

BOLETIM

Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

ISSN 1676-3661



ANO 29 - Nº 346 - SETEMBRO/2021



ESTATUTO SOCIAL IBCCRIM/2021

CADERNO DE DOCTRINA

4 A garantia do juiz natural e a inconstitucionalidade da supercompetência da 13ª Vara Federal de Curitiba na Lava Jato

Bruno Tadeu Buonicore e Gilmar Mendes

6 "Processo Penal Econômico": uma contradição nos próprios termos

Misael Neto Bispo da França

9 Letalidade policial na pandemia: o papel do sistema de justiça na contenção de um antigo vírus

Poliana da Silva Ferreira

1 Rap como teoria social: Racionais mc's, criminologia e crítica radical

Marcos Queiroz e Jordhanna Cavalcante

14 A nova redação do delito de denúncia caluniosa e o velho efeito sedante e simbólico da Lei Penal

José Rafael Fonseca de Melo

17 As testemunhas ouvidas por precatória e a (re)interpretação do art. 222, §1º do Código de Processo Penal

José de Assis Santiago Neto

19 O Direito Penal da crise: pela reconstrução radical da teoria materialista da pena

Alamiro Velludo Salvador Netto, Gabriel Coimbra Rodrigues Abboud e Caio Luís Prata

22 Incoerência legislativa, justiça negocial e enrijecimento de pena

Marco Antonio Chies Martins e Thaís Molina Pinheiro

25 Existirá contemporaneidade da medida socioeducativa de internação após a pandemia?

Adriana Padua Borghi e Ana Paula Cristina Oliveira Freitas

DIÁLOGOS

28 Breves considerações sobre a competência criminal da justiça eleitoral para crimes conexos

Silvana Batini

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

TEMA: DEFINIÇÃO DA COMPETÊNCIA EM CRIMES VIRTUAIS

31 Supremo Tribunal Federal

32 Superior Tribunal de Justiça

A LUTA CONTRA O RACISMO HÁ DE SER CONSTANTE

O racismo não descansa. Na realidade, os casos de discriminação racial acontecem o tempo todo. Com vistas a promover a supremacia da branquitude, suas engrenagens formam um bem-acabado sistema de opressão que se reorganiza diuturnamente, em especial para sua própria manutenção. Em sua própria marcha, por mais dedicada que seja a luta antirracista, o fim de um mundo antinegro ainda está no universo da utopia que, aliás, tem se distanciado a passos largos de uma resposta ideal a cada implementação de práticas antidiscriminatórias e inclusivas. De tal modo, quando uma medida antirracista é posta em prática, a possibilidade de criar fissuras nas velhas estruturas e a certeza de reações negativas tornam necessário ter à mão a cartada seguinte, garantindo um *continuum* que dê sentido, verdade e potência à luta.

O paradigma moderno de democracia e discriminação, notadamente o preconceito racial, são inconciliáveis. Por isso, o debate sério também sobre as ciências criminais no contexto do racismo depende de pluriversalidade. Sem a multiplicidade de olhares e vivências, o saber penal seguirá sendo uma instância de expressão de violências contra grupos histórica e diariamente vulnerabilizados.

Pensando nisso, a Assembleia Geral Extraordinária aprovou mudanças no Estatuto Social do IBCCRIM, estabelecendo percentual mínimo de 20% de membros autodeclarados negros e negras para composição da Diretoria e do Conselho Consultivo. Além disso, foram alterados os requisitos para composição das chapas, com o objetivo de promover maior diversidade nas esferas decisórias.

“As propostas foram sugeridas durante a campanha para serem realizadas nos primeiros 90 dias de gestão, mas o que vemos hoje também é o resultado de um processo importante de reflexão e construção coletiva”, disse, na ocasião, a Presidenta do IBCCRIM, Marina Coelho Araújo.

A nova composição da Diretoria foi o primeiro passo, mas não o único. Embora esteja na sua primeira metade, a atual gestão já tomou algumas medidas concretas, como a implementação do Conselho de Diversidade, feito inédito nestes quase 30 anos do IBCCRIM. O Conselho é instância externa e independente, com poder e responsabilidade de acompanhar as ações e assegurar o bom percurso nesta nova direção. Além do Conselho, sob liderança do Departamento de Acessibilidade, foi divulgado Edital para concessão de cerca de 450 bolsas de estudos, voltadas ao Seminário Internacional, ao Curso de Processo Penal e aos muitos cursos livres promovidos ao longo do ano.

As novas perspectivas têm se projetado gradativamente para todos os âmbitos do Instituto. No Departamento de Pesquisa, inicia-se investigação sobre o racismo nas decisões dos Tribunais; no âmbito do Boletim, a busca por pluralização das publicações, preservando sempre o processo não identificado de submissão e a qualidade dos textos; além de inserções concretas e diretas no sistema de justiça criminal, como a participação no Grupo de Trabalho Interinstitucional Contra o Racismo na Atividade Policial, do Ministério Público Federal, dentre outras atuações.

Num país marcado por chacinas como a do Jacarezinho, praticadas à luz do dia e desafiando decisões da mais alta corte do Judiciário, essas iniciativas são urgentes. O debate sobre o sistema de justiça criminal não pode ser monopolizado pela branquitude. Vozes negras estão, há séculos, enunciando sua realidade e resistências; é preciso, sob as vestes da humildade, ouvi-las atentamente e “aprender a aprender” com elas. Não há mais espaço para a compreensão monolítica de mundo pautada pelas narrativas do Sul e Sudeste, tampouco para uma leitura do Direito que o entenda puro, dissociado das relações de poder – no Brasil patriarcal, misógeno, racista, classista, LGBTQIA+fóbico, capacitista.

A trajetória do antirracismo e dos demais valores que configuram sua mais nítida expressão (humanidade e igualdade, por exemplo) inclui necessariamente mudanças sistêmicas bem planejadas, assim como novo olhar de cada um sobre si mesmo, desvelando as camadas mais profundas das atitudes e omissões, indiferenças e desrespeitos. A desigualdade racial não é fruto do acaso, tampouco sua continuidade. Sempre é escolha, reafirmação, ato voluntário. A consciência dessa realidade deve despertar a gravidade – e a premência – da responsabilidade individual e institucional na superação do racismo.

Nessa trilha em busca de transformação, é preciso estar atento para as novas violências que podem ser impostas aos grupos “minorizados”. Inclusão não é apenas repartir espaço com novas pessoas; é se repensar, rever linguagem, posturas e até abordagens teóricas. A convivência plural demanda respeito, para além da tolerância; exige alteridade, para humanizar quem foi excluído; requer estudo, para não instrumentalizar quem acaba de chegar.

A alteração estatutária é um marco, uma decisão histórica. Ela se torna palpável e concreta quando se nota o espraiamento da política de diversidade em várias áreas do IBCCRIM. São grandes e inegáveis as dívidas com o passado; contudo, as políticas antirracistas estão em curso, com todas as dificuldades que lhe são inerentes, inclusive orçamentárias. É hora de assumir a responsabilidade individual, coletiva e institucional, de agir para modificar as estruturas. Significa enfrentar o racismo em sentido amplo, a violência racial institucionalizada e a desconstrução do estereótipo antinegro, senão ficaremos no mero campo da intenção.

É essa a oportunidade de rever conceitualmente nossa postura ante o racismo e de pavimentar um novo caminho, em que o diálogo e as ações no campo das ciências criminais sejam construídos a partir de uma perspectiva não-universalizante, rompendo com a negação da humanidade das pessoas negras, mola mestra da perpetuação do *status quo*.

Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

BOLETIM

4. **A garantia do juiz natural e a inconstitucionalidade da supercompetência da 13ª Vara Federal de Curitiba na Lava Jato**
Bruno Tadeu Buonicore e Gilmar Mendes
6. **“Processo Penal Econômico”: uma contradição nos próprios termos**
Misael Neto Bispo da França
9. **Letalidade policial na pandemia: o papel do sistema de justiça na contenção de um antigo vírus**
Poliana da Silva Ferreira
11. **Rap como teoria social: Racionais mc’s, criminologia e crítica radical**
Marcos Queiroz e Jordhanna Cavalcante
14. **A nova redação do delito de denúncia caluniosa e o velho efeito sedante e simbólico da Lei Penal**
José Rafael Fonseca de Melo
17. **As testemunhas ouvidas por precatória e a (re)interpretação do art. 222, §1º do Código de Processo Penal**
José de Assis Santiago Neto
19. **O Direito Penal da crise: pela reconstrução radical da teoria materialista da pena**
Alamiro Velludo Salvador Netto, Gabriel Coimbra Rodrigues Abboud e Caio Luís Prata
22. **Incoerência legislativa, justiça negocial e enrijecimento de pena**
Marco Antonio Chies Martins e Thaís Molina Pinheiro
25. **Existirá contemporaneidade da medida socioeducativa de internação após a pandemia?**
Adriana Padua Borghi e Ana Paula Cristina Oliveira Freitas

DIÁLOGOS

28. **Breves considerações sobre a competência criminal da justiça eleitoral para crimes conexos**
Silvana Batini

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

Tema: Definição da competência em crimes virtuais

31. **Supremo Tribunal Federal**
32. **Superior Tribunal de Justiça**

A GARANTIA DO JUIZ NATURAL E A INCONSTITUCIONALIDADE DA SUPERCOMPETÊNCIA DA 13ª VARA FEDERAL DE CURITIBA NA LAVA JATO

THE GUARANTEE OF THE NATURAL JUDGE AND THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE SUPER JURISDICTION OF THE COURT OF CURITIBA IN LAVA JATO

Bruno Tadeu Buonicore

Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Doutor em Direito (Direito Penal) – *summa cum laude* – pela Universidade de Frankfurt. Professor Titular (graduação, mestrado e doutorado) do Centro Universitário de Brasília.
ORCID: 0000-0002-0536-268X
bruno.buonicore@gmail.com

Gilmar Mendes

Ministro do Supremo Tribunal Federal. Doutor em Direito pela Universidade de Münster. Professor do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.
ORCID: 0000-0003-3919-7237
gilmaracademico@gmail.com

Resumo: O presente artigo tem como objeto o reconhecimento pelo STF da inconstitucionalidade da chamada supercompetência da 13ª Vara Federal de Curitiba para processar e julgar os casos relacionados à Operação Lava Jato. O texto procura trazer tanto os fundamentos doutrinários ligados à garantia do juiz natural no Estado Democrático de Direito quanto a evolução da jurisprudência do Supremo na tarefa de colocar limites à competência do juízo de Curitiba.

Palavras-chave: Lava Jato – Supercompetência – Inconstitucionalidade – Juiz Natural.

Abstract: This article aims to analyze the unconstitutionality of the supercompetence of the 13th Federal Court of Curitiba to process and judge cases related to the anti-corruption crusade known as Lava Jato. The text seeks to bring both the doctrinal foundations linked to the natural judge guarantee under the rule of law and the evolution of the Brazilian Supreme Court's precedents with a view to setting limits on the jurisdiction of the court of Curitiba.

Keywords: Lava Jato - Supercompetence - Unconstitutionality - Natural Judge.

Recentemente, o STF enfrentou a questão dos limites da competência da 13ª Vara Federal de Curitiba para processar e julgar os feitos ligados à Operação Lava Jato em dois casos emblemáticos: no HC 193.726 (caso Lula) e na Reclamação 36.542 (caso Guido Mantega). No primeiro caso houve encerramento do julgamento pelo Plenário em 23/06/2021, tendo sido formada maioria no sentido de confirmar a incompetência do juízo paranaense. O segundo caso foi julgado definitivamente pela Segunda Turma em 20/04/2021, tendo sido reconhecida também a incompetência da Vara de Curitiba. Em ambos os julgamentos, os debates foram atravessados pela tese central de que houve um abuso na atração da competência pela 13ª Vara Federal de Curitiba nos casos da Lava Jato.

Evidentemente, a cadeia causal de acontecimentos desde os primeiros relatos e processos da Operação Lava Jato, ligados à delação de Alberto Youssef, até os fatos mais recentes, é complexa. Com efeito, se as investigações da força-tarefa continuam e novas narrativas surgem, haverá sempre uma ligação mecânica do tipo *conditio sine qua non* com os primeiros fatos. Esse raciocínio nos leva, entretanto, à indevida conclusão de que todos os acontecimentos apurados pela força-tarefa seriam, *ad eternum*, atraídos para a Vara Federal de Curitiba, independentemente da competência natural para processá-los e julgá-los – o vínculo a ser demonstrado aqui deve ser o processual penal de necessária instrumentalidade probatória (normativo) e não um vínculo causal meramente mecânico (descritivo).

Nesse sentido, revelou-se nos referidos casos uma atração de competência artificial, ilegal e inconstitucional pela 13ª Vara Federal de Curitiba, manejada aparentemente por estratégias obscuras e que nos afasta claramente das regras de competência fixadas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal – estamos diante de uma situação muito grave, sem precedentes na justiça criminal brasileira, que afronta valores edificantes do Estado Democrático de Direito. Tal situação anômala representa uma nítida ofensa ao princípio constitucional do juiz natural, aproximando-se da nefasta noção de um tribunal de exceção.

De acordo com a garantia fundamental do juiz natural, prevista no

art. 5º, XXXVII e LIII, da Constituição Federal, os julgamentos devem ser realizados pela autoridade jurisdicional competente, sendo veementemente proibida a designação de juízos ou tribunais de exceção. A norma do art. 5º é reproduzida, por tribunais e na doutrina, em praticamente todos os países da tradição continental, tratando-se de uma das principais balizas civilizatórias estabelecida historicamente na relação que se coloca entre indivíduo e *ius puniendi* estatal.

A título de exemplo, em Portugal, **Figueiredo Dias**¹ defende que a noção de juiz natural se assenta em três postulados básicos: (a) somente são órgãos jurisdicionais os instituídos pela Constituição; (b) ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato; (c) entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências, que exclui qualquer alternativa ligada à discricionariedade de quem quer que seja. Na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (*Das Bundesverfassungsgericht*),² decidiu-se que integra o conceito de juiz natural, para fins constitucionais, a ideia de imparcialidade, isto é, a concepção de distância em relação às partes. Na doutrina italiana, **Pietro Villaschi**³ afirma que "o núcleo essencial da garantia em questão reside, como afirma a jurisprudência constitucional, na necessidade de que a lei estabeleça previamente uma ordem precisa de competências para julgar, não sendo suficiente a mera pré-determinação legislativa de uma competência geral."

Desse modo, pode-se dizer que o juiz natural é aquele previamente definido pela Constituição e pela legislação como órgão competente e imparcial para conhecer determinada demanda, sendo a competência definida como "a porção, quantidade, medida ou grau de jurisdição que corresponde a cada juiz ou tribunal."⁴ Assim, a fixação da competência deve obedecer a determinadas características, como: a legalidade, pois deve ser fixada por lei em sentido estrito; a imperatividade, que significa a impossibilidade de ser derogada por vontade das partes; a imodificabilidade, porque não pode ser alterada durante o curso do processo (perpetuatio jurisdictionis); e a indelegabilidade, já que não pode ser transferida por quem a possua para outro órgão. Além disso, trata-se de matéria de ordem pública,

uma vez que fundada em princípios de interesse geral.

No que toca especificamente à aplicação da garantia do juiz natural nos casos relacionados à Operação Lava Jato, o Supremo vem construindo ao longo dos últimos anos um importante referencial jurisprudencial, que vai desde a QO suscitada no INQ 4.130 até a decisão monocrática do Min. Edson Fachin no próprio HC 193.726, passando pelos INQs 4.244, 4.327 e 4.483 e pelas PETs 6.863, 6.727 e 8.090. Tal quadro balizador é aqui sintetizado em 7 (sete) critérios fundamentais, retirados dos referidos julgados:

- 1- A prevenção não é critério primário de determinação da competência, mas sim de sua concentração, tratando-se de regra de aplicação residual;
- 2- O estabelecimento de um juízo universal para a apuração de desvios envolvendo vantagens indevidas pessoais ou a partidos políticos viola a garantia do juiz natural;
- 3- A atração de competência por conexão e continência pressupõe clara demonstração da linha de continuidade e necessidade probatória entre os fatos ligados à Operação Lava Jato e a conduta concreta individualizada do réu, não podendo encontrar fundamentos em meras presunções;
- 4- A colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, não constitui critério de determinação, de modificação ou de concentração da competência;
- 5- Os elementos de informação trazidos pelo colaborador a respeito de crimes que não sejam conexos ao objeto da investigação primária devem receber o mesmo tratamento conferido à descoberta fortuita ou ao encontro fortuito de provas;
- 6- A atração de competência pela 13ª Vara Federal de Curitiba/PR está ligada, inicialmente, a crimes cometidos específica, direta e exclusivamente em detrimento da Petrobras;
- 7- A atração de competência pela 13ª Vara Federal de Curitiba/PR, ainda que se trate de crimes cometidos específica, direta e exclusivamente em detrimento da Petrobras, não se opera quando os crimes forem praticados em tempo e modo diferentes daqueles que tiveram sua competência atraída inicialmente pelo Juízo em questão, em razão de envolver a Petrobras. A atração da competência fica adstrita a delitos fiscais, financeiros, concorrenciais, de lavagem de ativos e de corrupção praticados entre 2003 e 2014, a partir de uma relação de causalidade específica – que deve ser devidamente comprovada em todas suas etapas – entre a nomeação de executivos do alto escalão da Petrobras e a fraude de licitações da empresa para a contratação de grandes obras com empresas do ramo da construção civil, com o fito específico de atender aos interesses econômicos e partidários de determinados atores políticos, por intermédio da atuação espúria de agentes financeiros.

A consolidação desses critérios pelo STF representa justamente uma tentativa de limitação da linha de perpetuação de competência pela 13ª Vara Federal de Curitiba na Operação Lava Jato. Como demonstra **Fabiana Rodrigues**, essa realidade apresenta duas características principais: (1) tendência de exagerada aglutinação de processos (chamada aqui, desde uma perspectiva crítica, de supercompetência); (2) permanência de pontos cegos de legitimação. Segundo a autora:⁵

A leitura das decisões judiciais oriundas da Justiça Federal de Curitiba sugere que foi adotada uma ação estratégica para assegurar que os casos da Lava Jato fossem mantidos nessa cidade: o juiz

Sérgio Moro não inclui nelas a relação de todos os fatos criminosos, acompanhados dos respectivos locais de consumação, limitando-se a citar apenas os poucos fatos que faziam referência a alguma cidade do estado do Paraná (...) Diversas decisões que reconheceram a competência de Curitiba limitaram-se a mencionar o caso que teria definido essa competência: um crime de lavagem de dinheiro praticado por meio de investimentos feitos em Londrina, crime que, de acordo com a denúncia, teria como antecedente a corrupção praticada pelo ex-deputado José Janene, apurada no Mensalão (...) A empresa sediada em Londrina (Dunel Indústria e Comércio Ltda.) não aparece novamente nas outras denúncias da força-tarefa da Lava Jato. As decisões judiciais também se mostram omissas em relação às provas desse crime de lavagem de dinheiro que poderiam influenciar as provas dos demais crimes apurados pela operação (...) A investigação que levou à localização dos investimentos da empresa Dunel teve como alvo inicial Carlos Chater, que foi a primeira pessoa com quebra de sigilo bancário autorizada, em 08/02/2009. O relatório da PF afirma que nessa investigação surgiram indícios de atuação de Alberto Youssef. Carlos Chater também foi a primeira pessoa com comunicações interceptadas, de 17/07/2013 a 18/12/2013. A denúncia que descreve os investimentos na empresa Dunel, localizada em Londrina, faz menção ao uso de contas bancárias em nome da empresa Posto da Torre Ltda, sediada num posto de gasolina em Brasília/DF e que deu origem ao nome Lava Jato. Como constou na nota 1, não tivemos acesso ao conteúdo dos autos indicados como início dessas investigações, nem explicações dos atores da Lava Jato sobre a ausência de movimentação processual de 2011 a 2014, quando o procedimento permaneceu arquivado. Esse longo período de arquivamento que precedeu o pedido de interceptação telefônica deferido por Sérgio Moro mantém de pé a hipótese de que houve manipulação das regras de competência.

A partir disso, parece não ter sido oferecida pelo juízo de Curitiba uma resposta clara e objetiva para a pergunta: qual é o critério processual penal utilizado pelo Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR para manter sob sua jurisdição a vasta e complexa trama de fatos que se sucederam desde os primeiros movimentos da Operação Lava Jato até os dias atuais? Nesse preciso sentido, novamente, as conclusões de **Fabiana Rodrigues**:⁶

A pergunta que a Lava Jato deixou sem resposta: qual a relação das evidências sobre os investimentos feitos por Janene na Dunel para os processos com acusações de corrupção e desvios da Petrobras? Aparentemente nenhuma. Isso sugere, inclusive, que nem sequer havia conexão entre os fatos apurados naquela investigação e as demais denúncias da operação, pois a influência da prova é o pressuposto para manutenção de todos os casos com o mesmo juiz (...).

Trata-se, portanto, de um fenômeno de extrema gravidade, que aponta para a necessidade de uma contínua revisão dos critérios de atração de competência utilizados pela 13ª Vara Federal de Curitiba no âmbito da Operação Lava Jato, buscando sanar arbitrariedades e ilegalidades porventura ainda existentes – na linha daquilo que vem sendo feito pelo STF no combate ao estabelecimento de uma espécie de supercompetência pelo juízo de Curitiba, que se aproxima, como foi dito, de um inconstitucional tribunal de exceção. A garantia do juiz natural representa uma conquista histórica na luta pelas liberdades individuais e pela legitimação e limitação do poder punitivo do Estado, que não deve se deixar relativizar em nome de um anseio irracional de punição e acumulação de poder.

Notas

¹ (DIAS, 1974, p. 322-323).

² No original: "Neutralität und Distanz des Richters gegenüber den Verfahrensbeteiligten." BVerfGE, 21, 139 (146).

³ No original: "(...) nucleo essenziale della garanzia di cui si tratta risiede, come affermato dalla stessa giurisprudenza costituzionale, nella necessità che la legge pre-costituisca un ordine preciso di competenze a giudicare, non essendo sufficiente la sola pre-

determinazione legislativa di una competenza generale." (VILLASCH, 2018, p. 01).

⁴ Conforme decisão da Corte Constitucional da Colômbia – Sentencia C-040 de 1997, Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell.

⁵ (RODRIGUES, 2020, p. 220 e ss).

⁶ (RODRIGUES, 2020, p. 228).

Referências

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1974.
RODRIGUES, Fabiana Alves. *Lava Jato: aprendizado institucional e ação estratégica* na Justiça. 2020.

VILLASCH, Pietro. Il principio del giudice naturale precostituito nella giurisdizione contabile. *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 1, p. 1-7, 2018.

“PROCESSO PENAL ECONÔMICO”: UMA CONTRADIÇÃO NOS PRÓPRIOS TERMOS

“ECONOMIC CRIMINAL PROCESS”: A CONTRADICTION IN THEIR TERMS

Misael Neto Bispo da França

Doutor e mestre em Direito pela UFBA. Professor de Direito Processual Penal e Prática Jurídica Penal pela UFBA. Analista jurídico do MPF. Membro do Núcleo de Estudos sobre Sanção Penal da UFBA e do Instituto Baiano de Direito Processual Penal.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7265736545430661>

ORCID: 0000-0003-2468-9845

juridicoabr@gmail.com

Resumo: No contexto da repressão à criminalidade econômica, indaga-se sobre a existência, no campo epistemológico, de um genuíno “processo penal econômico”, reflexão que tem provocado importantes debates em solo pátrio, ante as vicissitudes inerentes a este subsistema de justiça criminal. Está em xeque a noção de processo penal como contenção do arbítrio da potestade punitiva, racionalizada ante a necessária proteção dos direitos fundamentais em jogo. Nota-se que as estratégias de enfrentamento à “criminalidade dourada” acabam por diluir as garantias preconizadas pela Constituição de 1988 e a normativa internacional por ela seguida, desnaturando o devido processo legal.

Palavras-chave: Processo penal - Criminalidade econômica - Epistemologia.

Abstract: In the context of the repression of economic criminality, the question is about the existence, in the epistemological field, of a genuine “economic penal process”, a reflection that has provoked important debates in the country, given the vicissitudes inherent to this subsystem of criminal justice. The notion of criminal procedure as containment of the discretion of punitive power, rationalized in view of the necessary protection of fundamental rights at stake, is at stake. It should be noted that the strategies to fight “golden crime” end up diluting the guarantees advocated by the 1988 Constitution and the international regulations followed by it, denaturing the due legal process.

Keywords: Criminal proceedings - Economic crime - Epistemology.

1. Introdução

O sistema de justiça criminal do que se convencionou denominar “pós-Democracia” tem sido fortemente influenciado por uma racionalidade punitivista, que o apresenta como a principal forma de controle social. Forjado no eficientismo neoliberal, o aludido sistema, a um só tempo, dilata-se, sob o pretexto de combater uma delinquência cada vez mais sofisticada, e, nessa tarefa, desnuda suas limitações em patente crise.¹

No centro desta sanha persecutória sem peias, as garantias processuais agonizam, cedendo a mitigações orquestradas por prepostos das agências formais de controle, provocando revitimizações, seletividades e subalternizações.²

Numa reflexão mais profunda, é o próprio processo penal que se desnatura, a serviço de soluções rápidas para o enfrentamento da impunidade, notadamente da criminalidade econômica, onde o consequencialismo eficientista dita a sumariedade da justiça criminal negociada.³ O aprimoramento incessante da “criminalidade

dourada”⁴ é tomado como justificativa para sucessivos desvirtuamentos do devido processo legal, fulminando o processo penal em sua essência.

Pergunta-se, então, se é possível cogitar, no campo epistemológico de um genuíno “processo penal econômico”, reflexão que tem provocado importantes debates em solo pátrio, ante as vicissitudes inerentes a este subsistema de justiça criminal.

2. Por um conceito constitucionalizado de processo penal

Em contraposição à ideia de pós-Democracia, há de se atentar para o fato de que o Estado brasileiro, nos termos da Carta de 1988, optou pelo regime democrático a nortear seu governo, sempre em prol da realização dos direitos e garantias fundamentais que guarnecem a pessoa humana.

É (deve ser) o processo penal submetido aos influxos constitucionais/convencionais que o conduzem por caminhos democráticos, respeitando o equilíbrio entre as partes que protagonizam o caso

penal, relegando à autoridade judiciária a expectadora insipiente que, jungida ao contraditório e zelando pela ampla defesa, buscará uma verdade reconstruída a partir do que lhe vier da tramitação legal.

Casara é preciso, neste sentido, ao definir o processo penal como:

(...) o sistema de garantias, direcionado à concretização do programa constitucional para as respostas estatais aos desvios sociais etiquetados como delituosos, que abrange a necessidade de redução do arbítrio, de contenção da violência legítima (do Estado, submetida ao princípio da legalidade), da erradicação da violência ilegítima (tanto do Estado quanto do particular em violação ao princípio da legalidade), e, por fim, a elevação do valor dignidade da pessoa humana como diretriz para toda e qualquer atividade estatal.⁵

Concepções como esta aludem à noção ferrajoliana de processo penal como contenção do arbítrio da potestade punitiva, racionalizada ante a necessária proteção dos direitos fundamentais em jogo, sobretudo da pessoa acusada, parte hipossuficiente da relação inaugurada pelo cometimento em tese de um ato rotulado de infração penal.⁶

3. “Processo Penal Econômico”: tentativas de caracterização

Se, numa acepção garantista, o processo penal pode ser definido daquela forma, cumpre perscrutar os contornos do que seria sua verticalização no campo da criminalidade econômica.

Está-se a cogitar de uma especificidade de processo informada pelas características próprias dos delitos correlatos (notadamente, os crimes contra o sistema financeiro, a ordem econômica e tributária, o meio ambiente,⁷ lavagem de capitais, organização criminosa e corrupção).

Na Argentina,⁸ entende-se que as peculiaridades de tais delitos justificam a concepção de um processo penal específico, mais elástico que o processo penal comum, por incorporar, na persecução criminal, o labor das instâncias extrapenais de fiscalização que, no Brasil, corresponderiam ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), à Controladoria-Geral da União (CGU), à Receita Federal, aos Tribunais de Contas, etc.

Com efeito, a política criminal adotada para o enfrentamento da “criminalidade dourada” optou por institutos que põem em xeque a própria concepção garantista de devido processo legal, encurtando

o caminho entre o caso penal e sua solução, com o sacrifício das balizas constitucionais que condicionariam a persecução.

A manobra mais emblemática do legislador brasileiro, neste sentido, é a massificação da justiça negociada, com destaque para a banalização da colaboração premiada e seu uso como facilitador da obtenção de informações, por vezes sob a ameaça de constrição da liberdade.⁹ Há, aqui, a flexibilização do direito ao silêncio e o flagrante desequilíbrio entre as partes, uma vez que as informações referentes ao “acordo” não são compartilhadas, da mesma forma, entre acusação e defesa, resultando na violação à paridade de armas e, portanto, dificultando a efetivação do sistema adversarial de processo.

O acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A do CPP, expressa bem a preocupação do legislador reformista de “aperfeiçoar” a legislação criminal no país. Trata-se de modalidade de negócio processual cujos pressupostos fazem-se presentes no âmbito dos crimes de colarinho branco, notadamente a quantidade de pena.¹⁰

O ANPP – corruptela como ficou popularizado o sobredito “acordo” – trouxe a promessa de maximização das zonas de consenso entre acusação e defesa, visando à solução mais benéfica para ambos. Não é o que se sucede na prática, ante a posição proeminente assumida pelo órgão ministerial na elaboração da avença. Lado outro, o “acordo” em tela consiste, ao fim e ao cabo, em aplicação e execução de pena sem processo, afastando-se da máxima ferrajoliana que impede a incidência da pena sem que haja jurisdição.

A mitigação da vedação do uso de provas derivadas das ilícitas, bem como a ampliação do elemento subjetivo do tipo, também surgem

como recursos adotados neste contexto para favorecer a suposta busca da verdade, esposando a lógica de que os fins justificam os meios. É o que se depreende da incorporação, no Direito brasileiro, das teorias da descoberta inevitável e da cegueira deliberada, respectivamente. Aqui, destacam-se a adoção do *fishing expedition* e do esforço para a responsabilização criminal do *compliance officer*, relegitimando-se o sistema, a pretexto de enfrentá-lo.¹¹

A repressão aos delitos econômicos, frise-se, tensiona categorias dogmáticas, para estender a tutela penal sobre temas que caberiam melhor na alçada do Direito Administrativo ou Civil. É o que ocorre no campo da responsabilidade penal da empresa, no qual se elastece a culpabilidade, para denunciar ante a ausência de imputabilidade penal, com amparo na jurisprudência, inclusive.¹²

A REPRESSÃO AOS DELITOS ECONÔMICOS, FRISE-SE, TENSIONA CATEGORIAS DOGMÁTICAS, PARA ESTENDER A TUTELA PENAL SOBRE TEMAS QUE CABERIAM MELHOR NA ALÇADA DO DIREITO ADMINISTRATIVO OU CIVIL.

Por fim, cabe cogitar dos “megaprocessos” deflagrados a partir de “megaoperações”, insufladas pela mídia corporativista para a espetacularização do caso penal, inobservando-se a dimensão externa da presunção de inocência, tratada como um entrave ao combate da criminalidade dos poderosos. Tal panorama expõe um verdadeiro caos jurídico, na medida em que autoridades judiciárias – a princípio, zeladoras das garantias fundamentais em jogo – transmudam-se em agentes de segurança pública comprometidas com a punição mais célere; e o grande volume dos autos, instruídos com uma vastidão de documentos físicos e digitais, exige horas e condições de trabalho que não podem ser atendidas por grande parte dos escritórios de advocacia do país.¹³

4. Conclusão

Por tudo quanto exposto, conclui-se que, partindo de uma epistemologia garantista e do respeito à sua dogmática, não se pode cogitar de um “Processo Penal Econômico”, por ser este uma contradição nos próprios termos.

As novas formas delitivas, reunidas sob a chancela da criminalidade econômica, desafiam as agências formais de controle a combatê-las, lançando mão de recursos que encurtam o caminho entre o caso penal e sua solução, sempre numa lógica emergencial e consequencialista.

As estratégias eficientistas, adotadas pela política criminal de enfrentamento à “criminalidade dourada”, acabam por diluir o

arcabouço de garantias preconizadas pela Constituição de 1988 e a normativa internacional por ela seguida, desnaturando o devido processo legal.

A repressão da delinquência dos poderosos efetiva-se por artifícios que destoam dos contornos de um genuíno “processo penal”, muitas vezes suprimido no afã de garantir segurança pública a uma sociedade cada vez mais atemorizada diante de desvios de verbas públicas, sonegações fiscais, remessas de divisas ao exterior e utilização de empresas de fachada para encobrir crimes antecedentes.

Para além de não se tratar de um “processo penal” propriamente dito, ao menos em termos humanísticos, é mister frisar que as manobras eficientistas de enfrentamento aos crimes de colarinho branco incidem, na prática, sobre o que **Sutherland** cunhou de “crimes de colarinho azul”, aludindo à categoria menos favorecida e subalternizada do escalonamento econômico estadunidense.¹⁴

Em paralelo, pode-se asseverar que o desrespeito às garantias processuais, inerentes à persecução penal dos poderosos no Brasil, fulmina direitos da verdadeira clientela do seu sistema de justiça criminal, formada pela juventude negra e periférica, implicada no tráfico de drogas e na microcriminalidade contra o patrimônio. Outra relevante razão para constatar e defender, em tom de advertência: o que se vê, no contexto em comento e ante as premissas fixadas, não é e nem pode ser processo penal.

Notas

- ¹ Casara, 2017.
- ² Anyar de Castro, 2009, p. 225-239.
- ³ França, 2021.
- ⁴ Karam, 2015.
- ⁵ Casara, 2015, p. 218.
- ⁶ Ferrajoli, 2006.
- ⁷ Não se desconhece a controvérsia doutrinária existente acerca da caracterização dos crimes ambientais como de “colarinho branco”, convencionando-se, aqui, por uma aceção ampla que permite sua inserção no rol dos delitos econômicos, sobretudo

ante a magnitude dos prejuízos deles resultantes para a coletividade.

- ⁸ Arocena e Balcarce, 2009.
- ⁹ Brasil, 2019.
- ¹⁰ Couto, 2021, p. 12-13.
- ¹¹ Gómez-Aller, 2013.
- ¹² Planas, 2013.
- ¹³ Malan, 2019.
- ¹⁴ Sutherland, 2015.
- ¹⁵ Borges, 2019, *passim*.

Referências

- ANYAR DE CASTRO, Lolita. Rasgando el velo de la política criminal em America Latina, o el rescate de Cesare Beccaria para la nueva criminología. *Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia de Ciencias Sociales y Políticas*, Guayaquil, p. 225-239, 2009. Disponível em: http://www.alfonsozambano.com/doctrina_penal/rasgando_velo_politica.pdf. Acesso em: 11 fev. 2017.
- AROCENA, Gustavo; BALCARCE, Fabián. *Derecho penal económico procesal*: Lineamientos para la construcción de una teoría general. Buenos Aires: Ediar, 2009.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *HCn. 479.227-MG(2018/0304652-7)*. Relator: Min. Nefi Cordeiro, 12 mar. 2013. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=479227&b=ACOR&p=false&l=10&i=4&operador=mesmo&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 06 ago. 2021.
- CASARA, Rubens. *Estado pós-democrático*: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.
- CASARA, Rubens. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- COUTO, Bruna et. al. Acordo de não persecução penal: justiça negocial e opressão racial no Brasil. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 29, n. 342, p. 12-14, mai. 2021.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 2. ed. Tradução de Fauzi Hassan Choukr et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FRANÇA, Misael. *O compliance na criminalidade societária como expressão do eficientismo penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2021.

GÓMEZ-ALLER, Jacobo D. Posición de garante del compliance officer por infracción del “deber de control: una aproximación tópica. In: ZAPATERO, Luis, Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto. (dir.) *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. Blog da Bointempo, 28 jul. 2015. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2015/07/28/a-esquerda-punitiva/>. Acesso em: 04 ago. 2020.

MALAN, Diogo. Megaprocessos criminais e direito de defesa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 27, n. 159, p. 45-67, set. 2019.

PLANAS, Ricardo Robles. El responsable de cumplimiento (“compliance officer”) ante el derecho penal. In: Jesús-María Silva Sánchez (dir); Raquel Montaner Fernández (coord.). *Criminalidad de empresa y compliance – prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013.

SUTHERLAND, Edwin H. *Crimes de colarinho branco*. Trad. Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

BORGES, Juliana. *Encarceramento em massa*. Rio de Janeiro: Polên, 2019.

Autor convidado

LETALIDADE POLICIAL NA PANDEMIA: O PAPEL DO SISTEMA DE JUSTIÇA NA CONTENÇÃO DE UM ANTIGO VÍRUS

*POLICE LETHALITY IN PANDEMIC: THE ROLE OF THE JUSTICE SYSTEM IN THE CONTAINMENT
OF AN ANCIENT VIRUS*

Poliana da Silva Ferreira

Doutoranda e mestre em Direito pela FGV/SP. Professora Auxiliar
da Faculdade de Direito da UFBA. Advogada. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Criminologia da Universidade do
Estado da Bahia, da Plataforma Justa/IBCCRIM e do Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena da FGV.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0468392946703207>

ORCID: 0000-0002-1166-7172

polianasferreira@hotmail.com

Resumo: O texto aborda a relação entre o aumento da letalidade policial e o papel do sistema de justiça no Brasil, no esforço de demonstrar que, embora tenha havido maior ocorrência de morte provocada por ações policiais durante a pandemia do novo Coronavírus, trata-se de um problema histórico na nossa democracia.

Palavras-chave: Letalidade policial - Autos de resistência - Polícia que mata - Sistema de Justiça.

Abstract: The text addresses the relationship between the increase in police lethality and the role of the justice system in Brazil, in an effort to demonstrate that, although there was a higher occurrence of death caused by police actions during the pandemic of the new Coronavirus, it is a historical problem in our democracy.

Keywords: Police lethality - Resistance records - Police killing - Justice System.

Desde março deste ano, quando foi declarada oficialmente a situação de pandemia em função do novo Coronavírus pela Organização Mundial da Saúde, ações policiais letais têm batido recordes. As ocorrências de abordagens policiais com resultado morte são quase um mantra diário no jornalismo matinal. Em todo o Brasil, foram contabilizadas 3.148 pessoas mortas por policiais, apenas no primeiro semestre de 2020, segundo o Monitor da Violência. No Rio de Janeiro e em São Paulo, especialmente, as pessoas tiveram que aprender a lidar com os riscos de contaminação da COVID-19 e com o aumento expressivo dos casos de mortes provocadas pelas polícias, que já não eram baixos.^{1,2}

O contexto é dramático e nos impele a questionar a Polícia, seu papel, modo de funcionamento, formação de seus quadros e os modos de controle social escolhidos e adotados para fiscalizar, supervisionar, escutar e responsabilizar seus membros. Mas não só. No arranjo institucional brasileiro, existem previsões legais de processos e instituições que devem ser reativas às ações policiais, inclusive as letais. Isto caracteriza uma das razões pelas quais o Brasil constituiu-se como uma democracia.

No entanto, quando deslocamos nosso olhar para o passado, quando a pandemia era uma realidade inimaginável, a história nos mostra que as respostas do sistema de justiça pareciam construir um caminho seguro para a existência de um número excessivo de mortes praticadas pela polícia no futuro.

Na década de 1990, o Brasil acompanhou um dos mais marcantes massacres protagonizados pela polícia na era da redemocratização, pós ditadura militar de 1964-1985. O massacre do Carandiru, como ficou lembrado, ocorreu em 2 de outubro de 1992, quando policiais militares do estado de São Paulo foram chamados a intervir em suposta rebelião dentro do Pavilhão 9 da Casa de Detenção de

São Paulo e deixou 111 presidiários mortos (MACHADO, Maíra; MACHADO, Marta, 2015). A atuação do sistema de justiça, marcada pelas disputas entre as distintas versões dos fatos e mais de vinte anos de processo de responsabilização criminal, teve como balanço final o fato de que entre os mais de 300 PMs que participaram daquela ocorrência no Pavilhão 9:

“123 foram denunciados e processados criminalmente, apenas aqueles que em depoimento no inquérito policial militar declaram ter atirado. Desses, há sentenças condenatórias proferidas em relação a 73 réus – os demais faleceram ou foram absolvidos (MACHADO, Maíra; MACHADO, Marta, 2015, p. 64).

Essa resposta do sistema de justiça paulista precisa estar contextualizada com a existência de outros episódios similares, que ocorreram na sequência, como a chacina da Candelária, em 1994 (Rio de Janeiro), a chacina do presídio Urso Branco em 2002 (Rondônia), os crimes de maio, em 2006 (São Paulo), a chacina do Cabula, em 2015 (Bahia), todos com suspeita ou confirmação de participação direta de policiais.

Esses casos emblemáticos não constituem casos isolados. A história recente do Brasil é marcada pela letalidade policial. Entre os anos de 2009 e 2016, um total de 21.892 pessoas perderam suas vidas em ações policiais, tal qual apontado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública em 2017. Às vésperas da pandemia, em 2019, o país enterrou 3.181 vítimas de intervenções policiais letais (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2020). A pandemia abre um novo capítulo em um livro que está sendo escrito há mais de trinta anos.

O aumento da letalidade das ações policiais no período da pandemia deve ser lido junto com as absolvições sistemáticas nos júris, o uso excessivo de promoções de arquivamento de inquéritos policiais

pelo Ministério Público, com tolerância às investigações policiais, que se acomodam com a impossibilidade de afirmação de que a bala encontrada no corpo do jovem negro era do policial e dos laudos de exames cadavéricos que são inconclusivos sobre tiros disparados pelas costas. Além, é claro, da ausência de transparência e de ferramentas de auto-observação das diferentes instituições jurídicas sobre os impactos da sua atuação neste tema (FERREIRA, 2017, 2019).

Somam-se a esses elementos, as inovações normativas, que buscam renovar o sistema de justiça sem necessariamente corrigir seus equívocos ou propor mecanismos que atenuem seus efeitos perversos, como é o caso da Lei 13.491/2017, que alterou a competência para julgamento de crimes dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, que passou a ser da competência da Justiça Militar da União, se praticados em contextos específicos, e que do ponto de vista prático têm colocado em questionamento a competência dos tribunais dos júris para julgar os homicídios dolosos praticados por policiais militares contra civil, da mesma forma que as normas provenientes do chamado pacote anticrime, aprovadas na Lei 13.964/2019, que conforme a ementa, aperfeiçoou a legislação penal e processual penal, acrescentou a hipótese de legítima defesa quando o agente de segurança pública repelir agressão ou risco de agressão à vítima mantida refém durante a prática de crimes, tencionando ainda mais um arranjo institucional, que já responde de forma precária às possibilidades de responsabilização de policiais que se envolveram em situações de abordagem com resultado morte.

O sistema de justiça tem um papel decisivo no enfrentamento da letalidade policial. Não é possível resistir e enfrentar as chagas da escravidão, do autoritarismo, do fascismo, sem que as agências do sistema de justiça cumpram o seu papel, diferencie-se da polícia e interrompa os fluxos históricos que teimam em imunizar a polícia que mata (FERREIRA, 2019), com mecanismos jurídicos de proteção inscritos na legislação; em práticas processuais, que produzem arquivamentos sistemáticos de inquéritos policiais; e numa subcultura institucional autoritária da Polícia, que segue resguardada e renovada dentro da ordem democrática vigente.

A elevada taxa de letalidade policial no contexto da pandemia evidencia como este problema constituiu, por si só, uma situação de violação de direitos fundamentais, que incrementa os desafios para a viabilização do próprio Estado de Direito (FERREIRA, 2019) no momento em que parte da humanidade descobria novas tensões, consensos e abismos em torno da vida em coletividade.

Para um outro grupo de pessoas coube também resistir às antigas práticas opressivas por parte do próprio Estado, redesenhando, inclusive, outras estratégias de enfrentamento para além do culto ao punitivismo, que tradicionalmente isola os policiais em um sistema de responsabilidade solitária (KAMINSKI, 2015; FERREIRA, 2017, 2019). Neste sentido, a mera proposição da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635³ no Supremo Tribunal Federal por organizações da sociedade, notadamente aquelas próximas aos familiares de vítimas da violência do estado, já constitui uma vitória e uma nova, e importante, frente de atuação, que se soma a formas pretéritas de resistência.⁴

Notas

- ¹ No Brasil, 11 a cada 100 mortes violentas intencionais foram provocadas pelas Polícias em 2018, segundo dados publicados no Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública de 2019.
- ² Entre abril, maio e junho, casos isolados do dia consubstanciaram um aumento significativo da letalidade policial, fato amplamente noticiado: o portal G1 informou um aumento de mais de 30% na letalidade policial entre os meses de janeiro e abril do mesmo ano, em São Paulo, na comparação com o mesmo período do ano anterior (ver: ARCOVERDE, Leo. Mortes cometidas pela polícia entre janeiro e abril de 2020 crescem 31% em SP. GloboNews, São Paulo, 1 jun. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/06/01/mortes-cometidas-pela-policia-entre-janeiro-e-abril-de-2020-crescem-31percent-em-sp.ghtml>. Acesso em: 4 out. 2020.). Já em relação ao Rio de Janeiro, o mesmo portal informava um aumento de mais de 40% desse tipo de ocorrência, em abril de 2020, na comparação com o mesmo mês, no ano anterior (ver: G1 RIO. Mortes em ações policiais no RJ aumentam 43% em abril, em meio à pandemia. G1 Rio, Rio de Janeiro, 26 jan. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/05/26/mortes-em-acoes-policiais-aumentaram-43percent-no-rj-em-abril.ghtml>. Acesso em: 4 out. 2020.)

- ³ A ADPF 635 foi proposta pelo Partido Socialista Brasileiro, contra o Estado do Rio de Janeiro, requerendo a não realização de operações policiais em comunidades durante a epidemia do COVID-19, a não ser em hipóteses absolutamente excepcionais, casos nos quais devem ser adotados cuidados excepcionais, "devidamente identificados por escrito pela autoridade competente, para não colocar em risco ainda maior a população, a prestação de serviços públicos sanitários e o desempenho de atividades de ajuda humanitária". A referida ADPF tem como Amicus Curiae a ONG Educafro - Educação E Cidadania De Afro-Descendentes E Carentes, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e a Justiça Global, e foi julgada monocraticamente no Supremo Tribunal Federal no dia 5 de junho de 2020.
- ⁴ Para lembrar o caráter intergeracional do enfrentamento à violência policial recomenda-se: CARDOSO, Edson Lopes. Memória de movimento negro: um testemunho sobre a formação do homem e do ativista contra o racismo. Tese (Doutorado) - Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. 308p e GONZALEZ, Lélia; HASENBALG Carlos. Lugar de negro. Rio de Janeiro: Editora Marco Zero, 1982.

Referências

- ARCOVERDE, Leo. Mortes cometidas pela polícia entre janeiro e abril de 2020 crescem 31% em SP. GloboNews, São Paulo, 1 jun. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/06/01/mortes-cometidas-pela-policia-entre-janeiro-e-abril-de-2020-crescem-31percent-em-sp.ghtml>. Acesso em: 4 out. 2020.
- CARDOSO, Edson Lopes. Memória de movimento negro: um testemunho sobre a formação do homem e do ativista contra o racismo. Tese (Doutorado) - Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
- FERREIRA, Poliana da Silva. A responsabilização da polícia que mata: um estudo de caso sobre o tratamento jurídico das abordagens policiais com resultado morte. Dissertação (Mestrado em Direito) - Escola de Direito, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2019. 206p.
- FERREIRA, Poliana da Silva. Direitos fundamentais e letalidade policial: sentidos opostos numa mesma trilha. Revista Eletrônica Direito e Sociedade-REDES, Canoas, v. 7, n. 2, p. 111-126, ago. 2019.
- FERREIRA, Poliana da Silva. Como abrir a caixa de pandora?: estratégias metodológicas para o estudo da polícia que mata. Revista de Estudos Empíricos em Direito, v. 6, p. 21-43, 2019.
- FERREIRA, Poliana da Silva. A inércia judicial como governança: o tratamento dos homicídios dolosos praticados por policiais na justiça de São Paulo. In: Sociology of Law, 2017, Canoas- RS. Anais sociology of law 2017: Perspectivas das relações entre direito e sociedade em um sistema Social Global. Canoas: Unilasalle, 2017, p. 523-533.
- FORUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Anuário de Segurança Pública. Ano 11. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2017.
- FORUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Anuário de Segurança Pública. Ano 13. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019.
- FORUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Anuário de Segurança Pública. Ano 13. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2020.
- G1 RIO. Mortes em ações policiais no RJ aumentam 43% em abril, em meio à pandemia. G1 Rio, Rio de Janeiro, 26 jan. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/05/26/mortes-em-acoes-policiais-aumentaram-43percent-no-rj-em-abril.ghtml>. Acesso em: 4 out. 2020.
- GONZALEZ, Lélia; HASENBALG Carlos. Lugar de negro. Rio de Janeiro: Editora Marco Zero, 1982.
- KAMINSKI, Dan. Pénalité, management, innovation. Namur: Presses universitaires de Namur, 2009.
- MACHADO, Maíra Rocha; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (coord.). Carandiru não é coisa do passado: um balanço sobre os processos, as instituições e as narrativas 23 anos após o massacre. 2015. São Paulo: FGV Direito SP, 2015, p. 552.
- VELASCO, Clara ET AL. Nº de pessoas mortas pela polícia cresce no Brasil no 1º semestre em plena pandemia; assassinatos de policiais também sobem. Monitor da violência, G1. São Paulo, 3 set. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2020/09/03/no-de-pessoas-mortas-pela-policia-cresce-no-brasil-no-1o-semestre-em-plena-pandemia-assassinatos-de-policiais-tambem-sobem.ghtml>. Acesso em 20 out. 2020.

Recebido em: 26.07.2020 - Aprovado em: 10.09.2020 - Versão final: 05.10.2020

RAP COMO TEORIA SOCIAL: RACIONAIS MC'S, CRIMINOLOGIA E CRÍTICA RADICAL

RAP AS SOCIAL THEORY: RACIONAIS MC'S, CRIMINOLOGY AND RADICAL CRITIQUE

Marcos Queiroz

Doutorando em Direito pela UnB; Sanduíche na Universidad Nacional de Colombia e na Duke University; Professor do Instituto Brasileiro de Direito Público.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5456262627620744>

ORCID: 0000-0003-3644-7595

marcosvlq@gmail.com

Jordhanna Cavalcante

Mestranda em Direito pela UnB. Graduada em Sociologia pela UnB.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0393151338362685>

ORCID: 0000-0002-8078-8453

cjordhanna@gmail.com

Resumo: Este artigo propõe pensar o rap como teoria social que estrutura uma crítica distintiva da modernidade. Posteriormente, vale-se dessa concepção para interpelar a criminologia crítica brasileira, tomando como método a análise da produção estética dos Racionais MC's. Esse confronto se dá a partir de três elementos articulados pelo grupo: a abordagem descritiva e normativa, que permite uma releitura do conceito de "democracia"; o letramento racial; e a epistemologia do corpo e do território.

Palavras-chave: Criminologia – Democracia - Racionais MC's – Racismo - Teoria social.

Abstract: This paper takes rap as a social theory that structures a distinctive critique of modernity. Subsequently, this conception is used to challenge Brazilian critical criminology, using the aesthetic production of Racionais MC's as a method of approach. This confrontation is based on three elements articulated by the group: the descriptive and normative analysis that allows a re-reading of the concept of "democracy"; the racial literacy; and the epistemology of the body and the territory.

Keywords: Criminology – Democracy - Racionais MC's – Racism - Social theory.

Esse não é mais seu, ó, subi. Entrei pelo seu rádio, tomei, cê nem viu.
Racionais MC's, Negro Drama.

Mó função, mó tabela, desculpa aí

Fim do milênio. Anos 90. Globalização. Modernização. América Latina. Brasil. Caos urbano. Repressão policial. Chacina de menor. Holocausto penitenciário. Neoliberalismo no talo. Vai, sintá-se melhor. Enche a boca pra falar: re-de-mo-cra-ti-za-ção. Nova República? Haha. Pra quem, p****!? Não, não, para com isso. Interrompe tudo. Volta pro começo. Grave na caixa. Zunido no ouvido, na epiderme, nas veias, nas moléculas, nos átomos. No corpo todo. Na alma. Holofotes sobre o palco. "Mike" na mão. Boom! Sintetiza. Presta atenção. Os quatro pretos mais perigosos do Brasil têm um recado. Racionais, tipo profeta, portam a verdade. A razão aqui é negra, meus caros, e ela é cantada.

Como aponta **Paul Gilroy** (2012), as expressividades negras podem ser entendidas como teoria social, um discurso filosófico que estabelece a unidade entre ética e estética, política e cultura. Nelas, a crítica, em geral, nasce da crise vivida, concreta e real, tendo como grande substrato a memória da escravidão e o enfrentamento ao racismo. Ademais, a expressão artística não é mero substituto simbólico para o reconhecimento de um presente adverso, mas atua na automodelagem individual (cuidado e reinvenção de si) e na libertação comunal. **Achille Mbembe** atesta que essa arte é enraizada na imaginação produzida pela luta por uma nova humanidade, num imenso esforço criativo sobre objetos formais e linguagens (2017). Por meio dela, o subalterno não só volta a respirar, com a mente e o corpo em festa, mas também reverte a história e estiliza as sedimentações epistêmicas do dominador. Reúnem-se, em um único movimento, a crítica do mundo e o ato de transcendência – de superação da realidade posta. Autobiografias, manipulação da língua falada (o *pretuguês*, de **Lélia González**) e a música são algumas das formas pelas quais se expressa esse arcabouço teórico-

estético radical, que trasborda os esquadros do estado-nação moderno (GILROY, 2012; GONZÁLEZ, 1983).

A partir desse pressuposto, no qual a arte negra é entendida como teoria social, o artigo pretende compreender a produção e a trajetória dos **Racionais MC's**. Particularmente: como o rap interpela as abordagens, a política e os conluios estabelecidos dentro da criminologia crítica brasileira. **Felipe Freitas** retira o véu de neutralidade que paira sobre o campo ao constatar como os lugares de raça, classe e gênero influenciam não só nas escolhas teóricas e metodológicas, mas também na construção das referências e do poder (2016). Nesse contexto, são impostos a marginalização e o silenciamento sobre aqueles que denunciam o racismo. No mesmo sentido, **Thula Pires** chama esse conluio entre os brancos de "pacto narcísico" (2017),¹ no qual a branquitude é a mola mestra de um campo autorreferenciado e ensimesmado, pautado pelo beija-mão teórico e o tapinha no ombro metodológico.

Assim, a criminologia crítica não só exclui dos seus marcos as contribuições de intelectuais negros e a agenda do movimento negro, mas também constrói teoria e práxis que embarreiram um compromisso radical com a transformação social. Do ponto de vista teórico, evidencia-se uma minimização do racismo, que muitas vezes é reduzido a um recorte ou a um apêndice das análises (o "falar para não pegar mal"; o enumerar de opressões em que a raça aparece depois da vírgula; a monotonia sem densidade do leque de opressões "raça, classe e gênero"). Ademais, essa abordagem mantém como universal a posição dos brancos, sem nomear e enfrentar o poder da branquitude,² quando não resvala nos caquéticos discursos da mestiçagem e da democracia racial. Do ponto de vista prático, trata-se de uma criminologia crítica bacharelesca e aristocrática, dos ternos e gravatas, de uma crença mascarada no poder do direito, que elege como palco da luta e da transformação social a disputa por dentro das instituições. No cotidiano, significa a luta por editais, publicações em periódicos, espaços na mídia, congressos caros e espaços na burocracia do estado e de agências

internacionais – melhor ainda quando tudo isso está localizado no eixo Rio-SP. Uma criminologia crítica fingida, pois finge lutar contra tudo aquilo que ela mesmo representa.

Diante dessa festa branca, em que o negro só pode pisar sob suspeita moral e paternalmente agradecido, eleger-se o rap como teoria social capaz de desmontar conluios teóricos e políticos. Nessa pequena prosa, aponta-se como os **Racionais MC's** impelem novas paragens à crítica sobre o crime no Brasil, que sistematizamos aqui em: a análise descritiva e normativa que coloca de ponta cabeça o conceito de “democracia”; o letramento racial; e a epistemologia do corpo e do território. Essas questões sugerem, portanto, outros pressupostos e um novo paradigma para a crítica criminológica.

Ratátá, caviar e champagne

“O ser humano é descartável no Brasil, como Modest usado ou Bombril. Cadeia guarda o que o sistema não quis. Esconde o que a novela não diz” (DIÁRIO de um detento, 1997). Numa narrativa oficial, a Nova República poderia começar no dia 05 de outubro 1988, data de promulgação da Constituição de 1988. Democracia, cidadania, confetes e euforias? Só em sonho. Na prática, “Cachorros assassinos, gás lacrimogênio. Quem mata mais ladrão ganha medalha de prêmio” (Ibidem).

03 de Outubro de 1992: massacre do Carandiru.

23 de Julho de 1993: chacina da Candelária

29 de Agosto de 1993: chacina de Vigário Geral.

Acauam Silvério de Oliveira argumenta que a sequência desses três eventos, em menos de um ano, revela o núcleo constitutivo do nosso projeto nacional (2018). Mais do que o livrinho verde e amarelo, hoje já tão esfacelado, são corpos empilhados e rios de sangue a cara da nossa “democracia”. Enquanto a opinião pública hegemônica aplaudia a truculência policial nessas tragédias, a periferia compreendia que essas ações não seriam “apenas” uma exceção, mas um padrão estatal, que ia se tornando cada vez mais normalizado ao longo dos anos. Na estruturação desse modelo, quebradas e prisões passavam a ser assimiladas dentro de um mesmo campo contínuo (FREITAS JR., 2017), atravessado pela construção de imagens racistas e pela violação cotidiana de direitos constitucionais. O disco *Sobrevivendo no Inferno*, de 1997, não é só uma resposta interpretativa a esses fenômenos. Ele é também a elaboração de uma ética agonística e premonitória sobre a lógica genocida da sociedade brasileira. E a música *Diário de um detento* é o clímax desse contragolpe.

“Mas quem vai acreditar no meu depoimento?” (DIÁRIO de um detento, 1997). Se os **Racionais** significam o periférico como sujeito estético, tal música se constrói a partir desse sujeito como indivíduo encarcerado. Das prisões ele elabora um olhar descritivo e normativo do Brasil – a crítica e o devir. O cárcere é seu púlpito teórico e espiritual diante do inferno do real. Na canção, o cadáver, testemunha de seu próprio assassinato individual e coletivo, oferece um relato cru e objetivo da política de esmagamento do Estado, em que a escassez neoliberal passa longe das táticas de extermínio. Não há austeridade para a morte. Ao descrever, evidenciam a norma operante do porvir. A cadeia e as chacinas recriam a descartabilidade e a matabilidade dos corpos negros, pobres e periféricos. Para tanto, não bastam balas, fuzis, caveirões e granadas. É necessária a supressão das vozes dissonantes, particularmente do elemento mais antissistêmico da ordem social: o preso, leia-se, o favelado emparedado. No enredo da “democracia genocida” (FLAUZINA, 2019), o encarcerado e os seus direitos não devem ter lugar no espaço público. 03 de outubro de 1992 é uma virada nesse sentido. A música *Diário de um detento* é uma das últimas tentativas de impedir que o apocalipse social se concretizasse.

Dentro desse contexto, essa faixa possui um significado mais abrangente, na medida em que ela se insere nas encruzilhadas da democracia brasileira nos anos 90. A poética do cantar falado, base estética do rap, permitia que a literatura mais crua sobre a realidade, no caso a escrita do testemunho e o diário, fosse escutada nos quatro cantos do país. Ela lutava contra amnésia programada a respeito do Carandiru e do destino dos presos, bem como insistia em apontar os efeitos corruptores da violência estatal sobre os direitos humanos. Em tom profético, afirmava que, se o depoimento e a verdade carregada pelo detento fossem abafados, o marco de garantias inaugurado pela Constituição de 1988 seria paulatinamente corroído. O que era “periférico” no sistema jurídico, viraria regra, generalizando uma cultura institucional e moral de naturalização da morte, da violência, da suspensão dos direitos e de autoritarismo.

A música antecipava aquilo que a criminologia crítica demorou muito tempo para compreender e que, até hoje, não leva às últimas consequências na prática. Fascismo, meu irmão, é novidade só para os brancos.

Um bastardo, mais um filho pardo

A crítica dos **Racionais** tem como pressuposto a compreensão da cromaticidade do mundo. Dos vínculos entre epidermização da vida e destino racial. Há, assim, o completo rompimento político e afetivo com paradigma da democracia racial. “Os sociólogos preferem ser imparciais e dizem ser financeiro o nosso dilema. Mas se analisarmos bem mais você descobre que negro e branco pobre se parecem, mas não são iguais” (RACISTAS otários, 1990). Raça importa e ponto. Mas aqui há uma articulação entre crítica e arcabouço conceitual muito mais refinado que a mera reprodução binária e essencialista. Mais: o letramento racial utilizado pelo grupo converge com aquele elaborado por intelectuais e movimentos negros em outros espaços de disputa política. Dentro desse contexto, a abordagem se faz em três instâncias: negros como pretos e pardos; a raça como um dispositivo³ recriado pela punição; o devir negro.

Ao longo da segunda metade do século XX, o movimento negro lutou não só pela reintrodução do quesito raça/cor nos censos brasileiros, suprimido

pela Ditadura Militar, mas também pela estratificação racial dos dados. O objetivo era evidenciar a discriminação racial e dar nome aos bois. Uma das estratégias foi afunilar as categorias raciais abertas e fixar os conceitos de “pardo” e “preto”, subconjuntos do conjunto “negro”. A luta repercutiu nos censos, que até hoje reproduzem essas categorias (somadas as de brancos, amarelos e indígenas). Essa tática comprova o seu sentido na prática: pardos e pretos estão extremamente próximos em níveis de desigualdade e ambos muito distantes do grupo dos brancos. De fundo, um argumento é instaurado: o pardo é negro. Está, assim, longe de ser o símbolo “mestiço”,

prova da nossa harmônica integração racial. Com isso, uma das principais engrenagens do mito brasileiro é quebrada. Abre-se flanco para novas posturas diante da realidade. A música dos **Racionais** dialoga com esse estado de coisas: não só assume o racismo como dado da formação social brasileira, como o pardo emerge como sujeito negro crítico e autoconsciente. Isso é evidenciado na cortante segunda parte de *Negro Drama*, cantada por Mano Brown: “Luz, câmera e ação. “Gravando a cena vai. O bastardo, mais um filho pardo, sem pai. Hey, senhor de engenho, eu sei bem que você é. Sozinho, cê num guenta” (NEGRO drama, 2002).

Ademais, a “raça” também é entendida como dispositivo. Como prática social concreta. Ou seja, o racismo não é fenômeno rasteiro, reduzido a economicismos diversos ou à mera superestrutura ideológica decorrente da estrutura produtiva. Muito menos se trata de questão moral, de caráter, subjetiva ou psicológica – o “preconceito”. O racismo e a raça são criados e recriados no cotidiano: são os processos de desterro, morte, expropriação

econômica e controle social que estabelecem, a olhos nus, os “lugares de negro”. Portanto, não há que se falar de “raça” desconectada dos seus mecanismos de produção. Raça é prática, e a punição é a prática racial criadora por excelência.

Disso decorre o terceiro e último elemento do letramento racial dos Racionais: o devir negro. Mbembe argumenta que a modernidade legou aos negros o lugar mais desumano. No entanto, a continuidade do trato vil, sujo, imoral e violento da população negra faria com que essa desumanização se esparramasse para o resto da humanidade (2014) – a “exceção” se torna a regra. Cada vez mais, todos passam a ser tratados como negros. Ana Flauzina, por sua vez, estabelece que a brutalidade das agências punitivas é condicionada pela dinâmica racial, mesmo quando os implicados são brancos. O sistema penal é “violento porque é racista, e se as consequências mais perversas desse casamento desastroso são inegavelmente sentidas pela população negra, também estão colocadas para os demais segmentos da sociedade em alguma medida” (FLAUZINA, 2005, p. 155).

Se o devir negro é a universalização dessa condição do não-ser, daí decorrem duas consequências. Primeiro, tratar “raça” como apêndice é ser colaboracionista do supremacismo branco. Segundo, a necessidade de uma práxis crítica capaz de pensar a violência racial como um problema de todos e todas, pela qual se entenda que, se é por meio do sistema penal que a “raça” se recria, o abolicionismo é condição de superação do racismo.

Salve pra comunidade do outro lado dos muros

A teoria dos Racionais não é só uma epistemologia do corpo que se estabelece por meio do letramento racial, mas também uma epistemologia dos territórios. Ela é evidenciada na sua poética dos espaços, em que bairros, favelas e comunidades periféricas – marginalizados e estereotipados pelas narrativas oficiais – são recolocados no palco da história, servindo de ponto de inflexão crítica e de restauração dos laços comunitários. Essa lírica territorial atravessa todas as músicas e ganha destaque especial em Salve, a última faixa de Sobrevivendo no Inferno (1997).

Dessa epistemologia decorrem ainda mais dois aspectos.

Primeiro: a leitura conflitiva intraterritorial, entre pares e irmãos de quebrada, que complexifica a visão sobre a periferia. Ela nega o “borrão” estabelecido

pela mídia, pela academia, pela polícia e pelas instituições liberais. Dessa compreensão surge também uma dimensão normativa: a lei da favela. Nela, as letras não propõem revanchismos e moralismos, nem a presença do Estado como mediador de conflitos. Diante da máxima de que o aparato estatal sequestra conflitos na contemporaneidade brasileira, os Racionais são uma vanguarda crítica e de oposição. Estado não é sinônimo de justiça, muito pelo contrário. Isso é importante não só em termos estéticos, mas práticos, na medida em que bailes, rádios e circuitos culturais – espaços em que o rap circula e é produzido – atuam como territórios de contenção da violência e de produção de outras lógicas sociais, consonante ao lema: o rap salva vidas. Por outro lado, as músicas não aliviam a responsabilidade da burguesia-senhorial e da polícia. O timbre, o cantar-falado, as capas dos discos e os pronunciamentos públicos não recuam e não suavizam, pelo contrário, antagonizam e articulam o revide dos territórios. “Um rap venenoso ou uma rajada de PT. E a profecia se fez como previsto. 1997, depois de Cristo. A fúria negra ressuscita outra vez. Racionais, capítulo 4, versículo 3” (CAPÍTULO 4, versículo 3, 1997).

Por fim, na ética-estética dos Racionais, os territórios estão em unidade com o corpo e a mente. A crítica está em movimento e enraizada a partir do chão em que se vive. Ela estabelece tanto a política de realização (de confrontar e exigir que a democracia constitucional concretize aquilo que ela estabelece na letra da lei) como da transfiguração (o estabelecimento de um horizonte utópico para além do enquadramento liberal).⁴ Os lugares do rap, que são espaços corporais de vida, assemelham-se aos territórios negros de Beatriz Nascimento (2006): ambientes onde o princípio da liberdade é realizado a partir de um paradigma afro-diaspórico, não circunscrito pelo direito estatal. A casa de produção, o baile e o show são os exemplos mais radicais dessa epistemologia, encapsulada em cada álbum, em cada música, em cada play: *beat* e letra entrelaçados criam um rito que permite, ao mesmo tempo, a crítica compromissada da realidade e a suspensão dessa mesma realidade ao constituir um espaço-tempo outro, no qual é interrompida a lógica de desumanização dos corpos negros. Na despatologização do normal, esse território poético possibilita/compõe uma nova ordem social temporária, servindo de origem do futuro. Nela, o corpo é a liberdade absoluta, a criatividade democrática, o desejo consumindo-se. É o território em que o sublime rejeita o devir negro. É a utopia realizada.

Notas

¹ Para a expressão “pacto narcísico da branquitude”, veja-se: BENTO, 2002.

² No texto, branquitude e branquidade são utilizadas como sinônimos. Para o conceito, veja-se: FRANKENBERG, 2004, p. 312-313.

³ Para o conceito de dispositivo, veja-se: AGAMBEN, 2009, p. 29.

⁴ Para os conceitos de política da realização e da transfiguração, veja-se: GILROY, 2012.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. *O que é o contemporâneo? e outros ensaios*. Trad. Vinícius Nicastro Nonesko. Chapecó: Argos, 2009.

BENTO, Maria Aparecida da Silva. *Pactos narcísicos no racismo: branquitude e poder nas organizações empresariais e no poder público*. Tese (Doutorado em Psicologia) - Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

CAPÍTULO 4, Versículo 3. Intérprete: Racionais MC's. Compositor: Racionais MC's. In: SOBREVIVENDO no inferno. [Compositores e intérpretes]: Racionais Mc's. São Paulo: Cosa Nostra, 1997. 1 CD, faixa 3 (8m06s).

DIÁRIO de um detento. Intérprete: Racionais MC's. Compositor: Racionais MC's. In: SOBREVIVENDO no inferno. [Compositores e intérpretes]: Racionais Mc's. São Paulo: Cosa Nostra, 1997. 1 CD, faixa 7 (8m08s).

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. Brasília: Brado Negro, 2017.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. “Democracia Genocida”. PINHEIRO-MACHADO, Rosana; FREIXO, Adriano de (orgs.). *Brasil em Transe: Bolsonarismo, Nova Direita e Democratização*. Rio de Janeiro: Oficina Raquel, 2019.

FRANKENBERG, Ruth. A miragem de uma branquidade não-marcada. WARE, Vron. (org). *Branquitude: Identidade branca e multiculturalismo*. Rio de Janeiro: Garamond, 2004, p. 312-313.

FREITAS, Felipe. Novas Perguntas para a Criminologia Brasileira: Poder, Racismo e Direito no Centro da Roda. *Cadernos do CEAS*, Salvador, n. 238, p. 488-499, 2016.

FREITAS JR., Renato de Almeida. *Prisões e Quebradas: o campo em evidência*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.

GILROY, Paul. *Atlântico Negro: Modernidade e Dupla Consciência*. Rio de Janeiro:

Universidade Cândido Mendes, 2012.

GONZALEZ, Lélia. Racismo e sexismo na cultura brasileira. *Ciências Sociais Hoje*, Brasília, n. 2, p. 223-244, 1983.

NEGRO drama. Intérprete: Racionais MC's. Compositor: Racionais MC's. In: NADA Como Um Dia Após o Outro Dia. [Compositores e intérpretes]: Racionais Mc's. São Paulo: Cosa Nostra, 2002. 2 CD, CD-1, faixa 5 (6m53s).

MBEMBE, Achille. *Crítica da Razão Negra*. Lisboa: Antígona, 2014.

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

NASCIMENTO, Beatriz. O conceito de quilombo e a resistência cultural negra. RATTI, Alex. *Eu sou atlântica*. Sobre a trajetória de vida de Beatriz Nascimento. São Paulo: Instituto Kuanza e Imprensa Oficial, 2006.

OLIVEIRA, Acaum Silvério de. *O Evangelho marginal dos Racionais MC's*. Sobrevivendo no Inferno. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Criminologia crítica e pacto narcísico: por uma crítica criminológica apreensível em português. *Revista brasileira de ciências criminais*, n. 135, p. 541-562, 2017.

RACISTAS otários. Intérprete: Racionais MC's. Compositor: Racionais MC's. In: HOLOCAUSTO Urbano. [Compositores e intérpretes]: Racionais Mc's. São Paulo: Zimbabwe Records, 1990. 1 LP, faixa 5 (5m47s.)

SALVE. Intérprete: Racionais MC's. Compositor: Racionais MC's. In: SOBREVIVENDO no inferno. [Compositores e intérpretes]: Racionais Mc's. São Paulo: Cosa Nostra, 1997. 1 CD, faixa 12 (8m08s).

SOBREVIVENDO no inferno. [Compositores e intérpretes]: Racionais Mc's. São Paulo: Cosa Nostra, 1997.

Recebido em: 03.11.2020 - Aprovado em: 30.01.2021 - Versão final: 08.03.2021

A NOVA REDAÇÃO DO DELITO DE DENUNCIÇÃO CALUNIOSA E O VELHO EFEITO SEDANTE E SIMBÓLICO DA LEI PENAL

THE NEW WORDING OF THE SLANDEROUS DENUNCIATION CRIME AND THE OLD SEDATIVE AND SYMBOLIC EFFECT OF PENAL LAW

José Rafael Fonseca de Melo

Doutorando em Direito Penal pela UERJ. Mestre em Direito Penal pela UFPE. Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo ICPC. Professor de Processo Penal da UFRJ. Advogado Criminal.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3577911179067610>

ORCID: 0000-0001-8358-6614

rafaelfonsecademelo@hotmail.com

Resumo: Com o advento da lei 14.110/2020, que alterou o art. 339 do Código Penal, operou-se o fenômeno de ampliação das hipóteses de procedimentos desencadeados por insinuação falsa, bem como das imputações de atos ilícitos a serem apurados. Sob o argumento de reduzir a subjetividade/amplitude das expressões genéricas do tipo legal e delimitar o perímetro criminalizante em atendimento à taxatividade, sacrificaram-se outros princípios limitadores, como a fragmentariedade e a intervenção mínima. Em face da atmosfera colérica protagonizada pelo instituto da delação premiada, na qual a mentira é instrumento de pressão política que corrompe e contamina o ambiente público com a disseminação de notícias falsas, analisa-se no presente artigo esse conflito entre aumentar o alcance normativo em prol da precisão e violar princípios em favor do apelo punitivo.

Palavras-chave: Denúnciação caluniosa – Legalidade – Taxatividade – Delação premiada.

Abstract: With the advent of Law 14.110/2020, which amended art. 339 of the Penal Code, the phenomenon of expanding the hypotheses of procedures triggered by false insinuation, as well as of the imputations of illegal acts to be investigated occurred. Under the argument of reducing the subjectivity/amplitude of generic expressions of the legal type and bounding the criminalizing perimeter in compliance with the peremptoriness, other limiting principles such as fragmentation and minimal intervention were sacrificed. In the face of the choleric atmosphere in which rewarded delation is engaged, where lying is an instrument of political pressure that corrupts and contaminates the public environment with the spread of false news, this article analyzes this conflict between increasing the normative scope in favor of accuracy and violating principles in favor of the punitive appeal.

Keywords: Slanderous denunciation – Legality – Peremptoriness – Rewarded delation.

A tentativa declarada de conciliar a garantia limitadora imposta pelo princípio da legalidade (*lex stricta e certa*) e o sacrifício da fragmentariedade¹ ao ampliar substancialmente o alcance do tipo legal de denúnciação caluniosa, além de inspirar a recente lei 14.110/20, que alterou o art. 339 do Código Penal dando-lhe nova redação, e acrescentar procedimentos instaurados por meio dessa iniciativa, também incluiu como elementos objetivos do tipo novas imputações que se somam à anterior e fazia menção unicamente a "crime". Mais do que a problemática programação criminalizante primária, à primeira vista e considerando o momento político vivido pelo país, a alteração parece alicerçar a estratégia punitivista e antidemocrática instalada, sem atender a uma demanda político-criminal alinhada a compromissos e objetivos republicanos, senão apenas pessoais e aparentemente direcionados a dissidentes políticos e grupos indesejados em represália ou retaliação.

Desde a indústria de acusações² ateniense, que premiava os denunciadores com parte dos bens expropriados dos exportadores de figos gregos³ até os recentes acordos de delação premiada à brasileira, articulados por órgãos de fiscalização que abdicam da acusação e sugerem a antecipação de responsabilidade sem que haja discussão acerca da culpabilidade do agente – ceifando

a segurança fornecida pela dogmática e pela teoria do delito –, o fato de lançar suspeitas impassíveis de comprovação, acusando formalmente terceiro por fato de que o sabe inocente e, com isso, fazendo originar procedimentos aptos a submetê-lo às aflições de uma investigação ou às incertezas de um processo judicial, traz consigo inúmeros problemas que merecem atenção – sob pena de esvaziar o seu conteúdo material e sua própria objetividade jurídica.

A pretensa dissuasão do denunciante caluniador por meio da punição, cuja raiz remonta ao direito romano e à pena talional, tem na proditória iniciativa de impor a um inocente a prática criminosa, de infração ético-disciplinar ou de ato ímprobo o "centro de desvalor do injusto", cuja relevância do tipo subjetivo já fora destacada por Carrara⁴ e em cujo limite qualitativo intencional do autor se situa sua justificação ou exculpação. Aqui está a nova forma típica da denúnciação caluniosa que permanece, nesse ponto, incólume quanto ao tipo subjetivo ao exigir, dentre outros requisitos, o conhecimento inequívoco da condição de inocente do sujeito passivo.

Instituída como meio de obtenção de prova, a delação premiada é uma antessala arquitetada pelo autoritarismo na transição de ingresso ao salão principal dos torturantes expedientes investigativos

e acusatórios e acaba por estimular a criação de uma atmosfera de desconfiança perene, sendo hoje ampla e confortavelmente manejada pelas instituições que dela se servem, dada sua comodidade na obtenção e facilidade na persecução redutora de esforços laborais, eliminando maiores empenhos na produção probatória. Além de fomentar suspeitas ao atribuir preliminarmente carga acusatória suficiente para dar causa à movimentação do aparato estatal na busca do esclarecimento de fato conhecidamente envolto a inocência do autor, abre alas para o perigoso e estratégico uso político do Direito Penal.

A partir da triste experiência legislativa do Projeto de Lei 2.810/2020 e a pretexto de tornar a definição do crime mais objetiva e inibir interpretações idiossincráticas, expandiu-se as hipóteses de realização do tipo com a inclusão de novos procedimentos a partir da mesma conduta (dar causa), quais sejam: procedimento investigatório criminal e processo administrativo disciplinar – que se unem aos preexistentes inquéritos policial, processo judicial, inquérito civil e ação de improbidade administrativa. Em relação à imputação, a previsão anterior se limitava a crime, tendo sido acrescentadas as atribuições de infração ético-disciplinar e ato ímprobo, todas com a ciência do denunciante acerca da condição de inocência do caluniado. Mas tal mudança não foi inaugural. Uma vez mais, levado de um lado a outro pelo vento populista punitivo, o legislador brasileiro – que há duas décadas já alterara esse dispositivo por meio da lei 10.028/2000 – acrescentou-lhe mutações da mesma natureza, atestando a ineficiência e gestando um natimorto projeto alijado de uma política criminal democraticamente comprometida e cientificamente fundamentada.

Isso porque, desde a frágil justificativa, são flagrantes as contradições do projeto que, uma vez concebido à míngua de discussão envolvendo academia/sociedade civil e parlamento, restou aprovado. Com o argumento de se atender às exigências penais de legalidade e taxatividade, a lei acertadamente tornou o tipo penal mais preciso ao substituir expressões em desuso, adequando-as e conformando-as aos moldes fáticos e normativos atuais, em direção a um suposto e declarado “aprimoramento” na utilização do método penal – suscetibilidade limitada pelo princípio da legalidade que a ele atribui status constitucional e condiciona o desenvolvimento dos elementos integrantes da dogmática.⁵ No entanto, se por um lado, houve algum mérito em buscar a precisão vocabular sob o aspecto comunitário, por outro, cria-se um arriscado precedente provocado pela expansão da repressão administrativa que, no anseio de limitar o alcance da incriminação por meio de uma *lex certa e stricta* eliminando o uso da analogia *in malam partem*, acaba ampliando a sua extensão.

A forma com que o processo no Congresso Nacional foi realizado acende a luz amarela: apresentado às pressas em plena pandemia na Câmara dos Deputados sob o inexplicável e extremo “regime de urgência”, seguiu-se o resumo parecer técnico (*sic*) limitado a três páginas com sintética menção ao que já dizia o projeto, em pouco (ou nada) acrescentando – no que se tornou a redação final enviada ao Senado Federal. Na casa revisora, apenas duas propostas de emenda recomendadas por uma senadora: além da sempre miraculosa proposição de aumento da pena em abstrato, elevando-a para 3 a 10 anos, redundantemente se alvitrou um § 4º (sem que haja o 3º, diga-se) com a redução de metade da pena “(...) se o denunciador publicamente declarar que o fez de forma *indevida*”, bem como um impertinente § 5º, preconizando “a multa arbitrada tendo como referência a extensão do dano”. Além de pífia, a justificação resumida a dois parágrafos despreza os efeitos nefastos de elevar penas – reversos de qualquer fim idealista já rechaçado pela realidade prisional, ignorando o expediente improficuo demagogicamente defendido – e tampouco clarifica o conceito de declaração *indevida*, nem parametriza o gradiente de

extensão danosa da conduta praticada, deflagrando uma atecnia de envergonhar qualquer cidadão ali infelizmente representado.

Não satisfeita, na sequência a mesma parlamentar oferece a segunda emenda para incluir um § 6º, propondo que “para fins de redução de pena a retificação da denúncia caluniosa pelo réu deverá ser veiculada pelos mesmos meios ou instrumentos em que foi divulgada”, condicionando a redução da punição à retratação do agente. Contudo, além de não indicar qual o momento possível e ignorar que para o arrependimento posterior já há previsão expressa do quantum redutor (art. 16, CP), consistindo em desnecessário acréscimo, também desconhece que a retratação é causa extintiva de punibilidade para a calúnia (art. 143, parágrafo único, CP) e que isenta de pena o autor do falso testemunho (art. 342, § 2º, CP), não havendo mais o que punir e nem responsabilizar no crime complexo de denúncia caluniosa que incorpora ambos, posto que une as razões político-criminais estimuladoras do retorno à verdade.⁶ Aliás, eis uma boa oportunidade desperdiçada pelo legislador pátrio para solucionar esse impasse e incongruência. Rejeitadas – como não poderia deixar de ser – após o parecer que afastou do texto as emendas, o projeto seguiu para sanção do presidente da república em 18/12/20, menos de sete meses após sua incipiente e obscura apresentação.

Sem muito esforço, demonstra-se vinte anos depois o que prescindia e permanece dispensando previsões: da redação original, de 1940, até a primeira mudança em 2000, o acréscimo de outras espécies de procedimentos que inflacionou o tipo penal não restou mais do que inútil, atestando que o esforço legislativo em ampliar o alcance da norma com o argumento de adequar terminologicamente o Código Penal à Constituição e fazer cessar uma suposta inconstitucionalidade material fracassou em suas pretensões – prova é a segunda e mais recente mutação. Originariamente restrita às hipóteses de abertura de investigação policial ou de processo judicial oriundos de denúncia falsa (redação de 1984), ao agregar investigação administrativa, inquérito civil e ação de improbidade, a primeira reforma do tipo legal em 2000 – de iniciativa do poder executivo, registre-se (PL 621/1999) – teve como único efeito real o de antecipar o momento consumativo das modalidades antes previstas, posto que as inseridas “levam inexoravelmente à instauração de uma investigação policial ou de um processo judicial!”⁷ Com a nova lei, nada obstante o aperfeiçoamento da instauração se verificar casuisticamente a depender da regulação administrativa ou processual disciplinadora, ocorreu um fenômeno já antecipado pela doutrina há três décadas⁸ e firmado pela jurisprudência há mais de quarenta anos:⁹ a inauguração do procedimento é o que caracteriza a consumação do delito.

A opção do legislador pelo termo inquérito policial (art. 4º e seguintes do CPP) delimitou a mais frequente das formas de investigação policial e, em respeito ao princípio da reserva legal, confirmou o impedimento de extensão analógica da norma aos casos de sindicâncias formais e destituídas de consequências contra supostos autores de ilícitos apontados por ignorância ou leviandade que, como dito, há muito já decide o STF. Na prática, aparentemente nenhuma novidade senão o mero rigor terminológico. No entanto, em relação às sindicâncias de verificação preliminar do inquérito (art. 5º, § 3º do CPP) e o termo circunstanciado de ocorrência (art. 69, lei 9.099/95), antes formas admissíveis como hábeis à instauração de investigação policial, em respeito à legalidade estrita, não mais integram o tipo penal.

Em relação ao procedimento investigatório criminal, instaurado e conduzido pelo Ministério Público, decorrente das suas próprias atribuições constitucionais (art. 129, CF/88) e inerente ao exercício do poder de investigação criminal (Resoluções CNMP 181/2017 e 183/2018), cujo nascedouro está na tese de repercussão geral fixada

pelo STF em maio de 2015,¹⁰ o que antes se considerava fato atípico por não se tratar de investigação “policial”, agora está previsto expressamente e independe do recebimento da denúncia – antes imprescindível na acomodação como processo judicial. Permanece atípica, no entanto, a instauração de procedimento contra magistrado, já que não estão sujeitos a inquéritos policiais, mas sim a inquéritos judiciais.¹¹ Por sua vez, para a caracterização da instauração de processo judicial, remanescente do dispositivo reformado, são suficientes o recebimento da denúncia ou a decretação de medida cautelar ao fato relacionada.

Em se tratando de processo administrativo disciplinar, a lei cunhou tal sintagma em substituição à genérica e subjetiva “investigação administrativa”, mantendo inalterados o inquérito civil e a ação de improbidade administrativa. É sabido que a publicação do ato constitutivo da comissão sindicante é ato formal para a instauração do PAD (art. 151, I da lei 8.112/90), sendo certo que independe se a denúncia ocorra previamente à autoridade policial ou ao MP: se, em decorrência da condição de servidor público do caluniado, ocorrer a instauração de PAD, é suficiente para a subsunção típica a instauração do inquérito policial ou PIC anteriores, por se tratar de crime único e dada a disciplina dos tipos mistos alternativos.¹² Como dito, sem alterações ficaram a instauração de inquérito civil (lei 7.347/85) e de ação de improbidade administrativa (lei 8.429/92), cuja tipologia de atos ilícitos está inscrita entre os limites dos danos morais e patrimoniais difusos e entre as faltas disciplinares e os crimes contra a administração pública, respectivamente.

Por fim, da análise das inovações legais surgem os acréscimos das imputações de infração ético-disciplinar ou ato ímprobo à atribuição anterior de crime e contravenção (hipótese em que a pena será diminuída de metade, segundo o conservado § 2º do art. 339, CP). Mesmo com tais inserções, a previsão da denúncia caluniosa especial do art. 19 da lei 8.429/92 permanece válida pelo critério da especialidade, bem como as demais modalidades específicas: a imputação falsa pelo delator-negociante (art. 19, lei 12.850/13), a praticada com finalidade eleitoral, que integra o dolo específico (art. 326-A, Código Eleitoral), o abuso de autoridade, cuja conduta é “dar início” à persecução penal ou administrativa sem justa causa ou contra quem se sabe inocente, com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro (art. 30 c/c art. 1º, §1º, lei 13.869/19) e, também, a prevista como crime propriamente militar (art. 343, CPM).

Quando uma imputação de fato definido como crime é formalizada junto a uma agência do sistema penal, fazendo-a mover sua estrutura na apuração de uma ficção criminosa ou destinada à pessoa que não o praticou e a quem conscientemente lhe foi atribuída a prática, o drama penal eclode em forma de uso desvirtuado da justiça (atentando contra sua administração) e submissão indevida e imerecida às aflições à honra e à liberdade pessoal decorrentes do autoritarismo. Seja asseverando ou simplesmente alegando¹³ – distinção que importa sobre a verdade e a racionalidade da narração do fato pelo agente –, a comunicação escrita ou verbal reduzida à termo e circunstanciada que dá causa ao impulsionamento investigativo estatal, por meio de denúncia dotada de viabilidade jurídica, expõe irreversivelmente a vítima inocente ao infortúnio e custos pessoais, morais e financeiros.

No entanto, a outra face do utilitarismo jurídico-penal é a limitação da esfera das proibições penais, que restringe os custos individuais e sociais representados pelos efeitos lesivos. Ao crescer ao tipo penal elementos de um modelo de política criminal excludente (porque direcionado), são rompidas as balizas criadas pela rígida teoria do delito que, ao fornecer barreiras ao exercício punitivo, as veem diluídas no próprio argumento de contenção dos diques de inflação de sofrimento. Segundo **Beccaria**, ao discorrer sobre o princípio da necessidade, a proibição de uma multiplicidade de ações diferentes não é útil para prevenir delitos que delas possam surgir, mas para criar outros novos,¹⁴ lembrando que a desobediência à economia das proibições penais é marca do insubordinado legislador pátrio e reforça a tese de **Montesquieu** de que “as leis inúteis debilitam as necessárias”.¹⁵

Logo, se por um lado, algumas dúvidas doutrinárias foram dirimidas e sendo inegável os prejuízos trazidos aos órgãos de investigação, à Justiça e, sobretudo ao denunciado caluniado, por outro, não restam dúvidas que considerável parte desses problemas tem sua gênese na ambiência hostil de suspeição geral instalada no país a partir de 2013 com o advento da lei 12.850. Ao instituir como meio de obtenção de prova a delação premiada – cujo eufemismo de “colaboração” só serve para induzir em erro alguns desavisados e subverter esteticamente a natureza intrínseca dissensual do processo penal –, o legislador ministrou um veneno excessivo, cujo mal agora parece apenas atenuado com o antídoto provido em dose homeopática, que leva o nome de legalidade estrita e que, subliminarmente, acaba por ampliar o poder punitivo e o uso político do Direito Penal.

Notas

- 1 Aqui a fragmentariedade como “um complemento da limitação imposta pelo bem jurídico e não como princípio formal”. (TAVARES, 2018, p. 75).
- 2 GIORDANI, 1984, p. 203.
- 3 Tal proibição estaria relacionada à sacralidade de algumas fogueiras. Nesse sentido, ver: BATISTA; BEZÉ, 2020, p. 14.
- 4 Segundo o autor, dizia ser “*la calunnia un delitto tutto subiettivo*”. In: CARRARA, Francesco. *Programma del Corso di Diritto Criminale*. Florença: Ed. Fr. Cammelli, 1897, § 2614 *apud* BATISTA, Nilo e BEZE, Patrícia Mothé Glioche. *Denúnciação Caluniosa*, p. 81.
- 5 BRANDÃO, 2012, p. 186-187.
- 6 BATISTA; BEZÉ, 2020, p. 70-71.

- 7 BATISTA; BEZÉ, 2020, p. 40-41.
- 8 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, v. II, p. 523.
- 9 BRASIL, 1979.
- 10 BRASIL, 2015.
- 11 LC 35, art. 33, parágrafo único.
- 12 BATISTA; BEZÉ, 2020, p. 61.
- 13 CARNELUTTI, 1961, p. 448.
- 14 BECCARIA, 1999, p. 128.
- 15 MONTESQUIEU, 1996, p. 614.

Referências

- BATISTA, Nilo; BEZE, Patrícia Mothé Glioche. *Denúnciação Caluniosa*. Rio de Janeiro: Revan, 2020.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: RT, 1999.
- BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade Penal*. Coimbra (Portugal): Almedina, 2012.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília (DF): Site do Planalto, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 13 jan. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *RE 593.727*, repercussão geral. Rel.: Min. Cezar Peluso; Relator do acórdão: Min. Gilmar Mendes, julgamento em 14/05/2015, publicado em 08/09/2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 jan. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *RHC 56.856*. Rel.: Min. Cordeiro Guerra, julgamento em 20/03/1979. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 jan. 2021.
- CARNELUTTI, Francesco. *Acerca de la calunnia*. In: CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el Proceso Penal*. Trad. S. S. Melendo. Buenos Aires: E. América, 1961.
- CARRARA, Francesco. *Programma del Corso di Diritto Criminale*. Florença: Ed. Fr. Cammelli, 1897.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. 2 vol. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- GIORDANI, Mário Curtis. *História da Grécia*. Petrópolis: Ed. Vozes, 1984.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondant, Baron de la. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- TAVARES, Juez. *Fundamentos de Teoria do Delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

Recebido em: 15.01.2021 - Aprovado em: 20.04.2021 - Versão final: 01.07.2021

AS TESTEMUNHAS OUVIDAS POR PRECATÓRIA E A (RE)INTERPRETAÇÃO DO ART. 222, §1º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

WITNESSES HEARD BY LETTER OF REQUEST AND THE (RE)INTERPRETATION OF ART. 222, §1 OF THE CODE OF CRIMINAL PROCEDURE

José de Assis Santiago Neto

Doutor e Mestre em Direito Processual pela PUCMG. Professor Adjunto de Direito Penal e Processual Penal pela PUCMG. Advogado Criminalista.
ORCID: 0000-0002-1744-6100
jose.santiago@santiagoassociados.com.br

Resumo: O modelo constitucional de processo demanda que as normas infraconstitucionais sejam interpretadas de modo a dar máxima efetividade às normas constitucionais. Desse modo, o §1º do art. 222 do CPP deve ser interpretado em conformidade com a Constituição para assegurar que o acusado somente seja interrogado após toda prova testemunhal ser produzida.

Palavras-Chaves: Devido Processo Legal – Contraditório – Prova Testemunhal – Interrogatório.

Abstract: The constitutional process model demands infraconstitutional rules to be interpreted in order to give maximum effectiveness to constitutional rules. Thus, § 1 of art. 222 of the CPP must be interpreted in conformity with the Constitution to ensure that the defendant is only questioned after all testimonial evidence has been produced.

Keywords: Due Process of Law – Contradictory – Testimonial Evidence – Questioning.

O Código de Processo Penal brasileiro é fruto da ditadura Vargas, sendo obra de seu principal jurista, **Francisco Campos**. Editado em 1941, o Código teve forte influência do Código de Processo Penal Italiano, como o próprio Francisco Campos confessa em sua exposição de motivos. Nesse contexto, o Código foi editado em pleno Estado Novo (1937-1945), portanto em pleno regime ditatorial, e foi inspirado no Código Rocco do regime fascista de Mussolini.

Como dito acima, o Código nasceu sob a Constituição autoritária de 1937, tendo sobrevivido às Cartas de 1946, 1967, à emenda Constitucional de 1969, chegando, por fim à Constituição democrática de 1988, vigorando a maior parte de sua existência em regimes ditatoriais e autoritários (1937-1946; 1964-1988), e somente atuando em regimes democráticos entre 1946-1964 e 1988 e os dias atuais.

Isso demonstra a necessidade de sua reforma integral para a adoção de um Código efetivamente construído em conformidade com a Constituição Cidadã que marcou a redemocratização brasileira.

A adoção de um modelo constitucional de processo, na forma proposta por **Italo Andolina** e **Giuseppe Vignera**,¹ trazida para o Processo Penal e para a estrutura constitucional brasileira por **Flaviane de Magalhães Barros**,² demanda a adoção de um modelo de processo estabelecido na Constituição com três características fundantes: a expansividade (garante que a norma geral constitucional se expanda para cada um dos microssistemas, mantendo a conformidade com o esquema geral de processo), a variabilidade (faz com que a norma constitucional-processual possa se adaptar para adotar a característica do microssistema) e a perfectibilidade (que permitirá que o modelo constitucional se aperfeiçoe para definir novos institutos através da norma infraconstitucional).³

Flaviane Magalhães Barros define o modelo constitucional de processo penal composto pelos princípios do contraditório (direito de participação em simétrica paridade de armas na construção do provimento, que pode ser resumido nos direitos de informação, reação, participação, influência e não surpresa), ampla argumentação, fundamentação das decisões, o da participação de um terceiro imparcial e presunção de inocência e da garantia das liberdades individuais dos sujeitos.⁴

Diante do modelo constitucional de processo, é preciso que as normas processuais-constitucionais se expandam para o microssistema do

processo penal, fazendo com que as normas infraconstitucionais sejam interpretadas de modo a dar ao Processo Penal Brasileiro contornos da base principiológica uníssona, de modo a potencializar na aplicação da norma infraconstitucional a estrutura principiológica trazida na Constituição.

Em razão da indispensável adequação do Processo Penal brasileiro à nova realidade constitucional, o Código de Processo Penal passou por inúmeras reformas após a promulgação da Constituição da República de 1988, como jamais havia sido feito em outro regime constitucional anterior. Entretanto, as reformas pontuais causaram danos severos à organização de seu texto e foram incapazes de afastar o processo penal brasileiro do ranço inquisitório que ainda permanece vivo no inconsciente de seus operadores.

Nesse contexto, a reforma dos procedimentos, realizada pela Lei 11.719/2008, alterou toda a ordem dos atos da audiência de instrução e julgamento, passando o interrogatório para o último ato da instrução. Essa alteração complementou a reforma da Lei 10.792/2003, que deu ao interrogatório o contorno de um ato de defesa e possibilitou que o interrogado pudesse responder apenas as perguntas que quisesse, exercendo o direito ao silêncio sem que isso pudesse significar prejuízo à sua defesa.

Entretanto, a reforma pontual não reformou o velho art. 222, § 1º e 2º, do Código de Processo Penal,⁵ que permitem ao juiz que termine a instrução processual e julgue o caso penal mesmo antes do cumprimento de cartas precatórias para a oitiva de testemunhas, bastando que as cartas tenham o prazo fixado ultrapassado pelo juízo deprecação. Tal dispositivo foi construído sob a égide do código em sua redação original, na qual o interrogatório era tido como meio de prova e de busca pela confissão, aos melhores moldes inquisitoriais nos quais o acusado detém a verdade histórica dos fatos, sendo obrigado a confessá-los sob juramento, inclusive sob tortura.⁶ Nesse contexto, o acusado é um animal que deve confessar e o inquisidor trabalha para que tal confissão possa ocorrer,⁷ buscando confirmar a hipótese que previamente determinou, sob o denominado quadro mental paranoico.⁸

O Código, em sua redação original, entregava o inquérito nas mãos do juiz (art. 12),⁹ fazendo com que este conhecesse dos fatos antes mesmo da acusação existir e possibilitando que o julgador formasse seu convencimento de forma prematura. Além disso, oferecida e recebida a denúncia, o acusado era citado para interrogatório

e, somente depois de interrogado era apresentada a primeira manifestação de sua defesa, a defesa prévia, que na prática forense servia apenas para requerer provas para a instrução, principalmente arrolando testemunhas de defesa.

O Código permitia o direito ao silêncio, mas imputava ao réu consequências por seu exercício, podendo constituir elemento do convencimento do juiz, conforme o art. 198, formalmente vigente até hoje, embora contrariamente à garantia constitucional e convencional da presunção de inocência, e o direito de não se incriminar – tacitamente revogado pela Lei 10.792, que inseriu o parágrafo único no art. 186, que impede que o silêncio seja interpretado contra a defesa do réu.

A possibilidade de julgamento do caso penal caso a precatória não fosse devolvida não impedia o interrogatório que, quando as cartas foram expedidas, já havia ocorrido.

Entretanto, a reforma do art. 400 pela Lei 11.719/2008, como dito, reformou a sequência de atos da audiência de instrução e julgamento, passando o interrogatório para o último ato da instrução processual, em conformidade com sua natureza de ato de defesa do acusado e não mais como meio de prova da instrução processual. Tal mudança exige que o velho art. 222 seja reinterpretado, colocando-se em conformidade com a Constituição e com a nova morfologia dos procedimentos processuais penais.

Isso se faz necessário sobretudo pelas exigências do princípio do contraditório, porque o que é produzido pela defesa por meio de precatórias deve, também, poder influenciar a decisão do juízo, daí a necessidade de se impedir a realização do julgamento antes do retorno das cartas precatórias.

Nesse sentido, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no julgamento do HC 585.942/MT para acompanhar o Supremo Tribunal Federal no julgamento do AgR na AP 528 e no HC 127.900/AM, que estabelece o interrogatório como último ato da instrução processual, de forma a potencializar o princípio constitucional do contraditório e interpretar o art. 222 em conformidade com a Constituição e com a nova estrutura dos procedimentos vigente desde 2008.

O interrogatório, quando realizado antes do termo da instrução processual, impede que o acusado tenha conhecimento de toda prova produzida e defina como exercerá seu direito à autodefesa. Dessa maneira, a realização prematura do interrogatório impede que o acusado se defenda e exerça de forma ampla o direito de se contrapor à prova em sua integralidade e, por isso, impossibilita o exercício do direito ao contraditório em sua forma constitucional.

De acordo com essa interpretação e os argumentos propostos no presente ensaio, a realização do interrogatório do réu, quando pendente o retorno de cartas precatórias, é causa de vício processual que causa a nulidade do procedimento, uma vez que viola o contraditório e o devido processo legal. Portanto, a realização do interrogatório antes da oitiva de todas as testemunhas impõe a anulação do ato processual e de todos os atos subsequentes (alegações finais, sentença) para que o

interrogatório seja realizado após o acusado conhecer integralmente a prova produzida em contraditório jurisdicional.

Assim, a realização do interrogatório e do julgamento antes da conclusão da produção da prova oral causa cerceamento do direito de defesa do acusado, fazendo com que todos os interrogatórios e os atos procedimentais que lhe sucederem (pedido de diligências, alegações finais e sentença) sejam viciados e, por isso, nulos em razão da violação da ampla de defesa. Da mesma forma, será nulo o interrogatório antecipado mesmo que o julgador aguarde o retorno das cartas precatórias para julgar o caso penal. Há que se ter claro que a natureza do interrogatório é ato de defesa do réu e, como tal, somente pode ser realizado após a colheita de toda a prova, para que o acusado possa, ao ser interrogado, ter conhecimento amplo dos elementos produzidos em contraditório para que tenha condições de exercer de forma ampla seu direito de autodefesa.

Outro ponto relevante a se ressaltar é a possibilidade de que as testemunhas residentes em outras comarcas sejam ouvidas mediante videoconferência na própria audiência de instrução e julgamento, na forma já prevista no §3º do art. 222 do CPP, assegurando-se que a ordem de oitiva prevista no art. 400 do mesmo Código seja rigorosamente obedecida, primeiro ouvindo as testemunhas de acusação, depois as da defesa e somente após a produção de toda prova, o acusado será interrogado.

Há ainda que se pensar no caso de diligências finais serem realizadas, na forma do art. 402 do CPP. No caso, novas provas foram produzidas no procedimento. Entende-se que, nessa situação deveria o acusado ser novamente interrogado, uma vez que deve ser garantido a ele o direito de se manifestar em autodefesa sobre os novos elementos produzidos. Ou seja, o art. 402 também carece de ser interpretado de forma a potencializar a amplitude de defesa com assegurado pela Constituição, e pelas mesmas razões que se defende a não recepção do §1º do art. 222 do Código de Processo Penal.

Dessa forma, pode-se concluir que as reformas pontuais não são capazes de alterar a base autoritária do Código de Processo Penal vigente, forjado sob a Ditadura Vargas, que serviu à Ditadura Militar, e que não foi construído para servir à democracia. As reformas pontuais, mesmo que buscando a constitucionalização do texto legal, somente foram capazes de transformar o Código em uma colcha de retalhos, retirando do texto sua sistematicidade e organização. Após a Constituição de 1988, o Código deve ser interpretado em conformidade com a nova ordem constitucional, e a base principiológica do modelo constitucional de processo deve ser levada para o Processo Penal, de modo a que a interpretação das normas processuais penais ocorra modo a potencializar os princípios constitucionais. Dessa forma, o art. 222 deve ser reinterpretado para assegurar o contraditório e a ampla argumentação, bem como para se interpretar o dispositivo que foi redigido para a forma original do Código em relação às modificações realizadas pela Lei 11.900/2008 no que diz respeito aos procedimentos, colocando o interrogatório sempre como último ato da instrução processual penal.

Notas

- 1 Andolina e Vignera (1997).
- 2 Barros (2009).
- 3 Barros (2009, p. 15).
- 4 Barros (2009, p. 16).
- 5 A Lei 11.900/2008 chegou a modificar o referido §1º. Entretanto, teve seu texto vetado pelo Presidente da República, mantendo seu texto original.
- 6 Cordero (1986, p. 48-49).
- 7 Cordero (2000, p. 23).

- 8 Cordero (1986, p. 51).
- 9 Vale ressaltar que a Lei 13.964/2019 estabeleceu a exclusão física dos autos do inquérito após o recebimento da denúncia pelo juiz de garantias, que após receber a denúncia remeterá os autos ao juízo do processo para a fase probatória que se realizará em contraditório. Entretanto, em razão de decisão do Ministro Luiz Fux nas ADI 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 suspendeu a vigência dos dispositivos referentes ao juízo de garantias e a exclusão física dos autos do inquérito, mantendo a estrutura original.

Referências

ANDOLINA, Italo; VIGNERA GIUSEPPE. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*. 2. edição. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)Forma do Processo Penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BRASIL, *Código de Processo Penal*.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, HC 585.942/MT, rel. Min. Sebastião Reis Júnior.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, AgR na AP 528, rel. Min. Edson Fachin.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 127.900/AM, rel. Min. Dias Toffoli.

CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986.

CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000.

SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado Democrático de Direito e Processo Penal Acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

Recebido em: 20.01.2021 - Aprovado em: 21.06.2021 - Versão final: 02.08.2021

O DIREITO PENAL DA CRISE: PELA RECONSTRUÇÃO RADICAL DA TEORIA MATERIALISTA DA PENA

THE CRIMINAL LAW OF THE CRISIS: FOR THE RADICAL RECONSTRUCTION OF THE MATERIALIST THEORY OF THE PENALTY

Alamiro Velludo Salvador Netto

Livre-Docente, Doutor e Mestre em Direito pela USP. Professor Titular do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da USP. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7154108447806564>

ORCID: 0000-0002-4750-9352

alamiro@avsn.com.br

Gabriel Coimbra Rodrigues Abboud

Mestre em Direito pela UNESP. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Franca. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5812803611019568>

ORCID: 0000-0001-6050-4786

gabriel@avsn.com.br

Caio Luís Prata

Mestrando em Direito pela UNESP. Graduado em Direito pela FESL.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5059661660661782>

ORCID: 0000-0003-2731-0853

caio.prata@unesp.br

Resumo: Os diferentes regimes de acumulação e de regulação que acompanham e alicerçam as bases estruturais das sociedades têm, em si, uma série de especificidades, às quais não passaram despercebidas daqueles que as buscaram compreender criticamente. O modo de produção capitalista, na demanda secular das análises que o cercam, não destoa desse movimento. Contudo, a apreensão das formas punitivas que o compuseram ao longo de sua vigência, no contemporâneo cenário de colapso do pós-fordismo, súplica pela formulação de uma economia política que, crítica e dialeticamente, dê um passo adiante e leve em consideração a moção histórica de suas formas estruturais e as crises que o caracterizam da forma mais intrínseca.

Palavras-chave: Pena - Direito Penal - Modo de Produção Capitalista - Crise.

Abstract: The different accumulation and regulation regimes that accompany and underpin the structural bases of societies have, in themselves, a series of specificities, which have not gone unnoticed by those who sought to understand them critically. The capitalist mode of production, in itself, in the secular demand of the analyzes that surround it, does not clash with this movement. However, the apprehension of the punitive forms that composed it throughout its life, in the contemporary scenario of collapse of post-Fordism, begs for the formulation of a political economy that, critically and dialectically, takes a step forward and takes into account the historical motion of its structural forms and the crises that characterize it in the most intrinsic way.

Keywords: Penalty - Criminal Law - Capitalist Mode of Production - Crisis.

Em diferentes níveis, há um profundo abismo que separa a sociedade capitalista atual daquela da segunda metade do século passado e, até mesmo, daquela vivenciada às bordas finais da primeira década dos anos 2000, cujas estruturas sofreram um abalo sísmico após a crise de 2008, que colaboraram para escancarar seus limites e injunções.

O estremecimento social encontrado nas bases de tais alterações pode ser observado, em seu turno, nos mais diferentes campos, abrangendo as variações nas taxas de desemprego, a redução ou aumento do poder de consumo, a mudança do léxico político dos movimentos sociais, a atribuição de funcionalidades distintas ao Estado etc.

Todavia, e apesar das especificidades, ainda há capitalismo, o qual, embora em "dinâmicas altamente variadas" (MASCARO, 2013, p. 116), orienta o movimento histórico àquele que é o seu fim principal: a contínua replicação do valor,¹ cuja feição será formada no esteio de suas crises sistêmicas.

Encontra-se aqui uma premissa fundamental à compreensão da forma de existir do capital, contida no fato de que, nele, "o conflito e a crise são marcas inexoráveis" (MASCARO, 2013, p. 111), uma vez que sua reprodução é calcada em um conjunto de antagonismos e

conflitos que se aglutinam. Ou seja, a conflituosidade social é um de seus traços fundamentais, estando longe, portanto, de ser e um desvio indesejável de seu percurso original.

Assim, o arranjo de determinados mecanismos econômicos, políticos e sociais organizados à continuidade da reprodução do capitalismo, cuja disposição resulta em algumas fases mais alargadas de estabilidade social, é um fenômeno excepcional que se delinea a partir do pano de fundo instável que lhe dá causa, de modo que está fadado a um colapso periódico e sua consequente reorganização.

Ao compreendermos, junto disso, que o Estado deriva a forma política (MASCARO, 2013) da estrutura reprodutiva do capital, envolto por seus aparelhos repressivos e ideológico, e através do Direito, consolida sua forma jurídica (PACHUKANIS, 2017, p. 111) de mediação das relações sociais que reproduzem o capitalismo, torna-se evidente que ambos, de igual forma, se adequarão às necessidades histórico-conjunturais de reorganização capitalista.

A compreensão dessa injunção entre o econômico, o social e o político, pode ser melhor apreendida a partir das chamadas "categorias de abrangência intermediária" (MASCARO, 2013, p. 112), formadas a partir da "escola da regulação", responsável por produzir a ideia de "regimes de acumulação", a contemplar o "conjunto das

regularidades que asseguram uma progressão geral e relativamente coerente da acumulação do capital" (BOYER, 1990, p. 79), e de "modo de regulação", que diz respeito, justamente, a "uma série de mecanismos políticos e jurídicos que consolidam um núcleo institucional suficiente e próprio" (MASCARO, 2013, p. 113).

É no interior desses mecanismos últimos que está inserido o Direito Penal, como variação da forma jurídica geral (PACHUKANIS, 2017, p. 167), bem como o sistema penal, enquanto conjunto de instituições – prisões, tribunais etc. – que, aglutinadas ao redor do Estado, em sua estrutura de reprodução social, enredam "[...] práticas materiais de repressão e de constituição ideológica" (MASCARO, 2013, p. 69).

Com a adoção dessas novas balizas teóricas, Direito Penal e sistema penal estão estruturalmente – tal qual a forma política e a forma jurídica – vinculados ao capital, atuando, no interior dos distintos modos de regulação, de forma a possibilitar a reprodução da malha social que sustenta a sociabilidade capitalista. Em outras palavras, a forma jurídica é umbilicalmente capitalista, de tal sorte que o seu movimento não pode conduzir senão à reprodução deste mesmo modo de produção (KASHIURA JÚNIOR, 2012, p. 163).

Diz-se, portanto: à medida que cada modo de produção enseja um novo modelo punitivo (RUSCHE; KIRSCHHEIMER, 2004, p. 20), o modo de produção capitalista, estruturado na perpétua reprodução da forma-valor,² engendra, à conveniência da sua manutenção, de acordo com a conjuntura dada por suas crises, novas formas de punição, à mesma medida que determina, em última instância, a produção de novas justificações e discursos de legitimação do próprio poder de punir.

As dinâmicas econômicas sempre foram acompanhadas, como uma espécie de face, por uma adaptação correspondente na política criminal e no Direito Penal em si. Assim, um olhar criminológico, que pretenda perceber o seu movimento concreto, deve apreender dele o plexo das suas determinações igualmente concretas, a partir de suas contradições e irrupções históricas.

Ao olharmos ao passado percebemos, por exemplo, que desde o primeiro instante do que a história conhece como "descobrimiento" dos países da América do Sul, compreendido no período tido como o de "acumulação primitiva" do capital, a pena se configurou como constituição institucional do castigo corporal, parte essencial de uma forma coativa e violenta de dominação colonial.

No entanto, à medida em que as tensões próprias de uma ruptura influenciada por efervescências econômicas se intensificam, as formas punitivas, desde sempre associadas ao trabalho, perdem a configuração de "dano" corporal, e passam a se elaborar, cada vez mais, de forma a garantir, até por seu discurso público, a integridade física de seu destinatário, e preservar, assim, a sua capacidade individual produtiva.

O período de acumulação liberal, vindo em sequência, na aurora do capitalismo e, assim, entre o final do século XIX até a crise de 1929, é marcado pela consolidação das formas-sociais da sociedade das mercadorias, destinadas às peculiaridades da sociabilidade antecedente, a qual se qualificava como monárquica, absolutista e atravessada por privilégios.

A época, marcada pela expulsão de massas camponesas às cidades, inaugurou as chamadas "Casas de Trabalho": instalações que nada mais pareciam do que uma instituição cercada de adestramento forçado ao modo de produção capitalista. Não sem razão, este modelo fora empregado como forma moderna do cárcere no período iluminista, quando ocorreu, de fato, a "invenção penitenciária" (MELOSSI, 2006, p. 13).

Pela primeira vez na história, então, surge a ideia da pena como privação da liberdade, coroando uma mudança estrutural no que diz respeito às formas punitivas, a partir da qual a sanção, em equivalência, é determinada por uma dada quantidade de tempo, o que só pode se realizar no interior de um corpo social atravessado

pela abstração do trabalho³ (NAVES, 2008, p. 60).

Através, destarte, de uma punição pensada em termos fabris que, por meio da disciplina do trabalho, impunha a subsunção real do labor ao esquema mercantil, a noção de pena para fora dos castigos essencialmente corporais se consolida no momento histórico em que a necessidade reprodutiva do capital faz do sistema penal um refém e um aliado de sua conformação sistemática.

O "iluminismo penal" representa a consolidação, nesse campo, do pensamento filosófico que enterra a modernidade e inaugura a era contemporânea, assassinando o pensamento do medievo, e que passa a contemplar o indivíduo como parte de um contrato social, que legitimará, agora, o poder de punir.

A crise do regime de acumulação liberal, entretanto, em 1929, com o esfacelamento de seu modo de regulação correspondente, dá vazão ao que se chamará por regime de acumulação fordista, organizado a partir de uma base taylorista, sendo fundamentalmente centrado no capital produtivo e ensejando uma "ampla coesão política e social interna" (MASCARO, 2013, p. 119).

Marcado, em um plano internacional, pela política do "New Deal", o fordismo, essencial à reconstrução dos países centrais no pós-guerra, exponencializou o modelo disciplinar gestado no regime de acumulação anterior, que era dependente da dinâmica da exploração do trabalhador em fábrica (LYRA, 2013).

Por consequência, produziu elaborações teóricas a respeito da pena que a percebiam como meio de correção do desvio, atribuindo-lhe uma função ressocializadora (LYRA, 2013, p. 292), exercida a partir da imposição da disciplina laboral.

Contudo, com a ruptura do padrão ouro-dólar, na década de 70, mais uma crise teve lugar, ensejando a constituição de um novo regime de acumulação e, assim, modo de produção. Aliada à progressiva introdução de tecnologia no processo produtivo, a sobreposição do capital financeiro ao produtivo inaugura o período pós-fordista, em que o valor, outrora reproduzido a partir da exploração do trabalho vivo, passa a se replicar em bolsas de valores ao redor do mundo.

Tornando o trabalho-vivo cada vez mais dispensável, mas jamais imprescindível, o pós-fordismo, acompanhado por uma regulação neoliberal, pulveriza os postos produtivos, precarizando o trabalho e criando uma alta taxa de desemprego, que conformará uma camada populacional posta à margem do esquema de reprodução do valor, excluída do consumo e inapta ao labor, que deverá ser contida.

São constituídos, nesse quadro, modelos teórico-penais pautados por ideias de risco e segurança (ALAGIA; BATISTA; SLOKAR; ZAFFARONI, 2016, p. 88), o pós-fordismo dilui a ideia da pena como medida corretiva e a transmutou em meio de contenção dos indesejáveis, alocados fora das relações de produção e consumo de mercadorias, o que, por óbvio, estrutura-se a partir de critérios racializados.⁴

Com base nessas reflexões, podemos apontar que pensar a pena sempre implicou em fazê-lo a partir do confronto entre as suas injunções e rupturas históricas que lhe circundam. Não há forma de compreender o Direito isolando como objeto fora das influências que o hipotecam historicamente, assim como não há como compreender a pena sem bem alocá-la à sua forma de aplicação no modo de produção a que correspondeu.

Ocorre que nesse intermédio temporal, a incorporação da forma do capitalismo em toda a geopolítica global influi, necessariamente, nas bases formadoras de todas as sociedades, cuja fundamentação se dará nos processos valorativos que são percebidos na circulação constante das mercadorias, que não vão mais se constituir apenas como "coisas", mas como tudo aquilo detentor de valor de uso e potencialidade de troca.

Justamente por isso que o signo reprodutivo do capitalismo, tendo como centro garantidor de sua sociabilidade a valorização do valor

e a exploração do trabalho assalariado – enquanto mercadoria –, influirá diretamente na forma da pena criminal.

Assim, sendo o valor de uma mercadoria determinado pelo tempo dispensado de trabalho na sua produção, a extensão da punição se dará não mais na quantidade de açoites, mas sim a partir de uma medida temporal na qual a associação ao trabalho será constante e, à medida em que o capitalismo se entranha à sociedade, se constituirá como parte indissociável da pena.

No entanto, a percepção de uma realidade cujas matrizes penais se filiam à exploração do trabalho não pode se manter alheia às suas determinações mais profundas, isto é, a compreensão materialista da pena a partir da sociabilidade capitalista precisa considerar suas características estruturais, o que obriga a levar em conta as especificidades dos movimentos da circulação mercantil, da reprodução do capitalismo e, precisamente, suas crises.

A crise, especificamente, ainda não compõe parte significativa das produções criminológicas que assumam um compromisso junto à sua tradição radical. De forma mais deficitária ainda, os movimentos de crise ainda não recebem o devido tratamento no que diz respeito à economia política da pena. A apreensão da realidade material nas fôrmas que a contemporaneidade apresenta não pode se furtar dessa análise.

Mais ainda, para buscar verdadeiramente elucidar os fenômenos econômico-políticos que tangem a pena criminal, é imprescindível que os estudos percebam, no Direito Penal, não mais um instrumento discursivo apartado e reflexivo das explorações, mas também uma forma coativa de garantia das contradições estruturais do capitalismo, cujos tempos de irrupção desses mesmos antagonismos – entre a produção de mercadorias e a realização dos valores produzidos – (CARCANHOLO, 2008, p. 249) são expostos e instrumentalizados pelos arranjos políticos e penais.

Contemporaneamente, o próprio pós-fordismo, que vinha se

impondo como regime de acumulação desde a metade última do século passado, encontrou na última década os seus limites estruturais, produzindo uma crise econômica de escala global e fazendo colapsar, em igual medida, seu modo de regulação neoliberal.

Com esse movimento, as dinâmicas econômicas internas do referido regime se acirram, fazendo com que alguns autores, que a ele já se referiam como “turbo-capitalismo” (SCHOLZ, 2010) ou “capitalismo de cassino” (KURZ, 2019, p. 86), prevejam a desagregação de suas próprias premissas e, conseqüentemente, o seu perecimento progressivo.

Não restam dúvidas de que os efeitos desse abalo se prolongam até o presente, sendo sua potência suficiente à produção de novos arranjos, que sustentem uma nova feição ao capital, produzindo, na esteira de tudo o que expusemos, um novo contorno ao poder punitivo e ao saber que o legitima.

Sobremaneira, cumpre apontar que compreender o Direito Penal para além de seu próprio e estreito horizonte, demanda levar em conta seus arranjos estruturantes, o que implica em considerar os direcionamentos do fenômeno jurídico-penal nos tempos que se avizinham a partir da compreensão sistemática e profunda da integração das formas sociais do capitalismo, os seus processos econômicos que tangem as crises estruturais, a necessidade de sua constante reprodução e a conseqüente acentuação da violência de Estado sobre o baixo estrato social, de modo que a crítica pode, e deve, dar um passo adiante.

Se a pena ocupa um lugar central na garantia da boa funcionalidade das estruturas formais do modo de produção capitalista, e se a forma institucional de sua preservação é pura e tão somente a sua violenta afirmação, restando fortalecidas as bases da crítica radical, a reconstrução de uma economia política da pena, a partir dos pressupostos materialistas, assume um papel não só de contensão da barbárie, mas também de uma forte manifestação de tenência.

Notas

- ¹ Por “replicação do valor” ou “valorização do valor” se compreende o processo pelo qual, na sociedade capitalista, a riqueza se multiplica, ou, em outras palavras, a dinâmica em que, através da troca de mercadorias – fundamentalmente, da mercadoria “força de trabalho” – o dinheiro se torna mais dinheiro, de forma tautológica, como fim em si (KURZ, 2005). Esse movimento é sintetizado na fórmula geral de reprodução do capital cunhada por Marx (2017, p. 186) “D-M-D”, em que “D” representa dinheiro; “M” representa mercadoria (no caso, a força de trabalho) e “D” representa dinheiro acrescido por mais dinheiro.
- ² Por “forma-valor” nos referimos àquilo que possibilita que as coisas do mundo, distintas em sua materialidade, sejam trocadas em igualdade sob a forma de mercadorias (RUBIN, 1987, p. 34-35). No esteio da teoria desenvolvida por Marx e esmiuçada por Rubin (1987), afirma-se que a substância do valor é o trabalho abstrato,

ou seja, indiferenciado, dissociado de suas características materiais, cuja grandeza se manifestará pela quantidade de tempo desse trabalho que é socialmente necessário à produção daquele bem.

- ³ Como explica Marx (2017, p. 55-69), as relações sociais são, no capitalismo, alteradas qualitativamente. Aqui, as coisas se trocam não pela sua utilidade (valor de uso), mas pelo seu valor, cuja grandeza é expressa em uma quantidade de trabalho medida em tempo, a qual se chama por “trabalho abstrato”, que se apresenta como assalariado, o qual não corresponde a todas as atividades humanas transformadoras da natureza.
- ⁴ Cita-se o emblemático caso de Ronald Reagan que, ao promover uma série de reformas estruturais à conformação do modelo neoliberal de Estado (HARVEY, 2005, p. 36), nos Estados Unidos, aplicou, em sua gestão penal, a doutrina de lei e ordem, como uma espécie de contraface ao cultivo da miséria.

Referências

ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito Penal Brasileiro, segundo volume: teoria do delito, introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

BOYER, R. *A teoria da regulação: uma análise crítica*. São Paulo, Nobel, 1990.

CARCANHOLO, Marcelo Dias. Dialética do desenvolvimento periférico: dependência, superexploração da força de trabalho e política econômica. *Revista Economia contemporânea*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 247-272, maio/ago. 2008.

HARVEY, David. *O neoliberalismo: história e implicações*. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto. *Sujeito de direito e capitalismo*. 2012. Tese (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

KURZ, R. A ascensão do dinheiro aos céus: Os limites estruturais da valorização do capital, o capitalismo de cassino e a crise financeira global. *Geografares, [S. l.]*, n. 28, p. 55-115, 2019. DOI: 10.7147/GEO28.24388. Disponível em: <https://www.periodicos.ufes.br/geografares/article/view/24388>. Acesso em: 17 mar. 2021.

KURZ, R. A desvalorização do valor. A desvalorização do valor. *Revista Exit! crise e crítica da sociedade das mercadorias*, Lisboa, 2005. Disponível em: www.obeco-online.org/rkurz199.htm#:~:text=Robert%20Kurz%20-%20A%20DESVALORIZAÇÃO%20DO%20VALOR&text=O%20capitalismo%20não%20é%20outra,transformar%20dinheiro%20em%20mais%20dinheiro.&text=No%20mercado%20mundial%20C%20à%20

falta,produtividade%20dos%20países%20capitalistas%20centrais. Acesso em: 19 mar. 2021.

LYRA, J. F. D. C. As mutações do Leviatã no trânsito do fordismo ao pós-fordismo: edificação da sociedade do controle e a criminologia do atuarismo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 103, p. 289-321, 2013.

MARX, Karl: *O Capital: crítica da economia política*. Livro I. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013.

MELOSSI, Dario. Discussão à guisa de prefácio: cárcere, pós-fordismo e ciclo de produção da “canalha”. In: GIORGI, Alessandro de. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

NAVES, Márcio Bilharino. *Marxismo e direito: um estudo sobre Pachukanis*. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2008.

PACHUKANIS, E. B. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Boitempo, 2017.

RUBIN, I. I. *A teoria marxista do valor*. São Paulo: Polis, 1987.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SCHOLZ, Roswitha. Estende o teu manto, Maria! Produção e reprodução na crise do capitalismo. *Revista Phase 2*, Leipzig, n. 36, 2010. Disponível em: obeco-online.org/roswitha_scholz13.htm. Acesso em 17 mar. 2021.

Recebido em: 07.04.2021 - Aprovado em: 30.06.2021 - Versão final: 03.08.2021

INCOERÊNCIA LEGISLATIVA, JUSTIÇA NEGOCIAL E ENRIJECIMENTO DE PENA

LEGISLATIVE INCONSISTENCY, PLEA BARGAIN AND INCREASE OF PENALTIES

Marco Antonio Chies Martins

Pós-graduação em Direito Processual Penal pela Universidade de Coimbra em parceria com o IBCCRIM e especialização em Direito Penal Econômico pela FGV. Graduação pela Faculdade de Direito do Mackenzie.

Advogado Criminalista.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5829883586746300>

ORCID: 0000-0002-2369-4848

marco@cavalcantision.com

Thaís Molina Pinheiro

Pós-graduação em Direito Processual Penal pela Universidade de Coimbra em parceria com o IBCCRIM e especialização em Direito Penal Econômico pela FGV. Graduação pela Faculdade de Direito do Mackenzie.

Advogada Criminalista.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4117518915593618>

ORCID: 0000-0001-8901-5038

thais@molinapinheiro.adv.br

Resumo: O presente artigo versa sobre a atividade legislativa e a justiça negocial. Nas últimas décadas, o poder legislativo introduziu no sistema normativo brasileiro diversos mecanismos de justiça negocial, como a transação penal, suspensão condicional do processo, composição civil, acordo de colaboração e, em 2020, o acordo de não persecução penal. Paradoxalmente, o poder legislativo discute e vota projetos de lei que visam ao enrijecimento das penas, de forma a inibir os próprios mecanismos de justiça negocial que foram introduzidos pelo Congresso. O presente artigo explora essa atitude do Congresso Nacional por meio da análise dos institutos de justiça negocial e das recentes leis 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações), 14.064/2020 (Lei que altera a Lei de Crimes Ambientais) e 14.155/2021 (que torna mais graves os crimes cometidos de forma eletrônica).

Palavras-Chaves: Justiça Negocial - Congresso Nacional - Processo Legislativo.

Abstract: This article analyzes legislative process and plea bargain. In the last decades, the legislative power has introduced several mechanisms of plea bargain into the Brazilian normative system, such as the criminal transaction, conditional suspension of the criminal procedure, civil composition, plea deal and, in 2020, the non-prosecution agreement. Paradoxically, the Congress discusses and votes on bills that aim to increase penalties, in order to inhibit the very mechanisms of plea bargain that were introduced by Congress. This article explores this attitude of the National Congress through the analysis of the plea bargain mechanisms and the recent laws No. 14,133 / 2021 (New Bidding Law), No. 14,064 / 2020 (Law amending the Environmental Crimes Law) as well law No. 14.155/2021 (which increases penalties for crimes committed by virtual means).

Keywords: Plea Bargain - National Congress - Legislative Process.

A justiça penal consensual tem ganhado cada vez mais espaço no Brasil. Embora ainda sejam necessárias reflexões e críticas à forma de condução de negociações no âmbito penal, os acordos que foram construídos ao longo dos anos demonstraram um posicionamento do legislador em prol do desencarceramento e desafogamento do judiciário. Paradoxalmente, após a implementação do Acordo de Não Persecução Penal, última ferramenta de justiça negocial adicionada ao sistema normativo, verifica-se que o Congresso Nacional tem discutido e votado projetos de leis que visam ao enrijecimento de penas e acabam por inviabilizar ou dificultar a aplicação da justiça negocial.

O primeiro passo para a implementação da justiça penal negocial no país se deu com a Lei 9.099/1995, que introduziu ao sistema normativo pátrio a composição civil, transação penal e a suspensão condicional do processo. Esses mecanismos surgem com a

finalidade de proporcionar economia processual e redução de custos judiciais, uma vez que, aceito o benefício, evita-se o processo criminal por crimes de menor gravidade, mediante o cumprimento de determinadas medidas.¹

Posteriormente, com a Lei das Organizações Criminosas (Lei 12.850/2013), foi introduzido no Brasil o acordo de colaboração, instrumento que serviu como um dos principais meios de produção de provas na famigerada Operação Lava-Jato. Ao longo da operação, os acordos proporcionaram à Polícia Federal e ao Ministério Público Federal o conhecimento acerca de inúmeros fatos potencialmente criminosos, o que subsidiou diversas linhas de investigação e culminou no oferecimento de denúncia e condenação de centenas de pessoas.

Foi, também, ao longo da Operação Lava-Jato, que o Conselho Nacional do Ministério Público introduziu no Brasil, por meio da

Resolução 181/2017, o Acordo de Não Persecução Penal – acordo inspirado no modelo americano denominado *Non-Prosecution Agreement*. A referida resolução foi amplamente criticada quanto à sua constitucionalidade, especialmente no que toca ao atropelamento do processo legislativo para a criação de acordos de natureza penal.² Apenas em 2020, com a entrada em vigor da Lei 13.964/2019, que o Acordo de Não Persecução Penal foi efetivamente introduzido no Código de Processo Penal e começou a ser amplamente utilizado.

O Acordo de Não Persecução Penal constitui um forte marco no sistema de justiça negocial, uma vez que permitiu que pessoas sob investigação por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça cujas penas mínimas cominadas sejam inferiores a quatro anos se utilizassem da justiça negocial penal a fim de evitar as agruras de um processo criminal. Devido à sua ampla abrangência, investigados por crimes como corrupção, estelionato, porte ilegal de armas, entre outros, passaram a ter a possibilidade de aderir à justiça negocial. Em contrapartida, o Estado propicia às vítimas agilidade na reparação do dano, um dos requisitos para a celebração do ANPP, além de promover a otimização da justiça penal, com o rápido encerramento de processos que, outrora, tramitariam durante vários anos.

As iniciativas acima mencionadas e a experiência internacional demonstram que a criação de instrumentos de negociação resulta em uma racionalização da justiça penal, com a rápida resolução de casos simples, reservando-se o peso do processo criminal aos crimes de maior gravidade. Essa ideia construída a duras penas nas últimas décadas, no entanto, não se reflete na prática legislativa atual, cujas propostas normativas caminham no sentido de enrijecer as penas abstratas cominadas aos delitos, levando, na prática, à própria negação da justiça penal negocial.

Não é novidade que a criação de novos tipos penais e o enrijecimento das penas cominadas aos já existentes não resolve o problema da criminalidade a longo prazo.³ Com efeito, o endurecimento do rigor penal nada mais é que um paliativo, trazendo, quando muito, tímidos e momentâneos reflexos nos índices de criminalidade. Ainda assim, uma breve análise nos projetos de lei em matéria penal em tramitação no Congresso Nacional demonstra que o aumento das penas abstratas e a formulação de novos crimes ainda são amplamente utilizados como solução milagrosa ao combate à criminalidade.

Além de contribuir com a inflação legislativa de normas penais, os novos patamares de pena propostos por nossos legisladores acabam por inviabilizar o oferecimento e aplicação dos institutos de justiça penal negocial. Prova disso foi a recente publicação da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021, que transportou ao Código Penal os delitos anteriormente previstos na Lei de Licitações (Lei 8.666/1993), além de criar um novo tipo penal e aumentar as penas daqueles já existentes.

O projeto de lei que deu ensejo à nova Lei de Licitações já tramitava desde 1995 (Projeto de Lei 1292/95) na Câmara dos Deputados. Após mais de 117 emendas, em 04 de junho de 2019, foi apresentado no Plenário da Câmara de Deputados um parecer com uma proposta de emenda global ao projeto, cuja parte penal se assemelha à redação final aprovada pelo Congresso Nacional.

*UMA DAS PRINCIPAIS
INFLUÊNCIAS AO
ENRIJECIMENTO DAS PENAS
HOJE EM VIGOR FOI A
CARTILHA “NOVAS MEDIDAS
CONTRA A CORRUPÇÃO”
ELABORADA PELO PROJETO
UNIDOS CONTRA A
CORRUPÇÃO, TRANSPARÊNCIA
INTERNACIONAL E PELA
FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS.*

Uma das principais influências ao enrijecimento das penas hoje em vigor foi a cartilha “Novas Medidas Contra a Corrupção” elaborada pelo projeto Unidos Contra a Corrupção, Transparência Internacional e pela Fundação Getúlio Vargas. Entre os colaboradores da Cartilha estavam diversos juristas, membros da Procuradoria Geral da República e então membros da força-tarefa da Operação Lava-Jato, que fundamentam o aumento das penas dos crimes licitatórios na suposta brandura da lei antiga em que “as penas aplicadas em concreto, até quatro anos, costumam ser cumpridas em regime aberto e/ou, quando muito, ensejam a aplicação de penas alternativas à prisão,

a exemplo da prestação de serviços à comunidade ou da multa”. Embora não haja menção explícita à justiça negocial, vislumbra-se uma crítica ao que, muitas vezes, são os seus efeitos (multa e prestação de serviços à comunidade).

Não se pode descartar, também, que diversos dos colaboradores do documento atuavam na Operação Lava-Jato, que tinha como forte linha de operação a celebração de acordos de colaboração e acordos de não persecução penal – nos termos da resolução 181/2017 do CNMP – com pessoas ligadas a empresas estatais e empresas privadas que participavam de processos licitatórios. Caso as penas para os crimes de licitação fossem elevadas ao patamar mínimo de 4 anos, seria possível realizar acordos de colaboração, nos termos da Lei 12.850/2013, com aqueles que participassem de organizações criminosas envolvendo crimes dessa natureza. Nessa mesma monta, restaria inviabilizada a realização de Acordos de Não Persecução Penal e outros métodos de justiça negocial. Assim, o enrijecimento

de pena, conforme proposto pela cartilha, restringiria ao réu a celebração tão somente de acordo de colaboração, vetando as demais formas de justiça negocial e possibilitando o aumento do escopo das grandes operações da Polícia Federal e do Ministério Público Federal.

Embora o contexto político tenha mudado desde a proposta, foi a influência da cartilha das "Novas Medidas Contra a Corrupção" que deu ensejo à atual Lei de Licitações. Entre as alterações trazidas pela nova lei está a introdução de doze novos artigos no Código Penal, com a criação do delito de "omissão grave de dado ou de informação por projetista" previsto no artigo 337-O, cuja pena máxima de três anos obsta a celebração de transação penal. A lei ainda exaspera a pena cominada em oito delitos, mantendo-se a reprimenda prevista anteriormente em apenas duas hipóteses. Na prática, os novos patamares de pena impedem a celebração de acordo de não persecução penal, antes possível, em seis diferentes crimes. Também se impede a celebração de transação penal em quatro hipóteses em que antes cabia a aplicação do instituto.

O enrijecimento arbitrário de penas e o afastamento dos institutos da justiça negocial também fica evidente na alteração promovida pela Lei 14.064/2020, que introduziu na Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/1998) nova qualificadora ao crime de maus tratos aos animais, quando este for praticado contra cães e gatos. Prevê-se para essa hipótese a pena mínima de dois anos e pena máxima de cinco anos de reclusão, obstando-se, a um só tempo, a celebração de transação penal e suspensão condicional do processo.

A tendência de negação aos institutos despenalizadores também se verifica na recentemente aprovada Lei 14.155/2021, que enrijeceu os crimes praticados por meios virtuais. O Projeto de Lei 4.554, de 2020, do Senado Federal, de autoria do Senador **Izalci Lucas**, foi o que deu ensejo à nova mudança legislativa. A justificação do projeto de lei apontou o número crescente de

crimes cibernéticos no país, indicando como um dos problemas à possibilidade de aplicação de penas alternativas: "Líderes em segurança contra fraudes lamentam todo o esforço para combater esse tipo de crime enquanto a legislação considerar essa prática como um crime menor, cujas penas são muitas vezes substituídas por penas 'alternativas'". Assim, o projeto visou à aprovação de "meios mais rigorosos para punir esse tipo de crime que assola o país."

A lei foi promulgada com o objetivo de "tornar mais graves os crimes de violação de dispositivo informático, furto e estelionato cometidos de forma eletrônica ou pela internet". Assim, impede a transação penal para o crime de invasão de dispositivo informático previsto no artigo 154-A, do Código Penal, e a suspensão condicional do processo e a transação penal para a hipótese prevista no artigo 154-A, §3º, do Código Penal. Por fim, cria qualificadoras para os crimes de furto e estelionato, atribuindo penas de quatro a oito anos de reclusão, impedindo, portanto, a celebração de qualquer tipo de acordo penal.

A superlotação de nossos estabelecimentos prisionais, os crescentes índices de criminalidade e a absoluta ineficiência da justiça criminal são fatores que levaram à criação dos primeiros instrumentos da Justiça Penal Negocial. Os esforços envidados em 1995, com a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais foram reforçados, em 2013, com a Lei de Organização Criminosa e, em 2019, com a Lei Anticrime, cada qual com a criação de um novo instituto, mas todos com um único intuito, otimizar a justiça penal.

As recentes alterações promovidas pela nova Lei de Licitações e pela Lei 14.064/2020 e pela Lei 14.155/2021, demonstram que o legislador ainda insiste no aumento de pena como solução para a criminalidade. Cria-se, portanto, um paradoxo do poder legislativo, que ora aprova e promove a justiça negocial, ora enrijece penas que a inviabilizam.

Notas

- ¹ "A Lei 9.099/95, de 26.09.1995, como se percebe, inovou profundamente nosso ordenamento jurídico-penal. Cumprindo-se uma determinação constitucional (CF, art. 98, I), foi posto em prática um novo modelo de Justiça criminal. É uma verdadeira revolução (jurídica e de mentalidade), porque quebrou-se a inflexibilidade do clássico princípio da obrigatoriedade da ação penal. Abriu-se no campo penal um certo espaço para o consenso. Ao lado do clássico princípio da verdade material, agora temos que admitir também a verdade consensualizada." (GRINOVER, 2005, p. 50).
- ² "O acordo de não persecução penal (ANPP) foi criado, de forma pioneira e corajosa,

pelo Conselho Nacional do Ministério Público, mais precisamente através da Res. 181/17, depois alterada pela Res. 183/18, cujos contornos, em grande parte, foram repetidos no art. 28-A do CPP. A citada Resolução, contudo, teve, em pouco tempo de vigência, sua constitucionalidade questionada pela AMB (ADI 5790) e pela OAB (ADI 5793)." (CUNHA, 2020, p. 126).

- ³ Segundo Claus Roxin: "las penas no son de ninguna manera un medio adecuado para luchar contra la criminalidad" (ROXIN, 2000).

Referências

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 1.292 de 1995*. Altera a lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Câmara dos Deputados, 1995. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16526>. Acesso em: 21 abr. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 4.454 de 2020*. Combate a prática de fraude eletrônica, modifica o art. 155 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal e apresenta hipóteses agravantes. Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2266148>. Acesso em: 21 abr. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime - Lei 13.964/2019*: Comentários às Alterações

no CP, CPP e LEP. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 126.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Juizados especiais criminais*: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 50.

MOHALLEM, Michael Freitas et al. *Novas medidas contra a corrupção*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2018. Disponível em: <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/asset/24:ucc-novas-medidas.pdf?stream=1>. Acesso em: 23 abr. 2021.

ROXIN, Claus. *Aktuelle Probleme der Kriminalpolitik*. In 100 Años de la Procuraduría General de la República. Instituto Nacional de Ciencias Penales: México, 2000.

Recebido em: 25.04.2021 - Aprovado em: 24.05.2021 - Versão final: 19.06.2021

EXISTIRÁ CONTEMPORANEIDADE DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO APÓS A PANDEMIA?

IT WILL HAVE CONTEMPORANEITY IN SOCIO-EDUCATIONAL MEASURES OF IMPRISONMENT AFTER THE COVID-14 PANDEMIC?

Adriana Padua Borghi

Mestre em Direito pela PUCSP. Pesquisadora e professora pela USJT.
Facilitadora de Justiça Restaurativa. Advogada.
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9492295151258824>
ORCID: 0000-0002-0226-6764
pborghi.adriana@gmail.com

Ana Paula Cristina Oliveira Freitas

Mestranda em Ciências Humanas e Sociais pela UFABC. Pós-graduada em Direitos Fundamentais pelo IBCCRIM e pelo Instituto Ius Gentium Conimbrigae (ICG) e Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Bacharel em Direito pela UMC. Membro do IBCCRIM; Advogada.
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6523967392588135>
ORCID: 0000-0002-6703-5713
apfreitas838@gmail.com

Resumo: O presente escrito tem como objetivo discutir se a imposição de medida socioeducativa de internação aos adolescentes postos em liberdade no início da pandemia do novo coronavírus respeita os princípios do Estatuto da Criança e do Adolescente. Para tanto, foi proposto um estudo sobre os princípios basilares das medidas socioeducativas e uma breve discussão sobre o processo de construção da identidade do adolescente. Há indícios relativos à maior intensidade da formação da identidade na fase da adolescência, em razão da influência de diversos fatores. Tendo em vista o desenvolvimento característico dessa fase, o aprisionamento é sempre inadequado e, por isso, a legislação prevê que seja breve e excepcional. Não decretar o aprisionamento de jovens que passaram um ano em liberdade, sem novo fato a ser apurado, deveria ser a regra.

Palavras-chaves: Adolescente - Medida Socioeducativa - Coronavírus - Princípios - Identidade.

Abstract: The present article intends to debate if the imposition of socio-educational measures for teenagers that have been in freedom since the beginning of the Covid-19 pandemic will respect the principles of the Child and Adolescence's Statute (ECA). Thereby we have proposed an analysis of the main principles of the socio-educational measures, as well as a bibliographic balance related to the identity's construction of teenagers. The formation of identity is very intense in the adolescence, and it's influenced by various factors. Given the changes so characteristic of this phase, we suggest the inadequacy of the imprisonment of the teens that have been in freedom for the last six months.

Keywords: Teenager - Socio-educational Measure - Covid-19 Pandemic - Principles - Identity.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, a fim de combater a disseminação da Covid-19, suspendeu o cumprimento das medidas socioeducativas de semiliberdade, liberdade assistida e prestação de serviço à comunidade durante os primeiros seis meses da pandemia do novo coronavírus. Houve também a liberação dos adolescentes que aguardavam julgamento do processo de apuração de ato infracional, pois, com a restrição do contato social, as audiências não poderiam ocorrer de forma presencial e o uso das videoconferências não foi inicialmente cogitado. Muitos dos adolescentes cujos processos tramitavam em fase de apuração de ato infracional ainda estavam em fase de audiência de apresentação, faltando a instrução do processo para que eles pudessem ser condenados ou absolvidos.

Segundo o Boletim Informativo da Fundação CASA,¹ na semana do dia 13 de março de 2020, a instituição contava com 988 (novecentos e oitenta e oito) adolescentes internados provisoriamente. Entre esses jovens, 497 estavam internados em razão do ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas, 359 por roubo qualificado, 29 por roubo simples, 19 por furto qualificado, 9 por homicídio doloso

qualificado, 12 por furto, 7 por receptação, 3 por latrocínio, 5 por estupro, 9 por lesão corporal, 5 por ameaça, 9 por roubo qualificado tentado, 3 por homicídio simples, 1 por descumprimento de medida judicial, 1 por homicídio doloso qualificado tentado, 1 por homicídio simples tentado, 2 por porte de arma, 5 por outros atos infracionais não descritos, 3 por extorsão, 1 por homicídio doloso tentado, 1 por roubo simples tentado, 1 por desacato, 1 por lesão corporal dolosa qualificada, 1 por porte de ou uso de drogas, 1 por receptação qualificada, 2 por homicídio culposo e 1 por explosão.

Para parte desses adolescentes foi concedida a liberdade, pois a finalização do processo antes do prazo de 45 dias (prazo máximo da internação provisória segundo art.183 do ECA) não seria viável. Entre esses jovens também estão os apreendidos sob a acusação de ato infracional análogo ao crime de roubo, ou seja, delito cometido com violência e ameaça. Mas, após um ano de pandemia, faz-se necessário questionar o que ocorrerá com a situação processual dos adolescentes que, agora, estão sem qualquer reiteração de ato considerado infracional.

As perguntas que se pretende responder são as seguintes: a medida de internação será necessária, mesmo após esse período em liberdade? Restringir a liberdade, nesse contexto, contemplará o princípio da condição peculiar da pessoa em desenvolvimento? Tais questões são oportunas para o momento pandêmico, mas também têm relação com as dúvidas vinculadas à dificuldade de plena implementação do Sistema de Justiça Juvenil, como já preconizado por Emilio Garcia Mendez (1998). Privilegia-se, ainda, após 30 anos de existência do Estatuto, a medida socioeducativa de internação, mesmo com todo acúmulo de pesquisas indicando as mazelas do cárcere para a existência humana, independentemente da faixa etária. Deseja-se chamar a atenção para as características próprias do desenvolvimento da identidade na adolescência. O pensamento da renomada jurista **Ana Paula Costa** pode dar algumas pistas:

O processo de desenvolvimento, que é contínuo ao longo da vida de cada sujeito, durante a infância e, de modo especial, na adolescência, é de maior intensidade e fundamental para a garantia de pleno exercício da vida desde o presente vivenciado, em tal fase, até a fase adulta. O reconhecimento dessa condição de especificidade, ou do sujeito nessa faixa etária, considerando sua realidade geracional cultural, é de condição singular para seu pleno exercício de cidadania e de convivência social (COSTA, p.158).

O período da adolescência é intenso e as mudanças são constantes, já que os sujeitos estão em processo de formação nessa fase. Nesse sentido, **Ana Paula Costa** (2012) nos ensina que “as crianças e, especialmente, os adolescentes formam sua identidade por meio de um processo intersubjetivo, em interação com a comunidade onde estão inseridos” (2012, p.44). A formação da identidade do adolescente é a mais variável possível, visto que tem relação com a adequação em cada espaço que frequenta, seja de forma harmônica, com a finalidade de enquadramento, seja para confrontar as regras impostas.

A reflexão da jurista dialoga com as propostas do sociólogo **Stuart Hall**. O processo de criação da identidade é complexo, e por diversas vezes posturas incoerentes e conflitantes são expressas, ainda mais no atual momento cultural da sociedade. Nesse sentido, **Stuart Hall** (2011) sugere que na pós-modernidade “o próprio processo de identificação, através do qual nos projetamos em nossas identidades culturais, tornou-se mais provisório, variável e problemático” (2011, p.12). A elaboração da autoestima e da personalidade fazem parte desse processo conflituoso, e todas as vivências juvenis influenciam na constituição subjetiva, como se fossem um espelho. Essa é a analogia proposta por **Assis** (2004):

É neste sentido que foi concebida a metáfora dos espelhos incrustados nas paredes do labirinto. A cada passo dado nesse ambiente, o indivíduo vê a si próprio, inserido no contexto mais geral do local em que está. Ao mesmo tempo, vê os outros ao seu redor e é visto por eles em diferentes pedaços do caminho. A continuidade e a intensidade dos olhares e sentimentos criam e transformam seres humanos e relacionamentos (ASSIS, 2004. p.15).

Como o processo de formação de identidade sofre diversas interferências, o princípio da condição peculiar da pessoa em desenvolvimento é uma previsão do ECA que estabelece o reconhecimento desse momento formador. De acordo com essa perspectiva, o processo de apuração de ato infracional é, por si só, responsável por redimensionar a vida do adolescente, como um novo ciclo de transformações.

O adolescente internado provisoriamente passa por uma brusca ruptura no seu dia a dia, a começar pela troca do lar familiar por um centro socioeducativo, uma instituição total nos moldes definidos por **Goffman** (2001), sendo que existe também a determinação da intervenção pedagógica, definida pela lei. Dentro de uma unidade socioeducativa, o adolescente deve seguir as regras impostas, sendo que estas têm por objetivo mudar o “eu” do adolescente através do controle (FREITAS; GONÇALVES; PINHEIRO, 2019). Nesse sentido, a medida socioeducativa de internação tem o poder de produzir rupturas, já que intervém na identidade em desenvolvimento.

Esse raciocínio alinhado com as propostas de **Hall** – relativas à fluidez da identidade, até mesmo na fase adulta, mas especialmente intensa para o adolescente – aponta os impactos de uma imposição de medida socioeducativa de internação como sendo sempre problemáticos. Caso aplicada de forma tardia, arbitrariamente, destacará e priorizará o caráter punitivo da medida, prejudicando os ideais responsabilizadores da medida.

O artigo 47 do SINASE prevê o prazo de seis meses para validade do mandado de busca e apreensão em decorrência de toda essa transformação no desenvolvimento do adolescente. Quando as circunstâncias extraordinárias advindas da pandemia terminarem, a medida socioeducativa de internação será atual na vida do adolescente? Quais serão os efeitos da privação de liberdade tardia, sem qualquer justificativa, além do suposto dever de finalizá-la?

No mais, a não imposição de medida socioeducativa de internação não significa impunidade ou falta de responsabilização, uma vez que o ECA, em seu art.112, apresenta outras medidas que podem ser suficientes para alcançar os objetivos da intervenção estatal, tais como a advertência; a obrigação de reparar o dano; a prestação de serviços à comunidade e a liberdade assistida. Todas essas medidas cooperam para a devida responsabilização adolescente.

Em pesquisas anteriores (BORGHI, 2014), esboçou-se a importância central da noção de responsabilização para o Sistema de Justiça Juvenil. A partir dos ensinamentos do pedagogo **Antonio Carlos Gomes da Costa**, verifica-se que a medida socioeducativa é uma reação punitiva da sociedade ao delito praticado pelo adolescente, mas também deve contribuir para o seu desenvolvimento. A responsabilização seria uma prática social e relacional passível de ser construída no curso de uma intervenção que pretenda contribuir para o desenvolvimento do adolescente, levando em consideração cada história de vida e suas singularidades e intervenções que intensifiquem a existência do adolescente como sujeito detentor de direitos, promovendo práticas de autonomia.

A Lei 12594/2012 define o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (BRASIL, 2012) e reforça a visão destacada acima, quando coloca como um dos objetivos da medida socioeducativa, em seu artigo primeiro: “a responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação”. Alinha-se a essa noção de responsabilização o princípio da autonomia progressiva (art.12 da Convenção dos Direitos da Criança, ONU, 1989), já que essa noção apoia a capacidade do adolescente de ser ouvido e de participar plenamente da vida social e comunitária, de acordo com a sua idade. Nesse percurso, a Convenção convida o ser humano a responsabilizar-se por seus atos e suas falas, como meio de exercício da cidadania.

Os Estados Partes devem assegurar à criança, que é capaz de formular seus próprios pontos de vista, o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados a ela, e tais opiniões devem ser consideradas, em função da sua idade e da sua maturidade (art. 12, ONU, 1989). Além disso, o Estatuto da Criança e do Adolescente é regido pela Doutrina da Proteção Integral, cujos princípios devem determinar os processos de apuração de ato infracional, bem como a execução de medidas socioeducativas, com os princípios da brevidade (art.121, §3º do ECA) e da excepcionalidade (art.122, §2º do ECA).

O princípio da brevidade visa manter a medida socioeducativa por tempo suficiente para alcançar seus objetivos, não podendo ultrapassar o tempo razoável de duração, sob o risco de tornar-se exclusivamente punitiva. A excepcionalidade diz respeito à limitação estatal, devendo as medidas socioeducativas serem aplicadas apenas em casos necessários, e a internação deve ser a última *ratio*. Nesse ponto, **Saraiva** (2012) reforça:

Não se pode ignorar que o Estatuto da Criança e do Adolescente (...) estabelece mecanismo de sancionamento, de caráter pedagógico em sua concepção e conteúdo, mas evidentemente retributivo em sua forma, articulando sob o fundamento do garantismo penal e de todos os princípios norteadores do sistema penal enquanto instrumento de cidadania, fundado nos princípios do Direito Penal mínimo, até porque inegável que tem igualmente um caráter de defesa social (SARAIVA, 2012, p. 227).

Em razão do caráter de defesa social, o respeito ao adolescente deve prevalecer. Quando ele ocupa o lugar de "autor de ato infracional", o Estado é seu guardião temporário, devendo considerar os direitos fundamentais como prioridade, prezando por sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. O caráter excepcional da medida de internação e a sua brevidade caminham em consonância com o previsto também nas normas internacionais, tais como as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça, da Infância e da Juventude (Regras de Beijing).

O Estado, assim como preconiza o art.227 da Constituição Federal, tem especial papel na proteção do processo de formação da identidade dos adolescentes, independentemente da prática de ato infracional. Sob esse prisma, é necessário questionar se a aplicação de medida socioeducativa restritiva de liberdade, de modo infundado, respeitará essa obrigação protetiva. As práticas que rebaixam o Sistema de Justiça Juvenil a um mero sistema punitivo,

ignorando toda a Doutrina que norteia a aplicação do Estatuto e o complexo Sistema de Garantia de Direitos a ele atrelado, devem ser rigorosamente combatidas, sob pena de emergência de práticas "neomenoristas".

Por estar em pleno processo formativo de identidade, o adolescente que supostamente praticou o ato infracional já não é o mesmo após um ano. Qualquer percurso temporal deve ser levado em consideração no contexto socioeducativo, sob a égide da Proteção Integral. É necessário respeitar o caráter necessariamente atual da medida socioeducativa, que deve ser imediata e direta na vida do adolescente, respeitando o princípio da condição peculiar da pessoa em desenvolvimento.

Com a previsão de medidas socioeducativas em meio aberto, a imposição de penas de semiliberdade e internação devem ser as últimas opções, apenas quando as demais não estiverem surtindo os efeitos responsabilizadores desejados. Na situação pandêmica em discussão, os adolescentes em liberdade há mais de um ano passaram por diversas mudanças, além de sofrimentos próprios da situação atual de necessidade de isolamento social. Não restam dúvidas de que, nesse contexto, as medidas em meio aberto possuem maiores condições de responsabilizar o adolescente pelo ato ilícito praticado.

A visão de **Hall** define a identidade como uma construção histórica e relacional e, portanto, nunca definitivamente encerrada. O sujeito adolescente, portanto, no exercício de sua autonomia progressiva e sendo chamado a se responsabilizar-se por seus atos e suas falas, vivencia constantemente a reestruturação formativa de sua identidade.

O ECA determina que em nenhuma hipótese será aplicada a internação quando houver outra medida mais adequada. E esse ponto é a pauta para o necessário questionamento em relação à pertinência e à adequação da medida de internação. Especialmente no contexto da pandemia, experimentar a liberdade sem que ocorram novas infrações em um período determinado, deve ser entendido como exercício da responsabilidade na condução das escolhas por parte do indivíduo. Aplicar a medida socioeducativa de internação tardia equivaleria a violar o princípio da dignidade da pessoa humana e a Doutrina da Proteção Integral, por tratar esse sujeito adolescente como objeto de tutela, nos termos da Situação Irregular e das práticas menoristas.

Notas

¹ Disponível em: <http://www.fundacaocasa.sp.gov.br/View.aspx?title=boletim-estat%C3%ADstico&d=79>. Acesso em: 27 ago. 2020.

Referências

ASSIS, Simone Gonçalves et.al. *Labirinto de espelhos: formação da auto-estima na infância e na adolescência* [online]. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2004.

BORGHI, Adriana P. A noção de responsabilização no Sistema de Justiça Juvenil – notas históricas sobre sua emergência, impasses e desafios. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 109, 2014.

BRASIL, *Estatuto da criança e do adolescente*. Brasília, DF, 1990.

BRASIL, *Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo* (Sinase), Brasília, DF, 2012.

COSTA, Ana Paula Motta. *Os Adolescentes e seus Direitos Fundamentais: da invisibilidade à indiferença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FREITAS, Ana P. C. O; GONÇALVES, Eduardo M.; PINHEIRO, Carlos V. S. Seguro: Resposta Institucional para a estigmatização sofrida por adolescentes transexuais. In:

III Congresso de Diversidade Sexual e de Gênero, 2019, Ouro Preto. Questões trans: o sagrado crime da divergência. *Anais [...]*, Belo Horizonte: [S. n.], 2018 v. 3. p.103-118.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos*. Tradução de Dante Moreira. Leite. 7ª edição. São Paulo: Editora Perspectiva, 2001.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guaracira Lopes Louro. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2011.

MENDEZ, Emilio García et.al. *Infancia, ley y democracia en América Latina*. Santa Fé de Bogotá, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1998.

ONU, *Convenção dos Direitos da Criança*, 1989.

SARAIVA, J.B.C. Adolescente, ato infracional e direitos humanos. In: PES, J.H.F. (Org.) *Direitos humanos crianças e adolescentes*. 1. ed. São Paulo: Juruá, 2012.

Recebido em: 03.05.2021 - Aprovado em: 14.06.2021 - Versão final: 10.08.2021

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A COMPETÊNCIA CRIMINAL DA JUSTIÇA ELEITORAL PARA CRIMES CONEXOS

*BRIEF CONSIDERATIONS ON THE CRIMINAL JURISDICTION OF THE ELECTORAL
JUSTICE FOR RELATED CRIMES*

Silvana Batini

Doutora em Direito Público pela PUC/RJ. Procuradora Regional da República. Professora da FGV/RJ.

ORCID: 0000-0002-4485-2198

silvanabatini@gmail.com

Resumo: O artigo trata de impasses decorrentes da aplicação do precedente do STF, que reconheceu a competência da justiça eleitoral para crimes comuns, quando há conexão com crimes eleitorais. Há necessidade de se compreender os limites do entendimento fixado, tanto na configuração dogmática do crime eleitoral e a possibilidade de sua absorção, bem assim na configuração da própria conexão autorizadora da reunião dos processos. Importante reconhecer que a decisão deve levar em conta o sistema acusatório, o que dá ao Ministério Público Eleitoral a palavra final sobre a existência do crime eleitoral. Por fim, o artigo aponta para o impasse constitucional da competência estendida da justiça eleitoral, para crimes comuns, considerando a composição dos tribunais eleitorais, que contam com advogados não sujeitos às limitações constitucionais impostas à magistratura togada.

Palavras-chave: Justiça Eleitoral – Competência - Crime Eleitoral - Crimes Conexos.

Abstract: The article deals with impasses arising from the application of the judgment of the Supreme Court, which recognized the venue of the electoral justice for common crimes, when there is a connection with electoral crimes. There is a need to understand the limits of the understanding of the Supreme Court, both in the dogmatic configuration of electoral crime and the possibility of its absorption, as well as in the configuration of the connection authorizing the meeting of processes. It is important to recognize that the decision must consider the accusatory system, which gives the Electoral Prosecutor the final word on the existence of the electoral crime. Finally, the article points to the constitutional impasse of the extended jurisdiction of electoral justice, for common crimes, considering the composition of electoral courts, which have lawyers not subject to constitutional limitations imposed on judges.

Keywords: Electoral Justice – Jurisdiction - Electoral Crime - Related Crimes.

Em 2019, o Supremo decidiu, por maioria apertada de 6 x 5, que, em caso de conexão entre crimes comuns e crimes eleitorais, deve prevalecer a força atrativa da justiça especializada.¹ A decisão considerou recepcionados os artigos 78, IV do Código de Processo Penal e 35, II do Código Eleitoral.²

Passados dois anos, é tempo de uma reflexão em torno dos impactos que esta decisão vem trazendo para o processo penal brasileiro.

De início, convém deixar claro que, embora o reconhecimento da força atrativa da jurisdição eleitoral tenha sido geral, a experiência pela qual passamos atualmente situa o fenômeno de forma muito específica nas conexões entre o crime de corrupção e a falsidade ideológica eleitoral. Foram as imbricações entre estas duas figuras típicas que retiraram uma questão há muito relegada às páginas

menos relevantes dos manuais de processo penal e a trouxeram para o debate jurídico presente.

O texto do Código de Processo Penal que faz prevalecer a competência da justiça eleitoral especializada é de 1948. O artigo do Código Eleitoral que segue na mesma linha é de 1965. Seu retorno ao palco das discussões se deu de forma forte depois que a Lava Jato denunciou esquemas de corrupção que passavam por financiamentos de campanhas eleitorais.

Não pretendemos discutir o acerto ou não da decisão do Supremo, nem mesmo debater sobre as vantagens ou desvantagens práticas de se levar à justiça eleitoral mais essa competência na forma de um volume grande de processos complexos e que demandam expertises específicas para seu tratamento.

Parece-nos urgente que uma alteração legislativa reveja a regra de prevalência da justiça eleitoral para crimes conexos. A seriedade do debate deve ir mais além, para repensar até mesmo se a competência criminal da justiça eleitoral ainda se justifica na quadra histórica atual, em que as lides eleitorais em sentido estrito se intensificam fortemente no caminho sem volta da judicialização dos processos eleitorais. Também porque já pacificada a compreensão de que crimes eleitorais não são crimes políticos, mas delitos comuns, não demandando a atuação de uma justiça especializada para seu conhecimento e julgamento.

Mas também não é este nosso ponto, por agora.

Para nós, neste curto espaço, importa refletir sobre como lidar com determinados impasses a partir da decisão do Supremo. Assim, uma vez decidido, é importante prosseguir com a consciência de que a realidade será sempre mais complexa do que parece. Com isso quero dizer que a disputada decisão do Supremo não resolve todos os impasses decorrentes das relações entre eleições e crime. Reafirmar a força atrativa da competência em razão da matéria que exerce a justiça eleitoral não desonera o intérprete de reconhecer que há outras questões constitucionais, penais e processuais envolvidas e que precisarão ser enfrentadas em cada caso.

É necessário um pouco de pragmatismo e muita franqueza. Não estamos discutindo a força atrativa da justiça eleitoral quando um crime eleitoral qualquer tiver sido cometido. A questão que se impõe refere-se, como já dito, às conexões entre corrupção e caixa 2 de campanha, ainda que se possa imaginar, em tese, possíveis outras espécies de vinculação. A história brasileira das últimas décadas demonstrou que o financiamento de campanhas eleitorais tem sido ambiente propício a práticas de corrupção. Seja de forma exclusiva ou circunstancial.

O primeiro ponto que destaco tem a ver com a natureza do crime eleitoral, que definirá o deslocamento da competência. Na medida em que não há tipificação específica para o caixa 2 eleitoral, a subsunção possível é a do artigo 350 do Código Eleitoral,³ que nada mais é do que um crime de falsidade ideológica e, como tal, sujeito às tradicionais implicações decorrentes dos conflitos aparentes de norma afetos a esta espécie de crime.

O fato da vida que vem indicando a competência da justiça eleitoral tem sido a menção de que determinado corruptor ingressou com dinheiro em campanhas eleitorais. Bem de ver que esta menção por si só não implica em crime eleitoral, que só se configurará se, na futura prestação de contas, este ingresso não for declarado pelo candidato ou partido, de forma devida à justiça eleitoral, e se tal omissão ou inverdade for dolosa.

A experiência vem demonstrando que esquemas de corrupção que ingressam de forma clandestina em campanhas eleitorais não têm finalidade última na própria eleição do candidato aquinhoad. Ao contrário, a eleição é etapa que garante as vantagens futuras, certas ou esperadas, no exercício do mandato. A direção finalística é o ataque à administração pública e não ao processo eleitoral.

Crimes de falso são, via de regra, meios ou etapas de esquemas criminosos mais complexos. As relações entre crimes meio e crimes fim já ocupou debates doutrinários históricos e culminou com a edição da Súmula 17 do STJ, cujo poder de síntese é até hoje admirável.⁴ Por sua concisão e clareza, o emprego da súmula se presta à solução dos conflitos de falso não apenas com relação ao estelionato, mas também quando no caminho de outras espécies de crime.

A falsidade ideológica nas prestações de contas de campanha ou de partido não tem potencialidade lesiva que exceda o contexto estritamente eleitoral. Quando configurarem mera etapa de esquemas criminosos de corrupção que miram o exercício do mandato, devem ser tidas como absorvidas. A consunção decorre da lógica da empreitada e do direcionamento do dolo. Crimes absorvidos não definem competência. Se a falsidade ideológica eleitoral está absorvida, o deslocamento para a justiça eleitoral não se justifica.⁵

Igualmente não se justifica o envio de autos à justiça eleitoral, quando os fatos pertinentes a eleições já estiverem acobertados pela prescrição ou por outros fatores de extinção da punibilidade.

O segundo ponto que quero destacar foca na ideia de conexão como linha definidora da competência da justiça eleitoral. A doutrina vem caminhando, com acerto, no sentido de destacar que o aporte em campanhas eleitorais de dinheiro fruto de esquemas de corrupção, por si só, não implica em conexão. Será sempre necessário demonstrar, no caso concreto, que há liame subjetivo forte entre os autores dos diversos crimes, ou que há relação teleológica entre eles (a falsidade eleitoral a serviço da corrupção), ou que a produção da prova em conjunto é racionalmente mais útil ao processo.⁶

A decisão do Supremo não derogou o artigo 80 do CPP, sendo possível e recomendável a separação de processos quando houver motivo relevante para isso. A complexidade de determinados esquemas de corrupção e lavagem, a necessidade de implementação de técnicas especiais de investigação e eventuais demandas de cooperação internacional podem se tornar mais custosas e problemáticas de serem enfrentadas na justiça especializada eleitoral, que é de composição transitória e premedida pelas demandas das eleições periódicas. São fatores que autorizam a separação dos processos e a desvinculação da jurisdição especializada.

O terceiro ponto a ser destacado é que, na moldura do sistema acusatório adotado na Constituição, a avaliação acerca da presença de crime eleitoral e sua configuração concreta e autônoma cabe ao Ministério Público Eleitoral. Vale dizer, somente se a *opinio delicti* em relação ao crime eleitoral for positiva, na forma de denúncia, prevalecerá a competência da justiça especializada. A decisão pelo arquivamento em relação ao pretense crime eleitoral sujeita-se ao controle legal da lei processual penal, que reserva ao Ministério Público a palavra final.

A correta aplicação do precedente do Supremo importa exclusivamente em dar à justiça eleitoral e, por extensão, também ao Ministério Público Eleitoral, a prevalência na apreciação da matéria para verificação da presença do crime eleitoral, a viabilidade da sua persecução, sua posição dogmática e a conveniência da reunião dos casos. Não é a simples menção a campanhas eleitorais, que eventualmente emergja das investigações, que define a competência, mas as razões de direito material e processual que envolvem o caso.

As recentes decisões de declínio de ações penais em curso, promovidas por tribunais em sedes revisionais, portanto, não têm o condão de vincular a atuação do Ministério Público Eleitoral no sentido de impor-lhe a denúncia do suposto crime eleitoral, como tampouco fixam a competência na justiça eleitoral, mas tão somente promovem a necessária prevalência de avaliação desta competência, que dependerá da análise das implicações materiais e processuais do caso concreto.

Por último, mas não menos relevante, toda a discussão em torno da

vis atrativa da justiça eleitoral em relação aos crimes conexos passou ao largo de um tema delicado e relevante, de índole constitucional e que necessita ser visitado o quanto antes. Trata-se da composição heterogênea das cortes eleitorais, nas quais tem assento dois advogados, os membros juristas.

Historicamente, a presença de juízes-advogados nos tribunais eleitorais vem se justificando na conveniência de se garantir pluralidade e legitimidade a uma jurisdição que transita e eventualmente avança sobre a soberania popular. É um argumento que, vez por outra suscita controvérsias em alguns setores, mas ainda assim tem forte razoabilidade quando se trata de processos cíveis eleitorais. Decidir sobre capacidade eleitoral passiva, cassação de mandatos e mesmo anulação de eleições são tarefas que talvez necessitem uma legitimação, se não popular, ao menos social, para além da investidura normal da judicatura. É uma justiça anômala, no limite entre a política e a jurisdição.

A presença da sociedade civil nestas cortes, por meio de uma corporação com expertise, para tratar de conflitos de índole exclusivamente eleitoral, pode encontrar justificativa plausível. Não, porém, na aplicação do Direito Penal comum.

A jurisdição criminal é jurisdição pura. Como tal, exige a plenitude das garantias e deveres da magistratura, ausentes nos juízes-advogados. O problema nada tem a ver com conhecimento técnico, mas exclusivamente com parâmetros constitucionais exigidos para uma jurisdição válida.

Juízes-advogados não estão submetidos ao quadro axiológico de prerrogativas e deveres da magistratura que confere legitimidade à jurisdição, tais como a independência, a inamovibilidade e a imparcialidade. O artigo 121, § 1º da Constituição garante estas prerrogativas atreladas ao exercício transitório da função, mas não impõe a contrapartida das restrições inerentes ao exercício da judicatura.

Pelo artigo 95, parágrafo único, I e IV da Constituição, magistrados não podem exercer outra função além de uma de magistério, como também não podem receber qualquer tipo de contribuição de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas.

A regra constitucional busca preservar a atuação jurisdicional a partir de uma presunção absoluta de que não apenas a produtividade, mas especialmente a imparcialidade dos juízes, exige distanciamento de outros misteres. Ainda que se pudesse argumentar que nem todos

os juízes se deixariam contaminar com outras ocupações, a opção constitucional foi por garantir também a aparência de neutralidade, a partir da proibição geral, pura e simples.

Os advogados que compõem as cortes eleitorais não estão impedidos de continuar exercendo a advocacia, desde que não o façam perante o juízo eleitoral. Significa dizer que podem continuar advogando, inclusive, no foro criminal. Parece-nos desarrazoado e fora da moldura constitucional, que possam vir a julgar, e até mesmo relatar, processos criminais com objeto diverso do estritamente eleitoral. A jurisdição criminal exige independência substancial e material, além de imparcialidade ostensiva e notória, atributos ausentes em juízes que exercem advocacia concomitantemente à judicatura.

Não se trata de lançar uma suspeição geral sobre a classe, mas sim de jogar luzes no fato de que essa competência criminal alargada da justiça eleitoral cria uma quebra de isonomia entre réus de crimes da mesma natureza. Os que ficam na justiça comum são julgados por juízes sujeitos a deveres inexistentes entre os que julgam crimes semelhantes na justiça eleitoral. Pouco importa se a alteração traz vantagens ou desvantagens a este ou aquele réu. Importa considerar que produz diferenças não justificáveis na prestação jurisdicional, o que é indesejável.

A presença eventual de um crime eleitoral no meio da questão não justifica uma alteração tão substancial nos limites formais da jurisdição penal constitucionalmente válida.

A advocacia exige compromisso com interesses de clientes, importa na guarda de sigilo profissional e resguarda-se em sistemas de proteção não auditáveis. São estruturas incompatíveis com o exercício da jurisdição comum, especialmente a criminal.

A prevalecer, portanto, a competência da justiça eleitoral para crimes comuns, conexos a crimes eleitorais, será necessário repensar o sistema de impedimentos e suspeição desta classe de membros juristas, ou mesmo a imposição de afastamento da advocacia.

De antemão, diga-se que não será satisfatória a autodeclaração de suspeição pontual por parte do juiz-advogado. Não porque não seja útil, mas porque não é isonômica em relação aos juízes criminais togados, para os quais a proibição de atividade extraordinária é geral e prévia.

Notas

- ¹ Brasil, 2019.
- ² CPP, Art. 78: "Na determinação da competência por conexão ou continência, serão observadas as seguintes regras: (...) IV - no concurso entre a jurisdição comum e a especial, prevalecerá esta"; CE, Art. 35.: "Compete aos juízes: (...) II - processar e julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhe forem conexos, ressalvada a competência originária do Tribunal Superior e dos Tribunais Regionais;"
- ³ Art. 350. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser

escrita, para fins eleitorais: Pena – reclusão até cinco anos e pagamento de 5 a 15 dias-multa, se o documento é público, e reclusão até três anos e pagamento de 3 a 10 dias-multa se o documento é particular."

- ⁴ Súmula 17 STJ: "Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido"
- ⁵ Já tivemos chance de aprofundar um pouco mais este tema em outra ocasião. (GÓES, 2019).
- ⁶ Fischer, 2020.

Referências

Brasil. Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Quarto Ag.Reg. no inquérito 4.435*. Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, 21 ago. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/diariojusticaeletronico/pesquisardiarioeletronico.asp#>. Acesso em: 12 ago. 2021.

FISCHER, Douglas e PACELLI, Eugenio. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

GÓES, Silvana B. C. *Corrupção e eleições: o que o Direito Eleitoral tem a dizer*. In: SALGADO, Daniel de R.; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de; ARAS, Vladimir (Org.). *Corrupção: aspectos sociológicos, criminológicos e jurídicos*. 1.ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 235-266.

TEMA:

DEFINIÇÃO DA COMPETÊNCIA EM CRIMES VIRTUAIS

Supremo Tribunal Federal

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. PENAL. PROCESSO PENAL. CRIME PREVISTO NO ARTIGO 241-A DA LEI 8.069/90 (ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE). COMPETÊNCIA. DIVULGAÇÃO E PUBLICAÇÃO DE IMAGENS COM CONTEÚDO PORNOGRÁFICO ENVOLVENDO CRIANÇA OU ADOLESCENTE. CONVENÇÃO SOBRE DIREITOS DA CRIANÇA. DELITO COMETIDO POR MEIO DA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES (INTERNET). INTERNACIONALIDADE. ARTIGO 109, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL RECONHECIDA. RECURSO DESPROVIDO.

1. À luz do preconizado no art. 109, V, da CF, a competência para processamento e julgamento de crime será da Justiça Federal quando preenchidos 03 (três) requisitos essenciais e cumulativos, quais sejam, que: a) o fato esteja previsto como crime no Brasil e no estrangeiro; b) o Brasil seja signatário de convenção ou tratado internacional por meio do qual assume o compromisso de reprimir criminalmente aquela espécie delitiva; e c) a conduta tenha ao menos se iniciado no Brasil e o resultado tenha ocorrido, ou devesse ter ocorrido no exterior, ou reciprocamente.

2. O Brasil pune a prática de divulgação e publicação de conteúdo pedófilo-pornográfico, conforme art. 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente.

3. Além de signatário da Convenção sobre Direitos da Criança, o Estado Brasileiro ratificou o respectivo Protocolo Facultativo. Em tais acordos internacionais se assentou a proteção à infância e se estabeleceu o compromisso de tipificação penal das condutas relacionadas à pornografia infantil.

4. Para fins de preenchimento do terceiro requisito, é necessário que, do exame entre a conduta praticada e o resultado produzido, ou que deveria ser produzido, se extraia o atributo de internacionalidade dessa relação.

5. Quando a publicação de material contendo pornografia infanto-juvenil ocorre na ambiência virtual de sítios de amplo e fácil acesso a qualquer sujeito, em qualquer parte do planeta, que esteja conectado à internet, a constatação da internacionalidade se infere não apenas do fato de que a postagem se opera em cenário propício ao livre acesso, como também que, ao fazê-lo, o agente comete o delito justamente com o objetivo de atingir o maior número possível de pessoas, inclusive assumindo o risco de que indivíduos localizados no estrangeiro sejam, igualmente, destinatários do material. A potencialidade do dano não se extrai somente do resultado efetivamente produzido, mas também daquele que poderia ocorrer, conforme própria previsão constitucional.

6. Basta à configuração da competência da Justiça Federal que o material pornográfico envolvendo crianças ou adolescentes tenha estado acessível por alguém no estrangeiro, ainda que não haja evidências de que esse acesso realmente ocorreu.

7. A extração da potencial internacionalidade do resultado advém do nível de abrangência próprio de sítios virtuais de

amplo acesso, bem como da reconhecida dispersão mundial preconizada no art. 2º, I, da Lei 12.965/14, que instituiu o Marco Civil da Internet no Brasil.

8. Não se constata o caráter de internacionalidade, ainda que potencial, quando o panorama fático envolve apenas a comunicação eletrônica havida entre particulares em canal de comunicação fechado, tal como ocorre na troca de e-mails ou conversas privadas entre pessoas situadas no Brasil. Evidenciado que o conteúdo permaneceu enclausurado entre os participantes da conversa virtual, bem como que os envolvidos se conectaram por meio de computadores instalados em território nacional, não há que se cogitar na internacionalidade do resultado.

9. Tese fixada: "Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes consistentes em disponibilizar ou adquirir material pornográfico envolvendo criança ou adolescente (arts. 241, 241-A e 241-B da Lei nº 8.069/1990) quando praticados por meio da rede mundial de computadores".

10. Recurso extraordinário desprovido.

(STF, RE 628624, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 29/10/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-062 DIVULG 05-04-2016 PUBLIC 06-04-2016) - (destaques nossos - Cadastro IBCCRIM 6296).

Nosso comentário: a realidade atual, de amplos avanços tecnológicos, impõe a reconsideração de vários elementos tradicionais do Direito, inclusive do Processo Penal. Um desses pontos é certamente os elementos de fixação de competência – em especial aquele vinculado ao lugar da infração, conforme previsão do art. 69, inc. I, do Código de Processo Penal. Com o ambiente virtual, em que infrator e vítima podem estar em locais completamente distintos do planeta no momento da infração, a fixação do juiz competente se torna um desafio a ser enfrentado. Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal, em 2016, quando decidiu o Tema 393 em sede de Repercussão Geral, firmou os requisitos cumulativos para verificar a competência ou não da Justiça Federal para julgar os tipos penais previstos pelos arts. 241, 241-A e 241-B, da Lei n.º 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), sendo que o principal aspecto de interesse foi a internacionalidade do resultado. Reconhecendo a ampla ressonância conferida pela *internet*, a Suprema Corte excluiu da competência da Justiça Federal a transferência de conteúdo proibido em canais particulares de comunicação fechada (p. ex.: *e-mails* e troca de mensagens privadas), quando os dispositivos eletrônicos estiverem instalados em território nacional. Assim, o Tribunal firmou que "evidenciado que o conteúdo permaneceu enclausurado entre os participantes da conversa virtual, bem como que os envolvidos se conectaram por meio de computadores instalados em território nacional, não há que se cogitar na internacionalidade do resultado".

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PORNOGRAFIA INFANTIL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ABSORÇÃO DA CONDUTA MEIO PELA CONDUTA FIM. INVIABILIDADE. CONDUTAS CRIMINOSAS AUTÔNOMAS. SÚMULA 7 DO STJ. PENA-BASE. FUNDAMENTO VÁLIDO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O próprio agravante afirmou ter recebido fotos de perfil de usuária da rede social Facebook que residia em Portugal, atraindo, assim, a competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109, V, da Constituição Federal, pois, **o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Tema 393, em repercussão geral, fixou tese, segundo a qual, "Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes consistentes em disponibilizar ou adquirir material pornográfico envolvendo criança ou adolescente (arts. 241, 241-A, 241-B da Lei 8.069/1990) quando praticados por meio da rede mundial de computadores"** (RE 628624, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 29/10/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-062 DIVULG 5-4-2016 PUBLIC 6-4-2016).

[...]

4. Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no REsp 1880440/PE, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/12/2020, DJe 10/12/2020) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6297**).

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL X JUSTIÇA ESTADUAL. INQUÉRITO POLICIAL. DIVULGAÇÃO DE IMAGEM PORNOGRÁFICA DE ADOLESCENTE VIA WHATSAPP E EM CHAT NO FACEBOOK. ART. 241-1 DA LEI 8.069/90. INEXISTÊNCIA DE EVIDÊNCIAS DE DIVULGAÇÃO DAS IMAGENS EM SÍTIOS VIRTUAIS DE AMPLO E FÁCIL ACESSO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. A Justiça Federal é competente, conforme disposição do inciso V do art. 109 da Constituição da República, quando se tratar de infrações previstas em tratados ou convenções internacionais, como é caso do racismo, previsto na Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, da qual o Brasil é signatário, assim como nos crimes de guarda de moeda falsa, de tráfico internacional de entorpecentes, de tráfico de mulheres, de envio ilegal e tráfico de menores, de tortura, de pornografia infantil e pedofilia e corrupção ativa e tráfico de influência nas transações comerciais internacionais.

2. Deliberando sobre o tema, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 628.624/MG, em sede de repercussão geral, assentou que a fixação da competência da Justiça Federal para o julgamento do delito do art. 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente (divulgação e publicação de conteúdo pedófilo-pornográfico) pressupõe a possibilidade de identificação do atributo da internacionalidade do resultado obtido ou que se pretendia obter. Por sua vez, a constatação da internacionalidade do delito demandaria apenas que a publicação do material pornográfico tivesse sido feita em "ambiência virtual de sítios de amplo e fácil acesso a qualquer sujeito, em qualquer parte do planeta, que esteja conectado à internet" e que "o material pornográfico envolvendo crianças ou adolescentes tenha estado acessível por alguém no estrangeiro, ainda que não haja evidências de que esse acesso realmente ocorreu." (RE 628.624, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a)

p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 29/10/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-062 DIVULG 05-04-2016 PUBLIC 06-04-2016).

3. Situação em que os indícios coletados até o momento revelam que as imagens da vítima foram trocadas por particulares via Whatsapp e por meio de chat na rede social Facebook.

4. Tanto no aplicativo WhatsApp quanto nos diálogos (chat) estabelecido na rede social Facebook, a comunicação se dá entre destinatários escolhidos pelo emissor da mensagem. Trata-se de troca de informação privada que não está acessível a qualquer pessoa.

5. Diante de tal contexto, no caso concreto, não foi preenchido o requisito estabelecido pela Corte Suprema de que a postagem de conteúdo pedófilo-pornográfico tenha sido feita em cenário propício ao livre acesso.

6. A possibilidade de descoberta de outras provas e/ou evidências, no decorrer das investigações, levando a conclusões diferentes, demonstra não ser possível firmar peremptoriamente a competência definitiva para julgamento do presente inquérito policial. Isso não obstante, tendo em conta que a definição do Juízo competente em tais hipóteses se dá em razão dos indícios coletados até então, revela-se a competência do Juízo Estadual.

7. Conflito conhecido, para declarar a competência do Juízo de Direito da Vara Criminal e Execução Penal de São Sebastião do Paraíso/MG, o Suscitado.

(STJ, CC 150.564/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/04/2017, DJe 02/05/2017) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6298**).

Nosso comentário: como visto nos precedentes selecionados acima, após a decisão do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça vem seguindo o entendimento firmado pela Suprema Corte. O reconhecimento da competência da Justiça Federal para julgar os delitos previstos pelos arts. 241, 241-A e 241-B, da Lei n.º 8.069/90, vem sendo feito a partir da verificação, no caso concreto, da ampla divulgação ou não do conteúdo proibido em ambiente virtual, isto é, em sítios de amplo e fácil acesso a qualquer sujeito, em qualquer parte do planeta, que esteja conectado à internet.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. CRIME CONTRA A HONRA PRATICADO POR MEIO DA INTERNET. NATUREZA FORMAL. CONSUMAÇÃO NO LOCAL DA PUBLICAÇÃO DO CONTEÚDO OFENSIVO. TODAVIA QUANDO ESSE LUGAR É DESCONHECIDO, INCIDÊNCIA DA REGRA SUBSIDIÁRIA DO ART. 72 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL ? CPP. COMPETÊNCIA DO LOCAL DE DOMICÍLIO OU RESIDÊNCIA DA QUERELADA. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA OPOSTA NO PRAZO DA DEFESA. OBSERVÂNCIA DO ART. 108 DO CPP. PRECLUSÃO CONSUMATIVA NÃO CONFIGURADA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. ACÓRDÃO IMPUGNADO CASSADO. RESTABELECIDO A DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU QUE DEU PROVIMENTO À EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal ? STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça ? STJ. Contudo, razoável o processamento do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. “Crimes contra a honra praticados pela internet são formais, consumando-se no momento da disponibilização do conteúdo ofensivo no espaço virtual, por força da imediata potencialidade de visualização por terceiros” (CC 173.458/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 27/11/2020).

3. Na hipótese dos autos é incontroverso que não se identificou o local de onde partiram as supostas ofensas. Tal indefinição é apontada desde a inicial acusatória e também mencionada nas decisões prolatadas na instância ordinária. **Destarte, torna-se impossível a aplicação da regra descrita no art. 70 do CPP, a qual determina a fixação da competência no local da consumação. Diante disso, deve incidir na espécie a regra subsidiária descrita no art. 72 do CPP que fixa a competência do juízo do local da residência ou domicílio do réu.**

[...]

8. Ordem concedida de ofício tão somente para cassar o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina no julgamento do recurso em sentido estrito e restabelecer integralmente a decisão do Juízo da 3ª Vara Criminal de Comarca de Florianópolis que julgou procedente a exceção de incompetência oposta pela paciente determinando a remessa dos autos à Comarca de Chapecó/SC.

(STJ, HC 591.218/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 09/02/2021, DJe 12/02/2021) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6299**).

CRIME CONTRA A HONRA PRATICADO PELA INTERNET. NATUREZA FORMAL. CONSUMAÇÃO NO LOCAL DA PUBLICAÇÃO DO CONTEÚDO OFENSIVO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE PARA O CONHECIMENTO E JULGAMENTO DO FEITO.

1. Crimes contra a honra praticados pela internet são formais, consumando-se no momento da disponibilização do conteúdo ofensivo no espaço virtual, por força da imediata potencialidade de visualização por terceiros.

2. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo suscitante para o conhecimento e julgamento do feito. [...] Pontuo, de antemão, que se trata de dispositivo legal caracterizado por atecnia legislativa, uma vez que a expressão “local da prática” é ambígua, podendo ser considerada como sendo tanto o lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, quanto o lugar onde se produziu ou onde se deverá produzir o resultado. Pode-se concluir que essa norma recomenda a aplicação da teoria mista aos delitos de menor potencial ofensivo, aplicando opção de escolha do juízo. [...] Ressalto que, tradicionalmente, **a consumação do crime de difamação se dá com o conhecimento da ofensa por terceiros, exigindo, portanto, esse resultado. Todavia, com o advento da internet, a prática desse tipo de delito migrou, substancialmente, para o espaço cibernético, cuja utilização traz em si a presunção inafastável de conhecimento público do conteúdo por sua mera disponibilização. Assim, o upload de arquivos com conteúdo ofensivo já é suficiente para delimitação da competência.** Por força da necessidade de realização de interpretação histórico-evolutiva, mediante a leitura do texto legal consentânea com as novas realidades tecnológicas, a Quinta Turma vem reconhecendo a natureza formal de crimes contra a honra praticados em espaço virtual, concluindo ser o juízo do local de publicação o foro competente para o processamento e julgamento dos fatos dessa natureza. [...] Acompanho esse posicionamento, considerando irrelevantes, para fins de definição de competência para o crime de difamação praticado pela internet, tanto o local do

provedor de serviços quanto os locais onde se encontrem terceiros que venham a tomar efetivo conhecimento do material publicado.

(STJ, CC 173.458/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2020, DJe 27/11/2020) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6300**).

PROCESSUAL PENAL. QUEIXA-CRIME. DESEMBARGADOR. TRIBUNAL DE JUSTIÇA FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. COMPETÊNCIA. STJ. ART. 105, I, “A”, DA CF/88. CRIMES CONTRA A HONRA. INJÚRIA. CAUSA DE AUMENTO. MEIO QUE FACILITE A DIVULGAÇÃO. ARTS. 140 E 141, III, DO CP. INTERNET. COMPETÊNCIA TERRITORIAL. LOCAL DA INSERÇÃO DA OFENSA EM REDE SOCIAL. OFENSAS AUTÔNOMAS. DIVERSOS AUTORES. DIREITO DE QUEIXA. RENÚNCIA TÁCITA. INOCORRÊNCIA. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL. CONHECIMENTO DA AUTORIA. PROVA EM CONTRÁRIO. ÔNUS DO OFENSOR. ELEMENTO ESPECIAL DO INJUSTO. ESPECIAL FIM DE AGIR. ATIPICIDADE MANIFESTA. NÃO COMPROVAÇÃO. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. ART. 397, III, DO CPP. IMPOSSIBILIDADE.

[...]

3. A determinação da competência territorial para a apuração de crimes contra a honra praticados na internet relaciona-se ao local no qual as redes sociais são alimentadas, no qual ocorre a divulgação do conteúdo supostamente ofensivo. Precedentes.

4. Ao rito especial da Lei 8.038/90 aplicam-se, subsidiariamente, as regras do procedimento ordinário (art. 394, § 5º, CPP), razão pela qual eventual rejeição da denúncia é balizada pelo art. 395 do CPP, ao passo que a improcedência da acusação (absolvição sumária) é pautada pelo disposto no art. 397 do CPP.

5. Quando várias pessoas denigrem a imagem de alguém, via internet, cada uma se utilizando de um comentário, não há coautoria ou participação, mas vários delitos autônomos, unidos no máximo por conexão probatória. Precedente.

[...]

10. Queixa-crime recebida.

(STJ, APn 895/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/05/2019, DJe 07/06/2019) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6301**).

Nosso comentário: como ilustram os precedentes selecionados acima, a definição da competência nos crimes contra a honra praticados por meio informático também tem suscitado dúvidas. No caso da difamação, apesar de o crime restar consumado com o conhecimento da ofensa por terceiros, o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que a ampla divulgação conferida pela internet confere uma “presunção inafastável de conhecimento público do conteúdo por sua mera disponibilização” (CC 173.458/SC e APn 895/DF). Todavia, frente à impossibilidade de determinar o local de onde se partiram as ofensas, o Tribunal tem aplicado o critério subsidiário do art. 72 do CPP, fixando o domicílio do réu como competente (HC 591.218/SC).

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INQUÉRITO POLICIAL. ESTELIONATO EM TESE PRATICADO VIA INTERNET. PAGAMENTO EFETUADOS PELA VÍTIMA MEDIANTE BOLETO BANCÁRIO FALSO. NUMERÁRIO CREDITADO NA CONTA CORRENTE DO SUPOSTO ESTELIONATÁRIO. COMPETÊNCIA DO

LOCAL EM QUE SE AUFERIU A VANTAGEM INDEVIDA: LOCAL DA CONTA PARA A QUAL FOI TRANSFERIDO O DINHEIRO.

1. O presente conflito de competência deve ser conhecido, por se tratar de incidente instaurado entre juízos vinculados a Tribunais distintos, nos termos do art. 105, inciso I, alínea d da Constituição Federal ? CF.

2. O núcleo da controvérsia consiste em definir a competência para prestar jurisdição na hipótese de estelionato, praticado via internet, cuja obtenção da vantagem ilícita foi concretizada mediante pagamento de boleto bancário falso pela vítima em favor do agente delituoso, ficando o numerário disponível na conta corrente do suposto estelionatário.

3. "Se o crime de estelionato só se consuma com a efetiva obtenção da vantagem indevida pelo agente ativo, é certo que só há falar em consumação, nas hipóteses de transferência e depósito, quando o valor efetivamente ingressa na conta bancária do beneficiário do crime" (CC 169.053/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 19/12/2019).

4. "Quando se está diante de estelionato cometido por meio de cheques adulterados ou falsificados, a obtenção da vantagem ilícita ocorre no momento em que o cheque é sacado, pois é nesse momento que o dinheiro sai efetivamente da disponibilidade da entidade financeira sacada para, em seguida, entrar na esfera de disposição do estelionatário. Em tais casos, entende-se que o local da obtenção da vantagem ilícita é aquele em que se situa a agência bancária onde foi sacado o cheque adulterado, seja dizer, onde a vítima possui conta bancária. Já na situação em que a vítima, induzida em erro, se dispõe a efetuar depósitos em dinheiro e/ou transferências bancárias para a conta de terceiro (estelionatário), a obtenção da vantagem ilícita por certo ocorre quando o estelionatário efetivamente se apossa do dinheiro, seja dizer, no momento em que ele é depositado em sua conta" (AgRg no CC 171.632/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 16/6/2020).

5. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da Vara Criminal do Foro Central Barra Funda ? DIPO 4 ? SÃO PAULO ? SP, o suscitado, considerando o local onde se situa a agência bancária na qual a vantagem ilícita ficou à disposição do suposto agente delituoso.

(STJ, CC 171.455/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2020, DJe 14/12/2020) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6302**).

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA ENTRE JUÍZOS ESTADUAIS. ESTELIONATO. INQUÉRITO POLICIAL. GOLPE REALIZADO MEDIANTE ANÚNCIO DE MERCADORIA NA INTERNET. PAGAMENTO PELA MERCADORIA NÃO ENTREGUE. TRANSFERÊNCIA BANCÁRIA ENTRE CONTAS CORRENTES. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DO LOCAL ONDE A VÍTIMA MANTÉM CONTA BANCÁRIA.

1. O presente conflito de competência deve ser conhecido, por se tratar de incidente instaurado entre juízos vinculados a Tribunais distintos, nos termos do art. 105, inciso I, alínea d da Constituição Federal - CF.

2. O núcleo da controvérsia consiste em definir a competência para prestar jurisdição na hipótese de estelionato cuja obtenção da vantagem ilícita foi concretizada via transferência bancária entre contas correntes feita pela vítima em favor do agente do delito.

3. Nos termos do art. 70 do Código de Processo Penal - CPP, "a

competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução".

4. No caso de transferências bancárias (TEDs), a competência para a apuração do delito é do Juízo do local da agência bancária da vítima, porque a consumação ocorre quando o numerário é retirado do banco sacado para a transferência. Precedente da Terceira Seção: CC 158.703/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 27/8/2018.

5. Na hipótese, há documento emitido pela instituição financeira comprovando a transferência bancária da conta corrente da vítima para conta corrente do autor do delito, no qual se identifica os dados da conta debitada de agência bancária situada em Manaus/AM.

6. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal de Manaus - AM, o suscitado, considerando o local onde se situa a agência bancária da vítima bem como, que o estelionato se concretizou mediante transferência bancária.

(STJ, CC 166.009/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/08/2019, DJe 09/09/2019) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6303**).

Nosso comentário: como ilustram os precedentes transcritos acima, ambos da Terceira Seção do STJ, o entendimento acerca da definição da competência em caso do estelionato virtual tem oscilado, ora definindo como local da infração aquele onde se situa a agência bancária na qual a vantagem ilícita ficou à disposição do agente delituoso (CC 171.455), ora definindo o local onde a vítima mantém conta bancária (CC 166.009).

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 Stanzziola 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

OUVIDORA

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:

Adriane Pinto Rodrigues da Fonseca Pires (PUC – Porto Alegre/RS), Chiavelli Fazenda Falavigno (Universidade de Málaga/Espanha), Christiane Heloisa Kalb (UFSC – Florianópolis/SC), Diego Prezzi Santos (UEL – Londrina/PR), Fernanda Regina Vilares (IDP – Brasília/DF), Guilherme Brenner Lucchesi (UFPR – Curitiba/PR), Gustavo Tozzi Coelho (PUCRS – Porto Alegre/RS), Helen Rose Carlos Rodrigues Guimarães (UNESP – São Paulo/SP), Joel de Freitas (UNEMAT- Cáceres/MT), Leonardo Monteiro Rodrigues (PUC – Belo Horizonte/MG), Márcio Soares Berclaz (UFPR – Curitiba/PR), Pablo Rodrigo Aflfen (PUC – Porto Alegre/RS), Paulo Bueno de Azevedo (USP – São Paulo/SP), Priscila Vargas Mello (UnIRITTER – Porto Alegre/RS), Renan Cauê Miranda Pugliesi (UENP – Jacarezinho/PR), Rosalia Maria Carvalho Mourao (UNIFSA – Teresina/PI), Rowana Camargo (PUC – Porto Alegre/RS), Taysa Matos do Amparo (UFBA – Salvador/BA) e Thais Bonato Gomes (UFPel – Pelotas/RS).

CORPO DE AUTORES(AS) DESTE VOLUME:

Adriane Padua Borghi (PUC – São Paulo/SP), Alamiro Velludo Salvador Netto (USP – São Paulo/SP), Ana Paula Cristina Oliveira Freitas (UFABC – São André/SP), Bruno Tadeu Buonicore (CEUB – Brasília/DF), Caio Luís Prata (UNESP – São Paulo/SP), Gabriel Coimbra Rodrigues Abboud (UNESP – São Paulo/SP), Gilmar Mendes (IDP – Brasília/DF), Jordhanna Cavalcante (UNB – Brasília/DF), José de Assis Santiago Netto (PUC – Belo Horizonte/MG), José Rafael Fonseca de Melo (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ), Marco Antonio Chies Martins (Universidade de Coimbra – São Paulo/SP), Marcos Queiroz (UNB – Brasília/DF), Misael Neto Bispo da França (UFBA – Salvador/BA), Poliana da Silva Ferreira (FGV – São Paulo/SP), Silvana Batini (FGV – Rio de Janeiro/RJ) e Thais Molina Pinheiro (Universidade de Coimbra – 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

MOTIVOS PARA NÃO PERDER O

27° SEMINÁRIO INTERNACIONAL de ciências criminais

- É o maior evento de ciências criminais da América Latina
- A 27ª edição é a maior da história, com mais de 40h de conteúdo inédito e ao vivo
- Mais de 70 palestrantes de diversos lugares do mundo compartilhando seus conhecimentos e experiências
- Associados (as) do IBCCRIM têm descontos especiais
- E, o que é ainda melhor, você contribui para a manutenção das atividades do IBCCRIM e para o avanço das ciências criminais no país

Inscreva-se e faça parte desse grande evento!

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

