

BOLETIM

Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

ISSN 1676-3661



ANO 30 - Nº 354 - MAIO/2022



CADERNO DE DOCTRINA

4 O crime de *Insider Trading* e a nova resolução CVM 44/2021

Alamiro Velludo Salvador Netto
Juliana Villa Mello
José Rodolfo Juliano Bertolino

7 (Re) vendo a PM que mata: *bodycams* e os desafios jurídicos da *accountability* no Processo Penal

Poliana da Silva Ferreira

1 Investigação criminal, democracia e violência na América Latina

José Maria Pereira da Nóbrega Júnior

14 O controle judicial na homologação do Acordo de Não Persecução Penal: análise a partir do *Habeas Corpus* 619.751/SP

Matheus Léo Pereira Badaró Duarte

17 Lentes que aprisionam: notas sobre a Execução Penal Midiática

José Flávio Ferrari Roehrig
Caio Cesar Tomioto Mendes
Pedro Henrique Gonçalves Silva Araújo

20 Direito penal mínimo e políticas de segurança máxima? O papel das pesquisas para a equalização democrática

Deborah F C Gomes

25 Assimetria negocial nos acordos processuais penais: contratos paritários ou de adesão?

Michelangelo Cervi Corsetti
Maria Luiza Rosa Diniz Rodrigues

26 A necessária relação entre liberdade negocial e protagonismo da defesa nos acordos penais

Luísa Walter da Rosa

DIÁLOGOS

29 O crime de evasão de divisas e a retroatividade benéfica da resolução CMN 4.841/2020

Rodrigo de Grandis

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

TEMA: DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE PRECEITO SECUNDÁRIO DE TIPO PENAL POR VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

32 Supremo Tribunal Federal

34 Superior Tribunal de Justiça

DESCONSTRUIR A NORMALIZAÇÃO DA LETALIDADE POLICIAL

As chacinas operadas pela polícia saem nas manchetes dos jornais. Há de imediato uma reação de indignação da sociedade perante a brutalidade, a disfuncionalidade e a seletividade do aparato estatal. Mas, por diversas razões – entre elas, o racismo que estrutura o funcionamento e a percepção da sociedade –, a letalidade policial acaba sendo logo normalizada. Torna-se invisível. Ganha ares de assunto restrito a movimentos sociais organizados, como se fosse preocupação exclusiva de grupos minorizados.

Todo esse processo de normalização deve suscitar reflexão. A sociedade, por meio do Estado, constrói e sustenta uma força policial que atua, de forma recorrente, contra a própria população – contra a maior parte da população, preta e pobre. É preciso um novo olhar, uma nova compreensão sobre esse estado desumano e inconstitucional de coisas.

Deve-se resgatar o valor das evidências, chamando as coisas pelo seu nome. A polícia brasileira tem índices de violência muito altos. Há reiterados relatos de execução e de tortura. E tudo isso dentro de um ambiente de certeza de impunidade, de invisibilidade e, é preciso reconhecer, de aceitação social. E aqui está um dos grandes desafios: a letalidade policial não é uma questão apenas da polícia, mas de toda a sociedade.

É muito importante, portanto, o trabalho de medição e acompanhamento do uso da força policial realizado pelas organizações da sociedade civil, para que se saiba como a polícia opera. O Estado é omissivo e passivo na produção desses dados, o que por si só é um contrassenso. Por sua finalidade constitucional, o poder público deveria ser o primeiro a procurar entender a realidade e os efeitos de seu funcionamento.

É importante conhecer os números, mas é fundamental conhecer as histórias por trás de cada número. Não basta uma análise meramente quantitativa da letalidade policial, pois isso, em última instância, contribui para normalizá-la. Não são números, não são meras notícias. São pessoas de carne e osso, com histórias e memórias, com sonhos e aspirações, com famílias e amigos, que estão sendo mortas diariamente pela polícia. É preciso desvelar essas histórias, todas as histórias, em sua potência humana, em sua riqueza afetiva e pessoal.

Afinal, o problema da violência policial não é apenas o fato de ser massiva, constante, sistêmica: não é unicamente por fazer muitas vítimas. Há um enorme problema sempre que, em vez de promover proteção e respeito, o poder público é sinônimo de extermínio e violação.

A violência das polícias não apenas gera vítimas, mas estigmatiza cada vítima. Toda pessoa morta pela polícia tem sua memória violentada. Sem dispor de meios para se defender, a vítima vê recair sobre sua história o manto da ignomínia. Opera-se uma nefasta presunção de ilegalidade: se foi morta pela polícia, algum motivo deu. Não é pequeno o rastro que a violência policial deixa em cada história, em cada família.

Para piorar, com frequência há, no debate público, uma discussão se as vítimas da letalidade policial eram ou não inocentes. Num Estado Democrático de Direito, isso não tem nenhuma relevância. Não há julgamento sumário. Não há pena de morte. A polícia não está autorizada a matar. É preciso desmascarar os mecanismos que, sob a pretensa finalidade de analisar a realidade, servem para normalizar o racismo, a injustiça e a disfuncionalidade da polícia.

O absurdo dessas discussões tem sido desmascarado por uma experiência recente, que ainda precisa ser aprimorada: a instalação de câmeras nos uniformes policiais. Em vários casos, o uso da tecnologia pelas polícias não apenas propiciou uma redução da letalidade, como reduziu a zero as mortes nas abordagens policiais. Não se trata de ser ingênuo e achar que a letalidade policial acabou, mas de constatar que, em todos esses casos, não havia nenhuma circunstância a justificar minimamente a violência policial. Bastou gravar – bastou a transparência – para explicitar o absurdo que é policial matando pessoas, matando seletivamente pessoas.

A experiência com as câmeras nos uniformes também demonstra como o Poder Judiciário pode – e deve – agir ativamente contra o uso violento da força policial, não presumindo circunstâncias e justificativas, mas apurando abusos. A implantação da tecnologia é oportunidade para um novo posicionamento da Justiça.

O IBCCRIM nasceu da indignação perante o massacre do Carandiru. E não descansará – não pode e não quer descansar – enquanto houver pessoas sendo mortas pela polícia. A letalidade policial é tema fundamental de e para toda a sociedade brasileira.

Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

BOLETIM

4. **O crime de *Insider Trading* e a nova resolução CVM 44/2021**
Alamiro Velludo Salvador Netto, Juliana Villa Mello e José Rodolfo Juliano Bertolino
7. **(Re)vendo a PM que mata: *bodycams* e os desafios jurídicos da *accountability* no Processo Penal**
Poliana da Silva Ferreira
11. **Investigação criminal, democracia e violência na América Latina**
José Maria Pereira da Nóbrega Júnior
14. **O controle judicial na homologação do Acordo de Não Persecução Penal: análise a partir do *Habeas Corpus* 619.751/SP**
Matheus Léo Pereira Badaró Duarte
17. **Lentes que aprisionam: notas sobre a Execução Penal Midiática**
José Flávio Ferrari Roehrig, Caio Cesar Tomioto Mendes e Pedro Henrique Gonçalves Silva Araújo
20. **Direito penal mínimo e políticas de segurança máxima? O papel das pesquisas para a equalização democrática**
Deborah F C Gomes
23. **Assimetria negocial nos acordos processuais penais: contratos paritários ou de adesão?**
Michelangelo Cervi Corsetti e Maria Luiza Rosa Diniz Rodrigues
26. **A necessária relação entre liberdade negocial e protagonismo da defesa nos acordos penais**
Luísa Walter da Rosa
29. **DIÁLOGOS**
O crime de evasão de divisas e a retroatividade benéfica da resolução CMN 4.841/2020
Rodrigo de Grandis
32. **CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA**
Tema: Declaração de inconstitucionalidade de preceito secundário de tipo penal por violação de princípios constitucionais
32. **Supremo Tribunal Federal**
34. **Superior Tribunal de Justiça**

O CRIME DE *INSIDER TRADING* E A NOVA RESOLUÇÃO CVM 44/2021

INSIDER TRADING AND THE NEW LEGISLATION OF CVM N. 44/2021

Alamiro Velludo Salvador Netto

Doutor em Direito Penal pela USP. Professor Titular do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da USP. Professor do IDP. Advogado criminalista.

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

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4750-9352>

alamiro@avsn.com.br

Juliana Villa Mello

Graduada em Direito pela FGV. Graduada em Ciências Sociais pela UNICAMP. Advogada empresarial e de mercado de capitais.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4563-0706>

juliana.mello@jbs.com.br

José Rodolfo Juliano Bertolino

Pós-graduado em Direito Penal Econômico Penal pela FGV. Advogado criminalista.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0618-9062>

jose.bertolino@jbs.com.br

Resumo: O artigo pretende analisar os impactos da Resolução CVM 44/2021 na interpretação do tipo penal de *Insider trading* previsto no Brasil. Essa questão ressalta a denominada acessoriedade administrativa, bastante peculiar ao Direito Penal Econômico, uma vez que as alterações na legislação do mercado de capitais podem modificar os próprios limites da incriminação.

Palavras-chave: Direito Penal Econômico - *Insider Trading* - Mercado de Capitais - Acessoriedade Administrativa - Informação Sigilosa.

Abstract: The article intends to analyze the impacts of CVM Resolution 44/2021 on the interpretation of the *Insider trading* criminal type in Brazilian Law. This issue highlights the so-called administrative accessory, quite peculiar to Economic Criminal Law, since changes in capital market legislation can modify the limits of incrimination.

Keywords: Economic Criminal Law - *Insider Trading* - Capital Markets - Administrative Accessories - Confidential Information.

1. O delito de *Insider Trading*: o problema da tipicidade

Não é de hoje que a doutrina jurídica insere a temática da criminalização do *Insider Trading* no âmbito da expansão característica do Direito Penal Econômico. Esse fenômeno de horizontalização das criminalizações, algo marcante a partir dos anos de 1990, trouxe uma série de desafios teóricos e práticos ao sistema jurídico-penal.¹ Afinal, o tratamento normativo conferido a delitos mais rudimentares e comumente praticados por autores individuais, tais como lesões físicas e patrimoniais, não costuma resolver tão facilmente ocorrências muito diversas, a exemplo de delitos observados em ambientes corporativos e cuja responsabilidade espalha-se por uma pluralidade de indivíduos hierarquicamente organizados.

Essa diversidade fática e jurídica entre os delitos, motivo que levou autores a distinguir a "criminalidade de massa" daquela outra "criminalidade econômica", impôs a necessária reflexão acerca da capacidade de antigos institutos criminais responderem de modo satisfatório às demandas contemporâneas. Não por acaso a academia dedica-se há décadas a estudar e renovar conceitos elementares do Direito Penal, destacadamente as noções de tipicidade objetiva e subjetiva, de culpabilidade e de autoria e participação (curso de pessoas).

No campo da criminalização do *Insider Trading* chama a atenção o problema fundamental a respeito de sua tipicidade. Duas são as questões dignas de nota. No plano da tipicidade objetiva, o próprio conceito de "informação relevante" ou "sigilosa" demanda uma compreensão à luz da disciplina peculiar e atinente ao mercado de capitais. Trata-se de uma definição construída pelo Direito Administrativo. Ou seja, mostra-se aqui uma dificuldade presente no bojo do Direito Penal Econômico. Ao contrário dos delitos comuns e clássicos, nos quais seus entendimentos costumam estar consolidados, nos crimes econômicos, os elementos normativos flutuam com muita facilidade em decorrência de que seus respectivos conteúdos são dependentes das disposições jurídicas de outros campos do saber. Aparece, portanto, uma acessoriedade normativo-conceitual, a qual deixa o Direito Penal refém, inclusive, de alterações legais no plano do mercado de capitais.

Já no tocante à tipicidade subjetiva, o delito de *Insider Trading* parece tentar radicalizar uma tendência. Sem adentrar agora em detalhes, o Direito Penal Econômico progressivamente aproximou os conceitos de dolo e culpa, havendo uma confusão entre as suas várias dimensões dogmáticas. Mais ainda, os obstáculos que as organizações empresariais impõem à descoberta de "vontades" e "intenções" de cada um de seus integrantes são compensados quase que por um sistema de presunções. Em outras palavras, já que raramente haverá a prova cabal da "ciência" e da "vontade" do sujeito, prefere a universo sancionatório presumir esses elementos como fator a justificar a imputação de responsabilidade. A crise se instaura exatamente no momento em que esse expediente de presunções intenciona romper as fronteiras do Direito Administrativo e resolve contaminar também o sistema criminal.

2. O trajeto legal do *insider* e a agudização do problema

O delito de *Insider Trading* aparece originalmente no Brasil por meio de uma alteração legal que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários (Lei 6.385/1976). Esse diploma, modificado pela Lei 10.303/2001, passou a prever uma série de delitos com a finalidade de proteção e controle do mercado, todos eles já preteritamente tipificados em legislações estrangeiras, principalmente na Europa e nos Estados Unidos. No âmbito europeu, por exemplo, **Silveira** e **Ortiz** apontam que a Diretiva 89/592/CEE, de 13 de novembro de 1989, já "intentava a repressão do chamado *Insider Trading*". Posteriormente, "já em contexto comunitário, sobreveio a Diretiva 2003/6/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da Europa, que também tratou do uso de informação privilegiada".²

O texto brasileiro original, introduzido no art. 27-D, criminalizava a conduta da pessoa física, que utilizasse informação relevante ainda não divulgada no mercado, de que tivesse conhecimento e devesse manter sigilo, e capaz de propiciar vantagem indevida na negociação de valores mobiliários. Atualmente, em decorrência da Lei 13.506/2017, assim está delineado o delito de *Insider Trading* no mesmo art. 27-D da Lei 6.385/1976:

Art. 27-D. Utilizar informação relevante de que tenha conhecimento, ainda não divulgada ao mercado, que seja capaz de propiciar, para si

ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiros, de valores mobiliários:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime.

§ 1º Incorre na mesma pena quem repassa informação sigilosa relativa a fato relevante a que tenha tido acesso em razão de cargo ou posição que ocupe em emissor de valores mobiliários ou em razão de relação comercial, profissional ou de confiança com o emissor.

§ 2º A pena é aumentada em 1/3 (um terço) se o agente comete o crime previsto no **caput** deste artigo valendo-se de informação relevante de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo.

Essencialmente, a alteração promovida em 2017 buscou transformar um então elemento essencial do tipo em causa de aumento de pena. Explica-se: originalmente a criminalização do *Insider Trading* exigia que a informação utilizada fosse relevante e, além disso, tivesse o sujeito a obrigação de manter sigilo a respeito dela. O delito impunha simultaneamente uma qualidade à informação e a violação do dever de sigilo por parte do criminoso. A atual versão demanda, para a configuração do crime, apenas que o autor se valha de informação relevante, convertendo a violação do dever de sigilo em causa de aumento a ser aplicada somente nas hipóteses em que sobre o indivíduo recaia essa obrigação. Houve, em resumo, um alargamento da criminalização,³ uma vez que, se antes o delito exclusivamente poderia ser cometido por quem detivesse o dever de sigilo (delito especial), hoje em dia pode ser perpetrado por qualquer um (delito comum).

A alteração legal, portanto, e não sem alguma polêmica doutrinária nesse campo, teria criminalizado tanto os denominados “*Insiders Primários*”, que possuem o conhecimento direto da informação e reúnem o dever de sigilo, quanto os “*insiders Secundários*”, que nada mais são do que indivíduos, desprovidos de quaisquer deveres, porém que receberam a informação privilegiada de alguém. Tratar-se-ia, nessa última hipótese, de uma espécie de acesso não profissional ou ocasional à informação.

Seja como for, e a despeito do tipo penal atual contentar-se com o mero uso da informação relevante para a consumação do ilícito, a questão principal é que esse conceito, por si mesmo, sempre foi de extrema polêmica.⁴ Afinal, trata-se de uma informação sobre ato ou fato relevante, o que somente pode ser definido pelas disposições acerca do próprio mercado de capitais. Se não bastasse, perguntas outras aparecem. Por exemplo, qual o nível de conhecimento que o sujeito precisa ter a respeito da relevância da informação de que faz uso? É possível que um sujeito que possua informação relevante negocie no mercado de valores sem dela fazer uso? É preciso prova desse uso efetivo?

Algumas dessas questões podem ser investigadas agora em face da Resolução CVM 44, de 23 de agosto de 2021. Esse documento almeja disciplinar, em consonância e complementariedade com a Lei do Mercado de Valores Mobiliários, a divulgação de informações sobre ato ou fato relevante, a negociação de valores mobiliários na pendência de ato ou fato relevante não divulgado e, finalmente, a divulgação de informações sobre a negociação de valores mobiliários. Evidentemente que a violação das muitas disposições ali contidas poderá redundar não apenas em infração administrativa, porém em autêntico ilícito penal.

Nesse ponto, a questão reside em como a nova resolução pode iluminar e dar corpo ao tipo penal previsto no art. 27-D da Lei 6.385/1976.⁵ Solução singela, entretanto, de complicadíssima compatibilidade com os balizas do sistema criminal, seria simplesmente incorporar na seara penal as disposições tais como ali estão, em espécie de cega e total acessoriedade. Outra possibilidade, talvez funcionalmente melhor, seja um impacto seletivo. Isto é, ainda que as inovações da resolução afetem a leitura do tipo penal de *Insider Trading*, essa influência deve ser dosada, sempre nos limites do que permitem as garantias e os princípios do Direito Penal.

3. Reflexos penais da resolução CVM 44/2021

Sem prejuízo de outras, três são as disposições que mais direta e potencialmente afetam os contornos do delito de *Insider Trading*. A Resolução estabelece a definição de ato ou fato relevante (art. 2º); o dever de guardar sigilo (art. 8º); e o uso indevido de informação privilegiada (art. 13). Essas previsões podem ou não, a depender da compatibilidade que porventura apresentarem com o sistema criminal, preencher o conteúdo dos elementos normativos do tipo incriminador do art. 27-D, funcionando como acessórios administrativos.

3.1

O art. 2º da Resolução CVM 44/2021 traz a definição de ato ou fato relevante. Por óbvio que as informações que disserem respeito a esses mesmos atos ou fatos poderão ser consideradas igualmente relevantes. Essa relevância caracteriza-se por ser o produto da decisão de acionista controlador, deliberação de assembleia geral ou dos órgãos de administração de companhia aberta, ou qualquer outro ato ou fato de caráter político-administrativo, técnico, negocial ou econômico-financeiro ocorrido ou relacionado aos negócios e com capacidade de influenciar na cotação de valores mobiliários ou na decisão de investidores a respeito desses mesmos papéis. O dispositivo ainda elenca em seu parágrafo único outros vinte e dois incisos, exemplificando atos ou fatos “potencialmente” relevantes.

Não há dúvidas de que o conteúdo desse art. 2º influencia o delito de *Insider Trading*. Todavia, cuida-se de uma acoplagem mais negativa que positiva ou, em outros termos, mais de exclusão do que de afirmação da tipicidade penal. Aliás, o próprio advérbio “potencialmente”, utilizado no parágrafo único do art. 2º da Resolução CVM, deixa isso muito claro. O que se quer dizer é que não parece ser possível a ocorrência do delito de *insider* se a informação utilizada pelo sujeito não se referir a fato/ato que estiver, de algum modo, incluído dentre aqueles do elenco. Nesse sentido, a enumeração pode excluir a ocorrência do delito, caso a informação não diga respeito a nenhum dos exemplos de atos/fatos relevantes ou, ademais, não se inclua dentre aquelas que, na conformidade do *caput*, sejam capazes de influir de modo ponderável na cotação dos valores mobiliários ou na decisão dos investidores. O primeiro plano de aferição do tipo objetivo, em resumo, consiste na identificação da existência de informação atinente a algum dos fatos/atos valorados como relevantes pela própria norma administrativa.

Em outras palavras, o Direito Administrativo permite uma interpretação extensiva da regulamentação, de modo a admitir um caráter exemplificativo (e não exaustivo) do parágrafo único do artigo 2º. O Direito Penal, por sua vez, e muito por conta de seu caráter subsidiário e de sua regência pela estrita legalidade, permite apenas interpretações restritivas, ou seja, são consideradas relevantes para a esfera penal apenas as condutas/situações/atos previstos legalmente, não sendo admitido, em hipótese alguma, um alargamento de disposições legais para o enquadramento de condutas típicas.

No entanto, é preciso mais. A dimensão fragmentária do sistema criminal exige que, para além de estar prevista na resolução, a informação atinente ao fato/ato relevante seja potencialmente capaz de propiciar a vantagem indevida. É necessário que a informação tenha um caráter decisivo, ainda que não exclusivo, para o sucesso da decisão tomada pelo infrator a respeito da operação. Aqui deve ser feita uma sutil distinção. Uma coisa é o fato ou ato relevante apto a tornar a informação igualmente relevante em termos administrativos. Para o sistema criminal, todavia, é preciso que a informação não só diga respeito a fato relevante, como seja ela própria do mesmo modo relevante para a obtenção da vantagem econômica. Existe uma dupla valoração. A relevância do fato/ato pode ser extraída da Resolução CVM, enquanto a relevância da informação para a consumação do delito deverá ser aferida a partir de seu caráter operacional, instrumental e imprescindível para a obtenção da vantagem indevida. No campo penal, em resumo, exige-se uma informação sobre fato/ato relevante, que seja também relevante para o alcance da vantagem criminosa.

3.2

O segundo ponto fundamental de encontro entre a Resolução CVM e o delito de *Insider Trading* reside na determinação daqueles que possuem a obrigação de sigilo em face das informações relativas aos fatos/atos relevantes. A violação desse sigilo, embora não seja mais elemento essencial do tipo incriminador, consiste em causa de aumento de pena na hipótese do agente dela se valer para praticar o crime (§ 2º do art. 27-D), ou implicará em delito autônomo se a informação confidencial for revelada a alguém (§ 1º do art. 27-D).

O art. 8º da Resolução, parece complementar a norma de dever de sigilo, uma vez que estabelece quem são aqueles sobre os quais recai a obrigação, bem como o momento em que esse encargo de silêncio será cessado. Diz a regra administrativa que os acionistas controladores, diretores, membros do conselho de administração, do conselho fiscal e

de quaisquer órgãos com funções técnicas ou consultivas, criados por disposição estatutária, e empregados da companhia, devem guardar sigilo das informações relativas a ato ou fato relevante às quais tenham acesso privilegiado em razão do cargo ou posição que ocupam, até sua divulgação ao mercado. Percebe-se que a Resolução assessora a norma penal, esclarecendo aqueles sujeitos especiais que possuem a obrigação de sigilo.

A segunda parte do art. 8º, por outro lado, é criminalmente neutra, pois impõe aos sujeitos obrigados o dever de zelar para que subordinados e terceiros de sua confiança também o façam, respondendo administrativa e solidariamente com estes na hipótese de descumprimento. Essa espécie de dever de vigilância, se violado, poderá tão somente acarretar sanções administrativas, nos termos do art. 11 da Lei 6.385/1976. Criminalmente não existe previsão legal de delito omissivo, que impute a responsabilidade por conduta semelhante.

3.3

Por fim, merece análise o art. 13 da Resolução CVM, o qual estabelece a infração administrativa do uso indevido de informação privilegiada. O *caput* da norma administrativa aproxima-se de sua congênere penal, uma vez que afirma ser vedada a utilização de informação relevante ainda não divulgada, por qualquer pessoa que a ela tenha tido acesso, com a finalidade de auferir vantagem, para si ou para outrem, mediante a negociação de valores mobiliários.

O problema, surge nas disposições subsequentes. A CVM, nitidamente para facilitar o incremento repressivo de suas normas, resolveu estabelecer uma série de presunções relativas (art. 13, § 2º, I) de cometimento dessa infração. Por meio dessas presunções é articulado um modelo, que permite a imputação de responsabilidades incompatível com as balizas do sistema criminal. Pode-se dizer, sem qualquer hesitação, que essas disposições do art. 13 da Resolução, se válidas no campo administrativo-disciplinar, são penalmente imprestáveis.

Um exemplo disso é a presunção de que a pessoa, que negociou valores mobiliários dispondo de informação relevante ainda não divulgada, fez uso de tal informação na referida negociação (art. 13, § 1º, I). Essa previsão, se aplicável no âmbito penal, fulminaria a exigência do próprio tipo objetivo do art. 27-D. Isso porque a tipificação penal exige que a informação relevante seja imprescindível, decisiva para a busca da vantagem indevida. Esse caráter decisivo precisa ser criminalmente comprovado, o que apenas será possível se for demonstrado, e não presumido, que a informação foi utilizada pelo sujeito para decidir o seu comportamento no mercado de valores mobiliários. A aceitação de repercussão penal da presunção administrativa conduziria a autêntico drible na exigência expressa de um elemento essencial do tipo incriminador.

Vale ainda mencionar a presunção contida no art. 13, §1º, II, da Resolução CVM. Nessa hipótese, e para a caracterização do ilícito administrativo, presume-se que acionistas controladores, diretos ou indiretos, diretores, membros do conselho de administração e do conselho fiscal, e a própria companhia, em relação aos negócios com valores mobiliários de própria emissão, tenham acesso a toda informação relevante ainda não divulgada. Aqui a presunção afronta por duas vezes a tipicidade penal. Em primeiro lugar, burla a exigência probatória acerca do efetivo uso da informação. Em segundo lugar, viola a tipicidade subjetiva, pois despreza o conhecimento e sua respectiva comprovação como elemento

caracterizador do dolo. Os aspectos volitivos e cognitivos do dolo não podem ser simplesmente presumidos, porém devem ser provados.

Aliás, um outro ponto aqui merece ser ressaltado. Um executivo, conhecedor da informação privilegiada em decorrência de sua posição societária, poderia, ao dela lançar mão no mercado mobiliário, suscitar uma causa de exculpação? Seria esse o caso, por exemplo, do gestor que se vale de informação privilegiada para salvar sua empresa da bancarrota, a que seria inexoravelmente submetida após a divulgação das respectivas notícias? Afinal, além de deveres de sigilo e de abstenção no uso de informações privilegiadas assumidos pelos controladores em razão de sua posição, possuem eles igualmente um dever de zelar pela companhia como um todo, impedindo os impactos econômicos, financeiros e social da quebra.

A depender do caso concreto, e aqui as circunstâncias reais são essenciais para o deslinde da matéria, não parece fora de cogitação a ocorrência de fenômeno jurídico identificável com o estado de necessidade exculpante ou algo próximo da inexigibilidade de conduta diversa. Ainda que o bem jurídico sacrificado, na hipótese, o sistema financeiro por meio da garantia da isonomia informativa dos *players* no mercado, possa não ser visto como hierarquicamente inferior à higidez econômico-financeira de uma específica empresa, a lógica do estado de necessidade exculpante serve exatamente para dar conta desses episódios. Ou seja, situações não justificadas, portanto ilegais, mas que permitem, por suas peculiaridades, desculpar o autor, tornando a pena desnecessária à luz do juízo de culpabilidade. No campo do Direito Penal Econômico essa construção já não é de todo estranha, aparecendo, por exemplo, nos delitos tributários e previdenciários.

4. À guisa de conclusão

A nova Resolução CVM 44, de 23 de agosto de 2021, tem o potencial de impactar a compreensão e respectivo conteúdo dos elementos normativo-jurídicos do tipo incriminador de *Insider Trading*. O diploma administrativo pode auxiliar na melhor elaboração dos conceitos de fato/ato relevante em matéria criminal, bem como na delimitação dos sujeitos especiais sobre os quais recai o dever de sigilo em face de informações confidenciais.

Ao mesmo tempo, esse potencial de acessoriedade que a Resolução permite deve ser vista com cuidados e reservas. Exatamente por se tratar de um diploma cujas genética e finalidade estão inseridas no âmbito administrativo e disciplinar, muitas de suas disposições apresentam incompatibilidades com os princípios e garantias do sistema criminal. O melhor exemplo disso é o modelo de presunções estabelecido. Se por um lado, a finalidade das presunções é a maior imposição e efetividade de deveres aos sujeitos no mercado de capitais, por outro lado, essas formulações não podem atravessar a fronteira em direção ao Direito Penal, cujo respeito à legalidade impõe a comprovação, por meio de prova lícita, de todos os elementos que compõem o tipo incriminador.

Por fim, nota-se a reflexão necessária a ser feita ainda sobre a possibilidade de ocorrência de causas de exculpação, ou excludentes de culpabilidade, no âmbito da utilização de informações privilegiadas, principalmente por parte de administradores cujos deveres de sigilo e abstenção do uso dessa informação podem colidir com a obrigação de zelar pela manutenção e saúde econômico-financeira da pessoa jurídica.

Notas

¹ SILVEIRA; ORTIZ, 2013, p. 325-352.

² SILVEIRA; ORTIZ, 2013, p. 330.

³ No mesmo sentido: KOZIKOSKI, 2018, p. 180.

⁴ Igualmente apontando a polêmica na delimitação do conceito de "informação privile-

giada": ALONSO, 2009, p. 125-126.

⁵ Exatamente porque a lei penal brasileira não traz a definição de muitos de seus conceitos, obriga-se o intérprete a "buscar em outra norma o seu significado". (NEVES, 2013, p. 86).

Referências

ALONSO, Leonardo. *Crimes contra o mercado de capitais*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.
KOZIKOSKI, Anne Carolina Stipp Amador. *Limites da intervenção penal no mercado de valores: análise do uso de informação privilegiada – insider trading*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.
NEVES, Heidi Rosa Florêncio. *Direito administrativo sancionador e o crime de insider trading*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.
SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; ORTIZ, Mariana Tranchesi. Em tema de insider trading:

anotação ao primeiro julgamento condenatório perante o TRF da 3 região. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*: São Paulo, v. 16, n. 61, p. 325-352, 2013.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. *Resolução nº 44/2021, de 23 de agosto de 2021*. Presidente Marcelo Barbosa. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/resolucoes/resol044.html>. Acesso em: 19 de abril de 2022.

BRASIL. *Lei Federal Nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976*. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Brasília, DF: Presidência da República, 1976. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6385.htm. Acesso em: 19 de abril de 2022.

Autores (a) convidados (a)

(RE)VENDO A PM QUE MATA: BODYCAMs E OS DESAFIOS JURÍDICOS DA ACCOUNTABILITY NO PROCESSO PENAL

(RE)VIEWING POLICE WHO KILLS: BODYCAMs AND THE LEGAL CHALLENGES OF
ACCOUNTABILITY IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Poliana da Silva Ferreira

Doutoranda em Direito pela Escola de Direito da FGV-SP. Realiza estágio doutoral no *Ash Center for Democratic Governance and Innovation na Harvard Kennedy School*. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Criminologia da Universidade do Estado da Bahia e do Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena da FGV. Advogada. Diretora da Plataforma Justa.

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

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1166-7172>

polianasferreira@hotmail.com

Resumo: O texto aborda os desafios da produção de *accountability* policial no processo penal no âmbito do julgamento de casos de homicídios dolosos praticados por policiais militares contra civis. Para tanto, explora-se o papel que imagens provenientes de dispositivos eletrônicos têm nesse tipo de processo. O artigo busca contribuir para uma reflexão a respeito dos limites e potencialidades das *bodycams* para controlar a letalidade das ações policiais.

Palavras-chave: *Bodycam* – Letalidade policial – Autos de resistência – *Accountability* Policial – Processo Penal e Polícia.

Abstract: The text discusses the difficulties in achieving police accountability in criminal proceedings in the context of the trial of cases of intentional homicides committed by military police against civilians. To that end, we investigate the role of images from electronic devices in this type of process. The purpose of this article is to contribute to a discussion of the limitations and potential of *bodycams* in controlling the lethality of police actions.

Keywords: *Bodycam* – Police lethality – Autos de Resistência – Police accountability – Criminal and Police Proceedings.

Introdução

Não é novidade que a polícia no Brasil mata, mata muito. E há muito tempo. Só na última década, foram mais de 35 mil civis mortos pela polícia, período no qual as contabilizações estatísticas oficiais foram produzidas com maior frequência, embora ainda com baixa qualidade. Mesmo assim, diante de um cenário no qual a opacidade das instituições do sistema de justiça impera, o conjunto de saberes e narrativas sobre a letalidade policial nas mais diferentes arenas – acadêmica, ativista, corporativa – tem produzido repercussões políticas e sociais, não só pela quantidade de mortes, como também pelos contextos nos quais esses óbitos são produzidos e tratados. Entre as repercussões, podemos lembrar aquelas que promovem mudanças legislativas, organizacionais e institucionais.

Este artigo¹ se concentra no exame dos possíveis efeitos práticos das *bodycams* – câmeras corporais nos uniformes policiais – nos processos de responsabilização de policiais implicados em ocorrências de homicídios dolosos praticados em serviço. Este dispositivo técnico, incorporado ao conjunto das ferramentas de trabalho dos policiais, é entendido aqui como um vetor de mudança organizacional e institucional, com reflexos jurídicos, que este texto trata de observar e discutir.

Para tanto, interessa-nos conhecer os limites e as potencialidades

da utilização das *bodycams* nos processos de responsabilização da polícia que mata em serviço. Mais precisamente, busca-se compreender como as categorias tradicionalmente mobilizadas neste tipo de processo interagem e/ou podem ser tensionadas a partir dos produtos daqueles dispositivos, notadamente, os vídeos ou, ainda, do simples fato das *bodycams* serem previstas e do conjunto de discursos oficiais que os legitimam institucionalmente.

Para avançar neste objetivo, o artigo está dividido em duas partes. Na primeira, relembra-se os efeitos que filmagens de abordagens policiais abusivas podem ter na responsabilização da polícia, explorando-se, também, o contexto no qual essas mortes ocorrem. Informações oriundas de pesquisas qualitativas e quantitativas permitirão uma breve digressão sobre a letalidade policial ao longo dos anos.

Na segunda parte, o texto se volta para os nós institucionais que têm inviabilizado a responsabilização da polícia que mata em âmbito criminal. Na ocasião, será possível explorar os limites e as potencialidades da utilização das *bodycams* a partir das categorias jurídico-criminais.

Enfim, será possível tecer considerações sobre o significado e os possíveis efeitos das *bodycams* no bojo das inquietações aqui apresentadas. As *bodycams* permitem, de alguma maneira, o

acesso retrospectivo à conduta passada, com algum grau de precisão, oferecendo ao processo penal uma ponte possível entre o passado da conduta e o presente de seu tratamento jurídico. Mas, dificilmente, em um país que resiste a rever seu passado, passado esse em que a utilização do Direito reforçou e aprofundou abismos sociais e raciais – se é que já passou –, as *bodycams* podem se tornar instrumentos de um Direito Processual Penal mais transparente e com uma polícia menos letal. Estamos nos referindo à construção de pontes que fortaleceriam a democracia e que, por experiência histórica também recente, abrem passagens instáveis e, por isso, provisórias ou mesmo de volta ao passado. As *bodycams* poderão dar mais firmeza a estes caminhos?

1. Ver para responsabilizar?

Desde a década de 1990, registros visuais da polícia que mata alimentam o debate público sobre o papel e a eficiência da atuação policial nas ruas. Antes mesmo das *bodycams* se popularizarem nos discursos políticos para contribuir com a “transparência e legitimidade das ações policiais”; o “fortalecimento da prova judicial”; a “redução do uso da força”, dentre outras (SÃO PAULO, 2020, p. 01), imagens de policiais matando em serviço já permitiam a elaboração de hipóteses referentes à legalidade, legitimidade e moralidade daquelas condutas.

Em 1997, um vídeo produzido por um cinegrafista amador capturou o momento no qual policiais militares praticavam agressões físicas e morais – abuso de autoridade, injúria, extorsão e lesões corporais – durante uma blitz, em contexto de operação de combate ao tráfico de drogas, na Favela Naval, ruas de Diadema, estado de São Paulo. Naquela ocasião, as imagens que circularam o mundo também permitiram a identificação do momento no qual dois disparos da arma de um dos policiais atingem um carro e vitimam letalmente Mario José Josino, conferente, negro, de 29 anos, alcançando a nuca (BLAT; SARAIVA, 2000). As imagens armazenadas em fita VHS foram apresentadas no Jornal Nacional, horário nobre da televisão brasileira à época, e produziram repercussões políticas e institucionais.

Naquele caso, a imprensa cumpria um importante papel no processo de *accountability*,² qual seja, o de dar visibilidade aos atos de agentes públicos no cumprimento de sua função constitucional. As imagens estimularam o debate público em torno da “violência racial e policial” (RAMOS, 2021) e incentivaram propostas de reformas conjunturais e estruturais das polícias, apontando também para debates sobre reivindicação salarial, jornada de trabalho extra na segurança privada, vinculação da PM como força auxiliar do Exército, falta de treinamento e armamento adequados, unificação das polícias e questionamento da Justiça Militar (RIFIOTIS, 1999, p. 29). Outras propostas de mudanças institucionais, que fervilhavam na agenda política ainda como um rescaldo do massacre do Carandiru (1992), ganharam força e se materializaram, por exemplo, na aprovação da Lei 9.455/97, que definiu os crimes de tortura, e na regulamentação legal da Ouvidoria de Polícia de São Paulo (BLAT; SARAIVA, 2000; NEVES; MAIA, 2009; GONZÁLEZ, 2020). Do ponto de vista da responsabilização individual, os policiais foram expulsos

da corporação e condenados criminalmente pelos seus respectivos atos.

Embora essenciais para as reflexões que floresceram na época – muitas das quais fundamentam discursos políticos sobre a necessidade de rever os limites do mandato policial e, portanto, do uso da força letal e não-letal até os dias de hoje –, as imagens da violência policial veiculadas na imprensa não foram capazes de frear o que chamamos de cultura de autoproteção da polícia, tampouco de alterar a lógica imunitária, que blinda a polícia que mata de maneira difusa e fragmentada nas instituições do sistema de justiça brasileiro (FERREIRA, 2021). Desde a “Favela Naval”, o noticiário matinal coleciona casos de abordagens policiais com resultado morte registradas por câmeras de vigilância privada, dispositivos instalados em viaturas, imagens capturadas por câmeras de celulares.

A recorrência com a qual casos de homicídios dolosos praticados por policiais em serviço se dá, indica, no mínimo, que ver e ouvir na TV ou nos júris não têm sido suficientes para interromper o crescimento da letalidade policial ou impulsionar mais responsabilização (FERREIRA, 2018), criar novos ou fortalecer os mecanismos de *accountability* já existentes, impedir as sistemáticas absolvições de policiais nos júris ou enfraquecer os ciclos de impunidade que cercam as instituições, os profissionais, quando não os políticos, envolvidos nessas ocorrências.

Mas, recentemente, a necessidade de “ver para crer”, de “ver para responsabilizar” ou de “ver para dissuadir”, impulsionou o uso de *bodycams* pelas polícias de vários estados brasileiros. As primeiras passaram a ser utilizadas pelas Rondas Ostensivas Táticas Motorizadas (Rotam) do Distrito Federal, que utilizaram os dispositivos nos uniformes com a finalidade de gravar os atos que ocorreriam nas chamadas “apreensões de alto risco”, em 2012 (CIPRIANO, 2012; SILVA; CAMPOS, 2015). Desde então, as polícias militares do Rio de Janeiro, Santa Catarina, Rio Grande do Sul e São Paulo utilizam dispositivos similares para fortalecer a *accountability* policial. Na Bahia, no Pará e no Paraná, testes estão em fase de implementação.³

Especificamente no estado de São Paulo, a redução da letalidade policial em 85% nos primeiros sete meses de uso em 2021, na comparação com o ano anterior,⁴ tem sido associada aos efeitos do Programa Olho Vivo, ação governamental que implementou o uso dos ditos dispositivos em 18 batalhões da PMSP.⁵

A cautela do ofício de pesquisadora nos lembra que ainda é cedo para elaborarmos conclusões a respeito do impacto das *bodycams* sobre o comportamento dos agentes nas abordagens. Mas, ter no horizonte a possibilidade de tornar a polícia mais transparente, já é um importante avanço. Registrar para descrever, descrever para avaliar e avaliar para intervir. E intervir com mais qualidade, porque se conhece mais de perto o problema.

Mas, para além de atualizar o ângulo através do qual se observa o disparo que alcança o corpo de um civil, frequentemente negro (REIS, 2005; FREITAS, 2020; FERREIRA, 2021), quais os aportes que

"A CAUTELA DO OFÍCIO
DE PESQUISADORA NOS
LEMBRA QUE AINDA É
CEDO PARA ELABORARMOS
CONCLUSÕES A RESPEITO
DO IMPACTO DAS
BODYCAMs SOBRE O
COMPORTAMENTO DOS
AGENTES NAS ABORDAGENS.
MAS, TER NO HORIZONTE
A POSSIBILIDADE DE
TORNAR A POLÍCIA MAIS
TRANSPARENTE, JÁ É UM
IMPORTANTE AVANÇO."

as *bodycams* podem trazer para fortalecer a *accountability* policial nas ruas e no processo penal?

2. Os limites e potencialidades das *bodycams* e o Processo Penal quando a polícia mata

Não há dúvidas de que, quando a administração pública se torna mais transparente, a sociedade civil passa a ter mais controle sobre as ações e os gastos dos recursos – humanos e materiais – do Estado, podendo tornar a gestão e a distribuição destes mais justa, menos desigual social e racialmente e, por isso, mais eficiente. Em outras palavras, a transparência alimenta a democracia. Nesse contexto, as *bodycams* se apresentam como um importante dispositivo de promoção de *accountability*, fortalecendo, a princípio, a democracia ao produzir registros da atividade policial nas ruas, durante a jornada de trabalho destes profissionais.

Apesar de as *bodycams* surgirem no debate público como uma novidade capaz de “revolucionar”⁶ os rumos da violência policial no Brasil, um olhar atento para a maneira segundo a qual instituições jurídicas estão organizadas para julgar a polícia que mata mostra que há limites em seu uso para fins de responsabilização. Destaco a seguir dois deles.

O primeiro desses limites é o imbricamento com o qual o processo penal se constitui para a (não)responsabilização da polícia, com elementos externos ao Direito, ou independentes, isto é, mesmo que o processo penal cumpra as suas finalidades constitucionais formais, esses fatores continuam a existir, de modo que, com ou sem os insumos oriundos das *bodycams* – eventuais áudios e imagens –, a letalidade policial e a impunidade se mantêm. A percepção que a sociedade construiu a respeito de quem é suspeito a partir do marcador social raça é um desses elementos que têm implicações na atuação dos serventuários da justiça, quando redige depoimentos e declarações, no âmbito do inquérito policial e do processo, nos argumentos escolhidos pelo/a promotor/a de justiça para denunciar os policiais, promover o arquivamento, ou ainda performar diante do tribunal do júri (FERREIRA, 2018; 2020), cujos integrantes também podem mobilizar constructos raciais para decidir se condenam ou absolvem policiais-réus.

O segundo desses limites é a valoração da prova, cuja produção é um elemento interno ao Direito, isto é, sua existência depende das regras e das interpretações que são realizadas por atores legitimados juridicamente e em fases específicas do Processo Penal. Não custa lembrar que a prova é o meio através do qual as partes buscam demonstrar a “verdade” dos fatos, com a finalidade de convencer o juiz ou o tribunal (DINAMARCO, 2001; PACELLI, 2015). Mas, pensar a prova de maneira genérica e estática não permite uma compreensão do uso das *bodycams* nos processos de responsabilização criminal de policiais implicados em homicídios dolosos contra civil. Conforme argumentei em trabalho anterior, há uma dinamicidade no processo de valoração da prova, de modo que,

a prova não determina tudo no processo criminal, seu efeito nos fluxos processuais de responsabilização depende não só do conteúdo por esta aportado, mas também de quem o avalia, interpreta, pondera, ou ignora, e das regras para que os resultados dessas ações sejam institucionalmente legítimos (FERREIRA, 2021, p. 2260).

No caso específico de homicídios dolosos praticados por policiais, o arranjo institucional brasileiro permite que a prova – recurso jurídico que aloca as *bodycams* no processo penal – nem sempre justifique o desfecho jurídico absolutório ou condenatório dos policiais-réus. As escolhas institucionais referentes à hibridiz do sistema de valoração, formado pela atuação de juízes togados até o sumário de culpa – fase de verificação dos indícios de autoria contra os PMs – e de juízes leigos efetivamente julgando, inclusive com a possibilidade de utilizar a clemência para absolver, sem que para essa e outras

hipóteses deva justificar sua decisão ou, de qualquer outra maneira, prestar contas da sua tarefa constitucional, expõem ao risco de tornar a utilização das *bodycams* inócuas para alterar o quadro de responsabilização que muitos autores nomeiam de impunidade.

Os vídeos provenientes das *bodycams*, assim como aqueles oriundos de outros dispositivos eletrônicos (câmeras de vigilância privada das ruas ou filmagens de celulares), quando ingressam como prova no processo, se submetem a interpretações junto a normas constitucionais, processuais e penais, em que os sentidos e significados não estão afeitos a meras subsunções formais, como mostram as inúmeras absolvições baseadas em legítima defesa. Como lembra Caren Morrison (2017), a crença amplamente partilhada de que um vídeo prova os excessos da ação policial naufraga na combinação de padrões legais, podendo inclusive promover mais desfechos não-responsabilizantes. Ou seja, de um lado, temos imagens veiculadas nos vídeos, de outro, um conjunto de dispositivos legais que carece de interpretação. Ambos encontram na racionalidade jurídica um elo de interação. Quando essa racionalidade jurídica é construída historicamente para neutralizar e punir os indesejáveis (VIEIRA, 2007; CAPPI, 2017; FERREIRA, 2019a), a não-responsabilização passa a ser o resultado esperado.

Um caso que ilustra bem esse argumento ocorreu em 2012, na cidade de São Paulo, quando câmeras de vigilância privada registraram a ação de três policiais militares que resultou na morte de um publicitário. Ricardo Prudente de Aquino, um homem branco de 41 anos, morreu na abordagem policial. Quatro anos depois, durante o julgamento dos policiais-réus, as imagens foram utilizadas em plenário do júri. O resultado foi a absolvição dos três PMs, contrariando as hipóteses de que “as imagens das abordagens policiais são instrumentos fundamentais para a condenação de policiais em processos de homicídios dolosos” e que “quando a vítima é uma pessoa branca e os policiais são pessoas negras, o resultado do processo de responsabilização será a condenação dos policiais” (FERREIRA, 2018, p. 166).

Assim, embora as *bodycams* possam reduzir as “incertezas intrínsecas” a respeito de como os fatos se sucederam durante uma abordagem policial, já que grande parte da ação pode ser registrada com esses dispositivos, nada garante que os jurados não interpretem uma imagem de uma presumível execução sumária como uma legítima defesa. As *bodycams* não retiram a incerteza que é inerente à interpretação da prova e, portanto, não alteram a ambiguidade estrutural dessa no Processo Penal (FERREIRA, 2021).

Ao lado desses elementos, ainda no âmbito de valoração da prova, a “hierarquia velada” que torna proeminente a versão dos policiais militares nos meios de prova (FERREIRA, 2021) contribui para que os argumentos prevaleçam sobre os fatos, em especial quando as hipóteses de legítima defesa putativa chegam aos tribunais do júri.

Considerações finais

Não há dúvidas que a efetiva utilização de câmeras corporais nos uniformes policiais traz determinados benefícios, no plano da construção da democracia, por um lado, e nas práticas institucionais, por outro. Numa dimensão macro, pensando o fortalecimento da democracia, presume-se que possa haver aumento do controle e da fiscalização dos atos praticados pelos agentes que realizam o policiamento ostensivo nas ruas; numa dimensão micro, olhando para as novas dinâmicas relacionais que surgem na polícia, entre os policiais – que se sabem monitorados – e o cidadão. Para uma análise aprofundada sobre as eventuais mudanças significativas e duradouras, decorrentes do uso desses dispositivos, no comportamento policial e para a incidência e promoção da redução dos abusos de autoridade, lesões corporais e homicídios, ainda serão necessárias pesquisas empíricas e um marco temporal mais amplo.

Do ponto de vista processual penal, de qualquer forma, a hipótese de que a prova que utiliza os insumos das *bodycams*, em processos administrativos e criminais, proporciona uma descrição mais acurada dos fatos certamente ganha relevância. Com os insumos das *bodycams*, promotores/as, juízes/as e jurados/as podem deixar de se ancorar tão somente nas versões daqueles que presenciaram a ação, em geral apenas o policial, única pessoa sobrevivente destes episódios, e eventuais vítimas não-letais de homicídios tentados, personagens raros, dado os recorrentes efeitos letais da atuação policial.

Contudo, é justamente no Processo Penal que as *bodycams* também encontram limites a suas potencialidades. A hipótese segundo a qual esses dispositivos geram efeitos significativos sobre a responsabilização criminal de policiais merece atenção. Por um lado, temos o atravessamento de violências estruturais, como o

racismo, nas entranhas do processo, mediando cada ato humano e jurídico, no curso normal do fluxo processual de responsabilização. Portanto, a filtragem racial não para na seleção do suspeito. De outro lado, “válvulas de escape” (FERREIRA, 2019b, p. 146) presentes no desenho institucional garantem a ausência de responsabilização. Ter jurados leigos como julgadores, que não precisam prestar contas das suas decisões e supervalorizar informalmente as narrativas dos policiais, ceifa qualquer possibilidade de as *bodycams* promoverem alteração significativa no atual quadro de blindagem da polícia que mata.

Como o texto fez notar, as *bodycams* não podem fazer tudo. Como um único tracejo em meio a uma infinidade de linhas tortas e antigas, mas rigorosamente projetadas, elas sozinhas não darão conta de unir democracia e polícia, que por vezes parecem estar em sentidos opostos, na mesma trilha.

Notas

- 1 Fruto da pesquisa *Desenho institucional para a responsabilização da polícia que mata: possibilidades e limites em democracias racialmente desiguais*. Proc. n. 2021/12667-6 FAPESP, sob orientação de Maira Machado.
- 2 Accountability é uma expressão sem tradução para o idioma português, que designa a ideia de transparência, controle, prestação de contas e responsabilização (CAMPOS, 1990; PINHO; SACRAMENTO, 2009). No âmbito dos estudos policiais, a accountability pode ser entendida como um processo de “identificação de um curso de responsabilização de indivíduos, grupos ou instituições que foi extraído de um determinado mandato”, com vistas à “modernização, a melhora do desempenho, o incremento da qualidade, do controle” da atividade policial (MUNIZ; PROENÇA, 2007, p. 21). Seguindo Bayley (2001), que não faz distinção entre controle e responsabiliza-

- ção, trataremos como sinônimo accountability, controle, transparência, prestação de contas e responsabilização, neste texto.
- 3 Segundo mapeamento realizado pelo Fantástico em outubro de 2021.
- 4 Lembrando que as pessoas tiveram que aprender a lidar com os riscos de contaminação da COVID-19 e com o aumento expressivo dos casos de mortes provocadas pelas polícias, durante o começo da pandemia em 2020 (FERREIRA, 2021).
- 5 Repercussão da redução da letalidade policial naquele período apareceu no Jornal Folha de São Paulo (PAGNAN, 2022); R7 (CROQUER, 2022); Alma Preta (2022).
- 6 Como bem lembrou a reportagem da Ponte Jornalismo, o Procurador-Geral de Justiça de São Paulo Mário Sarubbo chamou a tecnologia de “revolução” (MENDONÇA, 2018).

Referências

- ALMA PRETA. Uso de câmeras em uniformes da PM diminuem a letalidade policial em 83%. Cotidiano, 28 de janeiro de 2022. Disponível: <https://almapreta.com/sessao/cotidiano/uso-de-cameras-em-uniformes-da-pm-diminuem-a-letalidade-policial-em-83>. Acesso 20 mar. 2022.
- BAYLEY, David H. *Patterns of policing: A comparative international analysis*. Rutgers University Press, 1990.
- BLAT, José Carlos; SARAIVA, Sérgio. *O caso da favela naval: polícia conta o povo*. São Paulo: Editora Contexto, 2000.
- BRASIL. Lei 9.455, de 7 de abril de 1997. Define os crimes de tortura e dá outras providências. Brasília. Diário Oficial da União, de 8 de abril de 1997.
- CAPPI, Riccardo. *A maioridade penal nos debates parlamentares: motivos do controle e figuras do perigo*. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017.
- COMPARATO, Bruno Konder. *As ouvidorias de polícia no Brasil: controle e participação*. 2006. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.
- CROQUER, Gabriel. Após recorde histórico, letalidade policial vem caindo em SP. R7, 15 de dezembro de 2022. Disponível em: <https://noticias.r7.com/sao-paulo/apos-recorde-historico-letalidade-policial-vem-caindo-em-sp-15122021>. Acesso 20 mar. 2022.
- CIPRIANO, Leandro. Polícia Militar do DF adota tecnologia inédita no Brasil. *Agência Brasília*, 3 dez. 2012. Disponível em: <https://www.agenciabrasilia.df.gov.br/2012/12/03/uso-de-cameras-em-operacoes-rotam-fotos/>. Acesso 20 mar. 2022.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FANTÁSTICO. Veja como é a adoção de câmeras corporais da PM em cada estado. 17 de outubro de 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2021/10/17/veja-como-e-a-adoacao-de-cameras-corporais-da-pm-em-cada-estado.ghtml>. Acesso 20 mar. 2022.
- FERREIRA, Poliana da Silva. Olhar, ouvir e escrever nos jurís de policiais militares de São Paulo. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 5, n. 3, p. 158-166, dez. 2018.
- FERREIRA, Poliana da Silva. A responsabilização da polícia que mata: um estudo de caso sobre o tratamento jurídico das abordagens policiais com resultado morte. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) - Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2019.
- FERREIRA, Poliana da Silva. Direitos fundamentais e letalidade policial: sentidos opostos numa mesma trilha. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade-REDES*, 2019, n. 7, v. 2, p. 111-126.
- FERREIRA, Poliana da Silva. Unindo pontas soltas: racismo institucional, letalidade policial e sistema de justiça. *Revista Videre*, Dourados, v. 13, n. 28, set./dez. 2021.
- FERREIRA, Poliana da Silva. *Justiça e letalidade policial*. Coleção Justiça Plural. São Paulo: Jandaíra, 2021.
- FERREIRA, Poliana da Silva. Letalidade policial na pandemia: o papel do sistema de justiça na contenção de um antigo vírus. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 346, 2021.

- FERREIRA, Poliana da Silva. “Nas águas turvas do penal”: os fatos e a prova nos processos de responsabilização em casos de letalidade policial. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, v. 7, n. 3, p. 2245-282, set./dez. 2021.
- FREITAS, Felipe da Silva. *Polícia e Racismo: uma discussão sobre mandato policial*. 2020. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2020.
- GONZÁLEZ, Yanilda María. *Authoritarian police in democracy: Contested security in Latin America*. Cambridge University Press, 2020.
- MORRISON, Caren Myers. Body Camera Obscura: the semiotics of police video. *Am. Crim. L. Rev.*, 2017, v. 54, n 791.
- MUNIZ, Jacqueline de Oliveira; PROENÇA JUNIOR, Domício. Da accountability seletiva à plena responsabilidade policial. In.: CARUSO, Haydée; MUNIZ, Jacqueline de Oliveira; CARBALLO BLANCO, Antonio Carlos. (Org.). *Polícia, Estado e sociedade: práticas e saberes latino-americanos*. Rio de Janeiro: Publit, 2007, p. 21-73.
- NEVES, B. B.; MAIA, R. C. M. Astonishing images: TV news and accountability processes. *Brazilian journalism research*, [S. l.], v. 5, n. 1, p. 77-98, 2009. DOI: 10.25200/BJR.v5n1.2009.182. Disponível em: <https://bjr.sbpjor.org.br/bjr/article/view/182>. Acesso em: 13 apr. 2022.
- PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. São Paulo: Atlas, 2015.
- PAGNAN, Rogério. Letalidade policial desaba 85% em batalhões de SP com câmeras em uniformes. Folha de São Paulo, 27 de janeiro de 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2022/01/letalidade-policial-desaba-85-em-batalhoes-de-sp-com-cameras-em-uniformes.shtml>. Acesso em: 13 apr. 2022.
- RAMOS, Paulo Cesar. *Gramática negra contra a violência de Estado: da discriminação racial ao genocídio negro (1978-2018)*. 2021. Tese (Doutorado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.
- REIS, Vilma Maria. *Atuados pelo Estado: as políticas de segurança pública implementadas nos bairros populares de Salvador e suas representações*, 2005. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2005.
- RIFIOTIS, Theophilos. Violência policial e imprensa: o caso da Favela Naval. *São Paulo em perspectiva*, v. 13, n. 4, p.28-41, 1999.
- SÃO PAULO. Polícia Militar do Estado de São Paulo. *Câmeras operacionais portáteis: segurança e transparência a serviço do cidadão*. Folder. Disponível em: <https://www.policiamilitar.sp.gov.br/COP/Index#/regras-de-uso/documentos>. Acesso 06 jan. 2021
- SILVA, Jardel da; CAMPOS, Joamir Rogerio. Monitoramento das ações policiais por meio do uso de câmeras de porte individual: uma análise de sua utilização nas atividades operacionais. *Revista Ordem Pública*, v. 8, n. 2, p. 233-253, 2015.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. *Sur - Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 4, n. 6, p. 28-51, 2007.

Autora convidada

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL, DEMOCRACIA E VIOLÊNCIA NA AMÉRICA LATINA

CRIMINAL INVESTIGATION, DEMOCRACY AND VIOLENCE IN LATIN AMERICA

José Maria Pereira da Nóbrega Júnior

Doutor e Mestre em Ciência Política pela UFPE. Professor Associado da UFCG. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da UFCG.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9764413344024580>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9977-2964>

nobrega.jr.ufpe@gmail.com

Resumo: Este artigo teve o objetivo de testar níveis de associação entre os indicadores de Estado de direito (medido pela *proxy* Índice de Investigação Criminal), de democracia e de violência. Depois de discutir esses conceitos teoricamente, o trabalho de pesquisa testou, com o uso da estatística, a seguinte hipótese: quanto maior o nível de investigação criminal, maior é o nível da democracia e mais controlada é a violência. Os resultados das estatísticas em suas correlações, confirmaram a hipótese, demonstrando níveis de associação significativos entre os indicadores. Isso nos indicou que: a qualidade das democracias na América Latina está associada a bons indicadores de investigação criminal, fator de Estado de direito, e que essas correlações estão associadas ao controle da violência na região.

Palavras-chave: Democracia Violência – Estado de Direito – Investigação Criminal – América Latina.

Abstract: This article aimed to test levels of association between the rule of law indicators (measured by the *proxy* Criminal Investigation Index), democracy and violence. After discussing these concepts theoretically, the research work tested, using statistics, the following hypothesis: the higher the level of criminal investigation, the higher the level of democracy and the more controlled the violence. The results of the statistics in their correlations, confirmed the hypothesis, demonstrating significant levels of association between the indicators. This indicated that: the quality of democracies in Latin America is associated with good criminal investigation indicators, a factor of the rule of law, and that these correlations are associated with the control of violence in the region.

Keywords: Democracy Violence – Rule of Law – Criminal Investigation – Latin America.

1. Introdução

Há pouco espaço na Ciência Política brasileira para a discussão entre democracia, ou a sua qualidade, Estado de direito e violência. Geralmente, quando se fala em democracia na Ciência Política nacional está se baseando no conceito estreitamente eleitoral da definição. Não há espaço para o debate teórico e, muito menos, empírico ou estatístico dessa relação.

Geralmente, as abordagens sobre a relação entre Estado de direito e violência com a democracia está permeada por estudos normativos, que não buscam criar *proxies* para conceitos tão abstratos quanto o de Estado de direito e o de violência, e muito menos para tentar medir o impacto de variáveis independentes e dependentes.

Este artigo buscou trazer este tema com o uso de indicadores para medir o impacto do Estado de direito, com a *proxy* índice de investigação criminal na qualidade das democracias na América Latina e se houve alguma conexão com o nível de violência nos países selecionados para a análise.

2. Aspectos teóricos da democracia e as conexões com Estado de direito e controle da violência

A democracia tal qual a conhecemos é uma experiência moderna e tem origem nos resultados promovidos pelas revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII. Primeiro, as revoluções burguesas

promoveram o Estado liberal e os mecanismos de freios ao poder. Depois, com a introdução do sufrágio universal (ou quase universal), os limites às tentações da tirania da maioria.

A democracia contemporânea é um “mix” de componentes liberais e eleitorais que produzem o Poder sob regras de limites e freios que impedem, ou devem impedir, a tirania. Esse “mix” geralmente vem a reboque do que **Adam Przeworski** chamou de “*check list*”: que são “eleições competitivas, direitos de expressão e associação assegurados por lei e Estado de direito” (PRZEWORSKI, 2019, p. 27).

Este *check list* é fundamental para entendermos a democracia como uma lista de procedimentos. Contudo, diferente do elitismo de **Schumpeter** (1984) e de **Downs** (2013), o sucesso do método democrático não é tão simples. A história, ou o *path dependence* (NORTH, 2018), os entraves institucionais, sobretudo em novas poliarquias que passaram por regimes autoritários, são obstáculos que comprometem a consolidação democrática.

Fraco componente liberal, falta de acomodação entre as elites políticas em torno das regras do jogo da democracia, oposição destrutiva (ou perseguição e impedimentos à oposição), corrupção, impunidade, criminalidade, judiciário parcial, prerrogativas políticas dos militares, tudo isso pode implicar em regimes de frágeis democracias, ou semidemocracias (HIGLEY; GUNTHER, 1992; ZAVERUCHA, 1994; MAINWARING; LIÑAN, 2001; NÓBREGA JR., 2010).

A maioria dos cientistas políticos adota a definição eleitoral, ou submínima, da democracia. Para o *mainstream* da Ciência Política, “democracia é um arranjo político no qual as pessoas escolhem governos por meio de eleições e têm uma razoável possibilidade de remover governos de que não gostem” (PRZEWORSKI, 2019, p. 19). Ou seja, seguindo uma linha conceitual na qual a democracia é, simplesmente, um sistema político em que ocupantes de cargos de governo ganham ou perdem eleições e, quando perdem, vão embora aceitando a regra eleitoral. Não há espaço para a discussão sobre outras instituições que não passam pelo crivo das eleições.

Przeworski (2019, p. 19) afirma que ameaças às eleições que as tornam não competitivas “podem incluir violações das precondições para eleições competitivas enumeradas por Dahl” (DAHL, 2005), mas o seu foco é no processo eleitoral. Nada diz a respeito do Estado de direito, além dos direitos que venham garantir eleições livres e limpas. Podem existir eleições livres e limpas, mas com graves violações ao Estado de direito como vemos, por exemplo, nas políarquias latino-americanas (MÉNDEZ; PINHEIRO, 2000).

Para a América Latina, o conceito construído por Przeworski é insuficiente, mesmo numa perspectiva procedimental.¹ As crises na região vão muito além das instituições que passam pelo crivo eleitoral. A não-consolidação da democracia na região não pode ser vista pelo conceito submínimo do eleitoralismo. O estado falimentar de muitas de suas instituições ligadas ao Estado de direito levam os regimes políticos a constantes crises e instabilidade política.

Na maioria dos países latino-americanos, os dispositivos de freios e contrapesos não são tão firmes quanto parecem ao olhar desatento do observador formal. Por isso, mostra-se fundamental construir o conceito de democracia procedimental, acrescentando a qualidade do Estado de direito para uma avaliação pragmática dos regimes políticos na América Latina.

Uma definição procedimental da democracia precisa inserir, além dos procedimentos eleitorais encontrados na literatura, as condições do componente liberal do Estado de direito como o construído por O’Donnell (1998 e 1999), mas de forma pragmática. Substituindo conceitos abstratos por indicadores mensuráveis. Superando a discussão meramente filosófica e/ou teórica daqueles estudos.

3. Aspectos metodológicos da análise

Aqui adoto os conceitos de: democracia da Revista *The Economist* em seu *Democracy Index* – e este será a variável dependente; Estado de direito da *World Justice Project* em seu fator 8, no qual a *proxy* é o Índice de Investigação Criminal² (variável independente); violência em seu índice de homicídios ou taxas de homicídios por grupo de cem mil habitantes³ (variável independente). Para a nossa definição de democracia, é fundamental a consolidação de um Estado de direito usável pela maioria da população que, no limite, são os eleitores de uma democracia representativa.

A presente análise busca descrever e correlacionar os seguintes indicadores:

1. O fator 8 do Índice de Estado de Direito do *World Justice Project* (WJP), que avalia o sistema de justiça criminal de um país em seu sistema de investigação criminal, no qual se mede a capacidade das instituições coercitivas⁴ em acusar e prender criminosos. Esse indicador, que vai de 0 a 1 (quanto maior, melhor o desempenho do Estado), também mede se a polícia, investigadores e promotores possuem recursos adequados, se estão livres de corrupção e se desempenham as suas funções com competência.

2. O Índice de Democracia do *Democracy Index* da Revista *The Economist* em que os países são classificados em: Democracias Consolidadas, mensuradas entre 8 e 10; Democracias Falhas, mensuradas entre 6 e 7; Regimes Híbridos, mensurados entre 5 e

5,99; e Regimes Autoritários, mensurados entre 4,99 e 0. Democracia Consolidada, é o regime político que preenche os seguintes indicadores: a. processo eleitoral e pluralismo; b. funcionamento do governo; c. participação política; d. cultura política; e. liberdades civis (THE ECONOMIST, 2020).

3. O Indicador de Violência medido pelas taxas de homicídios por cada grupo de 100 mil habitantes. Os dados são do *Homicide Report* do Banco Mundial.

Partimos da hipótese teórica na qual quanto maior o nível de investigação criminal (*proxy* para Estado de direito), maior também é o nível de democracia e menor é a violência. Para isso, utilizamos a estatística descritiva dos dados, com o uso da correlação entre matrizes de dados para verificar a validade desta hipótese.

4. Resultados e discussões

Os países de democracia consolidada na América Latina são, em ordem decrescente: Uruguai, com indicador de 8,61 no seu índice de democracia; Chile, com 8,28; e Costa Rica, com 8,16. Portanto, considerados pela *Democracy Index* (2020) países de democracias consolidadas.

Os países classificados como semidemocráticos, conforme conceito da tipologia criada por Mainwaring e Liñan (2001),⁵ são, em ordem decrescente: Panamá, com índice de 7,18; Colômbia, com 7,04; Argentina, com 6,95; Brasil, com 6,92; Suriname, com 6,82; Peru, com 6,53; Equador, com 6,13; México, com 6,07; Guiana, com 6,01 (até aqui temos os regimes considerados democracias falhas pelo *Democracy Index*); El Salvador, com 5,9; Honduras, com 5,36; e Bolívia, com 5,08 (como regimes classificados como híbridos). Correspondendo a maioria dos países da região.

Os países classificados como autoritários pelo *Democracy Index*: Guatemala, com 4,97 no seu índice de regime político; Nicarágua, com 3,6; e o mais autoritário da análise, a Venezuela com 2,76 de indicador (cf. tabela 1).

Tabela 1. Índice de Investigação Criminal, Índice de Democracia e Indicador de Violência – América Latina

REGIMES	PAÍSES	IND. INV. CRIM	IND. DEMO	IND. VIOL
Democ.	Uruguai	0,39	8,61	7,7
Democ.	Chile	0,36	8,28	3,5
Democ.	Costa Rica	0,41	8,16	11,9
Semidem.	Panamá	0,32	7,18	9,7
Semidem.	Colômbia	0,2	7,04	25,5
Semidem.	Argentina	0,27	6,95	5,9
Semidem.	Brasil	0,28	6,92	29,5
Semidem.	Suriname	0,43	6,82	-
Semidem.	Peru	0,25	6,53	7,7
Semidem.	Equador	0,28	6,13	5,9
Semidem.	México	0,19	6,07	19,3
Semidem.	Guiana	0,34	6,01	18,4
Semidem.	El Salvador	0,17	5,9	82,8
Semidem.	Honduras	0,21	5,36	56,5
Semidem.	Bolívia	0,21	5,08	6,3
Autorit.	Guatemala	0,21	4,97	27,3
Autorit.	Nicarágua	0,33	3,6	7,4
Autorit.	Venezuela	0,12	2,76	56,3

Fontes: WJP (2020)/Democracy Index (2020)/World Bank – Homicide Report (2016).

Analisando resumidamente a tabela 1, a Venezuela foi o país que apresentou o pior indicador de regime político (2,76) e, também, o pior de investigação criminal com 0,12 nesse índice. Já no índice de violência, foi o terceiro pior com taxa de 56,5/100 mil, ou seja, em total descontrolado.

O Uruguai é o país mais democrático e que apresentou o terceiro melhor indicador de investigação criminal, com indicador de violência de 7,7/100 mil, sendo mais violento que a Nicarágua, país classificado como autoritário, mas que teve índice de investigação criminal maior que muitos países em situação melhor em termos de regime. Um claro *out-lier*.

A melhor forma de resolver a análise, é correlacionar os conjuntos de dados. Fazendo uma cruzamento de dados entre as matrizes formadas pelas colunas dos indicadores. A correlação é uma forma de analisar o nível de associação entre os indicadores. Nela, quanto maior o indicador, ou mais próximo de 1 ou de -1, maior é a correlação entre as variáveis.

Tabela 2. Correlações dos indicadores

correl ind inv crim x ind dem	correl ind inv crim x ind viol	correl ind dem x ind viol
0,617	-0,640	-0,402

Formatada pelo autor.

A correlação entre o indicador de investigação criminal e democracia se mostrou significativa com $R=0,617$ no qual temos que: quanto maior o índice de investigação criminal, maior também é o índice de democracia.

A correlação entre o índice de investigação criminal e o indicador de violência também se mostrou significativa com $R=-0,640$, no qual quanto maior é o índice de investigação criminal, menor é o indicador de violência (e vice-versa).

Por fim, a correlação entre o índice de democracia e o indicador de violência, que também mostrou significância com $R=-0,402$, no qual

quanto menor o indicador de violência, maior é o de democracia (e vice-versa).

Conclui-se que o papel das instituições coercitivas para a consolidação do Estado de Direito é relevante para o avanço e consolidação da democracia na América Latina, bem como os dados de investigação criminal contribuem significativamente para a melhoria do indicador de violência na região. Aquilo que O'Donnell (1998) chamou de *Accountability* horizontal ou responsividade das instituições de controle da criminalidade e da violência.

5. Conclusão

Neste artigo, busquei avaliar o conceito de democracia em definições que perpassassem o eleitoralismo do *mainstream* da Ciência Política, focando no Estado de direito e na sua capacidade para o controle da violência, numa visão e definição de democracia procedimental, que não se encostasse decisivamente na teoria minimalista majoritária na discussão sobre democracia contemporânea.

Sugeri uma definição de democracia que incluísse a capacidade do Estado de direito, além do normativismo das teorias frequentemente vistas como críticas ao procedimentalismo. A superação dessa dificuldade só se dá com o uso adequado de *proxies* estatísticos.

Conduzi o raciocínio nesta perspectiva, com o uso da estatística descritiva e com aplicação da associação entre variáveis (dependentes e independentes) para o teste de uma hipótese. Nesta, a preocupação foi saber se o Estado de direito importa para uma democracia de melhor qualidade.

Os resultados comprovaram a associação entre as variáveis e os sinais esperados pela hipótese, nos dando bons argumentos em torno do conceito de democracia para além do eleitoralismo e que foque, com dados estatísticos e não apenas com argumentos teóricos, na qualidade do Estado de direito como fonte para o avanço da democracia em regiões com históricos institucionais de ditaduras e de violência fora de controle para a avaliação adequada de suas realidades políticas.

Notas

- Na Teoria Democrática Contemporânea há uma linha teórica conhecida como procedimental. Esta tem início com a discussão que Max Weber faz em *Economia e Sociedade* (1999), mas que terá dimensão maior no livro de Joseph Schumpeter, *Capitalismo, Socialismo e Democracia* (1984), quando o economista austríaco descreveu os procedimentos necessários para o sucesso do método democrático (HELD, 1987).
- A investigação criminal é um fator determinante para o sucesso do aparato coercitivo estatal em democracias liberais, pois é através deste dispositivo legal que temos maior probabilidade de chegarmos a resolução de um crime grave, como os homicídios, por exemplo. E esse componente liberal está na base filosófica do Estado de direito, pois o direito à propriedade (bens, vida e liberdade) é o ponto de partida da composição

da sociedade moderna ocidental.

- O cálculo das taxas de homicídios é o principal mecanismo de mensuração da violência comum nos países. Quando uma dada realidade social tem as suas taxas de homicídios acima dos dez assassinatos por cem mil habitantes, há ali uma situação de descontrolo da violência.
- Polícia, sistema de justiça, sistema carcerário, ministério público e promotoria.
- Para Mainwaring et al (2001) um país é semidemocrático quando viola, gravemente ou em parte, os direitos humanos e os militares têm pouco controle civil, não obstante existir eleições conforme as definições de Schumpeter (1984). Para um aprofundamento do conceito, ver Zaverucha (2005) e Nóbrega Jr. (2010).

Referências

- DAHL, Robert. *Poliarquia*. São Paulo: Edusp, 2005.
- DONNELL, O'Donnell, Guillermo. *Teoria Democrática e Política Comparada. Dados - Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 42, n. 4, p. 577-654, 1999.
- PRZEWORSKI, Adam. *Crises da democracia*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 2019.
- SCHUMPETER, Joseph. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1984.
- THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT. *Democracy Index*. In *sickness and in health?* 2020.
- WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Volume 2. Brasília: Editora Unb, 1999.
- WORLD BANK. *Homicide Report*. Banco de dados. 2016.
- WORLD JUSTICE PROJECT. *Banco de dados*. 2020.
- ZAVERUCHA, Jorge. *Rumor de Sabres*. São Paulo: Editora Ática, 1994.
- ZAVERUCHA, Jorge. *FHC, forças armadas e polícia*. Entre o autoritarismo e a democracia. 1999>2002. Ed. Record. Rio de Janeiro. 2005.

Recebido em: 29.07.2021 - Aprovado em: 24.10.2021 - Versão final: 29.03.2022

O CONTROLE JUDICIAL NA HOMOLOGAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: ANÁLISE A PARTIR DO *HABEAS CORPUS* 619.751/SP.

THE JUDICIAL REVIEW IN THE RATIFICATION OF NON-CRIMINAL PROSECUTION AGREEMENT: ANALYSIS FROM *HABEAS CORPUS* 619.751/SP

Matheus Léo Pereira Badaró Duarte

Pós-graduando em Direito Penal Econômico pela PUC-MG. Bacharel em Direito pela PUC-MG. Advogado criminalista. Membro do IBCCRIM.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3363930511439327>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7940-1381>

matheusleobadaro@gmail.com

Resumo: O artigo parte da análise da jurisprudência inaugurada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do HC 619.751/SP, que negou o reconhecimento do princípio da insignificância em favor de paciente que anteriormente aceitou Acordo de Não Persecução Penal. Objetiva-se refletir especificamente acerca de um dos fundamentos denegatórios: a alegação de que a concessão da ordem configuraria supressão de instância. A partir da revisão bibliográfica e análise jurisprudencial, pretende-se entender o alcance do controle judicial sobre o ANPP, e se a atipicidade material poderia ser verificada já no juízo de homologação ou rejeição do acordo. Ao final, propõe-se que o ANPP não seja homologado antes do juízo de admissibilidade da acusação, o que deveria ensejar uma alteração legislativa.

Palavras-chave: Justiça Negocial – Homologação Judicial – Acordo de Não Persecução Penal – Justa Causa – Princípio da Legalidade.

Abstract: The article starts from the analysis of the jurisprudence started by Brazilian Superior Court of Justice (STJ) in the judgment of HC 619.751/SP, which denied recognition of the principle of insignificance in favor of Habeas Corpus patient who had previously accepted a non-criminal prosecution agreement. The aim is to reflect specifically on one of the denouncing grounds of the writ: the allegation that the granting of the writ of Habeas Corpus would constitute the suppression of an instance. Based on the bibliographic review and jurisprudential analysis, it is intended to understand the scope of judicial control over non-criminal prosecution agreement, and whether the type of crime could be verified in the confirmation or rejection of the agreement. In the end, it is proposed that the non-criminal prosecution agreement should not be ratified before the prosecution's admissibility, which should lead to a legislative change.

Keywords: Consensual Justice – Confirmation by Court – Non-criminal Prosecution Agreement – Just cause for Prosecution – Principle of Legality.

Em dezembro de 2020, o Superior Tribunal de Justiça – em decisão monocrática do ministro Felix Fischer – decidiu não conhecer do *Habeas Corpus* (HC) 619.751/SP impetrado para obter o reconhecimento do princípio da insignificância após a aceitação do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP). A decisão tratou do caso em que uma assistida da Defensoria Pública do Estado de São Paulo confessou a prática da tentativa do furto de uma calça no valor de R\$ 49,00 e celebrou acordo com o Ministério Público, assinado conjuntamente com o seu defensor, que dois dias após o aceite, impetrou *Habeas Corpus* perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) objetivando o reconhecimento da atipicidade material.

O TJSP, por sua vez, decidiu anteriormente não conhecer da ação de impugnação por entender necessária a produção de provas, “incompatível com o *writ*” e “não parecendo razoável discutir, em ação autônoma, a existência de justa causa para oferecimento de denúncia, possível no caso, somente em caso de descumprimento do acordo firmado”.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, destacam-se ao menos dois motivos que ensejaram a rejeição liminar do *Habeas Corpus*: a quebra da boa-fé objetiva e ausência de lealdade processual por parte do impetrante. Ainda que se considerem inadmissíveis tais fundamentos, propõe-se enfrentar uma outra justificativa da decisão que merece maior análise: a supressão de instância.

O caso concreto reflete apenas uma das diversas questões que somente a prática da contínua incorporação da justiça negocial no Brasil poderia evidenciar. A propósito, adota-se como premissa que, ainda que o Acordo de Não Persecução Penal não constitua uma condenação formal, deve ser reconhecido como um mecanismo negocial inserido na justiça criminal brasileira por haver a aplicação de sanções penais sem o devido processo legal,² sobretudo nos termos do artigo 28-A, incisos III e IV, do Código de Processo Penal, que possibilita a imposição de penas restritivas de direitos após a celebração do acordo.

O ministro Fischer aponta em sua decisão que “o cerne da demanda deixou de ser apreciado na origem, configurando, assim, indevida

supressão de instância o debate dos requisitos do princípio da insignificância” e conclui que “o revolvimento fático-probatório aqui almejado sequer foi realizado na origem [...] dispensada pela d. Defesa quando da aceitação do benefício do acordo de não persecução penal”. Em suma, o ministro compreende que a atipicidade material da conduta deveria ter sido alegada antes da celebração do Acordo de Não Persecução Penal, pois somente assim o tribunal *a quo* poderia reconhecê-la, somando-se a uma suposta impossibilidade de se verificar tais requisitos sem revolvimento fático-probatório. A questão, portanto, aparenta situar-se nos limites entre a liberdade de negociação das partes e o controle judicial sobre o acordo.

Verifica-se, porém, uma contradição normativa no fundamento decisório. Para além da desnecessidade de questionamento em sede de *Habeas Corpus*,³ o artigo 28-A do Código de Processo Penal dita uma instrução clara ao órgão responsável pela acusação, e que deve alcançar também o controle judicial sobre o ato: “não sendo caso de arquivamento [...] o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal”. Assim, o legislador impõe como limite inicial à proposta de acordo a existência de justa causa, o “suporte probatório mínimo, tendo por objeto a existência material de um crime e a autoria delitiva”,⁴ que torna apto o oferecimento da denúncia.

No sistema de justiça penal brasileiro, o princípio da legalidade incide sobre o direito material e o direito processual, impondo aos atores estatais que pautem suas posturas e suas decisões em conformidade com as previsões legais.⁵ Nesse sentido é que, mesmo que se admita a existência de um princípio da oportunidade – ou da não obrigatoriedade – no Processo Penal brasileiro, o órgão acusador não dispõe de plena liberdade para acusar, sobretudo de forma arbitrária.⁶ Ocorre o contrário, é a legalidade que incide sobre a oportunidade, de forma que são previstas hipóteses em que não há obrigatoriedade do dever de acusar e que, por razões de cunho político-criminal, é possível o não oferecimento da denúncia.

O artigo 28-A do Código de Processo Penal também traduz a relação direta entre a legalidade que incide sobre o princípio da oportunidade, embora em seu aspecto restritivo: se não for possível oferecer a denúncia, sendo o caso de arquivamento, não será cabível o Acordo de Não Persecução Penal. Igualmente, se o Ministério Público entender pela necessidade de realização de diligências, não deve oferecer a denúncia e nem mesmo o Acordo de Não Persecução Penal, porque em qualquer hipótese faltará a justa causa. Exige-se, portanto, que o promotor de justiça realize uma análise jurídica preambular da viabilidade da acusação, o que confere transparência ao raciocínio desenvolvido e permite ao imputado entender o teor da acusação.⁷ Da mesma forma que não se cogita os demais institutos de justiça negocial no processo brasileiro – como a transação penal e a suspensão condicional do processo – se não houver fato idôneo para instaurar a ação penal.

A legislação prevê ainda que o Acordo de Não Persecução Penal precisa ser homologado para produzir seus efeitos, devendo o juiz verificar a voluntariedade e a legalidade do acordo (art. 28, §4º do CPP), podendo rejeitá-lo nos casos que não preencherem os requisitos legais ou diante da constatação da existência de cláusulas inadequadas, insuficientes ou abusivas (art. 28, §7º do CPP). Por exemplo, em atenção à legalidade, o juiz poderá rejeitar a homologação de acordo que envolver crime cometido com violência

ou grave ameaça, hipótese vedada pelo *caput* do artigo 28-A.⁸ Trata-se da análise da presença dos pressupostos de validade do instituto de justiça negocial. Pela mesma razão é que se sustenta que há o dever de o juiz analisar a imputação em seu aspecto fático e sua subsunção ao tipo penal, verificando se há justa causa, para, somente diante da superação desse requisito, buscar identificar os demais elementos necessários para a homologação do Acordo de Não Persecução Penal. Somente assim a tipicidade exercerá a função de ser indício de antijuridicidade e função de garantia, relacionando-se com o princípio da legalidade.⁹

A homologação do acordo pelo juiz de primeiro grau significa reconhecer, pelo menos em princípio, a tipicidade do fato, imprescindível para a verificação da viabilidade da acusação. A confissão do imputado não dispensa a análise do magistrado sobre os elementos do crime e os pressupostos de validade da proposta, ainda que o Acordo de Não Persecução Penal tenha sido assinado conjuntamente com a defesa técnica. Admitir que a confissão de um fato é elemento suficiente para que haja um crime, é flertar com um sistema inquisitório e recriar o sistema de prova tarifada em que a confissão é a “rainha das provas”.¹⁰ Se cabe ao magistrado rejeitar a

denúncia oferecida se não verificar as condições da ação penal, ainda que em um juízo prognóstico, seria contraditório se não pudesse rejeitar a homologação de acordo diante do mesmo fundamento.

É de tal modo que, no julgamento do HC 619.751/SP, o Superior Tribunal de Justiça se equivocou ao rejeitar liminarmente a ação de impugnação. Primeiro, porque poderia reconhecer a ilegalidade de ofício, por força do artigo 654, §2º, do Código de Processo Penal. Mas também porque o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo,

que possui competência para se manifestar acerca da legalidade do juízo homologatório do Acordo de Não Persecução Penal, já havia decidido pelo não conhecimento do *Habeas Corpus* impetrado na origem especificamente por não vislumbrar o reconhecimento do princípio da insignificância.

Por outro lado, é igualmente equivocado sustentar que o princípio da insignificância só pode ser reconhecido no transcurso do Processo Penal ou que, para tanto, é imprescindível a produção de provas. A justiça negocial não é um fenômeno completamente inédito no processo brasileiro, sendo possível encontrar suas origens na Lei 9.099/95 nos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, razão pela qual é importante um sucinto exame da aplicação de tais institutos em situações semelhantes.

Há entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a aceitação da proposta de transação penal não obsta o conhecimento de *Habeas Corpus* para trancar ação penal.¹¹ No julgamento do HC 176.785/DF, o ministro Gilmar Mendes destaca que a transação penal somente pode ser oferecida quando também for possível a instauração do processo e, assim, a homologação do acordo é “o momento oportuno para magistrado competente realizar o controle de sua legalidade” e na mesma ocasião assevera que “o acordo não infirma o direito subjetivo de a defesa ver apreciados os seus pedidos, que têm, em abstrato, potencial jurídico para fulminar a pretensão estatal”.¹² O posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da suspensão condicional do processo é o mesmo, indicando ser necessária a análise de justa causa, mesmo após o aceite da proposta pelo acusado.¹³

Por outro lado, a sexta turma do Superior Tribunal de Justiça,

"ADMITIR QUE A CONFISSÃO DE UM FATO É ELEMENTO SUFICIENTE PARA QUE HAJA UM CRIME, É FLERTAR COM UM SISTEMA INQUISITÓRIO E RECRIAR O SISTEMA DE PROVA TARIFADA EM QUE A CONFISSÃO É A 'RAINHA DAS PROVAS'!"

contrariando o Supremo Tribunal Federal e a sua própria jurisprudência,¹⁴ tem decisão no sentido de não conhecer de *Habeas Corpus* que questiona a existência de justa causa após o aceite do acordo de transação penal, pois, nos termos do voto do ministro Antonio Saldanha no HC 495.148/DF, “por decorrência lógica, não há ação penal instaurada que se possa trancar.”¹⁵ Na ocasião, o então ministro Nefi Cordeiro foi voto vencido por entender que “o particular admite o acordo para evitar a persecução penal, mas não admite pelo acordo a presença das condições legais que seriam seus pré-requisitos para a persecução”,¹⁶ corroborando a necessidade de se analisar a viabilidade da acusação.

Finalmente, retornando-se ao exame do HC 619.751/SP, a conclusão é no sentido de que não haveria supressão de instância se ocorresse o julgamento do mérito do *Habeas Corpus* pelo STJ, uma vez que o TJSP, que deveria ter se pronunciado acerca da tese de atipicidade material, alegou ser necessária a produção de provas para tanto. Não há também qualquer supressão de instância do juízo de primeiro grau, porque a homologação do Acordo de Não Persecução Penal inevitavelmente reconhece a existência de justa causa para a ação penal.

Há controvérsias de diversas ordens de grandeza no campo da justiça negocial: a legitimidade do sistema; o desequilíbrio entre as partes; a desconfiança acerca da voluntariedade do imputado que celebra o acordo; usurpação de funções decisórias do julgador; entre outros.

Mas o controle judicial sobre o acordo é, de forma redundante, o que há de mais controlável na justiça negocial brasileira. Não se pode admitir que o juízo de homologação seja meramente formal. Pelo contrário, deve ser uma garantia do cidadão de que não está renunciando a ampla defesa em troca de prejuízos ainda maiores daqueles que poderiam advir do devido processo legal.

É evidente que se o juiz rejeitar o Acordo de Não Persecução Penal por identificar atipicidade na conduta, certamente impedirá a homologação de qualquer outro acordo pelos mesmos fatos, o que poderia criar uma aparente celeuma procedimental. Se o Ministério Público não promover o arquivamento, irá oferecer uma denúncia que naturalmente será rejeitada por força do artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal. Para evitar atos desnecessários, seria proveitosa a previsão legal de que o acordo de não persecução penal não pode ser homologado sem antes haver o juízo de admissibilidade da acusação. Até mesmo porque, para o acusado, a persecução penal propriamente dita se inicia desde as investigações, e o oferecimento da denúncia pretérito ou simultâneo ao Acordo de Não Persecução Penal não representaria maiores prejuízos diante da certeza da justa causa para a ação penal. Tal previsão coadunaria com a necessária implementação do juiz de garantias – suspensa por decisão liminar do Supremo Tribunal Federal –, uma vez que caberia a ele a homologação do Acordo de Não Persecução Penal, e também a rejeição ou recebimento da denúncia.

Notas

¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 619.751*. Relator: Min. Felix Fischer, 11 dez. 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=119378769&tipo_documento=documento&num_registro=202002721751&data=20201215&formato=PDF. Acesso em: 15 jun. 2021.

² VASCONCELLOS, 2020a, p. 264-265.

³ TORON, 2018, p. 111-113

⁴ BADARÓ, 2020, p. 208.

⁵ VASCONCELLOS, 2020b, p. 44.

⁶ PRADO, 2006, p. 112-113.

⁷ MARQUES, 2020, p. 11.

⁸ BADARÓ, 2020, p. 192.

⁹ BRANDÃO, 2019, p. 122.

¹⁰ COUTINHO, 2001, p. 50.

¹¹ Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *RHC 82.365*. Relator: Min. Cezar Peluso, 27 maio 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=535833>. Acesso em: 15 jun. 2021.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *HC 176785*. Relator: Min. Gilmar Mendes, 19 maio 2020. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20200518_123.pdf. Acesso em: 26 maio 2021.

¹³ Cf.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *HC 85.747*. Relator: Min. Marco Aurélio, 21 jun. 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354294>. Acesso em: 15 jun. 2021; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *HC 89.179*. Relator: Min. Carlos Britto, 21 nov. 2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=435200>. Acesso em: 17 jun. 2021.

¹⁴ Cf. em relação ao trancamento da ação penal pela atipicidade da conduta após a suspensão condicional do processo: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *RHC 102.202*. Relator: Min. Antonio Saldanha, 9 abr. 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802168430&dt_publicacao=24/04/2019. Acesso em: 16 jun. 2021. No mesmo sentido, após a transação penal: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *RHC 55.924*. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 14 abr. 2015. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201500147435&dt_publicacao=24/06/2015. Acesso em: 16 jun. 2021.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *HC 495.148*. Relator: Min. Antonio Saldanha, 24 set. 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900544984&dt_publicacao=03/10/2019. Acesso em: 17 jun. 2021.

¹⁶ *Ibid.*

Referências

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 5. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 619.751*. Relator: Min. Felix Fischer, 15 dez. 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=119378769&tipo_documento=documento&num_registro=202002721751&data=20201215&formato=PDF. Acesso em: 15 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *HC 495.148*. Relator: Min. Antonio Saldanha, 24 set. 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900544984&dt_publicacao=03/10/2019. Acesso em: 17 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *RHC 102.202*. Relator: Min. Antonio Saldanha, 9 abr. 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802168430&dt_publicacao=24/04/2019. Acesso em: 16 jun. 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *RHC 55.924*. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 14 abr. 2015. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201500147435&dt_publicacao=24/06/2015. Acesso em: 16 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *HC 85.747*. Relator: Min. Marco Aurélio, 21 jun. 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354294>. Acesso em: 15 jun. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *HC 89.179*. Relator: Min. Carlos Britto, 21 nov. 2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=435200>. Acesso em: 17 jun. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *HC 176785*. Relator: Min. Gilmar Mendes, 19 maio 2020. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20200518_123.pdf. Acesso em: 26 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *RHC 82.365*. Relator: Min. Cezar Peluso, 27 maio 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=535833>. Acesso em: 15 jun. 2021.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 1, p. 50, 2001. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=37098. Acesso em: 14 abr. 2021.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Acordo de não persecução penal: um novo começo de era(?). *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 331, p. 9-12, jun. 2020.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2006.

TORON, Alberto Zacharias. *Habeas corpus: controle do devido processo legal: questões controvertidas e de processamento do writ*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

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: D'Plácido, 2020.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada e negociação na justiça criminal brasileira: acordos para aplicação de sanção penal consentida pelo réu no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 166, p. 241-271, abr. 2020.

Recebido em: 24.04.2021 - Aprovado em: 20.05.2021 - Versão final: 18.06.2021

LENTES QUE APRISIONAM: NOTAS SOBRE A EXECUÇÃO PENAL MIDIÁTICA

LENSES THAT ARREST: NOTES ABOUT MEDIA'S CRIMINAL EXECUTION

José Flávio Ferrari Roehrig

Especialista em Direito Penal e Criminologia pela PUCRS. Pós-graduando em Direito de Execução Penal pelo CEI. Bacharel em Direito pela PUCPR. Assessor de Juiz de Direito de 1º Grau, do Tribunal de Justiça do Paraná.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6247820086391837>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6593-9014>

joseflavioferrari@gmail.com

Caio Cesar Tomioto Mendes

Mestre em Direito Penal pela UERJ. Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo ICPC/UNINTER. Especialista em Direito Constitucional Contemporâneo pela UENP/IDCC. Advogado criminalista.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6107303345170242>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8617-0251>

ctomiotomendes@gmail.com

Pedro Henrique Gonçalves Silva Araújo

Pós-Graduando em Direito Penal e Processual Penal pelo IDCC. Bacharel em Direito pela UNIFIL. Membro do Grupo de Pesquisa em Ciências Criminais e Direitos Fundamentais do IDCC. Advogado e Conciliador (TJPR).

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4864022344660465>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3639-449X>

adv.pedroaraujo@gmail.com

Resumo: A influência da mídia na formação de opinião certamente é um importante objeto de estudo e análise, especialmente quando verificados os possíveis efeitos processuais decorrentes da abordagem criminologia-mídia. Não menos importante é o estudo do papel da mídia no sistema prisional e execução penal, cuja imagem nebulosa e maculada se perpetua, segundo a qual a abordagem midiática pode anular o pouco direito do cidadão em execução penal e, principalmente, suprimir seu digno retorno à vida em sociedade. A partir de análise bibliográfica e de matérias jornalísticas recentes, a proposta deste artigo é expor e sistematizar três eixos de reportagens capazes de influenciar diretamente na imagem e na execução penal da pessoa privada de liberdade.

Palavras-chave: Execução Penal – Sistema Prisional – Meios de Comunicação em Massa.

Abstract: The media's influence in opinion-forming certainly is an important object of study and analysis, even more when are verified procedural effects from the criminology-media approach. Not less important is the study of the media's role in the prison system, whose nebulous and tarnished image is perpetuated, of which the approach can nullify the minimum citizen's right in execution of prison punishment and most importantly suppress his dignified return to life in society. Based on bibliographical and recent journalistic articles analysis, the purpose of this article is to expose and systematize three axis of news report capable of directly influencing the image and the process of execution of prison punishment of the prisoner.

Keywords: Execution Of Prison Punishment – Prison System – Mass Media.

Parte da população brasileira se sente cada vez mais apta para opinar sobre questões criminais, especialmente por meio das redes sociais. Mais do que meros expositores de suas opiniões, tornam-se verdadeiros julgadores de casos, acontecimentos e, sobretudo, de pessoas. Creem-se familiarizados com a situação analisada e com os autores do evento, familiaridade decorrente de inúmeros fatores, mas por certo influenciada pela forma de exposição midiática do evento.

Quando o assunto é o cometimento de crime, a mídia, sempre atenta a seus fins mercadológicos, não esconde o seu interesse pelo furo.¹ E quanto mais dramatizado, melhor; afinal, seu discurso necessita se impor ao dos concorrentes (BATISTA, 2002, p. 273), pois a *Mass media*² possui "objetivos comerciais e com notório interesse em explorar, de forma sensacionalista, fatos policiais que lhe rendam

muito dinheiro" (SCHECAIRA, 1996, p. 16). Este furo, o primeiro contato com fatos que se revestem de enorme complexidade (muito além das definições jurídicas), invariavelmente é desprovido de elementos suficientes para um julgamento, mas certamente é capaz de influenciar o público (BAYER, 2013) e toda uma persecução penal que a partir dali se sucederá.

A lógica da eficiência também se aplica à atividade midiática: "o mesmo órgão investiga, acusa sem defesa, julga e executa a pena de execração pública, de destruição da honra, da vida privada, da imagem, da identidade e, é claro, da presunção de inocência" (BUDÓ, 2013). Não à toa, ao analisar o serviço dos especialistas criminológico-midiáticos, Nilo Batista (1990, p. 138) observa que "a imprensa tem o formidável poder de apagar da Constituição o princípio da presunção de inocência, ou, o que é pior, invertê-lo".

Consequentemente, por mais que os fatos ocorridos se situem em locais por onde o telespectador jamais frequentou, a comunicação das empresas jornalística possui a capacidade de aproximá-lo daquele cenário sem nenhuma mediação sobre o contato virtual com a complexidade que pode residir a milhares de quilômetros de sua residência.

Algumas dessas notícias trazem imagens e sons violentos como forma de chocar e representar situações, "como se todos aqueles fatos violentos ocorressem contínua e sistemática, em todos os lugares do país" (ÁVILA; RAMOS, 2015, p. 323). Não é equivocada, portanto, a noção de que a dramaturgia da notícia produzida possa gerar uma sensação de insegurança (AMARAL; GARCIA, 2005) mesmo quando o interlocutor das mensagens e imagens não possui a mínima proximidade geográfica com o local dos fatos.

A reportagem é o produto a ser consumido e que detém papel substancial na formação do senso comum punitivo: "não há debate, não há atrito: todo e qualquer discurso legitimante da pena é bem aceito e imediatamente incorporado à massa argumentativa dos editoriais e das crônicas" (BATISTA, 2002, p. 273), alinhando-se ao sensacionalismo argumentativo e ao decorrente "clamor popular pelo recrudescimento da intervenção punitiva" (CALLEGARI; WERMUTH, 2009), cujas lentes turvam os enfoques constitucionais e de política criminal que granjeiam o sistema penal.

Sob a perspectiva do sistema prisional, a percepção não é amenizada. A "sensação de familiaridade com a prisão deriva em partes das representações das prisões em filmes e outras mídias visuais" (DAVIS, 2018, p. 18). Gina Dent (2005) observou que "a prisão está, portanto, conjugada a nossa experiência de visualidade, criando a noção de sua permanência como instituição" (*apud* DAVIS, 2018, p. 19), presença esta que é capaz de mover a sociedade à discussão daquilo posto à mesa.

Os programas policiais e a mídia em geral certamente corroboram com a construção de um inimigo a ser abatido, cuja existência, por si só, é suficiente para causar temor a alguma parcela do público, e cujo isolamento e neutralização é motivo de festejo. Portanto, é acertada a visão de que o discurso criminológico midiático "procura fundamentar-se numa ética simplista (a 'ética da paz') e numa história ficcional (um passado urbano cordial; saudades do que nunca existiu, aquilo que Gizlene Neder chamou de 'utopias urbanas retrógradas')" (BATISTA, 2002, p. 276).

No desenvolvimento deste trabalho, pudemos observar modelos de abordagem do sistema prisional bastante peculiares, que exemplificam a percepção da mídia. São três eixos de reportagens e programas que conseguem macular ainda mais a imagem das pessoas detidas e basicamente impedi-las de regressar do cárcere em condição talvez um pouco menos indigna, reforçando a afirmação de que os egressos "ressocializados"³ se reinserem na

sociedade apesar do sistema prisional e não em função dele.

A primeira delas é a busca incansável pela retratação da violência no sistema prisional e no apontamento genérico de que o preso é uma pessoa portadora do mal e que deve manter-se afastada do restante dos virtuosos o máximo de tempo possível.

É pertinente a lembrança do narrado pelo saudoso professor **Luiz Flávio Gomes** (2014), numa ocasião em que por decorrência de uma rebelião ocorrida no presídio de Pedrinhas, no Maranhão, a Folha, em rede nacional, exibiu corpos decapitados, as cabeças erguidas como troféus, seguido de comemoração por parte dos assassinos. No ano de 2015 a cidade de Londrina manteve-se no cenário nacional ao sediar uma rebelião generalizada na Penitenciária Estadual de Londrina 2, e a mídia fez questão de exibir os acontecimentos, dentre eles detentos sobre os telhados da penitenciária, com suas faces cobertas, munidos de facões e vigas de madeira, ameaçando

constantemente atirar os reféns condenados por crimes sexuais – e tal estigma não passou despercebido pelos meios de comunicação.⁴

Recentemente, em 2017, no Complexo Penitenciário Anísio Jobim (COMPAJ), a mídia retratou uma verdadeira batalha de facções criminosas se digladiando.⁵ A rebelião foi acompanhada de perto. Um a um, os 56 mortos foram celebradamente anunciados pelas empresas jornalísticas (e nas redes sociais), pouco importando se eram pais, filhos, maridos ou amigos de alguém. Para a mídia, lhes bastavam a seguinte condição: eram faccionados.

Uma segunda abordagem midiática que nos saltou aos olhos é menos comum, porém, não menos impactante, e consiste em uma reportagem-resposta que busca anular uma crítica ao sistema prisional. De outro modo,

consiste em uma reportagem que avalia e visa conservar o sistema prisional tal como ele é, em resposta a uma crítica, seja ela social ou fundamental.

Drauzio Varella abordou delicado tema relativo ao preconceito, abandono e violência que sofrem mulheres trans dentro do sistema carcerário,⁶ e expôs o sofrimento dessas pessoas presas em busca de sua redenção. Trouxe verdadeira crítica ao sistema prisional e a necessária atenção ao grupo vulnerável. No entanto, a matéria intimista foi objeto de ataques incessáveis pela própria mídia.⁷

Outras matérias pesquisaram a fundo os motivos da prisão de uma das detentas, exibindo detalhadamente o ato pelo qual fora condenada,⁸ com o nítido ímpeto de anular o sofrimento dela dentro do sistema carcerário. Isto é, como se de fato merecesse sofrer com as penas ilegítimas, excedentes aos limites autorizados.

Um terceiro eixo de reportagens, mais sutis, embora não menos prejudiciais, pautado na vigilância, buscam impedir pessoas de gozarem de seus direitos na execução penal, além de limitar a tão desejada reintegração social dos condenados, como acontece de

"OS PROGRAMAS POLICIAIS E A MÍDIA EM GERAL CERTAMENTE CORROBORAM COM A CONSTRUÇÃO DE UM INIMIGO A SER ABATIDO, CUJA EXISTÊNCIA, POR SI SÓ, É SUFICIENTE PARA CAUSAR TEMOR A ALGUMA PARCELA DO PÚBLICO, E CUJO ISOLAMENTO E NEUTRALIZAÇÃO É MOTIVO DE FESTEJO."

tempos em tempos com Suzane Von Richthofen, Anna Jatobá e Elize Matsunaga.⁹

O caso de Suzane certamente é um dos mais emblemáticos, afinal, há 18 anos a mídia acompanha seus passos, como se fosse um carcereiro em um panóptico benthaniano, pronta para relatar todos os passos e impor autodisciplina. Noticiou quando houve a progressão do regime fechado ao semiaberto; acompanhou o recurso ministerial que buscava reforma da decisão de progressão de regime; anotou de forma contrária a intenção dela em trabalhar enquanto cumpria pena no regime semiaberto; informou sobre inúmeras saídas temporárias gozadas pela detenta, sobretudo quando ocorridas em função do dia das mães; enfim, a mídia acompanha lado a lado o processo e fiscaliza mais do que o próprio Poder Judiciário o cumprimento da pena da condenada.¹⁰

Note-se que as notícias movem o público em sentido contrário ao direito das saídas temporárias, da progressão de regime e de eventuais outros direitos inerentes à execução que possam

ser usufruídos pelos executados. Além do mais, impedem o esquecimento de eventos e certamente impossibilitam ou dificultam a socialização do condenado ou do egresso.

O sistema prisional recebeu e continua recebendo atenção da mídia, que geralmente avaliza o cárcere, negativiza direitos inerentes à execução penal e demoniza os detentos. "Agindo de forma autoritária e hasteando a bandeira do defensivismo social, os meios de comunicação de massa lograram deturpar ainda mais a questão criminal e exacerbar a desigualdade existente em matéria penal" (MENDES, 2020, p. 96).

Desde o calor dos acontecimentos que motiva a persecução midiática até o cumprimento da pena aplicada e da marca indelével que os meios de comunicação de massa insistem em fazer acompanhar o indivíduo para além da permissão dos juízos de execução penal, o julgamento midiático encontra poucos limites¹¹ para a sua tão reivindicada liberdade de imprensa e invariavelmente presta um desserviço a todo e qualquer sistema penal que se pretenda racional.

Notas

- ¹ "O índice da audiência exerce um efeito inteiramente particular: ele se traduz na pressão da urgência. [...] a concorrência toma a forma de uma concorrência pelo furo, para ser o primeiro!" (BOURDIE, 1997, p. 38-39)
- ² *Mass media*, em português meios de comunicação de massa, são canais usados para distribuir informações a muitas pessoas.
- ³ Sobre as chamadas ideologias "re", imprescindível a leitura de Vera Malaguti Batista (2011, p. 45) e de Alvíno Augusto de Sá (2016, p. 159).
- ⁴ Disponível em: <http://g1.globo.com/pr/norte-noroeste/noticia/2015/10/presos-fazem-rebeliao-com-refens-na-penitenciaria-estadual-de-londrina-ii.html> e <http://g1.globo.com/globo-news/jornal-globo-news/videos/v/presos-fazem-rebeliao-com-refens-em-londrina/4518650/>. Acesso em: 23 mai. 2021.
- ⁵ Disponível em: <http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2017/01/rebeliao-no-compaj-chega-ao-fim-com-mais-de-50-mortes-diz-ssp-am.html>. Acesso em: 23 mai. 2021.
- ⁶ Disponível em: <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2020/03/01/mulheres-trans-presas-enfrentam-preconceito-abandono-e-violencia.ghtml>. Acesso em: 23 mai. 2021.
- ⁷ Disponível em: <https://jovempan.com.br/videos/opinia-o-jovem-pan/comentaristas/rodrigo-constantino/caso-suzy-as-mascaras-dos-falsos-humanistas-vao-caindo-dia-apos-dia.html>. Acesso em: 23 mai. 2021.

rodrigo-constantino/caso-suzy-as-mascaras-dos-falsos-humanistas-vao-caindo-dia-apos-dia.html. Acesso em: 23 mai. 2021.

⁸ Disponível em: <https://jovempan.com.br/noticias/brasil/trans-drauzio-varella-responde-assassinato-estupro-crianca.html> e <https://www.oantagonista.com/sociedade/trans-abracada-por-drauzio-no-fantastico-matou-e-estrangulou-menino-de-9-anos/>. Acesso em: 23 mai. 2021.

⁹ Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/noticia/2021/01/05/suzane-anna-jatoba-e-elize-matsunaga-retornam-para-presidio-em-tremembe-apos-saidinha.ghtml>. Acesso em: 23 mai. 2021.

¹⁰ Pode-se acessar às várias notícias pelo link: <https://g1.globo.com/tudo-sobre/suzane-richthofen/>. Acesso em: 23 mai. 2021.

¹¹ Alguns dos possíveis limites seriam a ponderação da liberdade de imprensa com o princípio da intranscendência da pena, da individualização da pena (art. 5º, XLV e XLVI da CF/88) e do direito ao esquecimento, atentando-se ao direito anunciado pela Lei de Execução Penal de o preso não sofrer com nenhuma forma de sensacionalismo (art. 41, VIII da Lei 7.210/84).

Referências

- AMARAL, Augusto Jobim do; GARCIA, Rogério Maia. Violência e (inter)disciplinariedade: uma abordagem da execução penal no Brasil a partir da sociedade do risco e da (in) segurança midiática. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 5, n. 18, p. 209-217, abr./jun. 2005.
- ÁVILA, Gustavo Noronha de; RAMOS, Marcelo Buttelli. Mídias sociais e sua relação com a propaganda do ideário punitivista. In: Bayer, Diego Augusto (Org.). *Controvérsias Criminais: estudos em homenagem ao professor doutor Edmundo S. Hendler*. 1. ed. Jaraguá do Sul: Editora Mundo Acadêmico, 2015.
- BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 12, 2002. p. 271-288.
- BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1990.
- BAYER, Diego Augusto. Meios de comunicação na era da desinformação, a reprodução do medo e sua influência na política criminal. In: Bayer, Diego Augusto (Org.). *Controvérsias Criminais: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia*. 1. ed. Jaraguá do Sul: Editora Letras e Conceitos, 2013. p. 153-154.
- BOURDIEU, Pierre. *Sobre a televisão*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997.
- BUDÓ, Marília de Nardin. Mídia e teoria da pena: crítica à teoria da prevenção geral positiva para além da dogmática penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 21, n. 101, p. 389-426, mar./abr. 2013.
- CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. "Deu no jornal": notas sobre a contribuição da mídia para a (ir)racionalidade da produção legislativa no bojo do processo de expansão do direito penal. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 2, p. 56-77, set./dez. 2009.
- CONSTANTINO, Rodrigo. Caso Suzy: as máscaras dos falsos 'humanistas' vão caindo dia após dia. *Jovem Pan*, São Paulo/SP, 09 de março de 2020. Disponível em: <https://jovempan.com.br/videos/opinia-o-jovem-pan/comentaristas/rodrigo-constantino/caso-suzy-as-mascaras-dos-falsos-humanistas-vao-caindo-dia-apos-dia.html>. Acesso em: 23 mai. 2021.
- DAVIS, Angela. *Estarão as prisões obsoletas?* 1. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2018.
- GOMES, Luiz Flávio. Maranhão e seus presídios (o Brasil em miniatura). *Revista Síntese de direito penal e processual penal*, Porto Alegre, v. 14, n. 84, p. 9-11, fev./mar. 2014.
- HENRIQUES, Camila; GONÇALVES, Suelen; SEVERIANO, Adneison. Rebelião em presídio chega ao fim com 56 mortes, diz governo do AM. Rede Amazônica, Manaus/AM, 02 de janeiro de 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2017/01/rebeliao-no-compaj-chega-ao-fim-com-mais-de-50-mortes-diz-ssp-am.html>. Acesso em: 23 mai. 2021.

compaj-chega-ao-fim-com-mais-de-50-mortes-diz-ssp-am.html. Acesso em: 23 mai. 2021.

MENDES, Caio Cesar Tomioto. *A restauração da infâmia*. 1. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

MULHERES TRANS PRESAS ENFRENTAM PRECONCEITO, ABANDONO E VIOLÊNCIA. Fantástico, Globo Comunicação e Participações S.A, Rio de Janeiro/RJ, 1º de março de 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2020/03/01/mulheres-trans-presas-enfrentam-preconceito-abandono-e-violencia.ghtml>. Acesso em: 23 mai. 2021.

PERSONAGEM TRANS DE DRAUZIO VARELLA RESPONDE POR ASSASSINATO E ESTUPRO DE CRIANÇA. *Jovem Pan*, São Paulo/SP, 08 de março de 2020. Disponível em: <https://jovempan.com.br/noticias/brasil/trans-drauzio-varella-responde-assassinato-estupro-crianca.html>. Acesso em: 23 mai. 2021.

PRESOS FAZEM REBELIÃO COM REFÊNS NA PENITENCIÁRIA ESTADUAL DE LONDRINA II. Rede Paranaense de Comunicação – RPC, Curitiba/PR, 06 de outubro de 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/pr/norte-noroeste/noticia/2015/10/presos-fazem-rebeliao-com-refens-na-penitenciaria-estadual-de-londrina-ii.html> e <http://g1.globo.com/globo-news/jornal-globo-news/videos/v/presos-fazem-rebeliao-com-refens-em-londrina/4518650/>. Acesso em: 23 mai. 2021.

SÁ, Alvíno Augusto de. *Criminologia clínica e psicologia criminal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. A mídia e o Direito Penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 45, p. 16, ago. 1996.

SUZANE, ANNA JATOBÁ E ELIZE MATSUNAGA RETORNAM PARA PRESÍDIO EM TREMEMBÉ APÓS 'SAIDINHA' TV Vanguarda, São José dos Campos/SP, 05 de janeiro de 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/noticia/2021/01/05/suzane-anna-jatoba-e-elize-matsunaga-retornam-para-presidio-em-tremembe-apos-saidinha.ghtml>. Acesso em: 23 mai. 2021.

TRANS ABRAÇADA POR DRAUZIO VARELLA NO FANTÁSTICO ESTUPROU E ESTRANGULOU MENINO DE 9 ANOS. *O Antagonista*, São Paulo/SP, 08 de março de 2020. Disponível em: <https://www.oantagonista.com/sociedade/trans-abracada-por-drauzio-no-fantastico-matou-e-estrangulou-menino-de-9-anos/>. Acesso em: 23 mai. 2021.

TUDO SOBRE SUZANE VON RICHTHOFEN. *Globo Comunicação e Participações S.A*, Rio de Janeiro/RJ. Disponível em: <https://g1.globo.com/tudo-sobre/suzane-richthofen/>. Acesso em: 23 mai. 2021.

Recebido em: 23.05.2021 - Aprovado em: 16.08.2021 - Versão final: 02.12.2021

DIREITO PENAL MÍNIMO E POLÍTICAS DE SEGURANÇA MÁXIMA? O PAPEL DAS PESQUISAS PARA A EQUALIZAÇÃO DEMOCRÁTICA

*MINIMUM CRIMINAL LAW AND MAXIMUM SECURITY POLICIES?
THE ROLE OF THE RESEARCH AGENDA FOR DEMOCRATIC EQUALIZATION*

Deborah F C Gomes

Mestra pelo Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas da UFG. Especialista em Direito Constitucional. Graduada em Direito pela UFG. Pesquisadora com foco no campo da Segurança Pública, Políticas Públicas e Efetividade Constitucional.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1316075869457925>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4390-657X>

dfcgjus@gmail.com

Resumo: O presente artigo apresenta reflexões sobre as manifestações do poder punitivo, oferecendo considerações teóricas e metodológicas para o delineamento de formas de intervenção estatal alinhadas à principiologia democrática e focada na segurança dos direitos. Constatando haver dentro das políticas de segurança pública nichos de ações alinhados a um paradigma maximalista-repressivo, avaliam-se os desafios e dilemas para sua inserção harmônica dentro de um modelo de políticas públicas constitucionalmente adequado. Trata-se de artigo com apontamentos lastreados em pesquisa documental exploratória, que visa a ampliação das discussões sobre os desafios estruturais concernentes ao tema de forma a contribuir para o estabelecimento de uma nova agenda de pesquisa dentro das Ciências Criminais, que culmine em um real impacto social na contenção dos fenômenos do crime e da violência.

Palavras-chave: Poder Punitivo – Ciências Criminais – Políticas Públicas de Segurança.

Abstract: This article presents reflections on the manifestations of punitive power, offering theoretical and methodological reflections for the design of forms of state intervention aligned with the democratic principle focused on the security of rights. Noting that within the public security policies there are niches of actions aligned with a maximalist-repressive model, the challenges and dilemmas for their harmonious insertion within the constitutionally adequate model are evaluated. This is an article with notes backed by exploratory documentary research that aims to expand discussions on the structural challenges concerning the theme to contribute to the establishment of a new research agenda within the Criminal Sciences that culminates in a real social impact on containment of the phenomena of crime and violence.

Keywords: Punitive Power – Criminal Sciences – Public Security Policies.

1. Introdução

Direito penal mínimo e políticas de segurança máxima? De que forma a incoerência entre teoria e prática penal impacta o desenvolvimento social e institucional? Afinal, dentro da sociedade democrática se almeja punir/reprimir/combater o crime ou prevenir/reparar/corrigir os processos de criminalização? Sem dúvidas, tais nichos de reflexões congregam, em si, as ponderações essenciais sobre as manifestações do poder punitivo na sociedade contemporânea. Esta é, aliás, a grande questão-problema estruturante das reflexões sobre a atuação do Estado em matéria penal, especialmente em face ao modelo retórico de projetos e ações em segurança pública, visto nos últimos vinte anos, e marcado por movimentos ora de rompimento e ora de resgate do ideário de uma Política Criminal Humanista (VERAS, 2016).

Pensar sobre formas de alcançar a equalização democrática: essa é, portanto, a grande inquirição e inquietação que ronda os estudiosos das Ciências Criminais, ao passo que facilmente se constata não somente a disfuncionalidade da manifestação do poder punitivo, como formas de ação incoerente e inconsistente, sob a pretensa tarefa de efetivar formas de combate ao crime.

Partindo destas premissas, o presente trabalho busca lançar um novo olhar sobre a crise do Sistema de Justiça Criminal, a partir da estruturação de uma nova agenda de pesquisa que tensione

a questão de forma crítica, mas sobretudo propositiva, segundo premissas que possibilitem um amadurecimento teórico e metodológico com suporte em um programa de pesquisa empírica aplicada.

Assim sendo, partindo deste pano de fundo, no qual tem-se o Sistema de Justiça Criminal como manifestação da “contraface antidemocrática” (ANDRADE, 2013, p.342) das formas de ação estatal, busca-se no presente artigo elencar alguns apontamentos que contribuam com chaves cognitivas fundamentais para se contrapor ao dissonante incremento jurídico dado com o movimento constitucional-democrático no que se refere à segurança dos direitos.

Dentro deste recorte, é importante observar que, com a Carta Constitucional de 1988, experienciamos o início de um movimento de democratização no país que, contudo, não alcança de forma uniforme todas as searas e nichos de atuação estatal. Como resultado inevitável, observa-se o desconcerto da atuação estatal em seu núcleo de ações e práticas dentro do campo penal.

Isso porque, em um nível teórico e abstrato, tem-se estabelecido o compromisso formal de atuação das instituições em torno da efetivação de uma dogmática penal minimalista-garantista, enquanto, paralelamente, na práxis penal, se desenham políticas de segurança dentro do modelo maximalista, ampliando-se o espaço de

coerção e intervenção estatal punitiva e aparentemente legitimando a militarização dos espaços da vida cotidiana.

Partindo desta dualidade e conflituosidade dadas entre o ser e dever ser, e constatando um conjunto de ações assistemáticas e dissonantes ao projeto constitucional-democrático, representados claramente pelos projetos, dados e indicadores em segurança pública,¹ é importante repensar os efeitos sociais da manutenção de uma cultura punitiva, especialmente no tocante aos impedimentos de longo prazo para a construção de consensos mínimos para formulação de agenda pública coerente no tocante à atuação do Sistema de Justiça Criminal (ANDRADE, 2013).

2. Políticas de segurança máxima

O diagnóstico retrospectivo das ações em segurança no Brasil, sob o ponto de vista técnico, é ignominioso. Pautadas pelos vieses político-partidários, nota-se uma tendência de escolha de programas de atuação estatal muito mais voltados para a imediata aceitação popular-midiática do que propriamente para graus de obtenção de efetividade e eficiência, incorrendo, na maioria das vezes, no desenho de ações/projetos a partir de processos de negociação e barganha políticas.

Em um breve retrospecto, sem sistematicidade e continuidade, da Constituinte até o ano de 2018, é possível falar em cinco grandes projetos em matéria de segurança pública, todos marcados ainda por nichos de ações vagas e imprecisas, com foco prioritário no reforço e aumento da infraestrutura institucional, e com objetivos marcados pelo uso recorrente das terminologias bélicas como "guerra contra o crime", "combate ao criminoso", "luta", "eliminação", "cidadão de bem contra o criminoso", "combate à desordem social", entre outras (GOMES; MIRANDA, 2020).

Como resultado do parcial implemento de medidas sancionadoras, observa-se que com o modelo maximalista de ações em segurança pública, tem-se a também maximização da ineficiência estatal na gestão da segurança pública, ao passo que ao se avaliar os projetos e indicadores sociais, observa-se nitidamente o acirramento dos problemas penais e penitenciários.

Disto desborda a conclusão de que, com modelo do Estado Policial, não se consegue promover o direito fundamental à segurança pública (ROLIM, 2006; SAPORI, 2007; ANDRADE, 2015; SOUZA, 2015). À vista disto, torna-se essencial que se promova uma mudança dentro da cultura organizacional – associando gestão pública e cultura dos direitos humanos – para delinear sistematicamente os desafios estruturais da segurança pública, marcados pela conflituosidade teórica e pelas agendas ideológicas antagônicas.

Neste processo, demarca-se claramente um desafio paradigmático a ser enfrentado, que diz respeito à alteração dos parâmetros de atuação punitiva dentro da sociedade democrática e, com isso, à promoção da reestruturação de marcos regulatórios para a construção de políticas públicas de segurança. Isso porque, conforme ressaltado, esse é um campo no qual

[...] florescem muitos conflitos ideológicos, de gestão e de tratamento, bem como casuísmos, na aplicação, interpretação e operacionalização do objeto 'segurança pública', o que torna o sistema resultante 'anômico', ineficiente. Ainda, mesmo que haja proposta institucional "bem-intencionada" do sistema de governança, na tentativa ideal de unificação da estratégia, expressa no conteúdo dos documentos e nos discursos dos agentes dos órgãos de segurança pública, percebem-se fragilidades em sua efetividade operacional. Nessa perspectiva, **nota-se um berçário de pensar e agir contraditórios, idiossincráticos e iminentes aos sistemas** (FONSECA; PEREIRA; GONÇALVES, 2015, p.398, grifo nosso).

Na prática, para que seja possível concretizar esse megadesafio de transposição e equalização democrática, é fulcral uma apriorística verticalização na compreensão das disputas entre os paradigmas punitivistas e garantistas.

Ante a complexidade do crime como fenômeno social multifatorial, torna-se preciso ativar todas as interfaces de compreensão, dadas a partir de um modelo integrado e interdisciplinar das Ciências Criminais e, assim, interconectar pautas acadêmicas e institucionais com o objetivo de fortalecer as agendas de pesquisa no contexto das políticas públicas, construindo, sob um olhar de cooperação, boas pesquisas avaliativas, sedimentadas em sólidos referências teóricos e metodológicos aplicados (DRAIBE 2001, p.25-29).

Para gerar reais efeitos concretos e efetivos, torna-se essencial partir da premissa acerca desse necessário refinamento analítico para melhor dimensionar e compreender o acirramento dos episódios de violência e criminalidade e, simultaneamente, enfrentar o processo de "erosão da autoridade do Estado quanto à gestão dos aparatos de segurança pública" (ROLIM, 2006, p.83).

Na busca por mudanças paradigmáticas efetivas e não apenas formais, deve consolidar-se a perspectiva de que não podem os estudos e pesquisas com espectro na implementação e avaliação de políticas públicas se basearem tão somente em perspectivas qualitativas ou quantitativas, mas sim em metodologias interdisciplinares e multiformes, com fito de que não se espelhem tão apenas na "reificação de indicadores" (BARREIRA; CARVALHO, 2001, p.08).

A conjugação dos dados advindos do Sistema de Justiça Criminal² traz como resultado central as explícitas críticas a esse legalizado, mas ilegítimo monopólio do uso da força e da violência, ainda foco central da existência do Estado (DIAS, 2010). Com isso, aprofundam-se os processos de estigmatização, desclassificação e criminalização das classes sociais componentes da parcela de subcidadãos.

Para uma verticalização analítica de dados, a Criminologia Crítica traz consigo importantes apontamentos dentro do paradigma da reação social, com fulcro no interacionismo simbólico no que se refere à explicitação da seletividade do controle sociopenal, das problemáticas relativa às estatísticas criminais oficiais e ao uso de pesquisas etiológicas, algo nem sempre transposto de forma concreta no eixo de reflexões institucionais.

Sendo assim, buscando novos influxos, é preciso alargar a aplicabilidade dos paradigmas de análise criminológica preocupados com a desconstrução do discurso penal – apenas teoricamente isonômico, imparcial, garantista e minimalista –, a partir da melhor contextualização com a realidade social e institucional, considerando que a crise do Sistema de Justiça Criminal é também uma "crise de operacionabilidade" (VERAS, 2016, p.91).

3. Políticas Públicas para Segurança de Direitos

Fruto do contrassenso democrático, toda literatura especializada aponta no sentido de não ser apenas preciso reestruturar o Sistema Penal, mas propriamente reformar o seu modelo de atuação para que não haja tão apenas o deslocamento de complexos problemas sociais da criminalidade de rua para o Sistema Prisional.

Esse movimento repressivo, acirrado apesar do processo de democratização, portanto, tão apenas exalta a perda de legitimidade estatal, dada tanto pela falácia do discurso penal tradicional fundado no irracionalismo retributivista quanto na moderna hipocrisia preventivista (BATISTA, 1990).

Assim sendo, pesquisas no campo interdisciplinar das políticas públicas de segurança demonstram o megadesafio da promoção da equalização democrática, já que se tem neste contexto complexos processos de disfuncionalização no desenho e no exercício do poder que vão, desde o autoritarismo legal ao oportunismo político, culminando em um modelo societário organicamente e institucionalmente violento.

Em síntese, contrapondo tais premissas a questão relativa às opções políticas referendadas pelo governo brasileiro em matéria de Política Criminal, reconhece-se que

[...] as abordagens teóricas da área de planejamento, implementação

e avaliação de políticas públicas têm se preocupado cada vez mais intensamente com a organicidade e o alinhamento da atuação governamental, a fim de maximizar a capacidade de resposta pública frente a problemas complexos, variados e urgentes, típicos dos contextos sociais atuais (FIGUEIREDO; BATITUCCI, 2014, p.04-05).

Destarte, frente ao maximalismo punitivo é crucial maximizar tão apenas a capacidade de resposta estatal técnica e ética. Por isso, uma avaliação quanto aos processos de desenho e implementação revela-se essencial para a compreensão, dentro do ciclo das políticas públicas, do grau de (in)eficácia tanto dos processos políticos como institucionais dentro da busca pela contenção dos efeitos do crime.

Com isso, ao se investigar ações em matéria de políticas públicas de segurança, deve-se privilegiar estudos com foco na identificação dos “fatores facilitadores e os obstáculos que operam ao longo da implementação e que condicionam, positiva ou negativamente, o cumprimento das metas e objetivos” (DRAIBE, 2001, p.30).

E falar em resultados na seara da segurança dos direitos induz a considerar a perspectiva de paulatina superação de “déficits de coesão social” (PNUD, 2016, p.13) e de “déficits de implementação” de direitos (FREY, 2018). Assim sendo, em um primeiro movimento, torna-se recomendável o desenvolvimento de pesquisas voltadas à análise da eficácia, ao passo que

[...] a eficácia de um dado programa diz respeito à relação entre características e “qualidades” dos processos e sistemas de sua implementação, de um lado, e os resultados a que chega, de outro. Assim, será mais eficaz — atingirá seus resultados em menor tempo, menor custo e com mais alta qualidade — aquele programa que se apoiar em processos e sistemas adequados de implementação (DRAIBE, 2001, p.35).

Por consequência,

[...] quando estamos medindo a eficácia das instituições de segurança pública, somos capazes de verificar se a intervenção de alguma política ou programa alcançou as metas estabelecidas ou cumpriu os objetivos pré-determinados em termos do trabalho executado. [...] Seguindo uma lógica de análise centrada na causa e efeito das ações, nossa avaliação da eficácia estaria centrada,

portanto, na quantificação do remédio aplicado sobre a causa (DURANTE; BORGES, 2011, p.69).

Contudo, deve-se superar tanto as avaliações mecanizadas como as utópicas. Desta forma, associado a todo esse nodal de perspectivas, é preciso considerar nesse processo avaliativo um natural distanciamento entre práticas de planejamento e execução. Com efeito, é essencial superar modelos de avaliação ingênuos, já que caso mensuradas as ações tais como idealizadas em um plano teórico, toda e qualquer política pública sempre apontaria para o fracasso dos programas ao passo que naturalmente “a implementação modifica as políticas públicas” (ARRETCHE, 2001, p.46).

Sob um espectro pragmático, visando melhor avaliar causas e efeitos, é preciso redimensionar a premissa de que toda e qualquer política pública é feita pelos agentes encarregados legalmente por sua implementação. É imperioso, à vista disso, investigar as denominadas “cadeias de interação” (ARRETCHE, 2001, p.47) dentro do aparato burocrático estatal e seu grau de deferência ao projeto democrático, notadamente em face à elevada margem de discricionariedade que esses detêm e aos mecanismos frágeis de responsabilização institucional por desvios e omissões na condução dos programas de ação.

Neste contexto, pensar em políticas públicas para a segurança de direitos, como imperativo prático para equalização democrática, implica considerar os desafios estruturais dentro do tema: o primeiro, relativo ao esforço teórico em se reavaliar os contornos da Dogmática Penal por um viés crítico e desmistificador, principalmente no sentido de explorar a existência de um direito de punir; e o segundo, de ordem metodológica, relativo à essencialidade dos indicadores e ao processo de estruturação de dados para uma *accountability de resultados*.

Por conseguinte, na busca por políticas para a segurança de direitos, ressalta-se a necessidade de estudos que estabeleçam a preocupação com a qualidade de prestação do serviço público em matéria penal, o que se dá com maior integração informacional; com aprendizagem organizacional; com a responsabilização institucional pelas ações ineficazes; pelo alinhamento das ações operacionais às programáticas e pela capacitação do capital humano dentro das diretrizes da Segurança Cidadã.

Notas

¹ Vide: Atlas da Violência (2021); Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2020); Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (2018-2028).

² Vide: Plano Nacional Segurança Pública (BRASIL, 2018); Anuário da Segurança Pública (FBSP, 2020) e Atlas da Violência (FBSP, 2021).

Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A mudança do paradigma repressivo em segurança pública: reflexões criminológicas críticas em torno da proposta da 10 Conferência Nacional Brasileira de Segurança Pública. *Sequência*, Florianópolis, n. 67, 2013.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. *A Ilusão de Segurança Jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ARRETCHE, Marta Tereza da Silva. Uma contribuição para fazermos avaliações menos ingênuas. In: BARREIRA, Maria Cecília Roxo Nobre; CARVALHO, Maria do Carmo Brant de. *Tendências e Perspectivas na avaliação de políticas e programas sociais*. São Paulo: IEE-PUC/SP, 2001. p. 43-56.

BARREIRA, Maria Cecília Roxo Nobre; CARVALHO, Maria do Carmo Brant. *Apresentação*. In: BARREIRA, Maria Cecília Roxo Nobre; CARVALHO, Maria do Carmo Brant (orgs). *Tendências e Perspectivas na avaliação de políticas e programas sociais*. São Paulo: IEE-PUC/SP, 2001. p. 5-12.

BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

DIAS, Lúcia Lemos. A política de segurança pública entre o monopólio legítimo da força e os direitos humanos. Tese apresentada ao Programa de Doutorado em Serviço Social. Recife: UFPE, 2010.

DRAIBE, Sônia Maria. Avaliação de implementação: esboço de uma metodologia de trabalho em políticas públicas. In: *Tendências e Perspectivas na avaliação de políticas e programas sociais*. São Paulo: IEE-PUC/SP, 2001.

DURANTE, Marcelo; BORGES, Dorian. Avaliação de desempenho em Segurança Pública. *Segurança, Justiça e Cidadania*, Brasília, DF, ano 3, n. 5, 2011.

FIGUEIREDO, Amanda Mátar; BATITUCCI, Eduardo Cerqueira. Modelo de gestão em rede nas políticas públicas de segurança: o caso da Política de Integração do Sistema de Defesa Social de Minas Gerais. In: 38º Encontro Anual da Anpocsm, de 27 a 31 de outubro

de 2014, Caxambu. *Anais... Caxambu*, Minas Gerais, 2014.

FONSECA, Jeferson A.; PEREIRA, Luciano Z; GONÇALVES, Carlos A. Retórica na construção de realidades na segurança pública: abordagens dos sistemas de Minas Gerais e São Paulo. *Revista Administração Pública*, Rio de Janeiro, n. 49, v. 2, p. 395-422, mar./abr. 2015.

FREY, Klaus. Políticas Públicas: Um debate conceitual e reflexões referentes à Prática da análise de políticas públicas no Brasil. *Revista IPEA - Planejamento e políticas públicas*, Brasília, n. 21, p. 211-259, jun. 2000.

GOMES, Deborah F C; MIRANDA, Bartira Macedo de. (Cons)ciência em segurança pública: por políticas públicas de segurança em prol da defesa do estado democrático. *Anais... I Encontro Virtual do CONPEDI, Criminologias e Política Criminal*, 2020, p.235 – 255.

PNUD - PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO – BRASIL. *Guia do marco conceitual da convivência e segurança cidadã*. 2.ed. Brasília, DF: PNUD, Conviva, 2016.

ROLIM, Marcos. *A síndrome da Rainha Vermelha: policiamento e segurança pública no Século XXI*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006.

SAPORI, Luís Flávio. *Segurança Pública no Brasil: desafios e perspectivas*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

SOUZA, Robson Sávio Reis. *Quem comanda a Segurança Pública no Brasil? Atores, crenças e coalizões que dominam a política nacional de segurança pública*. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2015.

VERAS, Ryanna Pala. *Política Criminal e Criminologia Humanista*. 2016. Dissertação (Doutorado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

Recebido em: 02.08.2021 - Aprovado em: 08.09.2021 - Versão final: 30.03.2022

ASSIMETRIA NEGOCIAL NOS ACORDOS PROCESSUAIS PENAIS: CONTRATOS PARITÁRIOS OU DE ADESÃO?

*INEQUALITY OF BARGAINING POWER IN CRIMINAL AGREEMENTS:
PARITY OR ADHESION CONTRACTS?*

Michelangelo Cervi Corsetti

Mestre e Especialista em Ciências Criminais pela PUC/RS. Professor no Programa de Pós-Graduação do IDP/DF. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9453524647010556>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5109-2131>

michecorsetti@gmail.com

Maria Luiza Rosa Diniz Rodrigues

Especialista em Direito Penal Econômico pela FGV/SP. Bacharel em Direito pela UnB. Advogada.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0670929054516004>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9958-5808>

marialuiza.diniz.rodrigues@gmail.com

Resumo: No presente artigo, são analisadas as disparidades de poder existentes entre acusação e defesa no Processo Penal, a partir da transição entre os paradigmas da justiça contenciosa e consensual. Argumenta-se que, nos acordos processuais penais, há uma assimetria negocial entre as partes, o que desfigura o modelo de justiça consensual brasileiro e expõe os acusados a vulnerabilidades.

Palavras-chave: Justiça negocial – Acordos Processuais Penais – Assimetria Negocial – Barganha.

Abstract: In this article, the power disparities which exist between prosecution and defense in criminal proceedings are analyzed, based on the transition between the litigation and consensual justice paradigms. It is argued that, in criminal procedural agreements, an inequality of bargaining power exists between the parties, which disfigures the Brazilian consensual justice model and exposes the accused to vulnerabilities.

Keywords: Negotiated Justice – Criminal Agreements – Inequality of Bargaining Power – Bargaining.

1. Da assimetria contenciosa à assimetria negocial

As leis penais e processuais penais existem muito menos como mecanismos por meio dos quais a pena é viabilizada, e mais enquanto garantias do cidadão frente ao arbítrio estatal. O Direito Penal não é, como alguns imaginam, instrumento de punição, mas sim de proteção ao indivíduo que é vulnerável à intervenção e ao controle estatal. A necessidade de proteção se origina da nítida assimetria de poder existente na relação entre as pessoas e o Estado. No processo, o acusado conta essencialmente com seu defensor, enquanto o Estado direciona todo seu aparato (agentes policiais, peritos, membros do Ministério Público, autoridades reguladoras) para garantir a punição.

A existência de uma assimetria de poder é, então, intrínseca ao Processo Penal. Quer dizer, os órgãos estatais detêm muito mais meios para perseguir a condenação que o cidadão para se defender. É exatamente por isso que a ordem constitucional brasileira, tal como outras, elegeram a presunção de inocência como princípio fundante do sistema de justiça criminal. A partir daí, tanto a Constituição Federal, como a legislação ordinária fixaram uma série de regras com o fim de mitigar a discrepância de poder existente na relação processual penal e (ao menos tentar) equalizar as partes.

Ocorre que toda a legislação processual nacional foi historicamente construída a partir de um modelo contencioso de processo, no seio do qual há um conflito, um embate entre indivíduo e Estado. Contudo, nas últimas décadas, mecanismos consensuais vêm sendo incorporados ao Processo Penal brasileiro, os quais permitem que as partes negociem e pactuem a solução jurídica que melhor atenda a seus interesses, e não a solução que necessariamente corresponda à "verdade material" ou, em termos proporcionais, à gravidade do delito.

Diante disso, as diferenças de poder entre acusação e defesa,

existentes no processo contencioso tradicional, dão lugar a um novo tipo de desigualdade, qual seja, a de natureza negocial. Ou seja, ainda que admitam a possibilidade do acordo, os negociantes não possuem, pragmaticamente, as mesmas condições de se posicionar e defender seus interesses. E o contrato liberal clássico, chamado pela doutrina de "paritário", pressupõe justamente o contrário: as partes devem ocupar posições igualitárias no processo de negociação, para que o resultado pactuado seja justo e equânime para ambas, ainda que concessões sejam feitas. Por óbvio, pouquíssimas relações contratuais são, do ponto de vista negocial, perfeitamente equilibradas. No entanto, há disparidades que não são meramente individuais, constatáveis caso a caso, mas que derivam da própria estrutura de certos modelos de relação contratual.

Em verdade, o desequilíbrio negocial é um problema que, apesar de relativamente novo no Processo Penal brasileiro, é antigo conhecido de outros ramos do direito nacional: o Direito do Trabalho e o Direito do Consumidor. Nas relações trabalhistas, a diferença de poder econômico entre trabalhador e empregador impede a negociação paritária. Já nas relações consumeristas, entre consumidor e fornecedor existe considerável disparidade de informação. Em ambos os casos, reconhecendo a assimetria negocial intrínseca à relação contratual, o legislador criou regras de mitigação da desigualdade e de equalização das partes. Todo um arcabouço jurídico foi construído a fim de garantir relações contratuais mais próximas da ideia liberal do contrato paritário.

Interessa notar que os contratos trabalhistas e consumeristas regulam relações de natureza estritamente econômica e, ainda assim, o ordenamento nacional lhes destina todo um sistema de regras cogentes em nome do interesse público e da garantia de direitos. Então, como deve ser regulada a assimetria negocial existente no negócio jurídico processual penal, cujo objeto abarca a

própria liberdade do cidadão? São suficientes as normas processuais penais já existentes e que, como visto, destinam-se à disciplina da relação de conflito, e não consensual, entre as partes?

2. O modelo de acusação e o agravamento da assimetria negocial no Processo Penal brasileiro

Marques (2020, p. 9-12) ressaltou que o modelo negocial no Processo Penal está situado em um contexto geográfico, histórico e cultural específico, qual seja, aquele dos países que adotam o sistema jurídico do *common law*. Desse modo, é necessário ter em mente que certos institutos advindos desses sistemas (como o *plea bargaining*, que serviu de inspiração para o nosso Acordo de Não Persecução Penal), por mais úteis que possam parecer, podem acabar desfigurados se afastados de suas jurisdições originais (problema dos “transplantes”).

Nos Estados Unidos, país com forte tradição jurídica negocial, os acordos processuais penais evoluíram a partir de uma noção estritamente adversarial de processo. O sistema adversarial é baseado, em primeiro lugar, na busca pela verdade exclusivamente processual. O objetivo é a construção de uma narrativa processual que interesse às partes, ainda que de forma lógica e, em alguma medida, embasada (CUNHA, 2015, p. 455). Esse é um primeiro dado, que viabiliza e sustenta a justiça penal negocial. Isso porque, já em sua matriz principiológica, o modelo adversarial não dá protagonismo à verdade material, mas sim à verdade construída pelas partes. Nesse contexto, os acordos fazem maior sentido exatamente porque, por meio deles, as partes negociam livremente os fatos e suas qualificações jurídicas,¹ chegando a um resultado que, no mais das vezes, pode ser divergente da realidade.

Ademais, o modelo adversarial pressupõe a inércia e passividade do julgador, bem como seu distanciamento da atividade das partes (DIDIER JR., 2011, p. 208). Portanto, cabe exclusivamente às partes a atividade probatória. Mas, mais do que isso, o sistema adversarial iguala as posições ocupadas pelos participantes do processo. Acusação e defesa estão equidistantes do julgador e, ao menos em tese, atuam em uma “plataforma jurídica horizontal e paritária” (MARQUES, 2020, p. 10). Em tal cenário, o órgão acusador não assume um papel de autoridade, mas, na verdade, de um agente partidário, com uma agenda a ser defendida no processo e que apresenta, ao juiz, uma visão parcial da controvérsia, tal como ocorre no processo civil.² Logo, por ocuparem posições teoricamente iguais, é possível, em princípio, que acusador e acusado acordem o resultado do processo em um ambiente de menor desigualdade negocial.

Nada disso ocorre no Brasil. A ordem jurídica brasileira descende de uma tradição processual inquisitorial, especialmente porque a dita verdade material ocupa lugar de protagonismo. Ao juiz são permitidos certos poderes instrutórios e algumas iniciativas processuais, a fim de garantir que seu convencimento abranja os fatos de forma mais próxima da realidade possível.

Além disso, aqui, o Ministério Público assume a obrigação de promover acusações ao mesmo tempo em que, de forma inconciliável, é considerado “fiscal da lei” (VIEIRA, 2018, p. 797). Por isso, a figura da acusação acaba se confundido com a de autoridade do Estado e se aproximando demasiadamente da do julgador, fato que é comprovado pela mera observação dos locais fisicamente ocupados, em audiência, por promotores, juízes e acusados. Inclusive, o Ministério Público é socialmente visto como um braço do Estado, assim como o Judiciário é, de forma que a versão apresentada pela acusação é comumente associada com a “verdade”, enquanto as teses defensivas são vistas com desconfiança. No Brasil, o órgão ministerial não é, de forma alguma, tratado enquanto parte, no sentido que é atribuído ao acusado e sua defesa, o que acaba por lhe conceder uma posição privilegiada no processo. Não igual à do juiz, mas certamente superior à da defesa.

Nesse cenário, como fazer exigências ou discordar expressamente de certas condições, a fim de pautar e defender seus interesses, se

a parte com a qual se negocia é muito mais poderosa? Em verdade, no Brasil, as possibilidades reais de negociação da defesa são consideravelmente pequenas.

3. A assimetria negocial e os requisitos de admissibilidade e validade dos acordos processuais penais

Vasconcellos (2018, p. 85-92) apontou que a doutrina estadunidense geralmente elenca três requisitos de admissibilidade dos acordos processuais penais: voluntariedade, informação (ou inteligência) e adequação. Em todos os três, é possível constatar assimetrias negociais relevantes.

Quanto ao primeiro, a Suprema Corte dos Estados Unidos fixou entendimento de que os acordos devem ser firmados sem que haja “coação indevida” (VASCONCELLOS, 2018, p. 87-89). A qualificação da coação como “indevida” se deve ao fato de que, no processo de negociação, indiscutivelmente o acusado sempre enfrentará algum grau de pressão, especialmente diante da possibilidade de ser processado e acabar por ser sentenciado a penas mais graves que aquelas que poderiam ser impostas caso pactuasse um acordo.

Este é um dado relevante: o acusado nunca negocia de forma totalmente livre. Sobre ele, sempre pairará uma espada, qual seja, aquela do risco da punição mais grave. Desse modo, a coação apta a viciar a voluntariedade, necessária à admissibilidade do acordo, seria somente aquela que vai além da ameaça de punição futura mais grave e que caracteriza espécie de agressão ou ameaça física ou moral.

De todo modo, é evidente que o acusado não possui a mesma liberdade para escolher não negociar, tal como o consumidor que eventualmente desiste de realizar uma compra ou o trabalhador que não aceita determinada vaga de emprego. Em verdade, o acusado é empurrado para o acordo, frente aos graves riscos aos quais está submetido caso rechace a via negocial. Além disso, a possibilidade de pautar seus interesses é diminuída pela ameaça da punição mais severa. É possível, por exemplo, que o órgão ministerial abuse do poder de acusação e insira cláusulas desproporcionais ou ilegais nos acordos processuais penais, sob a ameaça de que, caso o acusado não as aceite, o processo penal prosseguirá – com a possibilidade de solução mais grave.

Já o requisito da informação diz respeito à necessidade de o acusado conhecer amplamente a acusação formulada contra ele e compreender detalhadamente os termos do acordo para, somente então, tomar uma decisão racional de pactuar sua sentença ou ir à julgamento.

Muitas vezes, o simples fato de o acusado contar com defesa técnica – o que, no Brasil, sempre ocorrerá, ainda que via Defensoria Pública –, já é suficiente para que esse requisito seja considerado cumprido, sem que seja necessária nenhuma análise sobre a qualidade do aconselhamento jurídico (VASCONCELLOS, 2018, p. 89-91). Nesse ponto, o requisito da informação é amplamente descumprido em nosso País, particularmente diante da enorme dificuldade de acesso à defesa técnica qualificada ou aos próprios autos por pessoas hipossuficientes, não bastando, assim, que a mera constituição de um defensor seja considerada evidência suficiente de que acusado conhece e compreende a acusação formulada contra si e os termos do acordo proposto.

Além disso, sempre existirá algum grau de desequilíbrio informacional entre acusado e acusador, frente à possibilidade de blefe – que não é conduta muito bem delimitada, muito menos expressamente rechaçada no direito brasileiro – e de investigações e medidas cautelares sigilosas em curso, as quais somente as autoridades conhecem.

Por fim, a necessidade de adequação pressupõe “uma suposta correlação mínima entre as imputações assumidas pelo acusado e aquelas que teoricamente se capitulariam aos fatos reais, além da obrigação de existência de uma base fática que sustente o reconhecimento da culpabilidade do réu” (VASCONCELLOS, 2018, p. 91). Apesar de representar uma tentativa de controle sobre acordos

infundados e acusações que jamais se sustentariam em juízo, há considerável indefinição do *standard* probatório necessário para a verificação dessa correlação, o que vem tornando a apreciação do requisito, pelo juiz, uma mera formalidade.

Diferentemente do contexto estadunidense, no Brasil não há controle seguro sobre a base fática dos acordos negociados pelo Ministério Público (uma espécie de justa causa exigida, como visto, pelo requisito da adequação). Não se sabe, por exemplo, se as confissões feitas em sede de colaboração premiada ou de Acordo de Não Persecução Penal possuem mínimo lastro probatório.

A Lei Anticrime ao menos repetiu a redação do dispositivo que trata da transação penal e condicionou a oferta do Acordo de Não Persecução à hipótese de “não ser o caso de arquivamento” (art. 28-A do Código de Processo Penal). Quer dizer, o acordo somente será viável nos casos em que houver justa causa para o oferecimento de denúncia (indícios mínimos de materialidade e autoria). Ocorre que o juízo da existência ou não de justa causa está a cargo exclusivamente do Ministério Público, não havendo previsão legal que comande uma avaliação judicial sobre o lastro probatório dos acordos. É possível, então, que acusados se sintam pressionados a confessar imputações que não se sustentariam em um juízo preliminar de admissibilidade da acusação.

Em suma, no Brasil, a prática forense tem se revelado muito distante de um processo negocial paritário, o que inviabiliza o preenchimento dos requisitos de admissibilidade e validade dos acordos. Em verdade, os acordos processuais penais têm se caracterizado por verdadeiros contratos de adesão, nos quais o Ministério Público apresenta os termos e condições que julga pertinentes, cabendo ao acusado a mera aceitação ou rejeição, em verdadeira lógica de “pegar ou largar”.

O espaço para pautar alguma condição não contemplada inicialmente ou questionar cláusulas desfavoráveis é reduzido, tendo em vista que o órgão ministerial sempre poderá recorrer à ameaça do processo e de penas mais graves para paralisar a negociação no ponto em que desejar. Inclusive, não são raras as vezes que membros do Ministério Público abusam do poder de acusação, agravando ou multiplicando as imputações formuladas contra o acusado (*overcharging*), a fim de pressioná-lo a firmar um acordo. Há suspeitas de que até prisões cautelares já foram utilizadas com tal objetivo espúrio.³ Ainda, é necessário considerar que, em um país como o Brasil, no qual o acesso a aconselhamento jurídico e à defesa técnica de qualidade é dificultado pela considerável desigualdade social e a absoluta pobreza de diversos setores da sociedade, a possibilidade de uma negociação paritária é ainda mais hipotética.

Logo, considerando *i*) que, na prática, os acordos processuais

penais se aproximam dos chamados contratos de adesão; *ii*) que a consequência da rejeição da proposta é a possibilidade de imposição de penas mais graves e, por conseguinte, de restrição de liberdade; *iii*) a capacidade do Ministério Público de exercer pressões não necessariamente ilegais; *iv*) as dificuldades de amplo acesso às informações processuais e de total compreensão dos termos, condições e consequências do acordo e *v*) a ausência de controle seguro sobre a pertinência do acordo, frente à demonstração ou não da justa causa; resta evidente que as disparidades negociais são profundas, de forma que os requisitos de admissibilidade e validade dos negócios jurídicos processuais penais (voluntariedade, informação e adequação) podem não ser adequadamente preenchidos e verificados.

4. Conclusão: o princípio da proteção do acusado no Processo Penal Negocial

Diante das consideráveis assimetrias existentes no Processo Penal Negocial, os acordos devem ser abolidos do ordenamento jurídico? Por mais que alguns assim desejem, é impossível voltar ao ponto anterior à introdução dos mecanismos negociais no Direito Processual brasileiro. Esses institutos estão aqui para ficar. O que importa é, acima de tudo, reconhecer suas limitações e as vulnerabilidades às quais estão sujeitos os acusados durante o processo negocial.

O objetivo do presente artigo foi justamente chamar a atenção para tais limitações, introduzindo a questão e estimulando a reflexão para o aperfeiçoamento do modelo processual negocial. Propostas e soluções, que serão enriquecidas a partir dos debates decorrentes da visão ora exposta, serão abordadas e desenvolvidas em trabalhos futuros.

Por ora, lembremos da experiência de outros ramos jurídicos, como o Direito do Trabalho e do Consumidor, a fim de eleger a proteção do acusado (tal como a proteção do trabalhador e do consumidor) enquanto princípio informador de toda negociação processual penal. Se, no processo contencioso, há o princípio da presunção de inocência, nos acordos processuais penais é preciso ir além e, reconhecendo a vulnerabilidade do acusado frente à acusação, oferecer-lhe proteção através de um arcabouço de normas de mitigação e equalização.

Apesar dos importantes avanços legislativos que foram feitos nos últimos anos, a disciplina do negócio jurídico processual penal está longe de estar completa, de forma que é preciso pensar em mecanismos de diminuição da intrínseca desigualdade negocial existente entre acusação e defesa, especialmente no contexto brasileiro (distante da realidade dos sistemas de *common law*), que confere elevada posição processual ao titular da ação penal.

Notas

¹ Nos Estados Unidos, é possível negociar até mesmo a data em que o fato criminoso aconteceu, a fim de evitar a aplicação de normas mais severas. É o chamado *date bargaining*. Ver: BRANDALISE, 2016, p. 69.

² “Esse modelo de administração judicial tem uma característica importante: os órgãos de persecução não gozam do status de representantes do Estado. Na Inglaterra,

os promotores são tratados como funcionários públicos civis; nos Estados Unidos, assumem a função transitória de promover a acusação. Importante dizer que eles não são vistos, em nenhum dos dois Países, como membros de uma instituição.” (MARQUES, 2020, p. 10).

³ TRINDADE; STRECK, 2014.

Referências

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Editora Juruá, 2016.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

CUNHA, Marcelo Garcia. Notas comparativas entre o sistema adversarial norteamericano e o sistema inquisitorial: qual sistema está mais direcionado a fazer justiça?. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, n. 249, p. 451-468, nov. 2015.

DIDIER JR. Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, v. 36, n. 198, p. 213-225, ago. 2011.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Acordo de não-persecução: um novo começo de era (?). *Boletim IBCCRIM*, ano 28, n. 331, p. 9-12, jun. 2020.

TRINDADE, André Karam; STRECK, Lenio Luiz. “O passarinho pra cantar precisa estar preso” Viva a inquisição!. *Conjur*, 29 nov. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-nov-29/diario-classe-passarinho-pra-cantar-estar-presos-viva-inquisicao>. Acesso em: 03 ago. 2021.

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.

VIEIRA, Renato Stanzola. O que vem depois dos “legal transplants”? Uma análise do processo penal brasileiro atual à luz de direito comparado. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, p. 767-806, mai./set. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.133>.

Recebido em: 14.12.2021 - Aprovado em: 11.02.2022 - Versão final: 31.03.2022

A NECESSÁRIA RELAÇÃO ENTRE LIBERDADE NEGOCIAL E PROTAGONISMO DA DEFESA NOS ACORDOS PENAIS

*THE NECESSARY RELATIONSHIP BETWEEN LIBERTY OF NEGOTIATION AND DEFENSE
PROTAGONISM IN CRIMINAL AGREEMENTS*

Luísa Walter da Rosa

Mestranda em Direito do Estado, com enfoque em Processo Penal pela UFPR. Pós-graduada em Direito Penal e Criminologia pela PUCRS e em Direito Penal Econômico pela PUC Minas. Advogada criminalista.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5094657629897142>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6976-0943>

luisawdarosa@gmail.com

Resumo: O presente trabalho trata sobre a possibilidade de conciliar a ampliação da liberdade negocial em acordos penais, com respeito ao direito de defesa. Parte-se da premissa de que os espaços de consenso no Processo Penal brasileiro são uma realidade em expansão, pautada na negociação da culpa, autonomia privada, lealdade e mitigação das garantias processuais penais tradicionais. A prática ultrapassou a teoria, pois existem acordos firmados além das previsões legais existentes, tendo sido analisado um caso no primeiro tópico. Após a análise prática, abordou-se a adoção da via consensual como uma escolha do acusado. Por fim, num cenário de ampla liberdade negocial, constatou-se que, para poder exercer seu direito de defesa de forma plena ainda que na negociação de acordos penais extralegais, o acusado precisa de uma defesa técnica capacitada e protagonista.

Palavras-chave: Justiça Penal Negociada – Acordos Penais Extralegais – Direito de defesa – Direito de escolha.

Abstract: This paper address whether it is possible to reconcile the expansion of the liberty of negotiation of criminal agreements, respecting the right of defense. It starts on the premise that the spaces of consensus in the Brazilian criminal procedure are an expanding reality, based on the negotiation of guilt, private autonomy, loyalty and mitigation of traditional criminal procedural guarantees. The practice has surpassed the theory, as there are agreements signed beyond the existing legal provisions, one of which was analyzed in the first topic. After that, arguments were brought about the consensual way as a choice of the accused. Finally, in a scenario of wide liberty of negotiation, in order to fully exercise their right to defense, even when negotiating criminal agreements without legal protection, the accused needs a capable technical and protagonist defense.

Keywords: Plea bargain – Extralegal criminal agreements – Right of defense – Right to choose.

Introdução

O Processo Penal brasileiro passa por uma fase de profunda transformação. Apesar do Código de Processo Penal ser datado de 1941, o CPP sofreu grandes alterações ao longo dos anos, sendo a mais recente a da Lei Anticrime (BRASIL, 2019).

Dentre elas, destacam-se a ampliação das disposições legais sobre a colaboração premiada, acrescidas na Lei n. 12.850 (BRASIL, 2013), e a inclusão no CPP do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP). O foco do legislador da Lei Anticrime em dois institutos de Justiça Penal Negociada exemplifica a tendência de expansão dos espaços de consenso no Processo Penal brasileiro como uma das saídas para enfrentar os problemas de eficiência no combate à criminalidade (ROSA; BERMUDEZ; ROSA, 2021, p. 17-18).

Definindo a Justiça Penal Negociada de forma ampla, esta se refere à “possibilidade de o Estado (acusação) e acusado (defesa), no palco de um possível ou de um já instaurado processo penal, negociarem até chegar a um acordo que beneficie ambas as partes” (ROSA; BERMUDEZ; ROSA, 2021, p. 19), tendo como espécies legais a transação penal, suspensão condicional do processo, Acordo de Não Persecução Penal e colaboração premiada.

Nesse palco negocial, há uma certa flexibilização das garantias tradicionais do processo penal para privilegiar as características inerentes a um processo penal negociado, pautado na presunção de

culpa, autonomia privada, boa-fé das partes, lealdade e disponibilidade do direito de escolher a via negocial ou tradicional. Em razão dessas flexibilizações, a tônica dos acordos penais é que a prática vá delimitando os contornos dessa negociação, ficando à frente da teoria. Por isso, não é possível estudar a Justiça Penal Negociada sem olhar para o que vem acontecendo no cotidiano forense.

Nesse aspecto, tem-se conhecimento de casos em que se firmaram acordos penais para além da lei. Ou seja, acordos entre acusação e acusado, com a expressiva atuação da defesa, foram realizados e produziram efeitos sem qualquer amparo legal. Isso significa que as leis e a jurisprudência atual não dão conta da realidade dos acordos penais e, por consequência, os profissionais que atuam na área criminal devem conhecer o tema para além da teoria, a fim de se prepararem para a sua atuação prática.

Diante deste contexto, considera-se importante debater, partindo da premissa que a Justiça Penal Negociada é uma realidade, a relação entre a liberdade negocial das partes e o exercício do direito de defesa nos acordos penais.

1. Acordos penais para além da lei: o que diz a prática

De início, será analisado um caso concreto da Comarca de Florianópolis (SANTA CATARINA, 2019)¹ em que houve a negociação de um acordo penal, sem, contudo, enquadrar-se nos instrumentos de Justiça Penal Negociada já previstos em lei.

Neste caso, o acordo firmado não configura transação penal, suspensão condicional do processo ou Acordo de Não Persecução Penal, porque a persecução penal chegou ao fim, resultando na condenação do acusado. Tampouco configura colaboração premiada, porque não foi imputada a prática de crime de organização criminosa, não sendo possível se valer do meio de obtenção de prova previsto na Lei n. 12.850 (BRASIL, 2013).

Em linhas gerais, o caso ocorreu da seguinte forma: houve prisão em flagrante do acusado, pela prática do delito de porte ilegal de munições e acessórios de uso restrito (art. 16, *caput*, da Lei n. 10.826/2003). Realizada a audiência de custódia, o flagrante foi homologado. Encerrado o ato, o Ministério Público (MP) ofereceu denúncia oral.²

O acusado, ali presente e acompanhado de defensora, foi citado pessoalmente e a sua defensora apresentou resposta à acusação, também de forma oral. Após, com a concordância expressa do MP e da defesa, não havendo testemunhas a serem inquiridas, procedeu-se ao interrogatório do réu, que confessou espontaneamente o delito. Passou-se então à fase de alegações finais orais e em seguida o juiz proferiu a sentença, também oral. Desde a homologação do flagrante até a prolação da sentença, transcorreu cerca de uma hora, o que foi inclusive noticiado pelo site do Tribunal de Justiça à época (MEDEIROS, 2019).

O réu foi condenado, mas, em razão da confissão espontânea e da colaboração com a justiça na celeridade e conclusão do feito, expressamente mencionadas em sede de sentença, a pena final foi fixada em 1 ano e 6 meses de reclusão pelo porte ilegal de munição, muito abaixo do mínimo legal, em regime inicial aberto, substituindo-se a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Abriu-se mão do prazo recursal.

Em que pese as particularidades do caso, percebe-se que houve uma espécie de acordo entre acusação e defesa, acelerando a resolução do feito e, em troca, reduzindo a pena final abaixo do mínimo legal, ainda que contrariando o entendimento dos Tribunais Superiores (BRASIL, 1999).

Fora a redução da pena, substituiu-se a privação de liberdade por restrição de direitos, o que resultou num quadro muito mais favorável ao acusado do que se tivesse se submetido a um Processo Penal tradicional, cujo melhor cenário, em caso de condenação, seria a aplicação da pena no mínimo legal – que no caso do porte ilegal de munições, é de 3 anos (BRASIL, 2003).

Isso porque, no caso em questão, além do acusado ter sido preso em flagrante, ele confessou a prática delituosa (já na oitiva durante a audiência de custódia,³ posteriormente confirmando a confissão durante o interrogatório em juízo), o que, naquele momento, indicava que a probabilidade de condenação ao final do processo seria maior do que de absolvição.

Sabe-se que existem muitas críticas a serem feitas ao caso, de ordem doutrinária, legal e constitucional, como, por exemplo, ter-se dado tanto valor à confissão (ANITUA, 2018, p. 135), que há tempos deixou de ser a rainha das provas, de não respeitar o tempo do Processo Penal (LOPES JR., 2019, p. 47), ou até mesmo mitigar garantias como a presunção de inocência e a legalidade (VASCONCELLOS, 2018; LANGER, 2010).

Contudo, não se pretende aqui questionar o que motivou o representante do MP, a advogada, o acusado e o juiz a acordarem nestes termos. A finalidade deste artigo é abordar outra perspectiva do tema. Considerando o já dito anteriormente, que a prática da negociação de acordos penais supera a teoria na realidade brasileira, é preciso fornecer subsídios teóricos ao que já vem acontecendo no país, a fim de resguardar o direito de defesa. Isso porque acredita-se que no caso aqui analisado a defesa foi exercida em sua plenitude,

o que viabilizou um cenário mais benéfico ao acusado do que se tivesse optado pela via tradicional. E que essa defesa se pautou em duas premissas essenciais: direito de escolha do acusado em optar pela via negocial e preparo do(a) advogado(a) em orientar o cliente e negociar o melhor cenário.

Além do exemplo citado acima, pensando-se nos mais de mil acordos de não persecução penal (VALENTE, 2019) firmados com base na Resolução 181 do CNMP (BRASIL, 2017), sem que sequer houvesse previsão legal para o ANPP, e os inúmeros acordos de colaboração premiada firmados na Operação Lava Jato, que foram muito além das previsões legais em termos de concessão de benefícios (ROSA, 2018, p. 90-99), é possível afirmar que existe sim, na prática, a possibilidade de se negociar acordos penais para além do previsto em lei. Se isso já existe, à margem da lei e independente das críticas doutrinárias, como assegurar que, num cenário em que as garantias legais do acusado já são flexibilizadas, o direito de defesa não restará prejudicado?

2. O necessário protagonismo da defesa

Não há dúvidas de que o Estado, no Processo Penal tradicional e no consensual, atua numa posição vantajosa em razão de todo o aparato que possui à sua disposição. Contudo, na Justiça Penal Negociada, é a autonomia privada das partes que prevalece, o que dá margem para uma liberdade negocial, ao mesmo tempo que exige uma proatividade da defesa, a fim de se posicionar frente à acusação, sob pena da negociação ser meramente pró-forma.

Considerando esse cenário, para que se repute essa margem negocial como possível, é preciso, primeiramente, reconhecer o acusado como sujeito de direitos, e não objeto do Processo Penal (ROSA, BERMUDEZ, ROSA, 2021, p. 19), ou seja, capaz de exercer seu direito de escolha em negociar sua culpa ou seguir o rito tradicional do processo.

Aliado a isso, a defesa técnica precisa estar devidamente capacitada para enfrentar essa nova realidade de negociação no Processo Penal, atuando ativamente desde o início das investigações até a fase final, conhecendo todas as espécies de acordos penais e sabendo operá-los. Não é porque no Processo Penal pautado no consenso as garantias processuais tradicionais são mitigadas que o direito de defesa não está sendo exercido em sua plenitude. Afinal, num contexto negocial, é um direito do acusado, de forma voluntária, optar por negociar a sua culpa, que poderá ser considerada a melhor estratégia defensiva no momento.

Na perspectiva da Justiça Penal Negociada, conforme já dito, há um novo Processo Penal, diferente do tradicional, pautado no consenso, boa-fé, lealdade e autonomia privada (MENDONÇA, 2017). Nessas situações, não há como a defesa ter um papel de mera espectadora. Ela deve participar ativamente de todas as fases da persecução penal, sejam elas pré-processuais (durante o inquérito policial, mediante uma boa investigação defensiva) ou durante a própria ação penal.

Ademais, se a defesa é protagonista e está capacitada para o jogo do Processo Penal (ROSA, 2020), a sua atuação em negociações e acordos penais torna-se mais uma importante forma de não só alcançar um resultado benéfico ao acusado como garantir o exercício do direito de defesa. Atuar de forma combativa é preciso e necessário muitas vezes. Mas optar pela via colaborativa é também uma dentre tantas possibilidades existentes de defesa.

Se no caso concreto a probabilidade de condenação for maior do que de absolvição, a defesa deve colocar na balança os riscos de jogar o jogo tradicional da ação penal ou realizar um acordo em busca de algum benefício (ex.: redução de pena, regime menos gravoso, substituição por pena restritiva de direitos). Caso o acordo seja mais benéfico ao acusado, e seja da sua vontade optar pela negociação ao invés do processo penal tradicional, a autonomia

privada das partes deve ser respeitada e até mesmo estimulada.

Importante afirmar que a premissa maior da negociação é efetivada, pois há uma lógica de ganha-ganha (ROSA, 2020) para ambas as partes ao firmar o acordo, considerando que o acusado receberá os benefícios e o Estado agirá de forma célere na pronta resposta jurisdicional ao delito cometido.

Sendo assim, a defesa deve se capacitar previamente para ir em busca do melhor cenário possível ao seu cliente/assistido. Para tanto, os profissionais devem investir em cursos e treinamentos em técnicas de negociação, visão de mercado, até mesmo estratégia de vendas (FISHER, PATTON, URY, 2018). É possível inclusive se pensar num programa de capacitação dos profissionais subsidiado pela própria OAB, em conjunto com a Defensoria Pública, por exemplo.

Por outro lado, há também que se considerar que, se os pretensos acordos penais a serem firmados não se enquadrarem nas possibilidades já previstas legalmente, a situação gera um cenário de bastante insegurança jurídica.

Não havendo previsão legal sobre a possibilidade de se firmarem acordos nos moldes como o analisado em Santa Catarina, e tampouco existindo decisão vinculante dos Tribunais Superiores a respeito do tema, caso seja do interesse da defesa e do acusado negociarem no processo penal, para além da lei e a fim de, estrategicamente, chegarem ao melhor cenário possível, estes vão depender da sorte do processo cair com partes que queiram negociar dessa forma (CABRAL, 2020).

Tal cenário é inaceitável. Todos aqueles submetidos a um processo penal devem ter acesso ao mesmo "cardápio" de estratégias defensivas, e não ficar dependendo de um acaso. Não pode existir um processo penal "a la carte" (LOPES JR., 2014). Porém, não é isso que se vê atualmente, o que significa que mesmo com as inúmeras

alterações trazidas pela Lei Anticrime, o CPP atual não comporta mais a realidade do Processo Penal brasileiro, em especial os seus novos espaços de consenso (BRANDALISE, 2016).

Considerações finais

Considerando todo o exposto, é de suma importância discutir esse descompasso entre teoria e prática na Justiça Penal Negociada. A prática demonstra, conforme visto no caso que tramitou em Florianópolis/SC, que é possível pactuar acordos penais diversos dos previstos em lei, em prol da vontade das partes, colaboração com a Justiça e celeridade na resolução do feito, desde que seja da vontade do acusado e este seja assistido por uma defesa técnica. Não só assistido, mas de fato orientado por uma defesa capacitada em negociar acordos e vislumbrar estrategicamente qual cenário seria mais benéfico ao representado.

Contudo, acredita-se que toda possibilidade de se optar pelo consenso em vez do processo penal tradicional deve ser amparada por lei, sob pena de gerar insegurança jurídica. Por mais que o Processo Penal brasileiro venha passando por substanciais reformas, em especial às atinentes aos acordos penais, necessita-se de uma legislação processual penal moderna e apta a oferecer a segurança jurídica que a sociedade brasileira e, em especial, os seus jurisdicionados merecem.

Enquanto isso não acontece, acredita-se só ser possível falar em ampliação da liberdade negocial nos acordos penais quando o acusado for visto como sujeito de direitos, assistido por defesa técnica e proativa, sendo uma escolha sua negociar a sua culpa, desde que mais benéfico do que a via tradicional. Com a participação ativa da defesa, valoriza-se tanto o direito à ampla defesa quanto a autonomia privada das partes e a sua liberdade em poder negociar. O que se entende ser a tônica da nova fase do Processo Penal brasileiro.

Notas

- ¹ Para mais informações sobre a prática da vara, recomenda-se a leitura de Musco (2018).
- ² À época dos fatos, em Florianópolis, o juiz que realizava a audiência de custódia se tornava prevento para julgar a ação penal.
- ³ Sabe-se que a audiência de custódia não é o momento adequado para se adentrar

ao mérito da questão e tampouco discutir a eventual culpabilidade do custodiado. Contudo, a informação de que o custodiado já haviam confessado na audiência de custódia consta no processo analisado como argumento na sentença; por isso, a referência a eles.

Referências

- ANITUA, Gabriel Ignacio. Introdução à criminologia: uma aproximação desde o poder de julgar. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.
- BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada: Negociação de Sentença Criminal e Princípios Processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016.
- BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro, 1941.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 231*. Brasília, 1999.
- _____. *Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003*. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. Brasília, 2003.
- _____. *Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013*. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940; revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, 2013.
- _____. Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). *Resolução nº 181, de 07 de agosto de 2017*. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Brasília, 2017.
- _____. *Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, 2019.
- CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do Acordo de Não Persecução Penal*. Salvador: Juspodivm, 2020.
- FISHER, Roger; PATTON, Bruce; URY, William. *Como chegar ao sim: Como negociar acordos sem fazer concessões*. Rio de Janeiro: Sextante, 2018.
- LANGER, Maximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargain and the americanization thesis in criminal procedures, in World Plea Bargain: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial. In: THAMAN, Stephen (Ed.). *World Plea Bargain: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*. Durham: Carolina Academic Press, 2010.
- LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica*. 5. ed. São

- Paulo: Saraiva, 2019.
- LOPES JR., Aury. Sistema de Nulidades "a la carte" precisa ser superado no Processo Penal. *Conjur*, 5 set. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-set-05/limite-penal-sistema-nulidades-la-carte-superado-processo-penal> Acesso em: 20 mar. 2020.
- MEDEIROS, Ângelo. *Ação penal é julgada cerca de uma hora após denúncia ser aceita por juiz na capital*. Site do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Florianópolis, 2019. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/acao-penal-e-julgada-cerca-de-uma-hora-apos-denuncia-ser-aceita-por-juiz-na-capital> Acesso em: 20 abr. 2020.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (Coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MUSCO, Felipe Rapallo. *Aplicação do plea bargain em audiências de custódia: estudo de caso*. 2018. Dissertação (mestrado profissional) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2018.
- ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 6. ed. Florianópolis: Emais, 2020.
- ROSA, Alexandre Morais da; BERMUDEZ, André L.; ROSA, Luísa Walter da. *Como negociar o Acordo de não Persecução Penal: Limites e possibilidades*. Florianópolis: Emais, 2021.
- ROSA, Luísa Walter da. *Colaboração premiada: A possibilidade de concessão de benefícios extralegais ao colaborador*. Florianópolis: Emais, 2018.
- SANTA CATARINA. 4ª Vara Criminal de Florianópolis. Ação Penal n. 0002067-59.2019.8.24.0023, j. 12/02/2019. TJSC, 2019.
- VALENTE, Fernanda. MPF firmou mais de mil acordos de "não persecução" penal. *Conjur*, 27 nov 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-27/mpf-firmou-mil-acordos-nao-persecucao-penal> Acesso em: 15 abr. 2020.
- 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: D'Plácido, 2018.

Recebido em: 12.11.2021 - Aprovado em: 26.01.2022 - Versão final: 25.02.2022

O CRIME DE EVASÃO DE DIVISAS E A RETROATIVIDADE BENÉFICA DA RESOLUÇÃO CMN 4.841/2020

THE CRIME OF ILLICIT CAPITAL FLIGHT AND BENEFICIAL RETROACTIVITY OF CMN RESOLUTION 4.841/2020

Rodrigo de Grandis

Doutor e Mestre em Direito Penal pela USP. Professor de Direito Penal da FGV-SP, da Uninove e do IDP-DF. Procurador da República.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7680-699X>

rodrigograndis@mpf.mp.br

Resumo: O artigo objetiva analisar o delito de evasão de divisas e a retroatividade da Resolução CMN 4.841/2020, a partir da verificação que a sua natureza jurídica nada tem de excepcional, à luz do artigo 3º do Código Penal brasileiro.

Palavras-chaves: Evasão de divisas – Manutenção de Depósitos – Lei Excepcional – Retroatividade.

Abstract: The article aims to analyze the crime of illicit capital flight and the retroactivity of Resolution CMN 4.841/2020 from the verification that its legal nature is nothing exceptional considering article 3 of the Brazilian Penal Code.

Keywords: Illicit capital flight – Deposit Maintenance – Exceptional Law – Retroactivity.

1. Evasão de divisas, norma penal em branco e lei excepcional

Inexiste dúvida de que a modalidade de evasão de divisas relacionada à manutenção de depósitos no exterior (art. 22, parágrafo único, parte final, da Lei 7.492/1986) contempla uma norma penal em branco.¹ A primazia² no preenchimento do conteúdo do injusto desse comportamento delitivo foi conferida ao Banco Central do Brasil (BACEN) por força da Circular 3071, de 11 de dezembro de 2001, que instituiu a declaração de bens e de valores existentes no exterior por pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no Brasil, que detivessem, em 31 de dezembro de 2001, o equivalente ou mais do que o equivalente a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Dessa forma, com a edição da Circular 3071/2001, cometiam essa particular forma de evasão de divisas os residentes no Brasil que mantivessem no exterior bens e valores acima das balizas impostas e não fizessem a correspondente Declaração Anual de Bens no Exterior (DCBE) ao BACEN nas datas designadas.

A partir de 2002, contudo, sucederam-se inúmeras Circulares do BACEN regulando os limites de declaração para residentes e sediados em território nacional.³ Essa situação ensejou ampla discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da natureza do complemento do crime do art. 22, parágrafo único, parte final, da Lei 7.492/1986, sobretudo porque esses patamares foram progressivamente ampliados, derivando dessa celeuma duas posições: (i) haverá retroatividade da regulamentação mais benigna, e, portanto, *abolitio criminis*, aos agentes que não declararam os valores, mas cujos depósitos internacionais estavam abrangidos pelo novo patamar administrativo;⁴ (ii) o ato normativo complementar é uma lei excepcional (cf. art. 3º do Código Penal); assim, a majoração do limite de declaração não beneficia a pessoa física que deixou de declarar seus numerários ao BACEN, subsistindo a necessidade de punição ante o crime de evasão de divisas.⁵

É sabido que a norma penal excepcional – denominada de lei temporária em sentido amplo no Direito Alemão,⁶ de lei auto

revogável ou lei de eficácia transitória⁷ – visa a atender situações de anormalidade social, como guerras, epidemias e crises econômicas, tendo eficácia enquanto perdurar o contexto anômalo que a motivou. Trata-se, com efeito, de verdadeira e legítima exceção à regra constitucional da retroatividade benéfica, sob o fundamento de que, se assim não fosse, restaria a norma penal incriminadora completamente desprovida de força intimidativa.⁸ De fato, o sujeito que cometeu um delito somente pode ser beneficiado pelo desaparecimento da sanção penal se o motivo de sua retirada do cenário jurídico se encontra concretamente atrelado à mudança do contexto político-criminal-econômico vigente à época da edição da lei punitiva, e não apenas à mera modificação de critérios valorativos presentes no momento de sua promulgação pelo legislador.⁹

Na hipótese de sucessão de leis, contudo, poderá ocorrer a retroatividade benéfica, quando a lei excepcional ou temporária posterior abranger não apenas o comportamento delineado no complemento do tipo penal antigo, mas também as circunstâncias anômalas que o tornaram punível. Aqui será fundamental analisar a natureza da norma jurídica que preenche o conteúdo do injusto penal da norma penal em branco. Se se tratar de uma modificação benéfica ditada por critérios diversos daqueles que pautaram a edição do ato normativo anterior (de caráter excepcional), não se cogitará de retroatividade de *lex mitior*, mas de ultratividade à luz do disposto no art. 3º do Código Penal.¹⁰

Sob esse contexto, a doutrina tem preconizado que as normas administrativas cambiais que muitas vezes complementam o conteúdo do injusto penal são consideradas excepcionais não apenas porque elas, abstratamente, conformaram um mecanismo de intervenção estatal na economia,¹¹ mas essencialmente porque os imperativos e as vicissitudes das diversas políticas econômicas adotadas em tal ou qual momento histórico do Brasil¹² tornaram-nas concreta e extremamente mutáveis.¹³ O número de alterações emanadas do BACEN em um curto lapso temporal para disciplinar

o mercado de câmbio e capitais estrangeiros parece, de fato, confirmar essa constatação: o Regulamento do Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais (RMCCI), por exemplo, instituído em 9 de março de 2005 pela Circular 3280 do BACEN, foi objeto de mais de 60 (sessenta!) atualizações desde o seu advento até a data de sua revogação, em 2 de fevereiro de 2014. No caso específico do crime do artigo 22, parágrafo único, parte final, da Lei 7.492/1986, a análise dos atos normativos que, desde o ano de 2001, determinaram um crescente limite de declaração de bens e valores mantidos por brasileiros no estrangeiro,¹⁴ também revela uma notável volatilidade do marco legal das reservas internacionais brasileiras. Deveras, embora seja possível detectar objetivos heterogêneos e pouco urgentes ou mesmo corriqueiros nos comandos administrativos emitidos pelo BACEN, como a necessidade de mapeamento dos ativos e passivos externos do país, visando a um adequado delineamento da política econômica do país e a produção de dados para atendimento da Pesquisa Coordenada sobre Investimentos em Portfólio do Fundo Monetário Internacional (FMI), tem-se afirmado frequentemente que em todas essas normas emerge uma nota de anormalidade econômica, que sugere tratar-se de verdadeiras leis excepcionais na forma do que disciplina o artigo 3º do Código Penal.¹⁵

2. A Resolução 4.841/2020 do Conselho Monetário Nacional

Com a edição da Resolução 4.841, de 30 de julho de 2020, do Conselho Monetário Nacional (CMN), a discussão acerca da retroatividade ou não do complemento administrativo do delito do art. 22, parágrafo único, parte final, da Lei 7.492/1986, recebeu novos contornos jurídicos, notadamente em função da acentuada elevação do patamar de declaração ao BACEN: de US\$ 100.000,00 (cem mil dólares dos Estados Unidos da América) para quantia igual ou superior a US\$ 1.000.000,00 (um milhão de dólares dos Estados Unidos da América), ou seu equivalente em outras moedas.¹⁶ Uma primeira abordagem acerca da natureza jurídica da Resolução CMN 4.841/2020 poderia indicar tratar-se de lei penal excepcional, de sorte que a majoração para US\$ 1.000.000,00 (um milhão de dólares dos Estados Unidos da América) não teria a aptidão de beneficiar os agentes que mantiveram depósitos no exterior abaixo desse valor. Concretamente: a novel norma administrativa teria eficácia *ex nunc*, incidindo apenas sobre os fatos criminosos perpetrados a partir do dia 1º de setembro de 2020, data da entrega em vigor da Resolução CMN.¹⁷

Admito que essa concepção é inegavelmente sedutora, sobretudo porque a Resolução CMN 4.841/2020 contempla, na linha das precedentes Circulares do BACEN, uma norma cambial, o que a submeteria, em princípio, ao regramento contido no art. 3º do Código Penal.¹⁸ Parece-me, contudo, que o caráter excepcional da norma complementadora e, por conseguinte, a implementação de uma flagrante exceção à regra constitucional¹⁹ e legal²⁰ da retroatividade da lei penal mais benéfica (*lex mitior*) exige não somente a verificação panorâmica do contexto econômico vigente à época da publicação do comando normativo que preenche o injusto do delito de evasão de divisas, mas também, e principalmente, a análise concreta e particularizada dos motivos supostamente excepcionais, que alegadamente ensejaram a sua emissão pelo órgão estatal. Decerto que, como defendem **Luciano Feldens** e **Rubens Hofmeister Neto**, a vigência, por mais de uma década (2004-2020), do mesmo patamar para a declaração anual ao BACEN promoveria uma “estabilização do conteúdo do injusto”, que elidiria, de certo modo, o caráter excepcional da Circular do BACEN.²¹ Não obstante, essa estabilização normativa funcionaria, a meu ver, como um instrumento interpretativo ambíguo e, portanto, inconveniente para a resolução do caso sob análise: poderia indicar que, de fato, o injusto do crime tornou-se consolidado e, assim, estaria afastada a ultratividade imposta pelo art. 3º do Código Penal – como sustentam **Feldens** e **Hofmeister Neto**²² – de igual modo, mas em sentido

diametralmente oposto, ilustrar que os motivos excepcionais que impulsionaram a edição da Circular BACEN 3225/2004 subsistiriam até o ano de 2020, quando adveio a Resolução CMN 4.841/2020.

Proponho, assim, trilhar um caminho diverso. A Resolução CMN 4.841/2020 derivou do voto 193, prolatado em 15 de julho de 2020 pelo Diretor de Política Econômica **Fabio Kanczuk** e pelo Diretor de Regulação **Otávio Ribeiro Damaso**, aprovado na mesma data pela Diretoria Colegiada do BACEN. Na minha perspectiva, a leitura do voto 193 pode constituir um ambiente juridicamente mais seguro para que seja possível divisar – ou não – o caráter excepcional da norma que atualmente preenche o conteúdo do injusto do crime do art. 22, parágrafo único, parte final, da Lei 7.492/1986. Nesse sentido, na fundamentação do voto é possível constatar que a majoração do limite para a DCBE nada teve de excepcional ou extravagante. Em verdade, do voto que deu origem à Resolução CMN 4.841/2020 emergem dados e constatações que não se vinculam a quaisquer situações de emergência ou de anomalia econômica que possam desencadear a incidência da ultratividade prevista no art. 3º do Código Penal. Afirma-se no voto, por exemplo, que as declarações obrigatórias de capitais brasileiros no exterior

(...) permitem ao BCB completar a compilação do estoque de ativos externos do País e, dessa forma, aferir a Posição Internacional de Investimentos (PII), inclusive os recursos mantidos no exterior após o fim da cobertura cambial das exportações, bem como as transações no exterior a partir desses fluxos. Adicionalmente, o (D)CBE possibilita atender compromissos internacionais firmados pelo Brasil relativos à adequação aos padrões internacionais, como o **Special Data Dissemination Standard Plus (SDDS Plus)** e à participação em pesquisas internacionais, como o **Coordinated Portfolio Investment Survey (CPIS)** e o **Coordinated Direct Investment Survey (CDIS)**, todos do Fundo Monetário Internacional (FMI).

A motivação do voto dos dois Diretores, posteriormente encampado pela Diretoria Colegiada do BACEN, efetivamente não esconde que a DCBE objetiva primordialmente alimentar o banco de dados da Autarquia Federal, a fim de delinear a política econômica, assim como possibilitar o atendimento à compromissos internacionais firmados pelo Brasil no que se refere a pesquisas do FMI e adequação a padrões internacionais. Ou seja, trata-se de uma mera fonte de obtenção de dados que, conquanto possa ostentar certa relevância macroeconômica, não tem o escopo imediato de influir diretamente na política cambial ou monetária e, mais do que isso, está previda à vista de situações emergenciais. Digo de outro modo: a leitura do voto 193 deflagra que o aumento do piso para a obrigatoriedade da declaração tem fundamento eminentemente estatístico e busca evitar o aumento expressivo de declarações entregues e o consequente acréscimo dos custos internos para processá-las e fiscalizar os eventuais descumprimentos,²³ de modo que, também aqui, nada há de excepcional. Ao contrário, a coleta e a análise de informações econômicas são exigências perenes para que o BACEN bem possa desenvolver suas funções legais e econômicas, como o controle dos capitais estrangeiros, nos termos da lei,²⁴ e atuar no sentido do funcionamento regular do mercado cambial, da estabilidade relativa das taxas de câmbio e do equilíbrio no balanço de pagamentos,²⁵ não estando jungida – ao menos do que se depreende da leitura do voto que deu azo à Resolução 4.841/2020 – a qualquer situação extravagante que pudesse submetê-la ao regime peculiar do art. 3º do Código Penal.

3. Conclusão

A inaplicabilidade do dogma da retroatividade da lei penal mais benéfica autorizada no art. 3º do Código Penal reclama que as circunstâncias excepcionais que impelem a edição do comando normativo que complementa o crime de evasão de divisas tipificado no art. 22 parágrafo único, parte final, da Lei 7.492/1986, estejam concreta e motivadamente evidenciadas. Esse indeclinável requisito de ordem jurídico-constitucional não se verificou na Resolução

CMN 4.841/2020, que aumentou o limite de declaração ao BACEN de US\$ 100.000,00 (cem mil dólares dos Estados Unidos da América) para quantia igual ou superior a US\$ 1.000.000,00 (um milhão de dólares dos Estados Unidos da América), ou seu equivalente em outras moedas. Dessa forma, todos os agentes que, antes de 1º de

setembro de 2020, mantiveram depósitos no estrangeiro inferiores a US\$ 1.000.000,00 (um milhão de dólares dos Estados Unidos da América) sem a correspondente declaração ao BACEN, terão a punibilidade extinta com fundamento no art. 107, III, do Código Penal (*abolitio criminis*).

Notas

- ¹ PIMENTEL, 2020, p. 186; FELDENS; SCHMIDT, 2006, p. 155; PRADO, 2004, p. 330; COSTA JR.; QUEIJO; MACHADO, 2002, p. 140. Para a frequente utilização de normas penais em branco no Direito Penal Econômico: TIEDEMANN, 2009, p. 129 e ss.; GARCIA CAVERO, 2007, p. 145 e ss. Sobre as críticas às normas penais em branco em virtude de uma suposta violação do princípio da legalidade: SANTOS, 2020, p. 72-73; ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2003, p. 204-206.
- ² Até 2001 existia um “dever genérico” de declaração de valores mantidos no exterior cuja destinatária era a Receita Federal do Brasil. Cf. FELDENS; SCHMIDT, 2006, p. 180 e ss.; BITENCOURT; BRENDA, 2014, p. 327-330.
- ³ A Circular Bacen 3.071/2001 passou a exigir a declaração de depósitos apenas para valores superiores a R\$ 10 mil; em seguida, a Circular Bacen 3.110/2002 aumentou o patamar para R\$ 200 mil; no ano seguinte, por força da Circular Bacen 3.181/2003, o valor passou a ser de R\$ 300 mil; em 2004, em razão da Circular Bacen 3.225, o valor foi estabelecido em US\$ 100 mil permanecendo assim até o advento da Resolução 4.841/2020. Cf. para o histórico de Circulares, FELDENS; SCHMIDT, 2006, p. 183-185.
- ⁴ DELMANTO JUNIOR, 2006, p. 97-98.
- ⁵ FELDENS; SCHMIDT, 2006, p. 186; NUNES, 2017, p. 46. Na jurisprudência: TRF 4ª Região: Embargos Infringentes e de Nulidade n. 2004.70.00.002027-4, Rel. Paulo Afonso Brum Vaz, j. em 20.08.2009; Apelação Criminal n. 2000.71.00.021894-0, Rel. Paulo Afonso Brum Vaz, j. 09.5.2007.
- ⁶ ROXIN, 1997, p. 168.
- ⁷ FRANCO, 1986, p. 26.
- ⁸ Garcia Caveró é crítico, ressaltando uma “parcial vigência” das leis temporárias ante a necessidade social de restabelecer as expectativas normativas frustradas (2007, p. 199); igualmente em Jakobs (1997, p. 117-118). Há, ainda, quem, em posição minoritária na doutrina brasileira, defenda a não recepção do art. 3º do Código Penal pela Constituição da República de 1988, como se nota em Santos (2020, p. 74) e Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar (2003, p. 216-217).
- ⁹ JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 151; ROXIN, 1997, p. 169.
- ¹⁰ Como corretamente observa Fragoso, “importa considerar a natureza das leis. Se se trata de leis determinadas pela alteração de condições político-sociais, deve negar-se a retroatividade da nova lei. Todavia, se a inovação legislativa for determinada pela necessidade de regular de modo mais racional e equitativo a mesma matéria, permanecendo substancialmente inalteradas as circunstâncias excepcionais que sugeriram a legislação precedente, neste caso, impõem-se a retroatividade da lei mais favorável!” (1987, p. 108). Contra, proclamando a retroatividade benéfica em todos os casos “por ser a posição consentânea com o *ius libertatis* e com o mandamento constitucional” (COSTA JR., 2008, p. 39).

Referências

- BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Circular Bacen nº 3.071, de 11 de dezembro de 2001*. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/circ/2001/pdf/circ_3071_v2_P.pdf.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Circular Bacen nº 3.110, de 15 de abril de 2002*. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/circ/2002/pdf/circ_3110_v1_o.pdf.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Circular Bacen nº 3.181, de 6 de março de 2003*. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/circ/2003/pdf/circ_3181_v1_o.pdf.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Circular Bacen nº 3.225, de 13 de fevereiro de 2004*. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/circ/2004/pdf/circ_3225_v1_o.pdf.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Resolução CMN nº 4.841 de 30 de julho de 2020*. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibnormativo?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o%20CMN&numero=4841>.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Voto 193/2020-BCB, de 15 de julho de 2020*. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadVoto.asp?arquivo=/Votos/CMN/202078/Voto_0782020_CMN.pdf.
- BITENCOURT, Cezar Roberto; BRENDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BRASIL (Constituição, 1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.
- BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm.
- BRASIL. *Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7498.htm.
- COSTA JR., Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- COSTA JR., Paulo José da; QUEIJO, Maria Elizabeth; MACHADO, Charles Marcildes. *Crimes de colarinho branco*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DELMANTO JUNIOR, Roberto. Manutenção de conta bancária no exterior e o crime do art. 22, parágrafo único, in fine, da Lei n.º 7.492/86. *Revista Jurídica do Ministério Público do Mato Grosso*, v. 1, n. 1, p. 97-98, jul./dez. 2006.
- FELDENS, Luciano; HOFMEISTER NETO, Rubens. Crime de evasão de divisas: a retroatividade da resolução CMN 4.84. *Conjur*, 28 ago. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-28/feldens-hofmeister-neto-crime-evasao-divisas>. Acesso em: 24 jan. 2022.
- FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenker. *O crime de evasão de divisas: a tutela*

- penal do sistema financeiro nacional na perspectiva da política cambial brasileira. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: a nova parte penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- FRANCO, Alberto Silva. *Temas de Direito Penal: breves anotações sobre a Lei n. 7.209/84*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- GARCIA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico: parte general*. Tomo I. 2. ed. Perú: Grijley, 2007.
- GAROFALO FILHO, Emilio. *Câmbio, ouro e dívida externa* – de Figueiredo a FHC. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GAROFALO FILHO, Emilio. *Câmbio\$ - Princípios básicos do mercado cambial*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general – fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. 5. ed. renovada y ampliada. Granada: Editorial Comares, 2002.
- NUNES, Leandro Bastos. *Evasão de divisas*. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2017.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. Crimes contra o sistema financeiro nacional: comentários à lei 7.492, de 16.6.86. 2. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general; t. 1 – fundamentos*. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal, parte geral*. 9. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.
- TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico: introducción y parte general*. Perú: Grijley, 2009.
- TRF4. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Embargos Infringentes e de Nulidade n. 2004.70.00.002027-4*. Quarta Seção. Rel. Paulo Afonso Brum Vaz, j. em 20.08.2009. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php.
- TRF4. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Apelação Criminal n. 2000.71.00.021894-0*. 8ª Turma. Rel. Paulo Afonso Brum Vaz, j. 09.5.2007. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php.
- ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: teoria geral do Direito Penal*. 1º Volume. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

Autor convidado

TEMA:

DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE PRECEITO SECUNDÁRIO DE TIPO PENAL POR VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Supremo Tribunal Federal

Tema 1178: Constitucionalidade da multa mínima prevista no artigo 33 da Lei 11.343/2006.

Tese: A multa mínima prevista no artigo 33 da Lei 11.343/06 é opção legislativa para a quantificação da pena, não cabendo ao Poder Judiciário alterá-la com fundamento nos princípios da proporcionalidade, isonomia e da individualização da pena.

Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ARTIGO 33, *CAPUT*, DA LEI 11.343/2006. **PENA DE MULTA. ALEGADA CONTRARIEDADE AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO SUBSTITUIR O PODER LEGISLATIVO NA QUANTIFICAÇÃO DA PENA.** PRECEDENTES. MULTIPLICIDADE DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL DOTADA DE REPERCUSSÃO GERAL. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.

Trecho do voto condutor: [Em relação à Repercussão Geral, assevera o Recorrente que:] “De fato, a desproporção entre o valor mínimo de 500 dias multa e a renda nacional média é patente, demonstrando-se que a questão colocada não diz respeito a particularidade desta demanda, mas a **matéria de grande relevância social, dado o fato de que a grande maioria dos indivíduos processados e condenados por tráfico de entorpecentes pertence às camadas sociais menos abastadas**”. Com efeito, a matéria aqui suscitada possui densidade constitucional suficiente para o reconhecimento da existência de repercussão geral, competindo a esta Suprema Corte definir a possibilidade de o Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade de preceito secundário de tipo penal, por eventual contrariedade aos princípios constitucionais da isonomia, da proporcionalidade e da individualização da pena. (...) **No mérito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que o Poder Judiciário não detém competência para interferir nas opções feitas pelo Poder Legislativo** a respeito da punição mais severa daqueles que praticam condutas elencadas em norma penal incriminadora.

(STF – RE 1.347.158 RG – Relator Min. Presidente LUIZ FUX – Tribunal Pleno – j. 21.10.2021) – (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6364**).

Tema 1003: Discussão relativa à constitucionalidade do art. 273 do Código Penal, para aqueles que importam medicamento sem registro sanitário.

Tese: É inconstitucional a aplicação do preceito secundário do art. 273 do Código Penal, com redação dada pela Lei nº 9.677/98 (reclusão, 10 a 15 anos, e multa), à hipótese prevista no seu **§ 1º-B, I, que versa sobre a importação de medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária. Para esta situação específica, fica ripristinado o preceito secundário do art. 273, na redação originária (reclusão, de 1 a 3 anos, e multa).**

Ementa: Direito constitucional e penal. Recurso extraordinário. **Importação de medicamentos sem registro sanitário (CP, art. 273, 273, § 1º-B, I, do Código Penal). Inconstitucionalidade da pena abstratamente prevista.** 1. O art. 273, § 1º-B, do CP, incluído após o “escândalo das pílulas de farinha”, prevê pena de dez a quinze anos de reclusão para quem importar medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária competente. **2. Como decorrência da vedação de penas cruéis e dos princípios da dignidade humana, da igualdade, da individualização da pena e da proporcionalidade, a severidade da sanção deve ser proporcional à gravidade do delito.** 3. O estabelecimento dos marcos penais adequados a cada delito é tarefa que envolve complexas análises técnicas e político-criminais que, **como regra, competem ao Poder Legislativo. Porém, em casos de gritante desproporcionalidade, e somente nestes casos, justifica-se a intervenção do Poder Judiciário, para garantir uma sistematicidade mínima do direito penal**, de modo que não existam (i) penas exageradamente graves para infrações menos relevantes, quando comparadas com outras claramente mais reprováveis, ou (ii) a previsão da aplicação da mesma pena para infrações com graus de lesividade evidentemente diversos. 4. A desproporcionalidade da pena prevista para o delito do art. 273, § 1º-B, do CP, salta aos olhos. A norma pune o comércio de medicamentos sem registro administrativo do mesmo modo que a falsificação desses remédios (CP, art. 273, *caput*), e mais severamente do que o tráfico de drogas (Lei nº 11.343/2006, art. 33), o estupro de vulnerável (CP, art. 217-A), a extorsão mediante sequestro (CP, art. 159) e a tortura seguida de morte (Lei nº 9.455/1997, art. 1º, § 3º). 5. Mesmo a punição do delito previsto no art. 273, § 1º-B, do CP com as penas cominadas para o tráfico de drogas, conforme propugnado por alguns Tribunais e juízes, mostra-se inadequada, porque a equiparação mantém, embora em menor intensidade, a desproporcionalidade. 6. Para a punição da conduta do art. 273, § 1º-B, do CP, sequer seria necessária, a meu ver, a aplicação analógica de qualquer norma, já que, com o reconhecimento da sua inconstitucionalidade, haveria incidência imediata do tipo penal do contrabando às situações por ele abrangidas. 7. A maioria do Plenário, contudo, entendeu que, como decorrência automática da declaração de inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, I, deve incidir o efeito ripristinatório sobre o preceito

secundário do art. 273, *caput*, na redação original do Código Penal, que previa pena de 1 a 3 anos de reclusão. 8. Recurso do Ministério Público Federal desprovido. Recurso de Paulo Roberto Pereira parcialmente provido. Tese de julgamento: É inconstitucional a aplicação do preceito secundário do art. 273 do Código Penal à hipótese prevista no seu § 1º-B, I, que versa sobre a importação de medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária. Para esta situação específica, fica reprimido o preceito secundário do art. 273, na sua redação originária.

Trecho do voto condutor: (...) 15. A vedação a penas desproporcionais pode ainda ser extraída da dignidade humana, fundamento da República brasileira (art. 1º, III). Ao reconhecer a pessoa humana como fim em si mesmo, que não pode ser instrumentalizado para outros objetivos, a Constituição veda que sejam utilizados meios excessivamente restritivos aos direitos fundamentais, ainda que a pretexto de promoção de outras finalidades. (...) 17. **Portanto, ao prever penas sem relação com a gravidade do crime cometido, o legislador viola a dignidade do infrator. Isso porque, nesse caso, a pena deixaria de possuir qualquer função retributiva proporcional à ofensa praticada, tratando o infrator única e exclusivamente como instrumento de prevenção geral de futuros crimes.** (...) 21. Finalmente, a proibição legislativa de penas exageradamente duras em relação à infração cometida também decorre do princípio da proporcionalidade. **Embora a Constituição brasileira não o preveja expressamente, o princípio da proporcionalidade decorre do Estado de Direito e representa um postulado implícito de resolução de conflitos envolvendo direitos fundamentais.** Direitos fundamentais estão sujeitos a limites iminentes e a restrições expressas. E podem, eventualmente, entrar em rota de colisão entre si ou com princípios constitucionais ou fins estatais relevantes. Tanto nos casos de restrição quanto nos de colisão, a solução das situações concretas deverá valer-se do princípio instrumental da razoabilidade ou proporcionalidade. 22. **A invocação do princípio da proporcionalidade como limitação ao legislador penal pode-se dizer óbvia, considerando-se a sua origem vinculada à solução de conflitos entre direitos fundamentais. Isso porque a sanção penal consiste na mais grave restrição da liberdade de locomoção, de modo que sua previsão e aplicação somente são admissíveis se proporcionais.** A reserva de lei penal configura-se, pois, como reserva legal penal proporcional. 23. **A submissão de tipos penais ao princípio da proporcionalidade, como critério limitador da atividade legislativa penal, tem sido reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em diversos precedentes. Assim, por exemplo, a Corte:** a) declarou, por violação à proporcionalidade, a não recepção constitucional da contravenção de posse não justificada de instrumento de emprego usual na prática de furto (art. 25 do Decreto-Lei nº 3.688/1941); b) reconheceu a proporcionalidade – e a constitucionalidade – do delito de porte de arma de fogo (art. 14 da Lei nº 10.826/2003); c) reconheceu a inconstitucionalidade da criminalização do aborto no primeiro trimestre de gestação. Encontram-se pendentes de julgamento, ainda, o RE 966.177 (Rel. Min. Luiz Fux), em que se alega a desproporcionalidade da previsão como contravenção penal dos jogos de azar (art. 50 do Decreto-Lei 3.688/1941), e o RE 901.623 (Rel. Min. Edson Fachin), no qual se alega a desproporcionalidade da previsão como contravenção penal do porte de arma branca (art. 19 do Decreto-Lei 3.688/1941). (...) 35. O legislador, assim, possui grande margem de discricionariedade na fixação das balizas legais da pena, **mas não lhe é permitido deixar de conservar uma sistematicidade mínima do sistema penal**, de modo que não existam penas exageradamente graves para infrações consideradas menos relevantes quando comparadas com outras claramente mais reprováveis. Da mesma forma, não pode o legislador aplicar a mesma pena para infrações com graus de lesividade evidentemente diversos. 41. **Constata-se que o tipo**

penal está localizado entre os “crimes contra a saúde pública”. Tais crimes, a rigor, são crimes de perigo abstrato contra a vida ou a incolumidade física individuais. O que se protege, ao fim e ao cabo, é a vida e a saúde de todas as pessoas, proibindo-se já antecipadamente condutas aptas a colocar em risco tais bens jurídicos. 42. É razoável que um crime de perigo abstrato preveja uma pena maior do que aquela estabelecida para um crime de lesão em relação ao mesmo bem jurídico? A resposta, em princípio, seria negativa: um crime de perigo abstrato contra a saúde pública não pode, sem uma justificativa convincente, ser punido mais gravemente do que o homicídio doloso (CP, art. 121), que tem pena mínima de seis anos de reclusão. 43. Não obstante, se a conduta tiver potencial de afetar a saúde de uma quantidade imensurável de pessoas, pode se mostrar justificada a punição mais grave do crime de perigo abstrato. (...) 68. **A fixação das balizas legais da pena é uma tarefa marcada pela larga discricionariedade legislativa. O Supremo Tribunal Federal somente é autorizado a intervir em casos excepcionais, quando houver gritante desproporcionalidade entre a gravidade da conduta e a severidade da pena.**

Trecho do voto da Min^a. CARMÉN LÚCIA: (...) 19. **Os princípios da proporcionalidade e da lesividade caracterizam-se ao mesmo tempo como a) comando direcionado ao legislador a ser considerado na tipificação penal e b) orientação ao magistrado na aplicação da lei penal.** A aplicação do princípio da proporcionalidade no direito penal enseja a análise tanto sob a perspectiva da vedação do excesso, que se refere ao controle da razoabilidade e adequação das medidas de repressão estatal, quanto sob a perspectiva da vedação à proteção deficitária, que se refere à obrigação estatal de proteger os indivíduos de agressões oriundas de particulares e até de Estados estrangeiros. Os dois lados compõem a proteção aos direitos fundamentais em matéria penal. 20. **O controle de constitucionalidade das normas penais, sob a perspectiva da vedação do excesso, passa pela análise dos princípios da proporcionalidade e da ofensividade dos comportamentos tipificados pela norma.**

(STF – RE 979.962 – Relator Min. ROBERTO BARROSO – Tribunal Pleno – j. 24.03.2021) – (destaques nossos – Cadastro IBCCRIM 6365).

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ARTIGO 273, § 1º-B, DO CÓDIGO PENAL. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 5º, XLVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MATÉRIA DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL. OPÇÃO POLÍTICO-LEGISLATIVA PARA APENAR DETERMINADOS DELITOS COM MAIOR SEVERIDADE. INCOMPETÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO PARA INTERFERIR NAS ESCOLHAS FEITAS PELO PODER LEGISLATIVO. 1. A violação reflexa e oblíqua da Constituição Federal decorrente da necessidade de análise de malferimento de dispositivo infraconstitucional torna inadmissível o recurso extraordinário. 2. **O Poder Judiciário não detém competência para interferir nas opções feitas pelo Poder Legislativo a respeito da apenação mais severa daqueles que praticam determinados crimes, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes.** 3. *In casu*, o acórdão extraordinariamente recorrido assentou: “PENAL. PROCESSO PENAL. ARTIGO 273, § 1º e § 1º-B, INCISOS V e VI DO CÓDIGO PENAL. TRANSNACIONALIDADE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE AFASTADA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DOLO DEMONSTRADO. RECONHECIDO CONCURSO FORMAL.” 4. **Aggravamento desprovido.**

(STF – RE 829.226 AgR – Relator Min. LUIZ FUX – Primeira Turma – j. 10.02.2015) – (destaques nossos – Cadastro IBCCRIM 6366). **Ementa:** AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO

EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. **ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 33 DA LEI 11.343/06.** ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. **1. O preceito secundário do art. 33 da Lei 11.343/06 trata-se de opção legislativa no combate ao tráfico de drogas**, apenando com maior severidade aqueles infratores, não competindo ao Poder Judiciário interferir nessas escolhas. Jurisprudência. 2. Agravo Regimental a que se nega provimento.

(STF – RE 1.291.306 AgR – Relator Min. ALEXANDRE DE MORAES – Primeira Turma – j. 26.10.2020) – (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6367**).

Ementa: DIREITO PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. **ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 180, § 1º, CP. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.** DOLO DIRETO E EVENTUAL. MÉTODOS E CRITÉRIOS DE INTERPRETAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA PENAL. IMPROVIMENTO. 1. A questão de direito de que trata o recurso extraordinário diz respeito à alegada inconstitucionalidade do art. 180, § 1º, do Código Penal, relativamente ao seu preceito secundário (pena de reclusão de 3 a 8 anos), por suposta violação aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização da pena. (...) 6. Inocorrência de violação aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização da pena. **Cuida-se de opção político-legislativa na apenação com maior severidade aos sujeitos ativos das condutas elencadas na norma penal incriminadora e, conseqüentemente, falece competência ao Poder Judiciário interferir nas escolhas feitas pelo Poder Legislativo na edição da referida norma.** 7. Recurso extraordinário improvido.

(STF – RE 443.388 – Relatora Min.^a ELLEN GRACIE – Segunda Turma – j. 18.02.2009) – (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6368**).

Superior Tribunal de Justiça

Ementa: ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. **PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 273, § 1º-B, V, DO CP.** CRIME DE TER EM DEPÓSITO, PARA VENDA, PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS DE PROCEDÊNCIA IGNORADA. **OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.** 1. A intervenção estatal por meio do Direito Penal deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade, incumbindo também ao legislador o dever de observar esse princípio como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. **2. É viável a fiscalização judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa, examinando, como diz o Ministro Gilmar Mendes, se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais.** 3. **Em atenção ao princípio constitucional da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos (CF, art. 5º, LIV), é imprescindível a atuação do Judiciário para corrigir o exagero e ajustar a pena cominada à conduta inscrita no art. 273, § 1º-B, do Código Penal.** 4. O crime de ter em depósito, para venda, produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais de procedência ignorada é de perigo abstrato e independe da prova da ocorrência de efetivo risco para quem quer que seja. E a indispensabilidade do dano concreto à saúde do pretense usuário do produto evidencia ainda mais a falta de harmonia entre o delito e a pena abstratamente cominada (de 10 a 15 anos de reclusão) se comparado, por exemplo, com o crime de tráfico ilícito de drogas - notoriamente mais grave e cujo bem jurídico também é a saúde pública. 5. A

ausência de relevância penal da conduta, a desproporção da pena em ponderação com o dano ou perigo de dano à saúde pública decorrente da ação e a inexistência de consequência calamitosa do agir convergem para que se conclua pela falta de razoabilidade da pena prevista na lei. A restrição da liberdade individual não pode ser excessiva, mas compatível e proporcional à ofensa causada pelo comportamento humano criminoso. **6. Arguição acolhida para declarar inconstitucional o preceito secundário da norma.**

(STJ – AI no HC 239.363/PR – Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR – Corte Especial – j. 26.02.2015) – (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6369**).

Nosso comentário: No ano de 2021, o Pleno do Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de se debruçar sobre os Temas 1003 e 1178, cujas teses fixadas tangenciaram, como pano de fundo, a possibilidade de o Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade de preceito secundário de tipo penal, por eventual contrariedade aos princípios constitucionais da isonomia, da proporcionalidade e da individualização da pena. Na primeira tese, com lastro na vedação de penas cruéis e nos princípios da dignidade humana, da igualdade, da individualização da pena e da proporcionalidade, a Suprema Corte reconheceu a inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, do Código Penal, à hipótese prevista pelo seu § 1º-B, inciso I, que versa sobre a importação de medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária. No entanto, na segunda tese, a mesma Suprema Corte entendeu que a sanção de multa mínima prevista pelo preceito secundário do tipo penal previsto pelo art. 33, da Lei n.º 11.343/06, representa uma opção legislativa, de modo que não cabe ao Poder Judiciário alterá-la com fundamento nos princípios da proporcionalidade, isonomia e individualização da pena. Embora estes dois temas não representem a primeira oportunidade em que a Suprema Corte fora instada a se pronunciar sobre a eventual inconstitucionalidade de preceito secundário de tipo penal à luz dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização da pena – tampouco se discute neste breve comentário a proporcionalidade ou não das sanções em comento –, eles são relevantes para contrastar os casos que em que se entendeu justificada a intervenção na produção político-legislativa, ainda mais pelo fato de ambos os tipos penais serem de perigo abstrato e tutelarem o mesmo bem jurídico, a saúde pública. No próprio julgamento do RE 1.347.158 RG – paradigma do Tema 1178 –, em sede de embargos declaratórios, foi esclarecido que apenas nos casos de gritante desproporcionalidade, e somente nestes casos, justificar-se-ia a intervenção do Poder Judiciário, a fim de garantir uma sistematicidade mínima do direito penal. Com efeito, diante da posição majoritária firmando que a determinação do preceito secundário se trata, via de regra, de uma opção político-legislativa na apenação com maior severidade dos sujeitos ativos às condutas elencadas na norma penal incriminadora, a jurisprudência ainda carece de parâmetros mais sólidos para uma segura aferição dos denominados “*casos de gritante desproporcionalidade*”, nos quais se revelaria imprescindível a atuação do Judiciário para corrigir o exagero e ajustar a pena cominada.

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 Stanziola 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, Eliakin Pires, Daniel de Resende Salgado, Flavia Chaves Nascimento Brandão Penna, Gessika Christiny Drakoulakis, Nicolau da Rocha Cavalcanti e Thiago Baldani Gomes de Filippo.

EDITORES EXECUTIVOS: Helen Christo e Willians Meneses.

ESTAGIÁRIO: Andre Nunes.

EXPEDIENTE EDITORIAL: IBCCRIM.

CORPO DE PARECERISTAS DESTE VOLUME:

Aline Passuelo de Oliveira (UCS – Caxias do Sul/RS), Alneir Fernando Santos Maia (UFMG – Belo Horizonte/MG), Bruna Rachel de Paula Diniz (USP – São Paulo/SP), Caroline Bussoloto de Brum (PUCRS – Porto Alegre/RS), Christiane Heloisa Kalb (UFSC – Florianópolis/SC), Diogo Abineder Ferreira Nolasco Pereira (UFES – Vitória/ES), Eneas Romero de Vasconcelos (UnB – Brasília/DF), Fabio Henrique Araujo Martins (UNESP – Franca/SP), Fernanda Regina Vilares (USP – São Paulo/SP), Fernando Nogueira Martins Júnior (UFMG – Belo Horizonte/MG), Gabriela Perissinotto de Almeida (USP – São Paulo/SP), Indaiá Lima Mota (UFBA – Salvador/BA), José Roberto Wanderley de Castro (UFPE – Recife/PE), Lorena Roberta Barbosa Castro (UEM – Maringá/PR), Monalisa Campelo de Miranda (UVV – Vila Velha/ES), Raphaella Viana Silva Asfora (UFPB – João Pessoa/PB), Thais Bonato Gomes (UFSC – Florianópolis/SC), Thiago de Oliveira Demiciano (PUCSP – São Paulo/SP) e Vanessa Urquiola do Nascimento (PUCRS – Porto Alegre/RS).

AUTORES(AS) DESTE VOLUME:

Alamiro Velludo Salvador Netto (USP – São Paulo/SP), Caio Cesar Tomioto Mendes (UERJ – Rio de Janeiro/RJ), Deborah Ferreira Cordeiro Gomes (UFG – Goiânia/GO), Gustavo Flores Marcos (USP – São Paulo/SP), José Flávio Ferrari Roehrig (PUCRS – Porto Alegre/RS), José Maria Pereira da Nóbrega Júnior (UFCG – Campina Grande/PB), José Rodolfo Juliano Bertolino (FGV – São Paulo/SP), Juliana Villa Mello (FGV – São Paulo/SP), Leticia Lemos Rossi (USP – São Paulo/SP), Luísa Walter da Rosa (UFPR – Curitiba/PR), Luísa Zucoloto de Abreu (USP – São Paulo/SP), Maria Luísa Rosa Diniz Rodrigues (FGV – São Paulo/SP), Michelangelo Cervi Corsetti (IDP – Brasília/DF), Pedro Henrique Gonçalves Silva Araújo (IDCC – Londrina/PR), Poliana da Silva Ferreira (FGV – São Paulo/SP), Rodrigo de Grandis (FGV – 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

3º CURSO

DE COMPLIANCE 2022

DE 18 DE MAIO A 22 DE JULHO



Parceria do **IBCCRIM** com o **IDPEE** (Instituto de Direito Penal e Econômico da Universidade de Coimbra)

Professores portugueses e brasileiros

AULAS SÍNCRONAS E GRAVADAS
[PLAY.IBCCRIM.ORG.BR](https://play.ibccrim.org.br)

CANAIS DE ATENDIMENTO DO IBCCRIM | INFORMAÇÕES E INSCRIÇÕES



(11) 3111-1040



ATENDIMENTO@IBCCRIM.ORG.BR



+55 1194327-8374



[WWW.IBCCRIM.ORG.BR](https://www.ibccrim.org.br)