



## CADERNO DE DOCTRINA

4 **Ilegitimidade da contravenção penal de exploração de jogos de azar, diante da teoria da proteção de bens jurídicos e do paternalismo penal**  
Thiago Baldani Gomes De Filippo

7 **Numerus Clausus e execução penal: um princípio estruturante**  
Luciene Kobbi de Carvalho, Hamilton Gonçalves Ferraz e Patricia Mothé Glioche Béze

10 **Antecipação de atribuição de culpa e a dimensão extraprocessual da presunção de inocência**  
Roger Machado

12 **O Acordo de Não Persecução Penal e o crime continuado**  
Alex Feitosa de Oliveira e Rafael Ribeiro Meireles

16 **Acordo de Não Persecução Penal: retorno do status da confissão como "rainha das provas"**  
Livia Barcessat Lewinski, Maria Clara Nicoletti e Pedro Vilhena Pinheiro

19 **A verdade neorealista como limite à expansão dos espaços de consenso no campo jurídico-penal brasileiro**  
Gabriel Andrade de Santana

21 **Considerações sobre o populismo penal, o Pacote Anticrime e notas para uma (outra) política criminal**  
Bruno Tadeu Buonicore e Lucas Ferreira Mazete Lima

23 **A fundamentação dos delitos cumulativos: autonomia, legitimidade e requisitos legislativos**  
Ítalo de Assis Marqueti Rodrigues

26 **Sistema penal e democraticidade: problemas de representatividade entre origem e destino das normas penais**  
Bruno Cavalcante Leitão Santos e Francisco de Assis de França Júnior

## DIÁLOGOS

29 **O acesso aos elementos de prova pelo investigado na fase do inquérito: a conquista da súmula vinculante n. 14**  
Alberto Zacharias Toron

## CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

TEMA: ACESSO À DISPOSITIVO TELEFÔNICO, SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL, DURANTE APREENSÃO POLICIAL

32 Supremo Tribunal Federal

34 Superior Tribunal de Justiça

# DESIGUALDADE E VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Não há sociedade democrática sem igualdade real. A Constituição reconhece direitos iguais a mulheres e homens, mas ainda vigora uma profunda desigualdade de gênero. Desigualdade que se reflete na invisibilidade e coisificação da condição feminina e em alarmantes índices de violência contra a mulher. Embora a percepção sobre essa realidade tenha sido ampliada nos últimos anos em vários setores da sociedade, ainda falta muito a avançar, e em muitas frentes.

Há uma estrutura social que reproduz a desigualdade, em especial funções sociais e modelos de trabalho doméstico que responsabilizam a mulher por todo o cuidado da casa e dos filhos, limitando sua liberdade e suas aspirações. Sob esta estrutura, a mulher brasileira enfrenta dificuldades nas esferas pessoal e profissional, o que reflete também em sua invisibilidade. É alarmante a disparidade dos índices de mulheres em posição de liderança.

Há 90 anos, foi reconhecido no Brasil o voto feminino. Mas as mulheres, maioria na população, continuam sendo minoria nos cargos políticos e nos âmbitos de liderança. É contrário às noções de liberdade e autonomia, próprias da condição de pessoa, o fato de a maioria da população, as mulheres, ter de viver sob regras criadas por homens, em ambientes acentuadamente masculinos.

A mulher não tem direitos iguais se ela é tratada (e muitas vezes em sua própria casa), como objeto. Ainda vigora uma cultura que coloca o feminino como objeto de satisfação sexual dos homens, o que alimenta os índices de violência doméstica. As agressões são cotidianas, praticadas através de violência física, moral, patrimonial, sexual, ou até mesmo através de discursos misóginos.

Também não se pode esconder a situação das mulheres negras no Brasil. A condição feminina e o preconceito racial fazem com que estas mulheres estejam na base da pirâmide social, com os menores salários, com escassas possibilidades de ascensão social e sob cotidiana discriminação e marginalização. Em sua transversalidade, o machismo e o racismo enclausuram estas mulheres em condição sub-humana, como corpos disponíveis para o trabalho e para a satisfação sexual.

A lista de imperativos da igualdade é longa – e está longe de ser exaustiva. É preciso desvelar os mecanismos que reproduzem essas desigualdades, amplificar as vozes femininas, aumentar a participação das mulheres nas diversas esferas sociais, proteger e intensificar o seu protagonismo na sociedade, reconhecer e preservar a sua autonomia, combater as inúmeras modalidades de discriminação e violência contra as mulheres, assegurar efetiva liberdade, respeitar os seus direitos e sua dignidade, fortalecer a cultura de respeito e reconhecimento. São muitas as batalhas que precisam ser enfrentadas.

O mundo, e especialmente o Brasil, é ainda um lugar de afronta às mulheres, que diminui e menospreza o feminino. Os exemplos são notórios e muitas vezes partem da própria classe política, dos representantes do povo que deveriam zelar pela igualdade de gênero.

Atos de menosprezo e discriminação devem ser respondidos com resistência. É preciso desmascarar e denunciar a agressão, promovendo um novo patamar civilizatório. Por outro lado, é inadmissível o uso de cargos públicos para agredir o Estado Democrático de Direito, que tem, entre seus princípios fundamentais, “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, I e IV da Constituição).

Fiel à sua missão, o IBCCRIM reitera seu compromisso em defesa da mulher, de sua liberdade e de seus direitos. Nesta seara, o Instituto tem três objetivos centrais: (i) vigilância e denúncia das situações de violência contra a mulher, em especial, o tratamento desumano e desigual no sistema de justiça e prisional; (ii) estruturação e ampliação de projetos que promovam a perspectiva de gênero na justiça penal; e (iii) participação em rede de iniciativas para ampliar a participação política e cívica das mulheres.

Lutar pela igualdade da mulher não é uma bandeira acessória do IBCCRIM. Não há cidadania se mais da metade da população vê diariamente violada sua condição de sujeito de direitos, sua condição de pessoa. Não há cidadania com a normalização de um sistema de poder que agride as mulheres. A liberdade e a igualdade da mulher não é uma luta opcional, é uma necessidade.

# Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

## BOLETIM

4. **Ilegitimidade da contravenção penal de exploração de jogos de azar, diante da teoria da proteção de bens jurídicos e do paternalismo penal**  
Thiago Baldani Gomes De Filippo
7. ***Numerus Clausus* e execução penal: um princípio estruturante**  
Luciene Kobbi de Carvalho, Hamilton Gonçalves Ferraz e Patricia Mothé Glioche Béze
10. **Antecipação de atribuição de culpa e a dimensão extraprocessual da presunção de inocência**  
Roger Machado
13. **O Acordo de Não Persecução Penal e o crime continuado**  
Alex Feitosa de Oliveira e Rafael Ribeiro Meireles
16. **Acordo de Não Persecução Penal: retorno do *status* da confissão como “rainha das provas”**  
Livia Barcessat Lewinski, Maria Clara Nicolellis e Pedro Vilhena Pinheiro
19. **A verdade neorrealista como limite à expansão dos espaços de consenso no campo jurídico-penal brasileiro**  
Gabriel Andrade de Santana
21. **Considerações sobre o populismo penal, o Pacote Anticrime e notas para uma (outra) política criminal**  
Bruno Tadeu Buonicore e Lucas Ferreira Mazete Lima
23. **A fundamentação dos delitos cumulativos: autonomia, legitimidade e requisitos legislativos**  
Ítalo de Assis Marqueti Rodrigues
26. **Sistema penal e democraticidade: problemas de representatividade entre origem e destino das normas penais**  
Bruno Cavalcante Leitão Santos e Francisco de Assis de França Júnior
29. **DIÁLOGOS**  
**O acesso aos elementos de prova pelo investigado na fase do inquérito: a conquista da súmula vinculante n. 14**  
Alberto Zacharias Toron
32. **CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA**  
**Tema: Acesso à dispositivo telefônico, sem prévia autorização judicial, durante apreensão policial.**
32. **Supremo Tribunal Federal**
33. **Superior Tribunal de Justiça**



# ILEGITIMIDADE DA CONTRAÇÃO PENAL DE EXPLORAÇÃO DE JOGOS DE AZAR, DIANTE DA TEORIA DA PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS E DO PATERNALISMO PENAL

*ILLEGITIMACY OF THE CRIMINAL CONTRAVENTION FOR THE EXPLOITATION OF GAMING, BEFORE THE THEORY OF PROTECTION OF LEGAL INTERESTS AND CRIMINAL PATERNALISM*

## Thiago Baldani Gomes De Filippo

Doutor em Direito Penal pela USP. Mestre em Direito Comparado pela Samford University e Mestre em Ciência Jurídica pela UENP. Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal na UAM. Juiz de Direito no Estado de São Paulo.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2591167984942175>

ORCID: 0000-0001-8793-4735

tfilippo@tjsp.jus.br

**Resumo:** Este artigo discorre sobre a ilegitimidade da contração penal de exploração de jogos de azar, à luz das teorias da proteção de bens jurídicos e do paternalismo penal, situados no contexto da proporcionalidade penal, concluindo que o tipo contravencional não foi recepcionado pela Constituição de 1988.

**Palavras-chave:** Exploração de jogos de azar - Legitimidade - Bem jurídico - Paternalismo - Proporcionalidade.

**Abstract:** This paperwork discourses about illegitimacy of the criminal contravention for the exploitation of gaming, according to the theories of the protection of legal interests and criminal paternalism, located in the context of the criminal proportionality, concluding that the contraventional statute was not embraced by the 1988 Constitution.

**Keywords:** Exploitation of gaming - Legitimacy - Legal interest - Paternalism - Proportionality.

As discussões a respeito da legitimidade da contração penal de exploração de jogos de azar, tipificada pelo art. 50 do Decreto-lei 3.688/41, atualmente ocupam a pauta do Congresso Nacional. No dia 24 de fevereiro de 2022, o Plenário da Câmara dos Deputados concluiu a votação do projeto de lei que legaliza os jogos de azar no Brasil (PL 442/91), incluindo cassinos, bingos, jogos do bicho e apostas esportivas. O texto agora será remetido ao Senado Federal para revisão.<sup>1</sup>

Paralelamente, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, por maioria, a repercussão geral do tema (Tema 924 – Recurso Extraordinário 966.177), estando o julgamento pautado para o dia 07/04/2022.<sup>2</sup>

O tema é candente e suscita diversas reflexões. Prestigiados doutrinadores defendem a ilegitimidade dessa contração. **Guilherme de Souza Nucci**, por exemplo, defende sua desnecessidade pela invocação do princípio da intervenção mínima, não vislumbrando fundamento para a intervenção estatal na vida privada do cidadão que deseja se aventurar em jogos de azar, observando que seria correta a legalização dos jogos, porque inúmeros são aqueles patrocinados pelo próprio Estado, como as loterias em geral.<sup>3</sup>

Em sentido semelhante, **Katie Silene Cárceres Arguello** sustenta ser uma grande hipocrisia haver jogos patrocinados pelo Estado, como as loterias federais e estaduais e, ao mesmo tempo, serem cominadas sanções penais aos jogos de azar, aduzindo que a prática é socialmente aceita e está arraigada nos costumes da sociedade.<sup>4</sup>

E, por fim, **Damásio de Jesus**, de maneira específica no que tange à utilização de máquinas de diversão eletrônica para adultos, como o caso presente, entendia que o fato é atípico, porque não constituiria propriamente jogo de azar, uma vez que “em seu manejo não interfere a sorte uma vez que está tudo previamente programado, e tampouco a habilidade do apostador, que se limita a apertar as teclas e esperar que a máquina apresente o programa preestabelecido.”<sup>5</sup> E, alternativamente, **Damásio** fundamentava a atipicidade do fato em face da ausência de imputação objetiva de lesão a bem jurídico, observando estar implícito o eventual risco advindo da utilização das máquinas (teoria do risco tolerado), uma vez que o Estado admite a sua importação tributada.<sup>6</sup>

O presente trabalho se propõe a analisar se o tipo contravencional foi recepcionado por nossa Constituição Federal para concluir que o seu escrutínio não resiste às barreiras estabelecidas pelas teorias da proteção de bens jurídicos e do paternalismo penal, com a subjacente integração de ambas nas estruturas inerentes à proporcionalidade penal.

O princípio da proporcionalidade, malgrado a inexistência de sua previsão constitucional expressa,<sup>7</sup> é incontestavelmente uma ferramenta valiosíssima para o exercício do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos.

Se, por um lado, a proporcionalidade é instrumento indispensável para a manutenção da harmonia do próprio texto constitucional e da investigação da coerência dos demais ramos jurídicos,<sup>8</sup> por outro, sua baixa densidade normativa é de veras problemática. Visando

a concretizá-la, a dogmática constitucional identificou e procurou desenvolver os seus três corolários: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Em linhas gerais, a adequação condiz com o controle da viabilidade de se atingir o fim pretendido por determinado meio; a necessidade refere-se à eleição do meio menos gravoso para a restrição; e a proporcionalidade em sentido estrito relaciona-se à demanda por equilíbrio entre o meio utilizado e o fim colimado, mediante análise de "custo-benefício".<sup>9</sup>

A grande questão que se coloca, no entanto, é de que maneira esses subprincípios podem sofrer uma releitura a partir da dogmática penal, a fim de que a proporcionalidade possua algum rendimento para a aferição da legitimidade dos tipos penais, em geral.

Ao lado de diversos trabalhos acadêmicos que se ocupam do tema,<sup>10</sup> apresentamos uma proposta de teoria da proporcionalidade penal, visando a densificar critérios de justiça material, tanto em relação aos preceitos penais primários, relacionados ao objeto e à forma de proteção, quanto aos preceitos penais secundários, referentes aos patamares das penas abstratamente cominadas.<sup>11</sup>

Em linhas gerais, o exame da adequação implica o estudo acerca do exame dos interesses, que podem ser adequadamente protegidos por meio do Direito Penal, vale dizer, de tudo aquilo que pode ser reconhecido como bem jurídico-penal; a investigação da necessidade restringe-se à análise das estruturas típicas utilizadas para a proteção penal de certo interesse, diante do princípio da ofensividade e do impedimento da criminalização de condutas que reflitam um rígido paternalismo penal; e, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito diz respeito à perquirição em torno do equilíbrio das penas abstratamente cominadas pelo legislador penal, com fundamento no princípio constitucional da igualdade.<sup>12</sup>

Aplicadas essas premissas, a conduta contravencional de exploração de jogos de azar não supera os filtros da adequação e da necessidade, revelando-se desproporcional e, conseqüentemente, não recepcionada pela atual ordem constitucional.

Com efeito, o tipo do art. 50 do Decreto-lei 3.688/41 é penalmente inadequado, porque ele não visa a tutelar um verdadeiro bem jurídico-penal. Inicialmente, é importante sublinhar que, ao longo do tempo, as tentativas de estabelecer um conceito transcendente de bem jurídico-penal, que efetivamente possua alguma possibilidade de fornecer critérios limitadores do *jus puniendi* estatal, revelaram-se complexas e infrutíferas.<sup>13</sup>

Sem embargo, há um feixe de interesses individuais, intimamente ligados ao postulado da dignidade da pessoa humana, tais como a vida, a integridade física, a liberdade e a propriedade, que poderão ser constantemente objeto de proteção penal. Por outro lado, também se revela em princípio adequada a tutela penal de interesses coletivos, tais como o meio ambiente, a confiança na segurança da moeda, a confiança na incorruptibilidade dos funcionários e os interesses que visam à preservação da estrutura funcional do Estado, como a administração da justiça, especialmente em relação à arrecadação de recursos necessários para a realização de suas finalidades institucionais, por exemplo, o sistema tributário.<sup>14</sup> E, finalmente, também poderá se revelar adequada a utilização da intervenção jurídico-penal para a proteção dos chamados falsos bens jurídicos coletivos, porque representam simplesmente a soma

dos vários bens jurídicos individuais,<sup>15</sup> tais como a saúde pública, a paz pública, a segurança viária, dentre outros, desde que eles sejam funcionalizados e guardem referibilidade concreta à proteção desses mesmos interesses individuais.

Se há certa zona de penumbra acerca dos bens que podem ser classificados como bens jurídico-penais, é certo que alguns valores, absolutamente, não podem ser erigidos a essa categoria. O exemplo mais sintomático é a proteção de meras moralidades, matéria da qual não deve se ocupar o Direito Penal. Neste sentido, apresentava-se inadequada a criminalização do adultério (art. 240 do CP), abolida pela Lei 11.106/2005, porque a proteção da organização tradicional da família não deve ser assunto apto a ensejar a proteção penal.<sup>16</sup> Pela mesma razão são discutíveis os tipos penais de ato obsceno (art. 233 do CP) e de escrito ou objeto obsceno (art. 234 do CP), porque a punição da pornografia entre adultos, em quaisquer de suas manifestações, reflete a pretensa proteção da moralidade e do pudor público.

E, relativamente à contravenção de exploração de jogos de azar, o art. 50 do Decreto-lei 3.688/41 está inserido no Capítulo VII do referido ato normativo, intitulado "Das contravenções relativas à polícia de costumes". Portanto, o seu objeto jurídico se resume aos bons costumes. Segundo **Guilherme de Souza Nucci**, "a ideia, ainda prevalente, é manter as pessoas afastadas desse tipo

de jogo, que não depende de habilidade para ganhar (como, por exemplo, os jogos esportivos), mas de mera sorte. Essa situação pode levar à perda patrimonial, ao vício e aos desmandos de toda ordem".<sup>17</sup>

Em sentido semelhante, o trabalho de **Valdir Sznick** assim sintetiza o fim de proteção dessa norma contravencional:

No jogo não só se visa a proteção ao trabalho honesto como a repressão ao ganho fácil. São conhecidos malefícios do jogo justamente pela ilusão de ganhos rápidos e sem muito esforço. Além das conhecidas conseqüências o jogo avilta, empobrece, degrada, pois leva o rico à pobreza e o pobre à miséria; e junto com a miséria o desamparo à família.

À inutilidade do jogo se contrapõe à sociabilidade do trabalho, mas – tirando-se o azar e as apostas – o jogo entre amigos e junto com a família é uma forma, senão saudável, pelo menos bastante utilizada e sem nenhum dano social.<sup>18</sup>

Referidas preocupações, inobstante serem nobres e moralmente legítimas, não devem compor o feixe de interesses penalmente relevantes, porque sua fluidez não se compatibiliza com a concretude demandada por um conceito transcendente de bem jurídico-penal, impedindo-se que se use validamente a intervenção jurídico-penal.<sup>19</sup>

Por outro lado, ainda que, hipoteticamente, fosse possível se vislumbrar a proteção de um bem jurídico-penal pela norma em apreço, ou mesmo se se desacreditasse do potencial crítico conferido à teoria do bem jurídico,<sup>20</sup> o tipo contravencional também não resistiria a uma filtragem constitucional, igualmente à luz do princípio da proporcionalidade, mas sob o espeque da necessidade da proteção penal, porque ele reflete indevido paternalismo penal.

Em linhas gerais, como pontua **Gerald Dworkin**, o paternalismo pode ser compreendido como a "interferência sobre a liberdade de ação de alguém justificada por razões referentes exclusivamente ao

"[...] A CONDUTA CONTRAVENCIONAL DE EXPLORAÇÃO DE JOGOS DE AZAR NÃO SUPERA OS FILTROS DA ADEQUAÇÃO E DA NECESSIDADE, REVELANDO-SE DESPROPORCIONAL E, CONSEQUENTEMENTE, NÃO RECEPCIONADA PELA ATUAL ORDEM CONSTITUCIONAL [...]"

bem-estar, ao benefício, à felicidade, às necessidades, aos interesses ou aos valores da pessoa coagida.”<sup>21</sup> O paternalismo penal, neste sentido, seria a utilização das leis penais para o alcance dessas mesmas finalidades.

Dentre suas classificações possíveis,<sup>22</sup> importa ao presente caso a sua distinção entre paternalismo rígido (*hard*) e paternalismo moderado (*soft*). Paternalismo rígido é aquele segundo o qual as leis buscam interferir nas escolhas dos indivíduos, indicando quais seriam os caminhos que melhor atenderiam aos seus próprios interesses, independentemente da capacidade de discernimento dos destinatários das normas, justificando-se, mesmo para sujeitos responsáveis, a proibição de autolesões e de heterolesões consentidas,<sup>23</sup> como na hipótese de proibição de condutas masoquistas. Por outro lado, o paternalismo moderado justifica a interferência estatal quanto às escolhas eventualmente danosas aos próprios indivíduos, apenas quando não for possível se demonstrar a capacidade de discernimento destes, como no caso de crianças e sujeitos com doenças mentais.<sup>24</sup>

Inseridas no contexto paternalista, somente se justificam leis penais

que retratam um moderado paternalismo, como se legitima, por exemplo, uma série de normas penais presentes no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), independentemente da vontade desses sujeitos especiais.

Por outro giro, revelam-se absolutamente desnecessárias, logo, desproporcionais, leis penais que flerem com o paternalismo rígido, a saber, que visem à proteção de sujeitos imputáveis, autorresponsáveis, mediante a criminalização de comportamentos que lhes possam ser eventualmente danosos, a despeito de suas vontades e escolhas.

A contravenção penal de exploração de jogos de azar nada mais revela do que a concretização de um indesejado paternalismo penal rígido, avultando-se, também por esta razão, a sua ilegitimidade.

Em suma, a contravenção penal de exploração de jogos de azar, prevista no art. 50 do Decreto-lei 3.688/41, é ilegítima e não foi recepcionada pela Constituição de 1988, porque desatende aos reclames ditados pela teoria de proteção dos bens jurídicos e também por implicar indevido paternalismo penal, categorias subjacentes ao princípio da proporcionalidade penal.

## Notas

<sup>1</sup> BRASIL, [2022].

<sup>2</sup> Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4970952>. Acesso em: 25 fev. 2022.

<sup>3</sup> NUCCI, 2017, p. 169.

<sup>4</sup> ARGUELLO, 2012.

<sup>5</sup> JESUS, 2015, p. 1148.

<sup>6</sup> *Idem, ibidem*, p. 1153.

<sup>7</sup> Há divergências acerca da origem do princípio da proporcionalidade. Para alguns, trata-se de diretriz vinculada à própria noção de Estado de Direito, como parece ser a compreensão tradicional da Corte Constitucional alemã (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 323). Para outros, a proporcionalidade compõe a própria essência dos direitos fundamentais (ALEXY, 2008, p. 117). E, por fim, como parece ter se consolidado na jurisprudência do STF após a atual Constituição, a proporcionalidade decorre do aspecto substantivo do devido processo legal, previsto no art. 5º, LIV, da Constituição (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 329).

<sup>8</sup> SILVA, 2002, p. 25.

<sup>9</sup> SARLET, 2004, p. 101.

<sup>10</sup> Na Espanha: COBO DEL ROSAL, 1999; e AGUADO CORREA, 1999. Na Itália: ANGIONI, Francesco. *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*. Milão: Giuffrè, 1983. E, no Brasil: GOMES, 2003; e SOUSA FILHO, 2019.

<sup>11</sup> DE FILIPPO, 2020.

<sup>12</sup> *Idem, ibidem*, pp. 190-193.

<sup>13</sup> BECHARA, 2014, p. 352.

<sup>14</sup> HEFENDEHL, 2011, p. 67-69.

<sup>15</sup> GRECO, 2011, p. 95.

<sup>16</sup> CATÃO, 1974, p. 70.

<sup>17</sup> NUCCI, *op. cit.*, p. 169-170.

<sup>18</sup> SZNICK, 1987, p. 281-282.

<sup>19</sup> DE FILIPPO, *op. cit.*, p. 101.

<sup>20</sup> Parcela da doutrina, como Amelung, Hirsch e Stratenwerth, enxerga simplesmente o caráter imanente ou dogmático do bem jurídico-penal, sem possibilidade de rendimento político-criminal, no sentido de poder limitar o poder de punir do Estado (GRECO, 2004, p. 93-95).

<sup>21</sup> DWORKIN, 2009, p. 9.

<sup>22</sup> O paternalismo também pode ser puro/direto e impuro/indireto. O primeiro indica a possibilidade de interferências no comportamento de um grupo de pessoas para protegê-las delas próprias, como a imposição a motoristas, sob a pena de multa, de utilização de cinto de segurança. O segundo aponta para a proibição de comportamento de um grupo, com a finalidade de proteger outras que não o compõem, como no caso de proibir a produção de cigarros com o objetivo de proteger a saúde dos fumantes (MARTINELLI, 2015, p. 100-101).

<sup>23</sup> MARTINELLI, *op. cit.* p. 100.

<sup>24</sup> *Idem, ibidem*, p. 100.

## Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANGIONI, Francesco. *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*. Milão: Giuffrè, 1983.
- AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: Edersa, 1999.
- ARGUELLO, Katie Silene Cárceres. Criminalização dos jogos de azar: A contradição entre lei e realidade social. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 60, p. 239-250, 2012.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- BRASIL. *PL 442/1991*. Revoga os dispositivos legais que menciona, referentes à prática do “jogo do bicho”. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2022]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4970952>. Acesso em: 25 fev. 2022.
- BRASIL. *Decreto-lei 3.688, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: “DEL3688 (planalto.gov.br)”. Acesso em 07 mar. 2022.
- BRASIL. *Lei 11.106, de 28 de março de 2005*. Disponível em: “Lei nº 11.106 (planalto.gov.br)”. Acesso em 07 mar. 2022.
- BRASIL. *Lei 8.069, de 13 de julho de 1999*. Disponível em: “L8069 (planalto.gov.br)”. Acesso em 07 mar. 2022.
- CATÃO, Yolanda. Notas sobre a punição do adultério e descriminalização. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 13/14, p. 68-75, jan./jun. 1974.
- COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho penal: parte general*. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- DE FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. *Proporcionalidade legislativa penal*. São Paulo: LiberArs, 2020.
- DWORKIN, Gerald. Paternalismo. Trad. João Paulo Martinelli. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, Curitiba, v. 1, n. 1, pp. 7-27, 2009.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito*

- penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 49, v. 12, p. 89-147, 2004.
- HEFENDEHL, Roland. *O bem jurídico como a pedra angular da norma penal*. In: GRECO, Luís e TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, pp. 57-76, 2011.
- JESUS, Damásio Evangelista de. Máquinas de diversão eletrônica para adultos em face da legislação criminal. In: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Doutrinas essenciais: direito penal e processo penal*. Vol. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 1143-1163, 2015.
- MARTINELLI, João Paulo. *Paternalismo jurídico-penal: limites da intervenção do estado na liberdade individual pelo uso das normas penais*. São Paulo: LiberArs, 2015.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- NUCCI, Guilherme de Souza, *Leis penais e processuais penais comentadas*. Vol. I. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 47, v. 12, p. 60-122, 2004.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, pp. 23-50, 2002.
- SOUSA FILHO, Ademar Borges. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- SZNICK, Valdir. *Contravenções penais*. São Paulo: Universitária de Direito, 1987.

Autor convidado

# NUMERUS CLAUSUS E EXECUÇÃO PENAL: UM PRINCÍPIO ESTRUTURANTE

NUMERUS CLAUSUS AND PENAL EXECUTION: A STRUCTURING PRINCIPLE

## Luciene Kobbi de Carvalho

Bacharela em Direito pela UERJ. Advogada.  
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0043837998867972>  
ORCID: 0000-0002-0471-2529  
[lucienecarvalho.uerj@gmail.com](mailto:lucienecarvalho.uerj@gmail.com)

## Patricia Mothé Glioche Béze

Doutora e mestre em Direito pela UERJ. Bacharel em Direito pela UERJ. Professora Associada de Direito Penal pela UERJ. Professora Palestrante da EMERJ. Procuradora de Justiça do MP RJ.  
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/413920328697332>  
ORCID: 0000-0002-4053-4934  
[patriciaglioche@gmail.com](mailto:patriciaglioche@gmail.com)

## Hamilton Gonçalves Ferraz

Doutor em Direito pela PUC Rio. Mestre em Direito Penal pela UERJ. Bacharel em Direito pela UERJ. Professor Adjunto de Direito Penal (UFF – MDI). Advogado.  
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4038462874056018>  
ORCID: 0000-0002-0471-2529  
[ferraz.hamilton.hgf@hotmail.com](mailto:ferraz.hamilton.hgf@hotmail.com)

**Resumo:** O artigo defende uma concepção de execução penal fundada desde suas bases no princípio *Numerus Clausus*, que propõe que o encarceramento seja limitado ao número de vagas disponível. Apresenta-se o princípio *Numerus Clausus*, delineando-se seus principais contornos dogmáticos e contextualizando-o aos tempos presentes, defendendo-se seu reconhecimento estrutural ao Direito de Execução Penal.

**Palavras-chave:** Execução penal - *Numerus Clausus* - Princípio estruturante.

**Abstract:** The paper stands for a conception of penal execution founded in its roots on the *Numerus Clausus* principle, which proposes incarceration must not exceed the number of available accommodations in any prison facility. The principle of *Numerus Clausus* is presented and its main dogmatic characteristics are delineated and put in context to present times, supporting its structural recognition on penal execution law.

**Keywords:** Penal execution - *Numerus Clausus* - Structuring principle.

## 1. Introdução

De todos os setores mais sensíveis e vulneráveis ao avanço da pandemia, é seguro dizer que foram os sistemas penitenciário e socioeducativo os mais expostos ao seu impacto, não apenas em razão de seus notórios e crônicos problemas de superlotação, carências estruturais, de pessoal e insalubridade, mas também e principalmente por serem espaços marcados pelo descaço público e pela discriminação com a condição e o estigma de preso ("bandido"/"menor infrator"), interditando-se assim, inclusive em nível cultural, qualquer possibilidade de realização de cidadania e reinserção social dessas pessoas (ou, no mínimo, tornando esse processo extremamente dificultoso).

Nesse sentido, justificado também a partir do notório impacto da Covid-19 nos sistemas penitenciário e socioeducativo brasileiros, o presente trabalho busca repensar o próprio Direito de Execução Penal e a política penitenciária (e seus respectivos subsistemas socioeducativos), à luz do princípio *Numerus Clausus*, que parte da premissa básica de que o Estado não pode encarcerar ou internar para além das vagas de que dispõe o sistema.

Assim, o trabalho apresenta o princípio *Numerus Clausus*, delineando seus principais contornos dogmáticos e contextualizando-o aos tempos presentes, defendendo-se seu reconhecimento estrutural ao Direito de Execução Penal.

## 2. As origens do *Numerus Clausus* e breves notas de Direito Comparado

A ideia nuclear do princípio *Numerus Clausus*, qual seja, "uma vaga, um preso", tem conhecida origem na França, na militância e nas propostas do deputado Bonnemaizon, a partir de 1989, adentrando

nos anos 2000, em assumido combate ao cenário de superlotação carcerária à época enfrentado por aquele país (ROIG, 2014). Inobstante não ter sido convertido em lei ou aplicado na prática da execução penal francesa, a ideia consistiu num fecundo exemplo para outros países.

Na Holanda, Noruega, Suécia e Dinamarca, observou-se a prática de criação de listas de espera, em sintonia com um escalonamento de vagas dos estabelecimentos de cumprimento de pena, para o caso de inexistência de vagas suficientes a eventuais recém-condenados (ROIG, 2014, p. 108).

Também foram verificadas manifestações do princípio na Itália – país que, recentemente, no caso *Torregiani e outros v. Itália* (2013) foi condenado junto à Corte Europeia de Direitos Humanos pelas condições de precariedade e superlotação observadas em seu sistema penitenciário –, implicando obrigatório adiamento do cumprimento da pena detentiva, porventura não resguardadas as condições mínimas de respeito à dignidade da pessoa humana dos condenados (ROIG, 2018, p. 579-583).

Na Alemanha, noticiou-se precedente do Tribunal Constitucional Federal, relativo a um julgado da Corte Federal de Justiça, que determinou a interrupção de cumprimento de pena de prisão com ofensa à dignidade da pessoa, caso evidenciadas propostas irrealizáveis de solução do problema (ROIG, 2014, p. 110).

Finalmente, nos EUA, no importante caso *Brown et. al. v. Plata* (2011), a Suprema Corte, com base na proibição constitucional de penas desproporcionais e cruéis (8ª emenda), referendou a decisão de uma corte distrital que determinou que o estado da Califórnia (notoriamente conhecido por seu excessivo rigor punitivo) fizesse



cessar as constantes violações cometidas contra a população carcerária em suas unidades prisionais, no que tange a cuidados médicos e de saúde mental, por meio da redução da lotação prisional (SIMON, 2014).

### 3. Contornos conceituais básicos e alcance

Rodrigo Roig define o *Numerus Clausus* como um

sistema organizacional por meio do qual cada nova entrada de uma pessoa no âmbito do sistema carcerário deve necessariamente corresponder ao menos a uma saída, de forma que a proporção presos-vagas se mantenha sempre em estabilidade ou tendencialmente em redução (ROIG, 2018, p. 48).

Como **Ana Carolina Cândido** assinala, trata-se de formulação com dupla finalidade, pois busca a redução do número de presos e a adoção de uma política criminal destinada a evitar a construção de novos presídios (CÂNDIDO, 2017, p. 27).

Além disso, **Roig** propõe a concretização do princípio em tela associado à vedação da Administração Penitenciária transitoriamente transferir presos entre unidades prisionais com o fim de mascarar sua obrigatoriedade (ROIG, 2018, p. 49).

O autor salienta a pertinência de sua aplicabilidade pelo juiz das execuções penais, que deveria, de início, fixar duas saídas para cada entrada de presos, com o fim precípuo de estabilizar o número de condenados em cada estabelecimento prisional (Idem, ibidem).

Feito isso, tal autoridade jurisdicional passaria a fixar o número máximo de presos de cada estabelecimento prisional, ano a ano, mediante o auxílio de uma comissão que poderia ser composta pela Defensoria Pública, Ministério Público, Conselho Penitenciário, dentre outros integrantes, submetendo à homologação do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

O princípio *Numerus Clausus* pode assumir três feições: *preventiva*, *direta* e *progressiva*. Na primeira delas, denominada *preventiva*, enquanto não houver vaga, o sentenciado não entra no sistema de modo que, ou seria suspensa a execução da pena enquanto aguarda vaga, ou cumpriria sua pena em prisão domiciliar. Na segunda (*direta*), ocorreria o deferimento do indulto, da prisão domiciliar ou do livramento condicional, independentemente da sanção cominada na sentença condenatória. Por fim, segundo o sistema *progressivo*, a transferência ocorreria em cascatas, de modo que, entrando um preso no regime fechado, automaticamente, outro passaria para o semiaberto e, sucessivamente, outro para o aberto (OLIVEIRA, 2016).

O princípio do *Numerus Clausus* também não passa despercebido por autores estrangeiros consagrados, como **Luigi Ferrajoli**:

Há, além disso, uma medida, singular em aparência, que tornaria possível uma redução da superpopulação de nossas prisões: a previsão de uma sorte de *Numerus Clausus*, conforme o qual periodicamente – suponhamos que de ano em ano – os presos que estejam ainda cumprindo penas ou o restante de penas privativas de liberdade de menor duração deveriam ser destinados, no número que exceda a capacidade de nossas instituições carcerárias, a medidas alternativas à pena, como liberdade vigiada ou prisões domiciliares. Seria uma medida duplamente racional: uma espécie de indulto automático que poria fim ao tratamento desumano de todos os presos e serviria, ademais, para perdoar as privações de liberdade breves ou brevíssimas que, segundo resulta de todas as investigações criminológicas, não possuem nenhum sentido punitivo nem função preventiva. Porém, sobretudo, seria a única medida capaz de compatibilizar o tratamento carcerário com o princípio da dignidade das pessoas e com a proibição de tratamentos punitivos contrários ao sentido de humanidade estabelecidos pelos artigos 3º e 27 da Constituição (FERRAJOLI, 2014, p. 196).

Portanto, trata-se de uma proposição que busca combater a superlotação dos estabelecimentos prisionais, possibilitando o

cumprimento das Penas Privativas de Liberdade, em condições consentâneas com a proscricção de penas cruéis (o que coincide com os art. 5º, XLVII, “e”, CRFB/ art. 5.2, CADH), não ofensivas à dignidade da pessoa humana, fundamento da República.

### 4. Numerus Clausus: um desconhecido da execução penal brasileira contemporânea?

#### 4.1 O RE 641.320/RS e a Súmula Vinculante 56 do Supremo Tribunal Federal (2016)

O enunciado 56 das Súmulas Vinculantes define que “a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”.

Cuida-se da concretização do entendimento da Suprema Corte sobre a “questão penitenciária”, oriundo do RExt citado, decidido sob o rito de julgado representativo de controvérsia e sob repercussão geral. Ele teve como objeto a péssima gestão dos estabelecimentos prisionais brasileiros, em especial no tocante à prática disseminada de manutenção de condenados em regime penitenciário mais gravoso (v.g. fechado), em prejuízo do regime concretamente imposto na sentença condenatória (v.g. semiaberto), sob a justificativa pragmática e utilitária da falta de vagas no sistema.

Diante desse quadro, a Corte conferiu aos juízes de execução penal diversas atribuições no sentido de reduzir a superpopulação carcerária e adequar o cumprimento de pena privativa de liberdade em condições aviltantes à dignidade da pessoa humana, dentre elas, a saída antecipada do sentenciado ou imposição de prisão domiciliar, sob monitoração eletrônica, se porventura fosse verificada falta de vagas – o que se compraz com o princípio do *Numerus Clausus* –, bem assim a imposição de pena restritiva de direito e/ou estudo ao sentenciado que progredisse ao regime aberto.

Noutro giro, a decisão também contemplou mandamento de concretização de políticas públicas pelo Conselho Nacional de Justiça e pela Administração Penitenciária.

#### 4.2. O Habeas Corpus Coletivo 143.988/ES, STF, 2ª Turma (2019)

Esse importante julgado deu aplicabilidade ao *Numerus Clausus* no âmbito do sistema socioeducativo, inicialmente restringindo-se ao Espírito Santo e, posteriormente, por decisão do Relator, abarcando também os sistemas dos Estados do Ceará, Bahia, Pernambuco e Rio de Janeiro, além de se tornar paradigma para toda a Justiça Juvenil do país.

Em Agravo Regimental no HC 143.988, diante do quadro de superlotação verificado no estabelecimento Uninorte (Unidade de Internação Regional Norte), localizado em Linhares, o Relator, Min. Edson Fachin, em sede liminar, decidiu pela limitação do número de socioeducandos no patamar máximo de lotação de 119% (correspondente à lotação média nacional dos estabelecimentos em comparação ao número de vagas disponíveis).

Atualmente, com a lavra do voto do Min. Fachin, mantendo sua decisão liminar (inclusive, limitando ainda mais a lotação para a capacidade do estabelecimento), acompanhado dos votos dos demais Ministros da Turma, é possível firmar que, ao menos na 2ª Turma, o princípio *Numerus Clausus* foi reconhecido e implementado na Justiça Juvenil, sendo esta uma decisão paradigmática para se espalhar em todo o território nacional.

### 5. Numerus Clausus: um pilar fundamental da execução penal

Ao Direito de Execução Penal, na visão amplamente majoritária e predominante no Brasil, atribui-se o objetivo de “fazer cumprir o comando emergente da sentença penal condenatória ou absolutória imprópria” (MARCÃO, 2019, p. 29), sendo um ramo do Direito definido como “a fase processual em que o Estado faz valer a pretensão executória da pena, tornando efetiva a punição do agente e buscando a concretude das finalidades da sanção penal” (NUCCI, 2018, p. 16).



Nos termos em que é posto, o Direito de Execução Penal acaba não sendo mais do que um mero desdobramento jurídico-normativo de demandas (políticas) de criminalização, retoricamente limitado pelo viés de ressocialização, a que se deve simplesmente fazer cumprir, sem maiores reflexões ou questionamentos.

Ocorre que a eficácia irradiante dos Direitos Humanos e fundamentais, a partir da Constituição e dos Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos, passa a exigir da execução penal que ela seja desde suas bases, nos termos cunhados por **Oliveira**, "humanitariamente exequível" (2019, p. 576). Em que pese o autor referir-se ao encarceramento, é possível projetar esta ideia para a própria execução penal como um todo, tendo em vista a centralidade daquele para esta. Assim pensam autores contemporâneos como **Roig**,<sup>1</sup> **Giamberardino** e **Pavarini**,<sup>2</sup> **Valois**<sup>3</sup> e **Couto de Brito**; este último, em lição que sintetiza as demais, afirma:

(...)Todos os institutos ligados à Execução Penal devem ter como finalidade *diminuir os efeitos ou evitar as consequências danosas do cárcere*, o que significa, no mínimo, adotar dois pressupostos essenciais: 1) assegurar a máxima efetivação dos direitos humanos e 2) formular e aplicar institutos sempre voltados a diminuir a permanência do condenado na prisão. Nos moldes de uma execução construtivista da pena, deve-se procurar restabelecer as relações interpessoais entre os envolvidos (condenados, funcionários, técnicos, cidadãos livres) ainda que na condução desta finalidade se possa abrir mão de métodos rigorosos de "tratamento" (BRITO, 2016, p. 59).

Desse modo, não é mais aceitável (como, de fato, nunca foi) responder à crise (crônica e congênita) de efetividade constitucional e convencional no âmbito dos sistemas prisional e socioeducativo, traduzida na superlotação desses sistemas, com afirmações de senso comum – equivocadas – do tipo "prende-se porque se deve prender, e se prende muito porque há muitos crimes";<sup>4</sup> ou lógicas binárias do tipo "ou se soltam presos ou se constroem mais presídios" ("*release inmates or build prisons*").<sup>5</sup>

E tanto é assim que a Corte IDH, na medida provisional emitida no Caso Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, reconheceu que a situação de violação ao art. 5.2, CADH, que trata da vedação de penas cruéis e degradantes, tortura, maus tratos, simplesmente não podia aguardar a promessa de construção de novos estabelecimentos penitenciários por parte do Estado brasileiro (parágrafo 115), devendo o Estado se responsabilizar por simplesmente não admitir mais presos para além da capacidade ofertada (CORTE IDH, 2017, p. 22). Recentemente, no RHC 136.961/RJ, a 5ª Turma do STJ, inclusive, assegurou efetividade à determinação da Corte, decidindo pelo cômputo em dobro de todo o período em que o paciente cumpriu pena naquele estabelecimento, por ser pena degradante e desumana.

## 6. Considerações finais

É urgente desconstruirmos o mito de uma execução penal (em sentido amplo, abarcando-se penas e medidas, presos e internos) pensada e praticada com vistas a uma idealizada sociedade de "delinquência zero", irrealizável, inviável e extremamente questionável não apenas desde o plano jurídico, mas, sobretudo, desde o plano moral e ético. Assim, a execução penal deve ser, primeiro, estruturada em função da garantia dos direitos dos presos e, em segundo lugar, em função das limitações operacionais e normativas do sistema penitenciário e socioeducativo.

Reconhecer e viabilizar ao preso, adulto ou adolescente, o direito de cumprir sua pena ou medida em estabelecimento minimamente adequado (ou seja, no mínimo, sem superlotação), porque isso é cumprir a LEP, o ECA, a Lei do SINASE, a Constituição e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos não deveria ser tabu, motivo de chacota ou menosprezo por parte dos operadores do sistema de justiça criminal. Antes, deveria ser o elemento basilar de qualquer política penitenciária racional – e, portanto, de um Direito de Execução Penal alinhado a esses parâmetros normativos, deontologicamente firme e empiricamente sensível à realidade punitiva subjacente.

## Notas

<sup>1</sup> Orienta Rodrigo Roig: "Surge daí a tese central da teoria redutora de danos na execução penal, aqui defendida: a existência de um autêntico dever jurídico-constitucional de redução do sofrimento e da vulnerabilidade das pessoas encarceradas, sejam elas condenadas ou não" (2018, p. 28).

<sup>2</sup> Em citação: "Desde o prisma normativo, o tratamento penitenciário é regido pelo princípio da legalidade e inspirado por princípios de humanidade e respeito à dignidade humana. Não há outra compreensão legítima possível do "tratamento" senão aquela que o defina como *limite legal ao poder exercido pela autoridade administrativa sobre os presos* em seu cotidiano (grifo dos autores). Logo, as normas sobre o tratamento penitenciário assinalam *direitos* por parte de quem está, naquele período, privado legalmente de sua liberdade de locomoção" (PAVARINI; GIAMBERARDINO, 2018, p. 221).

<sup>3</sup> Na percepção de Valois: "A tendência em considerar a execução penal como um mero processo esconde o ser humano que está por trás, como objeto, mas que devia ser sujeito desse procedimento. O processo de execução penal é meio, e não fim, e deve servir para a garantia dos direitos inerentes à vida carcerária" (VALOIS, 2012, p. 113).

<sup>4</sup> Afirmações de senso comum que, como se sabe, não possuem qualquer esteio na realidade, já que não existe relação de causalidade entre "criminalidade" (infrações penais registradas) x encarceramento, nem mesmo entre este e as infrações mais graves, como suficientemente demonstrado em Stemen (2017). Ratificando esta constatação, desde o Brasil, Carvalho (2010, p. 46).

<sup>5</sup> Slogan adotado por republicanos da Flórida nos anos 80 no âmbito de debates e propostas para o superencarceramento que viveu aquele estado americano durante o período (SCHOENFELD, 2018, p. 219).

## Referências

BRITO, Alexis Couto de. Fundamentos e limites da execução penal no Estado Democrático de Direito. *Delictae*, v. 1, n.1, p. 50-95, jul./dez. 2016.

CÂNDIDO, Ana Carolina D'Avanzo de Oliveira. *Sistema prisional brasileiro sob a perspectiva de gênero*: invisibilidade da mulher encarcerada. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas de Ourinhos, Ourinhos, 2017.

CARVALHO, Salo de. *O Papel dos Atores do Sistema na Era do Punitivismo* (o exemplo privilegiado da aplicação da pena). Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos*: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

LYRA, Roberto. Justificação do anteprojeto de código das execuções. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 3-54, jul./set. 1963.

MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Execução Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OLIVEIRA, Antonio Carlos Moni de. Progressão de Regime Per Saltum e falta de vagas: qual ilegalidade é mais ilegal? *Revista dos Tribunais*, v. 963, p. 309-321, jan. 2016.

OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de. Existe um direito fundamental à ressocialização? In: CAVALCANTI, Fabiane da Rosa; FELDENS, Luciano; RUTTKE, Alberto. *Garantias penais*:

estudo alusivo aos 20 anos de docência do professor Alexandre Wunderlich. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2019, p. 549-576.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. *Curso de penologia e execução penal*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Um princípio para a execução penal: *numerus clausus*. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 15, p. 104-120, jan./abr. 2014.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal*: teoria crítica. São Paulo: Saraiva, 2018.

SCHOENFELD, Heather. *Building the prison state: race & the politics of mass incarceration*. Chicago, Londres: The University of Chicago Press, 2018.

SIMON, Jonathan. *Mass Incarceration on Trial*: a remarkable court decision and the future of prisons in America. New York: The New Press, 2014.

STEMEN, Don. The Prison Paradox: More Incarceration Will Not Make Us Safer. Nova Iorque: *Vera Evidence Brief*, jul. 2017. Disponível em: [https://www.vera.org/downloads/publications/for-the-record-prison-paradox\\_02.pdf](https://www.vera.org/downloads/publications/for-the-record-prison-paradox_02.pdf). Acesso em: 14 jul. 2020.

VALOIS, Luís Carlos. *Conflito entre ressocialização e princípio da legalidade penal*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

# ANTECIPAÇÃO DE ATRIBUIÇÃO DE CULPA E A DIMENSÃO EXTRAPROCESSUAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

ANTICIPATED ATTRIBUTION OF GUILT AND EXTRAPROCEDURAL DIMENSION OF THE PRESUMPTION OF INNOCENCE

**Roger Machado**

Mestre em Ciências Criminais na PUC/RS. Pós-graduado em Direito Penal Econômico pelo IBCCRIM/IDPEE-Coimbra e em Direito Penal e Processo Penal pela UNISINOS. Associado ao IBCCRIM. Assessor de gabinete no Ministério Público Federal.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4639811731843828>

ORCID: 0000-0002-7530-0249

[roger\\_rm@outlook.pt](mailto:roger_rm@outlook.pt)

**Resumo:** O presente artigo defende a incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro e a efetiva promoção da dimensão extraprocessual da presunção de inocência. Procura demonstrar que essa dimensão é uma projeção do princípio como exigência constitucional e convencional de tratamento. Analisa, por fim, o art. 38 da Lei 13.869/2019, com a recente criminalização da atribuição antecipada de culpa, introduzindo no ordenamento brasileiro uma proteção penal que aparentemente reconhece a autonomia da dimensão extraprocessual, mas ainda apresenta incongruências com a amplitude do direito-garantia mencionado.

**Palavras-chave:** Presunção de inocência - Dimensão extraprocessual - Investigação - Atribuição antecipada de culpa.

**Abstract:** This article defends the incorporation to Brazilian legal order and the effective promotion of the extraprocedural dimension of the presumption of innocence. It aims to demonstrate that this dimension is a projection of the principle as conventional and constitutional exigence of treatment. Lastly, it analyses article 38 of the Law 13.869/19, which includes the recent criminalization of the anticipated attribution of guilt, introducing in the Brazilian legal order a penal protection that apparently recognizes the autonomy of the dimension extraprocedural, but still presents incongruities with the amplitude of the right-guarantee mentioned.

**Keywords:** Presumption of innocence - Extraprocedural dimension - Investigation - Anticipated attribution of guilt.

## 1. A presunção de inocência como exigência constitucional e convencional de tratamento – dimensão extraprocessual

O princípio da presunção de inocência está alojado no art. 5º, LVII, CF/88 e também no art. 8º, 2, da CADH e no art. 14, 1, do PIDCP, tratados internacionais a que o Brasil aderiu. Embora não haja uma unanimidade, pode-se afirmar que a doutrina e a jurisprudência nacionais desenvolvem o tema a partir de uma tríplice projeção, a saber, como norma de tratamento, como norma probatória e como norma de juízo.<sup>1</sup> Para os fins deste artigo importa apenas a primeira dimensão, que diz respeito ao tratamento do suspeito/indiciado/acusado.

Em seu aspecto endoprocessual, o estado de inocência destina-se aos agentes oficiais e significa uma regra de tratamento a exigir que o acusado não seja tratado como culpado nem como objeto do processo. As restrições de direitos do acusado devem se pautar pela justificação fática e jurídica e pela legalidade, não sendo admitida qualquer prática que culmine na antecipação de um juízo de culpa. Engloba os atos de investigação e todos os demais atos capazes de atingir o suspeito ou acusado durante o processo (GIACOMOLLI, 2015, p. 106-109).

Por sua vez, a exigência constitucional e convencional de tratamento em seu caráter extraprocessual extrapola os limites patrimoniais e de liberdade física para abarcar também uma projeção que reflete na honra e na dignidade humana, bem como no devido processo, direitos cujo respeito traduz uma necessária preservação da condição jurídica de inocente que, essencialmente, não veda um grau de suspeita, mas deve impedir os juízos antecipados de culpa sobre qualquer pessoa, sejam eles emitidos por autoridades públicas atuantes na investigação ou no processo, ou pronunciados por outros agentes estatais (projeção vertical), podendo abranger, não sem polêmicas, nesse caso, até mesmo os meios de comunicação que eventualmente não observem os ditames do princípio da inocência (projeção horizontal).

A necessidade de promoção de uma projeção extraprocessual da norma de tratamento tem sido cada vez mais necessária diante da infundável quantidade de notícias e coberturas midiáticas sobre casos criminais na atualidade. A questão gravita em torno dos chamados juízos paralelos e sua (in)compatibilidade com a presunção de inocência.

Como observa **Ovejero Puente**, as transgressões mais significativas ao princípio da presunção de inocência atualmente estão conectadas com os juízos midiáticos (PUENTE, 2017, p. 11).

Por isso mesmo é que parte da doutrina vem reivindicando a promoção dessa perspectiva do direito-garantia mencionado. **Lopes Jr.**, por exemplo, afirma que o dever de tratamento também opera no plano externo, como vedação de publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu, o que

significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência (LOPES JR, 2020, *E-book*).

Como refere **Giacomolli**, o fato de pender investigação ou Processo Penal não retira da pessoa “a integralidade do *status* que lhe confere o estado de inocência, motivo por que não se admite qualquer estigmatização em face da imputação (tratamento externo), de uma sentença sem o trânsito em julgado ou mesmo de uma sentença absolutória ou extintiva da punibilidade”, razão pela qual há de se entender a estigmatização como fenômeno que afasta a inocência em sua plenitude (GIACOMOLLI, 2015, p. 106).

A presunção de inocência como norma de tratamento de caráter extraprocessual tem amparo em tratados internacionais a que o Brasil aderiu, sobretudo na CADH e nas decisões da **Corte IDH**. Trata-se

de uma dimensão mais elástica e externa ao procedimento, vedando manifestações públicas de agentes estatais que explicitamente emitem juízos incriminatórios contra alguém por meio de canais de comunicação ou, de modo geral, por meios de divulgação e propagação de informações, ou seja, a exigência de que o Estado não condene informalmente uma pessoa ou emita um juízo perante a sociedade, contribuindo para a formação de uma opinião pública, enquanto não tenha uma comprovação legal da culpa dessa pessoa (CORTE IDH, 2004; 2013).

Para a **Corte IDH** há uma evidente distinção entre o que é uma declaração pública de informações sobre um caso criminal com uma suspeita sobre alguém e a opinião emitida com claro juízo de culpa sobre a pessoa envolvida, mesmo quando não se tenha uma comprovação de culpa por sentença definitiva (CORTE IDH, 2013).

Em síntese, nada obsta que as autoridades públicas venham a prestar as devidas informações sobre investigações criminais, mas é preciso que, cientes de sua condição de garantidoras dos direitos fundamentais dos cidadãos, façam-no de modo discreto, cauteloso, a fim de realizar o direito à informação da sociedade e ao mesmo tempo preservar o direito à presunção de inocência do suspeito (CORTE IDH, 2013).

Portanto, a previsão constitucional, convencional e as decisões da **Corte IDH** acerca da presunção de inocência conformam uma exigência constitucional e convencional de tratamento, que deve ser incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro em razão da cláusula de abertura do art. 5º, §§ 2º e 3º da CF/88 e do dever de controle de convencionalidade a que estão sujeitos os órgãos judiciais brasileiros.<sup>2</sup>

## **2. Art. 38 da Lei 13.869/19 (Abuso de Autoridade)**<sup>3</sup>

Para os fins deste artigo, afirmamos que a presunção de inocência em sua dimensão extraprocessual impede a manifestação pública de agentes estatais sobre o mérito de caso penal e, em específico, quanto à atribuição de culpa de determinado crime a alguém ainda não julgado definitivamente pelo juiz competente. Mas, mais ainda: ela deve ser também uma garantia contra comportamentos de agentes estatais que, a despeito de não emitirem expressamente opiniões sobre casos em andamento, atuam clandestinamente para fabricar versões prejudiciais ao acusado, veiculadas de formas diversas por meios de comunicação em massa, sejam órgãos convencionais de imprensa, sejam redes sociais.

A primeira expressão mencionada, a vedação de prejulgamentos, como visto, conta com amplo respaldo da jurisprudência da **Corte IDH** e encontra posicionamento semelhante no TEDH, recordando-se, inclusive, a regulamentação mais adiantada da matéria no âmbito da União Europeia, com a Diretiva 2016/343/EU,<sup>4</sup> que acolheu o conteúdo de importantes julgamentos anteriores do mencionado Tribunal.

A matéria recebeu atenção especial por parte do legislador brasileiro, incorporando na nova Lei de abuso de autoridade (13.869/19, de 05 de setembro de 2019) um tipo específico no art. 38, prevendo como crime (de menor potencial ofensivo) antecipar o responsável pelas investigações, por meio de comunicação, inclusive rede social, atribuição de culpa, antes de concluídas as apurações e formalizada a acusação – o artigo foi inicialmente vetado sob o argumento de que afrontava o princípio da publicidade, mas posteriormente promulgado em 27 de setembro de 2019.<sup>5</sup>

Trata-se de erigir a inocência ao posto de bem jurídico penal (STRECK; LORENZONI, 2020, p. 189), ainda que a nosso ver a proteção tendencialmente dispensada pelo artigo possa se revelar insuficiente. A tipificação da conduta é um reconhecimento de que a matéria merece maior reflexão e já não se pode confinar a presunção de inocência ao estreito campo do Processo Penal, enquanto o Processo Penal e principalmente os fatos e as pessoas nele implicadas tornam-se cada vez mais atraentes para os meios de comunicação e para as redes sociais.

## **2.1 Antecipação de atribuição de culpa**

O dispositivo tem o aspecto salutar de prever expressamente a impossibilidade de qualquer atribuição de culpa a alguém antes de concluída a investigação e formalizada a denúncia ou queixa-crime. Pelo menos durante a tramitação do inquérito ou do procedimento investigatório, a norma tem aplicabilidade e já se mostra como um incremento importante se comparado ao cenário anterior à nova legislação.

Aliás, a ideia de publicidade em pouco ou nada é afetada pela vedação de prejulgamentos, posto que são públicas as informações processuais, quando não limitadas a outros impedimentos legais, enquanto o que torna os prejulgamentos inconstitucionais e inconvencionais por violência ao princípio da presunção de inocência é essencialmente a sua emanação em momento e espaço inadequado do ponto de vista legal, constitucional e convencional.

Por isso, inclusive, não faz sentido a manifestação da Presidência da República ao vetar o dispositivo. Afirmara então que a comunicação de determinadas ocorrências, notadamente as sexuais ou que violam direitos de crianças e adolescentes, podem facilitar ou importar em resoluções de crimes. Há uma nítida confusão entre prestação de informações e antecipação de juízos de culpa ou de divulgações (quando não fabricações) de elementos que vão paulatinamente formatando uma única hipótese narrativa possível contra pessoas, gerando um cenário de provável inclinação da opinião pública(da) contra os afetados, ainda que à margem do devido processo legal e diante de possibilidades absolutamente desiguais de manifestação pública sobre o assunto.

**Streck e Lorenzoni** (2020, p. 188) advertem, a propósito, que não se deve confundir “o âmbito pessoal do agente público com o âmbito institucional do cargo público”, sob pena de se atribuir um sentido errôneo ao princípio que busca dar transparência às informações institucionais, considerando inadmissível que um cidadão que exerça cargo público antecipe, por meio de comunicação, atribuição de culpa a alguém nas condições do tipo penal.

De fato, ainda que o agente público possa ter suas próprias opiniões, o que se exige é que não se utilize do cargo público ou da dignidade que o cargo lhe empresta para catapultar suas projeções pessoais a respeito de um determinado caso criminal, como se representassem a posição institucional do Estado em detrimento das pessoas afetadas.

## **2.2 Marco temporal escolhido pelo legislador**

A proibição de antecipação de juízos de culpa foi, de fato, incorporada ao recente art. 38 da Lei 13.869/19, mas em menor extensão do que propomos, delimitando a possibilidade de consumação do crime ao período das investigações, posto que, após a formalização da acusação, as violências à presunção de inocência tornam-se, do ponto de vista penal, atípicas.<sup>6</sup>

O marco temporal eleito pelo legislador é suscetível de questionamento. A começar pelo fato de que a presunção de inocência estende seus efeitos até o trânsito em julgado da sentença condenatória e não até a formalização da acusação.<sup>7</sup> Assim, deixa a descoberto, por exemplo, o comportamento de julgadores que emitem opiniões e se portam de forma bélica em relação ao princípio da presunção de inocência, revelando desprezo pela projeção extraprocessual do princípio, ao manifestarem-se publicamente, de forma direta ou dissimulada, em favor da antecipação de responsabilidade penal de pessoas processadas.

## **2.3 Sujeito ativo do delito**

O tipo restringe excessivamente a abrangência da norma incriminadora, deixando de alcançar a generalidade dos agentes públicos, deixando de alcançar a generalidade dos agentes públicos, circunscrevendo-se ao “responsável pelas investigações”.<sup>8</sup> Mas mesmo aí a redação é pouco elucidativa. Será apenas o delegado de polícia encarregado da investigação? O membro do Ministério Público também será afetado? Todos os agentes envolvidos na investigação são igualmente submetidos à legislação, ainda que



não presidam o inquérito (art. 2º, Lei 12.830/13) ou o procedimento investigatório criminal (arts. 26 da Lei 8.625/93, 8º da LC 75/93 e art. 1º da Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público)?

Há quem defenda a possibilidade de que a norma alcance qualquer agente de alguma forma envolvido nas investigações, inclusive superiores hierárquicos, como os Procuradores-Gerais de Justiça, Procurador-Geral da República, diretores de polícia e até o magistrado responsável pelas medidas da fase de investigação.<sup>9</sup>

Discordamos no que se pretende incluir entre os “responsáveis pela investigação” também o juiz. A nosso ver, quanto mais se exige uma estrutura acusatória para o sistema processual e de investigação, mais afastado fica o juiz da função de responsável pelas investigações. Cabe ao juiz hoje, e posteriormente com o juiz das garantias, o papel de garantidor de direitos. Sob esse aspecto, as opções teóricas exigem coerência. Ou é responsável pelas investigações e não é juiz, ou é juiz e não responsável pelas investigações. De outro lado, reconhecemos que num cenário de confusões funcionais e de invasões indevidas no espectro de atuação de outros agentes públicos, não se deverá beneficiar “juízes investigadores”, afastando a aplicação da norma penal a pretexto de um compromisso teórico ignorado justamente por quem pratica as ilegalidades.

Desse modo, com a redação atual do art. 38, é conveniente que seja entendido como responsável pela investigação apenas a autoridade

policial que conduz a investigação e/ou o membro do Ministério Público, que atua no inquérito policial ou preside investigação ministerial própria.

No entanto, o espectro de abrangência da dimensão extraprocessual da presunção de inocência é mais amplo do que sugere o tipo do art. 38 e permite o alargamento das hipóteses de sujeito ativo, alcançando, por exemplo, também membros dos Três Poderes, desde que por alteração legislativa, porque, em matéria de enquadramento legal em norma incriminadora, não se há de optar, no âmbito estrito das interpretações de tipos penais, por soluções extensivas.

### Considerações finais

O art. 38 da Lei de Abuso de Autoridade incorpora ao ordenamento o reconhecimento da dimensão extraprocessual da presunção de inocência, mas ainda merece reparos para dar maior abrangência à proteção penal, notadamente para se estender até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória e abarcar uma possibilidade de autoria mais ampla, não circunscrita ao responsável pela investigação, mas alcançando outras autoridades públicas.

Esses ajustes legais ao tipo penal repercutiriam fielmente o conteúdo eficaz da presunção de inocência, notadamente o resultante do diálogo constitucional e convencional, que fornece substrato normativo suficiente às melhorias aqui propostas.

### Notas

- 1 Para uma exposição detalhada dessas dimensões, v. MORAES, 2010, p. 424-480; GIACOMOLLI, 2015, p. 102-120; GOMES FILHO, p. 35-48; GOMES, 2012, v. 1.
- 2 O controle de convencionalidade é forma de examinar a conformação vertical das normas de direito interno aos tratados internacionais de direitos humanos (mais benéficos) e à jurisprudência formulada pelas Cortes Internacionais competentes. No Sistema Interamericano o exercício primário dessa função pelos órgãos judiciais domésticos pressupõe conhecimento da norma internacional, de seu conteúdo eficaz e da compreensão dada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sobre o tema, conferir MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Controle Jurisdicional da convencionalidade das leis. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. *E-book*. Disponível em: <https://ler.amazon.com.br/?asin=B07GBGMYK>. Acesso em 18 fev. 2021.
- 3 BRASIL. Lei nº 13.869, de 05 de setembro de 2019. (Lei de Abuso de Autoridade). Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13869.htm). Acesso em 19 mai. 2021.
- 4 CONSELHO DA EUROPA. Diretiva (UE) 2016/343 do Parlamento Europeu e do

- Conselho, de 09 de março de 2016. (Reforço de certos aspetos da presunção de inocência e do direito de comparecer em julgamento em processo penal). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016L0343>. Acesso em 10 mai. 2020.
- 5 V. Mensagem da Presidência da República nº 406, de 5 de setembro de 2019. Disponível em: Mensagem nº 406 (planalto.gov.br). Acesso 12 jan. 2021.
  - 6 No mesmo sentido, v. SIMANTOB, 2020, p. 174.
  - 7 Crítica similar à nossa é feita por MARQUES, Gabriela; MARQUES, Ivan. A nova lei de abuso de autoridade. Lei 13.869/2019 comentado artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. Consulta em base de dados *on line* da RT. Disponível em: <https://bit.ly/3ideo5L>. Acesso em 14 jan. 2021.
  - 8 Trata-se de um delito formal próprio, segundo STRECK; LORENZONI, op. cit., p. 189; ou crime de mão própria, segundo SIMANTOB, Fabio Tofic, op. cit., p. 173; crime próprio, segundo MARQUES, Gabriela; MARQUES, Ivan, op. cit.
  - 9 SIMANTOB, Fabio Tofic, op. cit., p. 173.

### Referências

- BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição Federal. Texto compilado até a Emenda Constitucional nº 112 de 27/10/2021. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/quadro\\_emc.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/quadro_emc.htm). Acesso em 12 nov. 2021. BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017. Disponível em: <https://www.cnpmp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>. Acesso em 12 nov. 2021.
- BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm). Acesso em 14 fev. 2021.
- BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm). Acesso em 14 fev. 2021. BRASIL. Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: [L8625 \(planalto.gov.br\)](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1993/L8625.htm). Acesso em 14 fev. 2021.
- BRASIL. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: [Lcp75 \(planalto.gov.br\)](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm). Acesso em 14 fev. 2021.
- BRASIL. Lei nº 13.869, de 5 de setembro. (Lei dos Crimes de Abuso de Autoridade). Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13869.htm). Acesso em 12 nov. 2021. BRASIL. Lei nº 12.830, de 20 de junho. (Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia). Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12830.htm). Acesso em 12 nov. 2021.
- CORTE IDH. Caso Ruano Torres y otros vs El Salvador. Sentencia fondo, reparaciones y costas, de 05 de octubre de 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3iqsa3B>. Acesso em: 26 jun 2020.
- CORTE IDH. J. vs Peru. Sentença de 27 de novembro de 2013. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_275\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_275_esp.pdf). Acesso em: 26 out 2021.
- Corte IDH. Lori Berenson Mejía vs Peru. Sentença de 25 de novembro de 2004. Disponível em:

- [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_119\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_119_esp.pdf). Acesso em: 26 out 2021.
- CONSELHO DA EUROPA. Diretiva (UE) 2016/343 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 09 de março de 2016. (Reforço de certos aspetos da presunção de inocência e do direito de comparecer em julgamento em processo penal). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016L0343>. Acesso em 11 nov. 2021.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2015.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- GOMES, Luiz Flávio. Sobre o conteúdo tridimensional do princípio da presunção de inocência. In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. (org). *Doutrinas Essenciais*. Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, v. 1.
- LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-book*.
- MARQUES, Gabriela; MARQUES, Ivan. *A nova lei de abuso de autoridade*. Lei 13.869/2019 comentado artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle Jurisdicional da convencionalidade das leis*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. *E-book*.
- MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- PUNTE, Ana María Ovejero (Ed). *Presunción de inocencia y juicios paralelos en derecho comparado*. III Sesión del Observatorio de la Presunción de inocencia y los juicios paralelos. Instituto de Derecho Público Comprado de la Universidad Carlos III de Madrid. Madrid: Tirant Lo Blanch, 2017.
- SIMANTOB, Fabio Tofic. Comentários ao art. 38 da Lei de Abuso de Autoridade. In: BADARÓ, Gustavo Henrique; BREDI, Juliano. (Org). *Comentários à Lei de Abuso de Autoridade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- STRECK, Lenio Luiz; LORENZONI, Pietro Cardia. *Comentários à nova lei de abuso de autoridade*. Artigo por artigo. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

Recebido em: 24.05.2021 - Aprovado em: 16.10.2021 - Versão final: 17.11.2021

# O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E O CRIME CONTINUADO

THE NON-CRIMINAL PROSECUTION AGREEMENT AND CONTINUED CRIME

## Alex Feitosa de Oliveira

Doutorando em ciências jurídico-criminais pela Universidade de Coimbra.  
Professor do Centro Universitário Unifanor. Defensor Público Federal.  
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9335143278148497>  
ORCID: 0000-0003-3768-0698  
[alexfeito@gmail.com](mailto:alexfeito@gmail.com)

## Rafael Ribeiro Meireles

Pós-graduando em Direito Penal e Processo Penal pela Unifor. Advogado.  
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6434910066934155>  
ORCID: 0000-0002-2455-2534  
[rafaelribeiromeireles22.rr@gmail.com](mailto:rafaelribeiromeireles22.rr@gmail.com)

**Resumo:** O Acordo de Não Persecução Penal foi introduzido no Código de Processo Penal brasileiro pela Lei 13.964/19, tendo como requisito para a sua propositura a ausência de elementos probatórios que indiquem a presença de conduta criminal habitual, reiterada ou profissional. A problemática que a presente investigação pretende aclarar se trata em buscar definir de que tipo de agente o legislador quis obstar o acordo ao prever tais termos imprecisos e, principalmente, a saber se estes abrangem o crime continuado, a partir de uma interpretação teleológica-axiológica da Lei 13.964/19, da análise de jurisprudência pretérita sobre temas correlatos, bem como de direito comparado.

**Palavras-chave:** Justiça negocial - Acordo de Não Persecução Penal - Continuidade delitiva.

**Abstract:** The Non-Criminal Prosecution Agreement was introduced in the Brazilian Criminal Procedure Code by Law 13.964/19, having as a requirement for its proposition the absence of proof elements that indicate the presence of habitual, repeated or professional criminal conduct. The problem that the present investigation intends to clarify is the attempt to define the type of agent the legislator wanted to obstruct the agreement by providing such imprecise terms and, mainly, to know if these include the continued crime, based on an interpretation teleological-axiological of the Law 13.964/19, the analysis of past jurisprudence on related topics, as well as comparative law.

**Keywords:** Business justice - Non-Criminal Prosecution Agreement - Criminal continuity.

## 1. Notas Introdutórias

A Lei 13.964/19, denominada de Pacote Anticrime, introduziu o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) na legislação processual penal brasileira, inserindo sua disciplina normativa no art. 28-A do Código de Processo Penal, figura jurídica antes prevista a nível infralegal na Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público.<sup>1</sup>

O instituto reflete uma alternativa consensual para a solução do conflito penal, ideia que avança no Brasil e tem sido a opção legislativa nos últimos anos,<sup>2</sup> que ganha força a partir da constatação da falha das penas tradicionais aplicáveis, especialmente pela crítica que aponta o declínio de legitimidade da pena de prisão (CARVALHO, 2010).

Trata-se de acordo entre o Ministério Público e o investigado, no qual ambos renunciam à eventual chance de êxito em um processo criminal, ficando a cargo do investigado cumprir as condições previstas no *caput* e incisos I a V do Art. 28-A do CPP. A legislação estabelece requisitos de natureza objetiva e subjetiva, além da confissão circunstanciada e formal para a propositura do benefício, como, por exemplo, que a pena mínima do delito seja inferior a 4 (quatro) anos, consideradas as causas de aumento e de diminuição.

Ocorre que, até pelo pouco tempo de vigência da norma que inaugurou o ANPP, muitas questões deverão ser interpretadas pelos tribunais e, dentre estas – objeto de análise deste ensaio – pode ser citada a previsão da vedação ao benefício em caso de existirem “elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional” (BRASIL, 2019), conforme preceitua o §2º, inciso II, do art. 28-A do CPP. Nota-se, de antemão, tratar-se de causa

impeditiva, que dá ampla margem de interpretação ao hermenauta, especialmente por expressar conceitos não determinados pela legislação.

Neste contexto, este texto destina-se a delimitar o espectro de incidência destes termos e, principalmente, a saber se o enquadramento típico de uma pluralidade de fatos criminosos no instituto da continuidade delitiva, previsto no art. 71 do CP,<sup>3</sup> pode ser considerado hipótese de subsunção às referidas hipóteses vedadoras do benefício.

## 2. Da diferença entre crime continuado e criminoso habitual/reiterado/profissional

Antes de adentrar no propósito que se busca, é de salutar importância que se procure delimitar a abrangência do que seja conduta criminal habitual, reiterada e profissional, diferenciando tais termos do instituto do crime continuado.

Em relação ao conceito de crime continuado, Prado (2019) afirma ser uma “ficção construída para impedir, em determinados casos, a aplicação das regras do concurso real ou material”.

Tal ideia de abrandamento da pena possui raízes históricas desde a sua criação, na Itália, atribuída de forma controversa a Bartolo Sassoferrato (1314-1357), que trabalhou na unificação de diferentes crimes unidos pelo fato de se perseguir o mesmo objetivo. O instituto tinha o objetivo inicial de evitar a pena de morte prevista pelo *statuto della Valsassina*, de 1343, imposta ao agente que praticasse o seu terceiro furto (LATOURE, 2016).

Como a consequência do reconhecimento da continuidade delitiva é a aplicação da pena de um único crime, acrescida de um sexto a

dois terços, nota-se, então, que o legislador pátrio, ao trabalhar as consequências da continuidade delitiva, corroborando sua origem, por opção de política criminal, decidiu abrandar a pena aplicada, o que conduz à ideia de que o instituto é utilizado como forma de benefício ao apenado.

Já sobre a conduta criminal habitual e profissional, **Messias** (2020) define que Conduta criminal habitual consiste na já conhecida habitualidade criminosa. É o meio de vida criminoso desenvolvido pelo agente, a característica da pessoa dada à prática de delitos. [...] Por fim, conduta criminal profissional define o agente que, como ofício ou profissão, pratica crimes repetidamente.

Embora se referindo a casos de sonegação de tributos ou créditos previdenciários, **Pacelli e Callegari** (2020) discorrem que, havendo seguidas reiterações da conduta criminosa, a habitualidade se configura de maneira subsidiária à continuidade delitiva, podendo incidir o benefício desta última no caso de haver um mesmo contexto fático que justifique a reiteração habitual da conduta, dando, como exemplo, dificuldades financeiras durante o período de sonegação. Por sua vez, **Mirabete** (2021) define o criminoso habitual como sendo aquele que faz do crime uma profissão, defendendo que este está excluído do benefício do crime continuado. Tal ideia se assemelha com a configuração dada por **Ferri** (1892), que define o "criminoso habitual" ou "profissional" como o indivíduo que adotou a prática de crimes em série como uma *vera professione*.

Ainda, ante a falta de definição legislativa dos termos, é válido nos socorrermos do Direito Processual Penal italiano, que, conforme **Lopes** (2021), possui modelo *civil law* similar ao ordenamento brasileiro e é paradigma em termos de orientação doutrinária, jurisprudencial e legislativa. A importação ganha relevância já que o Pacote Anticrime importou a vedação contida no art. 4411-bis do Código de Processo Penal Italiano (ITÁLIA, 1988), que afasta a justiça negocial<sup>4</sup> dos declarados "criminosos habituais, profissionais e de tendência, ou reincidentes". Ocorre que, diferentemente da legislação brasileira, a Itália possui previsão legal expressa que define tais termos (art. 102, 103 e 105 do Código Penal Italiano), tratando-os como situações mais gravosas do que a reincidência e em nada possuindo relação com a ideia de crime continuado, que está previsto no art. 81 do Código Penal Italiano e possui conceito similar com o do nosso ordenamento.<sup>5</sup>

Com a similitude dos ordenamentos, o ponto fulcral que devemos seguir do modelo italiano é o de que o crime continuado não deve se confundir com as hipóteses de vedação do acordo benéfico, devendo ser inserido na análise do cálculo da pena concreta para verificar a possibilidade do acordo pela pena máxima permitida.<sup>6</sup>

Nota-se, afinal, que, em todos os caminhos conceituais apresentados para "conduta criminal habitual, reiterada ou profissional", há clara divergência com a conceituação de crime continuado. Ademais, os próprios contornos da opção legislativa de positivar o crime continuado, instituto favor rei criado para abrandar a pena, conflita com a opção legislativa de recrudescimento ao delimitar a vedação do ANPP para as situações de habitualidade, reiteração ou profissionalismo.

Em verdade, errou o legislador, ao permitir que o órgão acusador afaste o princípio da presunção de inocência com lastro em meros indícios, já que estaria obstando o benefício antes mesmo de iniciada a ação penal e, conseqüentemente, recrudescendo a busca punitiva ao não reincidente, que já é incrementada na situação de continuidade delitiva (MACRUZ; HAUG, 2019).

Pelo exposto, vê-se que os conceitos de conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, não devem abarcar a ideia de crime continuado,<sup>7</sup> o que está em consonância com a jurisprudência

pátria – afinal, já foi reconhecida a impossibilidade de aplicação da continuidade delitiva quando há habitualidade ou reiteração criminosa.<sup>8</sup>

### 3. Da possibilidade de propositura do ANPP em caso de crime continuado

O fato de o crime continuado não estar abrangido pelas vedações do §2º, inciso II, do Art. 28-A do CPP, já viria a tornar possível a propositura do ANPP na hipótese de sua configuração por força do princípio da legalidade. Outrossim, outros argumentos reforçam esta ideia. Entre eles, a interpretação teleológica-axiológica da norma que introduziu o novo instituto negocial.

De fato, o intuito da nova legislação foi o de fomentar o princípio da subsidiariedade do Direito Penal. Por esta razão, optou-se por abarcar a maior parte dos tipos penais previstos no ordenamento como passíveis de resolução pela via negocial, excluindo desta possibilidade os verdadeiramente de maior gravidade, como os praticados com violência ou grave ameaça, ou que possuam pena mínima igual ou superior a 4 anos.

Neste sentido, o limite de pena mínima escolhido pelo legislador para o cabimento do benefício não foi por acaso, pois coincide com o *quantum* exato, que veda a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44, I, CP). Ou seja, ao que parece, o legislador quis possibilitar a justiça negocial para os crimes passíveis de substituição da pena por penas restritivas de direitos, tese que se reforça pela semelhança dos demais requisitos dos dois institutos. Nota-se que ambos vedam o cabimento a crimes com violência ou grave ameaça e também possuem uma cláusula aberta, que condiciona o cabimento à análise da reprovação do crime (art. 44, III, CP e art. 28-A, *caput*, CPP).

Somando esta análise à premissa de que uma condenação por crime continuado pode gerar uma pena passível de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, acredita-se que a norma deve ser interpretada no sentido de não elencar a continuidade delitiva no rol de impedimentos ao Acordo de Não Persecução Penal.

Ademais, o uso pelo legislador da possibilidade de propositura do acordo, "desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime" no *caput* do art.28-A do CPP, parece ser o de obstá-lo para hipóteses de elevada culpabilidade do agente, o que não necessariamente se reflete na hipótese de continuidade delitiva. Portanto, analisando o contexto exposto, parece que, ao não inserir o crime continuado expressamente no §2º, inciso II, do art. 28-A do CPP, o legislador sugere que a "conduta criminal habitual" e a "reiterada" projetam reprovabilidade mais gravosa do que a continuidade delitiva.

Nesta linha de raciocínio, no sentido de possibilidade de aplicação da justiça negocial aos casos de continuidade delitiva, podem, ainda, ser citadas as súmulas 723 do STF e 243 do STJ<sup>9</sup> que, interpretadas em *contrario sensu*, possibilitam a aplicação da suspensão condicional do processo e da transação penal na hipótese de crime continuado, desde que a pena não ultrapasse o limite permitido com a causa de aumento, conforme entendimento consolidado do STJ.<sup>10</sup>

Outra questão que justifica o raciocínio aqui empregado é a possibilidade de propositura de múltiplos ANPPs, simultaneamente, para fatos distintos, mesmo que as penas mínimas somadas sejam superiores ao limite estabelecido na lei, haja vista que o §2º, inciso III do Art. 28-A do CPP se limitou a vedar a propositura ao agente que se beneficiou de algum dos referidos benefícios nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração penal. Ainda, sequer a prática de um novo crime é cláusula de rescisão de eventual acordo



realizado, o que demonstra a tolerância do legislador em acatar o acordo para pessoas que praticam mais de um delito. Logo, vedar a aplicação à continuidade delitiva seria medida desproporcional quando comparada a esta situação.

Por fim, outras razões de política criminal justificam a possibilidade aqui aventada, pois a vedação da aplicação do ANPP poderia gerar um resultado contrário ao objetivado pela justiça negocial, que é o de dar oportunidade àquela pessoa que não é dedicada à vida do crime. Isto porque o primário e portador de bons antecedentes, a quem esteja sendo imputado continuidade delitiva, não teria a oportunidade de buscar a solução da problemática sem uma condenação, ou mesmo sem um processo,<sup>11</sup> o que, por consequência, gera efeitos penais e extrapenais deletérios para a sua reinserção social, ferindo os objetivos a serem alcançados pela justiça negocial (CHRISTIE, 2020).

Na jurisprudência, em que pese a discussão ainda ser embrionária, já se encontra entendimento albergando a ideia aqui posta. Por exemplo, o TRF-4 (BRASIL, 2020) emanou a inteligência de que não há óbice na aplicação do ANPP em caso de concurso de crimes (incluindo o crime continuado), quando a somatória das penas mínimas ou a pena for igual ou superior a 4 (quatro) anos.<sup>12</sup> Considera-se que este é o caminho a ser seguido, com a vedação do benefício apenas para situações que indiquem, por exemplo, não ser o instituto necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime (*caput* do art. 28-A do CPP), ou mesmo quando constatada a “conduta criminal habitual, reiterada ou profissional”, desde que fundamentada a negativa em dados fáticos que não o da continuidade delitiva.

#### 4. Considerações Finais

O surgimento do Acordo de Não Persecução Penal no ordenamento pátrio trouxe inúmeras questões relacionadas a problemas que não são tão novos, especialmente o conflito entre a evolução da justiça negocial e a cultura de priorização do Processo Penal e da aplicação da pena em detrimento da ideia de se evitar o processo.

Neste contexto, discutiu-se se a continuidade delitiva, por si só, teria o condão de afastar a possibilidade de propositura do Acordo de Não Persecução Penal, por estar esta continuidade relacionada à prática reiterada de crimes ou mesmo à habitualidade criminosa, caminhando-se para uma resposta negativa.

Várias razões levam a esta conclusão. É o que se constata da não inserção expressa do crime continuado ao inciso II do §2º do Art. 28-A do CPP, sendo presumível que o instituto não se confunde com os termos delineados na norma, que se referem a hipóteses mais gravosas. Ademais, os próprios conceitos dos termos e a forma como são utilizados na jurisprudência indicam a possibilidade de aplicação do acordo em caso de continuidade delitiva.

Também se apresentou argumentos de política criminal e direito comparado, que condizem com a ideia de aplicação do ANPP para a situação de crime continuado, deixando eventuais recusas a serem realizadas com base em outras situações fáticas. Esta é a interpretação que se coaduna com os objetivos de aplicação crescente da justiça negocial no Brasil, em detrimento da cultura de aplicação da pena.

#### Notas

- <sup>1</sup> Sobre a constitucionalidade da previsão do acordo via resolução, conferir, por exemplo, Andrade (2018).
- <sup>2</sup> Cita-se, por exemplo, a transação penal (art. 76) e a composição civil dos danos (art. 74), previstos na lei 9099/95.
- <sup>3</sup> “art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.” (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).
- <sup>4</sup> O modelo negocial acusatório italiano é o *patteggiamento sulla pena*, previsto no art. 444 e seguintes do CPP italiano, possuindo grande semelhança com o ANPP. Trata-se de uma negociação entre acusado e Ministério Público, que não permite que se negocie sobre o tipo penal imputado, não podendo ser proposto acordo caso a pena supere 5 anos, com a redução de 1/3 (LOPES, 2021), cf. art. 444.1. Neste modelo, o juiz faz o controle de legalidade sobre a qualificação jurídica do fato e os limites das penas substitutivas ou pecuniária negociadas (cf. art. 448 e 444.1). Em caso de negativa na propositura do acordo, o MP deve motivar de forma idônea (cf. art. 446.6).
- <sup>5</sup> As principais diferenças entre os modelos consistem no *quantum* de aumento da pena e na expressa necessidade de configuração do requisito subjetivo da unidade do desígnio.

#### Referências

- ANDRADE, Flávio da Silva. O acordo de não persecução penal criado pelo Conselho Nacional do Ministério Público - artigo 18 da resolução nº 181/2017: análise de sua compatibilidade constitucional. Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, São Paulo, v. 29, n. 137, p. 45-60, abr./jun. 2018. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=152993](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=152993). Acesso em: 29 abr. 2021.
- BRASIL. Lei nº 13.964/19. Pacote Anticrime. Art. 28-A, §2º, inciso II. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em: 15 set. 2021.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). *Apelação Criminal nº 50201491820174047200*. Rio Grande do Sul, 25/05/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/citacao.php?doc=TRF421664049>. Acesso em: 16 set. 2021
- CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. 2. ed. Campinas: Russel, 2009.
- CARVALHO, Salo. *Antimanual de Criminologia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CHRISTIE, Nils. *Limites à dor: O Papel da Punição na Política Criminal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020.
- FERRI, Enrico.  *Sociologia criminale*. 3. ed., Turim: Fratelli Bocca, 1892. Disponível em: [http://data.decalog.net/enap1/Liens/gallica/gallica\\_0034.pdf](http://data.decalog.net/enap1/Liens/gallica/gallica_0034.pdf) Acesso em: 29 abr. 2021.
- ITALIA, *Decreto Presidencial de 22 de setembro de 1988, n. 447*. Código de Processo Penal

- <sup>6</sup> ITALIA, Corte de Cassação. Seção A. Sentença nº 42738 de 24 de novembro de 2001. Disponível em: <https://www.brocardi.it/massimario/29795.html> Acesso em: 14/06/2021.
- <sup>7</sup> O Supremo Tribunal Federal já se manifestou repetidas vezes no sentido de que os termos “habitualidade” e “reiteração delitiva” não se confundem com o conceito de crime continuado. Neste sentido: HC: 74066 SP, Dj: 10/09/1996, 2ª Turma. HC: 109730 RS, Dj: 02/10/2012, 1ª Turma. HC: 107636 RS, Dj: 06/03/2012, 1ª Turma. HC 94.970, 1ª Turma, Dje de 28/11/2008.
- <sup>8</sup> Cita-se, por exemplo: HC 109730, 1ª Turma, Dj: 02/10/2012, data de publicação: 29-10-2012
- <sup>9</sup> Súmula 723/STF: “Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano”; Súmula 243/STJ: “O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano”
- <sup>10</sup> Cita-se, por exemplo, o RHC 66.196/RJ, 5ª Turma. Dje 27/05/2016
- <sup>11</sup> De fato, o próprio processo já traz, por si só, efeitos deletérios, cf. Carnelutti (2009).
- <sup>12</sup> TRF-4 - ACR: 50201491820174047200 SC 5020149-18.2017.4.04.7200, Dj: 25/05/2020, 8ª Turma.

- Italiano, art. 441-bis, livro VI, título I. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/news/2014/05/28/procedimenti-speciali-giudizio-abbreviato>. Acesso em: 15 set. 2021
- LATOUR, Nicola. Il reato continuato: dalle origini al rapporto con l'art. 131 bis c. *De Iustitia*, n. 4, p. 144-161, 2016. Disponível em: [http://www.deiustitia.it/cms/files/20170112044545\\_qzsa.pdf](http://www.deiustitia.it/cms/files/20170112044545_qzsa.pdf). Acesso em: 30 abr. 2021.
- LOPES, Junior. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. Educação, 2021.
- MACRUZ, A; HAUG, M. O Pacote Anticrime e o recrudescimento punitivo para os já penalizados: uma análise sobre a reincidência e a habitualidade criminosa. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 331. 2019, p. 14.
- MESSIAS, Mauro. *Acordo de não persecução penal: teoria e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 37.
- MIRABETE, Julio. Manual de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do CP, volume 1. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2021.
- PACCELLI, E; CALLEGARI, A. *Manual de Direito Penal*. Parte geral. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020.
- PRADO, Luiz. *Tratado de Direito Penal brasileiro: Parte Geral*, volume 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 703.

# ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: RETORNO DO STATUS DA CONFISSÃO COMO “RAINHA DAS PROVAS”

*NON-PROSECUTION AGREEMENT: THE CONFESSION RETAKING THE POSITION OF  
“QUEEN OF THE EVIDENCE”*

## Livia Barcessat Lewinski

Bacharelada em Direito pela PUCSP. Estagiária no Núcleo Sobre o Crime e a Pena da FGV.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0867541934345036>

ORCID: 0000-0002-2725-0961

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

## Maria Clara Nicolellis

Bacharelada em Direito pela PUCSP. Estagiária no Tribunal de Justiça de São Paulo.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3619264823249647>

ORCID: 0000-0002-8958-6890

[mariaclara2104@gmail.com](mailto:mariaclara2104@gmail.com)

## Pedro Vilhena Pinheiro

Bacharelado em Direito pela PUCSP.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7822613770616482>

ORCID: 0000-0002-7926-3270

[pedro.vpinheiro1@outlook.com](mailto:pedro.vpinheiro1@outlook.com)

**Resumo:** O artigo reconhece, em um primeiro momento, que a sociedade brasileira possui um forte desejo punitivo, que se materializa não só nas condutas de seus indivíduos e em suas ideologias, mas também em suas leis. Por ser uma manifestação dessa crescente pretensão punitiva, traçamos críticas ao Acordo de Não Persecução Penal, tal como foi apresentado pela Lei 13.964/19, conhecida como “Pacote Anticrime”. Nossas críticas voltaram-se, sobretudo, ao modelo de confissão, que consideramos inconstitucional, arbitrário e extremamente inquisitório. Ponderamos que as formas de negociação penal, quando adequadas aos limites legais, mostram-se benéficas tanto à redução da população carcerária exorbitante quanto à celeridade processual. Por esse motivo, finalizamos o texto apontando maneiras de solucionar as inconsistências do Acordo de Não Persecução Penal para sua aplicação.

**Palavras-chave:** “Pacote Anticrime” - Acordo de Não Persecução Penal - Artigo 28-A - CPP - Confissão - Devido processo legal.

**Abstract:** At first, the article recognizes that the Brazilian society has a strong punitive desire, which can be seen not only through Brazilian's aptitudes, but also through its laws. For being a manifestation of this growing punitive claim, we criticize the Non-Criminal Prosecution Agreement as presented by Law 13.964/19, known as “Pacote Anticrime”. Our criticisms are focused, above all, on the confession model, which we consider unconstitutional, arbitrary and extremely inquisitorial. Furthermore, we consider that the forms of negotiation crime, when appropriate to the legal limits, prove to be beneficial both for the reduction of the exorbitant prison population and for the speed of the proceedings. Therefore, we end the text proposing ways to solve the inconsistencies found in the non-criminal prosecution agreement.

**Keywords:** “Pacote Anticrime” - Non-Criminal Prosecution Agreement - Article 28-A - CCP - Confession - Due process of law.

Causa ânsia que a Fabiano, que vive vida paupérrima e sofrida na obra *Vidas Secas*, tenha sido negado o direito ao devido processo legal, sendo-lhe imputada responsabilidade criminosa de forma arbitrária pelo soldado amarelo que, presenciando uma atitude contrária aos seus interesses, tão logo aplicou-lhe uma pena. O personagem, por sua vez, “marchou desorientado, entrou na cadeia, ouviu sem compreender uma acusação medonha e não se defendeu” (RAMOS, 2013, p. 28). No Brasil atual, em observância aos princípios constitucionais (BRASIL, 1988) do devido processo legal (art. 5º, LIV), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), a situação relatada é inconcebível – ao menos aos olhos juspositivistas do ordenamento jurídico.

Apesar de soar ficcional a ideia de tamanho cerceamento de direitos, é o que ocorre no cenário fático brasileiro. O indivíduo que passa anos em um centro de detenção provisória aguardando o julgamento de seu caso para que, então, seja declarado inocente materializa as secas letras de **Graciliano Ramos**; fica claro que o desejo punitivo

da sociedade supera qualquer garantia constitucional.

Inserido nessa mesma sociedade, o legislador juspositivista, diante de situações do gênero, se vê numa encruzilhada: ou combate os desvios do ordenamento, para que tudo volte à legalidade, ou positiva tais situações, suprimindo a sede punitiva. A opção pelo primeiro caminho parece certa, todavia, na Lei 13.964, de 2019 – que ficou conhecida como Pacote Anticrime – o legislador seguiu trajeto diverso.

Isso porque o citado diploma legal criou, dentre outros institutos, o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), por meio do qual, ainda na fase pré-processual, o acusado pode confessar a infração, renunciando ao seu direito ao devido processo legal, para receber, desde logo, uma sanção. Nesse sentido, o art. 28-A do Código de Processo Penal (CPP) regula tal pacto, impondo requisitos e reservando direitos.

Cuida-se de negócio jurídico de natureza extrajudicial, a ser

celebrado entre o Ministério Público (MP) e o acusado de infração penal, mediante anuência do último e homologação pelo juízo competente, no qual o suposto autor do fato se sujeita ao cumprimento de determinadas condições não privativas de liberdade e, em contrapartida, o MP compromete-se a não o denunciar.

A cada vez que um ANPP é firmado, a expectativa de custo público e social de processos diminui, uma vez que se poupa o sistema judiciário da instauração de mais uma demanda penal. O acordo justifica-se, ainda, como política criminal, por promover o desencarceramento, o que é especialmente importante tendo em vista a superlotação do sistema prisional brasileiro. Em mesmo sentido, reduz-se a probabilidade de prescrição do crime, que poderia advir da demora do exercício da pretensão punitiva.

Tecidas considerações iniciais acerca do ANPP, apontar-se-á, sem embargo, algumas críticas a seu respeito, mormente no que concerne à obrigatoriedade da confissão por parte do acusado. Ressalte-se que o apontamento de tais críticas se dá com o intuito de aprimorar o instituto em apreço, e não de excluí-lo do ordenamento jurídico, pois o acordo exerce relevantes funções, sendo, nessa medida, pertinente às demandas atuais.

Em primeiro lugar, consigne-se que a ampla liberdade atribuída pelo inciso V do art. 28-A ao promotor de justiça, quando da fixação das condições a serem cumpridas pelo acusado, é um dos pontos merecedores de crítica. Esse dispositivo permite que o MP indique qualquer condição, a ser cumprida por tempo determinado, desde que (BRASIL, 1941) "proporcional e compatível com a infração imputada". Demasiadamente vaga, essa disposição dá espaço para a fixação arbitrária de sanções.

À vista disso, **Bernd Schünemann** (2013, P. 410) aponta que o ANPP mais se assemelha a um "contrato de adesão", em que o acusado adere ao que estipula a promotoria, do que a um acordo propriamente dito. E, por isso, o acusado se vê em um impasse: pode submeter-se aos termos fixados pelo MP – com a expectativa de, cumprida a avença, ver decretada a extinção de sua punibilidade –, ou, alternativamente, enfrentar o processo – que, até o trânsito em julgado,<sup>1</sup> pode prolongar-se por anos.

Outrossim, **René Ariel Dotti e Gustavo Britta Scandelari** (2019, P. 5) pontuam como fraquezas do ANPP (i) réus pobres não terem condições de arcar com um bom advogado para firmar um acordo justo;<sup>2</sup> (ii) a possibilidade de que a acusação ameace o acusado com imputações desproporcionalmente graves para coagir sua defesa a um acordo ruim; e (iii) o afastamento da população do Poder Judiciário.

Formuladas críticas gerais, passa-se à confissão formal como pré-requisito à elaboração do ANPP. Da análise do art. 28-A, extrai-se que a confissão do acusado é exigível previamente à proposição do acordo pelo MP; permite-se, pois, que o indivíduo confesse um crime com o objetivo de esquivar-se do processo criminal antes mesmo de ter ciência dos termos do pacto. Destarte, há a possibilidade de o sujeito sequer se interessar pelo acordo proposto, caso em que a "prova" contra si mesmo já teria sido produzida.

Ademais, mesmo no cenário em que o indivíduo primeiro se certifica dos termos do ANPP, para, após, decidir se irá, ou não, confessar,

subsiste a possibilidade de o juiz não o homologar por motivos diversos. E, ainda que homologue o acordo – e que todos os envolvidos estejam satisfeitos com seus termos –, há a hipótese de violação de suas condições por parte do acusado, o que redundaria no processo criminal.

Note-se que são muitas as hipóteses de não efetivação do acordo em apreço, mesmo depois de já realizada a confissão. Assim, se o acusado confessa o crime a fim de celebrar o pacto, questiona-se: poderá a confissão ser empregada como meio de prova no Processo Penal, caso não se prossiga com o acordo? A lei é silente a esse respeito, abrindo margem para que o ato seja ratificado judicialmente e sirva como prova acusatória no Processo Penal. Nesse cenário, como ficaria o princípio constitucional do *nemo tenetur se detegere*?

Essa verdadeira "caça às bruxas" dos tempos modernos é taxada, no campo doutrinário, como inquisitorial e descabida em um sistema processual penal acusatório que exige o Estado Democrático de Direito. Nessa esteira, denuncia **Paulo Henrique Fuller** (2020, p. 154):

Como se percebe, a exigência legal de confissão do investigado (formal e circunstanciada) configura mero capricho da mentalidade inquisitorial que permeia o processo penal brasileiro: nada mais inquisitorial que a busca da confissão do investigado no bojo de uma solução consensual que promove a NÃO persecução penal.

Afinal, o indivíduo que confessa não necessariamente diz a verdade; pode confessar visando objetivos secundos, que não a revelação dos fatos. Talvez em observância a isso, o legislador previu, no art. 197 do CPP, que a confissão deve ser analisada em conjunto com as demais provas produzidas, do que decorre a compreensão de que o seu valor probatório é relativo.

E, especificamente no caso do ANPP, não é possibilidade remota que um inocente escolha confessar um crime que não cometeu

apenas por crer que as condições propostas pelo *parquet* para a efetivação do acordo seriam mais benéficas do que levar um processo adiante. Em vista disso, corre-se o risco de produzir prova contra quem sequer cometeu o delito que confessou.

De mais a mais, não assiste razão ao condicionamento do acordo à confissão do acusado. Isso porque é certo que confessar o que lhe está sendo imputado em nada alteraria o curso dos fatos, sendo uma condição desnecessária e até mesmo inconstitucional. Diz-se inconstitucional porque a

Carta Magna garante ao acusado, em seu art. 5º, LXIII, o direito de permanecer calado e, assim, não produzir prova contra si mesmo. Soma-se a isso a garantia prevista no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Ademais, após se ponderar a respeito do intuito da obrigatoriedade da confissão, conclui-se que ele não poderia ser outro que não a antecipação do mérito de um processo que sequer se instaurou para fins de legitimar a imputação de responsabilidade penal à parte acusada sem que lhe tenha sido concedido o direito ao contraditório. Frise-se que esse intuito oculto é expressão do desejo punitivista de nossa sociedade. Explicar-se-á o porquê do ora sustentado.

"[...] NÃO É POSSIBILIDADE REMOTA QUE UM INOCENTE ESCOLHA CONFESSAR UM CRIME QUE NÃO COMETEU APENAS POR CRER QUE AS CONDIÇÕES PROPOSTAS PELO PARQUET PARA A EFETIVAÇÃO DO ACORDO SERIAM MAIS BENÉFICAS DO QUE LEVAR UM PROCESSO ADIANTE."



*Ab initio*, é preciso considerar que as condições estipuladas pelo *parquet* podem se igualar às próprias penalidades instituídas no Direito Penal brasileiro, ainda que excluídas as privativas de liberdade. Diz-se isso porque o próprio art. 28-A, na parte final de seu *caput*, estabelece que o MP poderá propor o ANPP, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as condições elencadas nos incisos subsequentes ajustadas cumulativa e alternativamente. Ora, a “reprovação” e “prevenção” do crime são funções típicas de penas. Logo, qual seria o escopo de se exigir condições que atendessem à mesma finalidade de penas se não verdadeiramente equiparar o acusado, que firmou o ANPP, a condenado?

Nesta esteira, resta clara a presunção de culpa do acusado, o que se dá devido à mera confissão, uma vez que estão ausentes as demais provas, exceto as extrajudiciais. Pois bem, não era o próprio CPP, em seu art. 197, que atribuía à confissão valor probatório não absoluto, devendo ser confrontado com as demais provas do processo? Então, por que se permite que ao acusado sejam imputadas condições que se equiparam a penas, mediante sua simples confissão?

Nota-se que seria absurdo, à luz dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, assumir a responsabilidade penal do acusado antes mesmo da instauração do processo criminal, utilizando-se somente das diligências ocorridas no curso do inquérito policial e de uma confissão extrajudicial. Outra não é a lição de **Guilherme de Souza Nucci** (2020, p. 322) ao apontar as seguintes medidas, a serem tomadas pelo juiz ao entrar em contato com as provas colhidas pela autoridade policial durante a fase investigatória:

- a) desprezar toda e qualquer prova que possa ser renovada em juízo sob o crivo do contraditório (...); b) permitir à defesa que contrarie, em juízo, os laudos e outras provas realizadas durante o inquérito, produzindo contraprova; c) **tratar como mero indício e jamais como prova direta eventual confissão do indiciado;** (...). (grifos nossos)

Tais medidas são imprescindíveis para garantir que o inquérito policial não acabe se voltando sobremaneira contra o próprio investigado, haja vista que, durante seu curso não lhe é concedido o direito ao contraditório. Portanto, seria absolutamente conflituoso

permitir que a condenação do investigado se pautasse nas provas colhidas pela polícia, ainda que presente a confissão; entretanto, esse cenário é institucionalizado sob o manto de um acordo que, apesar de benéfico, está permeado por ilegalidades.

Nesse ínterim, o ANPP poderia seguir os exemplos de outras formas de negociação penal, como a transação penal e a suspensão condicional do processo, não discutindo a culpabilidade do investigado e, conseqüentemente, dispensando-o da confissão. Face ao problema posto, é que sugere **Paulo Henrique Fuller** (2020, p. 154),

Evidentemente que o investigado pode se recusar a confessar (materialmente, não haveria como o obrigar); contudo, se assim proceder, ficaria juridicamente privado da proposta do Acordo de Não Persecução Penal sem qualquer justificativa para tanto, afinal, a essência dessa solução consensual seria *não* discutir a culpabilidade do investigado - tal como ocorre na transação penal e na suspensão condicional do processo (arts. 76 e 89 da Lei n. 9.099/95), que prescindem da confissão do autor da infração ou do acusado.

Destarte, reputa-se que o objetivo do instituto deveria ser tão somente oferecer uma alternativa no espaço de consenso para, respeitados os direitos e garantias do acusado, combater o superencarceramento e promover a celeridade processual, não sendo necessário, para tanto, a presunção de responsabilidade penal da parte acusada e, tampouco, a aplicação de condições equiparadas a penas.

Conclui-se, em última instância, que a justiça criminal negocial é um prestigioso avanço no Direito Penal brasileiro, desde que respeitadas as garantias constitucionais. No caso do ANPP, a obrigatoriedade da confissão – uma dentre diversas irregularidades desse instituto –, ao antecipar o mérito de um processo que sequer se instaurou, é flagrantemente inconstitucional. Fere, assim, os princípios constitucionais do *nemo tenetur se detegere*, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Ressalte-se que as maiores vítimas desta exigência são os Fabianos – pessoas sem formação escolar, pobres, periféricas, que ficam à mercê de um defensor que nem sempre será constituído. Na hipótese de confessarem e, por qualquer uma das razões apresentadas no presente trabalho, o ANPP não vier a vingar, serão também os Fabianos, alvos preferenciais do sistema, que estarão à mercê da seletividade do Direito Penal brasileiro.

## Notas

<sup>1</sup> Dados de 2019 do Conselho Nacional de Justiça indicam que o tempo médio até a baixa do processo na fase de conhecimento é de 4 anos e 1 mês na Justiça Estadual e de 2 anos e 1 mês na Justiça Federal. Ver: (BRASIL, 2020, p. 194).

<sup>2</sup> Ademais, é descabido o argumento de que o réu pode recorrer à tutela da Defensoria Pública, vez que, em razão do déficit dessa categoria, que é de pelo menos 6 mil defensores, isso nem sempre é possível. (APRESENTANDO A DEFENSORIA PÚBLICA, 2018, p. 4).

## Referências

APRESENTANDO A DEFENSORIA PÚBLICA: Retrato de uma Instituição em Desenvolvimento. *Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos (ANADEP) e Associação Paulista de Defensores Públicos (APADEP)*, 2018. Disponível em: <https://www.apadep.org.br/wp-content/uploads/2018/11/book-defensoria-pu%CC%81blica.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2020: ano-base 2019*. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 28 de abr. 2021.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 29 abr. 2021.

BRASIL. *Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940*. Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 31 dez. 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 29 abr. 2021.

BRASIL. *Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 31 dez. 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 29 abr. 2021.

DOTTI, René Ariel; SCANDELARI, Gustavo Britta. Acordos de não persecução e de aplicação imediata de pena: o plea bargain brasileiro. In: Pacote anticrime: remédio ou

veneno? *Boletim IBCCRIM*, ano 27, n. 317, abr. 2019. Disponível em: <https://jornalistaslivres.org/wp-content/uploads/2019/04/ibccrim.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2021.

FULLER, Paulo Henrique et al. *Lei anticrime comentada*: artigo por artigo: inclui a decisão liminar proferida nas ADIs 6.298, 6.299 e 6.300. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MOSTACHI, Bárbara. E, afinal, cadê o Juiz das Garantias? *Canal Ciências Criminais*, 19 abr. 2021. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/e-afinal-cade-o-juiz-das-garantias/>. Acesso em: 29 de abril de 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACOTE ANTICRIME: remédio ou veneno? *Boletim IBCCRIM*, ano 27, n. 317, p. 1-2, abr. 2019. Disponível em: <https://jornalistaslivres.org/wp-content/uploads/2019/04/ibccrim.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2021.

RAMOS, Graciliano. *Vidas secas*. Rio de Janeiro: Record, 2013.

RIBEIRO, Natália Pimenta; DE PAULA E TOLEDO, Yashmin Crispim Baiocchi. *Plea bargain à brasileira: A justiça penal negociada do Projeto de Lei Anticrime e o recrudescimento dos resquícios inquisitórios do sistema criminal*. In: Pacote anticrime: remédio ou veneno? *Boletim IBCCRIM*, ano 27, n. 317, p. 32-34, abr. 2019. Disponível em: <https://jornalistaslivres.org/wp-content/uploads/2019/04/ibccrim.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2021.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

Recebido em: 30.04.2021 - Aprovado em: 02.06.2021 - Versão final: 17.08.2021

# A VERDADE NEORREALISTA COMO LIMITE À EXPANSÃO DOS ESPAÇOS DE CONSENSO NO CAMPO JURÍDICO-PENAL BRASILEIRO

THE NEORREALIST TRUTH AS A LIMIT TO THE EXPANSION OF CONSENSUS SPACES IN THE BRASILIAN LEGAL-CRIMINAL FIELD

**Gabriel Andrade de Santana**

Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Direito Público-IDP. Pós-Graduado em Ciências Criminais pelo Juspodivm. Graduado pela UFBA. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7986257343498302>

ORCID: 0000-0003-1255-3297

[gabriel@gabrielandrade.adv.br](mailto:gabriel@gabrielandrade.adv.br)

**Resumo:** O expansionismo dos espaços de consenso no campo jurídico-penal brasileiro impõe uma reanálise filosófica da noção de verdade. A atual atmosfera pós-moderna, na qual predomina a percepção do conhecimento verdadeiro como produto de construções sociais, a resolução da demanda penal passou a ser compreendida e satisfeita a partir do comportamento das partes, a despeito da produção de elementos probatórios. A aproximação com a realidade dos fatos tornou-se então contingencial. Considerando a verdade como um dos valores a serem perseguidos pelo Estado no Processo Penal, é que se propõe a retomada da noção de objetividade inaugurada no Novo Realismo, como forma de limitar os avanços da Justiça negocial.

**Palavras-chave:** Justiça negocial – Verdade – Novo realismo.

**Abstract:** The expansion of spaces of consensus in the Brazilian legal and penal field imposes a philosophical analysis of the notion of truth. In the current postmodern atmosphere, where true knowledge is the product of social constructions, the resolution of the criminal demand has come to be understood and satisfied based on the behavior of the parties, despite the judgment and the production of evidence. In this abbreviated negotiation judgment, there will never be sure evidence that the standard of conduct has actually been violated. Thus, considering the truth as one of the values to be pursued by the State in the criminal process, attention is drawn to the resumption of the correspondist view, supported by the philosophical of the new realism, as a way of limiting the advances of the Business Justice.

**Keywords:** Negotiation Justice – Truth – New realism.

Desde a sua origem, a filosofia busca estabelecer respostas a questionamentos acerca das noções de verdade, existência, conhecimento e outros saberes. Não há um pensamento filosófico único com pretensões de imutabilidade, mas distintas concepções de pensar e interpretar a realidade social a depender da época e contexto vivenciado.

O fato é que os ensinamentos filosóficos, especificamente sobre a verdade, impõem certos reflexos no sistema de Justiça criminal. A rigor, **Ferrajoli** adverte que “sem uma adequada teoria da verdade, da verificabilidade e da verificação processual, toda construção do Direito termina apoiada na areia”.<sup>1</sup> Para **Marcela Mascarenhas** e **Fabiana Mascarenhas**, considerando que o Direito possui estrita relação com a moral e o funcionamento da sociedade, parece evidente que a sua correta aplicação pressuponha uma adequada verificação dos fatos lastreada na realidade.<sup>2</sup>

A abordagem atual, no entanto, é cada vez mais no sentido da deslegitimação da busca pela verdade como um dos objetivos do processo judicial, em detrimento de argumentos pragmatistas e utilitaristas. A renúncia à defesa, por meio da aceitação do réu à acusação, por vezes pressupondo a sua confissão em troca de algum benefício,<sup>3</sup> consiste em um mecanismo negocial que hipervaloriza a celeridade e eficiência na resolução do caso, mas torna contingencial a conformidade do resultado com a realidade

dos fatos enunciados. É o que tem ocorrido progressivamente com a ampliação dos espaços de consenso no campo jurídico-penal brasileiro, antes restrito às infrações de menor potencial ofensivo, atualmente abrangendo delitos de natureza média e grave, como na colaboração premiada, no acordo de não persecução, além de projetos legislativos de barganha.<sup>4</sup> Em alguma medida, credita-se o aviltamento da verdade como um valor a ser perseguido pelo Estado no Processo Penal ao fortalecimento de manifestações filosóficas antirrealistas observadas com maior nitidez a partir da segunda metade do século XX.

Foi na modernidade, que a percepção do conhecimento verdadeiro passou a ser condicionada a um sujeito cognoscente. Tornou-se então mais importante descobrir “como se sabe” do que “o que se sabe”. E, assim, foi estabelecida a premissa de que o mundo dependeria totalmente do ser humano e da sua capacidade manipulativa.

O distanciamento em relação à noção de verdade correspondência se potencializou no pós-modernismo – considerado movimento filosófico de maior relevância do século. Neste paradigma teórico, ainda que se possa falar da verdade, a condição para tanto é que se exclua qualquer referência à realidade do mundo exterior e que se reconduza a verdade à coerência do discurso ou ao consenso daqueles que discorrem<sup>5</sup>: agora, é a linguagem que passa a dar o sentido.

A atmosfera pós-moderna nos habituou a ver o mundo como uma construção da sociedade, e assim não seria possível conhecer os fatos como eles são verdadeiramente em sua essência, pois são produtos de uma descrição linguística. O que é motivo de certa preocupação, dado o potencial de impulsionar relativismos, como, por exemplo, a compreensão da ciência como mais um sistema de crenças.<sup>6</sup> Aqui, não se admite mais falar que alguma proposição é simplesmente verdadeira, mas somente que é verdadeira relativamente a esse ou àquele modo de falar.

Os impactos desta deslegitimação da verdade, expressivo no cenário atual, tem gerado consequências nocivas e à justiça criminal. O sistema processual contemporâneo absorveu algumas características da pós-modernidade, à medida que a resolução do litígio, em certas hipóteses, já pode ser compreendida e satisfeita a partir do consenso estabelecido entre os sujeitos processuais, autorizando uma formação da culpa e aplicação imediata da pena, a despeito do julgamento e produção de elementos probatórios que corroborem o acordo firmado pelas partes. O movimento direcionado à justiça negocial é impulsionado, assim, a partir do diálogo filosófico pós-moderno. A verdade que se busca alcançar no Processo Penal é atendida a partir de uma cooperação direcionada para o entendimento mútuo racional. O comportamento das partes passa a determinar o juízo fático da demanda judicial. O que é perigoso nos dias atuais, em que a verdade tem sido facilmente manipulada a serviço de interesses e convicções pessoais.

A predileção desta teoria consensual da verdade, em essência, se apresenta como risco ao sistema de justiça criminal. Ao renunciar o direito a julgamento, estar-se-á abdicando da possibilidade de se descobrir aqueles fatos que fogem à esfera de conhecimento do réu e do acusador, muitas vezes necessários à formação da justiça. Para **Schunemann**, caso se adote este juízo abreviado de negociação, jamais haverá comprovação segura de que a norma de conduta foi realmente violada.<sup>7</sup> Perde-se o vínculo entre o Direito Penal e o Processual Penal. Notadamente, este modelo não é dotado de uma validade epistêmica.

De certa forma, o avanço acrítico dos instrumentos negociais na prática jurídica é decorrente da insuficiência de uma base teórico-filosófica acerca da noção de verdade que, contemporaneamente, tem acompanhado os (perigosos) efeitos pós-modernos. Na teoria consensual, há uma manifesta confusão entre os planos da realidade e o do conhecimento. Aqueles que consideram que a veracidade de uma proposição depende simplesmente do resultado de uma convenção entre as partes confundem – e elevam ao mesmo patamar – o fato que existiu (o ser), com aquele fato que eles sabem que existiu (o saber).

Foi justamente com o objetivo de desfazer este imbróglio entre os planos ontológico e epistemológico, que o movimento filosófico do Novo Realismo foi pensado. Nesta teoria, a crítica se dirige ao direito de se interpretar infinitamente e indiscriminadamente, como vem ocorrendo. Deve-se aceitar a existência de objetos no mundo independentemente dos nossos esquemas conceituais, daquilo que achamos que sabemos. E compreender que a realidade pode ser sempre algo além daquilo que tínhamos pensado, pois existem coisas que não dependem da nossa subjetividade, simplesmente por não serem propriedade de discurso.<sup>8</sup>

Em última análise, o Novo Realismo pretende pôr fim ao relativismo desmedido que nos cerca atualmente, como se não existisse o “certo” e o “errado”, o “verdadeiro” e o “falso”. No mundo exterior existe uma condição de verdade ou falsidade, e para se conhecê-la é necessário perseguir esta realidade a despeito da capacidade manipulativa do sujeito.

No Direito, isto não significa que o julgador tenha o dever, a obrigação, de alcançar o conhecimento verdadeiro do acontecimento que lhe é demandado, até em razão das conhecidas limitações epistêmicas e das regras legais. No entanto, ele deve sempre perseguir a verdade dos fatos da demanda alicerçado no resultado probatório disponível. Segundo **Ferrer Beltrán**, a verdade de uma proposição “depende única e exclusivamente de sua correspondência com o mundo: de que os fatos que *p* descreve tenham se produzido efetivamente”.<sup>9</sup>

A propósito, ensina **Taruffo**, que a questão a ser analisada não é qual a verdade o Processo Penal busca (material ou formal), mas sim o quanto ele precisa se aproximar da realidade para proferir decisões justas. E o sistema de Justiça criminal, com a previsão de atividade probatória consistente e em contraditório, até onde se conhece, é o único modelo estruturado e orientado à facticidade: àquela condição de verdade que não pode ser reduzida a propriedade de discurso, pois, por vezes, extrapola a própria cognição das partes.

A nossa ótica, os alicerces fornecidos pela disciplina filosófica do Novo Realismo possibilitarão a retomada da noção de objetividade, estabelecendo a verdade como um objetivo imutável à justiça, ladeada dos compromissos democrático e hermenêutico. Com este aporte, é possível firmar as bases teóricas para estabelecer parâmetros que limitem os avanços dos mecanismos negociais (que, em algum grau, possuem a sua relevância), com o intuito de que outros valores, também preciosos, não se sobreponham à busca pela verdade, e assim modifiquem, por completo, o nosso paradigma de justiça criminal.

## Notas

<sup>1</sup> Ferrajoli (2002, p. 39).

<sup>2</sup> Mascarenhas Nardelli e Alves Mascarenhas (2016, p. 45-66).

<sup>3</sup> Vasconcellos (2018, p. 23).

<sup>4</sup> Cite-se como mais relevantes a PLS 236/12 e PLS 156/09.

<sup>5</sup> Taruffo (2016, p.98).

<sup>6</sup> Boghossian (2012, p. 16).

<sup>7</sup> Schunemann (2013, p. 244).

<sup>8</sup> Gabriel (2016, p. 37).

<sup>9</sup> Ferrer Beltrán (2017, p. 78).

## Referências

BOGHOSSIAN, Paul. *Medo do conhecimento: contra o relativismo e o construtivismo*. Trad. Marcos Bagno. Editora Senac: São Paulo, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prova e Verdade no Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

GABRIEL, Markus. *Por que o mundo não existe*. Petrópolis: Editora Vozes, 2016.

MASCARENHAS NARDELLI, Marcella; ALVES MASCARENHAS, Fabiana. Os standards probatórios como métrica da verdade: em busca de parâmetros objetivos para a realização das decisões sobre os fatos. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, n. 44, jul./dez. 2016. Disponível em: <http://publicacionesicdp.com/index.php/>

Revistas-icdp/article/view/425. Acesso em: 20 abr. 2021.

SCHUNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. Schünemann, Bernd; Greco, Luís (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

Recebido em: 29.04.2021 - Aprovado em: 28.05.2021 - Versão final: 10.08.2021



# CONSIDERAÇÕES SOBRE O POPULISMO PENAL, O PACOTE ANTICRIME E NOTAS PARA UMA (OUTRA) POLÍTICA CRIMINAL

## CONSIDERATIONS ABOUT CRIMINAL POPULISM, THE ANTI-CRIME PACKAGE AND NOTES FOR ANOTHER CRIMINAL POLICY

### Bruno Tadeu Buonicore

Doutor em Direito Penal pela Universidade de Frankfurt/Alemanha – *Summa Cum Laude*. Professor Titular do Centro Universitário de Brasília (graduação, mestrado e doutorado). Assessor de Ministro do STF.  
ORCID: 0000-0002-0536-268X  
bruno.buonicore@gmail.com

### Lucas Ferreira Mazete Lima

Pós-graduando em Ciências Criminais (*lato sensu*) pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP. Bacharel em Direito pela UNIUBE. Advogado.  
ORCID: 0000-0003-1783-4418  
lucasmazete47@gmail.com

**Resumo:** O presente artigo objetiva analisar de que modo a política criminal atual se alinha com o populismo penal no Brasil. Para isso, busca-se fundamento em conceitos teóricos que percebem o fenômeno do populismo penal como técnica de expansão do Direito Penal, a partir do manejo do sentimento de insegurança e de clamores por mais punição. Com base nisso, defende-se a adoção de critérios mais racionais para definição de uma outra política criminal, que tenha como ponto de partida debates, investigações e estudos técnicos e científicos aprofundados.

**Palavras-chave:** Política Criminal - Populismo Penal - Pacote Anticrime.

**Abstract:** This article seeks to analyze how current criminal policy is aligned with penal populism. For this, it starts from theoretical concepts that perceive the phenomenon of penal populism as a technique of expansion of criminal law from the management of the feeling of insecurity and fear and clamors for more punishment. From there, it is defended the adoption of rational criteria for the definition of an (other) criminal policy, which has as a starting point debates, investigations and in-depth technical studies.

**Keywords:** Criminal Policy - Criminal Populism - Anti-Crime Package.

A prisão funciona, portanto, ideologicamente como um local abstrato em que os indesejáveis são depositados, aliviando-nos da responsabilidade de pensar sobre as verdadeiras questões que afligem as comunidades de que presos são tirados em números tão desproporcionais. Este é o trabalho ideológico que a prisão realiza — nos livra da responsabilidade de nos engajarmos seriamente nos problemas da nossa sociedade, especialmente os produzidos pelo racismo e, cada vez, pelo capitalismo global (*Angela Davis*).

Eleito a partir da bandeira do combate à corrupção e tolerância zero à criminalidade, o atual Presidente da República, **Jair Bolsonaro**, nomeou como Ministro da Justiça o ex-Juiz Federal **Sérgio Moro**, que, enquanto magistrado, correspondeu aos mais acalorados anseios sociais punitivistas. Na qualidade de Ministro, **Moro** criou o Projeto de Lei 882/2019 (BRASIL, 2019), denominado “Pacote Anticrime”, cujo próprio nome carrega consigo a marca da antiga promessa de combater a criminalidade por meio do recrudescimento do aparato punitivo estatal.<sup>1</sup>

Nessa linha, em seu Plano de Governo para Presidência da República, Bolsonaro dedicou um capítulo exclusivo para “segurança e combate à corrupção”, em um momento do país em que já se destacava o desejo social por mais punição. Provocado principalmente pela “Operação Lava Jato”, o discurso público era o de combate à corrupção a qualquer custo.

Assim, quando da posse como Chefe do Executivo, **Jair Bolsonaro** declarou: “proveito este momento solene e convoco cada um dos congressistas para me ajudarem na missão de restaurar e de reerguer nossa pátria, libertando-a, definitivamente, do jugo da corrupção, da criminalidade, da irresponsabilidade econômica e da submissão ideológica” (BOLSONARO, 2018). O resultado não poderia ser outro senão a adoção de uma política criminal estreitamente alinhada com aquilo pelo que sua base política clamava: mais punição. Com isso, instituiu-se uma política criminal populista e de intervenção penal máxima, edificada muito mais no senso comum e nos interesses apaixonados do grupo do que numa racionalidade de direitos e garantias fundamentais da ordem de proteção ao indivíduo, conquistados historicamente e incorporados pela Constituição Federal.

Dentre as propostas trazidas pelo Pacote Anticrime, que foram aprovadas, chamam atenção aquelas que têm o potencial de, ainda mais, agravar o problema da superlotação carcerária e do estado de coisas inconstitucional de nosso sistema penitenciário (BRASIL, 2015). A Lei de Execução Penal foi modificada para incluir hipóteses que dificultam bastante a progressão de regime, impondo patamares mais elevados de cumprimento mínimo da pena quando se tratar de apenados

condenados por crimes hediondos ou equiparados, pelo comando de organização criminosa e pela prática do crime de constituição de milícia privada.

Neste ponto, também, cumpre mencionar a alteração na Lei de Organizações Criminosas, que introduziu o §9º ao art. 2º, passando a estabelecer que “o condenado expressamente em sentença por integrar organização criminosa ou por crime praticado por meio de organização criminosa, não poderá progredir de regime de cumprimento de pena ou obter livramento condicional ou outros benefícios prisionais se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo.”

Denotando ainda mais a política criminal de índole populista, com base principalmente na lógica da pena por prevenção, aumentou-se o máximo de cumprimento da pena privativa de liberdade de 30 (trinta) para 40 (quarenta) anos. Além disso, com a introdução do inciso III no artigo 83 do Código Penal, o livramento condicional se tornou inviabilizado nos casos em que o condenado tenha cometido falta grave nos últimos 12 (doze) meses e não tenha aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto.

Os exemplos mencionados, fundamentam-se em concepções que dificultam o retorno do sentenciado à sociedade. Tal política foi também defendida no Plano de Governo do atual Presidente da República, ao mencionar que, para reduzir os “homicídios, roubos, estupros e outros crimes”, seria necessário “prender e deixar preso! Acabar com a progressão de penas e as saídas temporárias!” (BOLSONARO, 2018).

Para **Gloeckner** (2017, p. 251), **Anthony Bottoms** foi o primeiro criminólogo a estabelecer um ponto de análise que costura uma clara relação entre o fenômeno populista e o da expansão do Direito Penal. O autor afirma que o populismo punitivo é um traço comportamental dos agentes da política, que buscam conquistar vantagens eleitorais através de reformas legislativas que, como característica, adotam teses de mais punição com os seguintes pressupostos: (i) o aumento das sanções penais reduz imediatamente os indicadores da criminalidade (prevenção geral negativa); (ii) a pena, por si só, reforça consensos morais essenciais para que se mantenha a vida em sociedade (prevenção geral positiva).

Na mesma linha, **Cigüela Sola** (2020, p. 4-5) aponta que

como estratégia político-cultural, el populismo penal se caracterizaría (...) fomentando una mirada emotiva y simplificada de la realidad criminal, donde la voz de los expertos, burócratas e investigadores es percibida como desapegada y elitista, y en la que se prima por

un lado la espectacularización mediática y por otro, la voz de “la gente” o el “pueblo”, el “sentido común”, y especialmente la voz de las víctimas, que adquieren una posición central en el imaginario sobre el crimen y su prevención.

A proposta populista tende a deixar completamente de lado o caráter do Direito Penal como limite ao poder punitivo e proteção das garantias individuais. Os anseios de uma sociedade amedrontada pela criminalidade vão na direção de que as autoridades ajam no intuito de defender primordialmente os interesses das vítimas e potenciais vítimas do crime, dando maior poder aos órgãos responsáveis pela persecução criminal. A partir daí, defendem o discurso de que, para combater o crime e aumentar a sensação de segurança, é necessário que os direitos humanos dos acusados sejam relativizados. (GLOECKNER, 2017, p. 256).

Isso se deve ao fato de que existe, nas sociedades modernas, certo descontentamento popular com relação ao funcionamento do sistema de justiça criminal, cujos discursos conjugam os significantes “impunidade, medo e violência”, caracterizando, assim, a ideia de que direitos e garantias individuais protegem, de forma injusta, os que não têm capacidade de viver em sociedade. (PRATT, 2007, p. 17)

Sobre o populismo, **Laclau** (2013, p. 189) discorre que existe “em qualquer sociedade um reservatório de sentimentos brutos contra o *status quo*, que se cristalizam em alguns símbolos (...) e é sua presença que percebemos intuitivamente quando denominamos populista um discurso ou uma mobilização.”

Dessa forma, no que diz respeito ao medo e ao populismo penal, **Ferrajoli** (2015, p. 125) explica que

seu efeito principal é o esgotamento do tecido civil, que forma o primeiro pressuposto não apenas da democracia, mas também da segurança. O medo, de fato, rompe os laços sociais, alimenta tensões e lacerações, fomenta fanatismos, xenofobias e secessionismos, gera desconfianças, suspeitas, ódios e rancores. Em suma, envenena a sociedade, fazendo-a regredir ao estado selvagem e incivil. E esta regressão, como é óbvio, representa o principal terreno de cultura da criminalidade e da violência, além de a mais insidiosa ameaça à democracia.

Nesse sentido, por abandonar a experiência histórica, os dados e estudos científicos e se ancorar em consensos populares apaixonados sobre o que se deve fazer em termos de resposta ao comportamento criminoso, os discursos populista-punitivistas possuem uma natureza de matriz afetiva e irracional, já que são levados pela emoção e não pela razão, pendendo sempre para os interesses do grupo e mitigando a proteção do indivíduo diante do *jus puniendi* estatal.

Para **Ferrajoli** (2002, p. 31),

uma reflexão sobre a pena, ou seja, sobre o papel e os limites da sanção penal, especificamente da pena carcerária em uma sociedade democrática, exige uma avaliação inicial sobre o que se deve entender por sociedade democrática. Sociedade democrática alude evidentemente a um genérico parâmetro axiológico: o dever

ser da pena em uma sociedade que desejamos ser informada dos valores da democracia. Vale dizer, portanto, que a relação entre o direito penal e a democracia é bastante peculiar. O direito penal é de fato o terreno sob o qual, da maneira mais emblemática, se manifestam os limites da democracia política, entendida como o poder ou vontade do povo e, portanto, da maioria.

Uma direção político-criminal que também aparece explicitamente no Programa de Governo do Presidente **Jair Bolsonaro** (2018, p. 32) é a defesa de um “redirecionamento da política de Direitos Humanos, priorizando a defesa das vítimas da violência.” Contudo, é certo que a política criminal deve ser construída de modo racional, levando sempre em conta os interesses individuais envolvidos – **Lüderssen** (1998, p. 892) lembra que não existe uma linha de continuidade normativa entre interesses do Estado (grupo + indivíduo) e da sociedade (grupo) e que o papel do Direito Penal nesse conflito consiste justamente em proteger interesses e garantias individuais que se opõem aos interesses gerais e majoritários da sociedade. Desse modo, as medidas tomadas pelo Estado como resposta ao comportamento criminoso devem ser pensadas com base em dados, debates qualificados, estudos, estatísticas e prognósticos científicos, sem permitir que, a partir da emoção, o poder político dominante tome os rumos da discussão.

Diante dessa situação, interessante mencionar o Projeto de Lei 4.373/2016, que pretende criar a Lei de Responsabilidade Político-Criminal e trazer alguma racionalidade para o debate político-criminal. Conforme justificativa do proponente, “a ausência de quaisquer investigações empíricas prévias ou de estudos técnicos aprofundados faz com que o parlamento, muitas vezes, seja levado a votar essas propostas sem ter a real dimensão dos seus impactos na vida cotidiana de milhões de brasileiros” (BRASIL, 2016).

Dessa maneira, tal projeto prevê que a proposta legislativa que vier a tratar da criação de novos tipos penais ou recrudescimento do sistema penal como um todo deve se submeter a prévios estudos técnicos e científicos de suas condições e impactos, sob pena de responsabilidade do proponente – o referido projeto é aqui mencionado mais como exemplo de uma tentativa na busca por racionalidade na política-criminal do que como o único caminho possível.

Partindo desse projeto e para além, **Carolina Costa Ferreira** (2021, p. 161) propõe a criação de um Estudo de Impacto Legislativo. Em sua visão, é necessário que se realizem “pesquisas quantitativas e qualitativas sobre o assunto da alteração legislativa proposta, para trazer à essa as informações empíricas mais adequadas para a tomada de decisão – pela aprovação ou rejeição da proposição legislativa analisada”.

Com isso, conclui-se que propostas que visam a agregar racionalidade à política criminal, seja por meio de debates qualificados e estudos empíricos, seja mediante a invocação de postulados jurídico-filosóficos éticos conquistados historicamente, no sentido da importância da não relativização de garantias individuais diante do clamor punitivo, são sempre bem-vindas no deserto populista que estamos a atravessar.

## Notas

<sup>1</sup> Não se desconhecem os aspectos positivos trazidos pelo Pacote Anticrime, a exemplo da necessidade de manifestação do representante do Ministério Público quando da decretação da prisão preventiva e da instituição do juiz de garantias

## Referências

BOLSONARO, Jair. O Caminho da Prosperidade: Proposta de Plano de Governo. Brasília, DF: TSE, 2018. Disponível em: <[https://divulgacandcontas.tse.jus.br/candidaturas/oficial/2018/BR/BR/2022802018/280000614517/proposta\\_1534284632231.pdf](https://divulgacandcontas.tse.jus.br/candidaturas/oficial/2018/BR/BR/2022802018/280000614517/proposta_1534284632231.pdf)>. Acesso em: 16 fev. 2022.

BRASIL. *Lei Federal Nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoamento da Legislação Penal e Processual Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em: 05 ago. 2022.

BRASIL. *Projeto de Lei 4373/2016*. Cria a Lei de Responsabilidade Político-Criminal. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1433190](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1433190)>. Acesso em 5 de ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Relatora: Min. Marco Aurélio, 09 set. 2015. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 4 jun. 2016.

CIGÜELA SOLA, Javier. Populismo penal y justicia paralela: un análisis político-cultural. *RECPC*, 22-12 (2020).

(suspensão pelo STF). Todavia, a análise deste trabalho limita-se às introduções legislativas que correspondem à ideia inicial do Projeto de Lei apresentado pelo então Ministro Moro, bem como às disposições relativas à pena e sua execução.

FERRAJOLI, Luigi. A pena em uma sociedade democrática. Trad.: Christiano Fragoso. Instituto Carioca de Criminologia. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 12, p. 31-39, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Democracia e medo. Trad.: Sérgio Lamarão. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro. Ano 19. n. 21-22. p. 117-127, 2015.

FERREIRA, Carolina Costa. *A Política Criminal no Processo Legislativo*. Belo Horizonte: Editora D'plácido, 2021.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; RAMOS, Marcelo Butelli. Os Sentidos do Populismo Penal: Uma Análise para além da Condenação Ética. *Delictae: Revista de estudos interdisciplinares sobre o delito*, Belo Horizonte, v. 2. n. 3, p. 248-297, 2017.

LACLAU, Ernesto. *A razão populista*. Trad. Carlos Eugênio Marcondes. São Paulo: Três Estrelas, 2013.

LÜDERSEN, Klaus (Org.). *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen Böse?* Band I. Baden-Baden: Nomos, 1998.

PRATT, John. *Penal Populism*. New York: Routledge, 2007.

Recebido em: 31.10.2021 - Aprovado em: 26.01.2022 - Versão final: 09.03.2022

# A FUNDAMENTAÇÃO DOS DELITOS CUMULATIVOS: AUTONOMIA, LEGITIMIDADE E REQUISITOS LEGISLATIVOS

THE GROUNDS FOR CUMULATIVE OFFENSES: AUTONOMY, LEGITIMACY AND LEGISLATIVE REQUIREMENTS

**Ítalo de Assis Marqueti Rodrigues**

Bacharelado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8396712987861146>

ORCID: 0000-0001-9842-794X

italo.marqueti@gmail.com

**Resumo:** O presente artigo aborda os fundamentos e críticas referentes à espécie dos delitos cumulativos, estrutura do delito pertencente ao gênero do perigo abstrato, com o objetivo de aferir a sua legitimidade. Foram abordadas fundamentações tradicionais de natureza moral (o argumento do *free rider*) e consequencialista (o argumento da acumulação), porém recorreu-se a uma proposta de fundamentação voltada exclusivamente para a teoria do bem jurídico, considerando a autonomia como elemento intrínseco ao bem jurídico coletivo. Foram apontados dois requisitos de criminalização, restringindo a atuação legislativa, sendo eles (i) o real potencial de acumulação da conduta proibida e (ii) a fática concretização do dano (violação da autonomia) no caso de reiteração das condutas.

**Palavras-chave:** Delito Cumulativo - Perigo abstrato - Autonomia - Teoria do Bem Jurídico.

**Abstract:** The present research addresses the fundamentals and criticisms regarding the type of cumulative delicts, structure of delict belonging to the genre of abstract danger, with the objective of assessing the legitimacy of that figure. Traditional fundamentals of moral philosophy (*free rider* argument) and consequentialism (accumulation argument) were addressed, however a proposal of a fundamental focused on the theory of legal interest was made, considering autonomy as an intrinsic element of collective legal interest. Two criminalization requirements were identified, restricting the legislative production, which are (i) the real potential for accumulation of the prohibited conduct and (ii) the materialization of the damage (autonomy violation) in the case of reiteration of the conducts.

**Keywords:** Cumulative Delict - Abstract danger - Autonomy - Legal Interest Theory.

Ao buscar desenvolvimento e progresso, a sociedade moderna submete a risco bens essenciais para o indivíduo e para a sociedade, como o meio ambiente. Porém, condutas, a princípio inócuas, acabam captadas nessa busca por segurança, práticas essas que, por vezes, não se amoldam às figuras do dano ou do perigo concreto. Nesse contexto, surge a espécie dos delitos cumulativos. Porém, a criminalização de condutas inócuas não coaduna com a função do Direito Penal, qual seja, a proteção de bens jurídicos. Logo, a justificativa dogmática para a categoria de delitos cumulativos deve passar por crivos muito delimitados do Direito Penal. Ao justificar um método de proteção a bens jurídicos, alarga-se a liberdade do legislador de produzir tipos penais. O presente trabalho analisará a legitimidade dessa categoria de delito por meio de seus fundamentos dogmáticos.

As espécies internas do gênero de perigo abstrato têm por critério de subdivisão o potencial de risco a que se expõe o bem jurídico. São três as espécies de delitos identificadas: conduta concretamente perigosa, preparação e cumulação.<sup>1</sup> No presente artigo serão analisados os delitos cumulativos.

Os delitos cumulativos buscam alcançar aquelas condutas que, se reproduzidas por número considerável de pessoas, viriam a lesar bens jurídicos. Porém, há de se apontar as nuances do conteúdo dessa espécie, para aferir a legitimidade da figura por meio de sua fundamentação.

O primeiro argumento de fundamentação a ser analisado tem por base a filosofia moral. A sociedade tem por base a cooperação, uma vez que, se o individualismo fosse a regra, o Estado Democrático

de Direito não seria a figura de organização social majoritária. A cooperação é condição de existência da sociedade, cabendo sua preservação por si só, o que acarreta um dever moral de comportamento cooperativo, unindo os indivíduos em direção e sentido comuns.<sup>2</sup> Porém, os argumentos de filosofia moral devem ter molde adequado para adentrar os limites da filosofia jurídica, mais especificamente da dogmática penal.

O exemplo tradicional de violação do dever moral de cooperação é o do *free rider*,<sup>3</sup> o viajante sem bilhete. Estando a sociedade orientada no sentido de preservar o serviço público de transporte, todos deveriam, em tese, pagar pelo bilhete. Aquele que se aproveita da existência de transporte público, viabilizada somente pela conformidade da conduta dos demais ao dever de pagamento, e tira proveito, obtém vantagem às custas da sociedade que se compromete a carregar o ônus da manutenção desse sistema. Residiria nesse desbalanço jurídico/econômico, decorrente de violação de igualdade de direitos e deveres natural do Estado Democrático de Direito, o desvalor da conduta do *free rider*.<sup>4</sup> O serviço de transporte público seria o elemento equivalente ao objeto da ação e o bem jurídico coletivo a ser preservado pela proibição seria o dever moral de cooperação.

O desvalor de ação existe, porém, há resultado danoso da conduta do *free rider*? A mera obtenção de vantagem lesa o bem jurídico? No exemplo, a sociedade retratada tem por sentido comum a preservação do transporte público por meio da cooperação; logo, o desrespeito à regra moral por um indivíduo não acarreta lesão ao bem protegido, uma vez que toda sociedade suportará o ônus. A própria base do exemplo afasta o resultado danoso da conduta,



inviabilizando sua utilização para justificar a relevância penal da preservação do dever moral de cooperação.<sup>5</sup> O argumento sinaliza para a desnecessidade da estrutura dos delitos cumulativos, logo, deve ser afastado como fundamentação da figura analisada.

Resta partir para análise do segundo argumento, aquele que trata da lógica da acumulação. A sociedade pós-revolução industrial pode ser considerada uma sociedade de risco, onde a ampliação da possibilidade de causação de dano leva à exposição constante de bens a riscos.<sup>6</sup> A microlesão ou exposição a risco são situações culturalmente esperadas; uma vez não proibida a contribuição individual, a sua reiteração é a regra nesse contexto social, logo, a tutela estatal seria necessária.<sup>7</sup> Para promover a adequação social em um contexto de risco, a lógica do grande número demanda a atuação estatal frente à individualidade do cidadão. Porém, não parece adequado imputar àquele que realiza um contributo ínfimo a responsabilidade pela possibilidade de dano em caso de reiteração do mesmo comportamento por terceiro.<sup>8</sup> Essa forma de punição partiria de uma ideia de desconfiança sobre todos os indivíduos, o que seria uma atuação Estatal puramente contracultural, fim estranho ao Direito Penal.

**Silva Dias** encerra sua análise nesse ponto, declarando esgotados os meios de fundamentação do delito cumulativo, afirmando tratar-se de estrutura ilegítima.<sup>9</sup> Porém, as recentes contribuições de **Siqueira** para a teoria do bem jurídico individual trazem nova perspectiva de fundamentação, focada na autonomia como elemento intrínseco ao bem jurídico.

O bem jurídico encontra posição analítica dentro da tipicidade, uma vez que o conceito material de crime é definido como conduta que lesa ou expõe a risco de lesão o bem jurídico. Assim, o resultado típico recai sobre um bem jurídico protegido. Em consonância com a definição de bem jurídico de **Greco, Siqueira** aponta que os bens jurídicos individuais devem se destinar ao livre desenvolvimento da personalidade e à realização dos direitos fundamentais do indivíduo.<sup>10</sup> Logo, a disposição do bem jurídico em favor dos interesses de seu titular não acarreta resultado típico; pelo contrário, evidencia a atipicidade em decorrência da ausência de resultado.<sup>11</sup> A disposição de seus próprios bens jurídicos reafirma o seu valor, sendo essa uma das mais importantes conclusões da interpretação liberal da teoria do bem jurídico. Essa disposição deve decorrer da vontade do titular, uma vez que a proteção dos bens jurídicos surge exatamente para garantir o uso e aproveitamento deles por este indivíduo. A autonomia, conceito que engloba esse poder de disposição, pode ser compreendida como um direito de viver segundo a sua própria concepção de vida boa, determinando as próprias regras.<sup>12</sup> O reconhecimento da autonomia possui fundamento constitucional tanto como componente indissociável da dignidade humana (art. 1º, III, da CR/88) quanto da liberdade geral de ação (art.5º, caput, CR/88).<sup>13</sup>

Conclui-se: a autonomia compõe o conceito de bem jurídico, pois somente quando violada poderá haver resultado típico nos bens jurídicos individuais. O conjunto composto por definição de resultado, conceito material de crime, bem jurídico individual e lesão, leva à inevitável internalização da autonomia ao conceito de bem jurídico, imbuindo o ideal protegido do potencial exercício da vontade do indivíduo.

A autonomia é elemento dos bens jurídicos individuais, porém, quando tratamos de bens jurídicos coletivos, algumas considerações devem ser feitas para justificar a inserção desse novo elemento. Primeiramente, bem jurídico é dado essencial para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social,<sup>14</sup> não havendo sinalização alguma se seriam os fins dos bens jurídicos coletivos a subsistência do sistema social ou realização pessoal dos indivíduos. Nos moldes da concepção de **Greco**, deve-se considerar que os bens jurídicos coletivos, bem como os individuais, servem tanto para um quanto para outro fim, verificando-se, no caso concreto,

qual dos dois foi afetado. Portanto, os bens jurídicos coletivos são destinados, também, à realização pessoal de indivíduos.

A aparente lesão que recai sobre a capacidade de “realização do indivíduo”, por meio da afetação de um bem jurídico, será afastada, uma vez que se verifique estar de acordo com a autonomia. São exemplos a atipicidade da lesão corporal causada na realização de uma tatuagem, bem como a não punição das relações sexuais consentidas, afastada a figura do estupro, e do assenhoramento de coisa alheia por meio de doação, que não é considerado furto.<sup>15</sup> O que afasta a tipicidade é o consentimento, a expressão da autonomia dentro da tipicidade e, uma vez não verificado, a conduta poderá ser considerada criminosa.<sup>16</sup>

Logo, o prejuízo injustamente causado ao poder de disposição de um indivíduo sobre um bem jurídico coletivo, atrelado a uma mínima alteração material, será um ataque ao bem jurídico em si, pois a autonomia afetada faz parte do bem jurídico tutelado. Caso seja violada a autonomia por qualquer afetação material, estará configurada lesão ao bem jurídico. Resumindo: uma vez que seja afetada a “realização pessoal de um indivíduo” por meio da redução do seu poder de disposição sobre determinado bem jurídico, por meio de afetação material, estará configurado o resultado típico, pouco importando se tratamos de bens jurídicos coletivos ou individuais, uma vez que a realização do indivíduo pode se dar por meio de ambos. A autonomia não está atrelada à classificação do bem jurídico como individual, mas à função desse bem jurídico de atender à realização pessoal de um indivíduo.

As dificuldades encontradas nas anteriores tentativas de fundamentação foram: a identificação de resultado danoso da conduta e a imputação de resultados derivados da conduta de terceiros a sujeitos individualizados. Em ambos os casos, deve-se observar a conduta individualmente considerada, buscando a justa imputação.

Uma vez reconhecida a autonomia como componente do bem jurídico coletivo, temos bens jurídicos que têm diversos titulares do poder de disposição. Além disso, o exercício de autonomia que afete materialmente o bem jurídico e transborde o limite estabelecido pela autonomia de outrem configura lesão contra o bem jurídico. Portanto, a conduta de um titular do poder de disposição que vá contra a autonomia alheia, por meio do exercício desse poder, tem como resultado a violação de elemento intrínseco do bem jurídico coletivo: a autonomia alheia. Em razão da utilização desse conceito de resultado, o eventual dano a ser ocasionado pela reiteração de condutas por terceiros deve incidir sobre a autonomia, o potencial de disposição do bem jurídico por um de seus titulares.

Nos bens jurídicos coletivos, visualiza-se menos a lesão contra o ideal abstrato que a violação do potencial de disposição por meio de uma afetação material mínima. A conduta que, uma vez reiterada, venha a afetar a realização pessoal individual, por meio da redução da disponibilidade do bem jurídico, é passível de criminalização, mesmo que a afetação material seja de caráter ínfimo. Isso se verifica mesmo quando o dano material parece insignificante diante da grande magnitude do bem jurídico. O conceito de bem jurídico vincula sua existência à função de satisfação dos indivíduos e, portanto, uma vez verificado prejuízo nesse sentido, a proibição da conduta é razoável.

Partamos, então, para a imputação individualizada do dano dependente da conduta de terceiros para sua concretização. Ao tratar da espécie cumulativa, as características do gênero do perigo abstrato se fazem presentes, justificando o adiantamento da punição para evitar a concretização de dano irreversível ou de difícil reparação. Uma vez confirmada a provável reiteração de condutas pelos indivíduos de uma sociedade e verificada a afetação material do bem jurídico, como consequência da reiteração, de forma a limitar o poder de disposição de seus titulares, temos a possibilidade de criminalizar o contributo individual por meio de delitos de perigo

abstrato. Mesmo que alheia à vontade do agente, a reiteração da conduta por terceiros deve ser considerada previsível; logo, não se pode contar com a não reiteração, o que seria desarrazoado e baseado em expectativas contrárias à realidade, como aquele que comete um furto de cédulas fungíveis contando que outrem deixará o mesmo valor no mesmo local, suprimindo o resultado danoso de sua conduta antes que seja perceptível aos olhos do titular daquele patrimônio.

Restam a serem analisadas questões de aplicação, como o cabimento do princípio da insignificância e a limitação do exercício da autonomia baseado no princípio da preservação.

**Badaró**, em sua exploração, busca os pré-requisitos para a criminalização dos delitos cumulativos, sintetizando material de grande valor acadêmico,<sup>17</sup> culminando em posterior artigo que trata especificamente dos delitos cumulativos contra o meio ambiente. O meio ambiente é o exemplo mais utilizado e discutido, mesmo que a estrutura atenda aos demais bens jurídicos coletivos. Porém, o destaque para o meio ambiente não decorre do fato de ser objeto de tutela e estudo de ramo autônomo do Direito, o que propicia a produção acadêmica e normativa, em parte aplicável para os demais bens jurídicos coletivos. Destacam-se dois princípios do Direito Ambiental. Primeiro, o princípio da prevenção, que se ocupa dos danos cientificamente previsíveis e respaldados empiricamente, e o princípio da precaução, que aponta que a incerteza científica da ocorrência do dano não deve ser fator impeditivo para a tomada de medidas efetivas de prevenção.<sup>18</sup>

Temos conjunto normativo-principiológico que se ocupa de ilidir dano irreversível, adiantando a tutela de maneira preventiva. Muito comum é o reconhecimento da difícil reversibilidade do dano ambiental, entendimento que serve para os demais bens jurídicos coletivos, como a confiança na moeda que, uma vez abalada por delitos, dificilmente retomar o valor atribuído a ela anteriormente.<sup>19</sup> Uma vez justificada a aproximação do Direito Ambiental ao tema debatido, deve-se atentar para os requisitos a serem atendidos para a criminalização de condutas cumulativas.

A estrutura delitiva em análise deve contemplar condutas que têm real potencial de lesão ao bem jurídico. Em razão disso, dois requisitos foram levantados em busca de limitar a atuação do

legislador ao criminalizar condutas cumulativas.

O primeiro deles se refere ao real potencial de acumulação das condutas,<sup>20</sup> fator verificável atualmente por meio de estudos provenientes da criminologia e de outras áreas das ciências sociais. Uma vez detectada a baixa possibilidade de acumulação, não haverá necessidade de criminalização, já que a afetação da autonomia de terceiros pela conduta de um único sujeito é imperceptível e não acarretará consequências concretas sobre o exercício da vontade daqueles. O ideal é que seja quantificado um índice de reiteração, permitindo verificar quantas condutas seriam praticadas dentro de um determinado número de habitantes caso não fosse criminalizada. A prerrogativa de estimar é do legislador, porém, sua discricionariedade não pode imperar, uma vez que ele deve orientar-se pelos conhecimentos das ciências empíricas e exercer seu dever de verificação, buscando os conhecimentos necessários,<sup>21</sup> seja por meio de censos, artigos e estudos específicos.

O segundo requisito é aquele que verifica o real prejuízo do bem jurídico caso as condutas venham a ser praticadas de acordo com o índice definido pelo primeiro requisito.<sup>22</sup> Verifica-se, agora, da aproximação do risco ao dano, pois no primeiro momento foi contemplado o real potencial de acumulação, vinculando a conduta a um risco de lesão ao bem jurídico e, nesse segundo momento, deve ser verificada a concretização do dano, uma vez que as condutas sejam praticadas dentro da previsão indicada pelo primeiro requisito.

Para isso, é necessário o respaldo nas ciências empíricas, que deve garantir a concretização deste dano caso as condutas sejam cumuladas.<sup>23</sup> Temos que observar o prejuízo do potencial exercício da vontade de terceiro sobre o bem jurídico lesado, ou seja, a alteração das propriedades e características do bem jurídico, de forma a reduzir o potencial de satisfação que lhe era atribuído antes da reiteração da conduta. Logo, a conduta tipificada jamais terá resultado insignificante, uma vez que o resultado normativo previsto terá sua relevância previamente verificada.

Como síntese, temos a verificação da legitimidade dos delitos cumulativos, com fundamento na teoria do bem jurídico, considerando os bens jurídicos coletivos como bens jurídicos de autonomia limitada, desde que atendidos os requisitos de criminalização.

## Notas

<sup>1</sup> HIRSCH; WOHLERS, 2007, p. 288.

<sup>2</sup> HIRSCH; WOHLERS, 2007, p. 300 e ss.

<sup>3</sup> SILVA DIAS, 2003, p. 316/318.

<sup>4</sup> SILVA DIAS, 2003, p. 317.

<sup>5</sup> BECK, 2010, p. 21 e ss.

<sup>6</sup> SILVA DIAS, 2003, p. 311.

<sup>7</sup> SILVA DIAS, 2003, p. 310/312.

<sup>8</sup> SILVA DIAS, 2003, p. 320.

<sup>9</sup> SILVA DIAS, 2003, p. 335/337.

<sup>10</sup> SIQUEIRA, 2019, p. 192.

<sup>11</sup> SIQUEIRA, 2019, p.196.

<sup>12</sup> GRECO; SIQUEIRA, 2017, p. 649.

<sup>13</sup> SIQUEIRA, 2019, p.128.

<sup>14</sup> GRECO, 2004, p. 107.

<sup>15</sup> SIQUEIRA, 2019, p.192.

<sup>16</sup> Essa postura ainda é minoritária, já que a doutrina majoritária assume que no caso de lesão corporal consentida temos o afastamento da antijuridicidade e a figura do acordo afastaria a tipicidade no caso de furto e de estupro. (SIQUEIRA, 2019, p. 175 e ss.).

<sup>17</sup> BADARÓ, 2016, p. 275 e ss.

<sup>18</sup> FIORILLO, 2019, p. 99 e ss.

<sup>19</sup> HEFENDEHL, 2016, p. 78/79.

<sup>20</sup> HIRSCH; WOHLERS, 2007, p. 301.

<sup>21</sup> HIRSCH; WOHLERS, 2007, p. 301.

<sup>22</sup> HIRSCH; WOHLERS, 2007, p. 301/302.

<sup>23</sup> HIRSCH; WOHLERS, 2007, p. 302/303.

## Referências

BADARÓ, Tatiana. *Bem jurídico-penal supraindividual*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF, 1988.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GRECO, Luís. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato - Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e a estrutura do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, Brasil, v.12, n. 49, p. 89-147, jul./ago. 2004

GRECO, Luís; SIQUEIRA, Flávia. Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no direito penal médico. *Studia Juridica*. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade

(vol. 1), v. 108, p. 643-669, 2017.

HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como a pedra angular da norma penal. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

HIRSCH, Andrew Von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. In: ALCÁCER, Rafael; MARTÍN, María; URBINA, Iñigo (eds.). *La Teoría Del Bien Jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

SILVA DIAS, Augusto. *What if everybody did it?: Sobre a (in)capacidade de ressonância do Direito Penal à figura da acumulação*. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, a. 13, n. 3, p. 303-319, jul./set. 2003.

SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

Recebido em: 02.07.2021 - Aprovado em: 13.09.2021 - Versão final: 19.10.2021

# SISTEMA PENAL E DEMOCRATICIDADE: PROBLEMAS DE REPRESENTATIVIDADE ENTRE ORIGEM E DESTINO DAS NORMAS PENAIS

*CRIMINAL SYSTEM AND DEMOCRATICITY: REPRESENTATION PROBLEMS ON THE PATH  
BETWEEN SOURCE AND RECIPIENTS OF CRIMINAL RULES*

## **Bruno Cavalcante Leitão Santos**

Doutor em Direito pela PUCRS. Mestre em Direito Público pela UFAL.  
Professor de Direito Penal no Centro Universitário Cesmac – Maceió/AL  
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9699629460607799>  
ORCID: 0000-0001-7556-2348  
[brunoleitao.adv@hotmail.com](mailto:brunoleitao.adv@hotmail.com)

## **Francisco de Assis de França Júnior**

Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra. Professor  
no Centro Universitário Cesmac - Maceió/AL  
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2739102277898461>  
ORCID: 0000-0002-6958-920X  
[fafjunior2016@gmail.com](mailto:fafjunior2016@gmail.com)

**Resumo:** O presente artigo tem como objetivo analisar criticamente a falta de democraticidade na produção de normas do sistema penal brasileiro. A problemática proposta intenta saber "quem são as pessoas que produzem as normas penais e o quão representativas da população elas são?". A hipótese é a de que, apesar de iniciativas de correção de rumo, falta uma adequada representatividade na articulação de políticas públicas no sistema de controle e de punição. A partir do método qualitativo, por meio de uma abordagem hipotético-dedutiva, pretende-se demonstrar que há muito ainda a ser feito caso se queira que a normatização brasileira esteja no espectro do que se denomina ambiente democrático.

**Palavras-chaves:** Democraticidade - Sistema Penal - Representatividade - Legitimidade.

**Abstract:** This article aims to critically analyze the lack of democracy in the production of norms in the Brazilian penal system. The proposed problematic is interested in knowing "who are the people who produce the penal norms and how representative of the population are they?". With the hypothesis that, despite initiatives to correct course, there is a lack of adequate representation in the articulation of public policies in the control and punishment system. Based on the qualitative method, guided by a hypothetical-deductive approach, we intend to demonstrate that there is still a lot to be done if we want the Brazilian standardization to be in the spectrum of what is called a democratic environment.

**Keywords:** Democracy - Criminal System - Representativeness - Legitimacy.

## **1. Introdução**

Uma das questões mais relevantes e complexas quando se discutem as democracias contemporâneas é o grau de representatividade da população nos órgãos de formulação e de implementação das políticas públicas, sobretudo aquelas que regem o sistema oficial de controle e de punição. O ambiente democrático, como se sabe, não é movido apenas pela vontade da maioria, mas pressupõe o respeito a espaços discursivos em que as minorias tenham também a oportunidade de participar ativamente do processo de estruturação do ordenamento.

A partir desses pressupostos básicos, portanto, será possível avaliar melhor o grau de democraticidade de um país, o que deve despertar maior preocupação quando da estruturação das normas criminais, por conta de sua interferência junto à dignidade.

Nesse contexto, interessa questionar, por exemplo, "quem cria a norma que nos obriga?", "quem a interpreta e determina seu alcance?" e, portanto, "quem executa as políticas públicas normatizadas em matéria de segurança?". Dito sucintamente, a problemática aqui proposta se desenvolve a partir da seguinte indagação: "quem são essas pessoas e o quão representativas da população elas são?". É com base nessas questões que os debates se desenvolvem no Grupo de Pesquisa "Sistema Penal, Democracia e Direitos Humanos", vinculado ao Centro Universitário Cesmac (Maceió/AL) e ao CNPQ. Nele, a preocupação se volta para a falta de representatividade e para as iniciativas sobre o sistema de controle e de punição no Brasil.

Com a hipótese de que falta uma adequada representatividade na articulação de políticas públicas no âmbito do sistema de controle e de punição, bem como que há ainda o desenvolvimento de uma deturpada ideia de democracia no Brasil, o presente artigo tem como

objetivo principal revelar as incoerências fomentadas pelos agentes responsáveis pela otimização da dignidade humana e que, com suas iniciativas, comprometem as bases de uma substancial democracia.

Assim, de posse do método qualitativo, por meio de uma abordagem hipotético-dedutiva, e a partir da técnica da revisão de literatura, busca-se demonstrar que há muito ainda a ser feito caso se queira que a normatização brasileira esteja no espectro do democrático.

## **2. Quem nos representa?**

Segundo a Câmara dos Deputados,<sup>1</sup> o número de deputados federais autodeclarados brancos era de 75%, sendo os demais cargos distribuídos do seguinte modo: 20,27% de pardos, 4,09% de pretos, 0,389% de amarelos e apenas um indígena (0,19%). Entretanto, segundo o IBGE, na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD Contínua) de 2019,<sup>2</sup> 42,7% da população brasileira é autodeclarada branca, 9,4% preta e 46,8% parda. Além disso, apenas 15% da Câmara dos Deputados é ocupada por mulheres,<sup>3</sup> quando esse percentual da população brasileira é de mais de 50%, segundo a PNAD Contínua.

No Judiciário, responsável pela interpretação e pela aplicação do fruto do trabalho do Legislativo, o CNJ, em seu último censo de 2013,<sup>4</sup> havia indicado que apenas 14,2% dos magistrados se declararam como pardos e 1,4% como pretos. Não à toa, o CNJ editou a Resolução 203/2015 para reservar 20% das vagas destinadas ao ingresso na magistratura aos negros (termo que engloba pardos e pretos). Dada a pouca frequência de concursos para a magistratura, sobretudo pelos custos, a aferição da eficácia dessa resolução parece prejudicada, razão pela qual se considera inegável ainda existir uma discrepância em termos de representatividade da população negra na atividade judiciária no Brasil.



No Executivo Federal, esses números não mudam muito. Assim, o mapeamento feito pelo IPEA entre os anos de 1999 e 2020<sup>5</sup> sobre cor ou raça do serviço civil ativo do Executivo federal, mesmo mostrando uma crescente ocupação de cargos por pessoas negras após 2014, com a Lei 12.990/2014 (Lei de cotas no serviço público), os negros acabam por ocupar mais espaços em que se exige menor escolaridade. Observa-se, em 2020, que a ocupação de cargos que exigem nível superior apresenta 65,1% de pessoas brancas e 27,3% de negros e negras (com 5,3% de “não informado”), algo ainda mais perceptível em cargos de comissão, principalmente os mais elevados, como DAS-5 e DAS-6. Neste último, com ocupação de 65% para homens brancos, 15,4% para mulheres brancas, 13,3% para homens negros e apenas 1,3% para mulheres negras. Dados referentes a grupos de PcD e LGBTQIA+ nem sequer foram produzidos.

Refletir criticamente sobre esses dados remete à própria história do sistema penal, e a tudo que é apresentado sobre questões como legitimidade e controle social. Cumpre buscar alguma racionalidade que justifique o monopólio da violência exercido pelo Estado. Essa justificativa, como bem aponta **Mir Puig** (2003), só se mostra razoável numa gestão que apresente uma espécie de moral pública apta a proporcionar a realização pessoal de seus cidadãos, a partir de uma concepção mais democrática sobre seu sistema penal, limitando sua finalidade preventiva apenas a coagir ações efetivamente lesivas a terceiros. Isso só se mostra razoável quando os destinatários efetivamente participam do controle ao qual se submetem.

### 3. Sistema penal e democraticidade: entre o substancialismo e o procedimentalismo

**Norberto Bobbio** apresenta a democracia como um “[...] conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar decisões coletivas e com quais procedimentos [...]” (2019, p. 35). E complementa: “[...] aqueles que são chamados a decidir ou a eleger os que deverão decidir sejam colocados diante de alternativas reais [...]” (2019, p. 37), com vistas a garantir sobretudo os direitos de liberdade. Ocorre, portanto, que, como um processo discursivo destinado a envolver um conjunto heterogêneo de pessoas, com interesses que muitas vezes conflitam, será sempre necessário estabelecer critérios para se certificar de que cada um dos grupos populacionais está realmente representado nessa engrenagem.

Desse modo, não há como se pensar em democracia em comunidades que restringem ou dificultam de algum modo o desenvolvimento da autonomia pessoal e coletiva de determinados grupos, principalmente quando se observa que os destinatários do rigor, do controle em expansão, não são os mesmos que comumente têm acesso aos benefícios de “fazer parte” dessa comunidade. Os gestores desse sistema devem ter a consciência de que um ambiente democrático pressupõe a participação de todos nas mais variadas áreas.

Assim, a cada dia é mais urgente uma reaproximação entre as teorias sobre democracia e legitimidade como elemento central das discussões que visam renovar o sistema penal. Tem-se que, primordialmente, há a emergente necessidade de uma discussão inclusiva sobre o que deveria ser objeto de tutela penal, em contraposição ao elitismo que cerca as pautas de Direito Penal, como se decisões tomadas por técnicos se mostrassem mais adequadas, e a participação popular se apresentasse como algo dissociado de alguma racionalidade.

O Direito Penal decorrente de um legislativo pouco representativo, diariamente interpretado e aplicado por grupos de perfil semelhante, ou seja, com baixo nível de democraticidade nos três poderes, carece de legitimidade, mitiga sua autoridade e apresenta frágil justificativa, quase que exclusivamente numa acéfala discussão dogmática sobre

lesão a bens jurídicos, com um claro déficit democrático já *ex ante*, pois falta representatividade aos destinatários.

**Antony Duff** (2015) entende ser necessária uma teoria comunicativa que racionalize e dê legitimidade à pena, algo que, justamente por falta de representatividade, só proporciona a alguns grupos a via do protesto ou do descumprimento; algo que, da mesma forma, a partir da perspectiva de quem exerce o controle, acaba por ampliar a repressão a esses movimentos.

Um posicionamento crítico sobre uma necessária aproximação entre a ideia de democracia e a questão penal é apresentado por **Carlos Nino** (1997), para quem se deve ter uma visão epistêmica sobre o Direito Penal, sem se afastar do debate público. Nesse contexto, ainda com o autor, se uma norma é debatida e os afetados participam desse debate, seu nível de democraticidade e legitimidade é indiscutivelmente maior. Logo, quando um grupo é impedido de participar do processo discursivo, há uma situação de exceção, existindo um baixo nível de democraticidade, o que não parece ocorrer à toa, sobretudo observando, por exemplo, o PL 272/2016, que buscava ampliar o alcance da chamada Lei de Terrorismo.

Uma presença mais participativa da população pode apresentar consequências positivas, tal como indicado por **Roberto Gargarella**, uma vez que:

1. permitiría incorporar información relevante al proceso de toma de decisiones;
2. ayudaría a eliminar sesgos indeseados de dicho proceso;
3. permitiría a las personas diluir o remover prejuicios sin sustento, reconocer la dignidad de los puntos de vista y de las vidas ajenas y aprender acerca de su sufrimiento;
4. forzaría a otras personas a ofrecer razones públicas que, en su ausencia, tenderían a no aparecer;
5. movería a otras personas a filtrar demandas irreflexivas basadas en pasiones o en el mero interés propio;
6. alentaría a cada uno clarificar sus propias opiniones y a “repensar” sus reclamos, y 7. educaría las personas en el arte de vivir juntos a otros (2016, p. 167-168).

Impõe-se o cuidado com o elitismo penal, em que o substancialismo garantista é utilizado como elemento limitador de maior participação popular. Um grande exemplo sobre o conflito entre procedimentalismo e substancialismo se dá quando se observam as leis de anistia do Uruguai e da Argentina. Na Argentina, o que ocorreu foi uma autoanistia pelo último presidente militar, em 1983, que teve sua validade discutida com a redemocratização. **Carlos Nino** (GARGARELLA, 2016) reforçou as críticas questionando sua aceitabilidade moral.

No Uruguai, o contexto foi outro, com a Lei de Anistia promulgada pelo Congresso eleito, ratificada por um referendo popular em 1989 e por um plebiscito em 2009. Mesmo assim, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) decidiu, em 2011, no Caso Gelman, que tal lei era inválida, desprezando as iniciativas populares. Essa situação demonstra o elitismo penal, pois “posturas como las de CIDH em ‘Gelman’ ilustran bien cuál es el modo de pensar dominante dentro de la doctrina penal contemporánea, al menos em el mundo latino” (GARGARELLA, 2016, p. 155), em que se dá preponderância ao papel dos técnicos, descredibilizando as interferências democráticas de populares em matéria penal.

Em sociedades plurais, privilegiar a proteção substancial de direitos pode levar a uma espécie de ditadura do Judiciário, incompatível com a ideia de democracia, que visa à inclusão e à contínua discussão, verificando-se uma espécie de alienação legal de seus cidadãos.

Tudo bem que, não raro, essa população precisa ser contida naquilo que deseja. Não é incomum pesquisas apontarem para o apoio popular em medidas penais mais duras. A ideia de democraticidade,

entretanto, não significa atender a tudo aquilo que é desejado. Haverá sempre um núcleo de dignidade intangível. O fato é que deve existir a oportunidade efetiva de ocupação dos espaços de poder, permitindo que a pessoa exerça também seus direitos como um legítimo agente político.

Quando se pensa numa justificação, as pessoas acatam a coerção pelo benefício de estarem associadas a uma comunidade, havendo implicitamente um consenso. Porém, com cidadãos autônomos que criam as normas às quais se submetem, qualquer estrutura que os afaste dessa ideia levam-no à alienação legal (GARGARELLA, 2016). Quanto maior for a situação de desigualdade social, maior será o esforço para obter essa justificação, mas essa diminuição da legitimidade, por si só, não afasta a responsabilidade penal.

É nesse contexto que a ideia do republicanismo (PETTIT; BRAITHWAITE, 2015) pode se apresentar como útil à aproximação do Direito Penal com uma democracia substancial. Mas isso, como um ideal de comunidade com fortes vínculos identitários, funciona de forma mais eficaz em pequenas comunidades, o que não fragiliza o debate, tendo em vista que o Estado deveria fracionar e delegar mais seus poderes, gerando cada vez mais autonomia para as comunidades sobre temas associados à esfera do controle, aproximando-se de um dos principais postulados do abolicionismo. O protagonismo deveria recair sobre os envolvidos.

O liberalismo muitas vezes passa uma imagem deficitária sobre a democracia, como se eleições fossem um produto da escolha individual de seus eleitores, algo que o republicanismo considera como uma necessidade de reforçar as instituições e os pequenos grupos éticos na sociedade, incentivando cada vez mais a participação de seus membros nos assuntos comunitários. Alguns modelos de justiça mais democrática são fomentados pelo próprio Direito penal, assim como a possibilidade de transação penal (Lei 9.099/1995).

Compreende-se que a democracia necessita de atualização, pensando-se para além das perspectivas formais e materiais do Direito e incorporando-se cada vez mais a perspectiva procedimental. Há de se reconhecer que as pautas públicas, devido à ampliação das tarefas de regulação estatal, levam a certa dependência dos interesses empresariais, os mesmos que financiam o jogo político do qual a grande massa não faz parte. Isso obriga a observar o quão se é refém dos Direitos Eleitoral e Administrativo, e da estatização dos partidos políticos (HABERMAS, 2011), tendo em vista que em grande parte dos poderes haverá um fatiamento de espaços entre partidos. Imagine-se, portanto, o risco da conseqüente redução da

proteção dos servidores técnicos com a PEC 32, denominada de Reforma Administrativa.

O que se observa é que os grupos que mais precisam de apoio são justamente os mais reprimidos pelo Estado; os mais vulneráveis são aqueles que menos espaços ocupam nessa engrenagem, com pouca ou nenhuma representatividade política, atingidos diretamente no déficit democrático. Só com uma participação efetiva, e uma verificável representatividade dos comumente destinatários das normas penais, é que se poderá falar em um reconhecimento ético, político e jurídico (FORST, 2010) desses grupos.

#### 4. Considerações finais

Não é de hoje que são desvelados os mitos sobre a democracia brasileira, sobretudo quando a perspectiva é racial. Os descompassos de representatividade são gritantes e a necessidade de reparação, urgente. E esse não é exclusivamente um problema de determinar cotas em universidades ou concursos públicos, mas de viragem valorativa da forma como se produz e articula todo o aparato normativo ainda em curso.

Uma mentalidade elitista e autoritária ainda ilumina intensamente os espaços de poder no Brasil, disseminando-se, por consequência, a conclusão de que haveria uma parcela significativa da população que precisaria de certa "tutela", o que é uma falácia.

O presente artigo buscou identificar quem, na realidade, tradicionalmente nos tem representado nas instâncias de poder mais significativas. O objetivo principal era analisar criticamente a legitimidade e os rumos da democracia brasileira, a partir de seu sistema mais traumático e invasivo, ou seja, o penal.

Dadas as pessoas em tais postos de comando, não é à toa que, mesmo com uma população constituída majoritariamente por pessoas pobres, verifica-se a força do patrimonialismo. É sintomático que se mantenha como o crime de pena mínima mais grave (24 anos) um comportamento que mira primariamente o patrimônio (art. 159, § 3º, do Código Penal).

Assim, o que se propôs foi uma revisitação aos pressupostos que constituem a ideia de democracia, menos estatizada, a fomentar esferas públicas autônomas com maior participação da comunidade, mediadas por grupos não estatizados, com mecanismos que possibilitem uma maior participação popular nas discussões que envolvem a criação de normas penais, desde a educação, incluindo debates públicos sobre seus possíveis efeitos, ao passo que melhor prepara os aplicadores das normas penais, algo que começa com um acesso equânime e mais democrático, até uma contínua atualização de seus servidores sobre as temáticas com as quais lidam no dia a dia.

#### Notas

- 1 Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/545913-numero-de-deputados-negros-cresce-quase-5/>. Acesso em: 30 jan. 2022.
- 2 Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101707\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101707_informativo.pdf). Acesso em: 30 jan. 2022.
- 3 Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/545897-bancada-feminina-na-camara-sobe-de-51-para-77-deputadas/>. Acesso em: 30 jan. 2022.

- 4 Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisa-do-cnj-quantos-juizes-negros-quantas-mulheres/>. Acesso em: 30 jan. 2022.
- 5 Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/pubpreliminar/210212\\_diest\\_cor\\_ou\\_raca\\_servidores\\_civil\\_ativo\\_do\\_executivo\\_federal.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/pubpreliminar/210212_diest_cor_ou_raca_servidores_civil_ativo_do_executivo_federal.pdf). Acesso em: 30 jan. 2022.

#### Referências

- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 16. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2019.
- BRASIL. Decreto-lei Nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 1940.
- BRASIL. Lei Nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. *Lei dos Juizados Especiais*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 1995. DUFF, Antony. *Sobre el castigo: por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*. Tradução de Horacio Pons. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015.
- FORST, Rainer. *Contextos da justiça: filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo*. Tradução de Denilson Luís Werle. São Paulo: Boitempo, 2010.

- GARGARELLA, Roberto. *Castigar al prójimo: por una refundación democrática del derecho penal*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade – vol. II*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011.
- MIR PUIG, Santiago. *Introducción as las bases del Derecho Penal: concepto y método*. 2. ed. Montevideo / Buenos Aires: B de F, 2003.
- NINO, Carlos. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.
- PETTIT, Phillip; BRAITHWAITE, John. *No sólo merecido: por una justicia penal que vaya más allá del castigo*. Tradução de Elena Odriozola. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015.

Recebido em: 19.08.2021 - Aprovado em: 17.01.2022 - Versão final: 08.02.2022

## O ACESSO AOS ELEMENTOS DE PROVA PELO INVESTIGADO NA FASE DO INQUÉRITO: A CONQUISTA DA SÚMULA VINCULANTE N. 14

ACCESS TO CRIMINAL INVESTIGATION RECORDS BY THE PERSON UNDER INVESTIGATION:  
ACHIEVING THE BINDING LEGAL PRECEDENT N. 14

**Alberto Zacharias Toron**

Doutor e Mestre em Direito pela USP. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade de Salamanca. Professor de Processo Penal da FAAP. Conselheiro Federal da OAB e ex-presidente do IBCCRIM. Advogado criminal.  
aztoron@terra.com.br

**Resumo:** A correta interpretação da Súmula Vinculante (SV) 14 e dos acórdãos que lhe dão suporte está centrada em que a eficácia das investigações deve respeitar o direito de defesa por expressa disposição legal e como decorrência da amplitude do direito de defesa. Sua aprovação pelo STF em 2009 representou a quebra de uma estrutura autoritária na forma de investigar, que pretendia dificultar o exercício da defesa ao máximo, com um padrão de prisões temporárias, buscas e apreensões, oitivas dos investigados de um lado, e, de outro, a obstaculização do acesso aos autos pelos advogados dos investigados. Por isso, o tema central no Estado democrático de Direito não é saber “quando é necessário” permitir o acesso aos autos por parte do investigado, mas, sim, quando é, excepcionalmente, legítimo impedi-lo.

**Palavras-chave:** Súmula Vinculante 14 - Acesso aos autos do inquérito pelo investigado - Garantias do investigado no inquérito - Estado democrático de direito.

**Abstract:** The effectiveness of investigations must respect the right of defense by express legal provision and due to the breadth of the right of defense. This is the correct interpretation of the Binding Legal Precedent n. 14 and the rulings that support it. Its approval by the STF in 2009 represented a break from an authoritarian structure of investigation, intended to make the exercise of defense as difficult as possible: temporary arrests, searches and seizures, and suspect interrogation whilst blocking access to the records by the lawyers of the person under investigation. The central issue in a democratic rule of law is not knowing “when it is necessary” to allow access to the records to the person under investigation, but when it is, exceptionally, lawful to prevent it.

**Keywords:** Binding legal precedent n. 14 - Access to criminal investigation records by the person under investigation - Legal guarantees of the person under investigation - Democratic rule of law.

No Boletim anterior, o Procurador da República Henrique de Sá Valadão Lopes brindou-nos com um instigante artigo intitulado “Quando [é] necessário o acesso pela defesa aos elementos de prova? O art. 3-B, XV, CPP à luz dos precedentes da SV 14”. Inteligentemente, o Autor parte da análise dos precedentes que deram base à construção da Súmula Vinculante em exame e, numa leitura restritiva, conclui “que o acesso pelo investigado aos autos da investigação sigilosa é exceção”. Não havendo prisão decretada ou iminência da realização do interrogatório, “não haveria restrição a direitos que tornasse necessário o acesso à investigação e aos elementos de prova lá documentados” (p.).

Como fui impetrante do histórico **HC 82.354**, acórdão seminal do STF no tema do acesso aos autos do inquérito por parte do investigado quando gravado pelo sigilo e, depois, no âmbito do Conselho Federal da OAB, fui o proponente do pedido de edição da súmula vinculante (PSV 1), redigi-o e o sustentei no Pleno do STF, senti-me estimulado para dialogar com o texto anterior do qual, na essência, discordo da abordagem restritiva.

### 1. Os antecedentes da criação da SV 14

No longínquo ano de 2000, Mévio recebeu uma intimação para ser indiciado e oferecer material gráfico de seu próprio punho na Delegacia de Cartas Precatórias da Polícia Federal em São Paulo. Como a Precatória oriunda de Foz do Iguaçu (PR) não trazia maiores dados sobre a investigação, um colega de escritório se encarregou de examinar os autos do inquérito em Foz, pois é impossível questionar a justa causa para o indiciamento ou mesmo orientar o cliente quanto ao que dizer e até mesmo decidir por ficar em silêncio sem essa providência comezinha, mas essencial. Enfim, sem ter feito um “curso completo de parapsicologia forense” não se pode exercer a advocacia sem examinar os autos e, tampouco, dar vida à defesa.

Não é por acaso que o Estatuto da OAB, desde a Lei 4.215, de 1963, assegurava ao advogado o acesso aos autos de inquérito, mesmo que conclusos à autoridade (art. 89, inc. XIV). Hoje esse mesmo direito vem assegurado tanto no art. 7º, inc. XIV da Lei 8.906/94 como pelo art. 3-B, XV, do CPP, introduzido pela Lei 13.964/2019, ora suspenso por decisão monocrática do Min. Luiz Fux na ADI 6.298.



Não obstante, o delegado da Polícia Federal indeferiu o pedido de vista invocando o decreto de sigilo imposto com fundamento no art. 20 do CPP. O Juiz Federal, na mesma linha, agregou que o interesse público na eficácia das investigações deve prevalecer sobre o do particular no exame dos autos. O fato, até então, era surpreendente. Normalmente os delegados de polícia, estaduais ou federais, não opunham qualquer obstáculo ao exame dos autos pelo advogado do investigado, desde que munido de procuração. Podiam, às vezes, dar uma canseira, mas não passava disso.

Agora parecia se iniciar uma nova prática. A propósito, numa elucidativa entrevista, o então Diretor-Geral da Polícia Federal, Paulo Lacerda, revelou que a técnica de negar acesso aos autos visava a impedir que os investigados combinassem suas defesas<sup>1</sup> e, obviamente, embora não expresso, que fossem instruídos pelos seus advogados. Funcionou durante um tempo e, por vezes, ainda hoje.

Identificando na recusa ao acesso aos autos do inquérito a ocorrência de ofensa ao direito líquido e certo previsto no Estatuto da OAB, o caminho foi um mandado de segurança contra o ato violador da autoridade judiciária. Todavia, embora por maioria, o TRF da 4ª Região, na mesma linha do juiz, negou a segurança. Resumidamente, além da supremacia do interesse público, o acórdão acentuou ser o inquérito um instrumento de "autodefesa próprio do Estado no combate ao crime", devendo-se assegurar no seu transcurso o sigilo.<sup>2</sup> Levado o tema ao STJ pela via do recurso ordinário constitucional, sua 2ª Turma, por 3 votos a 2, desproveu-o ao argumento de que "Em nome do interesse público, podem as investigações policiais revestirem-se de caráter sigiloso, quando não atingirem o direito subjetivo do investigado".<sup>3</sup>

Não havendo outro recurso no mandado de segurança e nem mesmo a possibilidade de se manejar outro mandado originário para o STF, percebi que se, por um lado, o tema discutido atingia direito líquido e certo do advogado, por outro, também interferia com o direito de defesa do investigado na fase investigatória. Ou, como sintetizou o Min. Sepúlveda Pertence no **HC 82.354**,

o mesmo constrangimento ao exercício da defesa pode substantivar violação à prerrogativa profissional do advogado - como tal, questionável mediante mandado de segurança - e ameaça, posto que mediata, à liberdade do indiciado - por isso legitimado a figurar como paciente no *Habeas Corpus* voltado a fazer cessar a restrição à atividade dos seus defensores (DJ 20/8/2004).

Havia, é certo, uma grande incompreensão quanto a essa ideia. Erguia-se um verdadeiro mantra, ora a dizer que o tema não atinava com o direito de locomoção, ora que não há defesa e nem contraditório na fase pré-processual.

Contudo, qualquer pessoa com alguma experiência no Processo Penal sabe que uma palavra mal posta na fase do interrogatório policial pode, conjugada com outro dado colhido na fase do contraditório, servir para a condenação e supressão da liberdade; certo ou errado, é assim que as coisas se passam na cena forense. Não é à toa que a Constituição assegura ao autuado em flagrante ter um advogado ao seu lado e, por extensão, ao investigado em geral durante a investigação (cf. art. 5º, inc. LXIII). De fato, a presença do advogado não é decorativa ou cerimonial, apenas para dar um "apoio moral", "uma força" ao assistido, como se diz popularmente. Essa presença presta-se, sobretudo, à orientação técnica do autuado em flagrante ou do investigado. No ponto, muito sensível a essa questão, o Min. Sepúlveda Pertence, que já havia exercido com muito brilho a advocacia, disse logo na ementa do acórdão do **HC 82.354**:

1. O cerceamento da atuação permitida à defesa do indiciado no inquérito policial poderá refletir-se em prejuízo de sua defesa no processo e, em tese, redundar em condenação a pena privativa de

liberdade ou na mensuração desta: a circunstância é bastante para admitir-se o *habeas corpus* a fim de fazer respeitar as prerrogativas da defesa e, indiretamente, obviar prejuízo que, do cerceamento delas, possa advir indevidamente à liberdade de locomoção do paciente (DJ 20/8/2004).

E mais:

3. A oponibilidade ao defensor constituído esvaziaria uma garantia constitucional do indiciado (CF, art. 5º, LXIII), que lhe assegura, quando preso, e pelo menos lhe faculta, quando solto, a assistência técnica do advogado, que este não lhe poderá prestar se lhe é sonegado o acesso aos autos do inquérito sobre o objeto do qual haja o investigado de prestar declarações.

A essência desse acórdão, *leading case* na matéria, está, de um lado, na inoponibilidade ao advogado do investigado do sigilo do inquérito e, de outro, na limitação deste acesso ao que já estiver documentado nos autos do procedimento investigatório, permitindo-se o escamoteamento apenas das diligências em andamento como forma de proteger a eficácia das investigações. Outro ponto igualmente importante é o afastamento da contraposição entre o interesse público na eficácia da investigação e o privado no exame dos autos. Disse o relator:

O conflito aparente de interesses contrapostos, de que partem tais raciocínios, no entanto, mais que aparente, é falso, na medida em que a lei mesma o resolve, em favor da prerrogativa do defensor e contra a oponibilidade ao advogado do sigilo decretado do inquérito (item 34 do acórdão).

A despeito de ter sido unânime a decisão da Primeira Turma do STF, delegados federais, procuradores da República, além de juízes federais e Tribunais, deram de ombros a este pronunciamento com os mais diferentes subterfúgios. Ora se dizia que a pessoa já havia tido acesso, ora que não era investigada ou mesmo que o *writ* não era via idônea para se conhecer do reclamo. Não por acaso vários outros *Habeas Corpus* chegaram à Suprema Corte, e não apenas os que são referidos como base para a edição da SV 14. Para exemplificar, veja-se o **HC 86.059**, relatado pelo Min. Celso de Mello e igualmente o elenco de decisões citado pelo Cezar Peluso no **Inq. 2.424** ao determinar que a autoridade policial abrisse vista dos autos aos advogados:

ADVOGADO. Investigação sigilosa do Ministério Público Federal. Sigilo inoponível ao patrono do suspeito ou investigado. Intervenção nos autos. Elementos documentados. Acesso amplo. Assistência técnica ao cliente ou constituinte. **Prerrogativa profissional garantida**. Resguardo da eficácia das investigações em curso ou por fazer. Desnecessidade de constarem dos autos do procedimento investigatório. HC concedido. Inteligência do art. 5º, LXIII, da CF, art. 20 do CPP, art. 7º, XIV, da Lei n.º 8.906/94, art. 16 do CPPM, e art. 26 da Lei n.º 6.368/76. Precedentes. É direito do advogado, suscetível de ser garantido por *habeas corpus*, o de, em tutela do interesse do cliente envolvido nas investigações, ter acesso amplo aos elementos que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária ou por órgão do Ministério Público, digam respeito ao constituinte (**HC n.º 88.190**, rel. Min. Cezar Peluso, DJ 6.10/06).

No mesmo sentido, cf., ainda, **HC n.º 82.354**, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 24.09.04; **HC n.º 86.059-MC**, rel. Min. Celso de Mello, DJ30.6.05; **HC n.º 88.520-MC**, rel. Min. Ellen Gracie, DJ 25.4.06; **HC n.º 90.232**, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 2.03.07; **HC n.º 87.827**, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 23/06/06; e, ainda em decisão monocrática proferida pelo Min. Nelson Jobim, no **HC n.º 87.619-MC**, DJ de 01.02.06.

Para evitar o calvário pelo qual passavam os advogados, isto é, ter

que percorrer todos os degraus da jurisdição até chegar ao STF, o Conselho Federal da OAB submeteu ao STF a proposta de edição de uma Súmula Vinculante. Vencidas as resistências internas na Ordem por conta do preconceito contra o instituto da Súmula Vinculante, o pedido foi protocolizado e, por nove votos a dois, deferido, gerando a **SV 14**, que tem sido invocada em diferentes Reclamações diretamente no STF para remediar abusos.<sup>4</sup>

## 2. Investigação e Estado democrático de direito

**Victor Nunes Leal**, na obra que o imortalizou perante a nação, referindo-se aos Regimentos relativos ao governo do Distrito Diamantino, acentuava que o Intendente "podia julgar com prova secreta, «sem figura alguma de juízo», razão pela qual foi proibida a advocacia no Tijuco»<sup>5</sup>

Vê-se, pois, que não é de hoje que a figura do advogado, representando o réu na ação penal ou o investigado na fase do inquérito, é considerada como um estorvo a ser evitado. Aliás, na Inquisição, em matéria de heresia, **Nicolau Emérico** dizia que se deveria proceder com muita simplicidade e sem as grandes solenidades dos julgamentos: "*Simpliciter & de plano sine advocatorum & Judiciorum streptu et figura*" (1972, p. 105). **Nicolás González-Cuéllar Serrano**, ao explicar a função do advogado perante o Santo Ofício, referia que sua figura era a de um "colaboracionista", sendo que Inocêncio III proibiu, por decreto de 6 de junho de 1205, a defesa ou patrocínio dos hereges.<sup>6</sup>

Ocorre, no entanto, que o poder punitivo numa democracia se encontra limitado por várias disposições de caráter constitucional, que atingem e restringem o seu exercício. Fortes, nesse sentido, são as disposições que, regulando a atividade do Processo Penal, inadmitem as provas ilícitas e, no Direito Penal, vedam as penas cruéis, perpétua e de morte. O conjunto de direitos e garantias individuais inscrito no artigo 5º da Lei Maior impede, concretamente, que se torture alguém em nome, por exemplo, da eficácia repressiva, descoberta da verdade, etc. O mesmo se pode afirmar em relação aos grampos telefônicos: a conversa interceptada ilicitamente, ainda que materialmente possa expressar alguma verdade, é imprestável. Disso se infere que no campo do Processo Penal há limites cognitivos à atividade persecutória estatal, erigidos

em nome de uma ética reconhecida pelo documento maior de nossa cidadania.

É, portanto, frise-se, em nome do interesse público, reconhecido pela Constituição, que se veda a introdução no processo de provas ilícitas ou mesmo o inquérito secreto. Por isso e para ilustrar, não se pode admitir que se pretenda válida uma confissão obtida mediante tortura, com o argumento de que, em nome do interesse público, deva prevalecer a confissão pelo que nela há de verdadeiro. Sustentar o contrário levaria ao absurdo de se afirmar que o direito de o cidadão não ser torturado, identificado como interesse individual, não pode se sobrepor ao da eficácia repressiva ou da descoberta da verdade real.

Os acórdãos que deram base ao surgimento da SV 14 não fizeram mais do que reafirmar a lei e os princípios constitucionais como o direito de defesa. Se o Ministro Peluso, após citar amplamente o acórdão relatado pelo Ministro Pertence, afirmou haver contraditório no inquérito e o primeiro o inadmitiu, isso não retira em absoluto a essência do significado da Súmula em exame: impedir o desenvolvimento do inquérito sem que o advogado tenha acesso ao inquérito para orientar a defesa de seu cliente ou mesmo fiscalizar a legalidade do procedimento pré-processual. E o fato de os acórdãos retratados cuidarem de presos ou de pessoas na iminência de serem interrogadas não retira o direito de qualquer outro investigado ter acesso aos autos de que tenha conhecimento, mesmo sem estar nessas situações.

Por fim, a disposição constante do art. 3º-B, inc. XV, do CPP, cuja eficácia ainda está suspensa por força de uma ADI, "quando se fizer

necessário" deve ser compreendida no seu conjunto, isto é, o de assegurar prontamente "o direito outorgado ao investigado e seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento". Portanto, a regra é a possibilidade de exame dos autos de inquérito como direito outorgado e não como exceção. A suposição de que o sigilo é sempre necessário para a consecução das investigações contrasta com a realidade de que a grande maioria dos procedimentos não corre sob sigilo.

"É, PORTANTO, FRISE-SE, EM NOME DO INTERESSE PÚBLICO, RECONHECIDO PELA CONSTITUIÇÃO, QUE SE VEDA A INTRODUÇÃO NO PROCESSO DE PROVAS ILÍCITAS OU MESMO O INQUÉRITO SECRETO."

### Notas

- 1 Jornal **Hoje em Dia**, Caderno Brasília, ed. de 17 a 23/6/07, n. 528, p. 11
- 2 TRF-4, 2ª T., MS n. 1999.04.01138371-5, rel. Des. Fed. Wilson Darós, rel. p./ o ac. Des. Fed. Elcio Pinheiro de Castro j. em 04/5/2000.
- 3 RMS n. 12.516, rel. Min. Eliana Calmon, j. em 20/8/2002, DJ 27/9/2004.
- 4 Confirmam-se as seguintes Reclamações: **7539-SP**, rel. Min. Ricardo Lewandowski; **7813-RJ**, rel. Min. Carlos Britto; **7860-BA**, rel. Min. Cezar Peluso; **7873-RJ**, rel. Min.

Celso de Mello; **8158-SP**, rel. Min. Ricardo Lewandowski; **8159-RS**, rel. Min. Ellen Gracie; **8173-SP**, rel. Min. Eros Grau; **8225**, rel. Min. Celso de Mello; **8458-ES**, rel. Min. Cezar Peluso; **8483-SP**, rel. Min. Joaquim Barbosa, **8529-MS**, rel. Min. Ricardo Lewandowski e, entre muitas outras, 24.116, rel. Min. Gilmar Mendes.

- 5 LEAL, 1978, p. 72, nota de rodapé n.º 33.
- 6 SERRANO; CRESPO, 2015, p. 30.

### Referências

EYMERICH, Nicolau. *O Manual dos Inquisidores*. Lisboa: Ed. Afrodite, 1972.  
LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. 4. Ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1978.  
SERRANO, Nicolás González-Cuéllar; CRESPO, Eduardo Demetrio. *El Derecho de Defensa*

y la marca de Caín. SERRANO, Nicolás González-Cuéllar; CRESPO, Eduardo Demetrio (Dir.). *Legalidad y defensa: garantías constitucionales del derecho y la justicia penal*, Madrid: Castillo de Luna ediciones jurídicas, 2015.

Autor convidado

TEMA:

# ACESSO À DISPOSITIVO TELEFÔNICO, SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL, DURANTE APREENSÃO POLICIAL.

Supremo Tribunal Federal

Plenário:

EMENTA CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. **PERÍCIA REALIZADA PELA AUTORIDADE POLICIAL EM APARELHO CELULAR ENCONTRADO FORTUITAMENTE NO LOCAL DO CRIME. ACESSO À AGENDA TELEFÔNICA E AO REGISTRO DE CHAMADAS SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ACÓRDÃO RECORRIDO EM QUE SE RECONHECEU A ILICITUDE DA PROVA (CF, ART. 5º, INCISO LVII) POR VIOLAÇÃO DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES (CF, ART. 5º, INCISOS XII). QUESTÃO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. MATÉRIA PASSÍVEL DE REPETIÇÃO EM INÚMEROS PROCESSOS, A REPERCUTIR NA ESFERA DO INTERESSE PÚBLICO. TEMA COM REPERCUSSÃO GERAL.**

Manifestação Min. DIAS TOFFOLI: A meu ver, a matéria suscitada no recurso extraordinário **é dotada de natureza constitucional, visto que diz respeito, a um só tempo, (i) à inviolabilidade do sigilo das** comunicações telefônicas e (ii) à impossibilidade de utilização, no processo, de provas supostamente obtidas por meio ilícitos. Essas garantias constitucionais mantêm estreito vínculo entre si e regulam e limitam a obtenção, a produção e a valoração das provas destinadas ao Estado, o que, no caso em apreço, será **decisivo para se determinar a legitimidade da** atuação da autoridade policial no papel de proceder à coleta de elementos e informações hábeis a viabilizar a persecução penal.

(ARE 1042075 RG, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, j. 23.11.2017) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6356**).

Segunda turma:

HABEAS CORPUS. NULIDADES: (1) INÉPCIA DA DENÚNCIA; (2) **ILICITUDE DA PROVA PRODUZIDA DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL; VIOLAÇÃO DE REGISTROS TELEFÔNICOS DO CORRÉU, EXECUTOR DO CRIME, SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL;** (3) ILICITUDE DA PROVA DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS DE CONVERSAS DOS ACUSADOS COM ADVOGADOS, PORQUANTO ESSAS GRAVAÇÕES OFENDERIAM O DISPOSTO NO ART. 7º, II, DA LEI 8.906/96, QUE GARANTE O SIGILO DESSAS CONVERSAS. VÍCIOS NÃO CARACTERIZADOS. ORDEM DENEGADA. [...] 2. Ilícitude da prova produzida durante o inquérito policial - violação de registros telefônicos de corrêu, executor do crime, sem autorização judicial. 2.1 Suposta ilegalidade decorrente do fato de os policiais, após a prisão em flagrante do corrêu, terem realizado a análise dos últimos registros telefônicos dos dois aparelhos celulares apreendidos. Não ocorrência. **2.2 Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode**

**interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados.** 2.3 Art. 6º do CPP: dever da autoridade policial de proceder à coleta do material probatório da prática da infração penal. Ao proceder à pesquisa na agenda eletrônica dos aparelhos devidamente apreendidos, meio material indireto de prova, a autoridade policial, cumprindo o seu mister, buscou, unicamente, colher elementos de informação hábeis a esclarecer a autoria e a materialidade do delito (dessa análise logrou encontrar ligações entre o executor do homicídio e o ora paciente). Verificação que permitiu a orientação inicial da linha investigatória a ser adotada, bem como possibilitou concluir que os aparelhos seriam relevantes para a investigação. 2.4 À guisa de mera argumentação, mesmo que se pudesse reputar a prova produzida como ilícita e as demais, ilícitas por derivação, nos termos da teoria dos frutos da árvore venenosa (fruit of the poisonous tree), é certo que, ainda assim, melhor sorte não assistiria à defesa. É que, na hipótese, não há que se falar em prova ilícita por derivação. Nos termos da teoria da descoberta inevitável, construída pela Suprema Corte norte-americana no caso Nix x Williams (1984), o curso normal das investigações conduziria a elementos informativos que vinculariam os pacientes ao fato investigado. Bases desse entendimento que parecem ter encontrado guarida no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 157 do CPP, em especial o seu § 2º. [...] 4. Ordem denegada.

(HC 91867, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, j. 24.04.2012) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6357**).

Habeas corpus. 2. **Acesso a aparelho celular por policiais sem autorização judicial. Verificação de conversas em aplicativo WhatsApp. Sigilo das comunicações e da proteção de dados. Direito fundamental à intimidade e à vida privada. Superação da jurisprudência firmada no HC 91.867/PA. Relevante modificação das circunstâncias fáticas e jurídicas. Mutações constitucionais. Necessidade de autorização judicial.** 3. Violação ao domicílio do réu após apreensão ilegal do celular. 4. Alegação de fornecimento voluntário do acesso ao aparelho telefônico. 5. Necessidade de se estabelecer garantias para a efetivação do direito à não autoincriminação. 6. Ordem concedida para declarar a ilicitude das provas ilícitas e de todas dela derivadas.

**Voto Min. GILMAR MENDES:** Tradicionalmente, a doutrina entendia que a inviolabilidade das comunicações não se aplicava aos dados registrados, adotando uma interpretação mais estrita da norma contida no art. 5º, XII, da CF/88. Partia-se da compreensão que os dados em si não eram objeto de proteção, mas somente as comunicações realizadas. [...] Creio, contudo, que a modificação das circunstâncias fáticas e jurídicas, a promulgação de leis posteriores e o significativo desenvolvimento das tecnologias da comunicação, do



tráfego de dados e dos aparelhos smart phones leva, nos dias atuais, à solução distinta. Ou seja, penso que se está **diante de** típico caso de mutação constitucional. Questiona-se se o acesso a informações e dados contidos nos celulares se encontra ou não expressamente abrangido pela cláusula do inciso XII do art. 5º. Contudo, ainda que se conclua pela não inclusão na referida cláusula, entendo que tais dados e informações encontram-se abrangidos pela proteção **à intimidade e à privacidade, constante do inciso X do mesmo artigo.**

(HC 168052, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, j. 20.10.2020) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6358**).

**Nosso Comentário:** A Segunda Turma se pronunciou sobre o tema de acesso aos registros contidos nos aparelhos celulares por autoridades policiais sem autorização judicial já em 2012, no HC 91.867/PA. Nessa oportunidade, em votação unânime, entendeu-se que os registros telefônicos não seriam enquadrados sob a cláusula do art. 5º, XII, da Constituição da República: a dita proteção estaria limitada à comunicação dos dados e não aos dados em si.

O potencial tecnológico e a amplitude de funcionalidade dos dispositivos que nos acompanham diariamente mudou drasticamente desde então – o que foi reconhecido na mesma Segunda Turma, no HC 168.052/SP. Por maioria, a Col. Turma entendeu que o posicionamento previamente referido tornou-se superado ante à drástica alteração das circunstâncias fáticas e jurídicas – além de todo o movimento legislativo nacional e internacional em prol de proteção desses dados – tornando-se indispensável a autorização judicial prévia a seu acesso.

Em 2017, o Tribunal Pleno da Suprema Corte reputou, por unanimidade, constitucional a questão, em razão de envolver a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas e à limitação de emprego de provas obtidas por meios ilícitos. A repercussão geral também foi reconhecida e restou configurada no Tema 977, atualmente pautado para julgamento em 15/06/2022 (DJe nº 249/2021). Importa ressaltar que a temática trata de acesso à agenda telefônica e ao registro de chamadas – ambos aspectos diminutos em comparação com a incomensurável quantidade de dados captados diariamente pelos nossos *smartphones*.

## Superior Tribunal de Justiça

### Quinta turma:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. **PRISÃO EM FLAGRANTE. APARELHO TELEFÔNICO APREENDIDO. VISTORIA REALIZADA PELA POLÍCIA MILITAR SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL OU DO PRÓPRIO INVESTIGADO. VERIFICAÇÃO DE MENSAGENS (CONVERSAS DE WHATSAPP). VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE. PROVA ILÍCITA.** ART. 157 DO CPP. RECURSO EM *HABEAS CORPUS* PROVIDO. 1. Embora a situação retratada nos autos não esteja protegida pela Lei n. 9.296/1996 nem pela Lei n. 12.965/2014, haja vista não se tratar de quebra sigilo telefônico por meio de interceptação telefônica, ou seja, embora não se trate violação da garantia de inviolabilidade das comunicações, prevista no art. 5º, inciso XII, da CF, **houve sim violação dos dados armazenados no celular do recorrente (mensagens de texto arquivadas - WhatsApp).** 2. No caso, deveria a autoridade policial, após a apreensão do telefone, ter

requerido judicialmente a quebra do sigilo dos dados armazenados, haja vista a garantia, igualmente constitucional, à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, prevista no art. 5º, inciso X, da CF. **Dessa forma, a análise dos dados telefônicos constante do aparelho do investigado, sem sua prévia autorização ou de prévia autorização judicial devidamente motivada, revela a ilicitude da prova, nos termos do art. 157 do CPP.** Precedentes do STJ. 3. Recurso em *habeas corpus* provido, para reconhecer a ilicitude da colheita de dados do aparelho telefônico do recorrente, sem autorização judicial, devendo mencionadas provas, bem como as derivadas, serem desentranhadas dos autos, exame que será feito pelo Juízo de 1º Grau.

(RHC 101.585/MG, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, j. em 18.10.2018) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6359**).

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. **ACESSO AOS DADOS DO APARELHO CELULAR DO CORRÉU. AUSÊNCIA DE ORDEM JUDICIAL. ILICITUDE DA PROVA DECORRENTE DESSA MEDIDA.** ABSOLVIÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. **Ambas as Turmas da Terceira Seção deste Tribunal Superior já se manifestaram que “É ilícita a prova obtida pelo acesso direto dos agentes policiais, sem prévia autorização judicial, a mensagens de texto SMS, conversas mantidas por meio de aplicativos (como é o caso do whatsapp) ou mensagens trocadas por correio eletrônico e registradas em aparelho celular”.** 2. Hipótese em que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por decisão unânime, absolveu o paciente e correu da imputação do delito de associação para o tráfico de drogas, uma vez que reconhecida a falta de comprovação do vínculo subjetivo entre os agentes e a ilicitude da prova colhida no celular do correu, sem autorização judicial. Estando apoiada a condenação pelo delito do art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, exclusivamente nessa prova reconhecidamente ilegal, impõe-se a absolvição do paciente. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 516.857/SP, Min. Rel. RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, j. em 18.05.2020) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6360**).

### Sexta turma:

PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA PROVA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA A PERÍCIA NO CELULAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 1. **Ilícita é a devassa de dados, bem como das conversas de whatsapp, obtidas diretamente pela polícia em celular no flagrante, sem prévia autorização judicial.** 2. Recurso ordinário em *habeas corpus* provido, para declarar a nulidade das provas obtidas no celular do paciente sem autorização judicial, cujo produto deve ser desentranhado dos autos.

**Trecho do voto do Min. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ:** Não desconheço o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do HC n. 91.867/PA, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em que a Segunda Turma do Excelso Pretório entendeu pela inexistência de coação ilegal na hipótese em que, após a prisão em flagrante, os policiais, ao apreenderem dois aparelhos de celular, procederam à análise dos registros telefônicos. (...) **Os fatos narrados nesse writ são de 2004, período em que os telefone celulares sabidamente não eram conectados à internet de banda larga como o são já há algum tempo** – os chamados *smartphones*, dotados de aplicativos de comunicação em tempo real –, motivo pelo qual **o acesso que os policiais teriam àquela época seria necessariamente menos intrusivo que o seria hoje. Atualmente, o acesso a aparelho**

**de telefonia celular de pessoa presa em flagrante possibilita, à autoridade policial, o acesso à inúmeros aplicativos de comunicação em tempo real (...).** Daí a constatação de que existem dois tipos de dados protegidos na situação dos autos: os dados gravados no aparelho acessados pela polícia ao manusear o aparelho e os dados eventualmente interceptados pela polícia no momento em que ela acessa aplicativos de comunicação instantânea. A partir desse panorama, a doutrina nomeia o chamado **direito probatório de terceira geração**, que trata de “**provas invasivas**, altamente tecnológicas, que permitem alcançar conhecimentos e resultados inatingíveis pelos sentidos e pelas técnicas tradicionais” (...).

**Trecho do voto da Min.<sup>a</sup> MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:** Diante da situação concreta posta no presente recurso, **para a validade da obtenção dos dados caberia às autoridades policiais realizar imediatamente a apreensão do aparelho e postular ao Poder Judiciário, subsequentemente, a quebra de sigilo dos dados armazenados no aparelho celular.** Não tendo assim procedido, a prova foi obtida de modo inválido, devendo ser desentranhada dos autos, nos termos do artigo 157 do Código de Processo Penal.

(RHC 51.531/RO, Min. Rel. NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, j. em 09.05.2016) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6361**).

PROCESSO PENAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. ART. 241-A DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. **NULIDADE. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA O ACESSO A DADOS. INEXISTÊNCIA. PRESCINDIBILIDADE NA HIPÓTESE.** 1. A proteção aos dados privativos constantes de dispositivos eletrônicos, como *smartphones* e *tablets*, encontra guarida constitucional, importando a prévia e expressa autorização judicial motivada para sua mitigação. 2. **O entendimento prevalecente nesta Corte e no Supremo Tribunal Federal é o de que são ilícitas as provas obtidas de aparelhos celulares sem prévia e devida autorização, seja judicial seja do réu, ressalvados os casos excepcionais.** 3. **No entanto, deve ser realizado um *discrimen* nos casos em que a materialidade delitiva está incorporada na própria coisa. É dizer, quando se tratar do próprio corpo de delito, ou seja, quando a própria materialidade do crime se encontrar plasmada em fotografias que são armazenadas naquele aparelho, como na espécie, a autorização judicial não será imprescindível.** 4. Recurso desprovido.

**Trecho do voto vencedor:** Como cediço, o entendimento prevalecente nesta Corte e no Supremo Tribunal Federal é o de que são ilícitas as provas obtidas de aparelhos celulares sem prévia e devida autorização, seja judicial seja do réu, ressalvados os casos excepcionais em que a observância de tal procedimento põe em risco a integridade de vítima ou traz prejuízos à investigação. (...) Pois bem. Conforme consta dos autos, a *vexata quaestio* cinge-se a saber se a autorização judicial para a apreensão de elementos de prova é imprescindível em qualquer hipótese ou se haveria alguma situação em que tal expediente seria despiciendo, v. g., em razão de o aparelho celular constituir o próprio corpo de delito, como no caso vertente, em que o recorrente foi denunciado por divulgar, por meio do aplicativo *Whatsapp*, fotografia pornográfica envolvendo uma adolescente (e-STJ fl. 22). **Com efeito, nas hipóteses em que os meios de prova são obtidos por meio dos elementos encontrados em algum objeto pessoal, v. g., o aparelho celular, como *in casu*, a reserva de jurisdição é medida que se faz premente. Ao revés, nos casos em que a materialidade delitiva está incorporada na própria coisa, aqui a autorização judicial já se mostra prescindível, como é o caso do delito inserto no art. 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente.**

(RHC 108.262/MS, Min. Rel. ANTONIO SALDANHA PALHEIRO,

Sexta Turma, j. em 05.09.2019) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6362**).

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. **ACESSO A DADOS DE APLICATIVO CELULAR 'WHATSAPP' SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ILEGALIDADE. NULIDADE DA PROVA. DESENTRANHAMENTO DOS AUTOS. 1. A extração de dados de aparelho celular sem autorização judicial viola o artigo 157 do Código de Processo Penal, devendo a prova ser desentranhada dos autos se da hipótese não se desprende qualquer fundamento que possa justificar a urgência, em caráter excepcional, do acesso imediato das autoridades policiais aos dados armazenados no aparelho celular.** 2. O prévio trabalho investigativo das autoridades policiais, que culminou com a identificação do fato e de seus autores, bem assim como o indiciamento do recorrente, não resta contaminado pelo posterior acesso não autorizado aos dados do aparelho celular, bastando o desentranhamento dos autos dos documentos extraídos do aparelho celular e a supressão do parágrafo final dos depoimentos policiais, que fizeram referência ao conteúdo das conversas via *whatsapp*. 3. Recurso parcialmente provido.

(RHC 76.324/DF, Min. Rel. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, j. em 14.02.2017) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6363**).

**Nosso comentário:** A jurisprudência das duas Turmas da Terceira Seção do Superior Tribunal Justiça firmou-se no sentido de ser ilícita a prova obtida diretamente dos dados constantes de aparelho celular – notadamente modelos *smartphones* –, decorrentes v.g. de mensagens de textos SMS, conversas por meio de programa ou aplicativos (“*WhatsApp*”), mensagens enviadas ou recebidas por meio de correio eletrônico, obtidas diretamente pela polícia no momento do flagrante, sem prévia autorização judicial para análise dos dados armazenados no telefone móvel. Com efeito, a jurisprudência do Tribunal da Cidadania, embora não ignore o vetusto precedente da Suprema Corte firmado HC n. 91.867/PA, tem se mostrado sensível para a nova realidade dos *smartphones*, os quais, para muito além de simples aparelhos telefônicos, são dotados de elevada capacidade de armazenamento e amplas funcionalidades, contendo invariavelmente uma elevada quantidade de dados pertinentes à esfera íntima de privacidade do seu titular (RHC 51.531/RO). No entanto, é preciso dizer que, ainda a respeito da situação específica dos *smartphones*, a Corte excepciona a consulta de dados sem prévia autorização judicial em dois contextos (RHC 108.262/MS): **(i)** nos casos em que a materialidade delitiva está incorporada na própria coisa (corpo de delito); e **(ii)** nos casos excepcionais em que a observância de tal procedimento coloque em risco a integridade de vítima ou possa trazer prejuízos à investigação.

Compilação e curadoria científica de:  
**Anderson Bezerra Lopes, Eliakin Pires Tatsuo 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:

Adriane Pinto Rodrigues da Fonseca Pires (PUCRS – Porto Alegre/RS), Ana Cristina Gomes (USAL – Salamanca/Espanha), André Grandis Guimarães (PUCRJ – Rio de Janeiro/RJ), André Luiz de Carvalho Matheus (UERJ – Rio de Janeiro/RJ), Bárbara Brum Nery (PUCMG – Uberlândia/MG), Beatriz Corrêa Camargo (UFU – Uberlândia/MG), Cristiano de Barros Santos Silva (USP – São Paulo/SP), Daniela Villani Bonaccorsi (PUCMG – Belo Horizonte/MG), Fábio da Silva Bozza (UFPR – Curitiba/PR), Fernanda Regina Vilares (USP – São Paulo/SP), Fernando Gardinali Caetano Dias (USP – São Paulo/SP), Hugo Leonardo Chaves Soares (HUB – Alemanha), Karina Barbosa Franco (UFAL – Maceió/AL), Marina Oliveira Teixeira dos Santos (UC – Portugal), Michele Oliveira de Abreu (PUC – São Paulo/SP), Raphaella Viana Silva Asfora (UFPB – João Pessoa/PB), Renan Cauê Miranda Pugliesi (UENP – Jacarezinho/PR), Renan Mandarino (UENP – Curitiba/Paraná) e William de Quadros da Silva (PUCRS – Porto Alegre/RS).

## AUTORES(AS) DESTE VOLUME:

Alberto Zacharias Toron (USP – São Paulo/SP), Alex Feitosa de Oliveira (UC – Portugal), Bruno Cavalcante Leitão Santos (Cesmac – Maceió/AL), Bruno Tadeu Buonicore (CEUB – Brasília/DF), Francisco de Assis de França Júnior (Cesmac – Maceió/AL), Gabriel Andrade de Santana (IDP – Brasília/DF), Hamilton Gonçalves Ferraz (PUCRJ – Rio de Janeiro/RJ), Ítalo de Assis Marqueti Rodrigues (Mackenzie – São Paulo/SP), Livia Barcessat Lewinski (PUCSP – São Paulo/SP), Lucas Ferreira Mazete Lima (USP – São Paulo/SP), Luciene Kobb de Carvalho (UERJ – Rio de Janeiro/RJ), Maria Clara Nicoletti (PUCSP – São Paulo/SP), Patricia Mothé Giloche Béze (UERJ – Rio de Janeiro/RJ), Pedro Vilhena Pinheiro (PUCSP – São Paulo/SP), Rafael Ribeiro Meireles (Unifor – Fortaleza/CE), Roger Machado (PUCRS – Porto Alegre/RS) e Thiago Baldani Gomes De Filippo (USP-São Paulo/SP).

**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



# CURSOS IBCCRIM

O Instituto Brasileiro  
de Ciências Criminais  
oferece formação de excelência  
na urgência que você precisa

A execução penal no Brasil  
sob uma perspectiva sociológica  
**Carga horária 20h**

Habeas Corpus: perspectivas  
teóricas e práticas  
**Carga horária 20h**


Perspectivas e dilemas  
da regulação da cannabis  
do Brasil e no mundo  
**Carga horária 20h**

Desafios ao enfrentamento  
da tortura no Brasil  
**Carga horária 20h**

Direito Penal Econômico  
**Carga horária 26h**

Compliance Jurídico: aspectos  
legais e contornos do programa  
de conformidade  
**Carga horária 14h**

200 anos do Júri - Questões  
atuais no tribunal do júri  
**Carga horária 14h**



**FAÇA SUA  
INSCRIÇÃO!**

[www.IBCCRIM.org.br](http://www.IBCCRIM.org.br)

CONHECIMENTOS ATUALIZADOS EM CIÊNCIAS CRIMINAIS