

# BOLETIM

Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

ISSN 1676-3661



**IBCCRIM**

ANO 29 - Nº 349 - DEZEMBRO/2021



## CADERNO DE DOCTRINA

4 **Monitoração eletrônica e proteção de dados pessoais**

Daniel Marchionatti

7 **Primeiras reflexões sobre os impactos da reforma da Lei de Improbidade Administrativa no regime de Direito Premial**

Igor Sant'Anna Tamassauskas

10 **A criminalização do *stalking*: apontamentos a partir da cybercriminologia**

Raphael Boldt

12 **Qual é o alcance temporal do acordo de não persecução penal?**

Gina Ribeiro Gonçalves Muniz, Jorge Bheron Rocha e Nestor Eduardo Araruna Santiago

15 **A conformação das garantias penais sob o paradigma da exceção permanente**

Vanessa Morais Kiss

18 **Precisamos falar sobre precedentes em matéria penal**

Thaila Fernandes da Silva e João Guilherme Gualberto Torres

20 **Uma análise da necessidade do contato físico à tipicidade da importunação sexual**

Lucas Maia Carvalho Muniz

25 **Covid-19, desvio e controle social: pistas de uma criminologia da pandemia**

David Pimentel Barbosa de Siena

26 **A delação premiada no contexto da eficiência processual: a mercantilização das virtudes e dos valores constitucionais**

Rafael Ferreira de Albuquerque Costa

## DIÁLOGOS

29 **O júri e seus temas - até quando gritaremos "ciência!!!!" Para a ciência dos outros cientistas?**

Thiago Anastácio

## CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

TEMA: PRINCÍPIO DA COMUNHÃO DA PROVA

31 Supremo Tribunal Federal

32 Superior Tribunal de Justiça

# NEGACIONISMO CIENTÍFICO E QUALIDADE DA JURISPRUDÊNCIA

O IBCCRIM é um instituto de ciências. Seus fundadores vislumbraram e construíram este caminho, hoje trilhado e compartilhado por todos os associados do instituto: o de aperfeiçoar e transformar o sistema penal brasileiro por meio da produção e do debate científico. Neste caminho, o IBCCRIM não está sozinho. Sua missão realiza-se em estreita proximidade - verdadeira parceria - com o âmbito acadêmico, como se pode constatar, entre outras iniciativas, nas edições do Seminário Internacional e em tantas publicações do instituto.

O IBCCRIM realiza seu objetivo estatutário quando produz, dialoga, fomenta, debate e difunde as ciências criminais. Nessa trajetória, o instituto teve papel especial ao contribuir ativamente para a pluralidade e a diversidade das ciências criminais. Ao contrário do que proclama a rasa meritocracia - percepção instantânea e quantitativa da realidade, que normaliza desigualdades e reproduz injustiças -, a excelência acadêmica exige perspectivas plurais. O 27º Seminário Internacional é caso emblemático dessa profunda conexão entre a qualidade científica e a pluralidade racial, social e de gênero.

Não basta, no entanto, produzir e difundir boa ciência - aberta, plural, crítica, tecnicamente consistente - para que o IBCCRIM realize sua missão. A finalidade do instituto transcende suas próprias atividades: almeja-se aperfeiçoar e transformar o sistema penal brasileiro. Parte relevante da tarefa do IBCCRIM consiste, portanto, em contribuir para que a atuação do sistema de Justiça seja mais justa, menos desequilibrada, em maior conformidade com as garantias constitucionais. Em outras palavras, uma atuação em maior aderência e em maior diálogo com as ciências criminais.

Aqui, o diagnóstico não é propriamente positivo. Observa-se um descompasso da jurisprudência - que, não raro, atinge patamares de estrita indiferença - com a produção acadêmica da criminologia, do Direito Penal e do Direito Processual Penal. Tal fenômeno não é novo, tampouco restrito ao Brasil. No entanto, não cabe ao IBCCRIM, em razão de sua própria missão estatutária, conformar-se com essa situação ou apenas reclamar dela, o que teria efeitos muito similares à mera inação.

O descompasso dos Tribunais com a produção acadêmica é fato grave. Mais do que simples aplicação de uma sistemática jurídica defasada - o que já seria prejudicial e incompatível com os fins do Estado Democrático de Direito -, o fenômeno aprofunda os problemas relacionados ao sistema de justiça. Ao ser indiferente à melhor produção das ciências criminais, o judiciário não apenas opera abaixo de sua capacidade, com menor efetividade. Ele se torna contraproducente.

De toda forma, não basta advertir sobre a disfuncionalidade de tal situação, como se, nesse âmbito, a tarefa do IBCCRIM e de seus associados se resumisse a exigir dos magistrados uma postura mais aberta às ciências criminais. Certamente, é dever de todos os envolvidos no sistema de justiça denunciar abusos e aplicações equivocadas - por exemplo, indiferentes à produção acadêmica - do Direito Penal e Processual Penal. Mas a denúncia é insuficiente.

É tarefa de todos facilitar e promover a proximidade da jurisprudência com a melhor doutrina criminal. Nesse sentido, muito contribui, por exemplo, a atuação profissional profundamente técnica da advocacia. Para que a aplicação do direito se aproxime da produção acadêmica, também as partes devem estar próximas dessa produção. Também elas devem ser rigorosamente técnicas, com consistência acadêmica.

As soluções são conhecidas. É preciso melhorar o ensino do direito nas faculdades. É urgente aperfeiçoar a formação das carreiras jurídicas, muito além de uma mera eficiência quantitativa. É necessário uma nova cultura jurídica - mais aberta, mais plural e mais científica. Mas nada disso se tornará realidade se for apenas uma cobrança aos outros, a terceiros. É tarefa de todos, é responsabilidade de todos.

# Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

## BOLETIM

4. **Monitoração eletrônica e proteção de dados pessoais**  
Daniel Marchionatti
  7. **Primeiras reflexões sobre os impactos da reforma da Lei de Improbidade Administrativa no regime de Direito Premial**  
Igor Sant'Anna Tamasauskas
  10. **A criminalização do *stalking*: apontamentos a partir da cybercriminologia**  
Raphael Boldt
  12. **Qual é o alcance temporal do acordo de não persecução penal?**  
Gina Ribeiro Gonçalves Muniz , Jorge Bheron Rocha e Nestor Eduardo Araruna Santiago
  15. **A conformação das garantias penais sob o paradigma da exceção permanente**  
Vanessa Morais Kiss
  18. **Precisamos falar sobre precedentes em matéria penal**  
Thaila Fernandes da Silva e João Guilherme Gualberto Torres
  20. **Uma análise da necessidade do contato físico à tipicidade da importunação sexual**  
Lucas Maia Carvalho Muniz
  23. **Covid-19, desvio e controle social: pistas de uma criminologia da pandemia**  
David Pimentel Barbosa de Siena
  26. **A delação premiada no contexto da eficiência processual: a mercantilização das virtudes e dos valores constitucionais**  
Rafael Ferreira de Albuquerque Costa
  29. **DIÁLOGOS**  
**O júri e seus temas - até quando gritaremos "ciência!!!!" Para a ciência dos outros cientistas?**  
Thiago Anastácio
- CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA**
- Tema: Princípio da comunhão da prova
31. **Supremo Tribunal Federal**
  32. **Superior Tribunal de Justiça**

# MONITORAÇÃO ELETRÔNICA E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

*ELECTRONIC MONITORING AND PERSONAL DATA PROTECTION*

**Daniel Marchionatti**

Doutor pela USP. Mestre pela UFRGS. Juiz Auxiliar da Corregedoria Nacional de Justiça.  
Ex-Magistrado Instrutor do Supremo Tribunal Federal. Ex-Juiz Auxiliar do Superior Tribunal de Justiça.

ORCID: 0000-0002-2200-9570

daniel.barbosa@trf4.jus.br

**Resumo:** A monitoração eletrônica coleta dados pessoais que podem ser de interesse da segurança pública e de investigações criminais. No Brasil, essas informações são sigilosas, o que impede o compartilhamento com a polícia, salvo mediante ordem judicial. Alguns outros países facilitam o acesso de órgãos policiais aos dados de monitoramento. *De lege ferenda*, poder-se-ia cogitar algum compartilhamento de dados com órgãos policiais, mediante processo de pseudonimização, o que preservaria a privacidade das pessoas monitoradas e evitaria direcionamentos indevidos.

**Palavras-chave:** Monitoração Eletrônica - Dados Pessoais - Pseudoanonimização.

**Abstract:** Electronic monitoring collects personal data that may be of interest to public safety agencies and criminal investigations. In Brazil, this information is confidential, which prevents sharing with the police, except by court order. Some other countries make it easier for law enforcement agencies to acquire that data. One could consider some sharing of data with police agencies, through a process of pseudonymization, which would preserve the privacy of the people being monitored and avoid misdirection.

**Keywords:** Electronic Monitoring - Personal Data - Pseudonymization.

Este artigo analisa o uso dos dados coletados pela monitoração eletrônica, em especial para fins processuais penais e de segurança pública. No Brasil, normas infralegais consagram o sigilo dos dados da monitoração, passível de afastamento apenas mediante ordem judicial.

A monitoração eletrônica coleta e armazena os dados de movimentação da pessoa em tempo real.<sup>1</sup> O equipamento preso ao corpo interage com a central, que armazena as coordenadas de localização espacial a cada momento. Com isso, é possível saber onde e quando o aparelho esteve – e, por consequência, reproduzir os deslocamentos do usuário.<sup>2</sup>

Os dados coletados pela monitoração eletrônica são pessoais. Enquadram-se no conceito amplo de “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável” (art. 5º, I, da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais).<sup>3</sup>

Não há uma norma com *status* de lei disposta sobre o uso desses dados. A legislação de execuções penais e de processo penal não avança nessa seara. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, por sua vez, exclui de seu âmbito de aplicação o tratamento de dados pessoais para fins de segurança pública, investigação e

repressão a infrações penais (art. 4º, III, “a” e “d”).

Apesar da falta de lei em sentido próprio, há normas que estabelecem o sigilo dos dados coletados pela monitoração. O Decreto 7.627/2011 dispõe que o “sistema de monitoramento será estruturado de modo a preservar o sigilo dos dados e das informações da pessoa monitorada” (art. 6º).<sup>4</sup> A Resolução 5, de 10 de novembro de 2017, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP),<sup>5</sup> reforça o caráter sigiloso dos dados coletados (art. 22), afirmando que “devem ser considerados dados pessoais sensíveis”, porque “apresentam, de forma inerente, potencialidade lesiva e discriminatória” (art. 23).

A Resolução do CNPCP<sup>6</sup> ainda procura limitar a coleta e o acesso ao estritamente necessário. Assim, veda aos bancos de dados “conter informações pessoais excedentes, desnecessárias ou em desconformidade com as finalidades dos serviços” (art. 23, parágrafo único) e limita o acesso ordinário aos “servidores expressamente autorizados que tenham necessidade de conhecê-los em virtude de suas atribuições” (art. 24), exigindo ordem judicial para acesso por investigação criminal (art. 24, parágrafo único).

A Resolução 412/2021, do Conselho Nacional de Justiça,<sup>7</sup> segue

linha semelhante. Estabelece o sigilo das informações (art. 13, § 1º), definindo como finalidade de sua coleta o “cumprimento das condições estabelecidas judicialmente”, embora ressalve que os dados podem ser “utilizados como meio de prova para apuração penal” (art. 13). Determina que o compartilhamento dos dados exige ordem judicial (art. 13, § 2º), salvo “imminente risco à vida”, hipótese na qual os órgãos de segurança pública podem requisitar a localização da pessoa em tempo real diretamente à Central de Monitoramento (art. 13, § 3º). O compartilhamento de dados, por iniciativa da Central de Monitoramento, só é permitido para atender aos incidentes da monitoração (art. 13, § 6º).

Tratar os dados como sigilosos é inegável acerto. São dados que dizem respeito à privacidade da pessoa monitorada e que são protegidos diretamente pela Constituição da República (art. 5º, X), muito embora não se aplique diretamente à legislação de proteção de dados pessoais.

Entre os agentes públicos, o acesso e o tratamento dos dados coletados devem ser limitados ao necessário para atingir as finalidades da medida. Apenas os agentes públicos com atribuição para executar essas finalidades devem ter a possibilidade de tratar os dados.

A primeira finalidade do tratamento dos dados pelos agentes públicos é a fiscalização das condições da monitoração. A monitoração eletrônica pode estar sujeita a condições, as quais somente podem ser estabelecidas judicialmente (art. 11, I, da Resolução 412/2021, do Conselho Nacional de Justiça).<sup>8</sup> Estão entre as condicionantes mais comuns, as áreas de inclusão ou exclusão e a vedação de aproximação de pessoas determinadas. Por exemplo, a decisão pode determinar que a pessoa monitorada deve permanecer em casa à noite, somente pode transitar durante o dia, de casa para o local de trabalho e que deve se abster de se aproximar da casa do ofendido, de forma que cometerá uma infração caso saia de casa à noite, ou se afaste do caminho entre a casa e o trabalho, ou se aproxime da casa do ofendido. Os agentes responsáveis pela execução penal ou pela fiscalização da medida imposta no curso do processo podem tratar os dados coletados para verificar se a pessoa monitorada está observando as condições impostas.

Ocorre que a fiscalização das condições não resume a finalidade da monitoração eletrônica. Em alguns casos concretos, nem sequer são estabelecidas condicionantes. A legislação não

estabelece nenhuma condicionante obrigatória, deixando a cargo do juiz decidir pela sua imposição, conforme um juízo de proporcionalidade. É possível que o magistrado estabeleça a monitoração, sem fazer nenhuma especificação adicional em sua decisão.

A vigilância da pessoa monitorada é uma segunda finalidade da

monitoração admitida em nosso Direito. Essa vigilância tem função precipuamente preventiva – desestimular a prática de crimes – e eventualmente investigatória – produção da prova inicial da responsabilidade penal ou da inocência. Saber que está sendo vigiada pode dissuadir a pessoa de se envolver em ilícitos. Caso um delito ocorra, a monitoração pode colher prova de localização da pessoa monitorada, levando à exoneração ou servindo como início de prova da responsabilidade penal.

Para alcançar essa finalidade, é necessário que os órgãos de persecução penal – e, eventualmente, de segurança

pública – tenham acesso aos dados de monitoração.

Esse acesso, no entanto, traz uma série de preocupações. Como reconheceu o CNPCP, os dados produzidos pela monitoração são sensíveis e têm “potencial lesivo e discriminatório” (art. 4º, XI, da Resolução 5/2017).<sup>9</sup> O livre acesso pode levar ao direcionamento abusivo das apurações aos monitorados. Isso pode produzir acusações injustas e levar à impunidade dos verdadeiros culpados. Assim, surgem preocupações com a privacidade da pessoa monitorada, que tem sua rotina exposta a um círculo maior de agentes públicos, e com a própria qualidade das apurações.

No entanto, a falta de acesso dos investigadores aos dados também produz perplexidades. Ainda que haja elementos indicando que pessoas monitoradas tiveram algum contato com delitos – como vítimas, testemunhas ou perpetradores –, não será possível fazer a informação chegar à polícia judiciária, salvo se uma investigação prévia identificar pessoas monitoradas como possíveis envolvidos.

Também se perde a chance, desde logo, exonerar de suspeita pessoas inocentes. A semelhança de circunstâncias pode levar a suspeitas infundadas contra pessoas com contato anterior com os órgãos de persecução penal. Assim, uma pessoa monitorada pode

*TRATAR OS DADOS COMO  
SIGILOSOS É INEGÁVEL ACERTO.  
SÃO DADOS QUE DIZEM  
RESPEITO À PRIVACIDADE DA  
PESSOA MONITORADA E QUE  
SÃO PROTEGIDOS DIRETAMENTE  
PELA CONSTITUIÇÃO DA  
REPÚBLICA (ART. 5º, X), MUITO  
EMBORA NÃO SE APLIQUE  
DIRETAMENTE À LEGISLAÇÃO DE  
PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS*

se tornar suspeita de um delito praticado em local no qual não estava. Isso contribui para a estigmatização e desperdiça recursos investigatórios.

O Direito Comparado demonstra que, de uma forma geral, os países fornecem considerável acesso aos dados de monitoramento aos investigadores. Nesse sentido vai a legislação da França, que permite o tratamento dos dados, diretamente pelos investigadores, para verificar a localização do monitorado em apurações de “crime ou delito”, além de outras apurações sem caráter criminal claramente estabelecido – verificação de causa morte ou razão de desaparecimento, lesões de origem desconhecida ou localização de fugitivos (R57-30-2,<sup>10</sup> § 4º, e R57-30-5,<sup>11</sup> § 4º). Portugal prevê que as informações podem ser solicitadas diretamente pela polícia judiciária “para fins de investigação criminal” (art. 31 da Lei 33/2010).<sup>12</sup> No Reino Unido, os dados produzidos com a monitoração eletrônica são considerados “dados pessoais coletados para fins de aplicação da lei” e podem ser empregados para “qualquer outro propósito de aplicação da lei”. Quando necessário e proporcional, o controlador dos dados pode enviar os dados com Agências para propósitos relevantes de aplicação da lei, como investigação, prisão e instrução de causas criminais.<sup>13</sup>

Uma solução intermediária, que poderia ser avaliada em nosso país, é o compartilhamento de dados não atuais e pseudonimizados aos órgãos de investigação penal e de segurança pública. A “pseudonimização é o tratamento por meio do qual um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo, senão pelo uso de informação adicional mantida separadamente pelo controlador em ambiente controlado e seguro” (art. 13, §

4º, da LGPD). O acesso aos dados de movimentação em datas pretéritas, sem identificação da pessoa monitorada, permitiria aos investigadores e policiais ter um ponto de partida, mas dificultaria o direcionamento das apurações e preservaria a privacidade. Se os dados apontassem para a proximidade temporal e espacial de um sujeito monitorado a um delito, seria possível, aí sim mediante ordem judicial, identificar quem seria essa pessoa. Nesse caso, o magistrado determinaria que a identidade daquele monitorado, mantida em separado pela Central de Monitoração Eletrônica, fosse fornecida à investigação.

Essa solução é apresentada apenas *de lege ferenda*. Atualmente, o regime em vigor consagra o sigilo e a necessidade de ordem judicial para acesso aos dados produzidos pela monitoração.

É importante ter em mente que a associação de pessoa monitorada a determinado perímetro não é, por si só, prova de responsabilidade criminal. A acurácia dos sistemas de monitoração não é absoluta e, ainda que a presença da pessoa no perímetro seja comprovada, a demonstração da autoria ou da participação em delito exige provas adicionais. Usar os dados de monitoração eletrônica como prova única para condenações seria fonte de injustiças contra as pessoas monitoradas e de impunidade dos verdadeiros autores de delitos.

Os dados coletados pela monitoração eletrônica dizem diretamente com a privacidade e devem ser protegidos. Informadas pela correta preocupação em proteger a pessoa monitorada contra abusos, as normas adotadas até o momento optaram por estabelecer o sigilo dos dados de monitoramento.

## Notas

- 1 Além desses, outros dados pessoais são coletados e armazenados pela monitoração. Dentre eles, estão dados cadastrais do monitorado, áreas de inclusão e exclusão, incidentes de perda de sinal ou descarga de bateria, etc. Também dados de terceiros – em especial, da pessoa ofendida, em casos envolvendo violência doméstica e familiar – podem ser coletados.
- 2 Há fatores que podem influir na precisão das informações – limitações tecnológicas, relevo, fenômenos atmosféricos, etc. O grau de acurácia precisa ser levado em consideração, caso eventualmente os dados venham a ser empregados na persecução penal.
- 3 BRASIL, 2018.

- 4 BRASIL, 2011.
- 5 BRASIL, 2017.
- 6 BRASIL, 2017.
- 7 BRASIL, 2021.
- 8 BRASIL, 2021.
- 9 BRASIL, 2017.
- 10 FRANÇA, 2020.
- 11 FRANÇA, 2016.
- 12 PORTUGAL, 2010.
- 13 REINO UNIDO, 2020. §§ 6 e 24.

## Referências

BRASIL. Decreto 7627, de 24 de novembro de 2011. Regulamenta a monitoração eletrônica de pessoas prevista no Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/decreto/d7627.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7627.htm). Acesso em: 16 nov. 2021.

\_\_. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP). Resolução 5, de 10 de novembro de 2017. Dispõe sobre a política de implantação de Monitoração Eletrônica e dá outras providências. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnpccp/resolucoes/2017/resolucao-no-5-de-10-de-novembro-de-2017.pdf/view>. Acesso em: 16 nov. 2021.

\_\_. Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm). Acesso em: 16 nov. 2021.

\_\_. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Resolução 412 de 23 de agosto de 2021. Estabelece diretrizes e procedimentos para a aplicação e o acompanhamento da medida de monitoramento eletrônico de pessoas. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4071>. Acesso em: 16 nov. 2021.

FRANÇA. Conselho de Estado. Décret n° 2016-261 du 3 mars 2016 relatif aux traitements

automatisés du contrôle des personnes placées sous surveillance électronique et sous surveillance électronique mobile et modifiant le code de procédure pénale. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGIARTI000032155249/2016-03-06/>. Acesso em: 16 nov. 2021.

\_\_. Décret n° 2020-128 du 18 février 2020 portant application de diverses dispositions pénales de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGIARTI000041602601/2020-02-20/>. Acesso em: 16 nov. 2021.

PORTUGAL. Lei 33, de 2 de setembro de 2010. Regula a utilização de meios técnicos de controlo à distância (vigilância eletrônica) e revoga a Lei n.º 122/99, de 20 de Agosto, que regula a vigilância eletrônica prevista no artigo 201.º do Código de Processo Penal. Disponível em: [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1269&tabela=leis&so\\_miolo=](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1269&tabela=leis&so_miolo=). Acesso em: 16 nov. 2021.

REINO UNIDO. Code of Practice – Electronica Monitoring Data. Crown Copyright. Londres: 2020. Disponível em: [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/926813/em-revised-code-practice.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/926813/em-revised-code-practice.pdf). Acesso em: 16 nov. 2021.

Autor convidado

# PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE OS IMPACTOS DA REFORMA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO REGIME DE DIREITO PREMIAL

FIRST THOUGHTS ON THE IMPACTS OF THE REFORM OF THE MISCONDUCT IN PUBLIC OFFICE ACT ON THE STATE'S EVIDENCE REGIME

**Igor Sant'Anna Tamasauskas**

Doutor e Mestre em Direito do Estado pela USP. Subchefe adjunto para assuntos jurídicos da Presidência da República (2005-2007). Sócio de Bottini e Tamasauskas Advogados.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6382571897695530>

ORCID: 0000-0001-5241-182X

[igor@btadvogados.com.br](mailto:igor@btadvogados.com.br)

**Resumo:** O presente artigo procura apresentar algumas reflexões sobre a reforma da Lei de Improbidade, recentemente concluída com a promulgação da Lei 14.230/21, e seus impactos no regime dos acordos de leniência e de colaboração.

**Palavras-chave:** Corrupção - Responsabilidade - Improbidade Administrativa - Sistema - Sincronização.

**Abstract:** This article aims to present some thoughts on the reform of the Misconduct in Public Office Act through Law 14230/21, which came into effect recently, and its impact upon leniency and collaboration agreements.

**Keywords:** Corruption - Liability - Misconduct in Public Office - System - Synchronization.

## 1. Introdução

Abusar das funções públicas para, com tal agir, colher vantagens próprias ou a outrem acarreta severas consequências para a legitimidade dos atos emanados do Estado, impondo perda de confiança da sociedade e afastamento do cidadão em relação à política (WARREN, 2015, p. 7).

A existência de uma legislação que tutele o exercício de funções públicas, portanto, segundo um *standard* de moralidade, representa uma tentativa, senão de reconexão entre cidadão e representante, ao menos uma diminuição do fosso que os separa na prática. A chave para que essa lógica funcione parece residir na efetividade das consequências legais para quem desrespeite as regras do jogo.

Pode-se afirmar, sem muito receio, que controle da corrupção política é um dos grandes desafios do Estado na atualidade, sobretudo porque necessita equilibrar o desvelamento célere de atos que se abrigam na opacidade, com uma atuação respeitante aos princípios e garantias fundamentais de qualquer acusado.

O texto original da Lei de Improbidade Administrativa, promulgada em 1992, não conseguia atender ao requisito de efetividade, como atesta pesquisa do Conselho Nacional de Justiça, ao apontar que somente 4% das ações ajuizadas com base na referida lei resultavam em ressarcimento integral ao erário (GOMES JÚNIO; ALMEIDA *et al* 2015, p. 48). Com tal questão em mente, o legislador atuou para inserir no ordenamento jurídico mecanismos para permitir o desvelamento de atos ilícitos, mediante premiação. Os acordos de leniência anticorrupção e os acordos de colaboração premiada, mediante as leis 12.846/13 e 12.850/13, surgem nesse contexto.

De outra banda, a Lei de Improbidade, sob a ótica das garantias

individuais, previa tipos extremamente abertos, a flertar com acusações arbitrárias que, ao fim e ao cabo, serviram para retroalimentar a sensação de desconfiança na relação cidadão e representante, porque não permite separar um gestor desonesto daquele meramente inábil, face ao cipoal de regras que incidem sobre a atividade administrativa.

Salutar, destarte, a recente reforma. Foram reduzidos espaços para acusações, que tencionavam macular de improbidade meras irregularidades administrativas, ao mesmo tempo em que se buscou conferir alguma sistematização entre a incidência da Lei de Improbidade Administrativa e outras normas que tutelam a moralidade no exercício de atividades públicas.

O presente texto procura abordar como essa reforma impacta na atuação dos órgãos de controle, quando operam no regime premial dos acordos de colaboração e de leniência.

## 2. Direito Premial e sistema de controle da moralidade

Consoante o mencionado na introdução, a ideia de pactuar a punição mais branda como contrapartida a informações sobre detalhes e demais integrantes de um esquema colusivo aponta para o vetor de eficiência reclamado para o exercício do controle de funções públicas.

O ato de corrupção pressupõe uma opacidade ainda maior que outros tipos de criminalidade, dada a existência de diversos controles atuantes sobre a atividade pública (TAMASAUSKAS, 2021, p. 81); e a noção de um regime premial para lidar com essa característica dialoga adequadamente com as limitações constitucionais fundamentais para o Estado perseguir um ilícito.<sup>1</sup>

Essa conclusão alinha-se às de diversos autores, como **Marrara**

(2015, p. 511) e Santos (2016, p. 115), também em manifestações orientativas da Controladoria Geral da União (parecer 00231/2018/CONJUR-CGU-CGU/AGU) e do Ministério Público Federal (Nota Técnica 01/2020, 5ª CCR). Além de emergir da Convenção de Mérida, subscrita pelo Brasil (Decreto 5.687/06, Artigo 37).

A ideia, portanto, que permeia a negociação e a consequente celebração de um acordo perpassa pelo conceito de racionalidade do agente, tomado como “homem econômico” (TONETO JR, 1996, p. 133): alguém que, antes de decidir por uma determinada trilha, avalia detidamente as consequências, para delas extrair o percurso que lhe seja mais favorável.

Este agente hipotético avalia, à luz de informações disponíveis, de um lado a vantagem advinda de um agir ilícito, e de outro, os riscos de ser identificado, exposto, processado, condenado e, dessa condenação, eventuais consequências práticas, como a execução de uma sentença condenatória. Sempre, decerto, tendo em mente o tempo que seria consumido em cada uma dessas etapas e o que significaria essa discussão processual frente a sua vida pessoal e seus negócios. Caso o balanço entre essas variáveis indicar um alto risco para uma posição defensiva, a chance de um acordo para resolver a questão sobressairia e esse agente adotaria medidas para iniciar as eventuais negociações.

E, mesmo em caso de acordo, entrará no cálculo do agente racional a probabilidade de os termos negociados com o Estado serem efetivamente cumpridos pelas diversas frentes de atuação dos órgãos de controle.

Sobressai, portanto, a relevância de ser assegurado o cumprimento do pacote de incentivos negociado e acordado no termo de leniência ou de colaboração premiada. A entrega de informações com detalhes que somente um partícipe do ato colusivo detenha, encadeadas com minúcia, é a contrapartida para a leniência do Estado em relação às punições possivelmente aplicadas em um processo sancionatório adjudicatório.

Questão identicamente relevante reside na estabilidade das alternativas ao agente racional: a possibilidade de modificação legislativa prevendo novas formas de ajustes ou alívio punitivo, ainda que no aspecto meramente de percepção, mudarão as variáveis e impactarão no resultado decisório.

### 3. Necessidade de sincronização entre os órgãos de controle

Parece intuitivo, pois, a necessidade de os diversos órgãos de controle atuarem sob um mesmo tom, ao lidarem com alguém que celebrou um acordo de colaboração ou de leniência. A confissão, inerente a esse regime colaborativo, é incompatível com a segmentação das suas consequências segundo a tradicional repartição em instâncias criminal, administrativa e civil.<sup>2</sup>

Abre-se um parêntesis para recordar ao leitor que o país adotou, para o mal ou para o bem, um regime de multiplicidade institucional (PRADO *et al.*, 2015), com sobreposições de atuações em uma mesma instância, ou de tipos criminais e cível-sancionatórios, tecendo uma verdadeira rede não hierárquica de controle (TAMASAUSKAS, 2021).

Imperativo dessa realidade é a necessidade de sincronização entre esses órgãos de controle diretamente envolvidos – e todos aqueles que sejam, de alguma forma, provocados a agir em decorrência de uma postura colaborativa com as autoridades. Sincronização, como este autor teve oportunidade de defender em trabalho de doutorado, é uma característica comportamental de uma determinada rede, que, em determinadas condições, imprime homogeneidade de atuação entre os componentes que a integram.

A rede de controle da corrupção, portanto, necessita operar sob uma mesma linguagem, para assegurar ao colaborador a fruição

dos benefícios pactuados e evitar que uma atuação dissonante, refratária ao comportamento colaborativo, implique desestímulo a ser considerado na equação de racionalidade acima referida.

Exemplos de como se opera essa sincronização puderam ser observados em alguns acordos de colaboração premiada que estabeleceram regramento quanto à temática de ações de improbidade administrativa, abarcando no compromisso negociado entre particular e Estado, uma não-persecução sob tal ótica ou, ao menos, que eventual ação de improbidade apresentasse pedido meramente declaratório.

Essa sincronização emergiu da compreensão da natureza desses acordos e da necessidade de uma estabilização do comportamento do Estado acusador, quando operando na modalidade de barganha com o acusado, em troca de informações.

Como veremos, a reforma da Lei de Improbidade trouxe modificações importantes para reafirmar essa noção da existência de um sistema de controle, ou “sistema de responsabilização por atos de improbidade”, que analisaremos, sem pretensão de esgotar o tema, no capítulo a seguir.

### 4. Impactos da reforma da Lei de Improbidade na prática vigente

A Lei 14.230/2021 destaca, desde os primeiros artigos, a existência de um sistema de responsabilidade regido pelos princípios do Direito Administrativo Sancionador. Essa compreensão é relevante para deixar a aplicação da legislação de tutela da moralidade administrativa claramente apartada daquela destinada à defesa de outros interesses coletivos.

A proximidade da Lei de Improbidade com o regime da Lei da Ação Civil Pública atraiu interpretações inerentes ao regime de tutela de outros direitos, como o meio ambiente, o patrimônio histórico e cultural, em que são admitidas técnicas processuais incompatíveis com a aplicação de uma sanção, por exemplo, de suspensão de direitos políticos. Não raro, acusações de improbidade ampararam-se em pedidos de inversão de ônus probatório, ao argumento (falso) de que o agente (ou ex-agente) público teria mais condições de carrear aos autos elementos que atestassem a legalidade de sua conduta, como que equivalendo o exercício de um cargo público à exploração de uma atividade econômica, com seus riscos e ganhos, incluída a responsabilidade objetiva se de tal atividade decorresse, por hipótese, gravames ambientais.

O texto reformado deixou clara a impossibilidade da utilização dessa abordagem, no art. 17, §19, II. De idêntica forma, ao exigir a comprovação do dolo do agente, restaram vedadas acusações genéricas e desprovidas do lastro volitivo, amparadas apenas pela posição hierárquica do acusado. Aproximou-se o regime processual de improbidade ao processo penal, mediante interrogatório do acusado (art. 17, §18), com a proibição de presunção de veracidade em razão de revelia (art. 17, §19, I), pela unificação de penas (art. 18-A), ante a possibilidade de desmembramento para evitar processos intermináveis (art. 17, §10-B, II).

Esses pontos certamente impactarão na avaliação do agente racional, porque dificultam a persecução.<sup>3</sup>

De outra banda, há dispositivos que explicitam uma compreensão que é derivada do princípio da vedação ao *bis in idem*, ao determinar a dedução de ressarcimentos ocorridos em outras instâncias pelos mesmos fatos (art. 12, §6º), a vedação da acumulação de sanções da Lei de Improbidade com aquelas da Lei Anticorrupção (art. 12, §7º), e de outras instâncias (art. 21, §5º).

Outro ponto relevante trata do necessário impacto de sentenças civis e criminais em ações de improbidade (art. 21, §3º e §4º).

Esses vetores são importantes porque impactam diretamente na concatenação entre os acordos de colaboração premiada e de leniência, bem como a definição de multas e ressarcimentos que são pactuados: ao tempo em que destaca uma relativização da independência entre as instâncias, impõe um diálogo entre as consequências aplicadas pelas diversas autoridades com jurisdição sobre o ato ímprobo.

A sincronização entre as autoridades, mesmo em se tratando de um acordo, que já se apresentava como um imperativo de racionalidade, agora decorre da lei. Técnicas e metodologias de cálculo de reparações, como por exemplo o manual da CGU, serão cada vez mais relevantes para permitir uma previsibilidade sobre como autoridades devam se comportar ao perquirir consequências de um ato ímprobo.

Essa modificação legislativa, contudo, trouxe um impacto que ainda necessitará ser mais bem digerido: a legitimação exclusiva do Ministério Público para a ação de improbidade. Entendo que essa limitação à atuação do ente lesado redundará em perda considerável para o sistema, *v.g.*, pela expertise acumulada pela Advocacia Geral da União. Retirar um ator relevante pode implicar limitação do escopo de acordos de leniência, com possíveis consequências para teses atinentes à imprescritibilidade de ressarcimento de danos ocasionados ao erário em decorrência de improbidade.<sup>4</sup>

A Lei 14.230/21 modificou, por fim, o regime do acordo de não persecução civil, que já havia sido objeto de recente tratamento no chamado "Pacote Anticrime" (Lei 13.964/19). Houve-se por bem em dedicar um pouco mais de contornos legislativos para esse tipo de acordo, com requisitos mínimos de reparação integral do dano e reversão de eventual vantagem ilícita ao ente lesado, além de ratificação pelo Conselho Superior do Ministério Público e homologação judicial.

Preocupa a previsão do §3º, do art. 17-B, ao estabelecer consulta ao Tribunal de Contas com jurisdição sobre o caso para a aferição

do valor do dano, em um prazo de noventa dias. Apesar de salutar tentativa de conferir estabilidade à solução por uma consulta prévia, o formato adotado sugere a possibilidade de uma discussão contenciosa no âmbito do Tribunal de Contas, de forma preliminar ao encerramento do acordo.

Se a pretensão foi conferir maior segurança jurídica ao acordo, o sistema adotado parece uma cacofonia na atuação dos órgãos, ao prever ratificação de conselho superior e homologação judicial sobre tema constitucionalmente afeto ao Tribunal de Contas. Ademais, na hipótese de não celebração do ajuste, eventual manifestação do Tribunal de Contas acerca da reparação teria o condão de amparar uma eventual execução? Mesmo sem ter ocorrido a finalização da discussão acerca da existência do ato de improbidade?

Melhor seria, compreendo, o estabelecimento de padrões e manuais para cálculo de reparações segundo uma tipologia do ilícito confessado. A conferir como se dará, na prática, essa atuação, mas pode haver uma sinalização de desestímulo a esse caminho.

## 5. Conclusões

Toda reforma legislativa desperta paixões nos aplicadores e nos destinatários da norma. Em se tratando da tutela da moralidade administrativa, mais intensas e eloquentes são as reações, ora se batendo pelo desmantelamento da proteção contra maus gestores, ora louvando-se limites de há muito reclamados.

De uma forma geral, a reforma é positiva, porque incorpora posições já definidas na jurisprudência e na doutrina, quanto ao elemento volitivo do agente. Também estabelece mecanismos importantes, que reafirmam a necessidade de compreensão sistemática de um conjunto de normas voltadas ao controle da corrupção.

Há, contudo, pontos de atenção, como destacados despreziosamente neste texto, que imporão aos órgãos de controle o desafio de encontrar um novo ponto de equilíbrio, uma nova sincronização.

## Notas

- <sup>1</sup> Obviamente que, neste ponto, os órgãos correicionais dos diversos atores envolvidos, Ministério Público, Polícias, Judiciário e Advocacia, devem estar atentos a possíveis desvios de conduta, pelo potencial deletério ao sistema de controle e ao próprio Estado.
- <sup>2</sup> Inclusive, e sobretudo, a tributária, posto que se tem observado a atuação da Receita Federal como alheia a todo o processo negocial, haurindo as consequências fiscais sem qualquer pudor em relação àquele que renunciou a uma das garantias mais básicas no processo sancionatório.
- <sup>3</sup> Faça essa assertiva sem condenar a reforma promovida. Entendo que a maioria

dos limites colocados pelo legislador é positiva e torna a Lei de Improbidade um instrumento mais compatível com as garantias constitucionais do acusado.

- <sup>4</sup> O STF fixou a tese, no RE 852.475, quanto à imprescritibilidade de ressarcimento de danos ao erário decorrentes de atos dolosos de improbidade administrativa; se a legitimação para a ação passa a ser exclusiva do Ministério Público, pode emergir consequências para negociações empreendidas com o ente lesado, que não mais disporia do ferramental da Lei de Improbidade. O tema necessitará de reflexões mais detidas que escapam à proposta deste texto.

## Referências

ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de; GICO JR, Ivo. Corrupção e judiciário: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 075-098, jan./jun. 2011.

BRASIL. Controladoria Geral da União. Corregedoria Geral da União. Manual prático de cálculo de multa. Aline Carvalho dos Reis Silva e Ricardo Garcia de Souza (elaboração). Brasília, s/d, disponível em [https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/44492/8/Manual\\_Calculo\\_de\\_Multa\\_2020.pdf](https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/44492/8/Manual_Calculo_de_Multa_2020.pdf)

BRASIL. Controladoria Geral da União. Parecer n. 00231/2018/CONJUR-CGU-CGU/AGU.

BRASIL. Ministério Público Federal. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão. Nota Técnica n. 01/2020.

FREITAS JR., Luiz Romeu; MEDEIROS, Cintia Rodrigues de Oliveira. Estratégias de racionalização da corrupção nas organizações: uma análise das declarações de acusados em casos de corrupção no Brasil. *Revista de Ciências da Administração*, v. 20, n. 50, p. 8-23, abr. 2018.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; ALMEIDA, Gregório Assegra de et al.(coord.). *Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

HODGES, Christopher. *Law and Corporate Behaviour*. HART Publishing: Oregon, 2015 (eBook).

MARRARA, Thiago. *Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro*

modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 2, n. 2, p. 509-527, 2015.

PRADO, Mariana Mota; CARSON, Lindsey; CORREA, Izabela. Brazilian Clean Company Act: using institutional multiplicity for effective punishment. *Osgoode Hall Law Journal*, v. 53, n. 1, p. 107-163, 2015.

SANTOS, Kleber Bispo dos Santos. *Acordo de leniência na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) –Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, São Paulo, 2016.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Criminologia e delinquência empresarial: da cultura criminógena à cultura do "compliance". *Quaestio Juris*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 02, p. 1031-1051, 2017.

TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. *O acordo de leniência anticorrupção: uma análise sob o enfoque da teoria de redes*. 1. ed. Curitiba: Appris, 2021.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. *Interpretação do artigo 30 da Lei 12.846/13*. *Revista dos Tribunais*, v. 103, n. 947, p. 281-294, set. 2014.

TONETO JR., Rudinei. Buchanan e a análise econômica da política. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 38, dez. 1996.

WARREN, M. The meaning of corruption in democracies. In: HEYWOOD, Paul (ed.). *The Routledge International Handbook on Political Corruption*. Oxford: Routledge. Forthcoming, 2015.

Autor convidado

# A CRIMINALIZAÇÃO DO STALKING: APONTAMENTOS A PARTIR DA CYBERCRIMINOLOGIA

CRIMINALIZATION OF STALKING: NOTES FROM CYBERCRIMINOLOGY

**Raphael Boldt**

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

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

ORCID: 0000-0002-1625-9856

[raphaelboldt@hotmail.com](mailto:raphaelboldt@hotmail.com)

**Resumo:** Recentemente a Lei 14.132/21 introduziu no Código Penal o crime de perseguição, também conhecido como *stalking*, tipificado no art. 147-A. Em uma sociedade hiperconectada, percebe-se o aumento das perseguições realizadas por meio da internet, chamadas de *cyberstalking*, também contempladas no delito de perseguição. Assim, o texto pretende apresentar alguns elementos fundamentais das transformações sociais decorrentes da crescente expansão tecnológica e dos meios de comunicação, demonstrando, desde os aportes teóricos da cybercriminologia e da teoria da comunicação, como esse processo tem contribuído com a ressignificação da justiça criminal.

**Palavras-chave:** Stalking - Perseguição - Cybercriminologia - Crimes cibernéticos - Cyberstalking.

**Abstract:** Recently the Law 14.132/21 introduced the crime of persecution in the Penal Code, also known as *stalking*, typified in art. 147-A. In a hyperconnected society, there is an increase in the persecutions carried out through the internet, called *cyberstalking*, also contemplated in the crime of persecution. Thus, the text intends to present some fundamental elements of the social transformations resulting from the increasing technological and media expansion, demonstrating, since the theoretical contributions of cybercriminology and communication theory, how this process has contributed to the redefinition of criminal justice

**Keywords:** Stalking - Persecution - Cybercriminology - Cyber crimes - Cyberstalking.

A emergência das mídias sociais e o desenvolvimento de novas técnicas para obtenção, validação e extração de dados produziram mudanças socioculturais profundas, de modo que a cybercriminologia tem se tornado um conceito fundamental para descrever o presente e compreender a transformação comunicativa em curso.

Perspectiva abrangente e singular do campo tecnológico e de seus problemas atuais, a cybercriminologia analisa os crimes cibernéticos por meio das lentes da criminologia. Para tanto, assume como ponto de partida as teorias criminológicas tradicionais para, em seguida, verificar como essas teorias podem ser utilizadas para explicar tais delitos.

Se, por um lado, as modificações da esfera pública a partir da reestruturação dos meios de comunicação não configuram um fenômeno recente,<sup>1</sup> de outro, há vários elementos que sinalizam para a existência de um novo processo, materializado por intermédio da proliferação das mídias sociais, potencializadas pelo avanço da tecnologia e da cultura digital.<sup>2</sup>

No ciber mundo proliferam novas formas de condutas desviantes, desde fraudes fiscais ao financiamento de grupos vinculados a atividades terroristas e ao tráfico de pessoas.<sup>3</sup> Esse é, portanto, o lugar da cybercriminologia como criminologia da era digital, termo oriundo da chamada *Space Transition Theory*, que **Karuppannan Jaishankar** desenvolveu para analisar os crimes cibernéticos.<sup>4</sup>

Evidente, portanto, que as especificidades do espaço digital demandam teorias próprias, capazes de compreender os dilemas apresentados pela digitalização no campo jurídico-penal e de oferecer repostas viáveis aos desafios subjacentes àquilo que **Holger Plank** considera o tema chave do futuro.<sup>5</sup>

Uma vez que se reconheça que a evolução do Direito e da sociedade estão indissociavelmente ligadas por intermédio dos meios de comunicação,<sup>6</sup> é importante notar que a popularização da internet e a massificação das redes sociais estão mudando, inclusive, as condições de comunicação do sistema jurídico e a justiça criminal. Ainda que lentamente, tanto a dogmática quanto a práxis jurídica

começam a se estruturar a partir de uma racionalidade que precisa se adaptar à nova temporalidade instituída pela era digital.

A transformação das bases organizacionais da sociedade moderna provocada pela popularização da internet deslocou a produção da informação, não mais centralizada nas organizações. Presencia-se atualmente a passagem de uma sociedade que passa a gerar o seu conhecimento social a partir de redes<sup>7</sup> ou das “plataformas”<sup>8</sup>. Nessa nova formação social, as informações são produzidas de modo descentralizado, pelos indivíduos, e não mais exclusivamente pelos veículos de comunicação, indo, pois, muito além daquilo que **Habermas** descreveu como a revolução moderna na sociedade burguesa.<sup>9</sup>

Nesse sentido, a criminalização de condutas como a perseguição ou *stalking* e, mais especificamente, o *cyberstalking*, pode ser vista como um elemento importante para a compreensão das transformações que o Direito e a sociedade têm enfrentado atualmente.

Forma de agressão psicológica na qual o agressor, de maneira reiterada, invade a vida da vítima, o *stalking* foi criminalizado pela Lei 14.132/21, responsável por introduzir no Código Penal o art. 147-A. O *cyberstalking*, por sua vez, consiste no uso da tecnologia para perseguir alguém e se diferencia da perseguição *offline* (ou mero *stalking*) justamente em relação ao *modus operandi*, que engloba o uso de equipamentos tecnológicos e o ambiente digital.

Há ainda um aspecto importante a ser destacado a partir da alteração da topologia do mundo ambiente: com a atividade em

redes ou plataformas, a praça e a casa, o espaço público e o privado, se confundem. O indivíduo coletivizado pela rede social torna-se cada vez mais exposto e menos seguro quanto à sua privacidade.

A transformação ou a fragmentação da esfera pública transformou o ser-individual em ser-relacional, de modo que esse ser-relacional se constitui a partir das suas relações virtuais. Nesse sentido,

conforme **Ladeur**, além de alterar as instituições, o processo de transição para uma nova ordem digital do conhecimento também tem produzido o surgimento de novas formas de subjetividade.<sup>10</sup>

Esse movimento e o componente fortemente narcisista dentro da nova esfera pública das redes sociais impulsionaram a necessidade de criar novos instrumentos de tutela individual, inclusive, com a criminalização de novas condutas, como é o caso da perseguição prevista no art. 147-A do Código Penal.

Com a cultura de redes, nota-se também uma inflação irrefletida de direitos subjetivos, como

ocorreu, por exemplo, na Alemanha, onde o Tribunal Constitucional Alemão reconheceu o direito à autodeterminação digital. Essa ampliação de direitos provavelmente acarretará uma nova etapa de expansão do Direito Penal e um deslocamento das principais áreas de atuação do controle punitivo estatal. Ainda é difícil prever quais serão as consequências dessa ressignificação do sistema de justiça criminal, mas, desde uma perspectiva criminológica, é possível afirmar que dificilmente o Direito Penal será capaz de cumprir as suas promessas.

O INDIVÍDUO COLETIVIZADO  
PELA REDE SOCIAL  
TORNA-SE CADA VEZ MAIS EXPOSTO  
E MENOS SEGURO QUANTO À SUA  
PRIVACIDADE. A TRANSFORMAÇÃO  
OU A FRAGMENTAÇÃO DA ESFERA  
PÚBLICA TRANSFORMOU O  
SER-INDIVIDUAL EM  
SER-RELACIONAL, DE MODO  
QUE ESSE SER-RELACIONAL SE  
CONSTITUI A PARTIR DAS SUAS  
RELAÇÕES VIRTUAIS

#### Notas

- <sup>1</sup> A respeito, Cf. Habermas (2014, p. 395).
- <sup>2</sup> Gomes (2016).
- <sup>3</sup> Raufer (2015, p. 47).
- <sup>4</sup> Jaishankar (2018).
- <sup>5</sup> Plank (2020, p. 13).

- <sup>6</sup> Nesse sentido: Vesting (2020, p. 299-300).
- <sup>7</sup> Ladeur (2013).
- <sup>8</sup> Abboud e Campos (2020, p. 131).
- <sup>9</sup> Habermas (2014).
- <sup>10</sup> Ladeur (2020, p. 144).

#### Referências

ABBOUD, Georges; CAMPOS, Ricardo. A autorregulação regulada como modelo de Direito proceduralizado – Regulação de redes sociais e proceduralização. In: ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake News e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BRASIL. *Lei 14.132/2021*. Brasília/DF, 2021.

GOMES, Pedro Gilberto. Midiatização: um conceito, múltiplas vozes. *Revista FAMECOS*, v. 23, n. 2, 2016.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa*. Tradução Luís Werle. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

JAISHANKAR, Karuppannan. Establishing a theory of cyber crimes. *International Journal of Cyber Criminology*, v. 1, n. 2, p. 7–9, 2007.

LADEUR, Karl-Heinz. Por um novo direito das redes digitais – Digitalização como objeto

contratual, uso contratual dos “meios sociais”, proteção de terceiros contra violações a direitos da personalidade por meio de *Cyber Courts*. In: ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake News e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

PLANK, Holger. Ist der Begriff „Cyberkriminalität“ in Forschung und Praxis hinreichend konturiert und somit adäquater (Sozial-)Kontrolle zugänglich? In: RÜDIGER, Thomas-Gabriel; BAYERL, Petra Saskia (Hrsg.) *Cyberkriminalologie: Kriminologie für das digitale Zeitalter*. Wiesbaden: Springer, 2020.

RAUFER, Xavier. *Cyber-criminologie*. Paris: CNRS Éditions, 2015.

VESTING, Thomas. A mudança da esfera pública pela inteligência artificial. In: ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake News e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

Recebido em: 14.04.2021 - Aprovado em: 03.09.2021 - Versão final: 29.09.2021

# QUAL É O ALCANCE TEMPORAL DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL?

WHAT IS THE TIME SCOPE OF THE CRIMINAL NON-PERSECUTION AGREEMENT?

## Gina Ribeiro Gonçalves Muniz

Mestre em Ciência Jurídico Criminais pela Universidade de Coimbra. Defensora Pública do Estado de Pernambuco.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1158241094917918>

ORCID: 0001-0001-7330-2833

ginabrg@hotmail.com

## Jorge Bheron Rocha

Doutorando em Direito Constitucional pela UNIFOR. Mestre em Ciências Jurídico-criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal, com estágio na Georg-August-Universität Göttingen, Alemanha. Pós-graduado em Processo Civil pela Escola Superior do Ministério Público do Ceará. Defensor Público no Estado do Ceará e Professor da Unichristus.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5464447160393013>

ORCID: 0000-0002-6673-7174

bheronrocha@gmail.com

## Nestor Eduardo Araruna Santiago

Doutor, Mestre, Especialista e Graduado em Direito pela UFMG, com estágio Pós-doutoral na Universidade do Minho. Professor Titular da Universidade de Fortaleza. Professor Adjunto da Universidade Federal do Ceará. Advogado criminalista.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4516474580462451>

ORCID: 0000-0002-2479-7937

nestor@nestorsantiago.com.br

**Resumo:** Trata-se de investigação acerca da aplicação do instituto do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) aos processos penais em andamento, inclusive em grau de recurso, ou já em execução penal, quando do advento do Pacote Anticrime. Defende-se a aplicação retroativa do ANPP com fundamento no princípio constitucional da retroatividade da lei penal mais benéfica, pois entende-se que a norma inserta no *caput* do art. 28-A do CPP tem natureza híbrida, ou seja, além de abarcar normas processuais, também tem cariz nitidamente penal, na medida em que o efetivo cumprimento do ANPP implica extinção da punibilidade do agente.

**Palavras-chave:** Acordo de Não Persecução Penal - Retroatividade Penal - Negócio Jurídico Processual Penal.

**Abstract:** This article focuses on the application of the Criminal Non-Persecution Agreement (CNPA) to criminal proceedings in progress, not only in discovery, trial and appeal phases, but also in process already in criminal execution procedure when the Anticrime Package Law was enacted. We defend the retroactive application of the CNPA based on the constitutional principle of retroactivity of the most beneficial criminal law, as it is understood that the rule inserted in art. 28-A of Brazilian Criminal Procedure Code has a hybrid nature, that is, in addition to encompassing procedural rules, it also has a criminal law nature, insofar as the compliance with the CNPA implies the extinction of the punishment of the agent.

**Keywords:** Criminal Non - Persecution Agreement - Retroactivity of the Criminal Law - Criminal Procedure Negotiation.

No ano de 2021, o Código de Processo Penal (CPP) completa 79 anos de vigência. O fato de ser uma legislação vetusta não é problema: a questão é a não efetivação de uma necessária interpretação adequada à Constituição Federal de 1988 (CF), em que se valorizem os direitos e garantias individuais, mormente aqueles vinculados à liberdade do cidadão, presentes em quase 30 incisos do art. 5º. Para efeitos de argumentação, foquemos no inciso XL, que trata da retroatividade penal da lei mais benéfica, o que será retomado mais adiante.

Com a definição dos papéis processuais (art. 92 a 134, CF) e a estruturação constitucional do sistema acusatório, não cabe mais

ao juiz preocupar-se com a busca da prova, pois se atribuiu-se autonomia ao Ministério Público, concedendo-lhe poderes-deveres de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, CF). Dentre estas atribuições, está a de promover a ação penal (art. 129, I, CF), nos termos da lei, dentro dos espaços de obrigatoriedade e de discricionariedade que lhe são próprios, desincumbindo-se desta tarefa sem o auxílio do juiz (COUTINHO, 2009, p.23). E, propondo a ação penal, deve fazê-lo nos termos da lei, dentro dos espaços de obrigatoriedade e de discricionariedade que lhe são próprios.

De um ponto de vista quantitativo, as modificações trazidas para

“aperfeiçoar a legislação penal e processual penal”, como está escrito no preâmbulo da Lei 13.964/2019 (“Lei Anticrime” ou “Pacote Anticrime”), são mais extensas do que aquelas oriundas da Comissão Ada Pellegrini (PASSOS, 2009) e contém inovações a partir de vários institutos: juiz de garantias, acordo de não persecução penal, cadeia de custódia, arquivamento da investigação criminal, medidas assecuratórias, medidas cautelares prisionais e não prisionais, colaboração premiada, interceptação telefônica, agente infiltrado, denunciante do bem (*whistleblower*). Também há modificações pontuais no CPP e em leis esparsas que, junto às demais mencionadas, não contribuem para a efetivação de um real sistema acusatório: deixou o CPP tal como uma colcha de retalhos, ou, em uma imagem mais alegórica, como uma fantasia de festa junina: uma roupa velha cheia de remendos.

O problema maior parece residir na incompletude do Pacote Anticrime que, a partir de alterações pontuais, pretende adequar as regras infraconstitucionais do sistema acusatório do CPP ao modelo constitucional, todavia sem alterar por completo sua estrutura. Além disso, há que se mencionar que as normas infraconstitucionais estruturantes do sistema acusatório – artigos 3º-A ao 3º-F do CPP – tiveram sua eficácia suspensa por decisão monocrática em controle concentrado de constitucionalidade pelo Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal (STF), em janeiro de 2020.<sup>1</sup>

O instituto do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), previsto no art. 28-A, já havia sido previsto na Resolução CNMP n. 181/2017, posteriormente modificada pela Resolução CNMP n. 183/2018, em autêntica situação de inconstitucionalidade formal, superada pela sua inserção no CPP. Ele se apresenta como alternativa de justiça penal negociada para crimes não violentos, cuja pena mínima seja inferior a quatro anos. Trata-se de um negócio jurídico, com fase extrajudicial (proposta e aceitação) e fase judicial (audiência e decisão homologatória), celebrado entre o Ministério Público e o autor do fato – necessariamente assistido por defesa técnica –, que confessa formal e circunstanciadamente a prática do crime, submetendo-se ao cumprimento de algumas condições não privativas de liberdade, em troca do compromisso de o *parquet* não oferecer denúncia em relação ao caso penal. O acordo é homologado pelo juiz competente e, uma vez integralmente cumprido, implica extinção da punibilidade. Trata-se, pois, de um instituto despenalizador.

Conforme justificativa que acompanhou o então Projeto de Lei n. 10.372/2018, de iniciativa da Câmara dos Deputados, o ANPP objetiva: (i) a punição célere; (ii) ser eficaz; (iii) alcançar um grande número de fatos delituosos; (iv) constituir-se em alternativa ao encarceramento; (v) desafogar a Justiça Criminal; (vi) economicidade aos cofres públicos; (vii) concentrar esforços no combate ao crime organizado e às infrações penais mais graves; (viii) eficiência do serviço público, concentrando o trabalho de centenas de magistrados, membros do Ministério Público e defensores públicos para os casos envolvendo a criminalidade grave; (ix) efetiva reparação do dano; (x) imposição de sanção penal adequada e suficiente.<sup>2</sup>

Verificando-se o texto do art. 28-A do CPP, percebe-se que o ANPP produz consequências no *jus puniendi* do Estado, uma vez que seu efetivo cumprimento enseja a extinção da punibilidade do agente (§ 13 do art. 28-A do CPP). A partir da dogmática penal e processual penal, o presente estudo tratará da questão que se refere aos efeitos da ANPP com relação a (a) ações penais em andamento; (b) ações que já tenham sido julgadas, mas pendentes de recurso; e (c) em fase de execução penal. Quanto às condenações já cumpridas, não há dúvidas, nomeadamente a partir da consideração da natureza da norma, que eventual acordo sobre pena operaria a extinção e

retirada dos registros criminais, restaurando-se a primariedade; contudo, o esforço investigatório, neste sentido, escapa aos estreitos objetos deste artigo.

Até o presente momento, a única questão com relação à norma instituidora do ANPP que tem natureza híbrida ou mista (norma processual material) é com relação aos seus efeitos – se extensivos ou restritivos. Segundo **Renato Brasileiro de Lima**, constitui-se em inequívoca *novatio legis in melius* (2020, p. 279), sendo cabível a aplicação do princípio constitucional da retroatividade da lei penal mais benéfica (BITENCOURT, 2020, p. 235). **Badaró** entende que, mesmo que se adote a corrente restritiva (normas que dispõem sobre o conteúdo da pretensão punitiva), o ANPP deve ser aplicado de forma retroativa, não sendo óbice para sua utilização o fato de o processo se encontrar em uma fase mais avançada (2020, p. 113-115); **Faraco Neto e Lopes** (2020, p. 24) também entendem pela retroação das normas do ANPP. **Mendes e Lucchesi**, ao compreender a amplitude dos benefícios penais advindos do ANPP, compreendem que o instituto deve ser aplicado até mesmo para casos transitados em julgado, por força da regra da retroatividade benéfica (2020, p. 72-73).

Assim, o ANPP é (i) fator impeditivo ao *jus perseguendi in judicio*, (ii) fator impeditivo à aplicação de sanção penal, (iii) causa extintiva de punibilidade e (iv) causa de anulação de condenações. Dito de outro modo: é perfeitamente possível a realização de ANPP para os processos penais em curso (LOPES JR, 2020, p.224) no momento da vigência do Pacote Anticrime, ou mesmo nos casos já julgados, com ou sem pena integralmente cumprida. Todavia, por lealdade ao debate, é importante lembrar que parte da doutrina (JUNQUEIRA et al., 2020, p. 175-177; CAVALCANTE et al., 2020, p. 214) entende que um dos objetivos do ANPP, na perspectiva de política criminal, seria evitar sentenças, razão pela qual esse seria o limite máximo para sua confecção.

Na esteira do que se defende, entendeu a 6. Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), na decisão do AgRg no HC 575.395, pela possibilidade de realização do acordo de não continuidade da persecução penal durante a fase processual. Posteriormente, a mesma 6. Turma decidiu, de forma unânime nos autos dos EDcl no REsp 1.852.961, pela impossibilidade de aplicação retroativa do ANPP após o recebimento da denúncia. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal decidiu em algumas ocasiões no sentido de ser incabível o ANPP após sentença condenatória, recorrível ou transitada em julgado, como no HC 191.464, no ARE 1.171.894 e no HC 186.289.

A posição jurisprudencial da 5. Turma do STJ é bastante restritiva, reduzindo o ANPP a um negócio jurídico limitado ao momento pré-processual, conforme se vê no AgRg no RHC 128.660; no RHC 130.175-SP e no AgRg no Resp 1.860.770/SP). Nesse mesmo diapasão, também já se manifestou o STF no HC 191.464 e nos EDcl no AgRg no RE com Agravo 1.278.286.

Certamente, a temática será debatida mais vezes nos Tribunais Superiores. Inclusive, no que tange à retroatividade do ANPP aos processos penais em andamento, quando do advento do Pacote Anticrime, o Plenário do STF analisará o HC 185.913, objetivando justamente garantir segurança jurídica à matéria, mediante a fixação de tese. Importante lembrar que o STF enfrentou problemática semelhante – retroatividade da transação penal e suspensão condicional do processo – nos autos da ADI 1719, julgada em 18/06/2007, e decidiu pela possibilidade de retroatividade dos dois institutos despenalizadores. Por também se tratar de negócio jurídico processual penal, não há razão para que o STF produza julgamento destoante na matéria.



# A CONFORMAÇÃO DAS GARANTIAS PENAIS SOB O PARADIGMA DA EXCEÇÃO PERMANENTE

THE OUTLINE OF CRIMINAL GUARANTEES UNDER THE STATE OF PERMANENT EXCEPTION

**Vanessa Morais Kiss**

Mestranda em Direito Processual Penal pela PUCSP. Bacharel em Direito pela USP. Defensora Pública do Estado de São Paulo.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8954370433884705>

ORCID: 0000-0002-3196-6698

vanessamkiss@gmail.com

**Resumo:** Este trabalho propõe-se a examinar as relações entre o Estado de exceção e o exercício do poder punitivo e o modo como, na contemporaneidade, mecanismos de exceção permeiam o tecido democrático e repercutem na esfera das garantias penais, bem como o papel legitimador desempenhado pelo discurso do Direito Penal do inimigo neste processo.

**Palavras-chave:** Estado de exceção – Sistema punitivo – Direito penal do inimigo.

**Abstract:** This essay aims to examine the connections between the State of exception and the exercise of punitive power and the way how, in current time, mechanisms of exception permeate democracies and resonate on criminal guarantees, as well as the legitimizing role performed by the "criminal law of the enemy" doctrine on this dynamics.

**Keywords:** State of exception – Punitive system – Criminal law of the enemy.

## 1. Introdução

**Agamben** (2004, p. 11) inicia sua reflexão sobre o estado de exceção pontuando a dificuldade que há em delimitar seus contornos teóricos enquanto conceito situado no limiar entre a política e o direito. Segundo o autor, o estado de exceção moderno é marcado por uma tendência à inclusão da ordem estatal na ordem jurídica, conformando uma zona de indiferenciação em que direito e fato se confundem (ibidem, p. 42-43).

A atualidade desta observação é demonstrada por **Zaffaroni** (2011, p. 14), ao registrar que, nas últimas décadas do século XX, multiplicaram-se na Europa legislações invocando emergências a fim de justificar estados de exceção, que assim se normalizam e se perpetuam no tempo – fenômeno que com ainda mais força se manifestou nas legislações latino-americanas de segurança nacional.

E, com a disseminação da prática de criação voluntária de estados de emergência nos Estados contemporâneos – mesmo nos ditos democráticos (AGAMBEN, 2004, p. 13) –, a exceção se generaliza e se converte, progressivamente, de medida extraordinária em verdadeiro paradigma constitutivo da ordem jurídica (ibidem, p. 18). Daí que, nas democracias ocidentais, a declaração formal do estado de exceção gradualmente dá lugar a uma normalização sem precedentes do paradigma de segurança como técnica normal de governo (ibidem, p. 27-28), com reflexos sobre o modo de operar do sistema punitivo.

Este trabalho tem como objetivo contribuir para a compreensão destes efeitos, notadamente no âmbito das garantias penais e processuais penais, a partir da leitura do estado de exceção como fenômeno histórico e como permanência estruturante na contemporaneidade.

## 2. Estado de exceção, ordem jurídica e poder punitivo

**Poulantzas** sustenta que a forma de Estado de exceção é caracterizada por uma reorganização social em que os aparelhos

ideológicos tendem a ser cada vez menos livres e independentes, sendo que, no limite, o Estado totalitário seria caracterizado "pela atribuição de todas as instituições ao Estado, por uma estatização do conjunto da vida social, e, portanto, pela ausência de 'instituições autônomas' entre o indivíduo e o Estado" (1978, p. 336). O Estado de exceção, portanto, produziria a limitação, por vezes até a total supressão, da autonomia relativa dos aparelhos ideológicos no seio do Estado (ibidem, p. 337).

Destaca o autor, ainda, que a preponderância de um ou outro aparelho no jogo de forças determinará a forma de regime específica assumida pelo Estado de exceção. Nesse sentido, as ditaduras militares se caracterizam pela dominância do poder do exército – ramo do aparelho repressivo de Estado – sobre as demais instituições; já o fascismo, no momento que sucede a tomada do poder, seria marcado pela prevalência do partido – enquanto aparelho ideológico de Estado – na correlação de forças (ibidem, p. 341).<sup>1</sup>

Em todo o caso, o estado de exceção é atravessado por uma modificação no sistema jurídico em direção àquilo que é frequentemente descrito como 'Estado policial' (ibidem, p. 342), deixando intacto, porém, o aspecto do direito que regulamenta os fundamentos econômicos do sistema capitalista (ibidem, p. 346). Também **Serrano** (2016, p. 15), sublinha a permanente tensão dialética existente entre o Estado de Direito e o Estado de polícia – que o primeiro, a um só tempo, carrega em seu âmago como potência e pretende combater.

Na obra de **Agamben**, a relação entre exceção e ordem jurídica aparece como zona ambígua e incerta na qual procedimentos de fato transformam-se em direito e, num movimento inverso, as normas jurídicas se indeterminam em fato; um limiar em que fato e direito parecem tornar-se indiscerníveis (2004, p. 45), atenuando-se um ao outro (ibidem, p. 46). Trata-se não de uma lacuna interna à lei, mas entre a lei e a realidade, uma fratura entre a norma e a possibilidade

de sua aplicação que, em casos extremos, é preenchida pelo estado de exceção, fazendo surgir essa área na qual a aplicação da lei é suspensa, mas esta permanece em vigor (ibidem, p. 48-49). Nas palavras de **Serrano**, a “decisão soberana quanto à exceção não põe fim a um certo ordenamento, mas o suspende, fazendo valer, em determinadas ocasiões excepcionais, a legitimidade sem lei” (2016, p. 56).

**Agamben** observa que, embora a confusão entre atos do poder executivo e atos do poder legislativo descreva uma das características do estado de exceção (ilustrada pela frase de **Eichmann**: “as palavras do *Führer* têm força de lei”), seu aporte específico está mais ligado ao isolamento da “força de lei” em relação à lei, criando-se um espaço anômico em que potência e ato estão cindidos (ibidem, p. 60-61), aplicação e norma se separam (ibidem, p. 63) – e é nessa difusa fronteira entre o jurídico e o não-jurídico que desponta a exceção.

Dialogando com **Agamben**, **Serrano** inicia seu estudo sobre o tema da “percepção incontestável da presença do ‘Estado de exceção’ no interior das democracias contemporâneas” (2016, p. 23), constatando que, na atualidade, a exceção não se situa apenas no âmbito da extraordinariedade imaginada por **Carl Schmitt**, mas também no interior da rotina das sociedades democráticas (ibidem, p. 27). O autor assinala que um dos eixos da teoria de **Agamben** é, precisamente, “a concepção de que no interior das democracias ocidentais contemporâneas convive o Estado de exceção como uma permanência biopolítica”, em que amplos contingentes da população são reduzidos à existência meramente biológica e subtraídos de qualquer proteção jurídica, política ou teológica (ibidem, p. 65).

**Serrano** anota, ainda, que o principal pretexto invocado para a instauração de Estados de exceção na história recente tem sido o combate à figura do inimigo público, cujo extermínio justificaria até mesmo a suspensão de direitos a todos reconhecidos (ibidem, p. 20-21). Também para **Zaffaroni**, a admissão jurídica do conceito de inimigo representa “o germe ou o primeiro sintoma da destruição autoritária do Estado de direito” (2011, p. 152-153). Neste ponto, relembra-se a lição de **Arendt**, no contexto do pós-guerra, quanto ao caráter decisivo da noção de “inimigo objetivo” para o funcionamento do regime totalitário – embora o conteúdo ideológico da expressão se modifique ao sabor das circunstâncias do momento e dos obstáculos que se apresentam à preservação do poder (2012, p. 564-565).

Com efeito, historicamente, a figura do inimigo incorporou as mais diversas versões, servindo à justificação de toda sorte de medidas autoritárias (SERRANO, 2016, p. 97). Nos regimes totalitários europeus do século XX, sua feição era étnica, e a obstinação em eliminá-lo tomou sua mais terrível forma nos campos de concentração; nas ditaduras militares latino-americanas, sua identificação é sobretudo política;<sup>2</sup> no contexto norte-americano contemporâneo, seu traço marcante é o religioso.

O movimento de retração de direitos que daí resulta se revela mais claramente na esfera penal, campo fértil para a atuação de artifícios jurídico-discursivos que acabam por legitimar a exclusão da condição jurídica de ser humano – visão corroborada por **Zaffaroni**, para quem o poder punitivo sempre operou de forma discriminatória, elegendo seres humanos a quem é negada a prerrogativa de tratamento compatível com o *status* de pessoa e os parâmetros do direito penal liberal (2011, p. 11).

No caso latino-americano, quase todos os governos ditatoriais militares se valeram de proclamações racionalizadoras das violações que levavam a efeito, invocando a necessidade de defender a Constituição que eles mesmos violavam ou aniquilavam (ibidem, p. 152), prática exemplificada, no caso brasileiro, pela militarização dos julgamentos por crimes previstos na LSN (AI-2) e pela suspensão

do direito ao *Habeas Corpus* aos acusados de crimes políticos (AI-5). Noutra vértice, destaca **Zaffaroni** (2011, p. 51), que o exercício do poder punitivo nesse período foi marcado também pela intensa atuação de um sistema penal subterrâneo, de crueldade sem precedentes e sem amparo normativo sequer dentro de sua própria ordem irracional.<sup>3</sup>

Ocorre que, seja nos regimes nazista e fascista, seja nas ditaduras latino-americanas, a provisoriidade e a temporariedade que justificaram a implementação dos Estados de exceção não ultrapassaram o discurso (SERRANO, 2016, p. 143). No plano real, estas práticas de suspensão de direitos fundamentais e eleição de inimigos do Estado cujo combate tudo justifica se normalizaram, incorporando-se às rotinas do governo e perpetuando-se até a atualidade.

### 3. O horizonte das garantias penais na lógica da exceção contemporânea

Embora nem sempre visíveis, mecanismos de exceção e Estados de polícia operam diuturnamente no interior das democracias (SERRANO, 2016, p. 145). Em países de capitalismo periférico como o Brasil, o Estado de exceção convive com o Estado democrático de direito, não raro com a jurisdição atuando como fonte legitimadora e realizadora desta lógica. Conformam-se, assim, um Estado dual em que à maioria da população se aplica, como *modus operandi* político, a racionalidade da exceção, enquanto o Estado formal democrático idealizado na Constituição é acessível apenas a uma pequena parcela da população (ibidem, p. 107-108).

O terreno privilegiado dessa tendência é sem dúvida o penal, sobretudo considerando-se que hoje o inimigo “não se identifica mais com a figura do comunista das ditaduras militares, por exemplo, que estava disperso por toda a sociedade e sem identidade física específica, mas sim com a figura do bandido, impreterivelmente associado com uma condição social de pobreza” (ibidem, p. 150-151). E, a pretexto de combater a ameaça que ele representa, implementa-se um estado de guerra irregular e permanente travada à revelia de toda racionalidade (ZAFFARONI, 2011, p. 145-146), em que os mais elementares direitos são relativizados (ibidem, p. 150-151). Nas palavras de Batista (2003, p. 134):

Na transição da ditadura para a ‘democracia’ (1978-1988), com o deslocamento do inimigo interno para o criminoso comum, e com o auxílio luxuoso da mídia, permitiu-se que se mantivesse intacta a estrutura de controle social, com mais e mais investimentos na ‘luta contra o crime’. E, o que é pior, com as campanhas maciças de pânico social, permitiu-se um avanço sem precedentes na internalização do autoritarismo.

Esta lógica é favorecida por legislações chamadas “especiais”, erguidas sobre pressupostos ligados à invocação de situações excepcionais e extraordinárias, que justificariam a relativização de garantias bem estabelecidas. Como consequência, instituições surgidas de disposições transitórias e emergenciais passam a integrar o ordenamento jurídico ordinário por razões puramente pragmáticas no que consubstancia, segundo **Serrano-Piedecasas** (1988, p. 104-105), uma forma camuflada de estado de exceção. O perigo destas legislações reside no fato de se revestirem, cuidadosamente, de formas legais, que ocultam o autoritarismo nelas implícito (ibidem, p. 107-108).

É o caso das leis antiterrorismo adotadas na Europa Ocidental, onde, a despeito da patente ineficiência das estratégias de enfrentamento estritamente criminalizantes, a crença na “solução penal” tem servido à deterioração dos princípios edificantes do Estado de direito e à construção de um Direito Penal de matiz preventivo, que se serve de tipos amplos e indeterminados, que colocam em xeque a segurança jurídica (Ibidem, p. 182-183). Na leitura de **Zaffaroni** (2011, p. 66):

A nova emergência pretende justificar exigências internacionais de adoção de legislação penal e processual penal autoritária em todos os países do mundo. A necessidade de defender-se, por certo não mais dos atos concretos de homicídio em massa e indiscriminados, mas sim do nebuloso terrorismo, legitima não apenas as guerras preventivas de intervenção unilateral como também legislações autoritárias com poderes excepcionais (...)

Em perspectiva análoga, nota-se que, sob a égide das ditaduras militares latino-americanas, “toda a região sancionou leis antidroga muito parecidas, em geral por pressão da agência estadunidense especializadas, configurando uma legislação penal de exceção análoga à que antes havia sido empregada contra o terrorismo e a subversão” (ZAFFARONI, 2011, p. 52).

Conclui **Zaffaroni** que, com cada emergência, surgirá um aparato burocrático cujo primeiro objetivo – por ser o mais simples e atraente – será o de promover reformas legislativas penais de corte inquisitorial que, embora ineficazes para garantir a segurança frente ao *inimigo* da vez, serão aproveitadas para a consecução de objetivos diversos, desde o controle social dos excluídos até o incremento da arrecadação (2011, p. 185-186). Certo é que o inimigo de plantão não será identificado com um simples olhar para o mundo, pois sua definição deflui de pura arbitrariedade política: “o inimigo é quem é inimigo” (ibidem, p. 104); mais ainda, “o grau de periculosidade do inimigo – e, portanto, da necessidade de contenção – dependerá sempre do juízo subjetivo do individualizador” (ibidem, p. 25). E, nesse contexto em que os destinatários do tratamento diferenciado não são indivíduos facilmente discerníveis, paira o risco de que, a pretexto de identificá-los e contê-los, limitem-se as garantias e as liberdades de todos os cidadãos (p. 116-117).<sup>4</sup>

Não por outra razão, **Silva Sánchez** (2002, p. 55) critica a corrente que advoga uma expansão do Direito Penal a partir da mitigação dos direitos dos acusados no âmbito da criminalidade dos poderosos, sublinhando que, ainda que tais reformas sejam concebidas com este escopo, seus efeitos deletérios acabam por atingir todo o sistema punitivo, repercutindo mais gravemente sobre os direitos dos desfavorecidos. Por isso, defende que a redução das desigualdades nesta esfera pressupõe não a supressão das garantias dos privilegiados, mas, antes, assegurar que os marginalizados desfrutem efetivamente, e não apenas no plano teórico, das mesmas prerrogativas.

#### 4. Considerações finais

A advertência de Arendt (2012, p. 639) acerca da permanência das experiências autoritárias vivenciadas no passado como potencialidade e risco sempre presente de repetição adquire novo sentido na contemporaneidade. No Brasil e em outros países que atravessaram processos históricos semelhantes, o autoritarismo não toma mais a forma dos regimes descritos por **Poulantzas**, mas se dilui no interior na organização das sociedades, de tal modo que mecanismo de exceção passam a conviver lado a lado com medidas democráticas. Não se sustenta, pois, a visão que imediatamente associa a ideia de exceção ao período militar, confinando-a em um ponto restrito do tempo e do espaço, e camuflando os mecanismos pelos quais a lógica da exceção se manifesta na atualidade (TELES, 2010, p. 307).<sup>5</sup>

Nesse sentido, constata **Serrano** que, na América Latina, embora juridicamente vigore o Estado de direito, no plano fático coexistem dois modelos de Estado –

um Estado democrático, geograficamente localizado nos grandes centros expandidos, e um Estado de polícia, autoritário, de exceção, localizado nas periferias das grandes cidades, que são verdadeiros territórios ocupados, onde vive a maior parte da população pobre do país” (2016, p. 149).

A justificação é encontrada na figura do “bandido”, inevitavelmente ligada à condição social de pobreza, de modo que, a pretexto de combater este sujeito que supostamente ameaça a segurança e a integridade da sociedade, adota-se um Estado de polícia capaz de suspender até os mais fundamentais direitos (ibidem, p. 168-169).

Na lição de **Zaffaroni**, em uma permanente dialética, o Estado de polícia que o Estado de direito traz em seu interior nunca cessa de tentar romper os muros que este lhe coloca – e a questão penal, muro mais frágil do Estado de direito, é o terreno privilegiado destas tensões (2011, p. 170). Nesse cenário, ganha voz o discurso que, ancorado na invocação da emergência da vez, atribui às garantias penais de um excesso a que se pode renunciar em tempos de crise (ibidem, p. 187). Ocorre que toda limitação de direitos, sob o pretexto de neutralização da ameaça do inimigo, representa um passo em direção ao enfraquecimento dos controles do Estado democrático, ou, em outros termos, “é como entregar as armas, acreditando que se chega a um armistício, quando, na realidade, trata-se de uma rendição nas piores condições” (ibidem, p. 174).

#### Notas

- 1 Conforme Arendt (2012, p. 516): “Da mesma forma que o perigo de uma ditadura militar surge quando o Exército já não quer servir mas dominar o corpo político, também o perigo do totalitarismo surge quando o setor conspirativo do partido revolucionário se emancipa do controle do partido e aspira à liderança”.
- 2 “Como o comunista não possuía classe social específica ou etnia identificável, a sociedade civil como um todo foi tratada como inimiga nessas ditaduras militares latino-americanas, tendo seus direitos suspensos em diversos graus.” (SERRANO, 2016, p. 143).
- 3 “Num completo desrespeito a todas as garantias individuais dos cidadãos, previstas na Constituição que os generais alegavam respeitar, ocorreu uma prática sistemática de detenções na forma de sequestro, sem qualquer mandado judicial nem observância de qualquer lei. (...) O inusitado, no caso brasileiro, era a aplicação de torturas antes que o capturado fosse recolhido a uma dependência policial ou militar, sem se importar com

a presença de vizinhos ou transeuntes.” (ARNS, 2014, p. 75-77).

<sup>4</sup> “Isso é assim porque, por exemplo, ao se permitir a investigação das comunicações privadas para individualizar os inimigos, a intimidade de todos os habitantes será afetada, pois esta investigação incluirá as comunicações de milhares de pessoas que não são inimigos.” (ZAFFARONI, 2007, p. 117).

<sup>5</sup> “Resta algo da ditadura em nossa democracia que surge na forma do Estado de exceção e expõe uma indistinção entre o democrático e o autoritário no Estado de direito. A violência originária de determinado contexto político mantém-se seja nos atos ignóbeis de tortura ainda praticados nas delegacias, seja na suspensão dos atos de justiça contida no simbolismo da anistia, aceita pelas instituições do Estado como recíproca, agindo em favor das vítimas e dos opositores, bem como dos torturadores.” (TELES, 2010, p. 316).

#### Referências

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.
- ARENDR, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- ARNS, D. Paulo Evaristo (org.). *Brasil nunca mais*. 41. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.
- BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- POULANTZAS, Nicos. *Fascismo e ditadura*. São Paulo: Martins Fontes, 1978.
- SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *Autoritarismo e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção*. São Paulo: Alameda, 2016.

SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón. *Emergencia y crisis del Estado social: análisis de la excepcionalidade penal y motivos de su perpetuación*. Barcelona: PPU, 1988.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TELES, Edson. Entre justiça e violência: Estado de exceção das democracias do Brasil e da África do Sul. TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Orgs.). *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

Recebido em: 21.08.2020 - Aprovado em: 18.01.2021 - Versão final: 25.02.2021

# PRECISAMOS FALAR SOBRE PRECEDENTES EM MATÉRIA PENAL

WE SHOULD TALK ABOUT JUDICIAL PRECEDENTES IN CRIMINAL CASES

## Thaila Fernandes da Silva

Mestranda em Direito Processual pela UFES.

Graduada em Direito pela UFES. Advogada.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6768483371448845>

ORCID: 0000-0003-2874-3140

thailafs@hotmail.com

## João Guilherme Gualberto Torres

Mestre em Direito Processual pela UFES. Graduado em Direito pela UFES.

Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6820163250851605>

ORCID: 0000-0002-0465-9414

joao@saegualberto.adv.br

**Resumo:** Os precedentes em matéria penal não têm merecido a devida atenção da doutrina brasileira. Diante dos muitos problemas implicados ao processo penal e da relevância dos direitos e das garantias fundamentais do indivíduo envolvidos nos julgamentos penais, urge debruçar sobre a formação e a aplicação dos precedentes em Direito Penal. Há princípios e particularidades do Direito Penal que impedem a importação acrítica das construções feitas para o processo civil. Apontam-se, no texto, problemas observados na prática judiciária cotidiana, a fim de contribuir para o avanço da pesquisa.

**Palavras-chaves:** Processo Penal - Direito Penal - Precedentes.

**Abstract:** The judicial precedents in criminal cases did not receive due attention from Brazilian doctrine. However we should talk about the implications of precedents in criminal procedure as the supposed violation of fundamental rights and individual guarantees in criminal trials. There are many criminal principles and important features that preclude uncritical adoption from civil procedure to criminal procedure. This article concerns issues of relevant judicial practices to contribute to the development of the research.

**Keywords:** Criminal Procedure - Criminal Law - Precedents.

O ensaio visa contribuir com o diálogo inaugurado pelos professores **Alexandre Moraes da Rosa** e **Maurílio Maia** (2020). O problema é grande, não tem merecido a devida preocupação da doutrina e não se limita ao caso do acórdão confirmatório como marco interruptivo do prazo prescricional (TORRES; LIMA, 2016; SILVA, 2020). Expõem-se angústias acerca do tratamento dispensado aos precedentes em matéria penal, sendo ainda muito poucos os trabalhos que se detiveram no tema (GALVÃO, 2019; KIRSCHER, 2018).

Assentam-se duas premissas: 1) STF e STJ firmam “precedentes” em matéria penal (Direito Penal, Direito Processual Penal e execução penal) diariamente, por meio de “teses” (como se fossem enunciados assertóricos plenipotenciários e que esgotariam toda a interpretação), e o fazem em nos mais variados meios (questão de ordem, ação penal, *habeas corpus*, recurso extraordinário, recurso especial etc.); 2) a Lei 13.964/19 trouxe, expressa e isoladamente, a palavra “precedente” (CPP, art. 315, §2º, V e VI), sem normatização no que tange ao processo penal, a fim de complementar o sentido atribuído ao vocábulo.

Está-se jogado no meio de um caminho em que se cogita que o uso de precedentes em matéria penal é pacífico, reflexo de um senso comum teórico (Warat) – acomodado em soluções simplórias (quando não silentes), sem compreensão dos fundamentos sobre os quais se deve estruturar o conhecimento teórico e dogmático crítico.<sup>1</sup>

Diante de vazios, o processo civil tem, uma vez mais, emprestado suas roupas inadequadas ao processo penal (CARNELUTTI, 1961; LOPES JR, 2020), na construção falaciosa de uma teoria geral do processo ou de uma pretensa teoria geral dos precedentes, que ignora as idiossincrasias do caso penal. Não se trata de debater posse ou patrimônio, senão liberdade – móvel constitutivo da dignidade da pessoa humana, pilar edificante do Estado Democrático de Direito –, e institutos e teorias inerentes ao processo penal não devem obnubilarem esse princípio.

O processo penal constitui garantia do acusado, colocando-se a serviço da concretização do projeto democrático (PRADO, 2005),

instrumentalizando direitos e garantias constitucionais, limitadores do exercício do poder (LIMA, 2014, p. 18); garantias imprescindíveis à aplicação de precedentes em matéria penal.

O artifício da aplicação analógica das disposições do CPC ao processo penal parece ser a válvula de escape para o sonho dogmático de aceitação irrefletida dos notórios avanços no processo civil (“quando Cinderela terá suas próprias roupas?”<sup>2</sup>).

É cogente atentar aos precedentes, dialogar e confrontar com o processo civil, mas ao final costurar roupas sob medida ao Direito Penal, que garantam adequação democrático-constitucional. E nem se ignore que a modificação do art. 638, do CPP, adéqua-se a esse imaginário de suposta compatibilidade com o processo civil.

A carência de um novo CPP ganha foros de dramaticidade frente a modificações pontuais, que ignoraram o foco do problema (COUTINHO, 2019, p. 261-270), das quais a mais recente reforma não é exceção (é preciso mudar a mentalidade), e diante da ausência de uma disciplina própria dos recursos excepcionais em matéria penal.

Seguem as angústias quanto à aplicação dos precedentes penais:

### 1. Princípio da legalidade

*Nullum crimen et nulla poena sine lege.* De um lado, veda-se a criação de tipos penais na via judicial, posto que dependente de lei em sentido estrito (sistema de garantias) (FERRAJOLI, 2014), com consequente vedação da analogia *in malam partem* (ZANETI JR., 2019, p. 410-414); de outro, consequência dos corolários princípios da taxatividade e da fragmentariedade, o contraste jurisprudencial desponta como patologia da pretensa uniformização de entendimento e indevida ampliação do alcance do Direito Penal (CADOPPI, 2015, p. 128).

A atividade interpretativa dos Tribunais não induz a delegação da atividade legiferante, reservada precipuamente ao Legislativo. A consequência de criação de tipos penais abertos, cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados é uma zona indefinida da proibição, incompatível com o sistema de garantias (ZANETI JR., 2019,

p. 414-416).<sup>3</sup> Os princípios penais devem conduzir ao fechamento interpretativo, em razão de sua normatividade – são deontológicos –, para, justamente, evitar discricionariedades (STRECK, 2020, p. 369-376).

A interpretação pelos Tribunais pode levar a sérias implicações no âmbito penal, tal como a majoração do crime de roubo por “emprego de arma”, em face da utilização da arma de brinquedo (entendimento outrora sumulado) (ROSA; KHALED JR., 2018), solúvel apenas pelo constringimento constitucional.

## 2. Irretroatividade como regra

O princípio da irretroatividade deve compreender as construções normativas (interpretação). Enganoso pensar que “lei penal” se refere ao texto, e não (também) às normas jurídicas a partir dele construídas, dada a compreensão do fenômeno do Direito dentro do paradigma da filosofia da linguagem. “O sentido da lei só existe no seu contexto. O texto da lei só existe na sua norma; e a norma só existe a partir do texto” (STRECK, 2019, p. 9).

As interpretações devem passar pelo filtro constitucional, não operando efeitos sobre fatos ocorridos antes da consolidação da interpretação pelo Tribunal. Se o sentido é atribuído pela Corte, cuja construção consta na decisão paradigma, submete-se ao crivo constitucional da irretroatividade. Curioso observar que a LINDB, em seu art. 23, prescreve que

a decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre o conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais (BRASIL, 1942).

Com muito mais rigor, no Direito Penal, quando entra em cena a liberdade.

Ainda, a Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, ressalta a vedação à aplicação retroativa da nova interpretação. O Direito Penal não pode ficar à margem dos avanços observados em outros ramos jurídicos.

De outro lado, a construção normativa benéfica ao indivíduo deve sempre retroagir, sob pena de violação ao princípio da isonomia, adequado à formação dos precedentes, na medida em que visa ao tratamento igual a casos penais análogos.

Segundo **Juarez Tavares**,

[a] proibição de retroatividade se estende à variação da jurisprudência, já consolidada pelos Tribunais em súmulas ou decisões repetidas, quando essa implique não apenas uma alteração de concepção jurídica, senão uma forma de integração legislativa; “a jurisprudência consolidada pelos Tribunais integra o conceito de direito e de lei penal para os efeitos da proibição de retroatividade. (2020, p. 75)

Modificar interpretação é atribuir novo sentido ao texto, e sua retroatividade, se maléfica, torna-se inadmissível, porquanto alterada, no futuro, a forma como o sujeito devia ter se comportado

no passado, ao qual não lhe é mais permitido voltar. Haverá inegável quebra da confiança na ordem jurídica, com afetação direta da liberdade de escolha e orientação.

Destarte, “sempre que o juiz empresta novo sentido às expressões que integram a descrição típica e o faz desfavoravelmente ao réu ou se baseia em critérios ambientais, ocorre importante afronta ao princípio da legalidade” (GOMES, 2008, p. 144), daí que somente pode ser aplicada a mudança prospectivamente (*prospective overruling*), pois se afigura contraditório conceber a irretroatividade no “plano abstrato” e não no “plano concreto” (GOMES, 2008, p. 148).

Não se trata de “mera consolidação da jurisprudência prevalente” (VITAL, 2020), visto haver atribuição de sentido em face do texto legal (PIMENTEL, 2016).

## 3. Contraditório e dever de fundamentação

O contraditório, significante estruturante do processo penal (MINAGÉ, 2019), impõe prévio dever de consulta às partes na adoção de precedentes em um caso penal, para que se manifestem sobre sua adequação àquele caso concreto, vedadas decisões surpresas (CPC, art. 10).

Ouvidas as partes, o precedente apenas será aplicado ou afastado se fundamentadamente demonstrada a identidade ou não (*distinguishing*) com o caso penal.

## 4. Não suspensão do curso prescricional

A inexistência de procedimento específico tem implicado a adoção de mecanismos havidos no processo civil, a ponto de constituir, via decisão judicial, causa suspensiva de lapso prescricional em decorrência da suspensão dos processos afetados pela repercussão geral (STF, RE 966.177/RS QO).

Ao ressaltar os casos de réus presos e de inquiridos policiais, afronta-se a isonomia, pois abre espaço para decisões divergentes em relação aos processos que permaneceram em curso – o que recrudescer a problemática apontada acima sobre a (ir)retroatividade.

## 5. Fortalecimento da coerência e da integridade

Buscar a coerência e a integridade (CPC, art. 926) implica revolver o chão linguístico no qual está assentada a tradição da decisão para que, elevando ao grau de precedente, justifique a decisão no novo caso submetido. Coerência e integridade viabilizam segurança e igualdade no caso concreto (STRECK; ABBUD, 2015).

Recentes alterações no CPP não trouxeram mecanismos de formação, aplicação e impugnação dos precedentes. O CPC é insuficiente ao atendimento dos reclamos expostos, percebido inclusive pelo rol do art. 927, ao ignorar importantes instrumentos de fixação de “teses” no processo penal, como o HC (TORRES; SILVA, 2019; YAMAMURA; SPEXOTO, 2020). A normatização é urgente.

Não há espaço para negacionismos. É preciso falar sobre precedentes em matéria penal, com devida atenção, sob pena de flagelo maior das liberdades do indivíduo.

No Estado Democrático de Direito, uma teoria dos precedentes penais deve estar comprometida com o projeto democrático, limitando o poder e velando por direitos e garantias fundamentais.

### Notas

<sup>1</sup> “Encastelados em um saber marcado pelo *sensu comum teórico*, na feliz expressão de Warat, impressiona a imensa dificuldade de se romper com o erro. Falta, como parece sintomático, humildade. Sabe-se sobre o erro, não raro grosseiro, mas persiste nele sem razão, por pura força de inconsciente, numa luta que pelo sintoma faz-se ver como interna, mas que se projeta para fora, sustentando – e às vezes eternizando – o sofrimento.” (COUTINHO, 2019, p. 229)

<sup>2</sup> “O problema maior está na relação com o processo civil. O processo penal, como

a Cinderela, sempre foi preterido, tendo de se contentar em utilizar as roupas velhas de sua irmã. Mais do que vestimentas usadas, eram vestes produzidas para sua irmã (não para ela). A irmã favorita aqui, corporificada pelo processo civil, tem uma superioridade científica e dogmática inegável!” (LOPES JR., 2020, p. 66)

<sup>3</sup> Guardado o paradigma filosófico, enuncia Beccaria: “Se a interpretação arbitrária das leis é um mal, também o é a sua obscuridade, pois precisam ser interpretadas.” (2011, p. 33)

# UMA ANÁLISE DA NECESSIDADE DO CONTATO FÍSICO À TIPLICIDADE DA IMPORTUNAÇÃO SEXUAL

AN ANALYSIS OF THE NEED FOR PHYSICAL CONTACT TO THE TYPICALITY  
OF SEXUAL IMPORTUNITY

**Lucas Maia Carvalho Muniz**

Especialista em Ciências Criminais pela Faculdade Baiana de Direito. Bacharel em Direito pela Faculdade Ruy Barbosa. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8847429976166005>

ORCID: 0000-0002-4973-5644

lucas.lmuniz@gmail.com

**Resumo:** Analisando caso real de exibicionismo em local privado, o presente trabalho tem como objetivo averiguar os elementos do tipo do crime de importunação sexual, sobretudo a necessidade de contato físico. Para tanto, sob método dedutivo, utilizou-se pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, com auxílio de interpretação gramatical, histórica e sociológica. Após observações, conclui-se que há necessidade de delimitação conceitual do termo ato libidinoso no Direito Penal, sobretudo examinando a existência da lascívia e o contexto sociológico/histórico da confecção da Lei 13.718/18 e, além disso, expõe-se os riscos de sua interpretação extensiva ao atual contexto de política criminal no Brasil.

**Palavras-chave:** Importunação Sexual - Direito Penal - Crimes Sexuais - Dignidade Sexual.

**Abstract:** Analyzing a real case of exhibitionism in a private place, this work aims to investigate the elements of the type of sexual importunity crime, especially the need for physical contact. Therefore, under the deductive method, bibliographical and jurisprudential research was used, with the aid of grammatical, historical and sociological interpretation. After observations, it is concluded that there is a need for conceptual delimitation of the term *libidinous act* in criminal law, especially examining the existence of lasciviousness and the sociological/historical context of the making of Law 13.718/18 and, in addition, the risks of its extensive interpretation to the current context of criminal policy in Brazil.

**Keywords:** Sexual Importunity - Criminal Law - Sexual Crimes - Sexual Dignity.

Os crimes contra a dignidade sexual apresentam-se há muito tempo como um persistente fenômeno fomentador de repulsa social,<sup>1</sup> em que pese as constantes alterações ao recrudescimento das leis penais a respeito da proteção desse bem jurídico (o método público permanece, mesmo diante da ineficácia da estratégia; seria o momento de alterá-lo?).

No cenário, chega-nos uma denúncia (que não terá sua numeração processual aqui identificada) onde se descreve o ato de mostrar o órgão sexual à própria mãe como convite à conjunção carnal, conduta tipificada pelo *parquet* como importunação sexual. Mesmo dispondo de laudo técnico pela incapacidade absoluta do acusado, decidimos investigar o tipo penal.

Diante do impactante caso, a primeira indagação que surgiu intuitivamente é se seria cabível a importunação sexual sem contato físico, mesmo com a crescente jurisprudência a favor da tipicidade

das infrações sexuais sem toque (julgados que serão demonstrados posteriormente).

Considerando o problema exposto no caso real, partimos a uma breve investigação, sob método dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, com auxílio de interpretação gramatical, histórica e sociológica, a fim de analisar os elementos do crime de importunação sexual.

Inserido no Código Penal (CP) pela Lei 13.718/18 (Projeto de Lei originário 5.452/16), o crime de importunação sexual descreve a conduta de “praticar contra alguém e sem sua anuência ato libidinoso com objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro” (art. 215-A do CP).

Afastado o constrangimento no ato libidinoso, não se configura o estupro do art. 213 do CP. Ademais, considerando ainda a ausência de violência ou grave ameaça, soma-se ao crime do art. 215-A, a

inexistência de “fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima” (elementos do art. 215 do CP).

Vistos os fatos, observando o tipo penal, vê-se que a resposta àquela indagação sobre a necessidade de contato físico para a tipicidade do crime de importunação sexual demanda a análise dos conceitos de “ato libidinoso” e “lascívia”.

De forma geral, considerando método gramatical de interpretação, indicada como sinônimo de lascívia e libidinagem, a concupiscência é entendida como “o desejo imoderado de gozos materiais; e num sentido mais restrito (e no qual é mais comumente tomado) é o excesso de apetite carnal”.<sup>2</sup>

Mas, de forma específica, supõem-se na lascívia que o vicioso cede “a exigências da própria natureza, mas sem impetuosidade, sem violência ou ardor”. Já o conceito de libidinagem “acrescenta a todas as que precedem a ideia de paixão violenta, a que o libidinoso se abandona como se o domínio completo do gozo lhe cancelasse toda a consciência moral”.<sup>3</sup>

Portanto, as definições conceituais de “libidinagem” (e seu ato) e “lascívia” nada falam sobre a exigência do contato físico e sim sobre o desejo, ou seja, tratam exclusivamente a respeito do elemento subjetivo especial do tipo (o que se coaduna com a basilar proibição da responsabilidade objetiva no Direito Penal).

O “objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro” – ampliando o “aspecto subjetivo do tipo” – configura-se um “*especial fim de agir*”, que não se confunde com o dolo,<sup>4</sup> em opção legislativa diversa, *v.g.*, o ordenamento português criou infração de importunação sexual sem elemento subjetivo especial, inclusive incluindo “atos de carácter exibicionista”, acrescidos de “propostas de teor sexual” (art. 170 do Código Penal Português).<sup>5</sup>

Ademais, em sua segunda parte, o tipo português ainda descreve o “constrangimento a contato sexual”. À vista disso, em Portugal, o elemento produz debates sobre a necessidade de contato “físico” de natureza sexual, se o contato afeta “de forma relevante a liberdade sexual”, se “o meio utilizado integra o conceito de constrangimento” e se a “conduta” realmente “importunou a vítima”.<sup>6</sup>

No Brasil, contudo, o desejo do autor em satisfazer sua lascívia é que estabelecerá onde se localiza o ato libidinoso. Sendo assim, mostrar o órgão sexual como convite ao ato libidinoso desejado (incluindo à conjunção carnal) não poderia enquadrar-se no crime de importunação sexual, já que a lascívia do autor está no eventual ato posterior e não na exibição do órgão sexual. Portanto, naquele caso, mostrar o órgão sexual não seria ato libidinoso.

Contudo, caso esse exemplo aconteça em local ao menos exposto ao público, poderia haver o tipo do artigo 233 do CP (ato obsceno) ou – caso não tivesse sido revogado pela nova Lei 13.718/18 – aquele

do art. 61 do Decreto-Lei 3.688/41 (importunação ofensiva ao pudor).

Outrossim, é necessário lembrar que poderiam o artigo 233 do CP e a revogada contravenção penal adequarem-se em hipótese ao exemplo, também porque as redações de ambos os tipos não possuem a elementar “com objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro”, elemento subjetivo do tipo presente no art. 215-A do CP.

Além da manutenção do art. 233, no CP, a jurisprudência parece direcionar-se ao entendimento pela atipicidade da importunação sem lascívia e em local privado. Mesmo onde há o constrangimento (elemento ausente na importunação), o Superior Tribunal de Justiça (STJ) concebe que o estupro, quando sem contato físico, apenas ocorre em “situações excepcionais”.<sup>7</sup>

Outro exemplo descrito pelo STJ seria o ato libidinoso traduzido pela contemplação lasciva mediante pagamento de menor de 14 anos no crime de estupro de vulnerável,<sup>8</sup> observando-se que não há na vítima capacidade de concordância. Ou mesmo quando o autor, pela internet, age com “nítido poder de controle psicológico” sobre partícipes, incitando-os a satisfazer sua lascívia em face de vulnerável.<sup>9</sup>

Desse modo, a importunação sexual sem contato físico – crime sem constrangimento, violência ou grave ameaça, e contra vítima sem vulnerabilidade presumida – apenas poderia ser típica em casos excepcionais, quando comprovado desejo lascivo no ato específico e consumado; a modalidade tentada seria, no mínimo, de difícilíssima possibilidade.

Ademais, sob interpretações histórica e sociológica, lembremos que a tipificação da importunação sexual foi endossada pela defesa dos “direitos da mulher quanto à [sua] dignidade sexual e a inviolabilidade corporal”, contra os inúmeros atos libidinosos (libido este entendido pelo(a) legislador(a) como “instintos sexuais deturpados”) em “transportes públicos e aglomerações”, “de forma animalesca”.<sup>10</sup>

Citados os repreensíveis atos em aglomerações, a construção legislativa indica uma preferência pela reprimenda ao frotteurismo (ato de tocar ou esfregar-se na vítima sem consentimento), em detrimento de outras parafilias, sobretudo sadismo sexual, voyeurismo, exibicionismo etc.<sup>11</sup> Contudo, observa-se que o problema interpretativo persiste.

O texto legal mantém a amplitude do conceito de ato libidinoso e o termo é vago em dois aspectos entendidos, segundo **Gianluigi Palombella**, como vínculos entre texto e norma: a) “um significado a partir de uma expressão textual” (significado tanto “próprio” quanto “técnico-jurídico”); e b) “conteúdo e valor pelas convicções próprias da sociedade”.<sup>12</sup>

*[...] OBSERVANDO O TIPO PENAL, VÊ-SE QUE A RESPOSTA ÀQUELA INDAGAÇÃO SOBRE A NECESSIDADE DE CONTATO FÍSICO PARA A TIPICIDADE DO CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL DEMANDA A ANÁLISE DOS CONCEITOS DE “ATO LIBIDINOSO” E “LASCÍVIA”.*

Porém, no âmbito criminal, verificou **Palombella**, que “a divisão hartiana [Hart] entre núcleo luminoso e casos difíceis ou zona de penumbra” se sobrepôs à “descrição da aplicação da lei como interpretação”. Então, no Direito Penal, ou se empregaria o “juízo de verificação factual” (“quando o texto permita”) ou o “juízo valorativo” (quando “o legislador empregar termos valorativos” – *v.g.* definindo o conceito de “ato obsceno”).<sup>13</sup>

Ou seja, pelo “ideal de clareza e preexistência da norma, entendido como significado ‘correto’ (...), dado ao intérprete”, as disposições penais que não têm “claro referente empírico” e as que são *lato sensu* valorativas, ofendem o princípio da estrita legalidade.<sup>14</sup> Assim, diante da amplitude do conceito, aplica-se a interpretação mais benéfica ao réu ou deixa-se de se aplicar as interpretações conceituais (isto é, absolve-se o acusado).

Dessa forma, concluímos que a indefinição de *ato libidinoso* (conceito amplificado ainda mais pela retirada do constrangimento)<sup>15</sup> no tipo da importunação sexual conduz à necessidade de uma interpretação

restritiva. Isto é, na importunação, para que um *ato* seja *libidinoso*, exige-se especial fim de satisfação da *lascívia* (na conduta específica e consumada) e, somando-se ao contexto da confecção da norma, o contato físico (em aglomerações ou não).

Caso o conceito se ampliasse além daquele contexto de sua construção *stricto sensu*, se atribuiria ao tipo penal a função de criminalização mais gravosa de todos os atos libidinosos desprovidos de constrangimento (em locais com acesso ao público ou não). Porém, a eventual interpretação extensiva também causaria problemas de política criminal.

No Brasil, o contexto ainda se depararia com a jurisprudência pela “especial relevância” da palavra da vítima nos delitos sexuais<sup>16</sup> e prisões preventivas fundamentadas na garantia da ordem pública quando haja gravidade em concreto<sup>17</sup> (que pode ser confundida com a gravidade, *in abstracto*, do crime sexual) e, além disso, com a “violência sistemática, perene, recorrente, microscópica, que atravessa todos os espaços do cárcere”.<sup>18</sup>

## Notas

<sup>1</sup> Brasil (2005, p. 37-63).

<sup>2</sup> Pombo (2011, p. 305).

<sup>3</sup> Idem, p. 306.

<sup>4</sup> Segundo Cezar Roberto Bitencourt, “o especial fim de agir que integra determinadas definições de delitos condiciona ou fundamenta a ilicitude do fato, constituindo, assim, elemento subjetivo do tipo de ilícito, de forma autônoma e independente do dolo. A denominação correta, por isso, é elemento subjetivo especial do tipo ou elemento subjetivo especial do injusto, que se equivale, porque pertencem, ao mesmo tempo, à ilicitude e ao tipo que a ela corresponde”. (BITENCOURT, 2013, p. 52-53).

<sup>5</sup> O tipo descreve a conduta de “importunar outra pessoa, praticando perante ela atos de carácter exibicionista, formulando propostas de teor sexual ou constrangendo-a a contacto de natureza sexual”. (DIAS, 2021, p. 123-140).

<sup>6</sup> Idem, p. 137.

<sup>7</sup> Brasil (2020).

<sup>8</sup> Brasil (2016).

<sup>9</sup> Brasil (2021).

<sup>10</sup> Brasil (2017).

<sup>11</sup> Silva (2017, p. 127-133).

<sup>12</sup> Palombella (2005, p. 282).

<sup>13</sup> Idem, p. 280-281.

<sup>14</sup> Idem, p. 279-281.

<sup>15</sup> Como no artigo 213, o revogado artigo 214 (atentado violento ao pudor) – que trouxe inicialmente o conceito de “ato libidinoso diverso da conjunção carnal” – também carregava o verbo “constranger”. (HUNGRIA, 1953, p. 328).

<sup>16</sup> Brasil, 2021.

<sup>17</sup> Brasil, 2018.

<sup>18</sup> Gonçalves, Balan e Santos (2020, p. 25-44).

## Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. *Complementação de Voto – Projeto de Lei nº 5.452/2016, de 2016*. Em apenso os Projetos de Lei dos PLs nºs 2.265/2015, 5.435/2016, 5.649/2016, 5.710/2016, 5.796/2016, 5.798/2016 e 6.971/2017. Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher, Relatora Deputada Laura Carneiro, 05 de novembro de 2017. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1594703&filename=CVO+2+CMU-LHER+%3D%3E+PL+5452/2016](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1594703&filename=CVO+2+CMU-LHER+%3D%3E+PL+5452/2016)>. Acesso em: 01 maio 2021.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.688/1941, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3688.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm). Acesso em: 28 set. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm). Acesso em: 28 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *AgRg no HC 450539/MG 2018/0116906-4*. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, de 07 de junho de 2018. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1720424&num\\_registro=201801169064&data=20180615&peticao\\_numero=201800293450&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1720424&num_registro=201801169064&data=20180615&peticao_numero=201800293450&formato=PDF). Acesso em: 22 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *HC 478310/PA 2018/0297641-8*. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, de 09 de fevereiro de 2021. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=120419850&num\\_registro=201802976418&data=20210218&tipo=91&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=120419850&num_registro=201802976418&data=20210218&tipo=91&formato=PDF). Acesso em: 28 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *HC 611511/SP 2020/0231778-3*. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, de 06 de outubro de 2020. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=116128951&num\\_registro=202002317783&data=20201015&tipo=51&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=116128951&num_registro=202002317783&data=20201015&tipo=51&formato=PDF). Acesso em: 28 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *HC 643674/SP 2021/0034601-0*. Relator: Min. Ribeiro Dantas, de 09 de março de 2021. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=122413018&num\\_registro=202100346010&data=20210315&tipo=91&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=122413018&num_registro=202100346010&data=20210315&tipo=91&formato=PDF). Acesso em: 28 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *RHC 70976/MS 2016/0121838-5*. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik, de 02 de agosto de 2016. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=62586895&num\\_registro=201601218385&data=20160810&tipo=51&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=62586895&num_registro=201601218385&data=20160810&tipo=51&formato=PDF). Acesso em: 28 set. 2021.

DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva. “Repercussões da lei nº 59/2007, de 4 de setembro nos crimes contra a liberdade sexual”. In: *Crimes sexuais*, 2. ed., Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2021. pp. 123-140. Disponível em: <[http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb\\_CrimesSexuais\\_2ed.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_CrimesSexuais_2ed.pdf)>. Acesso em: 22 ago. 2021.

GONÇALVES, Lucas; BALAN, Mayra; SANTOS, Clariane. A pandemia de tortura: uma análise dos dados coletados pela Pastoral Carcerária Nacional. COUTINHO JR., José; GONÇALVES, Lucas; BALAN, Mayra; SANTOS, Clariane. *Relatório: a pandemia da tortura no cárcere*, 2020. [s.l.]: Pastoral Carcerária, 2021. p. 25-44. Disponível em: <[https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2021/01/Relatorio\\_2020\\_web.pdf](https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2021/01/Relatorio_2020_web.pdf)>. Acesso em: 04 maio 2021.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*: vol. I, tomo 1º. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1953.

PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do direito*. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

POMBO, Rocha. *Dicionário de sinônimos da língua portuguesa*. 2. ed., Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras, 2011, p. 305. Disponível em: <[https://www.academia.org.br/sites/default/files/publicacoes/arquivos/cams-10-dicionario\\_de\\_sinonimos\\_da\\_lingua\\_portuguesa-para\\_internet.pdf](https://www.academia.org.br/sites/default/files/publicacoes/arquivos/cams-10-dicionario_de_sinonimos_da_lingua_portuguesa-para_internet.pdf)>. Acesso em: 29 abr. 2021.

SILVA, Fernanda Robert de Carvalho Santos. Considerações sobre o transtorno parafílico: a interface entre a psiquiatria, a psicologia e a justiça criminal. *Diagn. Tratamento*, São Paulo, v. 22, n. 3, p. 127-133, 2017. Disponível em: <[https://docs.bvsalud.org/biblio-ref/2017/08/848021/rdt\\_v22n3\\_127-133.pdf](https://docs.bvsalud.org/biblio-ref/2017/08/848021/rdt_v22n3_127-133.pdf)>. Acesso em: 01 maio 2021.

SOUZA, Cecília de Mello e; ADESSE, Leila. *Violência sexual no Brasil: perspectivas e desafios*. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2005, pp. 37-63. Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/violencia\\_sexual\\_brasil.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/violencia_sexual_brasil.pdf)>. Acesso em: 08 maio 2021.

Recebido em: 30.05.2021 - Aprovado em: 17.08.2021 - Versão final: 28.09.2021

# COVID-19, DESVIO E CONTROLE SOCIAL: PISTAS DE UMA CRIMINOLOGIA DA PANDEMIA

COVID-19, DEVIATION AND SOCIAL CONTROL: CLUES TO A PANDEMIC CRIMINOLOGY

**David Pimentel Barbosa de Siena**

Professor de Direito Penal da USCS e da ESAGS. Professor de Criminologia da Academia de Polícia de São Paulo (ACADEPOL). Doutorando e Mestre em Ciências Humanas e Sociais pela UFABC. Delegado de Polícia do Estado de São Paulo (PCSP).

ORCID: 0000-0002-8481-4794

daviddesiena@icloud.com

**Resumo:** A pandemia do novo coronavírus representa novas determinações nas dinâmicas criminais, pois as medidas de isolamento impactam decisivamente nas atividades rotineiras. No momento, parece indispensável pensar em uma criminologia epidemiológica, nos termos de **Timothy A. Akers** e **Mark M. Lanier**, que saiba integrar e lidar com a sobreposição dos campos da saúde públicos e criminológicos. Tomando empréstimo da *routine activities theory* de **Lawrence E. Cohen** e **Marcus Felson**, o texto oferece uma análise conjuntural dos fatores que têm influenciado positiva e negativamente em diversas formas de violência e desvio. Por outro lado, como perspectiva do futuro criminológico, é elaborada uma crítica foucaultiana ao policiamento como técnico de controle social das populações potencialmente hospedeiras do coronavírus.

**Palavras-chave:** Criminologia - Pandemia - Coronavírus - Violência - Policiamento.

**Abstract:** The pandemic of the new coronavirus represents new determinations in criminal dynamics, as measures of isolation that have a decisive impact on routine activities. At no time, it seems essential to think of *epidemiological criminology*, in the terms of Timothy A. Akers and Mark M. Lanier, who know and deal with an exhibition of fields in public health and criminology. Command of the *routine activities theory* by Lawrence E. Cohen and Marcus Felson, the text offers a conjunctural analysis of the factors that positively and negatively influence various forms of violence and deviance. On the other hand, like the prospects for the criminal future, a critical critique of policing is developed as a technique for social control of threats potentially hosted by the flu virus.

**Keywords:** Criminology - Pandemic - Coronavirus - Violence - Policing.

## Introdução

Não parece precoce afirmar que a pandemia do novo coronavírus (SARS-COV 2) provocou a mais profunda crise global deste século. A COVID-19 provocou uma crise sistêmica, pressionando os serviços de saúde, e desencadeando uma recessão (ou depressão) econômica sem precedentes. Por conta das medidas de isolamento social, diversas dinâmicas sociais, entre elas aquelas associadas à violência, se transformaram significativamente nos últimos meses. Nesse contexto, procuraremos discutir algumas implicações criminológicas decorrentes da pandemia. Em outros termos, podemos pensar em uma criminologia da pandemia. Claro que muito do que se afirmará tem caráter provisório, pois estamos diante do desconhecido, que impõe desafios inéditos à academia e ao sistema de justiça criminal.

Compreender como a violência se desenvolve durante a pandemia é tarefa fundamental. Podemos aprender com a queda de determinados indicadores criminais e o aumento de outros, com vistas a traçar políticas criminais longevas para além das medidas de urgência decretadas. Da mesma forma que economistas discutem a economia pós-pandemia, no campo criminológico é importante questionar o que acontecerá com a violência no momento em que as medidas de isolamento forem flexibilizadas e a vida voltar ao "novo normal".

Existem diversas relações causais entre a pandemia e a violência. Talvez as mais nítidas estejam relacionadas com as medidas de isolamento social decretadas pelas autoridades públicas para retardar a transmissão do vírus. Contudo, se estamos diante de

diferentes cenários de isolamento social e comercialização de certas substâncias, a comparação entre países ou estados fica bem comprometida por conta do componente político subjacente que permeia as diferentes tomadas de decisão dos administradores públicos. Trocando em miúdos, do ponto de vista da ciência criminológica, a pandemia criou um ambiente naturalmente fecundo para a análise comparativa da violência efetivamente praticada, com essa ressalva da falta de uniformidade das medidas restritivas.

## 2. As medidas de isolamento social sob a perspectiva da *routine activities theory*

As medidas de isolamento social são novas determinações, que interferem diretamente em diversos fatores causais da criminalidade, pois transformaram de maneira abrupta as atividades de rotina e padrões de comportamento. As medidas de bloqueio afetam diversos mecanismos causais da criminalidade. Nesse aspecto, parece útil no momento lembrar a *routine activities theory*, desenvolvida por **Lawrence E. Cohen** e **Marcus Felson** (1979), que busca explicar os crimes, não a partir de determinismos biológicos ou sociais, mas levando em consideração três circunstâncias convergentes que envolvem a maioria dos desvios:

a) ofensor motivado: nos países desenvolvidos, os crimes praticados nos espaços públicos diminuíram sensivelmente, porém nos países em desenvolvimento, fatores como a fome, desemprego, falta de assistência social, entre outros, estão pressionando os indicadores criminais relacionados à violência praticada nas ruas. De qualquer forma, o risco de infecção decorrente da interação social parece ser um mecanismo causal de diminuição da violência entre

desconhecidos. Por outro lado, o aumento de ansiedade e raiva, por vezes associadas ao uso problemático de álcool e outras drogas, são elementos motivadores da violência doméstica praticada contra mulheres, crianças e idosos. Nesse sentido, a proibição de venda de álcool em alguns países, como os já citados, sugere impactos positivos na diminuição dos crimes intrafamiliares.

b) alvo disponível: a adoção de medidas de isolamento torna as vítimas de violência doméstica acessíveis aos agressores, por período ininterrupto, não sendo por outro motivo que seus indicadores estão crescendo de maneira dramática. Outros alvos, como as mercadorias em estoque nos estabelecimentos dos centros urbanos, estão potencialmente disponíveis para a prática de delitos patrimoniais.

c) ausência de guardiões: a concentração de esforços para assegurar o isolamento social pode criar oportunidades para a prática de crimes nas ruas. Todavia, os dispositivos de vigilância utilizados para a execução das medidas sanitárias, sobretudo as tecnologias de monitoramento, podem também funcionar como instrumentos de controle social da criminalidade.

Esses fatores, entre outros, atuam de maneira dinâmica nos mecanismos causais da criminalidade. Provavelmente, com o avançar da pandemia, outros cenários poderão surgir. Alguns comportamentos sofreram influência imediata com a adoção das medidas de isolamento (v.g., homicídios, roubos de veículo, *bullying* nas escolas etc). Porém, com o passar do tempo, de modo cadenciado, provavelmente os níveis de estresse decorrentes do isolamento, desemprego, falta de recursos financeiros, poderão incrementar a violência.

Mas, afinal, a pandemia aumentou ou diminuiu a violência? Não há resposta pronta e fácil para essa pergunta. Parece ainda ser precoce, de maneira conclusiva, respondê-la em um ou outro sentido. Até o presente momento, é possível afirmar que os impactos da pandemia na violência foram relativos. O fato é que, antes e após a Covid-19, a violência esteve e estará sempre presente em nossas rotinas diárias.

As medidas de isolamento social afetam 80% da população mundial, sendo que cerca de 1,6 bilhão de crianças e dois bilhões de adultos estão confinados ininterruptamente por meses em suas casas (EISNER & NIVETTE, 2020). Rapidamente, os lares foram potencializados como ambientes criminógenos, que vitimizam especialmente mulheres e crianças, por agressores motivados por fatores biológicos, psicológicos, econômicos etc. Entre as diversas políticas públicas adotadas para lidar com a violência doméstica, destacamos aquelas que facilitam a comunicação dos fatos à polícia ou até mesmo à comunidade, além de outras medidas que asseguram o afastamento das vítimas.

Nos Estados Unidos da América foram relatados distúrbios sociais e crimes de ódio praticados contra asiáticos por força do estereótipo fomentado por Donald Trump que, em diversas oportunidades, designou a doença como China Vírus, comportamento mimetizado pela *alt-right* brasileira. A História das Pandemias informa que sempre elas estiveram associadas ao racismo e outros sectarismos, além de teorias da conspiração. Em tempos de pandemia, afloram-se as mais variadas teorias da conspiração, rapidamente reverberadas instantaneamente pelas redes sociais, propagando discurso de ódio contra raças e grupos étnicos. É possível que o quadro estadunidense se complexifique, pois durante o período de isolamento as compras de armas de fogo estão simplesmente dobrando (COLLINS; YAFFE-BELLANY, 2020) pelo medo do crescimento da criminalidade ou futura restrição às compras, entre outros possíveis motivos a serem esclarecidos. O prognóstico negativo está fundamentado no consenso criminológico de que a presença de armas de fogo nas

residências aumenta significativamente as chances de vitimização do residente (KELLERMAN et. al., 1993), consenso esse que desconstruiu o falacioso argumento *more guns less crime*.

A América Latina, salvo algumas exceções como a do México, apresenta substancial queda da violência praticada entre estranhos nas ruas (SEMPLE; AHMED, 2020). Contudo, com a imposição das medidas de isolamento, a violência doméstica aumentou vertiginosamente. A escassez de produtos essenciais diante do novo exército de desempregados são relevantes mecanismos de distúrbios sociais, que inevitavelmente provocam desvios, como ataques a equipamentos públicos e saques a estabelecimentos comerciais, podendo-se, no limite, restar estabelecido um estado de anomia.

Talvez a discussão mais importante seja sobre como os dados relativos à violência se comportarão na pós-pandemia. A literatura nos sugere que os efeitos de momentos disruptivos, a exemplo das guerras, pandemias, catástrofes naturais etc, tendem a ser efêmeros, sendo que a violência costuma se restabelecer nos mesmos níveis do passado (LAPPI-SEPPÄLÄ; LEHTI, 2014). De qualquer forma, ao longo de 2020, e quem sabe dos próximos anos, testemunharemos o antes, o durante e o depois da adoção dessas medidas de isolamento nos mais variados países, sendo um momento absolutamente singular também do ponto de vista criminológico, pelo qual a academia tem a raríssima oportunidade de testar diversas hipóteses até então admitidas apenas no plano teórico. O campo criado pela pandemia permite aos pesquisadores isolar diversas variáveis, tarefa que só é possível com a imposição de medidas como o *lockdown*. Em suma, o tempo é de acúmulo de informação criminológica, com vistas de que, no futuro, quando as medidas de isolamento social não se fizerem mais necessárias, seja possível formular políticas criminais que de fato previnam a violência.

### **3. Entre os cuidados à saúde e o policiamento: desafios para uma criminologia epidemiológica**

Há um elemento em comum entre os saberes da saúde públicos e criminológicos: esses distintos campos invariavelmente têm como objeto de estudo populações marginalizadas (pessoas em situação de rua, que fazem uso problemático de álcool e outras drogas, encarceradas etc). Em certa medida, esses campos acabam se sobrepondo, e as diferenças disciplinares acabam perdendo o sentido. **Timothy A. Akers** e **Mark M. Lanier** (2009), em "*Epidemiological criminology*": *coming full circle*, explicitaram as ligações teóricas e metodológicas entre essas disciplinas, propondo como novo paradigma uma "criminologia epidemiológica".

Um bom exemplo desse tipo de abordagem criminológica pode ser encontrado na obra *Punishing Disease: HIV and the Criminalization of Sickness*, de **Trevor Hoppe** (2018), na qual é suficientemente demonstrado que a pandemia de AIDS sempre esteve associada à punição. O autor afirma que a aplicação da lei criminal por tribunais estadunidenses transformou essa doença em "maldade" para punir especialmente as minorias estigmatizadas.

O estudo que aponta que a pandemia de Influenza seria parcialmente tributária das vulnerabilidades sociais e do colapso do sistema de saúde decorrentes da Primeira Guerra Mundial é outro exemplo desse tipo de abordagem criminológica (FLECKNOE; WAKEFIELD; SIMMONS, 2018). Trocando em miúdos, os conflitos armados são terreno fértil para a disseminação de doenças. Pode ser estabelecida uma causalidade reversa, i.e., a violência associada a outras vulnerabilidades sociais pode criar riscos de novas pandemias, de conseqüências incalculáveis.

A SARS ou Ebola são apenas duas das múltiplas doenças

zoonóticas capazes de ser transmitidas de outras espécies aos seres humanos. Os crimes ambientais, a exemplos do desmatamento de florestas e tráfico ilegal da fauna silvestre, são apontados como um importante fator das catástrofes epidêmicas em todo mundo. Assim, o dano ambiental causado por perda da biodiversidade e doenças zoonóticas do tráfico de animais silvestres é digno de contemplação criminológica, não apenas por causa das consequências negativas para humanos, mas também porque o meio ambiente e as outras espécies são dignas e consideração por si mesmas (SOUTH; BRISMAN, 2014).

Em que pese a Covid-19 ser um problema de saúde pública, em todo mundo se sobressai o papel punitivo do Estado. Em tempos de pandemia, alguns criminólogos estão repensando a segurança pública para além do policiamento (FATSIS, 2020). Por meio do novo mandamento universal “fique em casa”, viver na sociedade da pandemia implica em isolamento físico.

Importa questionar se as medidas disciplinares adotadas em caráter emergencial persistirão no futuro pós-pandemia. Em *Vigiar e Punir*, no Capítulo III, reservado à discussão do “panoptismo”, Michel Foucault (2008), com a habilidade em lidar com arquivos que o caracterizava, fez uma descrição perturbadora das medidas disciplinares adotadas durante a peste bubônica, que assolou as cidades europeias pelo século XVII. A rica descrição foucaultiana, ao revelar entre outras disciplinas, um policiamento espacial estrito, onde as pessoas eram trancadas em suas casas, tem por objetivo caracterizar aquilo que denominou como *sociedade disciplinar*.

Na pandemia, o poder disciplinar se torna mais óbvio, sendo o policiamento em grande parte orientado de acordo com o coronavírus. Um bom exemplo disso ocorreu em 25 de março de 2020, quando foi aprovada pelo parlamento britânico uma lei emergencial sobre o coronavírus, estabelecendo que a violação às regras de isolamento constitua uma “infração punível com condenação sumária por multa”. Toda expansão do direito penal, como a aludida, deve ser recebida com cautela pela comunidade jurídica, que deve repudiar os excessos ilegais por parte do poder público.

Obviamente, as normas sanitárias são de observância obrigatória. Em contrapartida, deve-se levar em conta também que quanto mais legitimidade social o poder público detém, maior será a efetividade do policiamento durante a pandemia. Todavia, as arbitrariedades praticadas sob o pretexto do exercício de poder de polícia têm evidenciado quem são os principais alvos da lei penal. É preciso questionar qual é o papel do policiamento diante da pandemia do novo coronavírus. De qualquer forma, como vivemos tempos em que qualquer um pode ser potencialmente uma célula hospedeira

do vírus, por evidente, o policiamento ou fiscalização dirigida à população em geral, será muito mais eficiente se as autoridades de saúde empregar testes em massa e detectores de temperatura. Portanto, qualquer tomada de decisão dos gestores da segurança pública deve ter por norte a premissa de que os cuidados à saúde devem ser prioritários com relação ao policiamento.

#### 4. Considerações finais

No Brasil, como a população ainda não está sendo testada de forma massiva, adotou-se um modelo de policiamento que tem se mostrado ineficiente se levarmos em consideração a baixa adesão voluntária ao isolamento social. Já foi utilizada a metáfora da sala escura (população) e a falta da lanterna (testes) para caracterizar nosso policiamento absolutamente errático pelo que, em nossas condições materiais, qualquer pessoa pode ser uma hospedeira do vírus. Nesse contexto, resta rogar que as pessoas fiquem em casa, em um esforço coletivo diante do fracasso estatal, decorrente do desprezo à orientação da Organização Mundial da Saúde de “testar, testar, testar”, quando a Covid-19 era ainda um surto epidêmico na Ásia. Para agravar nossa situação, a agenda da saúde pública tem concorrido com a pauta econômica, pressionando nosso Sistema Único de Saúde (SUS) em meio a ações policiais ineficazes à prevenção das infecções.

A criminologia tem se debruçado sobre o tema do policiamento da pandemia não para perguntar o que a polícia deve fazer durante esse período, mas para questionar se as instituições policiais devem ter um papel central na gestão dessa grave crise de saúde pública. Como órgão encarregado da persecução estatal, encarregado da aplicação da lei penal (*ultima ratio*), no atual arranjo democrático parece mais adequado que a polícia exerça apenas um papel coadjuvante durante a pandemia. A propósito, do ponto de vista criminológico, a polícia exerce uma forma, mas não a única, de controle social (formal). Assim, mais do que nunca, os atores que exercem controle social informal (família, vizinhança, lideranças comunitárias, igreja etc) podem e devem concorrer com as autoridades de saúde pública no sentido da prevenção à disseminação do vírus.

A Covid-19 abalou nosso senso de *segurança ontológica*. Mais do que nunca, durante o período epidêmico, as políticas criminais devem ser constantemente reformuladas. A pandemia gera sentimentos ambíguos no meio social. Se, de um lado, é premente a necessidade por maior controle social, por meio de dispositivos disciplinares de vigilância; de outra banda, as aspirações por algumas liberdades públicas, agora mitigadas, ainda que em sentido oposto das prescrições científicas e das autoridades de saúde, tendem a florescer e reverberar no debate público.

#### Referências

AKERS, Timothy A.; LANIER, Mark M. Epidemiological criminology: Coming full circle. *American Journal of Public Health*, v. 99, n. 3, p. 397-402, mar. 2009.

COHEN, Lawrence; FELSON, Marcus. Social change and crime rate trends: a routine approach. *American Sociological Review*, v. 44, n. 4, p. 588-608, aug. 1979.

COLLINS, Keith; YAFFE-BELLANY, David. About 2 million guns were sold in the u.s. as virus fears spread. *The New York Times*, april 1, 2020. Disponível em: <<https://nyti.ms/3fKRnp8>>. Acesso em: 14 mai. 2020.

EISNER, Manuel; NIVETTE, Amy. Violence and the pandemic: urgent questions for research. *Harry Frank Guggenheim Foundation*, New York, april 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3cGyrW9>>. Acesso em: 23 de abril de 2020.

FATSIS, Lambros. Inside the COVID-19 state: protecting public health through law enforcement. *The BSC Blog*, april, 20, 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3sL93GP>>. Acesso em: 28 de abril de 2020.

FLECKNOE, Daniel; WAKEFIELD, Benjamin C; SIMMONS, Aidan. *Plagues & Wars: The*

‘Spanish Flu’ Pandemic as a Lesson from History. *Medicine, Conflict, and Survival*, n. 34, v. 2, p. 61-68, 2008.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 35. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

HOPPE, Trevor. *Punishing Disease: HIV and the Criminalization of Sickness*. Oakland: University of California Press, 2018.

KELLERMAN, Arthur L. et. al. Gun ownership as a risk factor for homicide in the home. *New England Journal of Medicine*, v. 329, n. 15, p. 1084-1091, 1993 oct.

LAPPI-SEPPÄLÄ, Tapio; LEHTI, Martti. Cross-Comparative Perspectives on Global Homicide Trends. *Crime and Justice*, v. 43, n. 1, p. 135-230, 2014.

SEMPLE, Kirk; AHMED, AZAM. Murder Rates See Steep Decline: It's Taking People Off the Streets! *The New York Times*, 11 apr. 2020. Disponível em: <<https://nyti.ms/2T1tnnW>>. Acesso em: 14 maio 2020.

SOUTH, Nigel; BRISMAN, Avi. *The Routledge international handbook of green criminology*. UK: Routledge, 2014.

Recebido em: 19.05.2020 - Aprovado em: 16.01.2021 - Versão final: 03.03.2021

# A DELAÇÃO PREMIADA NO CONTEXTO DA EFICIÊNCIA PROCESSUAL: A MERCANTILIZAÇÃO DAS VIRTUDES E DOS VALORES CONSTITUCIONAIS

*THE STATE'S EVIDENCE IN THE CONTEXT OF PROCEDURAL EFFICIENCY:  
THE COMMERCIALIZATION OF VIRTUES AND CONSTITUTIONAL VALUES*

**Rafael Ferreira de Albuquerque Costa**

Discente do curso de Graduação em Direito do IBMEC. Membro do grupo de pesquisa Sociedade Civil e Estado de Direito: Mutações e Desenvolvimento. Estagiário no escritório Tiago Lins e Silva Advogados Associados.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7397790000191236>

ORCID: 0000-0002-7354-8347

[rafaelalbuquerque313@gmail.com](mailto:rafaelalbuquerque313@gmail.com)

**Resumo:** O presente trabalho objetiva correlacionar os fenômenos antropológico-sociais da subversão do tempo, tornando-o nocivo para a acelerada sociedade atual, com o viés eficientista do Direito, permitindo que se afastem garantias fundamentais do cidadão, resultando na delação premiada como meio de obtenção de prova largamente utilizado. Essa tendência quase inexorável da barganha no direito material e no processual penal parece refletir essa aversão à demora natural dos processos judiciais e a aparência de democracia em um Estado omisso no plano social e que busca a compensação no recrudescimento da política criminal, ignorando dificuldades éticas e até mesmo contradições com a Constituição.

**Palavras-chave:** Delação Premiada - Barganha - Processo Penal - Direito Penal do Inimigo - Funcionalismo Penal - Pós-democracia.

**Abstract:** This paper aims to correlate the anthropological and social phenomenons which subverted the notion of time by turning it nocive to the rapid society nowadays to the voracious seek for efficiency, allowing the citizens' fundamental rights and guarantees are set aside and resulting in the widespread application of the state's evidence. That inexorable tendency to put the bargain as a tool on the criminal law seems to depict the aversion to default slowness of legal procedures besides the appearance of democracy in an omitted State on social programs which intends to make up by increasing the criminal policies' repressive features, disregarding any ethical difficulties and even constitutional contradictions in the application of the state's evidence.

**Keywords:** State's Evidence - Bargain - Criminal Procedure - Criminal Law - Enemy's Criminal Law - Criminal Functionalism - Post-democracy.

## Introdução

A compreensão do fenômeno relativo à expansão do Direito Penal e de uma punição a qualquer custo transita através dos conceitos de pós-democracia e de sociedade de risco. O primeiro, segundo Casara (2018, p. 15-17), define-se como o aparente estado constitucional, mas, na verdade, corrompido e cooptado por interesses privados; a institucionalidade democrática se constituiria no imaginário social e no mundo da vida apenas formalmente, naturalizando a supressão de direitos fundamentais historicamente caros à democracia.

Segundo Solano (2018, p. 25), a pós-democracia funciona

como um sistema de fachada democrática, com instituições representativas que aparentemente funcionam (na pós-democracia votamos, elegemos a (sic) nossos representantes), mas, na verdade, por baixo desse exterior puramente formal, o sistema está totalmente capturado pela lógica capitalista. Eis aí o paradoxo: uma democracia que funciona na aparência, mas cada vez mais esvaziada de conteúdo e sentido.

O liame entre as conquistas civilizatórias e a concretização do projeto constitucional é interrompido pela lógica de mercado, a qual impõe o descarte de, segundo Harvey (2018, p. 13), tudo aquilo que não pode ser mensurado ou contabilizado em plataformas condensadoras e analisadoras de dados.

A sociedade de risco (BECK, 1998), por sua vez, resulta do

deslocamento "para a marginalidade (de) um grande número de indivíduos, que imediatamente são percebidos pelos demais como fonte de riscos pessoais e patrimoniais" (MORAES, 2011, p. 49). Suxberger e Gomes Filho (2016, p. 379) expõem, na mesma linha de Hobsbawm (1995, p. 537-555), que o inchaço urbano, a sociedade industrial e a ideologia político-econômica de *fin-de-siècle*, a maior disponibilidade de armamento nos centros urbanos, o incremento dos fluxos migratórios e o desenvolvimento das tecnologias de informação e dos transportes conduzem à revelação de que "as instituições humanas coletivas haviam perdido o controle das consequências coletivas da ação humana" (HOBSBAWN, 1995, p. 543).

Com efeito, a sociedade de risco e a pós-democracia, conceitos que servirão de base para compreender a ascensão do pensamento funcionalista, afloram a necessidade de maior velocidade ao Direito Penal. A delação premiada, utilizada como meio de obtenção de prova, a seu turno, possibilita ao Estado maior rapidez na resposta aos anseios punitivos e emergenciais, favorecendo os atropelos processuais, de modo que sua instrumentalização talvez seja consequência da mentalidade autoritária irrigada pela desvalorização dos direitos e garantias fundamentais e pela narrativa de urgência no combate a um suposto inimigo social.

Buscou-se neste trabalho, por meio da revisão da literatura pertinente ao tema, aferir em que medida a irrefletida aplicação da delação

premiada pode ser correlacionada à necessidade de atender os impulsos imediatistas da sociedade contemporânea, sobretudo por meio da corrente funcionalista de **Jakobs**, que propugna o Direito Penal do Inimigo.

### **A resposta da dogmática jurídica às mudanças nas dinâmicas humanas**

O sentimento de insegurança transparece ser consequência de um aclave do fenômeno antropológico-cultural do medo cuja expressão reflete uma percepção da ideia de risco amparada por premissas equivocadas. O risco é um conceito probabilístico inidôneo à fixação de qualquer ocorrência prospectiva acerca da criminalidade e permite a ignorância da diferença entre a quantidade de crimes cometidos e a de efetivamente conhecidos, a conhecida cifra oculta, bem como a contraposição entre violência e insegurança, pois esta não leva em conta a obliquidade cognitiva da apreensão da realidade no cálculo do próprio risco (PASTANA, 2003, p. 101-103).

A resposta intuitiva, ainda segundo PASTANA (2003, p. 101), seria a imersão na vivência do risco devido à inevitabilidade de sua experimentação. Em outras palavras, a tensão psicológica, ressaltando-se que a referida tensão ocorre no imaginário coletivo tal qual no individual, provocada pela possível súbita verificação de um dano, impele o sujeito à crença de que é necessário precaver-se do risco.

Os fenômenos descritos influenciaram, direta ou indiretamente, o que veio a ser o funcionalismo penal, que estabelece uma manifestação jurídico-penal reativa às escolas penais pretéritas, sobretudo no que tange os fins do Direito Penal (MORAES, 2011, 125). De acordo com **Roxin** (2002, p. 62), a categorização neokantista que permeia a dogmática jurídico-penal a partir de critérios ontológicos e hermeticamente fechados precisaria de “uma revisão total do sistema da teoria do delito, reconstruído cada conceito à luz de sua função político criminal”.

O pensamento de **Günther Jakobs** enquanto vertente da escola funcionalista merece destaque. Antes de adentrar em sua teoria, é apropriado registrar que, embora a leitura açodada das pretensões da escola funcionalista transpareça um caráter puramente efficientista, seu objetivo principal é o aperfeiçoamento do Direito Penal, a conferir-lhe mais racionalidade e, portanto, limitação. Assim é que o próprio **Roxin** (2002, p. 84-85) adverte que

Não faria sentido, do ponto de vista da prevenção geral negativa, punir o autor pela realização de riscos que não criou, justamente por não poder ele impedir outros riscos que não aqueles por ele criados. (...) Além disso, seria disfuncional também em face da prevenção geral positiva que se responsabilizasse o autor por riscos por ele não criados: os cidadãos somente compreenderão o sentido reprovável de um comportamento proibido se o resultado por ele causado não o suceder por acaso, mas como a realização do risco criado pelo autor.

Em outras palavras, o funcionalismo pretende conferir maior racionalidade ao sistema penal, até mesmo com a exclusão da tipicidade de determinadas condutas anteriormente reputadas típicas, dados os critérios abstratos e os conceitos ontológicos do finalismo. Contudo, **Jakobs** propõe uma teoria do delito sob a perspectiva da função do Direito Penal, a qual, na explicação de **ROXIN** (2002, p. 121), “está na reafirmação da vigência da norma que o comportamento deliçante (sic) violou. Quem viola a norma, antes de eliminar uma vida ou destruir o patrimônio alheio, exterioriza um ‘esboço de um mundo’, de um mundo no qual a norma não vige”. Há uma nítida inspiração na teoria dos sistemas de **Luhmann** (MORAES, 2011, p. 127-131), pois o Direito Penal é encarado como um estabilizador de expectativas sociais e condição de possibilidade para a manutenção da ordem social, na medida em que “esta visão de mundo do delinçante (sic) desafia a visão dos demais membros

da sociedade, que se veem inseguros, desorientados sobre qual das visões realmente prevalece” (ROXIN, 2002, p. 121-122).

Com efeito, **Jakobs e Meliá** (2008, p. 40) abandona sua perspectiva inicialmente resistente à expansão do Direito Penal e filia-se a esse pensamento para legitimar a contraposição do Estado aos delitos de terrorismo.

A teoria jakobsiana calca-se na prevenção geral enquanto função essencial do Direito Penal e, simultaneamente, resgata a periculosidade da Escola Positivista como critério de avaliação do indivíduo delinçante, criando novamente uma espécie de Direito Penal do autor. Ao nosso ver, a colocação nesses termos do Direito Penal do Inimigo torna sua existência plausível como fenômeno social, mas completamente dissociada da teleologia penalista de limitação do poder punitivo do Estado. Aliás, é todo o oposto: o Direito Penal do Inimigo nutre a profusão dos tentáculos do sistema penal.

Em suma, o Direito Penal do Inimigo é uma decorrência do pensamento funcionalista proposto por **Jakobs** a qual permite a utilização da dogmática penal para fins de Estado, ao arripio da tradição liberal-clássica, e a equiparação de determinados indivíduos como inimigos, encenando uma situação de guerra. As garantias penais e processuais penais, nesse sentido, perdem suas balizas e, portanto, admite-se sua supressão (MORAES, 2011, p. 179; 184).

### **A delação e sua correlação com o funcionalismo penal e o Direito Penal do Inimigo**

Situa-se o acordo de delação premiada no âmbito do funcionalismo e, especificamente, do Direito Penal do Inimigo e estabelece-se que a barganha premial não encontra guarida em nenhum texto da Constituição da República, ao menos na seara penal, muito embora sua admissibilidade já esteja sedimentada como um fato consumado, isto é, há parcela dos autores que reconhece os sérios problemas da delação premiada, mas não vislumbra obstáculo à tendência inexorável de sua larga utilização (LOPES JUNIOR, 2020, p. 143). Daí irrompe a adequação aparentemente harmoniosa da delação, instituto incompatível com a Constituição da República, na prática forense, uma vez que se naturalizou a violação franca de garantias fundamentais, sintoma inquestionável da pós-democracia.

Não é redundante, para os fins argumentativos que se seguem, o registro de que, para a caracterização da colaboração premiada como instituto útil à política criminal do Direito Penal do Inimigo, é preciso estabelecer os sujeitos a que se refere **Jakobs** como inimigos e correlacioná-los com a clientela da delação premiada no processo penal brasileiro. Com efeito, **Jakobs e Meliá** (2008, pp. 34 e 35) argumenta que se passa “a uma legislação”, denominada abertamente deste modo, “de luta, por exemplo, no âmbito da criminalidade econômica (sic), do terrorismo, da criminalidade organizada, no caso de ‘delitos sexuais e outras infrações penais perigosas’”. É que, para o autor alemão, esses crimes denotam uma tendência duradoura à criminalidade, isto é, ausência quase indelével de garantia cognitiva mínima que permita aos imputados um tratamento como pessoa (JAKOBS; MELIÁ, 2008, p. 35).

Nesse sentido, quando decide o Estado quais sujeitos estarão submetidos ao tratamento de exceção, isto é, quais agentes são Inimigos do Estado a ponto de comprometer-lhe a existência – caracterizando o Direito Penal do Inimigo como uma ferramenta de contenção dos chamados perigos à generalidade (JAKOBS, 2008, p. 23) –, exsurge da coletividade, da massa de indivíduos não transgressora, a legitimidade para direcionar irrefreavelmente o aparato estatal da *persecutio criminis* em face dos Inimigos, uma vez que, contra estes, “é só coação física, até chegar a (sic) guerra” (JAKOBS, 2008, p. 30). Aqui, socorremo-nos na explanação de **Foucault** (2014, p. 89) acerca do rompimento do contrato rousseauiano em que até o menor dos delitos efetivamente “lança

o indivíduo contra todo do corpo social (...) o infrator se torna o inimigo comum. Até mesmo pior que um inimigo, um traidor, pois ele desfere seus golpes dentro da sociedade. Um 'monstro'".

A abrangência da designação de inimigo parece ser utilizada por **Jakobs** numa tentativa de contraposição à criminalidade moderna e às tendências expostas acima acerca do sentimento de insegurança enquanto fenômeno social. O resultado desemboca na temerária e incauta relativização de garantias fundamentais. A proposta de um Direito Penal do Inimigo, ao que tudo indica, pretende "dar uma resposta simbólica aos pleitos por segurança e, ao mesmo tempo, atender aos fins do mercado" pelo que "ocorre o endurecimento das políticas policiais, penitenciárias e judiciárias" (CASARA, 2018, p. 188).

A complexidade das relações sociais decorrentes das significativas mudanças vivenciadas pela humanidade a partir da segunda metade do século XX amedronta e apequena o indivíduo, quiçá lhe suscite algum ressentimento. A açada e incauta análise da violência ascendente em centros urbanos inchados catalisa discursos fáceis e populistas detentores de uma capilaridade inigualável. Disso resulta o apoio por estados repressivos mais intensos como resposta a abstrações denominadas crime e violência, em detrimento de outra abstração tal qual problemática chamada de segurança pública.

A criminalidade moderna almeja a invisibilidade perante o Estado, enquanto se mostra concretamente presente para os cidadãos, e talvez, por isso, seja tão dramático lidar com essa espécie de conflito social. Na esteira da inocuidade das técnicas tradicionais do Estado na repressão desses conflitos, começa-se a vislumbrar como única alternativa viável o emprego de técnicas especiais de investigação e meios de obtenção de prova estapafúrdios, de problemas éticos insolúveis e incompatibilidades constitucionais que gritam, encenando uma lógica bélico-binária contra suposta(s) organização(ões) que captou(ram) o Estado para a consecução de fins particulares.

O volume da criminalidade é enviesadamente apreendido e abre margem, portanto, a políticas criminais emergenciais. Nesse cenário, a delação premiada é a ferramenta investigatória mais empregada e problemática, porque poupa o Estado de etapas da investigação, ao passo que fere de morte preceitos constitucionais importantíssimos, como o direito ao silêncio, à ampla defesa e ao contraditório, à isonomia, ao sistema acusatório e à presunção de inocência, além da jurisdicionalidade própria do processo penal. Confirma-se a propensão da sociedade de risco à criação de um sistema particularmente responsivo e o segundo plano ao qual se relegaram todas as garantias constitucionais que exprimiam o Estado

Democrático de Direito e distinguem-no da vulgar verbosidade.

Em outras palavras, tornou-se o inimigo qualquer imputado a um crime cuja reprovabilidade moral se sobressalte, tais como corrupção, lavagem de capitais, peculato, crimes contra a ordem tributária, contra o sistema financeiro ou contra o processo licitatório, etc, adensando o clamor pelo combate a esses crimes a mera rotulação do vago conceito de organização criminosa. Dessa forma, considerando que o Inimigo não possui direitos, ao menos, de acordo com a **teoria jakobsiana**, não os mesmos direitos que o cidadão, é aceitável pesar sobre ele a tortura psicológica necessária para a obtenção da delação, atravessando inescrupulosamente limites éticos e barganhando os direitos e garantias fundamentais do delator e, por vezes, até mesmo do delatado.

## Conclusão

Conquanto não seja um fenômeno tenro, a utilização do poder penal para aniquilar os inadequados ao sistema denota indubitosa potencialização punitiva, especialmente quanto à percepção da intensidade democrática em relação ao processo e sua negociação, admitindo-se a barganha de valores antes irrenunciáveis em nome de uma suposta eficiência punitiva, celeridade e custo da função jurisdicional (CASARA, 2018, p. 184-203).

Engendrou-se na sociedade contemporânea a associação da qualidade à rapidez. Igualmente, o temor e a sensação cada vez maior de risco tornaram-se características intrínsecas à opinião pública. A supressão ou relativização de direitos fundamentais, nesse quadro, é uma decorrência lógica a qual foi teoricamente justificada pela designação do Direito Penal como essencialmente preventivo, em especial na prevenção, e até na repressão hiperbólica, das ações dos Inimigos. Contudo, **Jakobs** acaba por definir como Inimigo qualquer sujeito que vá de encontro aos fins do Estado, ou seja, seu pensamento favoreceu o alargamento do rol de possíveis Inimigos, sobre os quais podem recair as piores mazelas, ainda que inconstitucionais, tal qual o desrespeito a seus direitos fundamentais através da celebração de um eventual acordo de delação premiada, à parte dos potenciais constrangimentos sofridos que culminaram na opção pela barganha, tudo em prol da celeridade na autorização para a imposição da pena corporal.

A delação premiada, portanto, situa-se nesse imbróglio sociojurídico no qual as categorias jurídicas que estabilizavam valores democráticos foram esvaziadas. Dessarte, amplia-se quase irredutivelmente a utilização da colaboração premiada, *nomus* que dissimula o desvio ético intrínseco a uma delação, fazendo do processo instrumento a serviço das tendências punitivas atuais.

## Referências

BATISTA, Nilo; BATISTA, Vera Malaguti de Souza W. Política criminal, polícias e segurança dos direitos em tempos de Regressão. Entrevista concedida a Thiago Allisson Cardoso de Jesus. *Revista de Políticas Públicas*, São Luís, v. 23, n. 1, p. 287-295, 2019.

BECK, Ulrich. *La sociedad de riesgo: hacia una nueva modernidad*. Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jiménez, e María Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

CASARA, Rubens R. *Em tempos de pós-democracia: Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2018.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramalhe. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

HARVEY, David. *A loucura da razão econômica: Marx e o capital no século XXI*. Trad. Artur Renzo. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2018.

HOBSBAWN, Eric. *A Era dos Extremos: O breve século XX (1914-1991)*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do processo penal brasileiro: Introdução crítica*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito Penal do Inimigo: A terceira via do Direito Penal*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo: Reflexões sobre a violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: Método, 2003.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SOLANO, Esther. Pós-democracia e o espetáculo moralista da Justiça messiânica. In: CASARA, Rubens R. (Org.). *Em tempos de pós-democracia*. 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 25-68.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; GOMES FILHO, Demerval Farias. Funcionalização e expansão do Direito Penal: o Direito Penal negocial. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 1, p. 376-395, 2016.

Recebido em: 14.04.2021 - Aprovado em: 23.05.2021 - Versão final: 09.06.2021

## O JÚRI E SEUS TEMAS – ATÉ QUANDO GRITAREMOS “CIÊNCIA!!!!” PARA A CIÊNCIA DOS OUTROS CIENTISTAS?

THE JURY AND ITS SUBJECTS – EVEN WHEN WE’LL SCREAM “SCIENCE!!!!” FOR THE SCIENCE OF OTHER SCIENTISTS?

**Thiago Anastácio**

Advogado criminalista.

Ex-Diretor do Instituto de Defesa do Direito de Defesa

ORCID: 0000-0003-3407-2152

thiagoanastas@hotmail.com

**Resumo:** O julgamento pelo Júri deixou de viver na meditação dos profissionais e cientistas da processualística e as principais preocupações observadas pelos profissionais militantes passam distantes das conversações acadêmicas e legiferantes. Quais as principais preocupações de hoje? Quando e quais os motivos para que o cidadão-jurado fosse olhado com desconfiança como um pior julgador do que o juiz togado? E os jurados, por quais motivos as alterações legislativas se pautaram num jogo de forças políticas das instituições e deixaram a compreensão do jurado sobre fatos e provas, de lado?

**Palavras-chave:** Júri - Legitimidade - Processo Penal - Jurado - Instituições - Política - Legislação e Forças Políticas - Ciências e Avanço.

**Abstract:** The judgment by the Jury ceased to live in the meditation of professionals and scientists in procedural science and the main concerns observed by militant professionals are far removed from academic and legislative conversations. What are the main concerns of today? When and what are the reasons for the citizen-juror to be regarded with suspicion as a worse judge than the professional judge? And the jurors, for what reasons were the legislative changes based on a game of political forces of the institutions and left the jury’s understanding of facts and evidence aside?

**Keywords:** Jury - Legitimacy - Criminal Proceedings - Sworn - Institutions - Policy - Legislation and Political Forces - Science and Advancement.

O Júri se perdeu.

Ou será que nos perdemos do Júri? O Júri não deveria significar o povo dentro do sistema de Justiça?

Por que juízes ao redor do país não confiam no Tribunal popular e tantos profissionais, “as partes”, o têm em tão baixa conta? Serão as estatísticas, os estudos empíricos de observação e experimentos? Isso é fácil responder: não, eles pouco existem.

Ou será apenas a repelência por ausência de culto à palavra, às CIÊNCIAS gerais e ao Direito – neste aspecto, não apenas em seu sentido científico, mas da participação de para quem ele funciona: a população!

Uma democracia que versa, por seus eruditos em leis e nas intermitências dessa ciência, mas ao mesmo tempo teme o povo como julgador e elemento constante de consulta sobre umas das suas bases, qual seja, a ética, a moral e os costumes da época social?

Ou será que o problema nasce do retrato de um tempo da sociedade em que problemas como a baixa educação (esse antigo projeto educacional brasileiro) é geradora de preconceito contra aquela por quem deveríamos lutar – a própria população?

Um Tribunal caro? Alguém do Poder Judiciário poderá dizer isso sem se avermelhar sabendo o que se sabe, cada dia mais e mais, sobre astronômicos vencimentos e burlas as mais variadas sobre os dinheiros judiciais?

O Tribunal do Júri precisa de um novo modelo? Mas sem dúvida nenhuma! Mas antes desse modelo ser pensando, é preciso lembrar algo um tanto pitoresco para os dias de hoje: onde ele está na hierarquia constitucional das coisas e o que aconteceu com o mundo da ciência desde sua renovada constitucionalização em 1988?

Pois bem.

Desde o advento e criminalização das atividades econômicas, o Tribunal do Júri se tornou ou uma circense vitrine para condenações ou um árido deserto nos Fóruns de todo o país, principalmente nas madrugadas dos debates sem público a julgarem casos envolvendo mortes no contexto do tráfico de entorpecentes, brigas de bêbados e da violência matrimonial; Ou seja, perdeu o interesse social e judicial justamente por sua riqueza, a sua competência para julgar os crimes da desilusão pela pobreza e da vida “afastada” em sociedade, os crimes daquilo que o teatrólogo **Guilherme Figueiredo** lembrou ser “o animal ser humano, o único animal capaz de ser desumano”.<sup>1</sup>

Pode-se afirmar que o Júri perdeu sua graça (mas isso apenas sob os olhos de argento), seu charme e sua importância no exato instante em que os crimes relevantes deixaram de ser os “contra a vida” – com exceção à morte sofrida ou cometida pelos brancos mortos – para se fundirem num trinômio financeiros-empresariais-políticos.

Mas aqui, convenha-se que nada mais *panis et circenses* do que os ricos e poderosos que um dia estavam nos camarotes, sendo jogados aos leões os coliseus do destino. Tudo bem.

Escrevo isso sem querer me alongar sobre aqueles que insuflam os pré-julgamentos nos "casos famosos", além da triste e pífia espetacularização dos crimes, que antes eram restritas aos programas de TV e, hoje, são em demanda, perpetuando por dinheiro a desgraça humana da dor pela morte ou pela cadeia.

Mas por qual motivo a expectativa anterior ao Coliseu da desgraça insuflaria a grita? Quem teria vazado detalhes caolhos à mídia? Quem seriam as fontes dos jornalecos sensacionalistas e que acabariam dando entrevistas coletivas com *folders* institucionais, exatamente para comprovar que o Júri ainda é a vitrine das instituições que o difamam?

Mentalizem... Vejam... Observem... O que vocês já mentalizaram, viram e concluíram tantas e tantas vezes.

O Júri, caros leitores, deixou de ser um elemento de legitimidade do Poder Judiciário – e hoje se discute com tanta razão sobre ela, depois de tantos desmandos em julgados políticos, abusos de vencimentos e descrédito – para ser um falso algoz, um Atlas de todas as culpas do mundo judicial.

O Júri é caro demais? A piada vem pronta. Primeiro, pois os Júris, em regra, só começam quando os Fóruns estão abertos ao público, algo que só acontece no período da tarde. Antes, não sabemos o que acontece em tais recintos – certamente os Júris não estão acontecendo.

"Mas os julgamentos vão até tarde!" Com base em quais estatísticas, isso é afirmado? E se verdade fosse (não é), por qual motivo isso incomoda quem poderia estar em casa logo depois do expediente em que os Fóruns.

"Mas os julgamentos são adiados!" E quem são os integrantes da classe média alta, empresários, gerentes de bancos, donos de bancos, profissionais liberais que são convocados – e não recebem dispensa, deixe-se claro – dentre os jurados, justamente esses que poderiam, com maior tranquilidade e sem preocupação, prestar o serviço público e legitimador até de suas críticas, sem colocar em risco o seu ganha-pão?

E claro que podemos pensar no problema sobre a lista de jurados e seu número mínimo. Sim, podemos. Mas nos lembrando sempre que é um problema de sintonia fina, como ao falar da combustão nas válvulas de uma Ferrari Monza enquanto engatinhamos com Fuscas (eternos, intocáveis, mas antigos e elementares), subindo as ladeiras do acaso.

Ou, para os afeitos à arquitetura das coisas, seria como pensarmos sobre os vasos sanitários de mármore das coberturas, enquanto o tema são as fundações do prédio feitas com as areias das praias de conchas.

Um dia a casa cai... Para o réu. E essa culpa será sempre das paredes bem-intencionadas, firmes em suas pobreza, mas jamais dos engenheiros descuidados em seus cálculos.

Podemos pensar sim na lista de jurados, repito! Mas, então, enxerga-se outro problema: qual seria a relevância disso, se a própria dinâmica de escolha é instigadora de preconceitos e as "partes" não sabem quem é quem e, não lhes são permitidas as indagações como ocorre no Júri americano, nosso norte segundo as próprias observações de Ruy?

Eu deixo de escolher um jurado pobre, se o crime ocorreu entre pobres e a polícia é suspeita de abusos; deixo de escolher um negro, se o crime é cometido por um branco contra um negro; deixo de escolher o oriental, se o crime é contra a honra em razão de sua afamada (e falsa) orientação moral rígida... Ora, de que valem as regras se elas não são instrumentalizadas para o saber?

Brinquemos. Qual o tema processualístico mais complexo do rito do Júri? É claro ser a pronúncia. Mas como falar dos abusos da pronúncia, sempre indicadores de pré-julgamentos, se todos os brasileiros são instigados por ou têm por característica pré-julgar alguém? Sim, do rosto do investigado sendo mostrado à força para as câmeras nos programas vespertinos, ao furo de reportagem do jornal respeitado, indicando o A ou B da linha editorial da moda, sempre a depender de qual a vertente dos leitores ou telespectadores que o consomem. Prestem atenção ao termo: "que o consomem".

Ora, se é das escrituras (seguidas por enorme parte da população brasileira quanto a caber ao juiz lavar as mãos e enviar ao povo) que o lavar das mãos deveria gerar um inocente salvo pelas conjunturas do destino e pela vontade popular, como mudar a lógica da decisão de pronúncia se até um termo em latim inventaram para ela – *in dubio pro societates*?

Gente do céu – desculpem o termo mais oral do que escrito: quem inventou que a dúvida deve ser a favor da sociedade se o Júri é um direito individual, garantido pela Carta Constitucional? Quem inventou isso que não soube que a Constituição da República Federativa foi promulgada em 1988?

São tantos os temas.

O que acham de falar sobre neurociência e a capacidade dos homens e mulheres modernos de ficarem atentos, em cognição profunda e atenta durante horas e horas, como são os discursos finais das partes? Alguém, no tempo das notícias que nos chegam meio-dia, antes do próximo jornal impresso, ainda acredita que alguém é capaz de ser, ficar e estar atento por tanto tempo?

Novamente, a piada vem pronta.

E os jurados, esses últimos sobre os quais pensamos – embora os acusados estejam lutando para não perder essa posição histórica –, que começam os julgamentos, desde a alteração de 2008, lendo peças judiciais em jargões enfadonhos, com fingimento de língua arcaica, como sedimentou Lima Barreto no século passado?

Por qual motivo os discursos não são menores, tendo um de abertura explicativo, alguns outros poucos (sempre curtos, de 5 a 10 minutos) com comentários sobre testemunhas e peritos que acabaram de ser ouvidos e, depois, um encerramento inteligente?

Tudo bem, isso pode ser um devaneio. Mas antes de você pensar isso, contribua para a ciência e instigue um colóquio com acadêmicos das ciências neurais e psíquicas... O que fazemos, afirmo sem medo, beira a anedota, embora com a liturgia das coisas sérias.

Desculpem-me esse texto, de coração. Adoraria transcrever trechos de Magarinos, Lyra, Tranjan Evandro, Evaristo, Mougénot, Lachaud, Floriot, Robert, Darrow, Erskine, Magalhães, Badaró, Espínola, Ary e tantos outros. Todos estão aqui, às vistas dos meus olhos.

Louvo-os como ninguém. São cientistas sérios, uns de agora, outros de seus tempos. Mas o drama é novo e precisamos de olhares renovados.

## Notas

<sup>1</sup> FIGUEIREDO, Guilherme. In "O Adeus a um grande brasileiro". Jornal "O Globo"1995.

Autor convidado

TEMA:

# PRINCÍPIO DA COMUNHÃO DA PROVA

## Supremo Tribunal Federal

EMENTA: ADOGADO. **Investigação sigilosa do Ministério Público Federal. Sigilo inoponível ao patrono do suspeito ou investigado.** Intervenção nos autos. **Elementos documentados. Acesso amplo.** Assistência técnica ao cliente ou constituinte. Prerrogativa profissional garantida. Resguardo da eficácia das investigações em curso ou por fazer. Desnecessidade de constarem dos autos do procedimento investigatório. HC concedido. Inteligência do art. 5º, LXIII, da CF, art. 20 do CPP, art. 7º, XIV, da Lei nº 8.906/94, art. 16 do CPPM, e art. 26 da Lei nº 6.368/76 Precedentes. **É direito do advogado, suscetível de ser garantido por habeas corpus, o de, em tutela ou no interesse do cliente envolvido nas investigações, ter acesso amplo aos elementos que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária ou por órgão do Ministério Público, digam respeito ao constituinte.**

(HC 88190, Relator(a): CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 29/08/2006, DJ 06-10-2006 PP-00067 EMENT VOL-02250-03 PP-00643 RTJ VOL-00201-03 PP-01078 LEXSTF v. 28, n. 336, 2006, p. 444-455) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6324**).

EMENTA: "HABEAS CORPUS" - CRIMES DE ROUBO, EXTORSÃO E USURA PECUNIÁRIA - ENVOLVIMENTO, EM REFERIDAS PRÁTICAS DELITUOSAS, AO LADO DE OUTROS AUTORES, DE EX-POLICIAL CIVIL - POSSIBILIDADE DE O MINISTÉRIO PÚBLICO, EM TAL HIPÓTESE, FUNDADO EM INVESTIGAÇÃO POR ELE PRÓPRIO PROMOVIDA, FORMULAR DENÚNCIA CONTRA REFERIDOS AGENTES - VALIDADE JURÍDICA DESSA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA - (...).

(...)

**CONTROLE JURISDICIONAL DA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO: Oponibilidade, a estes, do sistema de direitos e garantias individuais, quando exercido, pelo "Parquet", o poder de investigação penal.**

(...)

- O procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público deverá conter todas as peças, termos de declarações ou depoimentos, laudos periciais e demais subsídios probatórios coligidos no curso da investigação, não podendo, o "Parquet", sonegar, selecionar ou deixar de juntar, aos autos, quaisquer desses elementos de informação, cujo conteúdo, por referir-se ao objeto da apuração penal, deve ser tornado acessível tanto à pessoa sob investigação quanto ao seu Advogado.

- O regime de sigilo, sempre excepcional, eventualmente prevalecente no contexto de investigação penal promovida pelo Ministério Público, não se revelará oponível ao investigado e ao Advogado por este constituído, que terão direito de acesso - considerado o princípio da comunhão das provas - a todos os elementos de informação que já tenham sido formalmente incorporados aos autos do respectivo procedimento investigatório.

**Trecho do voto-condutor:** "Cabe assinalar, neste ponto, um outro aspecto relevante do tema ora em análise, considerados os diversos elementos probatórios já produzidos nos autos da persecução penal e, portanto, a estes já formalmente incorporados. **Refiro-me ao postulado da comunhão da prova, cuja eficácia projeta-se e incide sobre todos os dados informativos, que, concernentes à 'informatio delicti', compõem o acervo probatório coligido pelas autoridades e agentes estatais.**

Esse postulado assume inegável importância no plano das garantias de ordem jurídica reconhecidas ao investigado e ao réu, pois, como se sabe, **o princípio da comunhão da prova (ou da aquisição) da prova assegura, ao que sofre persecução penal - ainda que submetida esta ao regime de sigilo -, o direito de conhecer os elementos de informação já existentes nos autos e cujo teor possa ser, eventualmente, de seu interesse, quer para efeito de exercício da auto-defesa, quer para desempenho da defesa técnica.**

**É que a prova penal, uma vez regularmente introduzida no procedimento persecutório, não pertence a ninguém, mas integra os autos do respectivo inquérito ou processo, constituindo, desse modo, acervo plenamente acessível a todos quantos sofram, em referido procedimento sigiloso, atos de persecução penal por parte do Estado."**

(HC 85419, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 20/10/2009, DJe-223 DIVULG 26-11-2009 PUBLIC 27-11-2009 EMENT VOL-02384-02 PP-00252) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6325**).

**Nosso comentário:** Ao menos desde o julgamento do precedente paradigma (HC 88190/RJ) da Súmula Vinculante n.º 14, o STF tem firmado o entendimento de que os elementos informativos, uma vez documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária ou por órgão do Ministério Público, não podem ter seu acesso sonogado ao advogado, quando digam respeito ao constituinte. Como ilustra outro precedente (HC 85419/RJ) da Segunda Turma transcrito acima, mencionou-se expressamente o princípio da comunhão da prova, segundo o qual a prova, desde que regularmente introduzida, passa a

pertencer ao procedimento persecutório, pouco importando quem a produziu.

## Superior Tribunal de Justiça

RECURSO EM HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO APAGÃO. CRIME DE RESPONSABILIDADE. FRAUDE À LICITAÇÃO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. **DILIGÊNCIAS DE BUSCA E APREENSÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NEGATIVA DE ACESSO À TOTALIDADE DOS MATERIAIS LOCALIZADOS. NULIDADE CONFIGURADA.** RECURSO PROVIDO.

1. Nos casos em que é autorizada a realização de busca e apreensão, apesar de o relatório confeccionado sobre o resultado da diligência ficar adstrito aos elementos relacionados com os fatos sob apuração, deve ser assegurado à defesa acesso à íntegra dos dados obtidos no cumprimento do mandado judicial. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior.

2. Na espécie, vê-se que, **embora a diligência de busca e apreensão haja sido autorizada e cumprida antes do recebimento da denúncia, com apresentação de relatório pela autoridade policial, foi confeccionado outro relatório pelo Ministério Público, juntado aos autos depois do início da colheita da prova, com conteúdo diverso daquele formalizado pela polícia.**

3. Boa parte do conteúdo que foi analisado em razão da busca e apreensão autorizada antes do recebimento da denúncia só foi levado a conhecimento do Juízo natural da causa e da defesa dos acusados muito depois de iniciada a instrução processual, visto que a primeira audiência ocorreu quase nove meses antes da juntada aos autos do laudo pericial confeccionado pela área técnica do Ministério Público estadual.

4. Conquanto as decisões proferidas pelas instâncias ordinárias tenham considerado que a totalidade dos elementos constantes das mídias eletrônicas apreendidas, que interessavam à persecução criminal, fora inserida nos relatórios confeccionados pela autoridade policial e pelo Ministério Público e juntadas aos autos da ação penal objeto deste recurso, **a própria manifestação ministerial indubitavelmente denota que não se concedeu aos advogados do recorrente a possibilidade de analisarem a totalidade (e integridade) dos conteúdos obtidos nos materiais apreendidos para verificar a existência de outros eventuais dados que fossem relevantes à tese de defesa do acusado.**

5. Iniciada a ação penal, com o oferecimento da denúncia, cumpria ao Ministério Público "abrir" para a defesa todo o material objeto dos diversos mandados de busca e apreensão judicialmente autorizados (computadores, tablets, cartões de memória, pen-drives, telefones celulares, mídias diversas, documentos, etc.), aos quais a defesa não tivera acesso até então.

6. **O comportamento do titular da ação penal, com o respaldo judicial, de privar a defesa do acesso à integralidade dos elementos probatórios relativos à imputação, compromete a idoneidade do processo** - como espaço civilizado, ético e paritário de solução de uma controvérsia penal - **e afeta, significativamente, a capacidade defensiva de, no momento oportuno, refutar a**

**acusação e produzir contraprova.**

7. **Não se pode deferir ao órgão que acusa a escolha do material a ser disponibilizado ao réu e a dar lastro à imputação, como se a ele pertencesse a prova. Na verdade, as fontes e o resultado da prova são de interesse comum de ambas as partes e do juiz (princípio da comunhão da prova). A prova não se forma para a satisfação dos interesses de uma das partes, sobretudo daquela que acusa.** Se esta obtém, via mandado judicial, uma diversidade de documentos e materiais supostamente contrários ao interesse do acusado, não lhe é lícito o comportamento de privar este último do acesso a todo esse material, até para que se certifique de que nada há nele que possa auxiliar sua defesa.

8. Pode o Ministério Público, por certo, escolher o que irá supedanear a acusação, mas o material restante, supostamente não utilizado, deve permanecer à livre consulta do acusado, para o exercício de suas faculdades defensivas. Essa é a ratio essendi da Súmula Vinculante n. 14 do STF.

9. A fim de resguardar a intimidade dos demais investigados em relação aos quais foi cumprida diligência de busca e apreensão, basta que se colha dos advogados o compromisso de não dar publicidade ao material examinado e que não interesse, direta ou indiretamente, à defesa de seu cliente.

10. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que, em homenagem ao art. 563 do Código de Processo Penal, não se declara a nulidade do ato processual se a irregularidade: a) não foi suscitada em prazo oportuno e b) não vier acompanhada da prova do efetivo prejuízo para a parte.

11. No que toca ao primeiro requisito, o recorrente demonstrou haver, desde o início da ação penal, postulado o acesso a todo o material apreendido em razão do cumprimento de mandado judicial de busca e apreensão.

12. **O prejuízo suportado pelo ora recorrente é ínsito ao próprio vício constatado, ao não lhe ter sido franqueado o exame, antes do início da instrução criminal, dos dados colhidos em cumprimento ao mandado de busca e apreensão, diante da possibilidade de existência de elementos que pudessem interessar à sua defesa.**

13. Recurso provido para anular o processo desde o ato de recebimento da denúncia, de sorte a permitir à defesa a prévia consulta à totalidade dos documentos e objetos apreendidos em decorrência do cumprimento dos mandados de busca e apreensão expedidos na ação penal objeto deste recurso, abrindo-se, a seguir, prazo para apresentação de resposta à acusação.

(RHC 114.683/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/04/2021, DJe 27/04/2021) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6326**).

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. 1. OPERAÇÃO PARAÍSO FISCAL. MEDIDA DE BUSCA E APREENSÃO. ELEMENTOS DE PROVA PERDIDOS EM PARTE. PLEITO NULIDADE DA MEDIDA. IMPOSSIBILIDADE. 2. **PROVA PERDIDA. AUSÊNCIA DE NULIDADE. CONSEQUÊNCIA JURÍDICA. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO. PROVAS QUE PERMANECEM. AUSÊNCIA**

**DE "CONTAMINAÇÃO"**: 3. PERDA QUE DEVE SER JUSTIFICADA PELO APARATO ESTATAL. CONTEXTO A SER ANALISADO PELO MAGISTRADO DE ORIGEM. PRECEDENTE DA QUINTA TURMA. RHC 74.655/DF. 4. ELEMENTOS QUE SUBSIDIAM A ACUSAÇÃO. PREJUÍZO AO EXERCÍCIO ACUSATÓRIO. SITUAÇÃO BENÉFICA À DEFESA. 5. PARIDADE DE ARMAS OBSERVADA. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA PROVA EXTRAVIADA POR AMBAS AS PARTES. 6. ESVAZIAMENTO DA JUSTA CAUSA DE PARCELA DA DENÚNCIA. NECESSIDADE DE EXAME PELO JUÍZO A QUO. PLEITO QUE DEMANDA REVOLVIMENTO FÁTICO E PROBATÓRIO. INCOMPATIBILIDADE COM A VIA ELEITA. 7. RECURSO EM HABEAS CORPUS A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A medida cautelar de busca e apreensão é meio de obtenção dos elementos de prova, não se confundindo com estes. Nesse contexto, embora a ilegalidade da medida possa contaminar os elementos de prova obtidos, tem-se que o contrário não se revela possível. Dessa forma, não há se falar em ilegalidade da busca e apreensão, em virtude do sumiço superveniente de parcela dos elementos de prova obtidos na diligência.

**2. A perda da prova em si não a torna nula em virtude desta circunstância. Com efeito, a consequência jurídica do extravio de uma prova é a impossibilidade, por ambas as partes, de sua utilização.** Nessa linha de intelecção, se a perda da prova não a torna nula, não há se falar em contaminação da prova que permanece nos autos.

3. Eventual impossibilidade de utilização das demais provas dos autos, em virtude de sua incompletude, deve ser aferida pelo Magistrado de origem por ocasião do julgamento de mérito, analisando-se a justificativa do aparato estatal para a perda das provas, bem como as alegações de ambas as partes a respeito do conjunto probatório. Precedente da Quinta Turma - RHC 74.655/DF, DJe 15/12/2016.

4. Conforme bem elucidado pela Corte local, "a rigor, se os elementos em questão eram importantes na argumentação acusatória, o prejuízo se dá quanto ao exercício da acusação, e não da defesa. Sem as provas, não poderá a acusação sustentar teses que porventura estejam nelas lastreadas. Nessa medida, a argumentação do impetrante acerca de lesão à paridade de armas não se sustenta, porquanto tem-se justamente o oposto, isto é, estrita paridade, que se manifesta na impossibilidade de qualquer das partes utilizar a prova ante seu extravio".

**5. O que não se admite é a utilização da prova pela acusação sem que se franqueie seu acesso à defesa, em virtude do seu sumiço ou mesmo por quebra da cadeia de custódia. No entanto, na hipótese, a prova deixará servir tanto à defesa quanto à acusação, em estrita observância ao princípio da paridade de armas e da comunhão da prova.**

6. No que diz respeito ao eventual esvaziamento da justa causa de parcela da denúncia, em virtude das provas perdidas, registro que a matéria deve ser analisada pelo Magistrado de origem, uma vez que se trata de providência que demanda revolvimento dos fatos e das provas, o que se mostra incompatível com a via eleita.

7. Recurso em habeas corpus a que se nega provimento.

**Trecho do relatório:** "No presente recurso, a defesa reitera que,

'se a prova usada como matéria-prima da imputação se perde misteriosamente e sem explicação nas mãos da Polícia Federal e do Ministério Público Federal, como ocorreu *in casu*, daí só pode resultar a nulidade da íntegra da medida cautelar em que foi produzida, e não apenas de uma parcela do seu conteúdo.'

Destaca que "a Polícia Federal admitiu que perdeu, simplesmente perdeu, cerca de 30% do produto probatório da respectiva medida cautelar, correspondente a 4 períodos de quebra de sigilo telemático", sendo que a denúncia faz expressa referência a e-mail datado de 18/7/2011, o qual não consta dos autos."

(RHC 145.418/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/06/2021, DJe 08/06/2021) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6327**).

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. 1. OPERAÇÃO CAIXA DE PANDORA. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIA. DISCRICIONARIEDADE MOTIVADA DO MAGISTRADO. ART. 400, § 1º, DO CPP. DESTINATÁRIO DA PROVA. 2. PROVA QUE NÃO SE MOSTRA IRRELEVANTE, IMPERTINENTE OU PROTETATÓRIA. PERÍCIA EM EQUIPAMENTO DE GRAVAÇÃO. 3. DÚVIDAS SOBRE A EXISTÊNCIA E A LOCALIZAÇÃO DO EQUIPAMENTO. ÔNUS QUE NÃO PODE SER IMPUTADO À DEFESA. ACAUTELAMENTO POR ÓRGÃOS ESTATAIS. 4. AMPLA DEFESA, CONTRADITÓRIO E PARIDADE DE ARMAS. PRINCÍPIOS QUE DEVEM SER PRIVILEGIADOS NO PROCESSO PENAL. PERÍCIA QUE SE FAZ NECESSÁRIA. 5. INDÍCIOS DE MANIPULAÇÃO. NECESSIDADE DE FRANQUEAR PRODUÇÃO DE CONTRAPROVA. 6. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO.

1. Não se desconhece a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que cabe ao Magistrado, como destinatário da prova, indeferir as diligências que entender irrelevantes, impertinentes ou protetatórias, conforme dispõe o art. 400, § 1º, do Código de Processo Penal.

2. No sistema acusatório, cada parte do processo penal tem seu papel delineado de modo a fortalecer a dialética, possibilitando à acusação a produção da prova necessária a demonstrar a efetiva prática da conduta imputada ao réu e, da mesma forma, autorizando-se a defesa a produção da contraprova, apta a desconstituir a diligência incriminadora. Nesse contexto, não pode ser considerado impertinente o pedido de perícia no equipamento de gravação utilizado pelo colaborador Durval Barbosa.

3. Não cabe à defesa informar onde está nem como ocorreu a apreensão do equipamento de gravação, mas sim aos órgãos investigativos estatais, responsáveis pela apreensão e custódia do equipamento. Portanto, eventual inviabilidade relativa à apreensão e perícia do aparelho utilizado pelo colaborador deve ser justificada pelo aparato estatal, cabendo ao juiz valorar referida circunstância bem como a prova que se deixou de produzir por desídia estatal em custodiar elementos de prova utilizados pela acusação e suprimidos do crivo da defesa.

**4. A prudência recomenda seja privilegiada a ampla defesa na situação retratada, por meio do efetivo contraditório e da paridade de armas, consistente na possibilidade de a defesa realizar a contraprova relativa à prova trazida pela acusação.**

**Com efeito, tendo o Ministério Público se utilizado de gravações ambientais para formular acusações, nada mais coerente que a defesa possa questioná-las, principalmente no caso dos autos, em que há indícios de manipulação.**

5. Existindo possibilidade concreta de adulteração e mesmo exclusão/substituição do aparelho de escuta/imagem, como resultado da gravação ambiental judicialmente autorizada e realizada na fase investigativa, “viola a garantia à ampla defesa a decisão que indefere pleito de realização de perícia técnica tendente a demonstrar a integralidade e higidez do material em questão” (HC 348.472/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 02/06/2016, DJe 14/06/2016). Inteligência dos arts. 159, § 5º, e 400, § 1º, ambos da Lei Adjetiva Penal, e dos arts. 5º, LV, e 93, IX, da CF/88.

6. Recurso em habeas corpus provido, para determinar à Secretaria de Segurança Pública do Distrito Federal que encaminhe ao Juízo da 7ª Vara Criminal de Brasília “o hardware e software utilizado para a realização da gravação do vídeo em que aparece a pessoa do peticionante, apreendidos no gabinete do delator DURVAL BARBOSA na Secretaria de Relações Institucionais”.

**Trecho do voto-condutor:** “Não se pode, ademais, afirmar se tratar de busca aleatória, por não se saber o destino e as circunstâncias da apreensão dos equipamentos, uma vez que não cabe à defesa informar onde está nem como ocorreu a apreensão, mas sim aos órgãos investigativos estatais, responsáveis pela apreensão e custódia do equipamento. Portanto, eventual inviabilidade relativa à apreensão e perícia do aparelho utilizado pelo colaborador deve ser justificada pelo aparato estatal, cabendo ao juiz valorar referida circunstância bem como a prova que se deixou de produzir por desídia estatal em custodiar elementos de prova utilizados pela acusação e suprimidos do crivo da defesa.

(...)

**Não se pode descurar que a prova produzida nos autos não pode servir apenas aos interesses do órgão acusador, sendo imprescindível a preservação da sua integralidade, viabilizando-se, assim, o exercício da ampla defesa, por meio da efetiva possibilidade de a defesa refutar a tese acusatória.** Assim, deve se franquear à defesa seu legítimo direito de produção probatória, em observância à garantia da paridade de armas, corolário da ampla defesa e do contraditório, constitucionalmente garantidos.”

(RHC 74.655/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 15/12/2016) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6328**).

**Nosso comentário:** Como ilustra um recentíssimo precedente selecionado (RHC 114.683/RJ), a Sexta Turma do Tribunal, inspirada no princípio da comunhão da prova, manifestou o entendimento de que não cabe ao órgão de acusação selecionar qual parcela do material probatório será disponibilizado ao réu. Interessa destacar que, de acordo com o Colegiado, tal postura afeta não apenas a capacidade defensiva de ter ciência de todo acervo probatório e, oportunamente, refutar a imputação e produzir contraprova, mas também a própria idoneidade do processo. Por fim, mencionou-se que, diante da possibilidade

de existência de elementos relevantes à defesa dentre aqueles que não foram disponibilizados, o prejuízo é ínsito ao vício.

No âmbito da Quinta Turma, colhe-se precedente (RHC 74.655/DF) no qual o Ministério Público se valeu de gravações ambientais para formular acusações, sendo que a defesa buscava ver assegurada a realização de perícia técnica no equipamento utilizado para realizar tais gravações, sob o argumento de que, havendo indícios de manipulação dos diálogos, nada mais coerente do que ter-se a oportunidade de questioná-los. Ao julgar o caso, o Colegiado acolheu a argumentação defensiva sob o fundamento de que a prova produzida nos autos não pode servir apenas aos interesses do órgão acusador, sendo imprescindível a preservação da sua integralidade. Por outro lado, em situação na qual houve comprovada perda de parcela relevante do resultado de medida cautelar – ou seja, não foi preservada a integralidade da prova –, a mesma Quinta Turma manifestou (RHC 145.418/SP) entendimento em sentido oposto, fundamentando que essa circunstância não compromete a higidez do material remanescente.

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 Tófic 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**

#### OUIDORA

**Cleunice Valentim Bastos Pitombo**

**BOLETIM IBCCRIM** - ISSN 1676-3661

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

**EDITOR-CHEFE:** Daniel Zaclis.

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

**EDITORES EXECUTIVOS:** Helen Christo e Willians Meneses.

**ESTAGIÁRIO:** Andre Nunes.

**EXPEDIENTE EDITORIAL:** IBCCRIM.

#### CORPO DE PARECERISTAS DESTE VOLUME:

Ana Cristina Gomes (Universidad de Salamanca/USAL – Salamanca/Espanha), Antonio Marcos Quinupa (UNINTER, Brasil), Brenno Gimenes Cesca (EPM – São Paulo/SP), Christiane Heloisa Kalb (CESUSC – Florianópolis/SC), Christiano Falk Fragoso (UERJ – Rio de Janeiro/SP), Diogo Abineder Ferreira Nolasco Pereira (UFES – Vitória/ES), Eduardo Neves Lima Filho (UFPA – Belém/PA), Fernando Kazmierczak (UENP – Curitiba/Paraná), Guilherme Siqueira Vieira (FATEC – Curitiba/PR), Gustavo Noronha de Avila (PUCRS - Porto Alegre/RS), Indaiá Lima Mota (UFBA – Salvador/BA), Isabela Albuquerque Mustafa (Universidade de Coimbra - Portugal), Iverson Kech Ferreira (Uninter-Curitiba/PR), Jhonatas Péricles Oliveira de Melo (Universidad de Salamanca – USAL – Espanha), Joel de Freitas (UNEMAT – Cáceres/MT), Julia Abrantes Valle (Universitat de Barcelona - UB/Espanha), Kauana Vieira da Rosa Kalache (Universidad da Califórnia em Los Angeles/EUA), Keity Mara Ferreira de Souza e Saboya (UFRN – Natal/RN), Lucas da Silva Santos (PUCRS - Porto Alegre/RS), Luiz Fernando Kazmierczak (UENP – Curitiba/Paraná), Octavio Augusto da Silva Orzari (UnB – Brasília/DF), Paola Bianchi Wojciechowski (UniBrasil–Curitiba/PR), Paulo Gustavo Lima e Silva Rodrigues (SEUNE – Maceió/AL), Sergio Grossi (UFF – Niterói/RJ), Thiago de Oliveira Demiciano (PUC – São Paulo/SP).

#### CORPO DE AUTORES(AS) DESTE VOLUME:

Daniel Marchionatti (USP – São Paulo/SP), David Pimentel Barbosa de Siena (UFABC – Santo André/SP), Gina Ribeiro Gonçalves Muniz (Universidad de Coimbra/Portugal), Igor Sant'Anna Tamasauskas (USP – São Paulo/SP), João Guilherme Gualberto Torres (UFES – Vitória/ES), Jorge Bheron Rocha (UNIFOR – Fortaleza/CE), Lucas Maia Carvalho Muniz (UniRuy – Salvador/BA), Nestor Eduardo Araruna Santiago (UFMG – Belo Horizonte/MG), Rafael Ferreira de Albuquerque Costa (Ibmec RJ – Rio de Janeiro/RJ) Raphael Boldt (Universität Hamburg – Alemanha), Thaila Fernandes da Silca (UFES – Vitória/ES), Thiago Anastácio, Vanessa Morais Kiss (PUC – 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

# APROVEITE

## A PROMOÇÃO DE CURSOS!

Para comemorar o Dia do Advogado Criminalista, celebrado no dia 02 de dezembro, e começar 2022 com o pé direito, o IBCCRIM preparou uma mega promoção: todos os cursos promovidos pelo Instituto com **descontos a partir de 20%**.



*Cursos disponíveis na modalidade EAD: estude no seu tempo!*

Aproveite, garanta a sua vaga e aprofunde os seus conhecimentos.



A promoção é válida do dia 02 de dezembro até o dia 31 de dezembro de 2021.

Inscrição na  
IBCCRIM Play

