

BOLETIM

Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

ISSN 1676-3661



ANO 30 - Nº 352 - MARÇO/2022



CADERNO DE DOCTRINA

4 O acesso autorizado a aparelhos *smart*: burla ao agente infiltrado digital?

Nereu Giacomolli e Luiz Eduardo Cani

7 Emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido: roubo majorado ou qualificado?

Luciano Anderson de Souza

9 Uma análise de exigência de exame criminológico e sua contribuição para a superlotação carcerária capixaba

Thainá Lopes Dellacqua e André Filipe Pereira Reid dos Santos

12 Os "falsos positivos" colombianos e brasileiros: a construção de inimigos e as políticas de morte

Maria Julia de Barros e Pedro Camargos

16 Protagonismo restaurativo e sistema criminal brasileiro

João Victor Figueira Palhares

19 A volta ao mundo em 80 dias e a prova indiciária

Fernando Procópio Palazzo

22 Breves considerações acerca das políticas "crimigratórias" durante a crise da Covid-19

Leonardo Bortolozzo Rossi

24 Aporofobia e Direito Penal: o crime de ódio contra moradores de rua e a necessidade de aprovação do PL 3.135/20

Evânio Moura

26 Desacato: um tipo penal convidativo ao abuso

Alexandre de Lima Castro Tranjan

DIÁLOGOS

28 "Quando [é] necessário" o acesso pela defesa aos elementos de prova? O Art 3-B, XV, CPP à luz dos precedentes da SV14

Henrique de Sá Valadão Lopes

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

TEMA: CONSERVAÇÃO DOS ATOS PRATICADOS POR JUÍZO INCOMPETENTE

32 Supremo Tribunal Federal

34 Superior Tribunal de Justiça

IR ALÉM DAS FRONTEIRAS DO MUNDO CRIMINAL

O Direito Penal é ensinado nas faculdades de Direito, aplicado nos tribunais, sentido nos presídios, pensado e discutido no mundo acadêmico. Igual fenômeno pode ser observado com o Direito Processual Penal e a Criminologia. As Ciências Criminais, assim como ocorre em qualquer área científica ou técnica, têm um âmbito específico de produção, discussão e aplicação.

Mas o debate sobre as Ciências Criminais ultrapassa as fronteiras do mundo criminal. Ele se dá em toda a sociedade: na televisão, na imprensa, na internet, nas redes sociais, nas famílias, no trabalho, na política, nas outras áreas do conhecimento humano. É um assunto que interessa a todos. Por vários motivos e de diferentes maneiras, as Ciências Criminais afetam a vida de toda a população. O crime é parte da vida cotidiana.

Essa relação entre Ciências Criminais e sociedade não é uma via de mão única, como se fosse apenas o Direito Penal a interferir nas relações sociais. A percepção da sociedade em relação às Ciências Criminais afeta de forma significativa esse campo do conhecimento, bem como a própria produção legislativa e a aplicação judicial do Direito Penal e Processual Penal. Por exemplo, o tratamento dado pelos meios de comunicação modifica, condiciona, amplia ou mesmo subverte os conceitos e os princípios das Ciências Criminais.

Entre outras consequências, essa complexa e multidisciplinar interação do Direito Penal com a sociedade – relação essa insubmissa a cânones dogmáticos e continuamente modificada pela atuação dos atores sociais – conduz a uma conclusão. Se a missão do IBCCRIM é aperfeiçoar e transformar o sistema penal brasileiro, por meio da produção e do debate científicos – se esse é o objetivo fundamental que reúne todas as associadas e associados –, é indispensável que o conhecimento e o diálogo produzidos no âmbito do instituto extrapolem as fronteiras do mundo criminal.

A disjuntiva é evidente. Ou o IBCCRIM dialoga com a sociedade ou falhará em sua missão de melhorar o sistema penal brasileiro. Não há avanço possível se a percepção dos temas penais pela população – o que naturalmente inclui os operadores do Direito, bem como seus familiares e amigos – é moldada por simplismos, preconceitos, enviesamentos e sofismas.

O IBCCRIM precisa falar com o grande público, tanto para recordar os princípios e garantias do Estado Democrático de Direito, como para desvelar a injustiça, o racismo, a seletividade e o desequilíbrio presentes em muitos enquadramentos relativos às Ciências Criminais que vão se perpetuando na sociedade. Também aqui a relação não é uma via de mão única. A interação com a sociedade é fundamental para que a produção científica e as atividades desenvolvidas pelo IBCCRIM não sejam teóricas, sem aderência com a realidade.

A proposta é estabelecer um verdadeiro diálogo. O instituto não vai “ensinar” Ciências Criminais à população, numa espécie de relação entre professor e aluno. Em sua interação com a sociedade, o IBCCRIM tem também muito a aprender sobre outras perspectivas, novos olhares e diferentes experiências.

Essa abertura à sociedade, sem se encerrar nas fronteiras do mundo criminal, não significa descuidar da técnica, da profundidade ou do rigor acadêmico. Ao contrário. A principal contribuição que o IBCCRIM pode oferecer ao debate público provém precisamente da excelência de sua produção científica – excelência, que é também fruto da pluralidade, diversidade e multidisciplinaridade.

Junto ao rigor científico, é necessário cuidar para que essa perspectiva de comunicação – a incessante busca pelo diálogo além das fronteiras do mundo criminal – esteja presente em toda atividade do IBCCRIM e nas atividades de suas associadas e associados. Mais do que almejar uma maior presença nos meios de comunicação ou maior número de seguidores nas redes sociais, trata-se de estabelecer um diálogo sincero, aberto e transparente com todas e todos.

Nessa comunicação, não basta a boa vontade. Não é mera questão de disposição. É preciso tornar o conteúdo técnico compreensível para o maior número possível de pessoas. As Ciências Criminais não podem ter uma linguagem hermética, inacessível para o grande público. Da mesma forma, o Estado Democrático de Direito, com suas consequências e requisitos, também deve ser compreensível para a população. Não é tarefa fácil, mas também não é impossível. O desafio da comunicação e do diálogo aberto é uma jornada de aprendizado contínuo.

Essa maior abertura do IBCCRIM suscitará reações, tanto positivas como negativas. Não há como escapar disso, não há porque temê-las. Muitas vezes, as críticas são ocasião de ajuste e de correção, seja do tom usado, seja do próprio conteúdo transmitido. Mas sempre são novas oportunidades de diálogo: de ouvir, de explicar o que foi dito, de reduzir ruídos, de pedir desculpas por eventuais excessos ou equívocos, como também de reafirmar corajosamente pontos e aspectos fundamentais das Ciências Criminais – sem ferir, mas também sem a pretensão ingênua de agradar a todos.

É necessário, é urgente, é imprescindível difundir uma melhor compreensão das Ciências Criminais para além das fronteiras do mundo criminal. E é tarefa nossa: do instituto e de todas as associadas e associados.

Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

BOLETIM

4. **O acesso autorizado a aparelhos *smart*: burla ao agente infiltrado digital?**
Nereu Giacomolli e Luiz Eduardo Cani
7. **Emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido: roubo majorado ou qualificado?**
Luciano Anderson de Souza
9. **Uma análise de exigência de exame criminológico e sua contribuição para a superlotação carcerária capixaba**
Thainá Lopes Dellacqua e André Filipe Pereira Reid dos Santos
12. **Os "falsos positivos" colombianos e brasileiros: a construção de inimigos e as políticas de morte**
Maria Julia de Barros e Pedro Camargos
16. **Protagonismo restaurativo e sistema criminal brasileiro**
João Victor Figueira Palhares
19. **A volta ao mundo em 80 dias e a prova indiciária**
Fernando Procópio Palazzo
22. **Breves considerações acerca das políticas "crimigratórias" durante a crise da Covid-19**
Leonardo Bortolozzo Rossi
24. **Aporofobia e Direito Penal: o crime de ódio contra moradores de rua e a necessidade de aprovação do PL 3.135/20**
Evânio Moura
26. **Desacato: um tipo penal convidativo ao abuso**
Alexandre de Lima Castro Tranjan
28. **DIÁLOGOS**
"Quando [é] necessário" o acesso pela defesa aos elementos de prova? O Art 3-B, XV, CPP à luz dos precedentes da SV14
Henrique de Sá Valadão Lopes
32. **CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA**
Tema: Conservação dos atos praticados por juízo incompetente

O ACESSO AUTORIZADO A APARELHOS SMART: BURLA AO AGENTE INFILTRADO DIGITAL?

THE AUTHORIZED ACCESS TO SMART DEVICES: CHEAT TO THE DIGITAL UNDERCOVER AGENT?

Nereu Giacomolli

Doutor em Processo Penal pela Universidad Complutense de Madrid com estágio pós-doutoral na Università degli studi di Torino. Professor do programa de pós-graduação em Ciências Criminais pela PUCRS e em Direito da Universidade Autónoma de Lisboa. Advogado.
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5969235847033808>
ORCID: 0000-0003-1753-0334
nereu@giacomolli.com

Luiz Eduardo Cani

Doutorando em Ciências Criminais na PUCRS. Bolsista da CAPES.
Professor. Advogado.
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8283452898258709>
ORCID: 0000-0003-4016-5945
luiz@cani.adv.br

Resumo: No embalo das técnicas especiais de investigação, introduziu-se no Brasil a figura emblemática do agente infiltrado digital, sem, contudo, um regramento mínimo: sequer foi definido o meio para tal infiltração. Daí decorre o recurso a *malwares* e outras práticas extremamente invasivas. Paralelamente, vê-se o crescente uso do acesso a aparelhos eletrônicos para obtenção de informações – não raro, provas produzidas antecipadamente desde o início das investigações. Analisou-se algumas peculiaridades desses dois meios de obtenção de prova.

Palavras-chave: Crime organizado - Interceptação telefônica - Busca e apreensão.

Abstract: In the trail of special investigation techniques, the emblematic figure of the digital undercover agent was introduced in Brazil, without, however, a minimum regulation: the manner for such infiltration was not even defined. On account of this, the resort to malware and other extremely invasive practices. At the same time, there is the growing use of access to electronic devices to obtain information – frequently, evidences produced anticipatedly in the beginning of the investigations. Some peculiarities of these two means of obtaining evidence were analyzed.

Keywords: Organized crime - Telephone interception - Search and seizure.

O acesso autorizado a aparelhos *smart*: burla ao agente infiltrado digital?

1. A introdução de técnicas especiais de investigação se deve à Convenção de Palermo, por meio da qual os Estados signatários se comprometem a introduzir nos respectivos ordenamentos jurídicos, desde que compatível aos princípios fundamentais, técnicas de entrega vigiada, vigilância eletrônica, operações de infiltração e outras técnicas de vigilância destinadas a “combater eficazmente a criminalidade organizada” (art. 20, item 1, do Decreto 5.015/04).

Dentre essas técnicas, elencamos: (a) interceptação telefônica (Lei 9.296/96); (b) captação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos e/ou acústicos (art. 8º-A da Lei 9.296/96); (c) ação controlada (art. 1º, § 6º, da Lei 9.613/98; art. 53, II, da Lei 11.343/06; e arts. 8º e 9º da Lei 12.850/13); (d) infiltração de agentes (art. 1º, § 6º, da Lei 9.613/98; art. 53, I, da Lei 11.343/06; e arts. 10 a 14 da Lei 12.850/13); (e) afastamento de sigilos bancário, fiscal, financeiro e eleitoral (art. 1º, §§ 3º e 4º, da Lei complementar 105/01; art. 198, § 1º, do CTN; arts. 28 e 29 da Lei 7.492/86; art. 94-A, I, da Lei 9.504/97; e art. 30-A, § 1º, da Lei 9.504/97 c/c art. 22, VIII, da Lei complementar 64/90); (f) acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados constantes em bancos de dados públicos e privados, e a informações eleitorais ou comerciais (arts. 15 a 17 da Lei 12.850/13); (g) delação premiada (art. 159, § 4º, do Código Penal; art. 25, § 2º, da Lei da 7.492/86; art. 16, parágrafo único, da Lei 8.137/90; art. 8º, parágrafo único, da Lei 8.072/90; art. 1º, § 5º, da Lei 9.613/98; arts. 13 a 15 da Lei 9.807/99; art. 41 da Lei 11.343/06; e arts. 3º-A a 7º da Lei 12.850/13); (g) acordo de leniência (arts. 86 e 87 da Lei 12.529/11, com efeitos na esfera penal por força dos arts. 13 a 15

da Lei 9.807/99); (h) compra direta de informações (Lei 13.608/18); e (i) cooperação jurídica internacional (art. 3º, VIII, da Lei 12.850/13 c/c Decretos 6.747/09 e 9.662/19).

As diretrizes da Convenção de Palermo foram elaboradas em face do *maxi* processo da *Cosa Nostra*, na Sicília, o maior processo italiano contra uma organização criminosa existente até então, seguido pelo atual *maxi* processo em razão da *Ndrangheta*, na Lombardia. Devido ao conjunto de dificuldades na persecução na busca de provas acerca dos crimes, a vigilância constante pretendida na Convenção mira os aparelhos eletrônicos como excelentes fontes e meios.

Dito de outro modo, para perseguir crimes circunscritos aos pactos de silêncio (*omertà*), criaram-se mecanismos para incentivar os investigados a falar (delação premiada e acordo de leniência, *v.g.*) e estabeleceram-se técnicas de investigação reprodutoras das ações investigadas (dentre as disposições que regulamentam a infiltração de agentes, tem-se a autorização para a prática de alguns crimes, *v.g.*).

2. O compromisso com a introdução de técnicas especiais de investigação à vigilância da criminalidade organizada, por conta da adesão à Convenção de Palermo, ensejou a necessidade de apreciar as medidas compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro. Desde a promulgação, a Constituição Federal contempla, expressamente, medidas de interceptação das comunicações telefônicas (art. 5º, XII).

Indubitavelmente, o sigilo abrange toda a dimensão do preceito: correspondência, comunicação telegráfica, dados e comunicação telefônica – nessa ordem. Assim, tudo isso compõe a esfera da

inviolabilidade constitucional.

A exceção consiste em autorização constitucional ao afastamento do sigilo, por ordem judicial, conforme lei a ser editada (norma constitucional de eficácia contida por princípio institutivo) durante a *persecutio criminis*, isto é, tanto na fase de investigação quanto na processual.

Primeiro entrave: qual o “último caso”?

Três podem ser as respostas: (a) as comunicações, na medida em que vêm após as correspondências e os dados; (b) os dados e as comunicações telefônicas, pois separados das correspondências e das comunicações telemáticas; ou (c) as comunicações telefônicas, por estarem após a correspondência, a comunicação telemática e os dados. Qualquer outra resposta excede os limites dos sentidos.

Considerada a primeira resposta (a), implícito está que a inviolabilidade constitucional é atribuída aos dados e não à comunicação dos dados.¹ Para se considerar os dados e as comunicações telefônicas, é preciso ignorar que não se trata apenas do “último caso”, mas também do “penúltimo caso”. Restam, então, duas opções: a Constituição admite o afastamento do sigilo apenas das comunicações telefônicas ou também das comunicações telemáticas.

Entende-se que se trata de hipótese de afastamento apenas do sigilo das comunicações telefônicas. A consequência imediata dessa constatação é a de que as técnicas especiais de investigação não poderiam ser utilizadas para a obtenção de dados, pois afastariam, de maneira inconstitucional, a inviolabilidade do sigilo.

3. Mas não é esse o entendimento majoritário na doutrina e na jurisprudência. Muito diferente disso, as práticas jurídicas produziram uma cisão entre dado e registro, como se o registro não fosse um dado, para que se pudesse deixar de aplicar a inviolabilidade constitucional do sigilo de dados aos aparelhos eletrônicos. A consequência dessa operação foi uma situação paradoxal, na qual o sigilo existe e vale, mas não se aplica. Subsidiariamente, remanesceu a proteção constitucional à privacidade e à intimidade (art. 5º, X, CF).

Primeira burla: a jurisprudência afastou o sigilo constitucional dos dados a pretexto de estar tutelada apenas a comunicação. Assim, todos os dados decorrentes das comunicações passaram a receber tratamento constitucional muito menos protetivo. De invioláveis, os dados se tornaram apreensíveis. Apreensões que sequer pressupõem um rol taxativo de crimes por força dos quais poderiam ocorrer e culminar no periclitamento de aparelhos eletrônicos. Esse movimento possibilitou um alargamento das técnicas especiais de investigação, cujas práticas e utilização vêm se tornando cada vez mais amplas e profundas.²

Segunda burla: na falta de lei específica, passou-se a adotar a Lei 9.296/96 como parâmetro ao acesso autorizado aos aparelhos eletrônicos, como se todo acesso a dados fosse interceptação de comunicação telefônica ou equiparado. Faz-se de conta que não há diferença, ou talvez até oposição, entre a interceptação (durante a comunicação e desde um local distante do aparelho) e o acesso (após toda a atividade e em posse do aparelho).

4. A consequência da preponderância desses entendimentos é a admissibilidade da captura de dados por vários métodos de obtenção de prova. O mais comum passou a ser a apreensão dos aparelhos eletrônicos e o acesso aos dados nele contidos. A preponderância desse método se deve, certamente, aos requisitos menos rigorosos (admitido para a persecução de qualquer crime, sem prazo fixado para início e fim da medida e sem necessidade de apresentar muitos indícios para requerer autorização judicial – quando essa não é dispensada por se tratar de crime permanente), mas também por possibilitar uma devassa espaço-temporal limitada tão somente pelos dados armazenados no aparelho e nas contas a ele vinculadas.

Em outras palavras: basta apreender um aparelho eletrônico e obter autorização judicial para acessar todo o conteúdo armazenado e/ou vinculado³ (contas em quaisquer servidores: *e-mails*, nuvens, sistemas, redes sociais, sites de relacionamento, instituições financeiras, instituições de ensino, etc.). Implícito a essa autorização,

por conta da total ausência de regramento específico da medida, há entendimento de que todos os aplicativos e contas vinculados ao aparelho podem ser acessados (devassados), sem limitação temporal (burla do próprio limite temporal de duração da interceptação, prevista no art. 5º da Lei 9.296/96, utilizada como fundamento legal ao acesso ao aparelho eletrônico) e sem qualquer necessidade de apresentação de indícios e de apontamento de relação causal entre a persecução em andamento e a medida pretendida (burla ao princípio da especialidade da prova).

Portanto, trata-se de um método atípico de obtenção de prova, de proximidade entre investigador e aparelho, de acesso ilimitado ao conteúdo armazenado/vinculado, com poucos requisitos e muitos benefícios, com potencial muito mais invasivo do que a maioria das técnicas especiais de investigação, tratado como se fosse interceptação telefônica.

5. Outro método que pode se tornar cada vez mais comum é o do agente infiltrado digital, recentemente introduzido nos arts. 10-A a 11 da Lei 12.850/13 por meio da Lei 13.964/19. Trata-se de um método que, de certa forma, é fruto de uma tripla especialização. Primeira, do acesso autorizado a aparelho eletrônico, pois pressupõe autorização judicial, mas se dá sem a apreensão do aparelho. Segunda, da interceptação telefônica, na medida em que permite obter dados sobre as atividades realizadas durante o período da infiltração. Terceira, da infiltração de agentes, porquanto não são mais necessárias investidas presenciais.

Quiçá se possa dizer que, ao fim e ao cabo, tem-se uma especialização das técnicas especializadas de investigação, destinada à persecução de infração penal praticada por organização criminosa ou organização terrorista, ou de infrações penais previstas em tratados ou convenções, cuja execução tenha iniciado ou cujo resultado tenha se produzido no país (art. 10-A, § 3º c/c art. 1º da Lei 12.850/13).

Como se pode notar, mesmo em uma rápida leitura das disposições legais, não há regramento específico do meio à execução da infiltração de agentes. Daí porque no Brasil, assim como vem ocorrendo na Europa, para realizar a infiltração de agente digital, as polícias recorrem frequentemente ao uso de *malware*: programa de computador que se instala no aparelho após a quebra dos protocolos de segurança e permite a devassa do aparelho, inclusive a adulteração dos dados armazenados.⁴

6. Há inúmeras anomias e antinomias decorrentes do uso do *malware* para a infiltração de agentes: desde a já mencionada ausência de limitação dos meios à consecução da infiltração, passando pelo quase eterno prazo (em termos digitais) de até 720 dias (art. 10-A, § 4º, da Lei 12.850/13), até chegar à autorização de prática de crimes a fim de perseguir crimes (art. 10-C da Lei 12.850/13). Sem contar o já mencionado afastamento inconstitucional do sigilo de dados.

Interessa neste articulado, contudo, apenas a constatação de que se trata de medida excepcionalíssima e requer a apresentação de elementos de investigação que indiquem a prática de infração penal prevista no catálogo: relacionada à organização criminosa, organização terrorista, ou prevista em tratado ou convenção internacional.

Para executar a medida, o agente há de se aproximar do suspeito no espaço digital. Essa aproximação pode ocorrer por meio de solicitação de amizade em redes sociais, envio de mensagem por *e-mail* ou aplicativo de troca de mensagens ou, a medida mais invasiva, acessando aparelho eletrônico com quebra dos protocolos de segurança: seja utilizando técnicas de *hacking* manual ou lançando mão de ferramentas automatizadas (*softwares* como *malwares*, *keyloggers*, *trojans* etc.).

7. Portanto, as medidas de acesso com autorização judicial não são necessariamente distintas. A depender do meio utilizado na infiltração do agente digital, pode-se ter mera especialização do acesso autorizado a aparelhos eletrônicos. O *malware* é a “certa forma” que implica em uma tripla especialização ou em uma especialização das técnicas especiais de investigação: executado à distância, com acesso a todo o conteúdo armazenado e/ou vinculado, sem restrição

temporal para trás (embora delimitado temporalmente no futuro para até 720 dias).

Comparando-se uma medida a outra tem-se, por um lado (acesso autorizado a aparelho eletrônico), uma medida atípica, sem regramento específico, ilimitada temporalmente pela decisão judicial (o limite temporal do conteúdo decorre do momento da apreensão), executada de posse do aparelho, que precisa ser obtida após a apreensão lícita, admitida à persecução de qualquer infração penal (ou, quando aplicada a Lei 9.296/96 como parâmetro, para os crimes apenados com reclusão), e, por outro (infiltração de agente digital por meio de *malware*), uma medida típica, com regramento poroso, limitada temporalmente pela decisão judicial apenas em relação ao futuro (prazo máximo de 720 dias), executada à distância do aparelho sem necessidade de proximidade física, admitida apenas à persecução de infrações penais determinadas. Ambas comungam da devassa inconstitucional aos dados dos usuários, da vinculação à reserva jurisdicional e da ausência de restrição legal ao conteúdo armazenado/vinculado que pode ser obtido.

8. Última burla: o acesso autorizado a aparelho eletrônico para a persecução de crimes previstos na Lei 12.850/13. Lançar mão da apreensão de aparelhos eletrônicos na persecução dos crimes para os quais é cabível o agente infiltrado digital consiste tanto em violação ao princípio da especialidade da prova quanto em burla indevida à reserva legal (catálogo de infrações penais). Sendo tal medida, altamente invasiva, prevista exclusivamente para tais infrações penais, como *extrema ratio*, não é possível lançar mão de medida ainda mais invasiva e menos regrada (acesso autorizado a aparelhos eletrônicos) a fim de contornar os requisitos legais e realizar uma persecução com menos limites, restrições e definições.

Ademais, admitida a infiltração de agente digital, não pode sê-lo por *malware*, pois o uso dessa técnica de investigação não possui proporcionalidade em sentido estrito: é a medida mais restritiva de direito fundamental, sem qualquer justificativa para tanto, sobretudo porque cabíveis outras metodologias muito menos invasivas.

9. Pode-se dizer que tanto o acesso autorizado a aparelhos eletrônicos quanto o uso de *malware* à infiltração digital de agentes são burlas. O *malware*, especificamente, é a burla no seio da burla: burla-se a tutela constitucional dos dados para que se possa obtê-

los, depois burla-se a infiltração para utilizar uma técnica dissimulada, consistente na violação da privacidade e da intimidade dos suspeitos para investigá-los. E, ainda assim, pode-se burlar o *malware* com o acesso autorizado, impondo uma burla de terceiro grau: contorno do catálogo.

Por isso, propõe-se três medidas restritivas das técnicas especiais de investigação, indispensáveis a evitar o alargamento indefinido e ilimitado das investigações.

Primeiro: se se quer reconhecer a constitucionalidade do afastamento do sigilo de dados, há que se admitir tais técnicas apenas à investigação de um número assaz reduzido de crimes. Trata-se da proposta, bastante debatida na Europa, da formação de um catálogo de crimes nos quais as técnicas são admitidas: "O catálogo de crimes deve ser, desde logo, aferido do tecido constitucional e deve assumir-se como um critério limitativo em razão dos tipos legais de crime [e em razão da pena]."⁵

Segundo: aparelhos eletrônicos de uso pessoal contêm dados que excedem qualquer conteúdo apreensível em uma busca domiciliar (domicílio físico). Há dados de todas as ordens, desde públicos até dados relacionados aos mais profundos segredos da vida pessoal do usuário – os quais não podem ser acessados por ninguém. Sigilos fiscal e bancário podem ser afastados requisitando-se informações. Comunicações telefônicas podem ser interceptadas durante a realização. O trajeto de suspeitos pode ser acompanhado em campanhas. Conversas com outras pessoas podem ter o conteúdo descoberto por inquirição ou captação por um dos interlocutores. Enfim, há diversas medidas menos invasivas do que o acesso a aparelhos eletrônicos, seja por autorização judicial após apreensão, seja por infiltração de *malware*. Não se pode admitir medidas mais invasivas quando outras, muito menos invasivas, estão à disposição do Estado. Os custos operacionais jamais justificam a supressão dos direitos e das garantias fundamentais.⁶

Terceiro: é necessário distinguir conteúdo armazenado de conteúdo vinculado. Todo conteúdo vinculado excede o mandado judicial de acesso ao aparelho. Todas as vinculações excedem o conteúdo do armazenamento e podem ser obtidas por outros meios de investigação. Notadamente, as quebras de sigilos fiscal e bancário, e as requisições de dados para servidores de *internet*.

Notas

¹ A *latere* de tal fato: "A resposta adequada à Constituição, nesse caso, é no sentido de que *qualquer que seja o meio utilizado para a comunicação* – telegráfica, de dados e telefônica – e passível de interceptação para prova em investigação criminal e instrução processual penal, desde que autorizada por ordem judicial, nos termos da Lei n. 9.296/96" (STRECK, 2018, p. 314).

² Nesse sentido: "Primeiramente, sobreleva destacar que não se confundem *comunicação telefônica* e os *registros telefônicos*, as quais, inclusive, recebem proteção jurídica distinta. E, como já enfatizamos em outras oportunidades, entendemos que não se pode interpretar a cláusula do art. 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é *da comunicação 'de dados' e não os 'dados'*" (BRASIL, 2012).

³ O que aqui se chama de dado vinculado, geralmente disponível em todos os aparelhos *smart*, vem sendo equivocadamente tratado como se fosse dado armazenado, de modo a permitir devassas irrestritas, conforme Ricardo Jacobsen Gloeckner e Daniela Dora Eilberg já destacaram: "A situação se torna ainda mais complexa quando se constata que o uso de telefones celulares também é feito para acessar dados digitais que não se encontram armazenados no próprio aparelho (*cloud computing*). O acesso de conteúdo armazenado na nuvem trata da capacidade do dispositivo em acessar dados que estão armazenados em servidores remotos. Alguns usuários não conseguem distinguir entre os dados armazenados no celular e aqueles armazenados

na nuvem, como bem identificado pelo *Brief for Amicus Curiae Electronic Privacy Information Center* (Epic). E tais dados estariam fora da margem de proteção da doutrina SITA. Acentuou o juiz Roberts que esse tipo de busca seria como encontrar a chave da casa no bolso do suspeito e argumentar que tal fato autorizaria a busca feita pela polícia" (GLOECKNER; EILBERG, 2019, p. 365).

⁴ "*Malware*, em definição simples, refere-se a um programa malicioso instalado clandestinamente por terceiro em um sistema de processamento, uma ameaça destinada à quebra da confidencialidade e integridade dos dados nele contidos. Trata-se de um *software* previamente programado cuja função é infectar dispositivos eletrônicos (*smartphone*, *tablet* ou *PC*) para tornar possível o acesso remoto às informações, comunicações ou arquivos neles armazenados ou acessar suas funcionalidades (áudio, vídeo, *e-mail*, câmera, *web* e etc) independentemente de estarem ativas ou não." (MENDES, 2020, p. 162-163).

⁵ VALENTE, 2018, p. 19-20.

⁶ Ademais, o *malware* lançado contra um suspeito pode lesar terceiros: "Não é demais lembrar que o usuário do *e-mail* ou do dispositivo (ainda que sendo um 'não suspeito'), ao se infectar com o *malware* corresponderá às máximas expectativas dos investigadores e desta forma, pela expectativa gerada a partir da evidência esquizofrênica, também se projeta na pessoa do 'não suspeito' o resultado: o culpado." (MENDES, 2020, p. 199).

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *HC 91.867/PA*, Relator: Min. Gilmar Mendes, 24 de abril de 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2792328>. Acesso em: 23 nov. 2021.

GLOECKNER, Ricardo J.; EILBERG, Daniela Dora. Busca e apreensão de dados em telefones celulares: novos desafios frente aos avanços tecnológicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 156, pp. 353-392, 2019.

MENDES, Carlos Hélder C. F. *Tecnoinvestigação criminal*. Entre a proteção de dados e a

infiltração por *software*. Salvador: JusPodivm, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Art. 5º, XII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 314.

VALENTE, Manuel. O reforço dos princípios constitucionais na obtenção de prova no mundo digital. *Revista de Direito de Polícia Judiciária*, ano 2, n. 3, pp. 11-25, 2018.

Autores convidados

EMPREGO DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO OU PROIBIDO: ROUBO MAJORADO OU QUALIFICADO?

RESTRICTED OR PROHIBITED FIREARM USE: INCREASED OR QUALIFIED ROBBERY?

Luciano Anderson de Souza

Livre-Docente, Doutor e Mestre em Direito Penal pela USP.

Professor Associado do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da USP.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8693874026903832>

ORCID: 0000-0002-5821-9246

lucianoanderson@usp.br

Resumo: A Lei Anticrime insculpiu previsão no Código Penal segundo a qual, se o crime de roubo for praticado mediante emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido, aplica-se em dobro a pena prevista no *caput* do art. 157. O referido dispositivo tem sido considerado como nova causa de aumento de pena do delito. Contudo, cuida-se de nova qualificadora, consideração que traz consequências práticas fundamentais à pena final a ser estabelecida ao condenado.

Palavras-chave: Roubo - Arma de fogo de uso restrito ou proibido - Majorante - Causa de aumento - Sistema trifásico de aplicação da pena.

Abstract: The Anti-Crime Law created a provision in the Penal Code according to which if the crime of robbery is committed by using a firearm of restricted or prohibited use, the penalty provided for in the *caput* of art. 157 is duplicated. This provision has been considered as a new cause of increasing the penalty for the crime. However, this is a new qualifier, a consideration that brings fundamental practical consequences to the final penalty to be established for the convict.

Keywords: Robbery - Firearm with restricted or prohibited Use - Premium - Cause of increase - Three-phase system of application of the penalty.

Com a Lei Anticrime (Lei 13.964/2019), criou-se um § 2º-B ao art. 157 do Código Penal, que estabelece: “se a violência ou grave ameaça é exercida com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido, aplica-se em dobro a pena prevista no *caput* deste artigo”.

A má técnica legislativa vem levando a erro parcela significativa da doutrina a respeito do tema.¹ Neste caso, apesar da redação legal a princípio ser característica de causa de aumento, também chamada majorante, uma vez que se refere a um percentual de aumento punitivo, percebe-se que, em realidade, se cuida de uma qualificadora.

Isso porque uma qualificadora, que consiste em um subtipo penal mais gravoso, possui sanção própria, com margens mínima e máxima mais recrudescidas que a da figura fundamental (como a do homicídio qualificado, art. 121, § 2º, do Código Penal, que possui pena de 12 a 30 anos, mais significativa que a do homicídio simples).

Uma causa de aumento de pena, por sua vez, consiste em uma circunstância à qual se atribui patamares de majoração incidentes

na última fase do sistema trifásico de aplicação de pena (após as etapas de cálculo referentes, em primeiro lugar, às circunstâncias judiciais² e, em seguida, legais).³ Dessa forma, em geral, majorantes possuem consequências punitivas mais severas que qualificadoras, pois podem levar a sanção a patamares superiores ao máximo cominado em abstrato. Exemplo de causa de aumento de pena encontra-se no art. 121, § 6º, que aumenta a pena do homicídio de 1/3 até a metade se o crime for praticado por milícia privada, sob o pretexto de prestação de serviço de segurança, ou por grupo de extermínio.

Ao modificar o sancionamento do roubo cometido com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido, desrespeitando a melhor técnica, a Lei Anticrime fixou: “aplica-se em dobro a pena prevista no *caput* deste artigo.” Caso não tivesse vinculado o “aumento” ao *caput* do art. 157, tratar-se-ia de causa de aumento de pena, incidente no cálculo final do sistema trifásico.

Se essa era a intenção, o legislador não conseguiu tal efeito, porque

a menção à pena do *caput* vinculou necessariamente a duplicação à pena em abstrato, e não à decorrente após os dois primeiros cálculos da sistemática de aplicação de pena, conta que seria impossível. Não se mostra logicamente possível dobrar a pena abstratamente prevista no *caput* após o cálculo decorrente de pena-base fixada, sobre a qual, eventualmente, se incidiu circunstância agravante e/ou atenuante.

Em outros termos, não é tecnicamente concebível uma majorante aumentar pena da primeira fase, estabelecida abstratamente no “*caput*” de qualquer dispositivo penal, mas apenas da pena-provisória oriunda da segunda etapa do sistema trifásico de aplicação de pena. A leitura do dispositivo que tem prevalecido na doutrina carece de sentido.

Não se pode fingir que o dispositivo não se referiu à pena em abstrato (“pena prevista no *caput*” refere-se à 1ª fase do cálculo da pena), sendo completamente fora de propósito, reitere-se, após a consideração das circunstâncias agravantes e atenuantes, o aplicador da pena voltar à pena do *caput* do art. 157 e dobrá-la. Tampouco é aceitável se dobrar a pena-provisória, pois não é isso que está escrito no dispositivo, não contendo a lei palavras inúteis.

Ocorre que, pela tradição legislativa jurídico-penal brasileira, a Lei Anticrime deveria ter atribuído à circunstância referida a pena de “reclusão, 8 a 20 anos, e multa”, única forma de se interpretar corretamente a parte final do novo § 2º-B. Desta feita, trata-se de uma nova qualificadora estabelecida ao delito de roubo, ao lado de outras duas já existentes (roubo seguido de lesão corporal grave e latrocínio, conforme previsto nos incisos I e II do § 3º do art. 157).

De todo modo, criou-se hipótese qualificadora com efeito punitivo em tese mais gravoso que o estabelecido pela citada Lei 13.654/2018, que passou a majorar em 2/3 (dois terços) a pena, qualquer que fosse a arma de fogo utilizada para o roubo, como visto.

A partir de agora, se a arma de fogo empregada no roubo for de uso restrito ou proibido, conforme o teor do art. 3º, parágrafo único, incisos II e III, do Anexo I do Decreto 10.030/2019 (Regulamento de

Produtos Controlados), modificado pelo Decreto 10.627/2021, incide o novo § 2º-B do art. 157, qualificadora com pena do *caput* duplicada. Nos demais casos, isto é, se a arma de fogo for de uso permitido (conforme o art. 3º, parágrafo único, do decreto citado), permanece a incidência do art. 157, § 2º-A, inciso I, enquanto majoração de 2/3 (dois terços) que recai sobre a pena alcançada após os dois primeiros cálculos do sistema trifásico.

É de se notar, então, não ser possível aplicar a pena base a partir do fixado pelo § 2º-B (por ter o roubo sido perpetrado com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido) e, ao final, na terceira fase, também incidir majoração de 2/3 pelo emprego de arma, pois tal representaria dupla punição pelo mesmo fato (*bis in idem*).

Por fim, quanto à sanção deste novo § 2º-B, de 8 a 20 anos de reclusão, e multa, como visto, há afronta ao princípio da proporcionalidade. Embora se possa, em tese, admitir uma diferenciação entre a punição ocorrente pelo emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido em face de outras situações, inclusive do emprego de outros armamentos menos ofensivos, a pena estabelecida mostra-se bastante exagerada, sendo, *e.g.*, mais grave que as do homicídio simples (reclusão, de seis a vinte anos), aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante (reclusão, de três a dez anos) ou estupro (reclusão, de 6 a 10 anos).

Todo esse quadro atentatório à sistemática jurídico-penal, lamentavelmente, não é novo. Ele decorre da fúria legiferante embebida de populismo punitivo, de cunho meramente simbólico, que graça há mais de três décadas no Brasil e não ostenta o menor sinal de desgaste político. De lá para cá, os resultados disso tudo têm sido apenas a deslegitimação do ramo jurídico-penal, o aumento do arbítrio das instâncias de controle social formal e o agravamento da desumanidade e do irracionalismo do cárcere, alçado à condição de gestor da miséria e “sócio” do crime organizado. Visto que recrutador de novos “soldados” para a criminalidade, selecionados dentre os marginalizados de sempre, os presídios consagram verdadeiro círculo vicioso de violência, cujo principal patrocinador é o Estado.

[...] NÃO É TECNICAMENTE CONCEBÍVEL UMA MAJORANTE AUMENTAR PENA DA PRIMEIRA FASE, ESTABELECIDABSTRATAMENTE NO “CAPUT” DE QUALQUER DISPOSITIVO PENAL, MAS APENAS DA PENA-PROVISÓRIA ORIUNDA DA SEGUNDA ETAPA DO SISTEMA TRIFÁSICO DE APLICAÇÃO DE PENA.

Notas

¹ O mesmo problema se apresenta diante da redação dada ao art. 180, § 6º, do Código Penal, pela Lei 13.531/2017. Curiosamente, alguns autores são contraditórios, entendendo que em um caso seria qualificadora e em outro majorante, sendo que a redação é similar.

² Previstas no art. 59 do Código Penal.

³ *Agravantes*, inculpidas nos arts. 61 e 62 do Código Penal, e *atenuantes*, fixadas nos arts. 65 e 66 do mesmo diploma.

Referências

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. São Paulo: Saraiva, 2013.
SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, v. 1.
SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal: parte especial*. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 2021, v. 3.
WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vania Romano Pedrosa e Almir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

Autor convidado

UMA ANÁLISE DA EXIGÊNCIA DE EXAME CRIMINOLÓGICO E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA CAPIXABA

THE CRIMINOLOGICAL EXAMINATION AS A REQUIREMENT AND ITS CONTRIBUTION TO THE ESPIRITO SANTO'S PRISON OVERCROWDING

Thainá Lopes Dellacqua

Bacharel no curso de Direito pela FDV. Membro do Grupo de Pesquisa

"Direito, Sociedade e Cultura".

ORCID: 0000-0003-0219-0621

thainadellacqua@gmail.com

André Filipe Pereira Reid dos Santos

Sociólogo e professor do Programa de Pós-Graduação em Direitos e

Garantias Fundamentais, da FDV.

ORCID: 0000-0002-8559-1959

afprsantos@gmail.com

Resumo: Por meio da Criminologia Crítica, o presente estudo terá como objeto de análise a exigência da realização do exame criminológico como requisito obrigatório para a progressão de regime ou para a concessão do livramento condicional. Utilizando a Teoria do Etiquetamento Social, o artigo apontará reflexões necessárias ao estudo do tema e da realidade encontrada e documentada por meio de levantamentos nacionais após vistorias carcerárias, bem como a citação de jurisprudências sobre o caso para que seja apresentada uma proposta de interpretação da atuação do Estado e do referido exame como contribuintes ativos para a superlotação carcerária no estado do Espírito Santo.

Palavras-chave: Superlotação carcerária - Criminologia Crítica - Exame criminológico.

Abstract: Through the critical criminology, this study will have as object of analysis the requirement of performing the criminological examination as a mandatory requirement for the regime's progression or for the allowance to conditional release. Using the Labeling Approach Theory, this paper will indicate necessary reflections to this theme studies as well as to the reality documented and found through national surveys after prison inspection. It will, also, present the jurisprudences about the case so it can be presented, by the end of the paper, an interpretation proposal of the State's performance and of the examination as actives contributors for the prison overcrowding in the Brazilian state of Espírito Santo.

Keywords: Prison overcrowding - Critical criminology - Criminological Examination.

1. Introdução

A Execução Penal, regida pela Lei 7210/84 (BRASIL, [2011]), visa proporcionar condições para a integração social do apenado, além de efetivar o que foi sentenciado. Algumas competências a serem tratadas são as progressões de regime e o Livramento Condicional, dispostos pelos artigos 112 da Lei 7210/84 e 83 do Código Penal. Ambos os institutos possuem requisitos objetivo e subjetivo para que se concretizem.

O requisito objetivo é o tempo de cumprimento da pena. Para fins de progressão de regime, conforme dispõe a Lei 7.210/84, o requisito objetivo dar-se-á, em crimes comuns, com 1/6 da pena cumprida; 2/5 para crimes hediondos ou equiparados, em caso de réu primário, e 3/5 em caso de reincidência.

Quanto ao livramento condicional, em casos de não reincidência em crimes dolosos, conforme o artigo 83, I do Código Penal, o requisito objetivo restará alcançado com o cumprimento de 1/3 da pena; em casos de reincidência em crimes dolosos, restará preenchido tal requisito se cumprida metade da pena imposta. Já em casos de prática de crime hediondo ou equiparado, o requisito objetivo estará

cumprido com 2/3 da pena.

O requisito subjetivo (ROIG, 2018, p. 53) consiste no "índice comportamental da pessoa presa, indicado no atestado de conduta carcerária". No Espírito Santo, é exigido o exame criminológico para que se ateste também o requisito subjetivo, "comprovando" que o apenado não voltará a delinquir.

Com a decisão que determina a realização do exame criminológico, o apenado torna-se vítima do sistema penal, que reafirma a necessidade de contraviolência para conter a violência, contribuindo para a sua permanência em regimes dos quais já deveria ter progredido. A condição do apenado atravessa a insalubridade e a falta de conhecimento de seus direitos, colocando em pauta a busca por um sistema capaz de cuidar dos mais de 800 mil custodiados no Brasil.

De acordo com o Banco de Monitoramento de Prisões do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2019), o Brasil era responsável, em Julho/2019, pela custódia de aproximadamente 812.564 presos.

No Espírito Santo existem 10 juízes atuando em varas de execução penal responsáveis por mais de 43 mil processos. O Espírito Santo

abrange 35 Unidades Prisionais, que comportam 13.865 presos, sendo que, em Setembro/2019, havia 23.869 apenados, ou seja, aproximadamente 172,15% da capacidade. Deste total, cerca de 15.164 estavam condenados e 8.663 aguardavam julgamento, conforme observou-se no BNMP.

Dessa forma, tem-se o seguinte problema de pesquisa: como a exigência da realização de exame criminológico, como requisito subjetivo, contribui para a superlotação carcerária capixaba?

I. A superlotação carcerária brasileira na visão da Criminologia Crítica

O Estado utiliza-se do argumento da periculosidade social para justificar a neutralização dos sujeitos violadores da lei e pauta-se na violência estrutural, fundamentando-se e validando-se em pilares políticos, econômicos e sociais. Jogados à mercê do destino, os apenados são expostos a situações degradantes, dificultando a "reconstrução" do sujeito julgado como perigoso.

Conforme exposto por Zaffaroni (1984 apud BATISTA, 2007, p. 32) o sistema penal, sob o falso discurso igualitário de aplicação de sanções aos indivíduos, mascara sua seletividade por grupos e integrantes determinados, reafirmando discurso através de exceções à regra.

Por meio da Teoria do Etiquetamento Social, as análises sobre a criminalidade e o criminoso adquirem uma posição tracejada na "realidade social construída pelo Sistema de Justiça Criminal (SJC) através de definições e da reação social" (BARATTA, 2002, p. 11), em que ser "criminoso" é adquirir um *status* social pré-determinado pelo sistema, estigmatizando indivíduos "socialmente recusados" em uma comunidade dirigida por uma classe específica, onde a lei é fonte de dominação (MARX; ENGELS, 1997, p. 46) e "apenas a vontade da vossa classe elevada à lei, (...) cujo conteúdo está dado nas condições materiais de vida (...)".

A partir da definição acima, tem-se que o Direito, até os dias atuais, é origem de aprovação social e local de uma falsa "reeducação" daqueles que fogem ao comportamento imposto, determinando o que é crime e criminoso através dos detentores do poder, dos meios de produção e do domínio social.

A Criminologia Crítica e o *labeling approach* (BARATTA, 2002, p. 15) demonstram a relação entre os mecanismos do processo de criminalização, "a estrutura e as leis de desenvolvimento da formação econômico-social". Dessa forma, a criminalização segue realizando a manutenção da hierarquia social e servindo de "cobertura ideológica a comportamentos e sujeitos socialmente imunizados" (BARATTA, 2002, p. 15).

Comprovando a ineficácia do SJC, de acordo com o programa "Sistema Prisional em Números" (BRASIL, 2019) apresentado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, o Brasil, no segundo trimestre de 2019, contava com a capacidade de abrigar 441.147 presos. No entanto, a ocupação dos presídios alcançou 733.460 presos, indicando uma taxa de 166,26% de ocupação.

A revelação da superlotação carcerária brasileira encontra-se interligada ao perfil criminológico traçado e aos empecilhos encontrados na progressão dos apenados, tal qual a exigência da realização do exame criminológico como requisito para a progressão ou reconhecimento do livramento condicional, sendo possível observar que a superlotação advém não apenas das más condições penitenciárias incentivadas pelo clamor social, mas, também, das requisições desmedidas, conforme será demonstrado a seguir, restringindo-se à limitação territorial capixaba.

II. O exame criminológico

O exame criminológico é um procedimento, que deve ser realizado

no início do cumprimento da pena, atentando-se ao princípio constitucional da individualização da pena, disposto no artigo 5º, XLVI da Carta Magna (BRASIL, 2007). De acordo com Roig (2018, p. 31), tal princípio deve objetivar que os autores responsáveis pela execução penal tenham a "obrigação de enxergar o preso como verdadeiro indivíduo, na acepção humana do termo, considerando suas reais necessidades como sujeito de direito".

A exigência da realização de algo assim na fase de execução da pena demonstra incoerente, uma vez que a "capacidade de convívio social" deve ser examinada no início do cumprimento da pena pela Comissão Técnica de Classificação (CTC), formada por profissionais como psiquiatras, psicólogos e assistentes sociais, conforme disposto no artigo 6º da LEP (BRASIL, [2011]).

Para Foucault (1972, p. 21), o que se tende a punir é o indivíduo, no qual o aparelho judiciário irá se debruçar e abater e, assim, a atuação do Estado e da CTC são inseridas no que Foucault denomina como "emergência das técnicas de normalização", que consiste na autonomia e regras próprias da junção dos poderes judiciários e estatais, e dos saberes médicos e políticos, de maneira a estender sua soberania por toda a sociedade, utilizando-se um discurso organizado em torno do medo e da moralização para conter o "perverso".

Pautando-se na literalidade da lei, tem-se que o requisito subjetivo está atrelado apenas à conduta documentada e atestada pela Unidade Prisional. A conclusão a que se chega é de que a utilização do exame criminológico para obstruir a progressão é ineficiente, uma vez que essa não é a solução para o problema da criminalidade, além de contribuir para a superlotação carcerária.

III. A exigência do exame criminológico como fator contribuinte para a superlotação carcerária no Espírito Santo

As políticas de segurança e encarceramento efetuadas sob o governo de Paulo Hartung aumentaram em 3,34 vezes a população carcerária, sustentando-se sob a égide da periculosidade apresentada pela pobreza, sobretudo por jovens negros, os quais, conforme exposto por Humberto Ribeiro Junior (2012, p. 55), formavam uma frente 3,72 maior em comparação aos brancos acautelados durante os anos de 2005 e 2010.

De acordo com o programa "Sistema Prisional em Números", o Espírito Santo, no segundo trimestre de 2019, contava com capacidade para acautelar 13.842 presos; porém, após vistoria nos centros prisionais, constatou-se que a ocupação alcançou 24.227 pessoas, resultando em uma taxa de superlotação de 175,03%.

Em acesso às jurisprudências do Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJES), a realidade é alarmante no que tange à exigência desnecessária da realização do exame criminológico pelo *Parquet*, conforme extrai-se do Agravo de Execução 0280226-81.2002.8.08.0020 (BRASIL, 2017), no qual o requerimento de realização de exame criminológico é pautado apenas na gravidade e no modo do delito cometido, julgando aspectos já tratados na sentença condenatória.

Há também, o Agravo de Execução 0022700-07.2016.8.08.0035 (BRASIL, 2014), tendo o TJES negado provimento ao recurso, fundamentando-se no grau de periculosidade e na "futura incerteza sobre a reinserção do apenado em sociedade", deixando nítida a suposta necessidade de realização do referido exame pela análise da conduta carcerária não se mostrar suficiente para a aferição do requisito objetivo, por não ser "índice fiel de readaptação social".

Reforçando o cenário acima exposto, são passíveis de citação, ainda, os Agravos de Execução Penal 0004876-64.2018.8.08.0035 (BRASIL, 2018); 0022331-42.2018.8.08.0035 (BRASIL, 2019); 0020947-

44.2018.8.08.0035 (BRASIL, 2019); 0033319-59.2017.8.08.0035 (BRASIL, 2018); 0007682-72.2018.8.08.0035 (BRASIL, 2018); 0022960-50.2017.8.08.0035 (BRASIL, 2018); 0009893-18.2017.8.08.0035 (BRASIL, 2018); 0030068-33.2017.8.08.0035 (BRASIL, 2018); 0032141-12.2016.8.08.0035 (BRASIL, 2017); 0022937-41.2016.8.08.0035 (BRASIL, 2017), dentre tantos outros que abordam de forma nítida a falsa necessidade da realização do exame criminológico para aferição do requisito subjetivo da pena e, conseqüentemente, a progressão de regime.

Após tal exposição, conclui-se que a requisição desmedida do exame criminológico em terras capixabas contribui para a superlotação carcerária, ao passo em que protela a concessão dos direitos do apenado. A taxa de 175,03% de ocupação prisional reforça a necessidade de abolição do fundamento exclusivo na gravidade do delito para a requisição do referido exame, de forma a esvaziar o contingente prisional e retomar o direito ao cárcere minimamente habitável aos que nele permanecem.

2. Conclusão

A reflexão sobre as relações de poder e valores vigentes na sociedade torna-se presente ao passo em que o atual SJC se mostra inócuo e rígido. Os dados da superlotação carcerária demonstram a ineficácia do regime penitenciário brasileiro, resultante de um longo processo racista e elitista, sustentado por pilares sociais e econômicos para

ditar comportamentos socialmente aceitáveis.

É necessário criar instrumentos capazes de minimizar as mazelas do cárcere e de garantir o mínimo existencial aos que estão acautelados. Uma das alternativas viáveis é aprimorar o acompanhamento da execução penal, haja vista a quantidade de indivíduos encarcerados por mais tempo do que o sentencialmente determinado.

A manutenção prisional evidencia a falha do sistema e da lei em aplicar suas disposições, uma vez que as condições dos detentos são subumanas, inviabilizando as chances de reintegração social do indivíduo acautelado, já que, ao ser tratado com a rigidez do sistema criminal, a humanidade do indivíduo condenado passa a não existir atrás das grades, tornando invisível a individualidade e os comportamentos singulares de uma parcela socialmente vulnerável.

O sistema prisional capixaba expõe seu colapso à medida em as garantias fundamentais são limitadas por conta da violação da interpretação da lei, a qual preconiza manter em cárcere os apenados que já possuem preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos para suas eventuais solturas e progressões, justificando o ato com base na gravidade do delito.

Assim, surge a necessidade de se repensar o modelo da política penal nacional vigente e sobre as medidas adotadas pelo magistério capixaba para auxiliar no desafogo da superlotação carcerária local.

Referências

BAPTISTA, Jussara. População carcerária cresceu 45% nos últimos cinco anos no Espírito Santo. *Século Diário*, São Paulo, 05 set. 2019. Disponível em: <<https://seculodiario.com.br/public/jornal/materia/populacao-carceraria-cresceu-45-nos-ultimos-cinco-anos-no-espirito-santo>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*: Introdução à Sociologia do Direito Penal. Tradução e prefácio de Juarez Cirino dos Santos. 3. edição. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BRASIL. *Constituição [da] República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. *Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984*. Lei de execução penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2011]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 03 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. *Agravo de Execução nº 0280226-81.2002.8.08.0020*. Relator: Adalto Dias Tristão, 16 ago. 2017. Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?edProcesso=00227000720168080035&Justica=Comum&CFID=213377463&CF-TOKEN=43489645>. Acesso em: 27 out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. *Agravo de Execução nº 0022700-07.2016.8.08.0035*. Relator: Willian Silva, 12 mar. 2014. Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?edProcesso=02802268120028080020&Justica=Comum&CFID=213377463&CF-TOKEN=43489645>. Acesso em: 27 out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. *Agravo de Execução nº 0004876-64.2018.8.08.0035*. Relator: Adalto Dias Tristão, 21 nov. 2018. Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?edProcesso=0004876642018080035&Justica=Comum&CFID=213377463&CF-TOKEN=43489645>. Acesso em: 27 out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. *Agravo de Execução Penal nº 0022331-42.2018.8.08.0035*. Relator: Willian Silva, 23 jan. 2019. Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?edProcesso=0022331422018080035&Justica=Comum&CFID=213377463&CF-TOKEN=43489645>. Acesso em: 27 out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. *Agravo de Execução Penal nº 0020947-44.2018.8.08.0035*. Relator: Sergio Bizzotto Pessoa de Mendonça, 23 jan. 2019. Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?NumProc=&edProcesso=100180045203&edPesquisaJuris=exame%20crimino%20C3%B3gico&seOrgaoJulgador=&seDes=&edIni=16/10/2017&edFim=16/10/2019&Justica=Comum&Sistema=>>. Acesso em: 27 out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. *Agravo de Execução nº 0033319-59.2017.8.08.0035*. Relator: Adalto Dias Tristão, 17 out. 2018. Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?edProcesso=00333195920178080035&Justica=Comum&CFID=213377463&CF-TOKEN=43489645>. Acesso em: 27 out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. *Agravo de Execução nº 0007682-72.2018.8.08.0035*. Relator: Adalto Dias Tristão, 05 set. 2018. Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?edProcesso=0007682722018080035&Justica=Comum&CFID=213377463&CF-TOKEN=43489645>. Acesso em: 27 out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. *Agravo de Execução nº 0022960-*

50.2017.8.08.0035. Relator: Sérgio Bizzotto Pessoa de Mendonça, 07 fev. 2018. Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?edProcesso=00229605020178080035&Justica=Comum&CFID=213377463&CF-TOKEN=43489645>. Acesso em: 27 out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. *Agravo de Execução nº 0009893-18.2017.8.08.0035*. Relator: Sérgio Bizzotto Pessoa de Mendonça, 16 ago. 2017. Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?edProcesso=00098931820178080035&Justica=Comum&CFID=213377463&CF-TOKEN=43489645>. Acesso em: 27 out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. *Agravo de Execução nº 0030068-33.2017.8.08.0035*. Relator: Sérgio Bizzotto Pessoa de Mendonça, 04 abr. 2018. Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?edProcesso=00300683320178080035&Justica=Comum&CFID=213377463&CF-TOKEN=43489645>. Acesso em: 27 out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. *Agravo de Execução nº 0032141-12.2016.8.08.0035*. Relator: Sérgio Bizzotto Pessoa de Mendonça, 16 ago. 2017. Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?edProcesso=00321411220168080035&Justica=Comum&CFID=213377463&CF-TOKEN=43489645>. Acesso em: 27 out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. *Agravo de Execução nº 0022937-41.2016.8.08.0035*. Relator: Sérgio Bizzotto Pessoa de Mendonça, 03 mai. 2017. Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?edProcesso=00229374120168080035&Justica=Comum&CFID=213377463&CF-TOKEN=43489645>. Acesso em: 27 out. 2021.

CARVALHO, Thiago Fabres de. *A Criminologia da Não Violência: o Imaginário Punitivo de um Abril Despedaçado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 97-161.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019. BNMP 2.0. Banco Nacional de Monitoramento de Prisões. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/bnmp-2-0/>>. Acesso em: 18 jun 2020.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2019. Sistema Prisional em Números. Disponível em: <<https://www.cnmpp.br/portal/relatorios/sistema-prisional-em-numeros?tmpl=component&print=1&page=>>>. Acesso em: 18 jun 2020.

FOUCAULT, Michel. *Os Anormais*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista*. 2. ed. Lisboa: Editorial Avante, 1997. Disponível em: <https://www.pcp.pt/sites/default/files/documentos/1997_manifesto_partido_comunista_editorial_avante.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020.

RIBEIRO JUNIOR, Humberto. *Encarceramento em massa e criminalização da pobreza no Espírito Santo: As políticas penitenciárias e de segurança pública do governo Paulo Hartung (2003-2010)*. Vitória: Cousa, 2012.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

Sistema Prisional em Números / Brasília - DF: Conselho Nacional do Ministério Público, 2019. Disponível em: <<https://www.cnmpp.br/portal/relatorios/sistema-prisional-em-numeros>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

WILLIAMSILVA, DatadePublicaçãoDJe20/03/2014. Disponível em: <<https://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/378099660/agra-vo--de-execucao-penal-ep2802268120028080020-?ref-juris-tabs>>. Acesso em: 18 jun 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

OS “FALSOS POSITIVOS” COLOMBIANOS E BRASILEIROS: A CONSTRUÇÃO DE INIMIGOS E AS POLÍTICAS DE MORTE

*BRAZILIAN AND COLOMBIANS “FALSE POSITIVES”: THE CONSTRUCTION OF ENEMIES AND
THE POLITICS OF DEATH*

Maria Julia de Barros

Mestranda em Estudos Interdisciplinares sobre Desenvolvimento pela
Universidad de Los Andes. Especialista em Estado, Políticas Públicas e
Desenvolvimento (Los Andes). Graduada em economia (FEA/USP).

ORCID: 0000-0003-3976-5126

mariajulia.barros.ferreira@gmail.com

Pedro Camargos

Mestrando em Sociologia pela FFLCH/USP. Advogado (FADUSP).

ORCID: 0000-0002-9560-8208

pedro.camargos@usp.br

Resumo: O artigo tem como objetivo explorar como uma apreensão crítica da noção de “falso positivo” – expressão popular colombiana para se referir a vítimas letais da violência estatal – pode contribuir para a denúncia dos discursos justificadores utilizados por forças policiais e militares responsáveis pelo assassinato de pessoas. Diante da chacina ocorrida na Favela do Jacarezinho em maio de 2021 e da repressão policial verificada em manifestações nas principais cidades da Colômbia no início do mesmo ano, o artigo, por meio de uma revisão bibliográfica e de uma análise crítica do discurso, procura traçar um breve paralelo entre os contextos brasileiro e colombiano, para mostrar como, em ambos os países, são corriqueiras as tentativas das forças de segurança de associar vítimas de sua violência – em geral, pertencentes a grupos marginalizados da sociedade – a um rótulo de um “inimigo” cuja morte seria “justificável”.

Palavras-chave: Violência de Estado - Falsos positivos - Brasil - Colômbia.

Abstract: This article aims to analyze how a critical apprehension of the notion of “false positive” - a popular Colombian expression used to refer to lethal victims of state violence - can contribute to uncover the discourses used by police and military forces responsible for the murder of people. In light of the recent massacre in the Favela do Jacarezinho in Rio de Janeiro and the police repression seen in the demonstrations that took place in the main cities of Colombia, the article seeks, through a literature review and critical discourse analysis, to draw a brief parallel between the Brazilian and Colombian contexts, to show how, in both countries, the security forces try to associate any victim of their violence - generally belonging to marginalized groups of society - to the to a label of an “enemy” whose death would be “justifiable”.

Keywords: State Violence - “False positives” - Brazil - Colombia.

Introdução

Na Colômbia, existe um termo utilizado com frequência nas falas cotidianas sobre a violência promovida pelo Estado: o de “falso

positivo”. Os falsos positivos são os civis, cuja morte, perpetrada por policiais ou militares, é justificada por suposta associação à guerrilha ou ao que se costuma denominar “organizações à

margem da lei” (GÓMEZ; ARAGÓN; CARMONA, 2012). Dessa forma, os assassinatos dessas pessoas são noticiados como grandes conquistas por partes de oficiais da força pública, como se, ao matá-las, estivessem contribuindo para a construção de paz no país. Os assassinatos de guerrilheiros por parte de militares, inclusive, são incentivados pelo governo e utilizados como parâmetro para obtenção de benefícios trabalhistas, como férias e prêmios (FALSOS, 2021), o que termina promovendo a prática de geração de falsos positivos (GÓMEZ; ARAGÓN; CARMONA, 2012).

Segundo informe da Jurisdição Especial para a Paz (ASESINATOS, s.d.), os falsos positivos atingiram seu ápice durante o governo de Álvaro Uribe, especialmente entre 2006 e 2008. Com a intensificação dessa prática desumana, em 2008, um grupo de mulheres de Soacha (município periférico da região metropolitana de Bogotá), conhecido como as Mães de Soacha, denunciaram o assassinato de 19 jovens do município, cujos corpos, posteriormente, apareceram na região Noroeste da Colômbia e foram notificados como guerrilheiros abatidos em combate (UNA, 2018; GÓMEZ; ARAGÓN; CARMONA, 2012). Esse caso foi um dos mais emblemáticos nas investigações sobre os falsos positivos, as quais se intensificaram, a partir de 2011, com a assinatura do Acordo de Paz entre o Estado e as Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC). No entanto, com a falta de implementação do Acordo de Paz e as dificuldades com os processos relacionados à Comissão da Verdade, a maior parte dos casos seguem em processo e as mães, sem respostas (GÓMEZ; ARAGÓN; CARMONA, 2012).

No Brasil, um caso semelhante marcou o estado de São Paulo em maio de 2006. Após os eventos que ficaram conhecidos na mídia tradicional como “ataques do PCC”, as forças de segurança promoveram um violentíssimo massacre na Região Metropolitana e no litoral do Estado, no qual os agentes “mataram de forma aleatória centenas de pessoas, na sua maioria jovens, negros e habitantes das periferias das grandes cidades do estado” (AMADEO, 2019, p. 51-52). Com um paralelo evidente ao caso colombiano, um grupo de mulheres, conhecido como Mães de Maio, denunciou o assassinato de 493 jovens nessa cruzada de extermínio promovida por policiais e grupos paramilitares (MÃES DE MAIO, 2011). Todos os mortos, independentemente de qualquer prova, foram apontados pelo Estado como membros do chamado “crime organizado” (MÃES DE MAIO, 2011). De forma similar ao processo verificado na Colômbia, apesar das diversas denúncias encabeçadas pelas Mães de Maio e reforçada por pesquisadores, ativistas e organizações de defesa dos Direitos Humanos, os casos não foram propriamente investigados. Os familiares dessas vítimas lutam até hoje – 15 anos após o massacre – por respostas (AMADEO, 2019; ALMEIDA, 2021).

À luz da chacina do Jacarezinho no Rio de Janeiro, não pudemos deixar de associar o conceito de falso positivo ao massacre ocorrido em 6 de maio de 2021 e ao que ocorre recorrentemente no Brasil. Inicialmente, se divulgou a morte de 28 moradores da favela, que foram classificadas pelas mídias tradicionais não como “pessoas”, mas como “suspeitos” (Figura 1). No mesmo sentido, o vice-presidente, Hamilton Mourão, defendeu a operação, chamando todas as vítimas de “bandidos”. Tudo isso apesar das diversas denúncias de moradores que apontavam indícios evidentes de execuções.

Figura 1 - Dois discursos possíveis



Fonte: Instituto Marielle Franco.

Em prática corriqueira e semelhante àquela utilizada pelas forças estatais colombianas, a Polícia Civil do Rio de Janeiro se apressou em associar todos os assassinados, de alguma forma, ao “tráfico” ou ao “crime organizado”. Em uma narrativa acrítica reproduzida pelos principais meios de comunicação do país (como a Folha, o G1 e a CNN Brasil, Figura 2), foi divulgado um “relatório de inteligência” elaborado pela própria corporação responsável pelos assassinatos. No relatório, foram utilizados meros registros policiais (ou seja, sem sequer exigir a existência de uma acusação formal, muito menos de condenações definitivas) e depoimentos desconexos de familiares para afirmar que todos os mortos estariam envolvidos com o chamado “tráfico de drogas”. O objetivo dessa associação, como ficou evidente nas entrevistas concedidas por representantes da polícia carioca, era, precisamente, tentar justificar os homicídios como parte de uma “guerra ao tráfico”, culpando as próprias vítimas pelo seu destino.

Figura 2 - Manchetes sobre o massacre no Jacarezinho



Fonte: Elaboração própria.

1. Vítimas culpadas pelos próprios assassinatos

Dentro desse contexto, pesquisas como as de **Misse et al.** (2015) e **Zaccane** (2015) sobre os chamados “autos de resistência” no Rio de Janeiro mostram, precisamente, as entranhas jurídicas e (i)legais desse processo de construção de inimigos, e ressaltam como artifícios utilizados no Relatório elaborado sobre a chacina do Jacarezinho são recorrentes nas polícias brasileiras.

A partir da análise de casos de assassinatos cometidos por agentes legais no Rio de Janeiro, ambos os autores mostram

como as investigações, ao invés de voltarem-se à conduta daqueles que mataram, voltam-se à vida pregressa da vítima. Como descreveu **Zaccone** (2015), essas investigações são marcadas por uma rara inversão: junta-se ao processo a folha de antecedentes das vítimas, não dos autores. Mais ainda, ambas as pesquisas descrevem que – assim como no relatório em questão – nestas investigações sobre a vida pregressa da vítima, diversos parentes são chamados a depor como testemunhas, ainda que não estivessem presentes no momento do homicídio. Com isso, uma simples referência por algum familiar de que a vítima teria relações com o tráfico também é utilizada como motivo para considerar o caso como legítima defesa.

A partir disso, os autores ressaltam como a rotulação¹ da vítima como “traficante” ou “criminoso” é suficiente para que o Ministério Público e o Judiciário (com apoio da mídia e de setores da população) considerem o assassinato “justificado” como legítima defesa do policial, mesmo em casos com indícios claros de execução, como tiros nas costas ou na nuca. Assim, “a vida pregressa da vítima pode transformar-se em argumento legal que influencia a punição ou não dos responsáveis pela sua morte, pois sua caracterização enquanto ‘criminoso’ incide sobre as decisões que determinarão a ilicitude ou não do homicídio” (MISSE ET AL. 2015, p. 67). A suposta justificativa para o assassinato, portanto, “passa a ser construída na própria definição da condição do morto como inimigo; tudo mais é esquecido” (ZACCONE, 2015, p. 184).

2. O racismo estrutural na violência estatal

Realmente, os “falsos positivos brasileiros” não são uma novidade e nem uma exclusividade do Estado do Rio de Janeiro. Além dos autores citados, **Caco Barcellos**, em seu livro *Rota 66*, faz um levantamento dos falsos positivos gerados pela Rota na cidade de São Paulo. E, como argumenta o jornalista – em linha com as constatações de diversos pesquisadores sobre o tema, que há muito tempo denunciam o genocídio da população negra cometido pelo Estado brasileiro (FLAUZINA, 2006; DUARTE; FREITAS, 2019) –, os “falsos positivos” não são qualquer pessoa. Quando a Rota matou três jovens residentes do Jardins, a mídia finalmente colocou atenção às ações do grupo policial e o assassinato foi amplamente divulgado como uma atrocidade (RELEMBRE..., 2015). A Rota, contudo, já havia matado de maneira igualmente violenta milhares de pessoas que não eram parte da elite paulistana. Pelo contrário, eram, principalmente, jovens negros de zonas periféricas, “alvos preferenciais” (FLAUZINA, 2006) do sistema de justiça criminal, cuja morte nenhum meio tradicional noticiaria.

Assim como no Brasil, na Colômbia, o filtro da violência policial e militar não está relacionado com a prática ou não de um crime, mas, sim, ao grau de marginalização dos indivíduos na

sociedade, como tem sido evidenciado pela crítica criminológica latino-americana (ZAFFARONI, 2001; FLAUZINA, 2006) e por denúncias de familiares de vítimas da violência do Estado nos dois países (MÃES DE MAIO, 2011; UNA..., 2018). Os “falsos positivos” colombianos e brasileiros, são principalmente jovens, não brancos, pobres, de regiões periféricas e cuja voz dificilmente será levada em consideração, seja pelo Estado, pelas elites políticas dos países ou pelas mídias tradicionais. No Brasil, sobretudo, são negros.

Dentro do *continuum* colonial que marca nossos países (DUARTE; FREITAS, 2019), o racismo deve ser compreendido como uma “variável central na estruturação do empreendimento de controle social” (FLAUZINA, 2006, p. 138) e da produção da morte. A construção constante de inimigos, portanto, tem como eixo fundamental o “imaginário racista” (DUARTE; FREITAS, 2019, p. 174), que atrela a população negra e indígena à criminalidade. Para **Mbembe** (2016), é precisamente esse imaginário racista que sustenta os projetos políticos de “ditar quem pode viver e quem deve morrer” (p. 123) – ou seja, as políticas da morte. Para isso, nessas sociedades marcadas por elevados graus de desigualdade e exclusão, o controle penal violento se apoia neste processo constante de construção dos setores marginalizados da população como “inimigos” – perigos que precisariam ser neutralizados para uma suposta garantia de segurança ao resto da população (ITURRALDE, 2011).

Ainda que existam uma série de diferenças entre os processos de formação social de cada um dos países em questão, a manutenção de hierarquias de classe e raça é sustentada pela produção da “morte em massa” (FLAUZINA, 2006; ITURRALDE, 2011; MALAGUTI BATISTA, 2003), um dos principais signos dos órgãos dos sistemas penais da América Latina (ZAFFARONI, 2001, p. 13). Nesse sentido, as vítimas caracterizadas como “falsos positivos” são pessoas que causam problemas não porque praticam algum tipo de crime ou atividade ilegal, senão porque suas próprias existências são evidências das contradições do sistema capitalista. Afinal, seguindo a teoria neoclássica, o capitalismo deveria ser o sistema ótimo de produção e de alocação de recursos, e qualquer pessoa “trabalhadora” ou que participa de alguma forma desse sistema produtivo deveria ser contemplada naturalmente na perfeita distribuição de bens, de acordo com a sua contribuição ao sistema. Como indica a crítica marxista aos sistemas de punição (ZAFFARONI, 2001), o fato de que existe um exército de mão-de-obra de reserva, composto por pessoas sem perspectivas de ascensão econômica por problemas históricos e estruturais da sociedade atrelados ao próprio capitalismo – como o racismo e a marginalização social –, coloca em xeque o principal corolário deste sistema. Ou seja, questiona a alocação

OS “FALSOS POSITIVOS” COLOMBIANOS E BRASILEIROS, SÃO PRINCIPALMENTE JOVENS, NÃO BRANCOS, POBRES, DE REGIÕES PERIFÉRICAS E CUJA VOZ DIFICILMENTE SERÁ LEVADA EM CONSIDERAÇÃO, SEJA PELO ESTADO, PELAS ELITES POLÍTICAS DOS PAÍSES OU PELAS MÍDIAS TRADICIONAIS. NO BRASIL, SOBRETUDO, SÃO NEGROS.

ótima de bens e recursos mediada pelo mercado, além de contestar ideais capitalistas básicos, como a meritocracia. Dessa forma, a mídia, elites e o Estado se esforçam por criar narrativas e discursos justificadores das políticas de morte e controle social, de modo a ignorar solenemente graves problemas de exclusão socioeconômica perpetuados pelo sistema capitalista, mantendo, assim, suas posições de poder e classe social.

Assim, com o aval da guerra contra as drogas, que serviu como “sustentáculo ideológico para o avanço do controle penal sobre os alvos do sistema” (FLAUZINA, 2006, p. 91) e permitiu todo o tipo de atrocidade por parte do Estado, como se essa fosse a maneira de alcançar a paz e fazer prevalecer a moral e os bons costumes, a força pública aproveita para fazer “limpeza social” e se livrar daqueles cuja existência atrapalha a vida do “cidadão de bem”. Nas palavras de **Malaguti Batista**, a repressão contemporânea ao narcotráfico proporcionou “argumentos para uma política permanente de genocídio e violação dos Direitos Humanos entre as classes vulneráveis; sejam eles jovens negros e pobres das favelas do Rio de Janeiro, sejam camponeses colombianos” (2003, p. 21).

3. Conclusão: nem falsos nem verdadeiros positivos

Em conclusão, a noção de “falsos positivos” colombiana, quando apreendida criticamente, traz elementos interessantes para o debate brasileiro, pois ajuda a desnudar as práticas cruéis e cínicas de forças estatais assassinas para justificar suas políticas de extermínio e “limpeza social”. Mais ainda, indica como figuras políticas, setores da mídia tradicional e operadores do sistema de justiça criminal aderem a esses abjetos discursos justificadores das políticas de morte e do genocídio da população pobre e negra no país.

A apreensão, precisa ser crítica, contudo, pois essa noção pode levar a uma armadilha com a qual precisamos tomar um sério cuidado: denunciar a existência de falsos positivos não pode, de forma alguma, levar à conclusão de que supostos “verdadeiros positivos” poderiam ser assassinados pelo Estado. A denúncia deve ser, precisamente, contra todo esse discurso de que algumas pessoas – rotuladas como “criminosos”, “traficantes”, “guerrilheiros”, em suma, como “inimigos” – seriam matáveis, pois é esse discurso que dá combustível para que as forças de segurança tentem associar qualquer vítima de sua violência a grupos tidos como criminosos. Em outras palavras, a denúncia aos “falsos positivos” apenas pode nos ajudar, na medida em que representar uma denúncia ampla direcionada à violência cometida pelo Estado contra qualquer pessoa, independentemente de qualquer rótulo que tenha sido atribuído a ela. Insistir que existiria uma diferença entre supostos “falsos” e “verdadeiros” positivos significaria dar força aos mesmos artifícios utilizados por policiais e militares assassinos. “Falsos” ou pretensos “verdadeiros” positivos devem ser caracterizados sem eufemismos e tal qual são: pessoas assassinadas pelo Estado.

É precisamente a denúncia contra a violência promovida pelo Estado que motivou manifestações observadas na Colômbia e no Brasil no início de 2021. Parafraseando Caetano Veloso, nos dois países, os militares, policiais, paisanos e capatazes, com sua burrice, deixaram jorrar sangue demais e as vozes que todos fingiam não ouvir se fazem ser escutadas aos berros. Em 2021, a principal bandeira das manifestações na Colômbia é “*nos están matando*”, que ecoa com uma das palavras de ordem mais escutadas nas ruas de Bogotá: “*yo no voy a ser un falso positivo pra darle vacaciones a un tombo malparido*” (eu não vou ser um falso positivo para dar férias a um policial malparido [livre tradução]). Esses cânticos não poderiam ser mais pertinentes à realidade brasileira atual.

Notas

¹ Utiliza-se, aqui, o termo “rotulação”, oriundo da tradição do *labelling approach* (BECKER, 1971) e que foi incorporada por correntes críticas da Criminologia (CASTRO; CODINO, 2018). Em linhas gerais, essa corrente apontou para a alteração de foco nos

estudos criminológicos da figura dos criminosos para os processos de criminalização, ou seja, que selecionam alguns indivíduos para receberem os rótulos que justificam intervenções violentas do Estado.

Referências

- AMADEO, Javier (Org). *Violência de Estado no Brasil: uma análise dos Crimes de Maio de 2006 na perspectiva da antropologia forense e da justiça de transição - relatório final*. São Paulo: CAAF/Universidade Federal de São Paulo, 2019.
- ALMEIDA, Matheus Araújo de. *Do luto à luta: o Movimento Mães de Maio da baixada santista de São Paulo*. 2021. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.
- ASEINATOS ilegítimamente apresentados como bajas en combate por agentes del Estado. Jurisdicción Especial para la Paz, (s. d.). Disponível em: <https://www.jep.gov.co/especiales/macrocasos/03.html>. Acesso em: 16 mai. 2021.
- BARCELLOS, Caco. *Rota 66: a história da polícia que mata*. Rio de Janeiro: Record, 15. ed, 2014.
- BECKER, Howard. *Los extraños*. Sociología de la desviación. Buenos Aires (Argentina): Tiempo Contemporáneo, 1971.
- CASTRO, Lola Anyar de; CODINO, Rodrigo. *Manual de criminología sociopolítica*. Rio de Janeiro, Revan: 2018.
- DUARTE, Evandro Piza. FREITAS, Felipe da Silva. *Corpos negros sob a perseguição do Estado: política de drogas, racismo e Direitos Humanos no Brasil*. *Revista de Direito Público*, v. 16, n. 89, p. 156-178, 2019.
- FALSOS positivos en Colombia: los miles de civiles que fueron asesinados por el ejército durante la guerra. *BBC News Mundo*, 18 fev. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-56119174>. Acesso em: 16 mai. 2021.
- FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro*. 2006. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2006.
- GÓMEZ, Álvaro; ARAGÓN, Liliana A. S.; CARMONA, Olga. *Biopolítica, subjetividad política y “Falsos Positivos”*. In: ECHANDÍA, Cláudia P. (org.). *Subjetividades políticas*: desafios y debates latinoamericano. Bogotá, Colômbia: Universidad Distrital Francisco José de Caldas, 2012. p. 47-62.
- ITURRALDE, Manuel. *O governo neoliberal da insegurança social na América Latina: semelhanças e diferenças com o Norte Global*. In: MALAGUTI BATISTA, Vera (Org.). *Loic Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 169-195.
- MÃES DE MAIO. *Do luto à luta: mães de maio*. [s. l.]: Mães de Maio, 2011. Disponível em: <https://fundobrasil.org.br/wp-content/uploads/2016/07/livro-maes-de-maio.pdf>. Acesso em: 13 set. 2021.
- MALAGUTI BATISTA, Vera. *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- MBEMBE, Achille. *Necropolítica. Arte & Ensaios*, n. 32, p. 123-151, dez. 2016.
- MISSE, Michel; GRILLO, Carolina Cristoph; NERI, Natasha Elbas. *Letalidade policial e indiferença legal: a apuração judiciária dos autos de resistência no Rio de Janeiro (2001-2011)*. *Dilemas: revista de estudos de conflito e controle social – edição especial n. 1*, p. 43-71, 2015.
- RELEMBRE o caso da Rota 66: Jovens foram metralhados nos jardins. *Estação*, 26 de abril de 2015. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2015/04/26/jovens-foram-metralhados-nos-jardins.htm>. Acesso em: 13 set. 2021.
- UNA década sin respuesta para las madres de Soacha. *Centro Nacional de Memória Histórica (CNMH)*, 14 out. 2018. Disponível em: <https://centrodememoriahistorica.gov.co/una-decada-sin-respuesta-para-las-madres-de-soacha/>. Acesso em: 16 mai. 2021.
- ZACCONE, Orlando. *Indignos de vida: forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- ZAFFARONI, Eugenio R. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

Recebido em: 27.05.2021 - Aprovado em: 27.08.2021 - Versão final: 14.10.2021

PROTAGONISMO RESTAURATIVO E SISTEMA CRIMINAL BRASILEIRO

RESTORATIVE PROTAGONISM AND BRAZILIAN CRIMINAL SYSTEM

João Victor Figueira Palhares

Bacharelado em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga. Associado do IBCCRIM.

Estagiário do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1985489302560099>

ORCID: 0000-0001-9881-8318

jv.palhares@hotmail.com

Resumo: O presente trabalho propõe uma análise dos fundamentos da Justiça Restaurativa e sua possível inserção no campo jurídico brasileiro através das alternativas penais existentes. Buscando possibilidades palpáveis para o sistema criminal convencional, trabalha-se a implementação de um modelo de "pista dupla", ou *Dual Track Model*, estudado por **Daniel Van Ness**, que poderá coexistir com o modelo punitivista atual. Por meio de estudos que tratam do tema, em especial os de **Howard Zehr**, pretende-se agregar consistência para a evolução de sistemas independentes de administração de conflitos, baseados exclusivamente em preceitos restaurativos, com a perspectiva da redução dos danos causados pela justiça criminal convencional e pela própria existência do conflito.

Palavras-chave: Justiça Restaurativa - Alternativas Penais - Redução de Danos.

Abstract: The present work proposes an analysis of the foundations of Restorative Justice and its possible insertion in the Brazilian legal field through existing criminal alternatives. Seeking tangible possibilities for the conventional criminal system, we work on the implementation of a "double track" model, or *Dual Track Model*, studied by Daniel Van Ness, which would coexist with the current punitivista model. Through studies dealing with the theme, especially those of Howard Zehr, it is intended to add consistency to the evolution of independent systems of conflict management, based exclusively on restorative precepts with the perspective of reducing the damage caused by conventional criminal justice and the very existence of the conflict.

Keywords: Restorative Justice - Criminal Alternatives - Damage Reduction.

Os debates que versam sobre justiça criminal consensual no Brasil são tímidos e sempre metodologicamente lentos, apesar de já antigos, comumente são tratados como correntes minoritárias e de difícil consolidação. Grandes juristas que trabalham o tema da Justiça Restaurativa (JR), como também aqueles que questionam a eficácia da Justiça Criminal Convencional (JCC) veem potencial no aspecto negocial do Direito Penal.

Para a leitura dos parágrafos que sucedem é necessário ressaltar que no ambiente jurídico-normativo penal da atualidade brasileira existem anseios demasiadamente ultrapassados, que acabam por tolher qualquer possibilidade de construção de um novo modelo de resolução de conflitos. Nesse sentido, do ponto de vista sociológico, **Leonardo Sica** alerta que a brasilidade vive a "falta de credibilidade e eficiência do sistema judiciário, fracasso das políticas públicas

de contenção da violência, esgotamento do modelo repressivo de gestão do crime, *déficits* de comunicação e de participação agravados pelas práticas autoritárias das agências judiciais, etc." (SICA, 2007, p. 1).

Gabriel Anitua ensina que o estabelecimento de uma entidade soberana, ou Estado, permitiu a manifestação do poder de poucos sobre os demais, usurpando o direito à resolução do conflito privado e instituindo a figura do "delito" passível de "castigo" para aqueles que atentassem contra a norma proibitiva estabelecida (ANITUA, 2007, p. 37). A noção de soberano regente do ambiente público – e, por conseguinte, da ação penal – fez nascer, através das instituições judiciais, a expropriação da vítima e da comunidade em relação à participação no procedimento que avalia o dano causado contra essas.

A expropriação, vigente até hoje, permite a destruição da autonomia da vítima, que em sua experiência com o conflito, para além da invasão do ofensor em sua esfera pessoal, vê-se desamparada pelo Estado em relação às necessidades que surgiram desse. Ocorre a negligência dos bens empíricos da vítima, na medida em que não se observa o dano causado à “sua propriedade, seu corpo, suas emoções, seus sonhos” (ZEHR, 2012, p. 26). A comunidade, no mesmo sentido, se encontra turbada do direito de deliberar quanto ao fato conflituoso, gerando ali um sentimento de ausência de poder e de fragilidade dos sentidos de confiança e fraternidade (ZEHR, 2012, p. 171).

Considerando que não há aberturas jurídicas e culturais amplas para inserção imediata de um modelo unificado de solução de conflito capaz de atender as subjetividades das partes que vivenciam o crime,¹ pode-se pensar em formas de ao menos reduzir os danos sofrido por essas. Uma das soluções possíveis para atender às necessidades das partes do processo é o modelo de “pista dupla”, também conhecido como *Dual Track Model* (VAN NESS, 2002, p. 14), como ensinado por **Daniel Van Ness**, que se resume na cooperação e coexistência entre o sistema de JCC e um sistema de administração de conflitos pautado nos preceitos de JR. Esse último modelo deverá estar focado no desenvolvimento de um mecanismo paralelo do sistema convencional, vigorando através de normatividade e de procedimento próprio.

Howard Zehr, em sua obra *Trocando as Lentes*, ensinou que os princípios que cultivam o movimento restaurativo deverão, nessa ordem, estar pautados: i) na vítima, na medida em que se busquem formas de sanar suas necessidades imediatas frente ao conflito (ZEHR, 2008, p. 26-27); ii) no ofensor, que através da disposição completa à resolução do conflito poderia encontrar sua responsabilização (ZEHR, 2008, p. 43-44); iii) na comunidade, que ao invés de clamar pela delegação da administração da resolução do conflito ao Estado, poderia tornar-se capaz de poder resolvê-lo (ZEHR, 2008, p. 192).

Contudo, existem poucas iniciativas que colocam a JR na pauta da JCC como possibilidade concreta de efetivação. Nesse sentido, é imperioso destacar o potencial que as alternativas penais apresentam ao “fugir” da lógica da pena pelo cárcere. Dentre as poucas iniciativas, mas de extrema relevância, há a Política de Alternativas Penais (BRASIL, 2020), hoje amplamente fomentada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que em sua essência busca atribuir novos valores às alternativas disponíveis e aceitas na JCC, tratando essas não como extensão ou ampliação do sistema punitivo, mas sim como meio possível e eficaz de construção de paz e de bem-estar social. A alternatividade penal é reconhecida pela Resolução 288 do CNJ,² podendo manifestar o caráter restaurador através das penas restritivas de direitos e dos mecanismos negociais previstos na legislação penal esparsa.

Dentre esses novos valores restauradores, no contexto nacional, pode-se incorporar os campos das alternativas penais e da JR,

extraindo que tal política busca promover, pontualmente: i) aumento da confiabilidade dos atores da JCC, dando abertura para alternativas penais nos tipos penais cabíveis; ii) aproximação comunitária, possibilitando a participação da sociedade na resolução do conflito; e iii) aplicação de temas específicos diante da particularidade do conflito e das formas de possível intervenção e tratamento das subjetividades da vítima e do ofensor (BRASIL, 2020, p. 26-32).

Nesse sentido, o ponto focal do trabalho é pensar os preceitos restaurativos e sua possível aplicação às alternativas penais existentes no sistema penal brasileiro, apresentando o potencial que poderia ser alcançado por essas, até que se formulassem procedimentos consistentes de resolução de conflitos com amplitude nacional, independentes e uniformes. Com efeito, em

vista da baixa execução prática da JR no Brasil, como também da reduzida construção teórica do tema, é prudente ressaltar que os presentes dizeres detêm caráter expositivo, reafirmando o fato de que há necessidade de extensa difusão de estudos em JR no âmbito nacional, com fins claros de influenciar positivamente a reformulação da JCC, pensando no acolhimento de novas formas de resolução de conflitos para além da aplicação irracional da vingança que fundou a pena pelo cárcere.

Destaca-se que, para além do exposto, a existência de um mecanismo completo, ou mesmo incompleto, baseado em preceitos da JR, necessitaria de uma radical desconstrução da mentalidade inquisitiva e autoritária que rege a JCC na brasilidade, uma vez que essa última acaba por se desvincular dos próprios

princípios centrais, nos quais seus mecanismos destoam das lições constitucionais e do que seria a promessa de estado democrático de direito (COUTINHO, 2018, p. 34 *et seq.*).

As políticas reacionárias de controle de criminalidade confrontam os próprios fomentos de reintegração, responsabilização e reeducação do ofensor através de sua punição pelo cárcere, uma vez que eles se manifestam exclusivamente pela impossibilidade de participação no convívio social (BARATTA, 2002, p. 164-165). No mesmo sentido, inibir o ofensor de reparar o dano causado à vítima poderia frustrá-la ainda mais, uma vez que ela não consegue ter suas necessidades sanadas pelo Estado, o qual tem papel constitucional de resolvê-las.

Com isso, o procedimento adotado pela JCC busca administrar e resolver conflitos, sem que se observe possíveis efeitos negativos, ou “extra-autos”, no tecido social, fazendo com que as reais necessidades das partes não sejam atendidas, gerando insegurança, desconfiança e insatisfação social guiada pela má distribuição dos “gozos” em ver o conflito solucionado (ZEHR, 2008, p. 51-52), retirando-lhes o protagonismo e autonomia. O fenômeno da distribuição do gozo determina o bem-estar ou mal-estar da comunidade e isso pode afetar as relações de fraternidade e sociabilidade pregadas pela norma constitucional brasileira. **Joel Birman**, com base nas lições de **Freud**, explica a existência do narcisismo das pequenas diferenças (FREUD, 2011, p. 43-44), no qual “os povos, nações e etnias se confrontavam brutalmente em nome da preservação e

UMA DAS SOLUÇÕES POSSÍVEIS PARA ATENDER ÀS NECESSIDADES DAS PARTES DO PROCESSO É O MODELO DE “PISTA DUPLA”, TAMBÉM CONHECIDO COMO *DUAL TRACK MODEL* [...] QUE SE RESUME NA COOPERAÇÃO E COEXISTÊNCIA ENTRE O SISTEMA DE JCC E UM SISTEMA DE ADMINISTRAÇÃO DE CONFLITOS PAUTADO NOS PRECEITOS DE JR.

da expansão do gozo próprio, procurando apropriar-se do gozo do outro" (BIRMAN, 2017, p. 72). Dessarte, o autor segue explicando que, a partir da atuação autocentrada dos operadores do direito, "a fragilidade das instituições e o descaso das autoridades políticas num país secularmente miserável, permeado pelas desigualdades terrificantes do gozo, levou à destruição completa de milhares de pessoas" (BIRMAN, 2017, p. 74).

O maior enfrentamento quanto à disseminação de práticas restaurativas é a crença popular de que confiar o poder de administrar os próprios conflitos aos indivíduos que vivenciaram o crime seria o mesmo que permitir o retrocesso às eras da vingança privada. Assim, essas medidas "não eram necessariamente mais punitivas, menos comedidas ou racionais do que a justiça pensada pela esfera pública. Pelo contrário, a justiça pública pode ser até mais punitiva em sua abordagem, oferecendo uma gama mais limitada de resultados" (ZEHR, 2008, p. 94). E isso se confirma pelo fato notório de que o único fim, geralmente, apresentado pelo Direito Penal é a privação da liberdade do indivíduo que atenta contra a norma proibitiva.

Fato é que a "justiça restaurativa representa uma mudança de linguagem e orientação, criando a oportunidade de revigorar o debate num ambiente político que esteja explicitamente tentando focar as causas do crime, ao invés de responder às demandas com 'endurecimento' e punição" (destaque do original, tradução nossa).³ Nesse ínterim, as ideias aqui abordadas não defendem a extinção do modelo de controle social atual, mas sim sua desconstrução e renovação, pensando o perfil autoritário do Estado suprido pela gestão da sociedade civil organizada incentivada a buscar a responsabilização e restauração social das partes inseridas no conflito (PENIDO, 2015, p. 76-78). Assim, o poder de administrar os próprios conflitos retorna à comunidade, passando a atuar não como "árbitros que impõem uma solução, mas pessoas que tentam ajudar os interessados a compreender sua situação e a encontrar, eles mesmos, a solução" (HULSMAN; CELIS, 2005, p. 267).

O aspecto criminológico contido na manifestação das práticas restaurativas no Processo Penal brasileiro está ligado à compreensão do conflito e como fazer para repará-lo (ZEHR, 2008, p. 175), entendendo que não se trata de mera violação da lei e da ordem, mas sim de violação de pessoas, de suas esferas privadas, familiares e comunitárias (ZEHR, 2008, p. 175). O modelo de "pista dupla", trabalhado inicialmente, precisaria de amparo estrutural para se equipar e se adequar ao modelo punitivista convencional. Contudo, esse feito não é impossível. Os pequenos avanços em JR e alternatividade penal no ambiente brasileiro permitem a construção de novos modelos de administração de conflitos, fundados em preceitos de restauração do dano causado ou ao menos a redução desse.

Ademais, entende-se que o campo das alternativas penais possa alcançar vieses restaurativos capazes de suprir parte do mal-estar causado pela JCC. E, em seu viés processual, essas alternativas deverão observar unicamente os mandamentos constitucionais de "democraticidade" (MARTINS, 2013, p. 72-73), proporcionando a interrupção da "coação direta própria da gestão dos aparatos penais reduzindo os danos produzidos aos direitos e garantias fundamentais"

(CARVALHO, 2008, p. 29), servindo fundamentalmente como "limites às derivas processuais de fundo autoritário" (MARTINS, 2013, p. 74-75), possibilitando a resolução negociada dos danos causados pela existência do conflito criminal.

Das diretrizes estabelecidas pela Resolução 288 do CNJ pode-se extrair primordialmente o que está disposto nos artigos 3º e 4º, nos quais o foco principal da iniciativa restaurativa é possibilitar a intervenção penal mínima e a máxima resolução do conflito pelas vias comunitárias, garantindo ainda a presunção de inocência, a dignidade e a diversidade humana, como também a cooperação pública (do Estado) para com os mecanismos consensuais de resolução de conflito. E aqui entra o ponto negocial da justiça restaurativa, pois, para as partes, ajustar voluntariamente, pelo consenso e pelo acordo, as soluções que lhe são favoráveis é essencial para a resolução de um conflito.

Vejam: se a justiça restaurativa se concentra em entender o dano entre as partes, oferecendo amparo a essas mediante práticas capazes de atender suas necessidades, funcionando através do empoderamento e restauração dos sentimentos da vítima, da responsabilização social do agressor e da participação da comunidade, por que não a identificar, como já fez o CNJ, como modelo capaz de solucionar conflitos?

Os campos do Direito Criminal, seja no âmbito do próprio código penal, seja nas legislações especiais que tratam de drogas, violência doméstica, crimes de trânsito, crimes ambientais etc., são essenciais para as práticas de viés restaurativo, que podem ser aplicadas desde o inquérito à execução e também no sistema socioeducativo. Assim, aplicar de forma autônoma e voluntária os Círculos de Resolução de Conflitos, as Conferências Familiares, a Mediação entre a Vítima, o Ofensor e a Comunidade (BRASIL, 2020, p. 133 *et seq*), em conjunto ou como alternativas penais é fundamental para o estabelecimento de um modelo palpável de resolução de conflitos. Esse sistema poderá atuar apartado da JCC, possibilitando a criação do modelo de "pista dupla", guiado por preceitos restaurativos e administrado pela participação social e por equipes multidisciplinares (ZEHR, 2008, p. 244-250) capazes de identificar e trabalhar os danos que surgirem das relações quebradas pelo conflito e pelo sistema criminal convencional.

Um duplo sistema de administração de conflito, dotado de força normativa e operacional, capaz de acolher os anseios da vítima, do ofensor e da comunidade funcionaria bem para reduzir os danos causados pelo conflito, dando protagonismo à vítima, seu ofensor e à comunidade afetada, tornando o Estado mero sistema de homologação das decisões privadas voluntariamente negociadas entre os envolvidos no conflito. Ocorre que, para alcançar a implementação de sistemas alternativos de administração de conflitos, é essencial a reformulação da propedêutica dos temas em matéria penal, fazendo entender que a jurisdição e a elaboração da norma proibitiva devem, indispensavelmente, reconhecer o dano sofrido pela vítima como protagonista da causa criminal, dando ênfase também aos sentimentos de fraternidade e sociabilidade fragilizados pela ocorrência delituosa e em como fazer para saná-los. Por conseguinte, deve-se buscar implementar meios multidisciplinares capazes de possibilitar de forma eficaz a responsabilização inteligente do agressor.

Notas

¹ Um modelo unificado de solução de conflitos seria a incorporação completa da justiça restaurativa na justiça criminal convencional. Nesse contexto, o sistema de justiça estaria inteiramente pautado em solucionar o conflito, possibilitando a vítima a reparação do dano e ao ofensor a responsabilização por esse, pertencendo à comunidade o poder de solucionar o próprio conflito. (VAN NESS, 2002, p. 13-14).

² Resolução 288 do CNJ. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2957>.

Acesso em: 26 de jan. 2021.

³ "Restorative justice represents a shift in language and orientation, creating an opportunity to reinvigorate debate in a political environment that is explicitly trying to address the causes of crime, rather than responding to the demand for 'toughness' and punishment". (TICKELL; AKESTER, 2004, p. 12).

A VOLTA AO MUNDO EM 80 DIAS E A PROVA INDICIÁRIA

AROUND THE WORLD IN EIGHTY DAYS AND THE EVIDENTIAL PROOF

Fernando Procópio Palazzo

Mestrando em Criminologia pela Erasmus Universiteit Rotterdam e Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo ICPC.

Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3022904945374888>

ORCID: 0000-0002-8552-8933

fernando.palazzo@hotmail.com

Resumo: O presente trabalho teve por escopo analisar as implicações decorrentes da utilização de prova indiciária frágil no Processo Penal. Procurou-se fazer um paralelo entre a obra de Jules Verne “A volta ao mundo em 80 dias” e situações que são evidenciadas na persecução penal. Partindo-se de uma análise dos fatos ocorridos na referida obra literária, demonstrou-se como a obstinada busca pelo investigador de polícia, imbuído por juízos puramente sensoriais e precipitados, gerou prejuízos ao protagonista da história. Apontou-se, nesse contexto, como a aplicação da prova indiciária requer cautela e adequada conformação com outros elementos probatórios. Defendeu-se, nessa linha, que o Processo Penal hodierno, pautado pelos ditames democráticos da Constituição de 1988, requer uma cabal exposição dos fatos e uma leitura dialética em respeito às garantias legais.

Palavras-chave: Direito – Literatura – Indícios - Jules Verne - Prova.

Abstract: The scope of the present essay was to analyze the implications arising from the use of deficient evidence in criminal proceedings. It was made a parallel between the book of Jules Verne, “Around the world in 80 days” with situations that are evidenced in the criminal prosecution. Starting from an analysis of the facts that occurred in that literary work, it was demonstrated how the obstinate search of the police investigator, imbued with purely sensory and hasty judgments, caused damage to the protagonist of the story. It was pointed out, in this context, that the application of evidence requires caution and adequate compliance with other probation elements. It was defended, in this line, that the current criminal procedure, based on the democratic precepts of the 1988 Constitution, requires an appropriate exposition of the facts and a dialectical reading in respect of legal guarantees.

Keywords: Law - Literature – Evidences - Jules Verne - Proof.

1. Introdução

Ao longo dos séculos, a palavra escrita tem se apresentado como importante fonte de registro de acontecimentos históricos, da forma de pensar de uma sociedade, descobertas, tratados, reflexões e de criação cultural. Os livros se tornaram grandes veículos difusores de ideias e conceitos, destacando-se, nessa perspectiva, a construção de narrativas de sobrelevado valor por intermédio da literatura.

A literatura permitiu a exposição sensível e artística de importantes momentos históricos e culturais do período em que os seus autores viveram e cuja significação se perpetuou no tempo e alcançou espaço interpretativo em outras áreas, sobretudo no Direito. Nesse ponto, prestigiados autores se debruçam sobre os elos entre e a realidade e ficção. **Streck e Trindade** (2013, p. 3), em trabalho de vanguarda sobre o tema, indagam “quanta realidade se encontra nas ficções? E quanta

ficção conforma nossa realidade?” É certo, pois, que a literatura e o Direito apresentam robusta interconexão, de modo que as narrativas desenvolvidas pela primeira permitem construções e importantes reflexões do fenômeno jurídico e vice-versa.

Nesse panorama, busca-se na requintada obra “A volta ao mundo em 80 dias”, da lavra do escritor francês **Jules Verne**, elementos que denotam uma forma de agir e pensar, cujas implicações coincidem com ações que são perpetradas hodiernamente no deslinde de persecuções penais. A saga de Phileas Fogg em vencer uma aposta de dar a volta ao mundo em 80 dias é marcada por uma implacável perseguição empreendida pelo detetive Fix, o qual, baseado em determinados indícios, julgou-o como sendo responsável pela prática de vultoso delito patrimonial que havia sido praticado.

Sob esse prisma, assenta-se como escopo do presente ensaio averiguar, à luz da referida obra, os riscos envolvendo a formação

de convicções baseadas em juízos pautados de forma exacerbada e desvirtuada pela verossimilhança de indícios.

2. Uma volta ao mundo seguindo indícios

A narrativa proposta por Jules Verne em “A volta ao mundo em 80 dias” se passa no ano de 1872 e se desenvolve em torno do metódico personagem Phileas Fogg. Integrante da alta sociedade britânica, homem de perfil discreto e misterioso, o protagonista, após um almoço no *Reform Club* em Londres, conversava com outros cavalheiros sobre um roubo que havia sido cometido no Banco da Inglaterra. Diante da subtração da expressiva quantia de cinquenta e cinco mil libras, os presentes debatem sobre como um indivíduo poderia fugir e se refugiar em algum outro país. Surge, então, nesse contexto, a controvérsia sobre em quanto tempo seria possível dar a volta ao mundo. Após ser confrontado sobre a viabilidade de se percorrer o globo em oitenta dias, Phileas Fogg aceita uma aposta no valor de vinte mil libras em realizar tal intento. No entanto, ao iniciar a sua jornada na companhia do seu criado francês Jean Passepartout, o intrépido aventureiro não desconfiava que seria alvo de suspeição como autor do roubo por parte do inspetor de polícia Fix. Tão logo iniciou sua viagem, os jornais ingleses retrataram Phileas Fogg como excêntrico e a história logo logrou grande alcance. Nesse cenário, o detetive Fix, ao comparar uma foto de Phileas Fogg com os traços do criminoso descrito no inquérito, entende que eles possuem vigorosas semelhanças. Em adição, conclui que o perfil recluso do protagonista e a sua súbita partida sob o pretexto de dar a volta ao mundo seriam elementos indicativos de que se tratava do meliante responsável pelo roubo ao banco e que procurava, assim, despistar a polícia.

Aguardando, então, a emissão de uma ordem de prisão, o detetive parte no encalço de Phileas Fogg. Certo de que estava prestes a resolver o caso, o inspetor londrino acompanha o viajante ao redor do mundo, sempre imbuído da convicção de que pela conjuntura dos indícios se tratava do efetivo autor do crime. O próprio Fix afirmou após ser indagado se tinha certeza sobre a identidade de Phileas Fogg que “nós, detetives, temos uma intuição que nos aponta o culpado, quando não o reconhecemos propriamente. Faro é o que é preciso!” (VERNE, 2017, p. 67).

Seguindo, pois, o seu “faro”, o inspetor acompanha Phileas Fogg em Suez, Bombaim, Calcutá, Hong Kong, Yokohama, Xangai, São Francisco, Nova Iorque e Liverpool. Durante todo o percurso apresenta diversas conjecturas para justificar a autoria do crime atribuída a Phileas Fogg. A excentricidade do viajante era um dos pontos centrais que atraía a validade dos demais indícios que considerava. Partia, assim, exclusivamente de um juízo subjetivo para entender que aquele sujeito de hábitos estranhos e perfil misterioso não poderia ser alguém inocente. Sob o receio de manchar sua reputação como investigador afirmou que “iria até o fim do mundo

se for preciso” (VERNE, 2017, p. 152). Fix desencadeia uma séria de percalços que atrasam a viagem do metódico e fleumático Phileas Fogg. O ponto máximo de suas ações se deu finalmente com o êxito na prisão do viajante, quando ambos chegaram a Liverpool. No entanto, após deter o protagonista é avisado de que o verdadeiro criminoso havia sido preso três dias antes (VERNE, 2017, p. 307).

Felizmente, a despeito de todas as peripécias perpetradas por Fix, Phileas Fogg consegue chegar a tempo em Londres e vencer a aposta que havia realizado.

3. Da fragilidade dos juízos formados precipuamente por indícios

Delineado esse quadro literário, procurou-se demonstrar como a obstinada crença em evidências frágeis pode gerar ações e resultados lesivos.

No campo do Direito Processual pátrio, emerge como norma estruturante dos indícios o artigo 239 do Código de Processo Penal. Partindo de um raciocínio indutivo-dedutivo, prescreve o preceito

legal ser o “indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra”. Nesse aspecto, urge considerar, à luz dos ensinamentos de Lopes Júnior (2020, p. 556), que, durante a atividade recognitiva dos fatos no processo pelo juiz, os indícios são empregados como um *standard* probatório reduzido. Vale dizer, possuem carga idônea para fomentar a tomada de decisões incidentais ao processo, porém são insuficientes, isoladamente, a justificar a prolação de um édito condenatório.

Traçadas essas premissas, infere-se que a persecução penal não pode estar amparada em um ciclo vicioso de indícios que não possuem qualquer progressão probatória e, sobretudo, correspondência em elementos produzidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Não se pode subjugar a ação penal à compreensão de indícios fracos e desprovidos de pertinente corroboração, sob o pálio de se estar realizando um juízo solipsista pretensamente indutivo-dedutivo. Nesse ponto, cabe destacar, consoante abalizada lição de Streck (2013, p. 50), que “a decisão não pode ser ‘o produto de um conjunto de imperscrutáveis valorações subjetivas, subtraídas de qualquer critério reconhecível ou intersubjetivo’”. A persecução demanda a cabal ponderação de provas revestidas de conteúdo valorativo apto a identificar os fatos e que permita aos seus participantes a construção de juízos dialéticos e não meramente sensoriais.

Não será, pois, a pleora de frágeis e desconexos indícios que implicará na superação de um estágio probatório deficitário. Dostoiévski (1979, p. 200), em sua renomada obra “Crime e Castigo”, apregoa, com inquestionável praticidade, que “de cem coelhos, nunca se faz um cavalo; de cem suspeitas nunca se faz uma prova”. Na obra de Jules Verne, pode-se perceber como o detetive Fix, baseado precipuamente em juízos sensoriais e em conjecturas, empreendeu uma implacável perseguição a Phileas Fogg. Sem

A PERSECUÇÃO DEMANDA A CABAL PONDERAÇÃO DE PROVAS REVESTIDAS DE CONTEÚDO VALORATIVO APTO A IDENTIFICAR OS FATOS E QUE PERMITA AOS SEUS PARTICIPANTES A CONSTRUÇÃO DE JUÍZOS DIALÉTICOS E NÃO MERAMENTE SENSORIAIS.

qualquer rigor investigativo, suas inferências subjetivas o fizeram percorrer o globo buscando confirmar o delito no pretense criminoso. Em um viés mais amplo, inevitável relembrar o emblemático exemplo de postura precipitada e com resultado catastrófico envolvendo o brasileiro Jean Charles de Menezes. Autoridades britânicas munidas de informações superficiais e em uma reação açodada acabaram por confundir o imigrante brasileiro com um terrorista e ceifar a sua vida.

Com efeito, emprestando a narrativa ao plano processual pátrio, não se pode, igualmente, aquiescer com a perpetuação de persecuções penais que não apresentem um compromisso e rigor com a explicitação de provas de conteúdo translúcido e concatenados. Não se descarta, pois, da complexidade de demonstração de certos fatos, sobretudo quando perpetrados no âmbito da macrocriminalidade. No entanto, o ponto nodal que se busca afirmar é a não aceitação de premissas frágeis e isoladas que se ocultam sob a pretensa legitimidade de um raciocínio subjetivo-indutivo. Não são poucos os casos na jurisprudência pátria de ações penais que tramitaram durante anos com base em premissas indiciárias frágeis e terminaram, ao final, tendo sido reformadas ou até mesmo consolidando situações jurídicas desconexas.

A respeito da necessidade de concretude dos elementos probatórios, disserta **Carrara** (1956), com inegável propriedade:

Quanto aos indícios, é importantíssimo recordar que não apenas devem ser perfeitos na própria substância (o que quer dizer concludentes na sua relação com o delito em questão), mas devem ainda ser perfeitos na substância da prova, isto é, que cada um deles esteja provado por outros meios, que não o de outro indício. A acumulação das presunções e dos argumentos conjecturais é logicamente viciosa e juridicamente perigosa. (p. 478)

Outrossim, em uma perspectiva lúdica, o quadro probatório não pode ser um quebra-cabeça, no qual peças são forçadas a encaixar tão somente no afã de completar a imagem. O que não encaixar certamente será um indício frágil, produto de uma atividade isolada, estéril e em dissonância às garantias constitucionais. Na lúcida ponderação de **Badaró** (2018), “quem formula a hipótese inicial, busca provas de sua confirmação, e eventualmente reformula a hipótese é o mesmo sujeito que, ao final, encerrará a investigação, com a conclusão sobre os fatos” (p. 57). Portanto, a atividade processual reclama ordenação, contínua submissão ao crivo do contraditório e ampla defesa, e um resultado decorrente de uma profícua construção dialética.

Nesse sentido, **Lopes Júnior** (2020), preleciona com maestria a respeito da necessidade de provas concretas para a infligência de um decreto condenatório:

Ninguém pode ser condenado a partir de meros indícios, senão que a presunção de inocência exige prova robusta para um decreto condenatório. Pensar o contrário significa desprezar o sistema de direitos e garantias previstos na

Constituição, bem como situar-se na contramão da evolução do processo penal, perfilando-se, lado a lado, com as práticas inquisitórias desenhadas por EYMERICH no famoso *Directorium Inquisitorium*. (2020, p. 556)

Todas essas premissas demonstram como o elemento anímico, isto é, a ânsia em apresentar uma resposta a determinado acontecimento, podem gerar resultados extremamente nocivos. O detetive Fix criou em seu imaginário um cenário delitivo baseado em situações superficiais e suposições sobre a pessoa e o agir do protagonista. Ao final, no intuito de confirmar o quadro que havia elaborado, forçou os fatos e discerniu além da realidade.

À vista dessas considerações e à luz dos ditames democráticos apregoados pela Constituição Federal de 1988, a prolação de um decreto condenatório urge a exposição satisfativa de elementos probatórios robustos. O conjunto de progressivos e objetivos indícios, apresentados como elementos iniciais de uma reconstrução lógica e ininterrupta, ratificada por subsequentes provas cabais, consubstanciam requisitos adequados para a conformação da responsabilidade criminal. Caso contrário, o indício precipitado, dotado de carga subjetiva e sensorial, propiciará tão somente resultados lesivos e prejudiciais à ação penal.

4. Considerações finais

A clássica aventura escrita por Jules Verne tem se perpetuado no tempo e povoado o imaginário de gerações. Os caminhos percorridos por Phileas Fogg para completar a volta ao mundo foram marcados por forte oposição por parte do detetive Fix, ao qual se empresta singela alegoria à seara processual penal para contrapor os prementes cuidados que se devem adotar na gestão probatória. A crença precipitada em indícios superficiais levou o inspetor de polícia londrino a igualmente percorrer o mundo em uma sanha punitiva irrefletida.

Em um paralelo ao ordenamento pátrio, propugna-se pela produção e manuseio responsável de elementos sólidos, que comprovem a responsabilidade pela prática de fatos delitivos. É certo, não se confunda, que não se ignora as dificuldades que permeiam o desvelar de intrincadas atuações criminosas. No entanto, o ponto nevrálgico da questão reside na eliminação de elementos anímicos e sensoriais, que não só podem desencadear como influenciar a condução de persecuções penais desprovidas de fundamentos idôneos. Não se pode, com base em indícios claudicantes e compreensões solipsistas, empreender “voltas ao mundo” e produzir resultados disformes e construídos pela pressão.

Sob os auspícios da Carta Magna de 1988, o Processo Penal contemporâneo perpassa por uma indissociável construção dialética, na qual inexistente espaço para juízos condenatórios pautados em percepções individualistas representadas, sobretudo, por elementos indiciários isolados e frágeis. Urge, pois, uma leitura que enfrente os fatos em sua integralidade, aquilatando circunstâncias e argumentos com todas as suas nuances, completudes e deficiências, a fim de se alcançar um resultado efetivamente justo ao processo e à sociedade.

Referências

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Editorial dossiê “prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. Revista Brasileira De Direito Processual Penal. Belo Horizonte, v. 4, n.1., p. 43-80, 2018.
CARRARA, Francesco. Programa de Direito Criminal. Parte Geral. VI. 2. São Paulo: Saraiva, 1956.
DOSTOIEVSKI, Fiodor. Crime e Castigo. VI. 2. São Paulo: Editora Victor Civita, 1979.

JUNIOR, Aury Lopes. Direito Processual Penal. 17a ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. Direito e Literatura. Da realidade da ficção à ficção da realidade. São Paulo. Atlas. VERNE, Jules Gabriel. A volta ao mundo em 80 dias. São Paulo: Moderna.

Recebido em: 20.07.2021 - Aprovado em: 28.10.2021 - Versão final: 30.11.2021

BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS POLÍTICAS “CRIMIGRATÓRIAS” DURANTE A CRISE DA COVID-19

BRIEF CONSIDERATIONS ABOUT ‘CRIMMIGRATION’ POLICIES DURING THE COVID-19 CRISIS

Leonardo Bortolozzo Rossi

Mestrando em Direito pela UNESP. Especialista em Ciências Criminais pela Faculdade de Direito de USP de Ribeirão Preto. Bacharel em Direito pela FDF. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8698145994146015>

ORCID: 0000-0003-3180-6675

lb.rossi@unesp.br

Resumo: A Lei de Migração foi celebrada pela sociedade civil brasileira pela inovação em temas de Direitos Humanos. Entre os princípios dirigentes da nova política migratória brasileira está o da não criminalização da migração. Contudo, normativas adotadas pelo Poder Executivo posteriormente mitigaram a garantia desse princípio. O objetivo desse trabalho é analisar o recente histórico das políticas de criminalização do migrante no Brasil, com enfoque na pandemia da Covid-19. Os resultados mostram que estas práticas parecem ter atingido seu ápice durante a crise da Covid-19, em que se instituiu uma modalidade de deportação anômala, de forma imediata, sem o devido processo legal. Para tanto, utiliza-se do método dedutivo, pois parte-se de acontecimentos universais para particulares, a partir da pesquisa bibliográfica, documental e legislativa acerca da temática.

Palavras-chave: Crimigração - Criminalização do migrante - Direitos Humanos.

Abstract: The Migration Law was celebrated by Brazilian civil society for its innovation in human rights issues. Among the guiding principles of the new Brazilian migration policy is the non-criminalization of migration. However, regulations adopted by the Executive Power later mitigated the effects of this principle. The objective of this paper is to analyze the recent history of migrant criminalization policies in Brazil, with a focus on the covid-19 pandemic. The results show that these practices seem to have reached their peak during the covid-19 crisis, in which a modality of anomalous deportation was instituted, for which individuals were immediately deported, without due process of law. Therefore, it uses the deductive method, as it starts from universal events for particulars, based on bibliographical, documentary, and legislative research on the subject.

Keywords: Crimmigration - Migrants' criminalization - Human Rights.

Em 2006, Juliet Stumpf (2006) foi a primeira a teorizar acerca da “crimigração”, em que há a crescente tendência nas democracias liberais da interconexão do Direito Criminal com o Migratório, a partir da aplicação de mecanismos de controle social penal sobre temas de mobilidade humana. Ao contrário da teoria penal tradicional, pela qual se busca a reabilitação social do ofensor, esta convergência resulta, na maioria dos casos, em formas de expulsão do migrante.

No Brasil, na última década viu-se um aumento dos estudos neste campo de pesquisa,¹ paralelamente à edição da nova Lei de Migração, em 2017 (Lei 13.445/2017; BRASIL, 2017a). Esta tem a missão de romper com o paradigma do antigo Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/1980; BRASIL, 1980), formulado durante a ditadura brasileira, que preconizava as ideologias da segurança nacional e da proteção ao trabalhador nacional, com claro viés nacionalista e de restrição à imigração sob bases autoritárias.

Nesse sentido, a nova legislação teve uma ampla participação no seu processo da sociedade civil, da academia e dos próprios migrantes (COMIGRAR, 2014), e alcançou um significativo avanço na proteção e garantia dos Direitos Humanos dos migrantes. Entre os novos princípios dirigentes da nova política migratória nacional, destaca-se o da “não criminalização da migração”, que consta no art. 3º, inciso III (BRASIL, 2017a).

Inclusive, o princípio marca uma ambivalência em relação às legislações dos países do “norte global”, notadamente a europeia e norte-americana, que cada vez mais são padronizadas com normas securitizantes e um forte controle fronteiriço, pelos quais se faz o combate à “imigração ilegal”²

Maria João Guia salienta que o migrante é visto como o inimigo em potencial, em que os Estados nacionais respondem pela introdução de normas cada vez mais duras, e com o aumento da impossibilidade da regularização da situação administrativa (GUIA, 2012). As normas securitizantes resultam na “ampliação do escopo da criminalização, o aumento das sentenças e a limitação do estatuto processual atribuído ao imputado” (GUIA, 2012, p. 94).

Apesar do avanço da nova legislação, no Brasil, a admissão, retirada e controle dos migrantes é feita pela Polícia Federal, órgão que tem como enfoque, principalmente, a persecução penal de crimes transnacionais, o que obsta um tratamento mais humanitário dos migrantes quando se encontram nas fronteiras. Dessa forma, as mesmas estruturas administrativas que operavam durante a ditadura militar ainda atuam em termos migratórios, fruto da incompleta justiça de transição³ realizada no país. O controle fronteiriço nacional possui uma ótica securitizante, portanto.⁴

As modalidades de retirada compulsória do migrante do território nacional foram dispostas de acordo com o respeito a princípios básicos do Direito Processual Penal, como o devido processo legal. Na deportação, há a previsão da participação de órgãos na defesa dos direitos dos migrantes, como a Defensoria Pública da União, além da concessão de prazo de 60 dias para a regularização da situação migratória.

O Decreto regulamentador publicado no mesmo ano de 2017 (Decreto 9.199/2017; BRASIL, 2017b), legislação claramente inconstitucional em diversos pontos, contraria a Lei de Migração, em que se permite a criminalização dos fluxos migratórios e dispõe acerca dos procedimentos de retirada compulsória sem a devida garantia aos direitos dos migrantes. No seu art. 211, permite-se que o delegado federal

represente perante o juízo federal pela prisão do migrante ou outra medida alternativa. Os parágrafos do artigo destacam o procedimento a ser adotado em tais casos, como a comunicação à repartição consular do país de nacionalidade do migrante e da Defensoria Pública da União para o exercício da sua defesa, caso não tenha defensor constituído (BRASIL, 2017b). A falta de defensor constituído, seja pela Defensoria ou de forma particular, contudo, não impede o cárcere.

E, desde então, há uma profusão de medidas, editadas em sua maioria pelo Poder Executivo, que evidenciam a configuração do moderno estado de exceção, que não se caracteriza mais por regimes manifestamente totalitários, como foi durante o século XX, e sim, por espaços ininterruptos de exceção, direcionados a certos segmentos populacionais, com a formalização de normas discriminatórias (AGAMBEN, 2007).

Tais práticas manifestaram-se, recentemente, pela Portaria 666/2019, organizada pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, que conceitua a respeito da existência de “pessoas perigosas”, em uma criminalização de suspeitos de determinados crimes elencados na normativa (BRASIL, 2019). A atribuição da periculosidade ficaria a cargo da autoridade migratória, no caso, a própria Polícia Federal. A normativa era inconstitucional e inconveniente, conforme demonstraram Moreira e Silva (2020).

Diante deste cenário, de crescente criminalização da migração, em virtude da declaração de pandemia causada por um novo coronavírus, em março de 2020, praticamente todos os países do globo adota-

ram medidas restritivas à mobilidade humana, com o intuito de refrear a proliferação da doença.

No Brasil, diversas portarias vigoraram durante os anos de 2020 e 2021, emitidas pelo Poder Executivo, que determinam a proibição de admissão no território brasileiro de “estrangeiros” de qualquer nacionalidade, excetuadas algumas possibilidades descritas.

As portarias 340, de 30 de junho de 2020 (BRASIL, 2020); 652, de janeiro de 2021 (BRASIL, 2021a); e, mais recentemente, a 655, de junho de 2021 (BRASIL, 2021b), possuem textos legais praticamente idênticos, pelos quais se limitam à admissão no país com a previsão de responsabilidade civil, administrativa e penal dos migrantes infratores que descumprirem o disposto nas portarias.

As portarias instituíram uma modalidade de deportação anômala, não prevista na nova Lei de Migração, em que se pune o infrator com a deportação imediata, em uma clara política “crimigratória”. As duas esferas de controle, que eram utilizadas de forma separada, são aplicadas concomitantemente, com o propósito de facilitar a retirada compulsória do migrante (BARKER, 2017).

As práticas “crimigratórias” durante a pandemia da covid-19⁵ esclarecem que o alcance, impacto e natureza da punição estão mudando, em conjunto com a erosão das suas proteções jurídicas, como o acesso à ampla defesa e o devido processo legal. Há uma “expansão do campo penal” (BOSWORTH; FRANKO; PICKERING, 2018), em que a deportação se torna o substituto da condenação criminal.⁶

Notas

- ¹ Vide a monografia premiada pelo IBCCRIM, em estudo pioneiro realizado por Ana Luisa Zago de Moraes. Ver: MORAES, 2016.
- ² Essa tendência verifica-se, de forma acentuada, desde o 11 de setembro, em que foram lançadas as bases da “guerra ao terror”. (BIGO, 2002).
- ³ Não há um conceito uniforme e homogêneo de justiça de transição. Para os fins deste artigo, utiliza-se o conceito de Coileen Murphy para quem a justiça de transição se compõe das tentativas formais adotadas por sociedades pós-repressivas e pós conflituosas para a resolução de erros passados, de violações sistemáticas de Direitos Humanos, nos esforços empreendidos para a democratização. No Brasil, a justiça de transição ocorreu, quase exclusivamente, através da seara econômica da reparação,

em que a estrutura administrativa do Estado permanece praticamente a mesma desde a ditadura militar. Ver: MURPHY, 2017, p. 1-37.

- ⁴ Uma nova agência humanitária para o controle fronteiriço foi um dos principais pedidos dos migrantes feitos durante o processo legislativo da nova legislação, o qual não foi atendido. Sobre a permanência das estruturas administrativas migratórias, ver: BOUCAULT, 2019.
- ⁵ A respeito das práticas “crimigratórias” durante a covid-19 ao redor do mundo, ver: SERPA, 2021; MCNEIL, 2021; BRANDARIZ; FERNANDEZ BESSA, 2021.
- ⁶ Sobre a nova lógica punitiva, entre outros, ver: KAUFMAN, 2014; BOSWORTH; HOYLE; ZEDNER, 2016; BOSWORTH, 2019; AAS, BOSWORTH, 2013.

Referências

- AAS, Katja Franko; BOSWORTH, Mary (Orgs.). *The borders of punishment: migration, citizenship, and social exclusion*. First edition. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2013.
- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2007.
- BARKER, Vanessa. Penal power at the border: Realigning state and nation. *Theoretical Criminology*, v. 21, n. 4, p. 441-457, 2017.
- BIGO, Didier. Security and Immigration: Toward a Critique of the Governmentality of Unease. *Alternatives: Global, Local, Political*, v. 27, 63-92, 2002.
- BOSWORTH, Mary; FRANKO, Katja; PICKERING, Sharon. Punishment, globalization and migration control: ‘Get them the hell out of here!’ *Punishment & Society*, v. 20, n. 1, p. 34-53, 2018.
- BOSWORTH, Mary; HOYLE, Carolyn; ZEDNER, Lucia. *Changing Contours of Criminal Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- BOSWORTH, Mary. Immigration Detention, Punishment and the Transformation of Justice. *Social & Legal Studies*, v. 28, n. 1, p. 81-99, 2019.
- BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. O direito fundamental de cidadania e a proteção do migrante no sistema jurídico brasileiro. *Delictae*, v. 4, p. 87-103, 2019.
- BRANDARIZ, José A; FERNÁNDEZ-BESSA, Cristina. Coronavirus and Immigration Detention in Europe: The Short Summer of Abolitionism? *Soc. Sci.*, p. 17, 2021.
- BRASIL. *Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017*. Institui a Lei de Migração. Presidência da República: Brasília, DF, 2017a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.html. Acesso em: 20 out. 2021.
- BRASIL. *Portaria nº 666, de 25 de julho de 2019*. Dispõe sobre o impedimento de ingresso, a repatriação e a deportação sumária de pessoa perigosa ou que tenha praticado ato contrário aos princípios e objetivos dispostos na Constituição Federal. Ministério da Justiça: Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-666-de-25-de-julho-de-2019-207244569>. Acesso em: 20 out. 2021.
- BRASIL. *Portaria nº 340, de 30 de junho de 2020*. Dispõe sobre a restrição excepcional e temporária de entrada no País de estrangeiros, de qualquer nacionalidade, conforme recomendação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa. Ministério da Justiça: Brasília, DF, 2020. Disponível em: https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/portarias/PORTARIA_N%2C%2BA_340_DE_30_DE_JUNHO_DE_2020.pdf. Acesso em: 20 out. 2021.
- BRASIL. *Portaria nº 652, de 25 de janeiro de 2021*. Dispõe sobre a restrição excepcional e temporária de entrada no País de estrangeiros, de qualquer nacionalidade, conforme recomendação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa. Presidência da

- República: Brasília, DF, 2021a. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-652-de-25-de-janeiro-de-2021-300740786>. Acesso em: 20 out. 2021.
- BRASIL. *Portaria nº 655, de 23 de junho de 2021*. Dispõe sobre a restrição excepcional e temporária de entrada no País de estrangeiros, de qualquer nacionalidade, conforme recomendação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, 2021b. Presidência da República: Brasília, DF, 2021b. Disponível em: <https://in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-655-de-23-de-junho-de-2021-327674155>. Acesso em: 20 out. 2021.
- BRASIL. Decreto n. 9.199, de 20 de novembro de 2017. Regulamenta a Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017, que institui a Lei de Migração. Presidência da República: Brasília, DF, 2017b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9199.htm. Acesso em: 18 out. 2021.
- BRASIL. Lei n. 6.815, de 19 de agosto 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Presidência da República: Brasília, DF, 1980. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm. Acesso em: 18 out. 2021.
- COMIGRAR. Caderno de Propostas. 1ª Conferência Nacional sobre Migrações e Refúgio. Brasília: SNJ, maio 2014. Disponível em: <http://participa.br/comigrar/destaques/cadernofinal-de-propostas-da-comigrar>. Acesso em: 20 out. 2021.
- GUIA, Maria João. Crimigração, securitização e o Direito Penal do crimigrante. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 11, p. 90-120, set/dez. 2012.
- KAUFMAN, Emma. Gender at the border: Nationalism and the new logic of punishment. *Punishment & Society*, v. 16, n. 2, p. 135-151, 2014.
- MCNEILL, Henrietta. Dealing with the ‘Crimmigrant Other’ in the Face of a Global Public Health Threat: A Snapshot of Deportation during COVID-19 in Australia and New Zealand. *Soc. Sci.*, p. 13, 2021.
- MORAES, Ana. Luisa. Zago. *Crimigração: a relação entre política migratória e política criminal no Brasil*. 1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2016. v. 1. 358p.
- MURPHY, Coileen. *The Conceptual Foundations of Transitional Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- SERPA, Regina C. The Exceptional Becomes Everyday: Border Control, Attrition and Exclusion from Within. *Social Sciences*, v. 10, n. 9, p. 329, 2021.
- SILVA, Tony. Robson; MOREIRA, Thiago. Oliveira. A [in]convencionalidade da regulação migratória brasileira. *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, v. 13, n. 2, p. 5-20, 2020.
- STUMPF, Juliet. P. The crimmigration crisis: immigrants, crime, and sovereign power. *American University Law Review*, v. 56, n. 367, p.367-419, 2006.

APOROFOBIA E DIREITO PENAL: O CRIME DE ÓDIO CONTRA MORADORES DE RUA E A NECESSIDADE DE APROVAÇÃO DO PL 3.135/20

APOROPHOBIA AND CRIMINAL LAW: HATE CRIME AGAINST HOMELESS PEOPLE AND THE
NEED FOR APPROVAL OF PL 3.135 / 20

Evânio Moura

Doutor em Direito Penal e Mestre em Processo Penal pela PUC-SP.

Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito 08 de Julho.

Procurador do Estado de Sergipe.

Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9191754229738841>

ORCID: 0000-0002-3432-5976

evanio@evaniomoura.adv.br

Resumo: O artigo aborda o conceito de aporofobia, contextualizando com o discurso e os crimes de ódio, apontando diversas práticas que sinalizam para condutas aporofóbicas, especialmente as agressões que vitimizam moradores de rua, sem-teto e mendigos, desconhecidos de seus ofensores, que de forma abjeta vitimizam quem já se encontra em situação de miséria social. Com fundamento na garantia constitucional da dignidade da pessoa humana, vislumbra-se a necessidade de aprovação de Projeto do Lei 3.135/2020, que tipifica como qualificadora ou causa de aumento de pena a prática de homicídio, lesão corporal e injúria em decorrência do sentimento de ódio pela condição de pobreza da vítima.

Palavras-chave: Aporofobia - Crime de ódio - Condição de pobreza da vítima - Projeto de Lei.

Abstract: The article addresses the concept of aporophobia in context with the speech and hate crimes, pointing out various practices that signal aporophobic behavior, especially the aggressions that victimize homeless and beggars, unknown to their offenders who abjectly victimize who is already in a situation of social poverty. Based on the constitutional guarantee of the dignity of the human person, the need for approval of Bill no. 3.135 / 2020 that typifies as a qualifier or cause of increased penalty the practice of homicide, bodily injury and injury due to the feeling of hatred for the victim's condition of poverty.

Keywords: Aporophobia - Hate crime - Victim's condition of poverty - Bill of Law.

A palavra aporofobia é um neologismo concebido pela filósofa espanhola **Adela Cortina**, significando a junção de dois diferentes termos, emprestados da língua grega (á-poros, sem recursos, indigente, pobre; e *fobos*, medo).

Graças aos estudos e pesquisas da professora de ética e filosofia política da Universidade de Valência, fora nominado o referido comportamento social,¹ havendo a incorporação do vocábulo aporofobia ao léxico espanhol, após sua aceitação pela Real Academia Espanhola, culminando com a inserção no Dicionário da Língua Espanhola.²

Tem-se agora uma palavra para definir o ódio ao pobre, que muitas vezes é materializado em diversos atos, como agressões físicas a mendigos, tiros disparados contra pessoas sem-teto,³ diversas condutas que revelam acentuada crueldade e torpeza, como queimar

moradores de rua enquanto estão dormindo, distribuir comida envenenada ou estragada, dentre outras manifestações abjetas, que infelizmente aumentam gradativamente em nosso país.⁴

Deve-se acrescentar o medo ao pobre às diversas fobias já conhecidas e estudadas, verdadeiras patologias sociais como a homofobia, xenofobia, islamofobia, dentre outras que misturam preconceito, ressentimento e indiferença. Portanto, a aversão ao pobre, ao mendigo, à pessoa indigente e ao morador de rua em situação de total vulnerabilidade consiste em um desvio social alimentado pelas manifestações de ódio, que cresce exponencialmente em nosso meio.

Vivemos uma era de grande polarização e de fácil propagação do discurso de ódio (*hate speech*), de comportamentos sociais desajustados, que demonstram total falta de empatia com o ser

humano e posturas que revelam um rancor incontido despejado contra um coletivo, não contra alguém específico que, por ventura, causou um dano, sendo que a referida postura ganha cada vez mais ressonância e se alastra com assustadora velocidade, afigurando-se como urgente problema a ser enfrentado pelos órgãos de segurança do estado, pelas leis, pelos agentes públicos e pelos estudiosos, sendo imprescindível combatê-lo com presteza e seriedade, sob pena de a eventual demora em conter sua escalada inviabilizar a contenção do estrago que pode provocar no seio da sociedade, não sendo exagero afirmar que determinadas posturas revelam que o *homo sapiens* foi convertido em *homo odium*.

Em obra dedicada ao tema, o filósofo francês **André Glucksmann** afirma:

O ódio acusa sem saber. O ódio julga sem ouvir. O ódio condena a seu bel-prazer. Nada respeita e acredita encontrar-se diante de algum complô universal. Esgotado, recoberto de ressentimento, dilacera tudo com seu golpe arbitrário e poderoso. Odeio, logo existo.⁵

Diante deste enorme desafio da sociedade, que também se revela um problema moral, acredita-se que somente a adoção de práticas revestidas de ética e empatia não sejam suficientes para conter o aumento exponencial das agressões motivadas pelo ódio.

Nesse sentido, deve o legislador socorrer-se do Direito Penal, que mesmo sendo *ultima ratio*, em casos excepcionais deve ser acionado para tipificar condutas aporofóbicas, punindo-se com maior severidade práticas odiantes contra os pobres que se encontram em situação de descalabro e carência absoluta, vivendo como sem-teto, mendigando nas grandes cidades, reduzidos à condição de indigentes.

Nos crimes de ódio (*hate crime*), dentre os quais estão incluídas as condutas aporofóbicas, destacando-se as hostilidades praticadas contra os moradores de rua, quando a maioria dos ofensores sequer conhece as pessoas agredidas, tem-se uma postura em que “o agressor trata a vítima como um meio porque não reconhece igual humanidade, igual dignidade; trata a vítima como um objeto, não como um sujeito que deve ser levado em conta”.⁶

Diante da crescente prática de crimes motivados apenas pelo ódio ao pobre, apresenta-se como “inevitável recorrer ao Direito – Penal, Administrativo ou Antidiscriminatório – para castigar esse tipo de delito, não apenas porque o Direito tem uma função punitiva e restaurativa, mas também porque tem uma função comunicativa”.

Nesse contexto, merece aplauso a apresentação do Projeto de Lei 3.135/2020, em trâmite na Câmara dos Deputados, objetivando inserir uma qualificadora no crime de homicídio em razão da condição de pobreza da vítima (art. 121, § 2º, V-A, CP), aumentando em um terço a pena de lesão corporal dolosa quando a agressão está ligada à miserabilidade do ofendido (art. 129, § 13), além de qualificar a injúria praticada pela condição de penúria econômica da vítima (art. 140, § 3º, CP).

Embora as hediondas condutas de queimar, atirar ou envenenar um sem-teto, mendigo ou miserável que habita os viadutos das grandes cidades já configure um motivo fútil grave o suficiente para qualificar o homicídio (art. 121, § 2º, II, CP) ou possa servir como circunstância agravante dos demais crimes (art. 61, II, b, CP), acredita-se ser oportuno, pedagógico e necessário a tipificação expressa como qualificadora, causa de aumento ou agravante dos crimes praticados “em decorrência de sentimento de ódio pela condição de pobreza da vítima”, consoante expressamente previsto no PL 3.135/2020.

O combate sistemático às práticas que identifiquem discursos e crimes de ódio motivados pela condição de miserabilidade da vítima, configurando-se prática aporofóbicas, precisam urgentemente ser rechaçadas, punindo-se condutas que embutem o preconceito ao pobre, a agressão de classe, a violência contra os despossuídos, a ofensa ao miserável que já luta diariamente por sua sobrevivência, desprovido de um mínimo existencial, que respeite a garantia constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III e art. 5º, III, Constituição Federal).

A opção pelo Direito Penal nem sempre é a mais adequada e inteligente, entretanto não se deve confundir *ultima ratio* com *nulla ratio*, extraindo-se da proteção a garantia da dignidade da pessoa humana, a justificativa e legitimidade para uma punição adequada e proporcional da aporofobia.

É nesse contexto que a aprovação do PL 3.135/2020 se apresenta como necessária, significando um claro sinal da sociedade brasileira no sentido de que não vai mais tolerar os discursos e crimes de ódio, tampouco será leniente com as graves violações à dignidade humana, inibindo o florescimento e desenvolvimento do preconceito, buscando combater vícios históricos arraigados, valendo-se excepcionalmente do Direito Penal para atingir os referidos propósitos.

Notas

¹ “Dar um nome a essa patologia social era urgente para poder diagnosticá-la com maior precisão, para tentar descobrir sua etiologia e propor tratamentos efetivos” (CORTINA, 2020, p. 27).

² O termo aporofobia foi eleito a palavra do ano de 2017 pela *Fundación del Español Urgente* (Fundéu BBVA).

³ “Quem não tem sequer a proteção de uma casa, por mais precária que seja, não possui nem um mínimo de intimidade para sua vida cotidiana, nem goza também de uma ínfima proteção frente às agressões externas e tratamentos degradantes, está à disposição de qualquer descerebrado com vontade de se divertir um pouco à sua custa ou de qualquer ressentido desejoso de despejar seu rancor em alguém” (CORTINA, 2020, p. 35).

⁴ FIGUEIREDO, 2019.

⁵ GLUCKSMANN, 2007, p. 12.

⁶ CORTINA, 2020, p. 44.

⁷ CORTINA, 2020, p. 45.

⁸ O PL 3.135/2020 foi apresentado pelo deputado Fábio Trad (PSD/MS) e atualmente se encontra aguardando parecer da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados.

⁹ “Se ao Estado, hoje, se pede que faça mais, no âmbito penal, isso não tem de significar, necessariamente, desrespeito ou desconsideração pelo princípio da *ultima ratio*. *Ultima ratio* não é *nulla ratio*”. (RODRIGUES, 2019, p. 27).

Referências

CORTINA, Adela. Aporofobia, a aversão ao pobre: um desafio para a democracia. São Paulo: Contracorrente, 2020.
FIGUEIREDO, Patrícia. Brasil registra mais de 17 mil casos de violência contra moradores de rua em 3 anos. *G1*, SP, 17 jun. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/06/17/brasil-registra-mais-de-17-mil-casos-de-violencia-contra-moradores-de-rua-em-3-anos.ghtml>. Acesso em: 08 mai. 2021.
GLUCKSMANN, André. O discurso do ódio. Rio de Janeiro: Difel, 2007.

PL 3135/2020. Câmara dos Deputados. <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2254552>. Acesso em 17.12.2021.
RODRIGUES, Anabela Miranda. Direito Penal Económico: uma política criminal na era do *compliance*. Coimbra: Edições Almedina, 2019.
<https://oglobo.globo.com/brasil/aporofobia-depois-do-preconceito-odio-aos-pobres-to-ma-as-ruas-entenda-25315545#:~:text=Cunhada%20pela%20fil%C3%B3sofa%20espanhola%20Adela,sem%20recursos%2C%20unido%20a%20fobia>. Acesso em 17.12.2021.

DESACATO: UM TIPO PENAL CONVIDATIVO AO ABUSO

CONTEMPT: A FELONY WHICH INVITES FOR ABUSE

Alexandre de Lima Castro Tranjan

Graduando em Direito pela USP. Foi pesquisador-bolsista de iniciação científica em Filosofia do Direito pelo CNPq (2020-21) e é monitor-bolsista de Filosofia do Direito I e II (2021-atual). Vinculado por programa de pesquisa em Filosofia do Direito à Universidade Palacký, em Olomouc, República Tcheca (2021-atual).

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1831263257995454>

ORCID: 0000-0002-9777-439X

alexandre.tranjan@usp.br

Resumo: No presente artigo, realizar-se-á uma análise crítica acerca do tipo penal do desacato, centrada em três eixos: em primeiro lugar, comenta-se a respeito do que aqui se chama de “textura escancarada” do conceito de desacato. Após, trata-se da margem para abuso de autoridade que a amplitude do tipo penal enseja, somada à questão probatória. Por fim, defende-se que a criminalização do desacato compromete a liberdade dos cidadãos perante funcionários públicos, partindo de uma concepção republicana de liberdade como não dominação.

Palavras-chave: Desacato - Criminalização - Textura aberta do direito - Abuso de autoridade - Rigor probatório.

Abstract: In this paper, it is performed a critical analysis on the penal norm of contempt, focusing on three axes: first, comments are made about what here shall be called “wide open texture” of the concept of contempt. Afterwards, it is grapple the margin for misuse of power which the wideness of the penal norm causes, along with the probative problem. Finally, it is defended that the criminalization of contempt compromises the citizens’ liberty before public officials, based on a republican concept of liberty as non-domination.

Keywords: Contempt - Criminalization - Open texture of law - Misuse of power - Evidential rigor.

O art. 331 do Código Penal (BRASIL, 1941) determina aplicação de pena de detenção por seis meses a dois anos, ou multa, para quem “desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela”. Trata-se, assim, de tipo penal que designa vítima específica (funcionário público), e cujo núcleo consiste no verbo “desacatar”. À ação corresponde um momento em que ela é revestida de tipicidade (no exercício da função) e, alternativa ou cumulativamente, um motivo (em razão da função) que a tipifica.

No presente ensaio será realizada uma análise crítica desse delito, tendo em vista a ampla margem para abuso de autoridade que enseja este tipo penal em aberto, que, por seu caráter genérico e indeterminado, depende de complemento valorativo (no caso, determinação do sentido de “desacatar”) do julgador para sua aplicação em caso concreto. O tema ganhou relevância recente graças ao julgamento da ADPF 496/DF (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020) que, em desacordo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, resultou no entendimento de que o desacato “não configura tratamento privilegiado ao agente estatal, mas proteção da função pública por ele exercida”. Essa tese estabelecida no acórdão será criticada, juntamente com a própria lógica por trás do tipo penal do desacato. Às normas jurídicas é inescapável a textura aberta que a própria linguagem impõe (HART, 2009, p. 161 e ss.). De tal sorte que, pela redação do texto legal, sempre haverá margem para dúvida a respeito de seu significado, por menor que seja. Se partirmos do pressuposto de que não há definições *a priori* e que, portanto, é no uso que as expressões ganham sentido (WITTGENSTEIN, 2018, p.

116 e 128), então podemos seguramente concluir que o significado das palavras depende conforme seu uso em diferentes contextos linguísticos ou “jogos de linguagem”.

Dito isso, percebe-se que a zona de indiscernibilidade do termo “desacato” é, contudo, extremamente ampla: o que significa “desacatar”? Há, sem dúvida, uma série de expressões que poderiam ser ofensivas ou mesmo desrespeitosas, com um limite nebuloso: um olhar de desprezo poderia ser bastante doloroso para seu alvo, sem que isso constituísse manifesta e perceptível — às vezes sequer intencional — ofensa. Não parece justo, ainda assim, punir o delito pelo mero olhar, dado que seria virtualmente impossível aferir tal ação. Poderia ser pensado que o desacato só se realizaria por palavras, mas surge uma questão: se, no caso concreto, o agente cospe no rosto de um funcionário público que realizava sua função, ou faz um gesto obsceno perante ele, isso não seria desacato?

O mesmo ocorre com palavras: o tom de ironia em uma frase de significado neutro certamente pode ofender. “Claro, o senhor é quem manda” pode ser uma expressão reverencial, mas também um deboche, caso seguido de um sorriso sarcástico.

É evidente que, como na maioria das normas, haverá casos em que será muito claro o enquadramento de determinada situação no conteúdo da norma. É fácil ao leitor imaginar uma conduta que explícita, evidente e incontestavelmente consista num desacato. Mas esses casos não são nossa preocupação.

O grande problema do tipo penal ora descrito é justamente que, em razão da textura, que aqui será denominada escancarada do conceito de desacato, abre-se margem discricionária gigantesca para a decisão judicial. Não há legalidade nem segurança jurídica quando quase qualquer coisa pode, com certo esforço argumentativo, ser enquadrada no tipo penal. Ora, se apenas o legislador é competente para a determinação de condutas específicas como penalmente típicas (legalidade em sentido estrito), não é constitucionalmente válida a existência de um tipo penal que conceda ao julgador o poder de decidir em absoluto sobre o próprio sentido e a amplitude das condutas em questão.

O resultado é um temor reverencial à autoridade pública, temor este que em muito trespassa o desejável respeito mútuo. Respeito unilateral não é simplesmente respeito, mas sim reconhecimento de um poder ou, na linguagem neorrepública de Philip Pettit, dominação.

A dominação se define, de maneira geral, como a capacidade, exercitada ou meramente potencial, de se realizar interferência arbitrária na esfera de liberdade de outrem realizar escolhas (PETTIT, 1997, p. 52-3). Em que pesem as críticas à definição da corrente neorromana da teoria republicana, protagonizada por Pettit e Quentin Skinner, fato é que de sua definição de liberdade decorre uma noção valiosa: a de que a liberdade depende de uma consideração intersubjetiva de que os sujeitos de direito, em determinada sociedade, são de fato livres. Isso porque a liberdade é entendida como um status distintivo do cidadão livre, que não pode assim o ser sem que possa olhar o outro nos olhos (PETTIT, 2012, p. 84).

O que se põe em jogo, através do tipo penal do desacato, é um poderoso instrumento de chantagem conferido de mão beijada para o funcionário público. Tendo sempre o poder — que se torna arbitrário por não ser escorado na legalidade em sentido estrito — de prender em flagrante¹ e, depois, dar origem a processo judicial, passível de condenação. Esta condenação pode, como é comum no Brasil, ser escorada tão somente na palavra da vítima, isto é, do agente público. Tal fonte não alcança um nível mínimo de certeza para o estabelecimento de um *standard* probatório, dada a fraqueza epistêmica inerente a todos os meios de prova colhidos a partir do relato mnemônico de envolvidos ou terceiros. Com boa defesa técnica, é possível que se afaste, ainda que apenas em instâncias superiores, a condenação por desacato mal embasada que, por falta justamente dessa boa defesa, tenha feito pesar mais o lado da acusação ainda que fosse ele fraco. Mas, se isso por si só é um desafio, hercúleo seria o trabalho de, além de reverter a condenação, condenar o funcionário público por abuso de autoridade, o que

exige a “finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal” como elemento subjetivo especial dos tipos penais constantes na Lei 13.869, de 2019, nos termos de seu art. 1º, § 1º (BRASIL, 2019). Entre esses tipos penais, o do art. 9º é aquele que tipifica “Decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais” como delito punível com detenção de 1 a 4 anos, e multa. Mas o balizamento interpretativo colocado no art. 1º, § 1º, faz com que seja de grande dificuldade a comprovação de que o agente que decretou o flagrante assim o fez por mera satisfação pessoal, e não que realmente se sentiu ofendido com as supostas ofensas. Muito mais do que isso, entendendo cingidamente o desejo de “justiça” como uma vingança refinada, consistindo na compensação de uma dor por outra,² será que a vontade de ver preso alguém que o ofendeu não seria, no fundo, um capricho, uma satisfação pessoal?

O desgaste físico e emocional, por si só, e, em diversos casos, financeiro, ensejado pela prisão em flagrante e pelo processo criminal, já é suficiente razão para que o indivíduo abdique, pelo menos em parte, de seu *status* de cidadão livre e igual aos demais, inclusive àquele que, no momento, atua como instrumento da administração pública.

Não é preciso dizer que, nessa condição de engrenagens da máquina pública, haveria uma desumanização, que tornaria os funcionários públicos, em especial os da repressão, menos dignos de respeito e consideração que um indivíduo privado, que vive de acordo com os próprios princípios, não os do Estado (THOREAU, 2012). Não é necessário entrar nessa discussão, ainda que possa ser pertinente em outros contextos. À percepção da injustiça do tipo penal em discussão, basta um paradigma político-moral de igualdade, e não de preponderância do indivíduo sobre o Estado. E essa igualdade, esse respeito mútuo e não reverencial, podem ser comprometidos pelo tipo penal do desacato.

Conclui-se, em virtude dos argumentos apresentados, que o crime de desacato, tal como se encontra redigido atualmente, expande o Direito Penal de maneira não só indeterminada, dada a textura escancarada do conceito que contém, como também favorece um estado de submissão injustificada do particular ao funcionário público, dando a este um poder de chantagem que lhe abre margem para abusos. Isso incompatibiliza tal tipo penal com um Estado Democrático de Direito que realmente preze pela liberdade dos indivíduos se a considerarmos como um *status* cívico de não sujeição ao poder arbitrário alheio, ainda que advinha do próprio Estado.

Notas

¹ Evidentemente, qualquer indivíduo tem o poder de prender aquele que for “encontrado em flagrante delito”, nos termos do art. 301 do Código de Processo Penal. Mas é para algumas classes de funcionalismo público que os meios materiais para isso (arma de fogo, cassetete, algemas etc.) estão de fato disponíveis. De modo contrário, o “teje [sic] preso”, como se diz popularmente, se dito de um cidadão para outro, pode

soar ridículo se apenas dito, não imposto.

² A própria dor é uma espécie de moeda de troca: a reparação do dano pela punição do agressor só é possível se há prazer, por parte do ofendido, em ver sofrer seu ofensor (NIETZSCHE, 2009 II, § 5, p. 49-50). Sobre essa economia da dor, muito relevantes os comentários de Deleuze (2018, p. 174).

Referências

BRASIL. Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 4 de fevereiro de 2022.

BRASIL. Lei nº 13869, de 5 de setembro de 2019. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm>. Acesso em 4 de fevereiro de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 496. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, 22 de junho de 2020.

DELEUZE, G. *Nietzsche e a filosofia*. Tradução de Mariana de Toledo Barbosa e Ovídio de Abreu Filho. São Paulo: n-1 edições, 2018.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São

Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da Moral*. Tradução, notas e posfácio de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

PETTIT, Philip. *Republicanism: A theory of freedom and government*. Oxford (Inglaterra): Oxford University Press, 1997.

PETTIT, Philip. *On the People's Terms: a republican theory and model of democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

THOREAU, Henry David. *A desobediência civil*. Tradução de José Geraldo Couto. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2012.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *O Livro Azul*. Tradução de Jorge Mendes. Lisboa: Edições 70, 2018.

Recebido em: 14.10.2021 - Aprovado em: 24.12.2021 - Versão final: 04.02.2022

“QUANDO [É] NECESSÁRIO” O ACESSO PELA DEFESA AOS ELEMENTOS DE PROVA? O ART. 3-B, XV, CPP À LUZ DOS PRECEDENTES DA SV14

*"WHEN [IS] NECESSARY" THE ACCESS TO THE EVIDENCE BY THE DEFENCE?
ARTICLE 3-B, XV, OF PENAL PROCEDURE CODE IN LIGHT OF THE LEADING CASES
OF BINDING PRECEDENT 14*

Henrique de Sá Valadão Lopes

Pós-Graduado pela Escola Superior do Ministério Público da União. Bacharel em Direito pela UFF.

Procurador da República.

ORCID: 0000-0002-0802-2904

h3nry0@gmail.com

Resumo: O objetivo deste texto é analisar os acórdãos que fundamentaram a edição da súmula vinculante 14, para melhor compreender as alterações legislativas ocorridas a partir de 2009 quanto ao caráter sigiloso da investigação e direito de acesso do investigado a ela. Com base nessa análise foi possível perceber que o acesso pelo investigado aos autos da investigação sigilosa é exceção, limitando-se às hipóteses em que o investigado já está preso ou que, tendo sido indiciado, está na iminência de ser interrogado em sede policial.

Palavras-chave: Súmula vinculante 14 - Precedentes - Investigação sigilosa - Inacessibilidade à defesa - Exceções.

Abstract: The purpose of this text is to analyse the judgments that were the basis for the edition of the binding precedent no. 14 in order to better understand the legislative changes that have occurred since 2009 regarding the confidential nature of the investigation and the right of access of the investigated to it. Based on this analysis it was possible to realize that the access by the investigated to the records of the secret investigation is an exception, being limited to the hypotheses in which the investigated is already arrested or that, having been indicted, is in the imminence of being questioned in police headquarters.

Keywords: Binding precedent 14 - Leading cases - Confidential investigation - inaccessibility to the defense - Exceptions.

I. Introdução

De um lado, o caráter sigiloso do inquérito é instrumento imprescindível do cumprimento do dever estatal de proteção de bens jurídicos pela aplicação da lei penal. De outro, o acesso aos elementos de prova é indispensável ao direito à ampla defesa dos investigados e ao exercício da advocacia. Portanto, quando é possível aos investigados ter amplo acesso ao inquérito? O que é o “quando necessário” previsto no art. 3-B, *caput* e inciso XV do Código de Processo Penal (“CPP”) (BRASIL, 1941)?

A questão do acesso, pela defesa, aos elementos de prova da investigação havia sido resolvida em 2009, com a edição pelo Supremo Tribunal Federal (“STF”) da Súmula Vinculante 14 (“SV14”), que diz: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa” (BRASIL, 2009). Porém, a SV 14 resolvia apenas muito parcialmente a questão do acesso.

Em 2011, o art. 23 *caput* e inciso VIII da Lei 12.527 (BRASIL, 2011),

passou a prever que:

São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam: VIII - comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.

Reforçou, assim, a tese do sigilo das investigações e dos elementos de prova colhidos.

Em 2016, a Lei 13.245 alterou o art. 7º, XIV, da Lei 8.906/94, para dizer: "São direitos do advogado: (...) examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação (...) autos de flagrante e de investigações (...), findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade (...)" Também houve acréscimo, no art. 7º, de um §7º, que diz:

No caso previsto no inciso XIV, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências.

Ou seja, tratou-se da questão do acesso aos elementos de prova da investigação não como um direito do investigado, mas como um direito do advogado para o exercício da advocacia.

Por fim, a Lei 13.964/2019 acrescentou ao CPP o art. 3-B, *caput* e inciso XV, que dizem:

O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: (...) assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento.

Na verdade, toda essa profusão legislativa decorre de uma positivação de recortes das razões de decidir usadas preponderantemente nos precedentes que culminaram com a edição da SV14. Assim, a melhor forma de se compreender sistematicamente essa profusão legislativa é analisar o inteiro teor destes precedentes e entender os contextos fáticos sobre os quais as decisões foram proferidas. A partir destes precedentes, torna-se relativamente simples compreender (a) se os investigados têm acesso amplo à investigação, (b) a partir de que momento esse acesso passa a ser possível e, por sua vez, (c) "quando [é] necessário" o acesso amplo à investigação, previsto no art. 3-B, XV, do CPP.

2. A SV14

A edição de súmulas vinculantes exige reiteradas decisões sobre a matéria (art. 2º, Lei 11.417/2006). Mas não basta conhecer o texto da súmula vinculante ou de qualquer súmula.

Sem saber o contexto fático por detrás dos julgados não há como entender adequadamente a razão de decidir adotada ou compreender qual a premissa fática que exige a aplicação da Súmula. Por conta disso, serão resumidos abaixo os relatórios dos julgados que, segundo o *site* do STF, foram usados para demonstrar a existência de reiteradas decisões e, assim, editar a SV14. Serão igualmente transcritos alguns trechos dos debates orais.

Os julgados, ocorridos entre 2004 e 2008, foram: (1) HC 82354, 1ª Turma, relator Min. Sepúlveda Pertence (2) HC 87827, 1ªT, rel. Min.

Sepúlveda Pertence, (3) HC 88190, 2ª Turma, relator Min. Cezar Peluso (4) HC 88520, Pleno, acórdão redigido pelo Min. Marco Aurélio, (5) HC 90232, 1ª Turma, relator Min. Sepúlveda Pertence, (6) HC 92331, 1ª Turma, relator Min. Marco Aurélio, (7) HC 91684, 1ª Turma, relator Min. Marco Aurélio.

Em relação ao HC 82354, o relatório informa que o pedido de acesso ao inquérito teria sido feito "pelos advogados para orientar as declarações do cliente ou o eventual apelo ao direito de silenciar".

Em relação ao HC 87827, o relatório expõe que se tratava de pedido de acesso ao inquérito policial em razão da iminência de interrogatório que seria prestado em sede policial.

No HC 88190, o relatório informa que havia uma investigação sigilosa decorrente do envio de informações por parte do Banco Central e do COAF. Apesar de sigilosa, a existência da investigação fora noticiada em jornal de grande circulação. Com a ciência de que havia uma investigação contra a sua empresa e contra si, o investigado pugnou pelo acesso aos seus autos, o que foi negado pelo Ministério Público Federal, órgão que a conduzia, e posteriormente pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, porquanto não haveria risco iminente à liberdade de locomoção do investigado. A razão de decidir neste HC 88190 não é única ou unívoca. O Ministro Cezar Peluso transcreve letra por letra trechos da fundamentação proferida pelo Ministro Sepúlveda Pertence no HC 82354, o que indicaria sua concordância com as teses lá lançadas. Contudo, depois da transcrição, adota uma linha argumentativa que é em tudo contrária ao precedente por ele utilizado ao afirmar (a) que é possível o contraditório durante a investigação e (b) que o acesso deve ser relativo, pelo menos, a fatos relacionados ao investigado.

No HC 88520, o relatório do caso, feito pela Ministra Carmem Lúcia, deixa claro que se tratava de investigado solto que, em vias de ser interrogado perante a autoridade policial, pretendeu ter acesso aos autos da investigação, inclusive de sua parte sigilosa (interceptação telefônica), para poder exercer o seu direito de defesa durante tal oitiva.

O relatório do HC 90232 não é tão claro. Apesar de tratar o caso de acesso aos autos do inquérito policial, não deixa claro em que momento da investigação ou da ação penal que se requereu o acesso.

Já no HC 92331 estava o STF diante de pedido dos advogados e dos próprios investigados de ter acesso ao inquérito e demais diligências, uma vez que os investigados haviam sido presos temporariamente e estavam em vias de serem interrogados.

No HC 91684 há algumas particularidades. Tratava-se de pedido feito por advogados em favor de sua cliente que, segundo eles, seria supostamente investigada e não teria tido acesso à investigação que se realizava perante o Ministério Público Federal no Paraná. A manifestação da Procuradoria Geral da República perante o STF afirma que ela seria testemunha e a investigação correria em sigilo, não sendo, portanto, o caso de lhe dar acesso à investigação. De outro lado, há a informação de que a pessoa a ser ouvida era mulher de um dos investigados. Logo, é possível notar que neste HC há, em síntese, duas diferenças: (a) a investigação estava sendo conduzida, não pela polícia, mas pelo Ministério Público, (b) não havia a qualidade formal de interrogada ou de investigada por parte da paciente do HC.

Dos sete HCs mencionados, quatro trazem exatamente a mesma fundamentação: 82354, 87827, 88190 e 90232. Os principais excertos do voto exarado pelo Ministro Sepúlveda Pertence no HC 82345 e repetidos nos outros três são:

23. No mérito, penso que a discussão do problema da oponibilidade ao advogado do indiciado do sigilo do inquérito policial tem sido conturbada pela intromissão indevida do art. 5º, LV, da Constituição:

'Art.5º (...) LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.'

24. A extensão inovadora do alcance do preceito ao processo administrativo não atinge o inquérito policial.

25. (...) o certo é que inquérito policial não é processo, mas procedimento administrativo (...). [N]ão porque seja administrativo, mas porque nele, inquérito, nada decide a autoridade policial (...).

26. (...) [N]ão visa a uma decisão (...). [N]ele não há litigantes, mas simples interessados.

27. "A garantia constitucional do contraditório, no campo probatório" – assentou com razão o extinto Tribunal de Alçada gaúcho, em acórdão do il. Juiz Vladimir Giaconuzzi (RT 711/378) – "consiste no direito de a defesa dispor, antes da sentença, da oportunidade de se pronunciar sobre a prova produzida pela acusação e de fazer a contraprova. Não antes da realização da prova ou concomitante com ela. O inquérito policial, por ser um procedimento administrativo, de caráter investigatório, destinado, precipuamente, a subsidiar a atuação judicial do Ministério Público, não é nem precisa ser contraditório. É inquisitivo e por isso mesmo não conclusivo".

28. (...) [A]ssim, no inquérito, ainda não há falar da "ampla defesa" no sentido em que a assegura, aos acusados, o texto constitucional referido. (...)

30. Da evidência de não estar diretamente sob a proteção das garantias do contraditório e da ampla defesa – com a densidade que lhe dá o art. 5º, LV, da Lei Fundamental – não se pode, contudo, "á outrance", reduzir o indiciado, no curso do inquérito, a mero objeto ou sujeito inerte de investigações administrativas. (...)

39. (...) [A] oponibilidade ao advogado do indiciado do decreto de sigilo do inquérito esvaziaria uma garantia constitucional específica.

40. Dispõe a Constituição no art. 5º, que "LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado."

41. O dispositivo tem alcance maior que o de sua expressão literal: certo – inspirado claramente na doutrina do Caso Miranda, a garantia é nominalmente endereçada ao preso; mas, no que a ele, preso, assegura, tem como pressuposto que ao indiciado, ainda que solto, também se estende o direito ao silêncio (que tem como premissa o nemo tenetur se detegere) e, no mínimo, a faculdade da assistência do advogado que constituir.

42. (...) o que se pretendeu assegurar ao preso e, pelo menos, facultar ao indiciado solto, foi a assistência técnica do advogado.

43. E (...) a assistência técnica, não a pode prestar o advogado se lhe é sonogado o acesso aos autos do inquérito sobre o objeto do qual haja o investigado de prestar declarações. (...)

45. É claro que não sou indiferente às preocupações com o resguardo das exigências da eficácia da investigação policial do fato criminoso e de sua autoria, que só serem opostas à abertura ao advogado dos autos do inquérito. (...)

51. A conciliação dos interesses da investigação e do direito à informação do investigado nasce de outras vertentes.

52. A primeira é a clara distinção, no curso do inquérito policial, daquilo que seja a documentação de diligências investigatórias já

concluídas – que há de incorporar-se aos autos, abertos ao acesso do advogado – e a relativa a diligências ainda em curso, de cuja decretação ou vicissitudes de execução nada obriga a deixar documentação imediata nos autos do inquérito. (...)

54. À informação já introduzida nos autos do inquérito é que o investigado, por seu advogado, tem direito.

55. A interceptação telefônica é o caso mais eloquente da impossibilidade de abrir-se ao investigado (e a seu advogado) a determinação ou a efetivação da diligência ainda em curso: por isso mesmo, na disciplina legal dela se faz nítida a distinção entre os momentos da determinação e da realização da escuta, sigilosos também para o suspeito, e a da sua documentada, que, embora mantida em autos apartados – e sigilosos para terceiros – estará aberta à consulta do defensor do investigado (6) : o mesmo procedimento pode aplicar-se à determinação e produção de outras provas, no inquérito policial, sempre que o conhecimento antecipado da diligência pelo indiciado possa frustrá-la. (...)

57. Com essas observações, defiro o habeas corpus para que aos advogados constituídos pelo paciente se faculte a consulta aos autos do inquérito policial e a obtenção de cópias pertinentes, antes da data designada para a sua inquirição: é o meu voto.

No HC 88520, julgado pelo Pleno do STF, apesar de o contexto fático ser o mesmo dos demais, não houve propriamente decisão de mérito. Havia sido deferida liminar, pela Ministra Ellen Gracie, para que os advogados obtivessem o acesso ao inquérito e o interrogatório fora realizado sete meses antes da data do julgamento do HC 88520. Por esse motivo, a princípio, a Ministra Carmem Lúcia entendeu que o pedido de *Habeas Corpus* estaria prejudicado. Isso foi acompanhado pelo Ministro Marco Aurélio, de início, porém, os demais Ministros, em seguida, chegaram à conclusão de que era hipótese de reafirmar o entendimento que vinha sendo adotado em razão da repetição com que o tema vinha sendo tratado pelo Supremo Tribunal Federal. Não houve discussão acerca da fundamentação para a concessão do acesso aos autos da investigação.

Por fim, no HC 91684, apesar de haver dúvida sobre a qualidade de testemunha ou de investigada, a intimação para prestar depoimento continha aviso de que poderia, durante sua oitiva, ser acompanhada de advogado. Na fundamentação de seu voto, disse o Min. Marco Aurélio:

Reitero o que tenho consignado sobre a impossibilidade de alguém vir a depor em certo procedimento sem que o representante processual possa conhecer os dados já coligidos. Não coabitam o mesmo teto a defesa técnica e o mistério quanto ao procedimento em curso a envolver o destinatário da primeira.

Já nos debates, disse o Ministro:

Aceito manter em sigilo que investigação em curso, até mesmo para não ser frustrada, mediante conhecimento do envolvido.

Em suma, ainda que a fundamentação pareça ter sido voltada às especificidades do caso, esses dois trechos dão a entender que Ministro Marco Aurélio fez uso da razão de decidir adotada nos HCs 82354, 87827, 88190 e 90232.

Ao iniciarem os debates orais nos HCs mencionados, os demais Ministros, expressaram sua concordância com a fundamentação do Ministro Sepúlveda Pertence nos seguintes trechos:

MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO – O habeas corpus sub judice nos coloca frente a frente com valores que se excluem mutuamente, que se antagonizam radicalmente. O êxito da investigação depende,

já que o inquérito é sigiloso, do sigilo e, portanto, da exclusão dessa participação mais franca do advogado. (...) Por outro lado, o advogado tem prerrogativas a defender, e legalmente constituídas, deferidas essas prerrogativas, em face de valores outros que a Constituição alberga não só no plano da ampla defesa como dessa interpretação mais elástica que V.Exa. deu ao habeas corpus, com a qual eu concordo. (...) Penso que V.Exa. equacionou bem a questão. No plano axiológico, no plano valorativo, sinto-me confortado em optar por essa solução, e não pela outra (HC 82354).

MINISTRO CEZAR PELUSO – Precisa a autoridade policial, em benefício do bom sucesso das suas investigações, resguardar-se para que a intervenção e a consequente ciência dos advogados, sobre elementos já documentados, não frustrem a eficácia das mesmas investigações. V.Exa. expôs, do ponto de vista teórico e do ponto de vista prático, as dificuldades, que são superáveis. Acompanho integralmente o voto de V.Exa. (HC 82354).

MINISTRO MARCO AURÉLIO – já não cogito do inciso LV do rol das garantias constitucionais, porque a premissa é a existência de litigantes quanto ao processo judicial ou administrativo assentado na medula, que é o contraditório, tem-se que é assegurado ao preso – aqui não há vinculação maior a esse status quo de preso, de pessoa, de cidadão submetido à custódia do Estado – a assistência do advogado. Essa regra é linear. Pouco importa já esteja em curso a ação penal, ou não. (...) Em uma viagem que fiz, ainda na Presidência da Corte, cheguei a um país da Europa onde havia um caso momentoso, à época, em que simplesmente constava norma que obstaculizava o acesso do advogado ao inquérito, ainda que preso o envolvido, sem que este pudesse conhecer sequer a imputação, algo que, a meu ver, não se coaduna com o século no qual vivemos. Acompanho Vossa Excelência, concedendo a ordem (HC 82354).

MINISTRO MARCO AURÉLIO – Reafirmo, mais uma vez, que o sigilo pode estar ligado a investigações em andamento, mas, a partir do momento em que existe interrogatório dos envolvidos, indispensável dar-se à defesa o acesso ao que se contém no próprio inquérito. Fora isso, é impossibilitar-se a atuação da defesa, ferindo de morte o devido processo legal. Concedo a ordem para que seja amplo o acesso da defesa às peças que estejam no inquérito, compondo-o na integralidade (HC 88190).

MINISTRO MENEZES DIREITO – Ora, se vamos negar à parte interessada, para produzir a sua defesa, com um interrogatório já marcado, acesso às transcrições telefônicas que já constam do inquérito, evidentemente cercearemos a defesa e criaremos ainda mais, o que me parece gravíssimo, uma barreira no tocante à própria parte poder explicitar aquilo que foi obtido de forma secreta. O

sigilo não alcança essa parte, como disse Vossa Excelência muito bem. Ao revés, se alcançasse essa parte, ele seria profundamente inconstitucional, porque se estaria negando, de forma violenta, o direito de defesa da parte (HC 92331).

Em suma, é possível decompor a razão de decidir prevalente nos julgamentos da seguinte maneira: (1) O inquérito é sigiloso, (2) O sigilo é necessário à eficácia da investigação do fato criminoso, (3) Ao investigado que será interrogado é devido o acesso às diligências já documentadas como forma de preparar sua defesa oral, (4) Ao investigado que será interrogado não é devido o acesso às diligências que ainda não foram documentadas, em especial àquelas ainda em andamento, (5) Se o investigado estiver preso cautelarmente, é devido a ele o acesso às diligências já documentadas como forma de viabilizar sua defesa.

O acesso a tudo o que já foi documentado pelo inquérito é possível caso o investigado esteja em vias de ser interrogado ou já tenha sido preso cautelarmente. É nesta especial circunstância de preso ou de interrogado, que o exercício do direito de defesa exige o acesso ao inquérito quanto àquilo que já foi documentado. Não havendo tal circunstância, não se tem hipótese de acesso ao conteúdo do inquérito.

Em suma, antes do interrogatório ou antes da prisão, entendeu o STF, que não há restrição significativa a direitos do investigado de forma a exigir o exercício do contraditório e do direito ao silêncio. O cerne da razão de decidir adotada na SV14 foi estender o direito ao silêncio do preso, previsto no art. 5º, LXIII, CRFB, e o respectivo direito de defesa ao investigado já indiciado e em vias de ser interrogado. Assim, os precedentes da SV14 asseguraram o direito ao silêncio e o direito ao contraditório (i) ao acusado preso e (ii) ao acusado solto e em vias de ser interrogado durante a investigação. O marco entre inacessibilidade e a acessibilidade do inquérito é o interrogatório do acusado ou sua prisão cautelar. É este o divisor entre, de um lado, o necessário sigilo para a eficácia da investigação e, de outro lado, a necessária transparência para o exercício do contraditório e do direito de defesa.

3. Conclusão

Portanto, a expressão “quando necessário” prevista no art. 3-B, *caput* e inciso XV do CPP diz respeito ao exercício do direito ao contraditório e do direito de defesa do investigado, mas o acesso à investigação no momento em que já marcado o interrogatório ou quando já houve a decretação da prisão cautelar do investigado. Antes disso não haveria restrição a direitos que tornasse necessário o acesso à investigação e aos elementos de prova lá documentados.

Referências

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <https://tinyurl.com/y2rxk2w4>. Acesso em 24/02/2022.

BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Disponível em: <https://tinyurl.com/mr56ajet>. Acesso em 24/02/2022.

BRASIL. Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em: <https://tinyurl.com/4smuhnm7>. Acesso em 24/02/2022.

BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/yxf8u4u>. Acesso em 24/02/2022.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/4zpnddy2>. Acesso em 24/02/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). HC 82354, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, 24/09/2004. Disponível em: <https://tinyurl.com/yc7tv47f>. Acesso em 24/02/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). HC 87827, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, 23/06/2006. Disponível em: <https://tinyurl.com/2ztch95>. Acesso em 24/02/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). HC 88190, Relator Ministro Cesar Peluso, 06/06/2006. Disponível em: <https://tinyurl.com/4vcfru7s>. Acesso em 24/02/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). HC 88520, Relator p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio, 19/12/2007. Disponível em: <https://tinyurl.com/49d9upra>. Acesso em 24/02/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). HC 90232, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, 02/03/2007. Disponível em: <https://tinyurl.com/yub54yvz>. Acesso em 24/02/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). HC 92331, Relator Ministro Marco Aurélio, 01/08/2008. Disponível em: <https://tinyurl.com/nvyy27fd>. Acesso em 24/02/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). HC 91684, Relator Ministro Marco Aurélio, 17/04/2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/3w4s2u3w>. Acesso em 24/02/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). PSV 1, Relator Ministro Menezes Direito, 23/07/2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/wfumhny5>. Acesso em 24/02/2022.

Autor convidado

TEMA:

CONSERVAÇÃO DOS ATOS PRATICADOS POR JUÍZO INCOMPETENTE

Supremo Tribunal Federal

Plenário

(...) IV. Interceptação telefônica: exigência de autorização do "juiz competente da ação principal" (L. 9296/96, art. 1º); inteligência. 1. Se se cuida de obter autorização para a interceptação telefônica no curso de processo penal, não suscita dúvidas a regra de competência do art. 1º da L. 9296/96: só ao juiz da ação penal condenatória – e que dirige toda a instrução –, caberá deferir a medida cautelar incidente. 2. Quando, no entanto, a interceptação telefônica constituir medida cautelar preventiva, ainda no curso das investigações criminais, a mesma norma de competência há de ser entendida e aplicada com temperamentos, para não resultar em absurdos patentes: aí, o ponto de partida à determinação da competência para a ordem judicial de interceptação – não podendo ser o fato imputado, que só a denúncia, eventual e futura, precisará –, haverá de ser o fato suspeitado, objeto dos procedimentos investigatórios em curso. **3. Não induz à ilicitude da prova resultante da interceptação telefônica que a autorização provenha de Juiz Federal – aparentemente competente, à vista do objeto das investigações policiais em curso, ao tempo da decisão – que, posteriormente, se haja declarado incompetente, à vista do andamento delas.**

(HC 81.260-1/ES, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Plenário, j. em 14.11.2001) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6343**).

HABEAS CORPUS. DENÚNCIA. MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. RATIFICAÇÃO. PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. INQUÉRITO NO ÂMBITO DO STF. LEI Nº 8.038/90. 1. "Tanto a denúncia quanto o seu recebimento emanados de autoridades incompetentes rationae materiae são ratificáveis no juízo competente". Precedentes. 2. Caso em que a notificação para a apresentação de resposta (art. 4º da Lei nº 8.038/90), fase anterior ao julgamento em que o Tribunal deliberará pelo recebimento ou rejeição da denúncia (art. 6º da Lei nº 8.038/90), não permite se inferir que tenha o relator do inquérito ratificado o ato de recebimento da denúncia, exarado pelo juízo de origem. (...) Ordem indeferida.

(HC 83.006-4/SP, Rel. Minª. ELLEN GRACIE, Plenário, j. em 18.06.2003) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6344**).

(...) **TRANSLATIO IUDICII NO PROCESSO PENAL, CUJA APLICABILIDADE REQUER HAJA DÚVIDA OBJETIVA ACERCA DA COMPETÊNCIA PARA APRECIAR A CAUSA.** (...) 16. O juízo incompetente pode, salvante os casos de erro grosseiro e manifesta má-fé, em hipóteses de urgência e desde que haja dúvida razoável a respeito do órgão que deve processar a causa, determinar o relaxamento de prisão ilegal, remetendo o caso, em seguida, ao juiz natural, configurando hipótese de **translatio iudicii** inferida do art. 5º, LXV, da Carta Magna, o qual não exige a competência da autoridade judiciária responsável pelo relaxamento, sendo certo que a complexidade dos critérios de divisão da competência jurisdicional não podem obstaculizar o acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CRFB). **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admitindo a ratificação de atos prolatados por juiz incompetente inclusive em desfavor do réu** (HC 83.006/SP, rel. Min. Ellen Gracie, Plenário, DJ de 29.8.2003; HC 88.262/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 18/12/2006, DJ 30-03-2007). (...)

(ADI 4.414/AL, Rel. Min. LUIZ FUX, Plenário, j. em 31.05.2012) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6345**).

HABEAS CORPUS. COMPETÊNCIA. CONEXÃO NÃO VERIFICADA. AUSÊNCIA DE PRECLUSÃO. OFENSA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL CONFIGURADA. NULIDADE DOS ATOS DECISÓRIOS. ORDEM CONCEDIDA. EXTENSÃO ÀS DEMAIS AÇÕES PENAIS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...).

Trecho do voto-condutor: A agravante PGR sustenta, ainda, a necessidade de reconhecimento da "eficácia meramente prospectiva da decisão agravada, considerando-se válidos os atos até então praticados" (Doc. 40), em razão da natureza relativa da incompetência reconhecida; da inexistência de demonstração do prejuízo causado à defesa do paciente; e da **aplicação da teoria do juízo aparente**, aduzindo tratar a hipótese de "erro escusável do juiz sobre sua competência". Todavia, conforme destacado alhures, à época do ajuizamento da denúncia, datada de 14.9.2016 (Doc. 3), já era do conhecimento do Ministério Público Federal, bem como do Juízo da 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba, que os fatos denunciados não diziam respeito a delitos praticados direta e exclusivamente em detrimento da Petrobras S/A, sendo certo que o primeiro precedente a reduzir a competência daquele juízo foi proferido em 23.9.2015 (INQ 4.130 QO), motivo pelo qual **a teoria do juízo aparente não se aplica ao caso**. Com efeito, **a superveniência de circunstâncias fáticas aptas a alterar a competência da autoridade judicial, até então desconhecidas, é que autoriza a preservação dos atos praticados por juízo aparentemente competente** em razão do quadro fático subjacente no momento em que requerida a prestação jurisdicional, o que, como visto, não ocorre na hipótese. (...) **Nessa ambiência, não desconheço o teor do precedente firmado no âmbito da Segunda Turma por ocasião do julgamento do HC 88.262, da relatoria do eminente Ministro Gilmar Mendes, realizado em 18.12.2006, no qual se decidiu pela possibilidade de convalidação inclusive dos atos decisórios, mesmo nos casos de reconhecimento da incompetência absoluta do juízo (...). O mesmo entendimento, no entanto, não foi reproduzido em julgamentos posteriores, nos quais, como corolário do reconhecimento da alegação de incompetência do juízo, foram declarados nulos os atos decisórios.** (...) Por fim, nada obstante a Procuradoria-Geral da República pugne pela aplicação ao caso da norma extraída do art. 64, § 4º, do Código de Processo Civil, segundo a qual "[S]alvo decisão judicial em contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente", **é certo que o Direito Processual Penal vem dotado de regra própria que estabelece a sanção de nulidade aos atos decisórios praticados por juízo incompetente, nos termos do art. 567 do Código de Processo Penal, em plena vigência no ordenamento jurídico pátrio.**

(HC 193.726-AgR/PR, Rel. Min. EDSON FACHIN, Plenário, j. em 15.04.2021) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6346**).

Primeira turma

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. RATIFICAÇÃO DA DENÚNCIA E DE ATOS INSTRUTÓRIOS PELO JUÍZO COMPETENTE. NULIDADE DO**

PROCESSO. INEXISTÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. MATÉRIAS NÃO LEVANTADAS NA CORTE A QUO. INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA, E, NESSA PARTE, DENEGADA. I - No processo penal não há que se cogitar de nulidade, se o vício alegado não causou nenhum prejuízo ao réu. II - **Com a superveniente alteração de competência do juízo, é possível a ratificação da denúncia pelo Ministério Público e dos atos instrutórios pelo magistrado competente.** III - Alegações não apreciadas nas instâncias inferiores impedem o seu conhecimento em sede originária pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de indevida supressão de instância. IV - Ordem parcialmente conhecida, e nessa parte denegada.

(HC 98.373/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, j. em 06.04.2010) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6347**).

Habeas Corpus originário. Competência da Justiça Militar da União. Interpretação restritiva. Civil acusado de Uso de Documento falso. Competência da Justiça Federal. Precedentes. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal adota interpretação restritiva na definição da competência da Justiça Militar da União para o julgamento de civis em tempo de paz. 2. Compete à Justiça Federal processar e julgar civil acusado de uso de documento falso (art. 315 do CPM). 3. **Ordem parcialmente concedida para declarar a insubsistência dos atos decisórios e determinar o encaminhamento dos autos à Justiça Federal.**

(HC 121.189/PR, Rel.^a: ROSA WEBER, Rel. p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, j. em 19.8.2014) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6348**).

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. PENAL E PROCESSO PENAL. CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ARTIGOS 33 E 35 DA LEI 11.343/06. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INADMISSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR *HABEAS CORPUS*; CRFB/88, ART. 102, I, D E I. HIPÓTESE QUE NÃO SE AMOLDA AO ROL TAXATIVO DE COMPETÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE. **INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. APLICABILIDADE DA TEORIA DO JUÍZO APARENTE.** ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS. ADMISSIBILIDADE. PLEITO DE REVOGAÇÃO DA CUSTÓDIA PREVENTIVA. TEMA NÃO DEBATIDO PELAS INSTÂNCIAS PRECEDENTES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIAS. AUSÊNCIA DE EXAME DE AGRAVO REGIMENTAL NO TRIBUNAL A QUO. ÓBICE AO CONHECIMENTO DO *WRIT* NESTA CORTE. INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. **As provas colhidas ou autorizadas por juízo aparentemente competente à época da autorização ou produção podem ser ratificadas a posteriori, mesmo que venha aquele a ser considerado incompetente, ante a aplicação no processo investigativo da teoria do juízo aparente.** Precedentes: HC 120.027, Primeira Turma, Rel. p/ Acórdão, Min. Edson Fachin, DJe de 18/02/2016 e HC 121.719, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 27/06/2016. (...)

Trecho do voto-condutor: Com efeito, este Supremo Tribunal Federal entende de forma pacífica que se aplica ao procedimento investigativo penal a teoria do Juízo aparente. Assim, as provas colhidas ou autorizadas por juízo aparentemente competente à época da autorização ou produção, podem ser ratificadas a posteriori, porquanto esse juízo torne-se incompetente, bem como quando haja deslocamento do processo em razão de foro por prerrogativa, ante a aplicação no processo investigativo da teoria do juízo aparente.

(HC 137.438-AgR/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, j. em 26.05.2017) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6349**).

Segunda turma

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSUAL PENAL. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. ATOS DECISÓRIOS. POSSIBILIDADE DE RATIFICAÇÃO. 1. Este Tribunal fixara

anteriormente entendimento no sentido de que, nos casos de incompetência absoluta, somente os atos decisórios seriam anulados, sendo possível a ratificação dos atos sem caráter decisório. **Posteriormente, passou a admitir a possibilidade de ratificação inclusive dos atos decisórios.** Precedentes. Agravo regimental a que se nega seguimento.

(RE 464.894 AgR, Min. Rel. EROS GRAU, Segunda Turma, j. em 24.06.2008) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6350**).

Recurso Ordinário em *Habeas corpus*. 2. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça que declarou a nulidade do processo criminal, *ab initio*, inclusive da denúncia, por incompetência da Justiça Federal. 3. **Atos investigatórios mantidos**, a serem apreciados pela Justiça Estadual. 4. **Decerto, os atos investigatórios constantes do inquérito policial, da fase indiciária, não são nulos, ut art. 567 do CPP, porque não se revestem de caráter decisório, salvo aqueles de natureza constritiva de direito, que, possuindo essa índole, provêm de decisão judicial.** 5. Recurso parcialmente provido para ampliar o deferimento do *habeas corpus* e considerar nula a decisão do Juiz Federal incompetente, quanto à autorização para a interceptação telefônica e quebra dos sigilos bancário e telefônico, sem prejuízo das demais provas constantes do inquérito policial que, autônomas, possam fundamentar a denúncia do Ministério Público Estadual.

(RHC 80.197/GO, Min. Rel. NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, j. em 08.08.2000) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6351**).

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. INCOMPETÊNCIA. APLICABILIDADE DO ART. 567 DO CPP. **RATIFICAÇÃO DOS ATOS INSTRUTÓRIOS E DE RELATIVO CARÁTER DECISÓRIO.** POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* AO QUAL SE NEGA PROVIDIMENTO. O julgado objeto da presente impetração está em harmonia com o entendimento deste Supremo Tribunal no sentido da não contaminação e possibilidade de ratificação dos atos instrutórios pela incompetência do juízo. **Entendimento que se estende a atos de relativo caráter decisório, cujo aproveitamento não afronte o contraditório e a ampla defesa.** Precedentes.

(RHC 129.809/MT, Min.^a Rel. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, j. em 15.03.2016) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6352**).

Nosso comentário: A jurisprudência do STF, até meados de 2003, firmava-se no sentido de que, para os casos de incompetência absoluta, os atos decisórios perderiam o seu valor e deveriam ser desconstituídos, sendo possível, porém, a ratificação apenas de atos não-decisórios (RHC 72.962/GO). No entanto, a partir do julgamento do HC 83.006/SP, o Plenário do STF passou a entender que mesmo os atos decisórios – naquele caso, a denúncia e o seu recebimento – emanados de autoridade incompetente *ratione materiae*, seriam ratificáveis no Juízo competente. Em momento posterior, avançando um pouco mais, a jurisprudência da Suprema Corte evoluiu para admitir a possibilidade de ratificação também de atos instrutórios (HC 98.373/SP). Mais recentemente, o Plenário, por ocasião do julgamento do HC 193.726-AgR/PR, apontou que a possibilidade de convalidação dos atos decisórios não foi reproduzida em julgamentos posteriores, nos quais, como corolário do reconhecimento da alegação de incompetência do juízo, foram declarados nulos (HC 121.189/PR). Obtemperou-se, porém, que a mesma Suprema Corte admite, em posição recente, a convalidação de atos de relativo caráter decisório, cujo aproveitamento não afronte o contraditório e a ampla defesa (RHC 129.809/MT). É salutar destacar, ainda nessa esteira, especificamente no que se refere às medidas cautelares autorizadas por juízo aparentemente competente que, em momento posterior, fora declarado incompetente, que a jurisprudência do STF entende de forma pacífica, a partir do HC 81.260-1/ES, que se aplica ao procedimento investigativo penal a teoria do juízo aparente como fundamento de validade. Por fim, no que toca a possibi-

lidade de conservação dos efeitos dos atos decisórios proferidos por juízo incompetente até que outro seja proferido, se for o caso, pelo juízo competente, sobreleva pontuar que o Plenário do STF entendeu que a regra da *translatio iudicii* não se aplica ao Direito Processual Penal, que possui sanção própria para a transgressão (HC 193.726-AgR/PR).

Superior Tribunal De Justiça

MANDADO DE SEGURANÇA. AGENTE DE POLÍCIA FEDERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. COMISSÃO DISCIPLINAR AD HOC. ANULAÇÃO PARCIAL. PROVA. RATIFICAÇÃO. COMISSÃO PERMANENTE DE DISCIPLINA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DO APROVEITAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS. INSTRUÇÃO. REABERTURA. PREJUÍZO. NÃO OCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE. VIOLAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. PRAXE ADMINISTRATIVA. VERIFICAÇÃO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. NECESSIDADE. INADEQUAÇÃO DA VIA MANDAMENTAL ELEITA. SEGURANÇA DENEGADA.

1. Cumprindo acórdão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, proferido nos autos do RMS 32.199/DF, prossegue-se no julgamento da presente impetração para definir se viola o princípio do juiz natural a anulação parcial de processo administrativo disciplinar, anteriormente conduzido por comissão ad hoc, com reabertura da fase de instrução, levada a efeito por comissão permanente de disciplina, que ratificou as provas produzidas pela comissão processante anterior.

2. Vício de competência que admite, em regra, convalidação pela autoridade competente e que não acarretou, na espécie, lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros (art. 55 da Lei n. 9.784/99).

3. **Observância do princípio do aproveitamento dos atos processuais que também tem assento tanto na seara do direito processual civil quanto no processual penal, ao se permitir a utilização dos atos instrutórios produzidos, ainda que realizados por autoridade absolutamente incompetente, bem como dos decisórios não relacionados diretamente ao mérito do processo, mediante ratificação pela autoridade competente. Precedentes.**

(...)

7. Segurança denegada.

(MS 14.181/DF, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/05/2016, DJe 31/05/2016) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6353**).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO ALTO ESCALÃO. ORDEM CONCEDIDA PARA RECONHECER A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA O FEITO. PRECEDENTE EM CASO ANÁLOGO: RHC N. 142.308/DF. RECURSO DA DEFESA. NULIDADE. TEORIA DA APARÊNCIA DO JUÍZO. REGRA REGAL DE MANUTENÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NESTE STJ. PRECEDENTE EM CASO ANÁLOGO: RHC N. 142.308/DF. NO MAIS, NÃO ENFRENTAMENTO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ. PEDIDO DE SUSTENTAÇÃO ORAL. INVIÁVEL. AGRAVO DESPROVIDO.

(...)

IV - O princípio da economia processual, assim como o seu corolário, o do aproveitamento dos atos processuais, tem sido privilegiado pela jurisprudência deste eg. Superior Tribunal de Justiça e das demais Cortes Superiores, em detrimento da mera instrumentalidade das formas ou mesmo de uma generalizada declaração de nulidades, sejam elas relativas ou absolutas, sem qualquer demonstração de prejuízo.

V - Sobre a matéria do pleno aproveitamento dos atos processuais em geral, o seguinte julgado deste eg. Tribunal Superior, que bem esclarece a situação dos autos: "A Terceira Seção do STJ, no julgamento do MS 14.181/DF, assentou a necessidade de, no âmbito do processo penal, observar-se o princípio do aproveitamento dos atos processuais, de modo a permitir a utilização, mediante ratificação, de

atos processuais produzidos por Juízo incompetente (RHC n. 78.472/PE, Quinta Turma, Ministro Ribeiro Dantas, DJe 15/12/2017)" (HC n. 533.412/ES, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 4/9/2020).

VI - In casu, a competência inicial era sim aparente do d. Juízo de Primeiro Grau, apenas posteriormente declarado incompetente, na decisão monocrática que ora se agrava. Não se olvide que a presente Operação (Alto Escalão) é derivada da anterior (de nome Checkout) e, ambas, eram de iniciativa do d. Parquet estadual, no caso, o MP-DFT.

(...)

VIII - Sendo assim, como se não bastasse o histórico e a origem da Operação, os atos praticados, meramente investigatórios, ainda que tenha havido também busca e apreensão, não trazem prejuízos à d. Defesa ou mesmo teriam sido praticados de forma diversa se determinados por uma Corte Federal.

(...)

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 672.224/DF, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), QUINTA TURMA, julgado em 21/09/2021, DJe 27/09/2021) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6354**).

PROCESSO PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO DA SEGREGAÇÃO. QUESTÕES PREJUDICADAS. RÉU SOLTO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDUTA DO PACIENTE. DESCRIÇÃO SUFICIENTE. NOMEAÇÃO DO MESMO DEFENSOR DATIVO PARA APRESENTAÇÃO DE RESPOSTA À ACUSAÇÃO DO PACIENTE E DO CORRÉU. RECONHECIMENTO DE NULIDADE. IMPOSSIBILIDADE. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. NOMEAÇÃO POSTERIOR DE DEFENSOR PELO PACIENTE. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO QUE DECRETOU A PRISÃO PREVENTIVA. POSTERIOR RATIFICAÇÃO DOS ATOS PELO JUÍZO COMPETENTE. COMPETÊNCIA TERRITORIAL. RELATIVA. POSSIBILIDADE DE CONVALIDAÇÃO DOS ATOS. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

5. "Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa (art. 563 do Código de Processo Penal).

(...)

7. A competência territorial, por ser relativa, não gera nulidade dos atos processuais, aliás já tendo sido ratificadas as decisões pelo juízo competente, como ocorreu na espécie.

8. Habeas corpus não conhecido.

(HC 276.231/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 29/06/2016) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6355**).

Nosso comentário: Como ilustram os precedentes selecionados, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento pelo aproveitamento dos atos processuais praticados por Juízo incompetente. Assim, entende possível a ratificação de atos instrutórios produzidos por autoridade absolutamente incompetente – e até mesmo de atos decisórios –, desde que "não relacionados diretamente ao mérito do processo" (MS 14.181/DF). Tal entendimento tem sido reproduzido pela Quinta e Sexta Turmas, que condicionam o reconhecimento da nulidade dos atos questionados à demonstração de prejuízo.

Compilação e curadoria científica de:
Anderson Bezerra Lopes e Gessika Christiny Drakoulakis.



DIRETORIA EXECUTIVA

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

CONSELHO CONSULTIVO

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

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:

Aline Passuelo de Oliveira (UCS – Caxias do Sul/RS), Bárbara Brum Nery (PUC – Belo Horizonte/MG), Bruna Rachel de Paula Diniz (USP – São Paulo/SP), Bruna Souza Paula (UL / Portugal), Cylviane Maria Cavalcante de Brito Pinheiro Freire (Unifor – Fortaleza/CE), Daniel Marchionatti Barbosa (USP – São Paulo/SP), Danilo Vieira Vilela (UEMG – Belo Horizonte/MG), Guilherme Brenner Lucchesi (UFPR – Curitiba/PR), Guilherme Siqueira Vieira (FATEC – Curitiba/PR), Jádya Larissa Timm dos Santos (PUCRS – Porto Alegre/RS), José Roberto Wanderley de Castro (UFPE – Recife/Pernambuco), Julia Abrantes Valle (Uni-Barcelona – Espanha), Juliana Bertholdi (PUCPR – Curitiba/PR), Keity M F S Saboya (UFRN – Natal/RN), Marina Azevedo Schubert (UFBA – Salvador/BA), Núbio Pinhon Mendes Parreiras (PUCMG – Belo Horizonte/MG), Olívia Maria de Almeida (UFRN – Natal/RN), Priscila Vargas Mello (UniRitter - Porto Alegre/RS), Priscilla Placha Sá (PUCPR e UFPR – Curitiba/PR), Rafael Alves Devos (PUCRS – Porto Alegre/RS), Ramiro Gomes von Saltiel (PUCRS – Porto Alegre/RS) e Tomás Grings Machado (UNISINOS - Vale do Rio dos Sinos/RS).

AUTORES(AS) DESTE VOLUME:

Alexandre de Lima Castro Tranjan (USP – São Paulo/SP), André Filipe Pereira Reid dos Santos (PPGD-FDV - Vitória/ES), Eduardo Cani (PUCRS – Porto Alegre/RS), Evânio Moura (PUCSP – São Paulo/SP), Fernando Procópio Palazzo (Erasmus Universiteit Rotterdam – Rotterdam/Países Baixos), Henrique de Sá Valadão Lopes (ESMPU - Brasília/DF), João Victor Figueira Palhares (FADIPA – Ipatinga/MG), Leonardo Bortolozzo Rossi (UNESP – Franca/SP), Luciano Anderson de Souza (USP – São Paulo/SP), Maria Julia de Barros Ferreira (Universidad De Los Andes – Colômbia), Nereu Giacomolli Luiz (PUCRS – Porto Alegre/RS), Pedro de Almeida Pires Camargos (USP - São Paulo/SP) e Thainá Lopes Dellacqua (FDV - Vitória/ES).

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

CAPA: Avocar Comunicação | Tel.: (11) 3063-3775 | E-mail: jornalismo@avocar.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

MAIOR BIBLIOTECA DEDICADA A CIÊNCIAS CRIMINAIS NA AMÉRICA LATINA

Acervo com mais de 10 mil livros e 65 mil artigos

Documentos doutrinários de direito penal e processual penal e outros relacionados ao sistema de justiça criminal

Obras de política criminal, criminologia, sociologia criminal, direitos humanos

Possibilidade de pesquisas presencial ou online

A Biblioteca do IBCCRIM espera por você!

Funcionamento:

Segunda a sexta-feira
(exceto feriados)

Das 8h às 18h45

Tel.: (11) 3111-1040

Atendimento presencial

Segundas, quartas e sextas-feiras,
das 11h às 16h. Agendamentos pelo
email biblioteca@ibccrim.org.br
1 hora para utilização – pode ser estendido
em caso de pouca demanda.

Atendimento online

Associados acessam o sistema Sophia,
com login e senha, para ter acesso
a todo o acervo. Exemplares para
pesquisa podem ser solicitados pelo
email biblioteca@ibccrim.org.br