional de Bem-estar do Menor (Funabem) e as Fundações Estaduais de Bem-estar do Menor (Febem). Apesar da premissa dita protecionista, tais instituições políticas se mostraram ineficazes e promoviam o encarceramento em massa, bem como reforçavam e difundiam os discursos punitivistas e repressivos sobre a juventude negra e pobre, além dos maus-tratos e abusos cometidos.

A partir da redemocratização do país, na década de 1980, e da promulgação da Constituição Federal de 1988, emerge o Estatuto da Criança e do Adolescente, rompendo o contexto anterior por meio de forte oposição dos movimentos sociais aos modelos repressivos e assistencialistas. Desse modo, fruto da mobilização pela elaboração de uma lei que de fato definisse os direitos fundamentais do segmento infantojuvenil e rompesse com o paradigma tutelar estabelecido pelo Código de Menores (Decreto 17.943/1927), o ECA trouxe importantes mudanças no âmbito legal.

Através de um novo olhar para a questão da infância e da adolescência, o diploma adota como um de seus pilares o ideal de proteção integral, no qual o poder público, a família e a sociedade em geral são responsabilizados pela garantia de condições dignas de existência e do desenvolvimento sadio de todos os menores de 18 anos. A Lei também estabelece a elevação das crianças e dos adolescentes à categoria de sujeitos de direitos, assegurando a todos condições isonômicas de exercício da cidadania e não mais lhes reconhecendo como meros objetos de tutela.

Tais circunstâncias igualitárias, contudo, são inexistentes quando colocadas na realidade nacional. Ainda que caracterizado por um discurso protetivo e humanista, na prática, o Estatuto evidencia a natureza punitivista e excludente do sistema de Justiça Juvenil pátrio – constituído por diversos mecanismos de controle social e marginalização da juventude popular. Nesse sentido, o Estado brasileiro, estruturado a partir de um modelo imperial-escravista, historicamente atua como principal ente na privação de direitos de determinados grupos de indivíduos. E crianças e adolescentes, ainda que sejam considerados pessoas em desenvolvimento biopsicossocial, não são excluídos desse cenário.

Quando se trata da população juvenil pobre, negra e periférica, tem-se a articulação de diferentes práticas e tecnologias que estruturam o que **Mbembe** (2018) elabora como “Necropolítica”. Associando os conceitos de Biopolítica, de **Foucault** (2005), e de Estado de Exceção e Estado de Sítio, de **Agamben** (2002), de modo articulado ao modelo neoliberal e racista, destaca a organização do poder e de suas ferramentas de controle para a produção do extermínio de sujeitos constituídos por essa estrutura como indesejados. Dessa forma, há a consolidação de um poder socialmente legitimado para matar segundo o qual a expressão máxima da soberania residiria “na capacidade de ditar quem pode viver e quem deve morrer. Por

isso, matar ou deixar viver constituem os limites da soberania, seus atributos fundamentais” (MBEMBE, 2018, p. 5). Essa aniquilação do indivíduo não se refere meramente à morte física, limitando-se ao corpo, mas também ao impedimento do outro de usufruir de uma vida com dignidade e com garantia plena de direitos, sendo exposto estruturalmente a violações e levando consigo o peso de uma vida nua (AGAMBEN, 2002).

Nessa conjuntura, a formação do alarde social e do estereótipo criminal moralista sobre o jovem marginalizado atua como mecanismo fundamental na execução dessa necropolítica, expondo esse contingente a um processo histórico de exclusão que tem se mantido através dos séculos (NASCIMENTO, 1978). Destarte, com base na construção social da imagem de classe perigosa, articula-se a ideia criminalizada da infância, adolescência e juventude pobre e negra, de maneira a constituí-la por corpos arbitrariamente definidos como “delinquentes” e perigosos, que precisam ser contidos ou exterminados, e a legitimar a estruturação de uma política criminal seletiva.

Sob a exclusão desses corpos construídos como um perigo social, edifica-se o sistema de controle penal brasileiro que, amparado em um saber criminológico racista positivista lombrosiano, repercute o estigma consolidado por **Nina Rodrigues** (2010, p. 9) de que jovens negros, da classe trabalhadora e periféricos seriam “(...) uma população de aparências juvenis e vigorosas, possíveis germes de precoce decadência que mereciam sabidos e estudados, em busca de reparação e profilaxia”. Diante de tais políticas de opressão, a seletividade penal e a consequente criminalização da juventude popular embasam um modelo político-criminal repressivo e punitivista, que avalista constantes ofensas à proteção e aos direitos de crianças e adolescentes, privados de usufruir de suas garantias estabelecidas por lei e relegados a um lugar de desumanização e violência.

Desse modo, deixando ileso o discurso da igualdade e fomentando ideias segregacionistas arraigadas na estrutura societária brasileira, persiste, na justiça infantojuvenil, práticas de caráter punitivo e tutelar que, ao encontrarem abertura dentro do discurso legal propugnado pelo ECA, endossam a naturalização da restrição da liberdade ante a população juvenil vulnerabilizada. Segundo o Estatuto, nos arts. 121 e 122, a aplicação de medidas socioeducativas restritivas e privativas de liberdade deve ser considerada a *ultima ratio* do sistema socioeducativo e somente em casos de infrações cometidas com grave ameaça ou violência, sendo devidamente observados os princípios da brevidade, da excepcionalidade e do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Todavia, indo de encontro aos comandos normativos e principiológicos insculpidos na Lei, verifica-se o recrudescimento do número de sanções de internação e semiliberdade impostas aos adolescentes, em detrimento das medidas em meio aberto, sob o argumento, legitimado nos termos do art. 122, §2º do ECA, da inexistência de outra medida mais adequada. Quadro que é concretizado nos dados de 2016, que indicavam 26.450 adolescentes em cumprimento de medidas de internação e semiliberdade no país, correspondendo a 135 a cada 100 mil habitantes entre 12 e 18 anos. O que demonstra não só o aumento constante das medidas de internação em relação aos anos precedentes – que apontavam 23.066 adolescentes em unidades socioeducativas, em 2013, e 20.532 em 2012. (SDH, 2015, 2013; BRASIL, 2018) – como também a sua desconformidade perante a curva descendente da prática de atos infracionais com violência e grave ameaça (SINASE, 2015, 2013, 2012).

Ademais, apesar de aqueles que possuem entre 15 e 18 anos serem

considerados, nos termos do ECA e do Estatuto da Juventude, sujeitos de direitos duplamente prioritários, de acordo com os últimos levantamentos do SINASE, relativos ao ano de 2017, a maior proporção dos adolescentes submetidos ao sistema socioeducativo está concentrada na faixa etária entre 16 e 17 anos, representando 56%. Insere-se que, do total de jovens em restrição e privação de liberdade, 96% eram do sexo masculino e 56% eram negros, com a renda salarial das famílias de 81% dos adolescentes estando entre a faixa de 'sem renda' e 'menos de um salário mínimo' (MMFDH, 2019).

Tais indicativos não só destacam os quadros de superlotação das unidades socioeducativas no Brasil, impulsionados pela tendência punitivista presente na prática judicial nacional, como também chamam a atenção para a expansão seletiva do aparato penal e a consecutiva estruturação do sistema socioeducativo como uma antecipação do Direito Penal para os corpos negros e pobres.

Somado à maciça imposição, por parte das autoridades competentes, de medidas de internação e semiliberdade, estas, na prática, contrariam sua matriz pedagógica enunciada pelo ECA. Segundo o Plano Nacional de Atendimento Socioeducativo, as sanções restritivas e privativas de liberdade devem ser executadas de modo que "(re)instituem direitos, interrompam a trajetória infracional e permitam aos adolescentes a inclusão social, educacional, cultural e profissional" (ROSÁRIO; SILVA, 2013, p. 6). Entretanto, o que se revela é a permanência de seu caráter punitivo, efetivando políticas de controle, segregação e criminalização em detrimento aos ideais legalmente estabelecidos. Isso se torna nítido diante das condições de aprendizagem extremamente precárias, quando não inexistentes, impostas aos adolescentes privados de liberdade (SDH, 2015, 2013, 2012; BRASIL, 2018).

No Brasil, portanto, há a consolidação de um paradoxo entre os níveis legal e o real. No Estatuto da Criança e do Adolescente, o paradigma

da proteção integral e os princípios reitores do sistema de Justiça Juvenil são colocados como pilares no que concerne ao tratamento dado ao segmento infantojuvenil. No mundo real, após 30 anos da edição do ECA, vê-se que não houve uma ressignificação de fato da razão punitiva inerente às práticas judiciais e policiais destinadas aos adolescentes brasileiros selecionados e encaminhados para o sistema socioeducativo, historicamente delimitado para o controle de crianças e adolescentes tidos como inimigos (RODRIGUES, 2017, p. 157-172).

3. Conclusão

A par de todas essas considerações, verifica-se que a inauguração de uma nova política legal, a partir do Estatuto da Criança e do Adolescente, não foi medida suficiente para o rompimento com a matriz tutelar do sistema de Justiça Juvenil brasileiro, perpetuando suas premissas de apartação social e institucionalização da população infantojuvenil. Nesse sentido, embora seja inegável a importância da Lei 8069/1990, representando um marco internacional da disciplina legal da infância e da juventude, e implementando diversos avanços legislativos, é necessário reconhecer o descompasso acentuado entre os princípios reitores do Estatuto e os mecanismos estabelecidos para efetivá-los, numa evidente violação dos direitos e garantias fundamentais nele previstos. Portanto, ainda que, nos termos do ECA, seja atribuído às medidas socioeducativas natureza diversa de pena, na realidade – consoante demonstração dos dados empíricos – elas mantêm seu caráter punitivo, de modo a fomentar políticas de exclusão de crianças e adolescentes pobres, negros e periféricos, construídos como perigosos e indesejáveis pela lógica branca capitalista das classes dominantes, subjugando-os a condições subumanas e violências constantes, e tendo êxito na manutenção da seletividade penal, do racismo e da segregação estrutural.

Referências

- AGAMBEN, G. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BATISTA, Nilo. Fragmentos de um discurso sedicioso. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 69-77, jan./jun. 1996.
- BATISTA, Vera Malaguti. A criminalização da juventude popular no Brasil: histórias e memórias de luta na cidade do Rio de Janeiro. *BIS – Boletim do Instituto de Saúde*, v. 44, abr. 2008.
- BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis - drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2003.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BRASIL. *Lei 12594/2012, de 18 de janeiro de 2012. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm. Acesso em: 16 set. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 8069/1990, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 13 jun. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 15 set. 2020.
- BRASIL. Presidência da República. Secretaria Geral. *Mapa do encarceramento: os jovens do Brasil*. Secretaria-Geral da Presidência da República e Secretaria Nacional de Juventude. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: <https://bibliotecadigital.mdh.gov.br/jspui/handle/192/89>. Acesso em: 12 set. 2020.
- BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos (MDH). *Levantamento anual sinase 2016*. Brasília: Ministério dos Direitos Humanos, 2018. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/crianca-e-adolescente/Levantamento_2016Final.pdf. Acesso em: 17 set. 2020.
- BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH). *Levantamento anual sinase 2017*. Brasília: Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/crianca-e-adolescente/LevantamentoAnualdoSINASE2017.pdf>. Acesso em: 17 set. 2020.
- FOUCAULT, M. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- MBEMBE, A. *Necropolítica*. Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política de morte. São Paulo: n-1 editora, 2018.
- NASCIMENTO, Abdias. *O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.
- NERI, Natasha Elbas. *"Tirando a cadeia dimenor": a experiência da internação e as narrativas de jovens em conflito com a lei no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: UFRJ/IFCS, 2009.
- RODRIGUES, Ellen. *A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente: rupturas, permanências e possibilidades*. 1 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.
- RODRIGUES, Ellen. Pane no sistema: o cenário nacional nos 25 anos do estatuto da criança e do adolescente. *Revista EPOS*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, jul./dez. 2015. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/epos/v6n2/05.pdf>. Acesso em: 19 set. 2020.
- RODRIGUES, R. Nina. *Os africanos no Brasil* [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. 303 p. ISBN: 978-85-7982-010-6. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/mmtct>. Acesso em: 28 set. 2020. (Trabalho original publicado em 1932).
- ROSÁRIO, M.; SILVA, M. I. *Plano Nacional de Atendimento Socioeducativo: diretrizes e eixos operativos para o SINASE*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2013.
- SDH. Secretaria de Direitos Humanos. Brasil. Presidência da República. *Levantamento anual Sinase 2013*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2015. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/ce/audiencias-publicas-1/apresentacoes/apresentacao-claudio-augusto-sinase>. Acesso em: 15 set. 2020.
- SDH. Secretaria de Direitos Humanos. Brasil. Presidência da República. *Levantamento anual dos/as adolescentes em conflito com a Lei – 2012*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.ens.ceag.unb.br/sinase/ens2/images/conteudo/levantamentos/Levantamento_2012%20Versao%20Final.pdf. Acesso em: 11 set. 2020.

PODE A CRIMINOLOGIA ESCUTAR? REFLEXÕES ENTRE OS PENSAMENTOS DOS FEMINISMOS MARGINAIS ÀS CRÍTICAS CRIMINOLÓGICAS

CAN THE CRIMINOLOGY LISTEN? REFLECTIONS BETWEEN THE MARGINAL FEMINISM
THOUGHTS TO THE CRIMINOLOGICAL CRITICS

Jéssica Santiago Cury

Mestre em Direito pela UNESP. Bacharela em Direito pela FDF. Professora de Direito Penal pela faculdade FINOM/MG. Advogada.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4892466565136195>

ORCID: 0000-0001-6850-9506

jessiscury@hotmail.com

Ana Carolina de Sá Juzo

Mestranda em Direito pela FDRP-USP. Bacharela em Direito pela FDF. Coordenadora adjunta do GEA-Escolas Penais (Ribeirão Preto). Advogada.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2415651561023629>

ORCID: 0000-0002-0401-7091

anacarolinajuzo@usp.br

Resumo: A proposta deste texto é questionar, a partir de nossa revisão de literatura narrativa, e enquanto pesquisadoras localizadas em locais de privilégios, se podemos escutar as vozes que ecoam da marginalidade: suas demandas, questionamentos e anseios no que se refere à crítica criminológica. Assim, recorreremos às epistemologias dos feminismos marginais conceituados por **bell hooks**, como uma forma de aporte teórico na tentativa de propor um deslocamento analítico e, assim, pensar horizontes dentro campo da crítica criminológica.

Palavras-chave: Criminologia Crítica - Feminismos marginais - Feminismos Negros - Feminismos Decoloniais - Epistemologia feminista.

Abstract: The purpose of this text is to inquiry whether, based on our narrative literature review and as researchers who occupy privileged places, we can hear the voices that echo from marginality: their demands, questions and anxieties regarding criminological criticism. To do so, we resort to the epistemologies of marginal feminisms conceptualized by bell hooks, as a form of theoretical contribution in an attempt to propose an analytical shift and, thus, to think paths and horizons within the field of criminological criticism.

Keywords: Critical Criminology - Feminist epistemology - Marginal feminisms - Black Feminisms - Decolonial Feminism.

INTRODUÇÃO

Referenciadas pelo questionamento da autora **Gayatri Spivak** - "pode o subalterno falar?" - que procura, por meio dessa indagação, a tarefa do intelectual, no sentido de criar espaços nos quais o subalterno possa se articular e quando assim fizer seja ouvido.¹ Sendo assim, a intenção aqui é refletir sobre a possibilidade de um deslocamento analítico da pergunta feita pela autora para a seguinte questão "pode a criminologia crítica escutar?". No sentido de pensarmos que enquanto pesquisadoras e pesquisadores não cabem a nós conceder voz, mas, necessariamente, escutar a pluralidade de vozes que ecoam. Não pretendemos conferir respostas definitivas, mas propor um ensaio provocativo, com a finalidade de explorar as possibilidades, reflexões e indagações que possam surgir a partir dessa provocação.

O lugar que ocupamos é marcado por questões de raça, gênero, classe e outros marcadores. Entendemos que as críticas criminológicas são campos que se propõem a construir um saber contra-hegemônico, no entanto, são campos constituídos por sujeitos localizados em local de privilégio. Nossa proposta aqui é perguntar, enquanto pesquisadoras situadas nesses locais privilegiados, se podemos, sem a pretensão de tentarmos dar vozes aos sujeitos localizados à margem, escutar? E se, nessa condição de escuta, somos capazes de fazê-lo de forma responsável para avançarmos na crítica. Dessa forma, procuramos contribuir para as discussões criminológicas críticas, ressaltando que sua hegemonia no campo parece encontrar

dificuldade em escutar as vozes que ecoam, suas reivindicações e denúncias.

Assim, partindo das observações acima elencadas, articulamos este texto da seguinte forma: primeiramente repensando as críticas criminológicas, posteriormente, colocando em pauta as epistemologias dos feminismos marginais como uma tentativa epistemológica de pensar novos caminhos e horizontes dentro da criminologia crítica, partindo das contribuições científicas das autoras mencionadas no texto.

(RE)PENSANDO AS CRÍTICAS: criminologia crítica, um campo de acesso?

Quando afirmamos que o campo da criminologia crítica se delineou como um estudo de um saber hegemônico, partimos da crítica de que este espaço não legitimou as pautas de diversos movimentos sociais, como as lutas antirracista e o movimento feminista, reduzindo suas narrativas em torno de uma cultura punitiva. **Camilla Prado** (2019) observa que a tese da esquerda punitiva limitou a discussão das articulações das pautas dos movimentos sociais com o sistema de justiça criminal, uma vez que construiu entraves nos diálogos, tornando o saber criminológico um local incapaz de compreender a pluralidade das demandas formadas por diversos grupos.

Thula Pires (2017), seguindo com a crítica da construção desse campo criminológico, questiona o pacto narcísico que a estruturou, observando que a criminologia, ao discorrer sobre seletividade

penal, teoria do etiquetamento e suas particularidades na América Latina, reproduziu a visão do negro estereotipada e homogeneizada. Em suas palavras:

Nosso principal ponto de desacordo está em que a denúncia da racialidade do sistema de justiça penal e do racismo institucional pela criminologia crítica hegemônica reproduziu a narrativa do “negro-tema” criticada por Guerreiro Ramos (1995). A tradição da criminologia crítica latino-americana acima destacada abordou a clivagem racial do sistema penal, a partir de categorias e valores eurocêntricos e de uma visão do negro estereotipada e homogeneizada. Nesses termos, foi incapaz de desvelar os códigos através dos quais o critério classe se operava de maneira racializada, assim como as variáveis de gênero, sexualidade e deficiência. O racismo estrutural não foi entendido em termos estruturais, mas como enunciação retórica de que o racismo das relações intersubjetivas extrapola as relações pessoais. (PIRES, 2017, p. 547)

Thula Oliveira Pires e Luanna Tomaz Souza (2020), em uma pesquisa bibliográfica e documental com artigos científicos submetidos a eventos sobre mulheres, sistema punitivo, pesquisas empíricas e ciências criminais,² propuseram reflexões sobre as perguntas e multiplicidades de vozes que existem entre os feminismos e os abolicionismos.

Argumentamos aqui que, além do abolicionismo, a suposta dicotomia de discursos criminais também parece existir entre a criminologia crítica (objeto de nossa reflexão) e os estudos feministas. Os estudos feministas sobre mulheres ou gênero se relacionaram bem depois com a criminologia crítica se comparado com os estudos sobre classe. Já os estudos sobre raça, segundo **Ana Flauzina** (2006), ainda seguem negligenciados nesse campo.

A criminologia, enquanto ciência empírica e independente, tem início “como um estudo de homens, sobre homens, que no delírio de afirmação de sua autoimagem como representativa do sujeito soberano, a enunciou como sendo uma perspectiva universal.” (SOUZA; PIRES, 2020).

E mesmo em meio a toda a heterogeneidade de escolas penais e criminológicas, percebemos um espaço unânime de subalternidade e invisibilidade de mulheres, tanto na ausência de autorias desses estudos – que não consideram textos de mulheres como marcos de movimentos penais ou criminológicos –, como das investigações sobre mulheres enquanto sujeitos ativos ou vítimas das relações com o desvio.

Muitas pesquisadoras, nesse sentido, também já demonstraram as relações entre o sistema penal e as desigualdades de gênero promovidas e reproduzidas pelo sistema de justiça, partindo de diferentes abordagens (como as pesquisas de **Ana Flauzina, Ana Gabriela Mendes Braga, Carmen Hein de Campos, Camila Prado, Marília Montenegro, Fabiana Cristina Severi, Vera Regina Pereira de Andrade, Wania Pasinato** e muitas outras). Desde as teses de estupro por cortesia, estupro corretivo, legítima defesa da honra, culpabilização de vítimas de estupro, culpabilização de vítimas de feminicídio, até os atendimentos recebidos na delegacia da mulher, conseguimos observar, a partir dessas pesquisas, resistências do sistema de justiça em incorporar as perspectivas de gênero em seu fazer jurisdicional.

Souza e Pires (2020) também argumentam que muitas demandas punitivistas na formação brasileira seriam reflexos da normalização dos casos de violência doméstica no país. O tratamento dado pelo sistema de justiça aos casos de violência não só (re)produziam justificativas públicas para perpetuação e naturalização das

violências do cisheteropatriarcado racista, como perversamente terminavam culpabilizando as mulheres pelas violências sofridas (SOUZA; PIRES, 2020).

A partir de estudos como o de **Bruna Pereira Jaqueto** sobre violência doméstica e raça, notamos como os atores dos sistemas de justiça interpretam a figura da mulher vítima, a partir de uma perspectiva racista e estereotipada, ignorando as contribuições dos estudos em interseccionalidade.³

A criminologia crítica, que se propõe a estar amparada em epistemologias feministas e antirracistas, pode adotar perspectivas que promovam o diálogo com as pautas antipunitivistas. E o esforço maior do campo deve ser o de atenção e escuta para as reivindicações dos movimentos antirracistas e feministas.

FEMINISMOS MARGINAIS, um campo de possível diálogo

Aqui, cabe destacarmos o motivo da escolha do uso da expressão feminismos marginais para discorrer sobre a temática. A escolha foi motivada pelas lições de **bell hooks**⁴ (1990). Para a autora, a marginalidade é um lugar de resistência, é um campo de abertura radical, um local de oposição da vítima, onde se propõe a formação da cultura contra-hegemônica, um espaço que só é alcançável por meio da luta, dor e sofrimento (HOOKS, 1990).

Assim, tomando por base o que **bell hooks** denomina “política de localização” (HOOKS, 1990), acreditamos que, enquanto pesquisadoras, devemos situar de onde falamos para que, assim, possamos identificar os espaços nos quais começaremos a nosso processo de (re)visão (HOOKS, 1990, p. 223).

Deste modo, ao tratar dos feminismos marginais em diálogo e provocações com a criminologia crítica, remete-nos a uma discussão epistemológica, pois, como observa **Patrícia Hil Collins**, é ela que determina o que merece ser investigado, quais paradigmas interpretativos serão usados para sua análise e para qual uso servirá este conhecimento (COLLINS, 2000, p. 252). Ademais, compreende-se como epistemologia os parâmetros usados para acessar o conhecimento ou a razão pela qual acreditamos que seja verdade (COLLINS, 2000, p. 252).

Assim, nessa busca de questionar as epistemologias que estão postas dentro do campo da criminologia crítica, nós buscamos aportes dentro das vertentes do feminismo decolonial, feminismo negro e novos caminhos trilhados por pesquisadoras dentro da crítica criminológica, como **Camilla Prado, Thula Pires**.

Nesse sentido, o feminismo decolonial, com a proposta de questionar as vertentes feministas do Norte Global, introduz o conceito de “colonização do gênero”, entendida como “categoria fundamental, como o que constitui o sistema de poder capitalista global, pois além de classificar os povos, realiza um processo de redução ativa das pessoas, tornando algumas menos que serem humanos: as/os colonizadas/os” (JUNIOR, ROSA, 2020, p. 520).

Sob essa perspectiva, **Yuderkys Espinosa-Miñoso** (2014), com a proposta de uma produção teórica antirracista e decolonial, sustenta que o feminismo decolonial demonstra como a teoria feminista clássica produzida por um grupo específico de mulheres, que têm o privilégio epistêmico graças às suas origens de classe e raça, não servia para interpretar a realidade de mulheres racializadas e de origens de territórios colonizados (ESPINOSAMIÑOSO, 2014, p. 7-8). Deste modo, a autora observa o feminismo decolonial como uma aposta epistêmica, uma vez que permite a construção de um saber que legitime a construção de conhecimentos situados por meio da experiência concreta.

Em diálogo com o pensamento decolonial, os feminismos negros, nas palavras de **Sueli Carneiro**, procuram o “enegrecimento do feminismo”, como forma de “revelar a insuficiência teórica e prática política para integrar as diferentes expressões do feminismo em sociedades multirraciais e pluriculturais” (CARNEIRO, 2006, p. 118). E como explicita **Lélia Gonzalez** “a tomada de consciência da opressão ocorre, antes de tudo, pelo racial”⁵

Sob o espectro da criminologia crítica, **Thula Pires** (2017) propõe lentes epistemológicas na tentativa de articular pautas propostas pelo movimento negro e academia. Assim, destaca a importância da crítica criminológica, das vertentes abolicionistas. No entanto, reflete o pacto narcísico que a estruturou. Nesse sentido, observa que, para além de questionar a pena prisão, é necessário refletir sobre o sistema de privilégios, as vantagens historicamente usufruídas por homens brancos, cisheterossexuais e proprietários que a estruturou (PIRES, 2017).

Camila Prando (2019), ainda dentro do campo da crítica criminológica, observa como um caminho para avançarmos na crítica à ruptura das dicotomias modernas (mente/corpo, razão/emoção) e da necessidade de posicionarmos o nosso ponto de vista enquanto pesquisador(as), destacando: i) novas molduras interpretativas capazes de questionar a agenda e as bases da produção do campo, citando como boas fontes as teorias raciais, feministas, pós-coloniais; ii) uma agenda ativa de representações plurais entre os pesquisadores; iii) o uso de novos métodos e gramáticas na produção do campo, com a finalidade de não provocar violência epistêmica (PRANDO, 2019, p. 42).

Deste modo, a partir das reflexões propostas pelas autoras citadas, acreditamos que pensar e questionar os conceitos da criminologia

crítica requer de nós pesquisadoras posicionamento social e político, assim como pensar feminismos também.

É POSSÍVEL UMA ESCUTA RESPONSÁVEL? Diálogos entre feminismos marginais e horizontes das críticas criminológicas – considerações finais

Amparadas no questionamento de **Gayatri Spivak**, acreditamos que o campo da criminologia crítica tem potencialidades para ouvir, de forma responsável, epistemologias feministas que atravessam o campo dos feminismos subalternos conceituados por **bell hooks**.

Autoras e autores que integram movimentos criminológicos críticos ou abolicionistas, ao apontarem o movimento feminista como punitivista ou acrítico em relação ao poder punitivo, ignoram a pluralidade e complexidade de um grupo que lutou pela descriminalização de condutas, pela desigualdade de gênero em tipos penais e pela promulgação de uma Lei que deve ser interpretada como política pública, frutos de tratados, convencionaisidades e direitos humanos das mulheres.⁶

Por isso, concordamos com as reflexões trazidas pela pesquisa de **Thula Oliveira Pires** e **Luanna Tomaz Souza** (2020), que propõe problematizar as perguntas dicotômicas que existem sobre feminismos e sistema penal. Perguntas sobre o que as mulheres desejam para o agressor e se o punitivismo fala mais alto que o feminismo parecem não ser capazes de questionar a complexidade de vozes que existem dentro dos movimentos criminológicos e de mulheres. A metáfora da polifonia trazida pelas autoras pode ser posta também para os diálogos entre as vozes que transitam na criminologia crítica e nos estudos feministas. Isso nos faz acreditar que, mais do que entrelaçar as narrativas, ela permitiria que a criminologia crítica escutasse a pluralidade de vozes e discursos, como os de raça e gênero.

Notas

- ¹ “Segundo Spivak, a tarefa do intelectual pós-colonial deve ser de criar espaços por meio dos quais o sujeito subalterno possa falar para que, quando ele ou ela o faça, possa ser ouvido (a). Para ela não se pode falar pelo subalterno, mas pode-se trabalhar “contra” a subalternidade, criando espaços nos quais o subalterno possa se articular e, como, consequência, possa também ser ouvida (ALMEIRA, Sandra Regina Goulart. Apresentando Spivak. Prefácio. In: SPIVAK, Gayatri Chakravorty. *Pode o subalterno falar*. 2010, p. 16-17)”.
² Segundo as autoras, “foram analisados os artigos que refletiam sobre o conflito sobre teorias feministas e criminológicas no enfrentamento às violências contra as mulheres”. (PIRES; SOUZA, 2020, p. 142)
³ Kimberlé Crenshaw, em seu texto “Background Paper for the Expert Meeting on Gender Related Aspects of Race Discrimination”, conceitua interseccionalidade como: “A interseccionalidade é uma conceituação do problema que busca capturar as consequências estruturais e dinâmicas da interação entre dois ou mais eixos da subordinação. Ela trata especificamente da forma pela qual o racismo, o patriarcalismo, a opressão de classe e outros sistemas discriminatórios criam desigualdades básicas

Referências

- CARNEIRO, Sueli. Enegrecer o feminismo: a situação da mulher negra na América Latina a partir de uma perspectiva de gênero. *Racismos contemporâneos*. Rio de Janeiro: *Takano Editora*, v. 49, p. 49-58, 2003.
- COLLINS, Patricia Hill. *Black Feminist Thought: Knowledge, Consciousness, and the Politics of Empowerment*. New York, NY: Routledge, 2000.
- COLLINS, Patricia Hill. Comment on Hekman’s “Truth and Method: Feminist Stanpoint Theory Revisited”: Where’s the power?. *The University of Chicago Press*, Chicago, v. 22, n. 2, p. 375-381, 1997. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/3175278?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em: 15 jan. 2021.
- ESPINOSA-MIÑOSO, Yuderlys. Una crítica descolonial a la epistemología feminista crítica. *El cotidiano*, n. 184, p. 7-12, 2014.
- HOOKS, bell. *Yearning: race, gender, and cultural politics*. Cambridge: South End Press, 1990.
- PEREIRA, Bruna Cristina Jaquette. *Tramas e dramas de gênero e de cor: a violência doméstica e familiar contra mulheres negras*. 2013. Dissertação (Mestrado em Sociologia) — Instituto de Ciências Sociais, Universidade de Brasília, Brasília, 2013. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/13490>. Acesso em: 15 jan. 2021.
- PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. *Criminologia crítica e pacto narcísico*: por uma crítica criminológica apreensível em português, n. 135, p. 541-562, 2017.
- PRANDO, Camila. The Margins of Criminology: Challenges from a Feminist Epistemological Perspective. *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, v. 8, n. 1, p. 34, 2019.
- ROSA, Rayane Marinho; JUNIOR, Humberto Ribeiro. Raça, gênero e colonialidade: interpretações epistemológicas na produção criminológica crítica brasileira. *Revista Quaestio Iuris*, v. 13, n. 01, p. 508-527, 2020.
- SEVERI, Fabiana Cristina. *Enfrentamento à violência contra as mulheres e à domesticação da Lei Maria da Penha*: elementos do projeto jurídico feminista no Brasil. Tese (Livro-Docência em Direitos Humanos) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2017.
- SOUZA, Luanna Tomaz; PIRES, Thula Oliveira. É possível compatibilizar abolicionismos e feminismos no enfrentamento às violências cometidas contra as mulheres?. *Revista Direitos Culturais*, [S.l.], v. 15, n. 35, p. 129-157, dez. 2019. ISSN 2177-1499. Disponível em: <http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/3274>. Acesso em: 02 nov. 2020.
- SPIVAK, Gayatri Chakravorty. *Pode o subalterno falar*. UFMG, 2010.

Recebido em: 03.11.2020 - Aprovado em: 20.12.2020 - Versão final: 18.01.2021

A INÉPCIA LEGISLATIVA DISFARÇADA DE TIPO PENAL

LEGISLATIVE INEPTITUDE DISGUISED AS CRIMINAL OFFENSE

Tiago Joffily

Doutor e mestre em Direito Penal pela UERJ. Professor Adjunto de Direito Penal da FND/UFRJ. Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9768893094846933>

ORCID: 0000-0003-0647-0479

joffily@msn.com

Resumo: O artigo analisa a nova figura típica equiparada ao tráfico de drogas introduzida no art. 33, §1º, inciso IV, da Lei 11.343/06, como expressão máxima da inépcia legislativa que caracterizou o chamado Pacote Anticrime, na medida em que, ao estabelecer o “agente policial disfarçado” como elemento do tipo penal, o legislador acabou tornando a norma inaplicável, visto que tal circunstância necessariamente deverá estar abarcada pelo dolo do agente supostamente ludibriado pelo disfarce.

Palavras-chave: Direito Penal - Pacote Anticrime - Lei de Drogas - Agente Disfarçado - Tipicidade

Abstract: The article analyzes the new criminal offense introduced in Law 11.343/06 by the so-called Anti-Crime Package as the ultimate expression of legislative’s ineptitude, considering that, by establishing the “undercover police agent” figure as element of the offense definition, the legislator ended up making a useless norm, since the perpetrator’s intent must necessarily encompass that circumstance.

Keywords: Criminal Law - Anti-Crime Package - Drug Law - Undercover Agent - Offense definition

Faz aproximadamente um ano que a Lei 13.964/2019, batizada de Pacote Anticrime, entrou em vigor. A nova lei trouxe muitas e graves alterações na legislação penal, processual penal e de execução penal brasileira, tendo merecido, inclusive, a publicação de edições especiais deste Boletim para tratar especificamente do tema.

Há um dispositivo da lei, contudo, que embora abordado e analisado por muitos dos que sobre ela se debruçaram parece ainda não ter recebido da doutrina a crítica devida. Trata-se do art. 33, §1º, inciso IV, da Lei 11.343/2006, que introduziu no ordenamento jurídico mais uma figura típica equiparada ao crime de tráfico de drogas, de modo a punir com a mesma pena do *caput* a conduta daquele que “vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente”.¹

Cuida-se, indubitavelmente, de norma penal incriminadora, tal como são todas as demais condutas equiparadas ao crime básico de tráfico de drogas previstas no §1º, do art. 33. Quanto a isso, não pode haver dúvida, já que existe um sem número de pessoas já condenadas, inclusive, pela prática das condutas equiparadas previstas nos incisos I, II e III do referido dispositivo, seja pelo tráfico de insumos, seja pelo plantio de matéria-prima para a preparação de drogas ou mesmo pelo auxílio material prestado à prática do tráfico tornado ilícito. De fato, praticamente todos aqueles que já se debruçaram sobre o novo dispositivo trazido pela Lei 13.964/2019 o tratam exatamente como um novo tipo penal,² a versar sobre a conduta daquele que vende ou entrega droga a agente policial disfarçado.

Ao analisarem a nova figura típica, no entanto, os autores parecem se circunscrever à discussão envolvendo a legitimidade da incriminação em face do que já foi decidido e sumulado pelo Supremo Tribunal Federal há mais de meio século no enunciado 145, segundo o qual “não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”. A partir daí, costuma-se reabrir a discussão em torno da distinção entre flagrante preparado e flagrante esperado, alegando os que se entusiasмам com a nova

lei que ela apenas teria positivado o entendimento que já prevalecia nos Tribunais,³ enquanto que seus críticos afirmam que a hipótese é justamente uma tentativa mal-ajambrada de contornar a súmula do STF e, com isso, incriminar conduta praticada num contexto em que seria impossível a consumação do delito (ou a afetação do bem jurídico).⁴

A discussão poderia até ser relevante, acaso o legislador não tivesse incorrido em impropriedade técnica grosseira, que reduziu o dispositivo inserido na Lei de Drogas a uma completa aberração jurídica, sem qualquer aplicabilidade prática.

E o problema não reside, tampouco, na estratégia inusitada e covarde de imputar a prática de um crime a partir, não da demonstração da sua efetiva ocorrência, mas da existência de “elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente”, como se a certeza da ocorrência de um crime decorresse da dúvida razoável sobre a prévia existência de outro. Não, o verdadeiro xis da questão está na ignorância do legislador acerca dos conceitos mais basilares do Direito Penal, em especial sobre como funciona o elemento subjetivo do injusto nos crimes punidos a título de dolo.

Ora, o art. 33, §1º, inciso IV, da Lei de Drogas, consiste (ainda que na forma de um arremedo) em norma penal incriminadora, em verdadeiro tipo penal. E se esse tipo penal descreve uma conduta dolosa, então, para que a conduta possa ser considerada típica, é imperioso que o agente tenha consciência (e vontade) de que, ao agir, realiza cada um dos elementos que compõe o tipo penal.

A apresentação do conceito de dolo há séculos consolidado na dogmática jurídico-penal dispensa, aqui, a citação de qualquer doutrina ou jurisprudência como fonte informativa. Quer se adote uma teoria puramente cognitiva ou uma teoria volitiva, tanto faz, é absolutamente incontroverso e do conhecimento de qualquer estudante de graduação que só há dolo quando o sujeito ativo tem consciência de que, ao agir, pratica cada um dos elementos contidos no tipo legal. Essa, aliás, é uma decorrência lógica do próprio *caput* do art. 20, do Código Penal, que dispõe sobre a figura do erro de tipo.

Ocorre que o legislador, no caso específico em exame, decidiu inserir no tipo legal do art. 33, §1º, inciso IV, a circunstância de que

a droga deva ser vendida ou entregue pelo autor do delito a “agente policial disfarçado”. Assim, ao colocar essa circunstância como um elemento típico, o legislador automaticamente passou a exigir que essa elementar fosse também abarcada pelo dolo do autor, de modo que, para ser típica a conduta, é preciso que o traficante tenha conhecimento de que vende ou entrega droga a “agente policial disfarçado”. Do contrário, não há dolo; e sem dolo a conduta é atípica, visto que não há previsão de punição do tráfico de drogas na modalidade culposa.

Como se vê, é difícil imaginar uma situação concreta em que o novo tipo penal possa vir a ser aplicado. Afora algum caso envolvendo um inimputável como autor da conduta típica, é de todo improvável que um traficante resolva vender droga a alguém que ele sabe ser policial disfarçado. Num fantasioso caso como esse, agora tipificado em lei, o mais provável é que seja o traficante o agente disfarçado, e não o policial (esse sim ludibriado, se não pelo traficante, ao menos pelo legislador).

Outro elemento estranho inadvertidamente inserido pelo legislador no novo tipo do art. 33, §1º, inciso IV, é a exigência da presença de “elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente”. Pela imprecisão do que poderia ser considerado “elementos probatórios razoáveis”, pode-se dizer que se trata de um elemento normativo do tipo, o qual também deve estar abarcado pelo dolo do agente, de modo que o traficante, na hipótese alucinada tipificada em lei, teria que saber, não só que o consumidor é um agente policial disfarçado, como também que sobre seu próprio comportamento pretérito existem provas razoáveis de prática criminosa.⁵ Talvez, no imaginário legislativo, o policial disfarçado pudesse atualizar o traficante do conjunto probatório reunido contra ele na investigação que levou à sua atuação dissimulada antes de ver consumado o delito ora em estudo. Difícil saber o que se passava na cabeça do legislador no momento da elaboração da norma.

Alguém determinado a sair em defesa do texto legal poderia até tentar dizer que as expressões antes mencionadas (“agente policial disfarçado” e “elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente”) constituiriam condições objetivas de punibilidade do delito, de modo que, seguindo a doutrina majoritária, não precisariam estar abrangidas pelo dolo do agente, mas apenas ocorrer objetivamente para que a conduta fosse considerada punível. Justamente por não serem passíveis de conceituação ou

classificação precisa, **Jimenez De Asúa** costumava designar essas figuras erráticas do Direito Penal de verdadeira “colcha de retalhos”,⁶ formada por tudo aquilo que não se sabe exatamente o que seja. Ocorre que a conduta básica de vender ou entregar “drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar” já é, por si só, punível segundo o mesmo art. 33; e punível com a mesma pena do *caput*, aliás. Assim, resta claro que a mudança trazida pela Lei não estabelece novos pressupostos materiais de punibilidade para um delito que, de outra forma, não seria punido ou que, ao menos, seria punido com intensidade diversa daquela prevista no novo tipo penal. Definitivamente, seja lá qual for a definição de condição objetiva de punibilidade, a nova Lei não estabeleceu “condições” para punir ou punir diferente. Ela simplesmente tratou de uma situação fática cujo enquadramento na figura típica do *caput* do art. 33 era controvertida na doutrina e jurisprudência pátrias não por falta de qualquer pressuposto material específico, mas justamente pela resistência de muitos em aceitar a ideia de que o Estado possa, a pretexto de combatê-lo, contribuir para a ocorrência de um crime que de outra forma não existiria.

É claro que a situação poderia ser diferente, caso o legislador, dominando minimamente a técnica (ou não a violando de forma tão escandalosa), decidisse inserir tal discussão na lei na forma de uma norma explicativa,⁷ onde deixasse expressa a escolha legislativa pela punibilidade do crime de tráfico (art. 33, *caput*) mesmo quando a conduta envolvesse agente policial disfarçado, desde que não restasse dúvidas de que, com sua conduta anterior, o autor já tivesse realizado qualquer das ações abarcadas pelo tipo misto alternativo. Nesse caso, sim, restaria então o debate já bastante explorado acerca da possibilidade jurídica, ou não, dessa escolha frente aos princípios constitucionais da lesividade e da não autoincriminação. Mas, definitivamente, não foi por aí que trilhou o legislador.

Ao fim e ao cabo, a sensação que fica é a de que foi a inépcia, associada a uma certa malandragem tosca e vulgar, que se disfarçou de lei penal na tentativa de impor solução jurídica para lá de questionável e que busca, agora, chancela judicial para ser colocada em prática. Até o presente momento, felizmente, não se tem notícia de condenações ou mesmo imputações com base no art. 33, §1º, inciso IV, da Lei de Drogas. Que sirva esse breve texto de alerta para que não venham a ocorrer.

Notas

- ¹ As considerações aqui desenvolvidas em relação ao tipo do art. 33, §1º, inciso IV, da Lei de Drogas, se aplicam igual e inteiramente aos tipos também introduzidos pela Lei Anticrime nos arts. 17, §2º, e 18, p. ún., do Estatuto do Desarmamento. Por economia, e para não cansar o leitor, nos circunscreveremos à alteração feita na Lei de Drogas, rogando que as mesmas críticas sejam estendidas aos outros dispositivos citados.
- ² Assim, *v.g.*, SANTOS, 2020. Versão digital, RB-11.2.
- ³ SOUZA; CUNHA e LINS, 2019.
- ⁴ MOREIRA, 2020.
- ⁵ Não esclarece a lei, contudo, se tais práticas criminosas devem ser ou não relacionadas a tipos penais abarcados pela Lei de Drogas, omissão esta que poderá ensejar calorosos debates doutrinários e jurisprudenciais acaso superados os empecilhos técnicos aqui apresentados.
- ⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA *Apud* CARVALHO, 2008, p. 70.

Referências

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.
_____. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.
_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 145. Aprovada na sessão plenária de 06.12.1963.
CARVALHO, Érika Mendes. Punibilidade e Delito. São Paulo: RT, 2008.
MOREIRA, Rômulo de Andrade. Armas, drogas e o flagrante provocado: a história de mais um retrocesso. *Conjur*, 28 fev. 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-fev-28/romulo-moreira-armas-drogas-flagrante-provocado>. Acesso em 04.01.2021.
NETO, Francisco Sannini. A figura do agente policial disfarçado consolida técnica de investigação criminal. *Jus.com.br*, maio 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/arti->

- ⁷ O Delegado de Polícia de São Paulo Francisco Sannini Neto defende ser justamente essa a natureza da norma introduzida pela Lei 13.964/2019 no art. 33, §1º, inciso IV, da Lei de Drogas: a de uma norma explicativa, e não verdadeiramente um tipo penal. Sua preocupação, no entanto, não está relacionada à problemática do dolo aqui exposta, mas sim ainda à controvérsia em torno da possibilidade, ou não, de incriminação daquele que vende droga em uma situação de flagrante preparado. De acordo com a sua tese (que nos parece absolutamente equivocada, diga-se), a conduta pela qual é punido o agente nesses casos, na verdade, não é a de vender ou entregar droga a agente policial disfarçado, mas sim aquela outra, prévia, acerca da qual a lei agora exigiria a presença de “elementos probatórios razoáveis” (NETO, 2020). Como poderia ser alguém condenado pela prática de um crime pretérito do qual não se teria prova cabal, mas apenas “elementos probatórios razoáveis”; isso o autor não chega a esclarecer.

gos/81754/a-figura-do-agente-policial-disfarçado-consolida-tecnica-de-investigacao-criminal. Acesso em: 04 jan. 2021.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Comentários ao Pacote Anticrime. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

SOUZA, Luciano Anderson de. Comentários ao Pacote Anticrime. São Paulo: RT, 2020.

SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches; e LINS, Caroline de Assis e Silva. A nova figura do agente disfarçado prevista na Lei 13.964/2019. *Meu site jurídico.com.br*, 27 dez. 2019. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/12/27/nova-figura-agente-disfarçado-prevista-na-lei-13-9642019/>.

Recebido em: 07.01.2021 - Aprovado em: 21.04.2021 - Versão final: 18.05.2021

DELAÇÃO PREMIADA E IMAGINÁRIO PUNITIVO: UMA ANÁLISE A PARTIR DO DISCURSO MIDIÁTICO

PLEA AGREEMENT AND PUNITIVE IMAGINARY: AN ANALYSIS FROM THE MEDIA DISCOURSE

Raphael Boldt

Pós-Doutorado em Criminologia pela Universität Hamburg (bolsa DAAD). Doutor e Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV), com estágio doutoral na Johann Wolfgang Goethe-Universität (Frankfurt am Main). Professor nos cursos de Graduação e Pós-Graduação na FDV. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7059830980608621>

ORCID: 0000-0002-1625-9856

raphaelboldt@hotmail.com

Resumo: As representações simbólicas punitivas hegemônicas surgem das condições históricas concretas de uma comunidade política, atrelando-se não apenas às suas condições materiais de reprodução da vida social, mas também aos seus universos simbólicos (míticos, religiosos, culturais) que orientam práticas sociais específicas. Assim, o artigo analisa, desde a perspectiva criminológica, de que forma a articulação entre o discurso midiático e a Operação Lava Jato contribuíram para a naturalização da delação premiada no processo penal brasileiro e a conformação do imaginário punitivo contemporâneo.

Palavras-chave: Delação Premiada - Imaginário Punitivo - Discurso Midiático - Lava Jato - Criminologia.

Abstract: The hegemonic punitive symbolic representations arise from the concrete historical conditions of a political community, being linked not only to its material conditions for the reproduction of social life, but also to its symbolic universes (mythical, religious, cultural) that guide specific social practices. Thus, the article analyzes, from a criminological perspective, how the articulation between media discourse and Operation Lava Jato contributed to the naturalization of the award-winning plea in the Brazilian criminal process and the conformation of the punitive imaginary.

Keywords: Plea Agreement - Punitive Imaginary - Media - Car Wash - Criminology.

Segundo **Pavarini (1999)**, o objeto da criminologia seria a questão criminal, ou seja, um conjunto de fenômenos não homogêneos entre si, o que exigiria, por consequência, para sua adequada análise, métodos plurais. Múltiplas questões, inúmeros enigmas, respostas variadas, a partir dos quais emergem as pontes necessárias à travessia, à estrutura e ao movimento da compreensão do fenômeno criminal.

A hipótese que norteia este ensaio consiste na percepção de que a criminologia constitui, no plano epistemológico, uma hermenêutica crítica da questão criminal. Nesse sentido, a noção de imaginário punitivo aqui desenvolvida, enquanto universo de representações simbólicas sobre a questão criminal, se articula como um jogo ininterrupto entre as formas oficiais de controle social, impostas principalmente pelo direito estabelecido ou positivado (amparadas pelos discursos jurídicos e criminológicos dominantes de justificação do exercício do poder punitivo) e um amplo espectro de representações simbólicas em permanente tensão com tais formas instituídas. Assim, o imaginário punitivo repousa tanto nas formas instituídas do direito posto, com suas práticas e seus discursos de justificação, quanto em um imaginário jurídico, espécie de infradireito

"gerador das mais diversas formas de costumes, hábitos, práticas e discursos que não cessam de agir, de dentro, sobre os modelos oficiais do direito instituído".¹

As representações simbólicas punitivas hegemônicas emergem, pois, das condições históricas concretas de uma dada comunidade política, atrelando-se não apenas às suas condições materiais de reprodução da vida social, mas também aos seus universos simbólicos (míticos, religiosos, culturais) que orientam práticas sociais específicas. Neste cenário, a consolidação sistemática de um saber voltado à compreensão e à explicação das condutas desviantes e das estratégias de controle social apresenta uma gênese histórica complexa. Por conta disso, a compreensão do funcionamento dessas estratégias no campo penal, como é o caso da delação premiada, pressupõe considerar também o discurso midiático como narrativa funcional à justificação do poder punitivo. Nesse terreno, essencialmente interdisciplinar, o presente texto busca – sem a pretensão de apresentar recortes parciais como a totalidade da produção discursiva da mídia sobre a operação Lava Jato² – lançar uma resposta introdutória às seguintes indagações: em que medida os meios de comunicação contribuíram para a consolidação da

delação premiada como um dos principais métodos para a obtenção de provas no processo penal brasileiro? Como o discurso midiático e a Lava Jato se articulam na conformação do imaginário punitivo?

Enquanto *episteme*, o imaginário punitivo dominante assume a forma de um saber sacralizado, revelado por uma autoridade transcendental, a partir de um poder político incontestável. O exercício desse poder se realiza mediante a técnica do interrogatório, da indagação, imprescindível para determinar a verdade. Práticas punitivas e de autenticação da verdade engendram-se, nos termos de Foucault (1999), a partir de uma nova racionalidade. É sobretudo como saber-poder inquisitorial que o poder punitivo se estabelece e se desenvolve. Com a ascensão da justiça penal negocial e de institutos como a delação premiada, os discursos justificadores da pena abdicaram da retórica do princípio da humanidade para aderir à lógica utilitarista, que assume explicitamente a violência estrutural e a incapacidade de humanização do poder punitivo.

Importa perceber que as formas de compreensão da realidade estão sempre atravessadas pela imaginação e pelo mítico, e mesmo o pensamento científico não se encontra determinado objetivamente por processos causais ou puras manifestações empíricas concretas. Portanto, as fontes do imaginário punitivo repousam nas mais diversas formas de saber, que também atuam como produtoras de sentido na construção social e histórica daquilo que chamamos de "realidade". Em decorrência disso, é possível concluir que o conhecimento jurídico-penal e criminológico se constitui a partir de uma tensão dialética entre as formas concretas da vida social e suas projeções imaginárias que conformam, sempre ideologicamente, suas manifestações históricas.

No caso brasileiro, a Operação Lava Jato exerceu, senão uma função instituinte, um papel normalizador da delação premiada como instrumento de obtenção e autenticação da verdade. Mais do que apenas difundir e legitimar concretamente inúmeras delações, a Lava Jato se propunha a atuar como mecanismo transformador de valores (igualdade, integridade, desempenho, eficiência etc.), capaz de internalizar, irrefletidamente e em todos os estratos sociais, práticas

penais que traduzem, principalmente, a "ideologia do desempenho". Paradoxalmente, esse processo acirrou a humilhação social de investigados e réus, e potencializou as ilegalidades produzidas e geridas historicamente pelo sistema penal em sua busca por estratégias mais eficientes no controle do crime, principalmente no que se refere aos "crimes de colarinho branco" (SUTHERLAND, 1983).

Em uma série de matérias jornalísticas e artigos publicados pelos principais veículos de comunicação do país, é possível notar os pontos de apoio da narrativa que procurou fomentar a crença na delação premiada como instrumento jurídico indispensável no campo penal. Em artigo publicado pela Revista Época, intitulado

COM A ASCENSÃO DA JUSTIÇA
PENAL NEGOCIAL E DE INSTITUTOS
COMO A DELAÇÃO PREMIADA, OS
DISCURSOS JUSTIFICADORES DA
PENA ABDICARAM DA RETÓRICA DO
PRINCÍPIO DA HUMANIDADE PARA
ADERIR À LÓGICA UTILITARISTA

"As luzes da delação premiada", escrito pelo Procurador da República Deltan Dallagnol (2015), destaca-se a seguinte passagem: "A colaboração do delator oferece ao investigador a oportunidade de iluminar o labirinto da corrupção e descobrir os melhores caminhos para desvendá-lo". Em matéria produzida pelo jornal *O Globo*, jornalistas declaram que as

"colaborações são fundamentais para o sucesso da investigação" (BENEVIDES; FERNANDES, 2014). Da mesma forma, em artigo de Fausto de Sanctis (2015), também publicado pelo grupo Globo, o autor afirma que "opor-se à delação premiada é repelir a justiça". Assim sendo, a delação é apresentada pelo discurso dos veículos de comunicação não apenas como pressuposto para o "combate à corrupção", mas condição de possibilidade da própria justiça.

No espectro jurídico-político mais essencial, talvez a Lava Jato represente o instante inaugural, o "momento fundador" da delação premiada no Brasil. Embora já estivesse prevista no ordenamento jurídico pátrio desde o início da década de 90, a sua consolidação se manifesta por meio da promessa de um país "passado a limpo", de um tipo de discurso retórico que visa à produção de efeitos práticos. Nos termos de Ost (2002), a fundação é sempre uma promessa e, gostemos ou não, a delação premiada como estratégia primordial da Lava Jato inaugurou um novo cenário que pretende, igualmente, forjar e consolidar uma nova ordem.

Notas

¹ (OST, 2002, p. 05 e ss.); (CARVALHO, 2014).

² Para um estudo mais amplo sobre a relação entre a Operação Lava Jato e a narrativa dos meios de comunicação de massa, ver Andrade (2018).

Referências

ANDRADE, Eliane Righi de. A apropriação do discurso da Lava Jato pela mídia: a formação de arquivos de memória sobre o evento e seus personagens principais. *Polifonia*, Cuiabá, v. 25, n. 371, p. 01-170, jan./abr. 2018.

BENEVIDES, Carolina; FERNANDES, Leticia. Delações em série: com 12 acordos fechados, Lava-Jato tem colaboração recorde. *O Globo*, Brasil, 21 dez. 2014. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/delacoes-em-serie-com-12-acordos-fechados-lava-jato-tem-colaboracao-recorde-14888671>. Acesso em: 07 jul. 2021.

BOLDT, Raphael. *Processo penal e catástrofe: entre as ilusões da razão punitiva e as imagens utópicas abolicionistas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CARVALHO, Thiago Fabres de. *Criminologia, (In)visibilidade, Reconhecimento*. O controle penal da subcidadania no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

DALLAGNOL, Deltan. As luzes da delação premiada. *Época*, 04 jul. 2015. Disponível em:

<https://epoca.globo.com/tempo/noticia/2015/07/luzes-da-delacao-premiada.html>. Acesso em: 07 jul. 2021.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 1999.

OST, François. *O Tempo do Direito*. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

PAVARINI, Massimo. *Control y Dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. Madrid: Siglo Veinteuno, 1999.

SANCTIS, Fausto de. "Opor-se à delação premiada é repelir a Justiça", *Época*, 03 jul. 2015. Disponível em: <https://epoca.globo.com/tempo/noticia/2015/07/fausto-de-sanctis-opor-se-delacao-premiada-e-repelir-justica.html>. Acesso em: 07 jul. 2021.

SUTHERLAND, Edwin H. *White collar crime — the uncut version*. New Haven: Yale University Press, 1983.

Recebido em: 23.04.2021 - Aprovado em: 27.05.2021 - Versão final: 09.07.2021

REFLEXÕES SOBRE O ESTUDO COMPARADO DA *OVERCHARGING* NORTE-AMERICANA: RECOMPENSAS E DESAFIOS

REFLECTIONS ON THE COMPARATIVE STUDY OF NORTH AMERICAN *OVERCHARGING*:
REWARDS AND CHALLENGES

Vitor Souza Cunha

Doutorando em Processo Penal pela USP. Mestre em Direito pela UCB. Procurador da República.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5882506704353004>

ORCID: 0000-0001-9460-4128

vitor85@gmail.com

Resumo: O artigo busca discutir desafios metodológicos relacionados ao estudo comparado da *overcharging* norte-americana. Sem discrepar do que ocorre em relação à análise comparada do sistema jurídico estadunidense, o estudo comparado da *overcharging* possui limitações e demanda cuidados específicos. No entanto, o emprego de métodos que diminuam o risco de equívocos e que permitam uma melhor compreensão dos institutos jurídicos norte-americanos pode contribuir decisivamente para o alcance das finalidades do estudo comparativo.

Palavras-chave: Direito Comparado - Processo Penal - Justiça penal consensual - *Plea bargaining* - *Overcharging*.

Abstract: The paper aims to discuss methodological issues related to the comparative study of the american *overcharging*. Without departing from what usually happens in relation to the comparative analysis of the US legal system, the comparative study of *overcharging* has limitations and requires peculiar cautions. However, the use of methods that reduce the risk of misunderstandings and that facilitate a better understanding of the american legal institutes can significantly contribute to the achievement of the purposes of the comparative study.

Keywords: Comparative law - Criminal procedure - Consensual criminal justice - *Plea bargaining* - *Overcharging*.

1. Introdução

Para o bom desempenho do ofício de jurista, o recurso à atividade comparatista é estratégia tão antiga quanto desafiadora. A dificuldade de empreender um estudo comparado, porém, não pode ser tomada como um obstáculo intransponível a sua realização. Tampouco a antiguidade da prática permite que se sustente se tratar de atividade obsoleta ou antiquada. Pelo contrário. O processo de globalização, cujos limites são diuturnamente ultrapassados pela irrupção de novas revoluções tecnológicas, evidenciam a atualidade e a importância do Direito Comparado.

Em virtude da relevância desse tema no âmbito do processo penal, é com grande satisfação que proporemos reflexões sobre o instigante texto de **Pedro Luís Camargo**, recentemente publicado nesse espaço, que buscou avaliar a existência de riscos da prática da *overcharging* norte-americana no contexto da justiça consensual brasileira.

Em meio a outras virtudes, entre as quais se destaca a clareza,

sobressai do texto uma das mais relevantes qualidades do saber jurídico: trata-se de um verdadeiro convite ao debate. Não são infrequentes, especialmente na discussão acerca da legitimidade da adoção de mecanismos da justiça criminal consensual, as críticas repletas de adjetivos e figuras retóricas, que pouco contribuem para o amadurecimento científico do tema. O artigo de **Camargo** trilha caminho distinto e muito mais promissor. A forma cientificamente cuidadosa como foi construído o texto facilita a sua compreensão e, conseqüentemente, incentiva a discussão.

Com base no texto, proporemos reflexões, em linhas mais gerais, de alguns desafios relacionados à atividade comparada dos institutos jurídicos norte-americanos. A análise específica da *overcharging* funciona como um exemplo elucidador das dificuldades e limites desse tipo de exame.

2. O estudo comparado da *overcharging*

Poucos são os temas indubitáveis no campo da justiça penal consensual. Um deles é a singularidade do processo penal

nos Estados Unidos. Não se quer afirmar, com isso, que seja desimportante a análise da *overcharging* tal como é compreendida e como toma forma no sistema norte-americano. Somente se busca realçar que a análise comparativa de fenômenos jurídicos característicos do sistema de justiça consensual dos Estados Unidos suscita desafios de ordens diversas.

O primeiro deles coloca, a quem se propõe a tal empreendimento, mesmo àqueles acostumados com a forma de estado federalista, uma dificuldade adicional. Considerando a pluralidade de ordenamentos (estaduais e federal) e a amplíssima autonomia legislativa e de organização das unidades federativas, não é isenta de dúvidas a própria existência de um sistema norte-americano de processo penal (ALBERGARIA, 2007, p. 11). Um exemplo, muito próximo do tema da *overcharging*, é elucidativo: o papel do juiz no controle da decisão do promotor de não promover a acusação. No âmbito federal, como indica sólida e antiga jurisprudência, a discricionariedade do promotor na decisão de mover ou não a acusação é praticamente insindicável. Embora muitos estados sigam o modelo federal, em outros, ensina **Brown** (2018, p. 74-75), o Legislativo atribuiu aos juízes o poder de revisar a tomada de decisões dos promotores, que devem, por isso, justificá-la. Em algumas situações, por excêntrico que possa parecer, os juízes têm poderes para assegurar o prosseguimento da acusação, seja compelindo o promotor, seja nomeando um promotor especial para o fazer. Como se percebe, apesar de ser possível falar em características gerais da justiça penal norte-americana, não são desconsideráveis os riscos de o comparatista tomar a exceção como o que ordinariamente ocorre.

O segundo desafio se refere ao método a ser aplicado na atividade de comparação. Por ser um sistema jurídico penal que expressa formas bastante particulares de exercício do poder estatal, a análise do processo penal norte-americano demanda a adoção de algumas cautelas preconizadas pelo método macrocomparativo, tal como a abordagem proposta por **Damaška** no insuperável *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*. Mesmo a microcomparação, teoricamente menos custosa, não é realizada sem dificuldades. Geralmente, para bem compreender os fenômenos jurídicos e, principalmente, escapar da superficialidade da comparação de termos e conceitos, é necessário o estudo das concepções subjacentes fundamentais. Não basta, dessarte, analisar os conceitos jurídicos; antes disso, é fundamental buscar assimilar as ideias e premissas que dão sentido a eles. A compreensão da *overcharging*, seguindo essa linha, demanda o exame mais cuidadoso da *guilty plea*, que difere substancialmente da confissão, e do ato de mover uma acusação, que nos Estados Unidos está muito mais próximo do exercício de uma escolha do que do cumprimento de um dever.

O próprio sentido de *overcharging*, enquanto fato jurídico próprio do sistema processual norte-americano, é objeto de controvérsias. Em famoso estudo sobre os acordos penais estadunidenses, **McDonald** (1985, p. 19-21) aponta problemas na definição desse fenômeno. Além de serem usados diversos termos para se referir ao que poderia ser considerado *overcharging* ("*overfiling*" e "*bedsheeting*", por exemplo), muitas vezes o mesmo vocábulo é usado com significados diferentes. Em uma perspectiva ampliada, mais vinculada aos excessos e abusos na imputação penal, por exemplo, a *overcharging* não está necessariamente relacionada à estratégia de incentivo à adesão aos acordos penais. **Meares** (1995, p. 864-865) fornece um exemplo ilustrativo dessa acepção. É possível que um promotor apresente acusação que acredite justificada e factualmente verdadeira, mas com poucas chances de ser provada para além de qualquer dúvida razoável perante os jurados. Embora a promoção dessa acusação possa ser caracterizada como *overcharging*, não se trata de um desvio ético ou comportamento ilícito no sentido mais estrito, uma vez que não se exige dos promotores que alcancem as exigências probatórias necessárias para condenação no momento da acusação.

Por seu turno, como fenômeno ligado à *plea bargaining*, a compreensão predominante da *overcharging* foi popularizada por **Alschuler**, no ano de 1968, por meio da publicação do clássico artigo *The Prosecutor's Role in Plea Bargaining*.

A indiscutível influência das ideias de Alschuler, entretanto, não isenta de críticas seu trabalho, especialmente as relacionadas à metodologia utilizada para dar suporte as suas conclusões: o emprego de entrevistas. Como explica **Grunwald** (2021, p. 283-285), referindo-se precisamente ao trabalho desse autor, os resultados dos estudos de entrevistas qualitativas são geralmente controversos e previsíveis. No caso concreto, segundo afirma, Alschuler baseou-se, fundamentalmente, em evidências anedóticas de advogados de defesa que apontavam a prática da *overcharging* e de alguns promotores que a negavam. Independente da confiabilidade dos resultados, fato é que não se pode culpar **Alschuler** pelas limitações de seu famoso trabalho, afinal, lembra **Graham** (2014, p. 705), ele tentou descrever o que os atores processuais estavam narrando, e não definir *overcharging* como categoria ou conceito jurídico.

Havendo diversas práticas, legítimas e abusivas, que podem ser denominadas *overcharging*, faz-se imprescindível limitar, tanto quanto possível, o escopo do objeto a ser comparado. Não é exagerado assumir que cada prática demanda um diagnóstico próprio e uma solução mais particularizada. A título de exemplo, pouco ou nada adianta fortalecer o papel do magistrado no controle da justa causa da acusação se tomarmos a *overcharging* como a prática dolosa de mover acusações abusivas, mas que observem os requisitos formais e probatórios. Para lidar com esses casos, parece muito mais promissor o recurso à boa-fé objetiva como parâmetro

EM UMA PERSPECTIVA
AMPLIADA, MAIS
VINCULADA AOS
EXCESSOS E ABUSOS
NA IMPUTAÇÃO PENAL,
POR EXEMPLO, A
OVERCHARGING NÃO
ESTÁ NECESSARIAMENTE
RELACIONADA À
ESTRATÉGIA DE
INCENTIVO À ADESÃO
AOS ACORDOS PENAIS.

de controle de comportamentos incoerentes e desleais.

Por fim, um terceiro desafio digno de registro é a frequente falta de correspondência entre os fenômenos jurídicos norte-americanos e os encontrados no sistema processual brasileiro. Ainda que o processo penal brasileiro venha incorporando diversos mecanismos fortemente inspirados no modelo estadunidense – alguns com destacada semelhança –, os vícios e méritos da *plea bargaining* norte-americana, em razão das suas peculiaridades, servem de forma limitada à compreensão e ao aperfeiçoamento dos institutos da justiça consensual nacional.

No caso concreto do acordo de não persecução penal, entendemos que ele não se enquadra com facilidade na categoria de condenação sem processo, da qual a *plea bargaining* norte-americana é a expressão mais eloquente. Também não se acomoda nessa categoria a transação penal. Em um esforço de classificação não infenso a críticas, poder-se-ia dizer que a transação e o acordo de não persecução são saídas alternativas à persecução criminal independentes da determinação ou da declaração de culpa. São, sim, um mecanismo consensual de atribuição de consequências gravosas a quem se imputa a prática de determinadas infrações penais. Disso não decorre, contudo, que a decisão que homologa o acordo penal possa ser compreendida como uma condenação penal. Ela não gera reincidência, da mesma forma que não permite o confisco e independe do reconhecimento de culpa.

Essa é apenas uma das muitas diferenças entre os dois mecanismos consensuais brasileiros e a *plea bargaining*. Outra, que dá ensejo a um sem-número de consequências, é a amplitude do cabimento dos acordos estadunidenses. Sendo os Estados Unidos o único país que elege pelo voto direto seus promotores (ELLIS, 2012, p. 1530), tais atores processuais gozam de uma discricionariedade sem paralelo no mundo. A existência, no Brasil, de técnicas de

manejo de conflitos aparentes de normas, muito bem apontadas por **Camargo**, explicam apenas parcialmente o risco de sobreposição de infrações nas imputações. O ambiente político-institucional norte-americano estimula o Legislativo a delegar poderes de definição da política criminal aos promotores, delegação essa que os investe da autoridade necessária para realizar a avaliação da conveniência e oportunidade do agir no âmbito criminal. O ato de imputar uma acusação nos EUA, portanto, distingue-se não apenas em razão da existência de tipos penais sobrepostos e semelhantes, mas pelo fato de ser fruto de escolhas político-criminais influenciadas por incentivos diversos, que vão desde a necessidade de ser responsivo ao eleitor à expectativa de que empreguem critérios substanciais de justiça não equacionados pelo legislador.

3. Considerações finais

Com essas brevíssimas reflexões, pretendeu-se sublinhar que a irrefutável relevância da análise comparada de institutos jurídicos da justiça consensual norte-americana não deve encobrir os obstáculos dessa atividade. São eles incontáveis e intimidativos, mas de modo nenhum insuperáveis. A construção de um modelo brasileiro que atenda ao anseio político-criminal de equilibrar efetividade e garantia depende, em grande medida, da adequada contribuição do Direito Comparado.

Mesmo reconhecendo o papel limitado do jurista na estruturação e desenho normativo do sistema de justiça criminal consensual, cujas decisões valorativas mais relevantes devem ser reservadas à política majoritária, não se pode negar que a obtenção dos resultados desejados depende precipuamente da contribuição da técnica jurídica. Igualmente, não se duvida que o ativo mais valioso para o desenvolvimento da técnica jurídica é o debate acadêmico público, aberto e plural. Com ele ganham os juristas; com ele ganha a sociedade.

Notas

¹ Apesar de não ser simples demarcar uma fronteira entre a macro e a microcomparação, pode-se dizer que a primeira se preocupa em comparar, em escala mais ampla, as características gerais dos sistemas jurídicos, como organizações, sistemas e tradições jurídicas. Por sua vez, a microcomparação opera no plano da análise mais singular e particularizada, incluindo a comparação de termos, conceitos, normas

jurídicas, institutos e conjunto de normas (LUNDMARK, 2012, p. 15-18).

² Sobre a importância da análise das concepções subjacentes, ver Van Hoecke (2004), que utiliza, para se referir a essa abordagem, a expressão “*deep level comparative research*”.

Referências

ALBERGARIA, P. S. *Plea bargaining: aproximação à justiça negociada nos E.U.A.* Coimbra: Almedina, 2007.

ALSCHULER, A. W. The Prosecutor's Role in Plea Bargaining. *University of Chicago Law Review*, v. 36, n. 1, 1968. Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu/uclev/vol36/iss1/3/>>. Acesso em: 17 ago 2018.

BROWN, D. The Judicial Role in Criminal Charging and Plea Bargaining Symposium: Judicial Responsibility for Justice in Criminal Courts. *Hofstra Law Review*, v. 46, n. 1, 2018. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/hoflr46&i=71>. Acesso em: 21 jun. 2021.

CAMARGO, P. L. O risco de overcharging na prática negocial do processo penal brasileiro. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 344, p. 29-31, fev. 2021

DAMASKA, M. *The faces of justice and state authority*. New Haven: Yale University Press, 1986.

ELLIS, M. J. The Origins of the Elected Prosecutor Note. *Yale Law Journal*, n. 121, p. 1528-1570, 2012. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/yllr121&i=1534>. Acesso em: 24 jun. 2021.

GRAHAM, K. Overcharging. *Ohio State Journal of Criminal Law*, v. 11, n. 2, p. 701-724, 2014. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/osjcl11&i=715>. Acesso em: 17 jun. 2021.

GRUNWALD, B. Distinguishing Plea Discounts and Trial Penalties. *Georgia State University Law Review*, n. 37, p. 261-304, 2021. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/gslr37&i=289>. Acesso em: 23 jun. 2021.

LUNDMARK, T. *Charting the divide between common and civil law*. New York: Oxford University Press, 2012.

MCDONALD, W. *Plea bargaining: Critical issues and common practices*. Washington: U.S Department of Justice. National Institute of Justice, 1985.

MEARES, T. L. Rewards for Good Behavior: Influencing Prosecutorial Discretion and Conduct with Financial Incentives. *Fordham Law Review*, n. 64, p. 851-920, 1995. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/flr64&i=867>. Acesso em: 23 jun. 2021.

VAN HOECKE, M. *Deep Level Comparative Law*. In: VAN HOECKE, M. *Epistemology and Methodology of Comparative Law*. Oxford: Hart Publishing, 2004.

Autor convidado

TEMA:

ESTELIONATO: RETROATIVIDADE DA EXIGÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA, INSTITUÍDA PELA LEI N.º 13.964/19 (“PACOTE ANTICRIME”)

Supremo Tribunal Federal

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. 2. Constitucional, Penal e Processo Penal. 3. Estelionato. Art. 171, caput, do Código Penal. 4. Não aplicação, no caso, do contido no § 5º do art. 171 do Código Penal, acrescentado pela Lei 13.964/2019. 5. Pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário. Ausência de preliminar formal e fundamentada de repercussão geral. Art. 102, § 3º, da Constituição Federal, c/c o art. 1.035, § 2º, do Código de Processo Civil. 6. Autoria e materialidade. Alegações que dizem respeito à legislação infraconstitucional e ao necessário reexame do conjunto fático-probatório dos autos. Óbice da Súmula 279/STF. 7. Tema 660, da sistemática da repercussão geral da questão constitucional. 8. Precedentes. 9. Agravo regimental não provido.

(ARE 1230095 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-218 DIVULG 31-08-2020 PUBLIC 01-09-2020) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6288**).

Ementa: HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA A PARTIR DA LEI N. 13.964/19 (“PACOTE ANTICRIME”). IRRETROATIVIDADE NAS HIPÓTESES DE OFERECIMENTO DA DENÚNCIA JÁ REALIZADO. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA LEGALIDADE QUE DIRECIONAM A INTERPRETAÇÃO DA DISCIPLINA LEGAL APLICÁVEL. ATO JURÍDICO PERFEITO QUE OBSTACULIZA A INTERRUPTÃO DA AÇÃO. AUSÊNCIA DE NORMA ESPECIAL A PREVER A NECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO SUPERVENIENTE. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS INDEFERIDO.

1. Excepcionalmente, em face da singularidade da matéria, e de sua relevância, bem como da multiplicidade de habeas corpus sobre o mesmo tema e a necessidade de sua definição pela PRIMEIRA TURMA, fica superada a Súmula 691 e conhecida a presente impetração.

2. Em face da natureza mista (penal/processual) da norma prevista no §5º do artigo 171 do Código Penal, sua aplicação retroativa será obrigatória em todas as hipóteses onde ainda não tiver sido oferecida a denúncia pelo Ministério Público, independentemente do momento da prática da infração penal, nos termos do artigo 2º, do Código de Processo Penal, por tratar-se de verdadeira “condição de procedibilidade da ação penal”.

3. Inaplicável a retroatividade do §5º do artigo 171 do Código Penal, às hipóteses onde o Ministério Público tiver oferecido a denúncia antes da entrada em vigor da Lei 13.964/19; uma vez que, naquele momento a norma processual em vigor definia a ação para o delito de estelionato como pública incondicionada, não exigindo qualquer condição de procedibilidade para a instauração da persecução penal em juízo.

4. A nova legislação não prevê a manifestação da vítima como condição de prosseguibilidade quando já oferecida a denúncia pelo Ministério Público.

5. Inexistente, no caso concreto, de ilegalidade, constrangimento ilegal ou teratologia apta a justificar a excepcional concessão de Habeas Corpus. INDEFERIMENTO da ordem.

(HC 187341, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 13/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-263 DIVULG 03-11-2020 PUBLIC 04-11-2020) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6289**).

Nosso comentário: conforme ilustram as ementas reproduzidas acima, ambas as Turmas do STF entendem que a norma prevista pelo §5º do art. 171 do Código Penal não tem aplicação retroativa. Quanto a esse ponto, no julgamento do ARE 1230095, a Segunda Turma acolheu o parecer da PGR que defendia tratar-se de norma de conteúdo processual, cuja aplicabilidade obedeceria à norma do art. 2º do Código de Processo Penal; no entanto, caso se reconhecesse que a norma possui conteúdo misto ou material, a retroatividade deveria obedecer a um referencial, tal como no entendimento (vide HC 76968, Relator Min. NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, julgado em 01/09/1998) firmado sobre a suspensão condicional do processo, prevista na Lei n.º 9.099/95, cuja incidência retroativa encontra óbice quando já existente a condenação. Vale essa menção porque entendimento muito similar foi defendido pelo Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ no julgamento do HC 610.201/SP pela Terceira Seção do STJ, com a ressalva de que, segundo ele, a retroatividade do §5º do art. 171 do Código Penal poderia ocorrer em qualquer fase do processo, desde que inexistente o trânsito em julgado. Em recentíssimo julgamento, porém, a Segunda Turma parece ter revisto seu entendimento, reconhecendo a possibilidade de que a norma retroaja (fonte: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=468035&ori=1>, acesso em 12/07/21, às 15h21min). No âmbito da Primeira Turma, consagrou-se o entendimento de que é possível a retroatividade desde que não tenha sido oferecida denúncia.

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. PACOTE ANTICRIME. LEI N. 13.964/2019. § 5º DO ART. 171 DO CP. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO COMO REGRA. NOVA LEI MAIS BENÉFICA. RETROATIVIDADE. ART. 5º, XL, DA CF. APLICAÇÃO DO ART. 91 DA LEI N. 9.099/1995 POR ANALOGIA.

1. As normas que disciplinam a ação penal, mesmo aquelas

constantes do Código de Processo Penal, são de natureza mista, regidas pelos cânones da retroatividade e da ultratividade benéficas, pois disciplinam o exercício da pretensão punitiva.

2. O processo penal tutela dois direitos de natureza pública: tanto os direitos fundamentais do acusado, voltados para a liberdade, quanto a pretensão punitiva. Não interessa ao Estado punir inocentes, tampouco absolver culpados, embora essa última solução se afigure menos danosa.

3. Não é possível conferir a essa norma, que inseriu condição de procedibilidade, um efeito de extinção de punibilidade, quando claramente o legislador não o pretendeu.

4. A retroação do § 5º do art. 171 do Código Penal alcança todos os processos em curso, ainda sem trânsito em julgado, sendo que essa não gera a extinção da punibilidade automática dos processos em curso, nos quais a vítima não tenha se manifestado favoravelmente à persecução penal. Aplicação do art. 91 da Lei n. 9.099/1995 por analogia.

5. O ato jurídico perfeito e a retroatividade da lei penal mais benéfica são direitos fundamentais de primeira geração, previstos nos incisos XXXVI e XL do art. 5º da Constituição Federal. Por se tratarem de direitos de origem liberal, concebidos no contexto das revoluções liberais, voltam-se ao Estado como limitadores de poder, impondo deveres de omissão, com o fim de garantir esferas de autonomia e de liberdade individual. Considerar o recebimento da denúncia como ato jurídico perfeito inverteria a natureza dos direitos fundamentais, visto que equivaleria a permitir que o Estado invocasse uma garantia fundamental frente a um cidadão.

6. Ordem parcialmente concedida, confirmando-se a liminar, para determinar a aplicação retroativa do § 5º do art. 171 do Código Penal, inserido pela Lei n. 13.964/2019, devendo ser a vítima intimada para manifestar interesse na continuação da persecução penal em 30 dias, sob pena de decadência, em aplicação analógica do art. 91 da Lei n. 9.099/1995.

(HC 583.837/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2020, DJe 12/08/2020) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6290**).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. CRIME DE ESTELIONATO. REPRESENTAÇÃO. DENÚNCIA RECEBIDA ANTES DO NOVO "PACOTE ANTICRIME": CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE ATENDIDA IN CASU. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade, seja possível a concessão da ordem, de ofício.

II - A situação concreta aqui exposta se enquadra a um dos temas do Informativo de Jurisprudência n. 674/STJ, que decidiu a matéria em sentido oposto aos anseios nesta impetração, vejamos: "A Lei n. 13.964/2019, conhecida como 'Pacote Anticrime', alterou substancialmente a natureza da ação penal do crime de estelionato (art. 171, § 5º, do Código Penal), sendo, atualmente, processado mediante ação penal pública condicionada à representação do ofendido, salvo se a vítima for: a Administração Pública, direta ou indireta; criança ou adolescente; pessoa com deficiência mental;

maior de 70 anos de idade ou incapaz. Observa-se que o novo comando normativo apresenta caráter híbrido, pois, além de incluir a representação do ofendido como condição de procedibilidade para a persecução penal, apresenta potencial extintivo da punibilidade, sendo tal alteração passível de aplicação retroativa por ser mais benéfica ao réu. Contudo, além do silêncio do legislador sobre a aplicação do novo entendimento aos processos em curso, tem-se que seus efeitos não podem atingir o ato jurídico perfeito e acabado (oferecimento da denúncia), de modo que a retroatividade da representação no crime de estelionato deve se restringir à fase policial, não alcançando o processo. Do contrário, estar-se-ia conferindo efeito distinto ao estabelecido na nova regra, transformando-se a representação em condição de prosseguibilidade e não procedibilidade.?

III ? No caso concreto, além de a denúncia ter sido recebida antes da entrada em vigor da nova legislação, a manifestação exarada pela vítima na delegacia não deixou dúvidas da sua vontade de ver o réu processado.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 602.601/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2020, DJe 17/12/2020) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6291**).

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE ESTELIONATO. RETROATIVIDADE DO ART. 171. § 5º, DO CÓDIGO PENAL, ACRESCENTADO PELA LEI N. 13.964/2019. INOCORRÊNCIA. DENÚNCIA OFERECIDA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI NOVA. ENTENDIMENTO DA QUINTA TURMA DO STJ E DA PRIMEIRA TURMA DO STF. ACORDO ENTRE AS PARTES. EFEITOS DIVERSOS DA ABSOLVIÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Como é de conhecimento, a Quinta Turma do STJ firmou jurisprudência no sentido de que a retroatividade da representação da vítima no crime de estelionato não alcança aqueles processos cuja denúncia já foi oferecida. Na hipótese, a denúncia foi oferecida antes das alterações promovidas pela Lei n. 13.964/2019, conhecida como "Pacote Anticrime".

2. No mesmo sentido, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 187.341, da relatoria do E. Ministro ALEXANDRE DE MORAES, decidiu, por unanimidade de votos, que é inaplicável a retroatividade do § 5º do art. 171 do Código Penal às hipóteses em que o Ministério Público tiver oferecido a denúncia antes da entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019.

3. Por fim, o acordo entre as partes (vítima e autora do suposta fato criminoso), realizado antes do recebimento da denúncia resulta, no tocante ao crime de estelionato na sua forma fundamental, na aplicação do art. 16 do Código Penal (arrepentimento posterior), não gerando o efeito de trancar a ação penal ou de absolver o acusado (HC-279.805/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, DJe de 10/11/2014). Caso a reparação do dano ocorra após o recebimento da denúncia, aplica-se o art. 65 do CP (circunstância atenuante).

4. Recurso ordinário em habeas corpus não provido.

(RHC 139.715/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2021, DJe 04/02/2021) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6292**).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. ESTELIONATO. LEI N. 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME). RETROATIVIDADE. INVIABILIDADE. ATO JURÍDICO PERFEITO.

CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. WRIT INDEFERIDO.

1. A retroatividade da norma que previu a ação penal pública condicionada, como regra, no crime de estelionato, é desaconselhada por, ao menos, duas ordens de motivos.

2. A primeira é de caráter processual e constitucional, pois o papel dos Tribunais Superiores, na estrutura do Judiciário brasileiro é o de estabelecer diretrizes aos demais Órgãos jurisdicionais. Nesse sentido, verifica-se que o STF, por ambas as turmas, já se manifestou no sentido da irretroatividade da lei que instituiu a condição de procedibilidade no delito previsto no art. 171 do CP.

3. Em relação ao aspecto material, tem-se que a irretroatividade do art. 171, §5º, do CP, decorre da própria mens legis, pois, mesmo podendo, o legislador previu apenas a condição de procedibilidade, nada dispozo sobre a condição de prosseguibilidade. Ademais, necessário registrar a importância de se resguardar a segurança jurídica e o ato jurídico perfeito (art. 25 do CPP), quando já oferecida a denúncia.

4. Não bastassem esses fundamentos, necessário registrar, ainda, prevalecer, tanto neste STJ quanto no STF, o entendimento "a representação, nos crimes de ação penal pública condicionada, não exige maiores formalidades, sendo suficiente a demonstração inequívoca de que a vítima tem interesse na persecução penal. Dessa forma, não há necessidade da existência nos autos de peça processual com esse título, sendo suficiente que a vítima ou seu representante legal leve o fato ao conhecimento das autoridades." (AgRg no HC 435.751/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 04/09/2018).

6. Habeas corpus indeferido.

(HC 610.201/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2021, DJe 08/04/2021) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6293**).

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO. VIOLAÇÃO DO ART. 171, § 5º, DO CP. TESE DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE ANTE A AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO FORMAL DA VÍTIMA. MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA. IRRETROATIVIDADE. ENTENDIMENTO DA TERCEIRA SEÇÃO. COMPARECIMENTO DA VÍTIMA E DEPOIMENTO EM SEDE POLICIAL. DESNECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO FORMAL. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO STF.

1. A Terceira Seção firmou a orientação de que a exigência de representação da vítima como pré-requisito para a ação penal por estelionato? introduzida pelo Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/2019)? não pode ser aplicada retroativamente para beneficiar o réu nos processos que já estavam em curso.

2. Ainda que fosse possível acolher a tese defensiva (retroatividade), não falar em ausência de condição de procedibilidade para a ação penal, pois a representação já consta dos autos, extraída do comparecimento da vítima e do seu depoimento em sede policial, circunstância apta a indicar a inequívoca manifestação de vontade de ver apurado o fato delituoso, sendo desnecessária representação formal (Precedentes do STJ e do STF).

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 1755469/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/05/2021, DJe 10/05/2021) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6294**).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTELIONATO. PLEITO PELA APLICAÇÃO RETROATIVA DO § 5º DO ART. 171 DO CÓDIGO PENAL. ALEGADA NECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA COMO CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE DA AÇÃO PENAL. INSUBSISTENTE. DENÚNCIA APRESENTADA ANTES DO INÍCIO DA VIGÊNCIA DA LEI N. 13.964/2019. PRECEDENTES. REPRESENTAÇÃO É ATO QUE DISPENSA MAIORES FORMALIDADES. PRECEDENTES. VONTADE DAS VÍTIMAS PRESENTE NOS AUTOS. OFENSA A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Nos termos da Jurisprudência da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, a necessidade de representação das Vítimas, no crime de estelionato, trazida ao mundo jurídico com a entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019, não alcança os processos cuja denúncia foi apresentada antes da vigência do citado Diploma legal, tal como ocorre na hipótese dos autos.

2. A representação é ato que dispensa maiores formalidades, sendo suficiente que a vítima ou quem a represente legalmente apresente manifestação para que os fatos sejam devidamente apurados, tal como ocorreu na hipótese dos autos.

3. É vedada a análise de dispositivos constitucionais em recurso especial, ainda que para fins de prequestionamento de modo a viabilizar o acesso à instância extraordinária, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1915868/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/05/2021, DJe 14/05/2021) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6295**).

Nosso comentário: como ilustram as ementas do HC 583.837/SC e do HC 602.601/SP, inicialmente estabeleceu-se uma divergência entre os Colegiados do STJ sobre o tema, com a Sexta Turma favorável à retroatividade da norma prevista pelo §5º do art. 171 do Código Penal, enquanto a Quinta Turma rechaçava esse entendimento. Todavia, a partir do julgamento do HC 610.201/SP, a Terceira Seção do Tribunal pacificou o entendimento sobre a matéria, no sentido de que a exigência de representação da vítima não pode ser aplicada retroativamente. Interessante notar que, nos precedentes que rechaçam a retroatividade da referida norma, um fundamento invocado com recorrência é o instituto do ato jurídico perfeito, além de que, ao admitir essa solução, a exigência de representação estaria sendo transformada em condição de prosseguibilidade e não de procedibilidade. Todavia, como já bem apontava a Sexta Turma ao julgar o HC 583.837/SC, o ato jurídico perfeito e a retroatividade da lei penal mais benéfica são direitos fundamentais individuais, consagrados nos incisos XXXVI e XL do art. 5º da Constituição Federal, logo, representam limitações ao poder punitivo, não podendo ser invocadas tais garantias em prejuízo ao cidadão, pois, como apontado no referido precedente, "*Considerar o recebimento da denúncia como ato jurídico perfeito inverteria a natureza dos direitos fundamentais, visto que equivaleria a permitir que o Estado invocasse uma garantia fundamental frente a um cidadão*".

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.º Secretário: **Bruno Salles Pereira Ribeiro**
2.º Secretário: **Felipe Cardoso Moreira de Oliveira**
3.ª Secretária: **Ester Rufino**
1.º Tesoureiro: **Rafael Serra Oliveira**
2.º Tesoureiro: **Renato Stanziole Vieira**
Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais:
Maria Carolina de Melo Amorim
Leonardo Palazzi
Vinícius Assumpção



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:

Christiano Falk Fragoso (UERJ – Rio de Janeiro/RJ), Daniela Villani Bonaccorsi Rodrigues (PUC – Belo Horizonte/MG), Danielle Ferreira Medeiro da Silva de Araujo (UFSB – Itabuna/BA), Fernando Nogueira Martins Júnior (UFMG – Belo Horizonte/MG), Guilherme Brenner Lucchesi (UFPR – Curitiba/PR), José Henrique Kaster Franco (Universidade de Salamanca/Espanha), Iany Elizabeth da Costa (UFF – Niterói/RJ), Júlio César Faria Zini (UFMG – Belo Horizonte/MG), Marcio Guedes Berti (Universidade do Oeste do Paraná - Toledo/PR), Márcio Soares Berclaz (UFPR – Curitiba/PR), Marina Oliveira Teixeira dos Santos (Universidad de Salamanca/Espanha), Paulo Bueno de Azevedo (USP – São Paulo/SP), Thadeu Augimeri de Goes Lima (USP - São Paulo/SP) e Vinícius Wildner Zambiasi (Universidade de Coimbra/Portugal).

CORPO DE AUTORES(AS) DESTE VOLUME:

Ana Carolina de Sá Juzo (USP – São Paulo/SP), Bruno Augusto Vígo Milanez (UFPR – Curitiba/PR), Danielle de Oliveira Santos (UFJF – Juiz de Fora/MG), Eduardo Pizarro Carnelós (USP – São Paulo/SP), Felipe da Costa De-Lorenzi (PUC – Porto Alegre/RS), Jéssica Santiago Cury (FINOM – Paracatu/MG), Jose Adonis Callou de Araujo Sá (UFC – Fortaleza/CE), Marcia Adriana Barroso Coelho (UFJF – Juiz de Fora/MG), Raphael Boldt (FDV – Vitória/ES), Raul Abramo Ariano (FGV – São Paulo/SP), Tiago Joffily (UERJ - Rio de Janeiro/RJ) e Vitor Souza Cunha (USP – São Paulo/SP).

PRODUÇÃO GRÁFICA E CAPA: Able Digital | Tel.: (11) 97426-3650 | E-mail: contato@abledigital.com.br

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

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

BASES DE DADOS INDEXADAS:



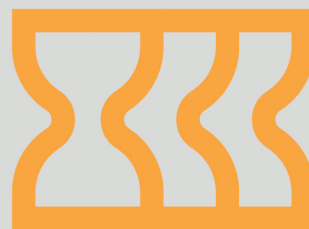
O Boletim do IBCCRIM circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas. O conteúdo dos artigos publicados expressa a opinião dos autores, pela qual respondem, e não apresenta necessariamente a opinião deste Instituto.

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

VEM AÍ

27° SEMINÁRIO INTERNACIONAL de ciências criminais



O maior evento de ciências criminais da América Latina será realizado nos dias 18 a 21 de outubro.

Uma edição totalmente on-line, com mais de 24 horas de conteúdo ao vivo, além de mais de 70 palestrantes, nacionais e internacionais.

Participe desta imersão nos debates mais atuais e importantes do campo das ciências criminais com o IBCCRIM!



Faça já sua inscrição

Aponte a câmera do celular para o QR Code
ou acesse seminario27.ibccrim.org.br
Valores especiais para associados (as).

