

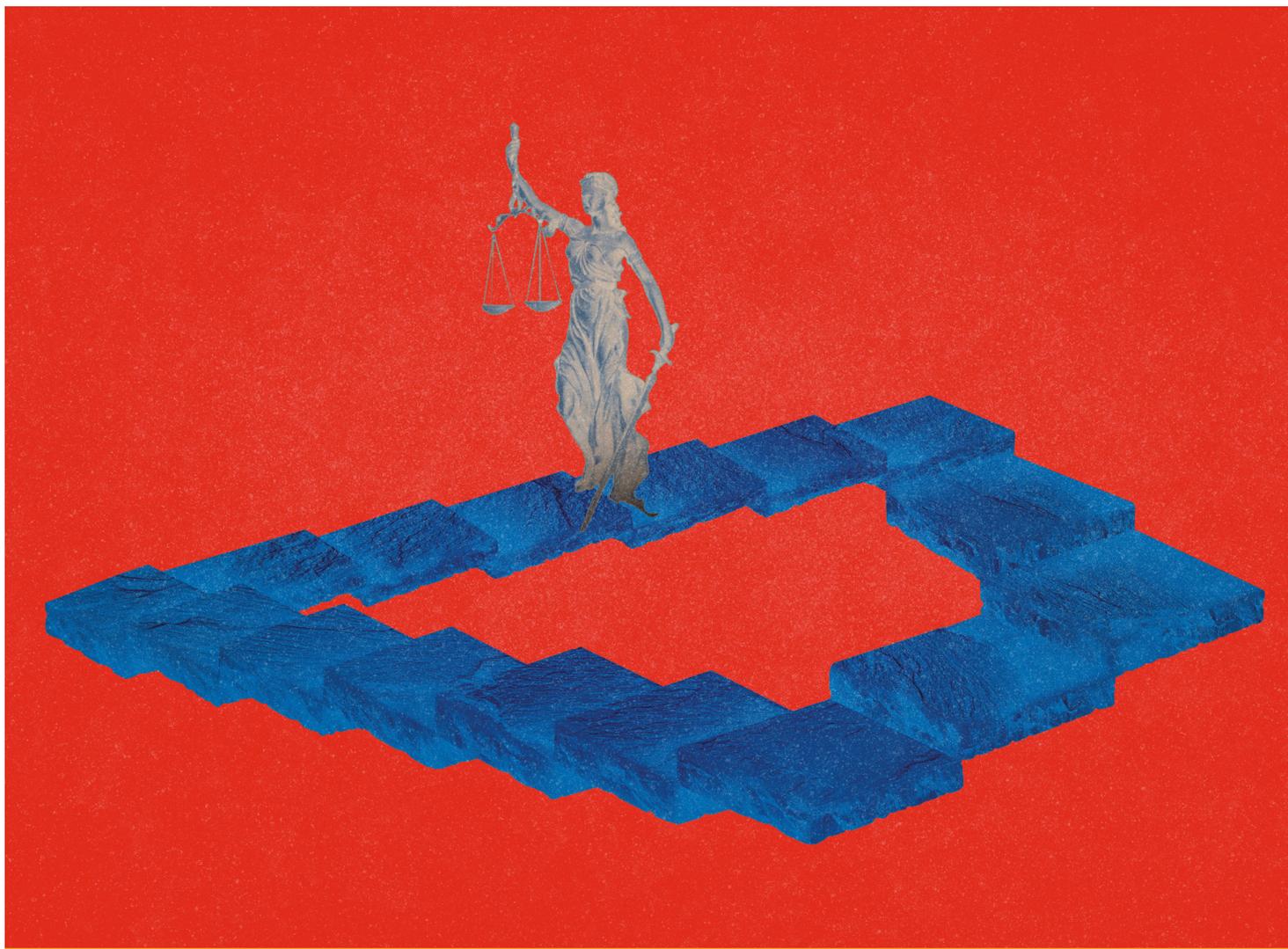
BOLETIM

Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

ISSN 1676-3661



ANO 30 - Nº 355 - JUNHO/2022



CADERNO DE DOCTRINA

4 **A criminologia do dano e um olhar para a dor no tempo no enfrentamento às violências cometidas contra as mulheres**

Luanna Tomaz de Souza
Ricardo Dib Táxi

7 **Disciplina carcerária: apontamentos sobre déficits de constitucionalidade na execução penal**

Taiguara Libano Soares e Souza
Rafael Barcelos Tristão

11 **Confisco alargado: inovação legislativa ineficaz para a solução de problemas inexistentes**

Ana Beatriz da Luz
Gabriel Bertin de Almeida

14 **A importância de dados sobre a reincidência para o aprimoramento de políticas públicas do sistema socioeducativo**

Gustavo Flores Marcos
Leticia Lemos Rossi
Luísa Zucoloto De Abreu

16 **Covid-19 no complexo prisional de Joinville-SC: uma análise clínico-epidemiológica**

Ana Carolina Hellinger Dimer
Maria Ofélia Camorim Fatuch

20 **Análise de decisões concessivas de ordem de Habeas Corpus pelo TJ/MS no contexto da política criminal de drogas**

Camila Maués dos Santos Flausino

23 **Da (in)compatibilidade entre o dolo eventual e a tentativa**

Salvador Scarpelli Neto

26 **O "Periculum in Mora" no decreto-Lei 3.240/41 e as oscilações da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**

Marcelo Buttelli Ramos
Felipe Faoro Bertoni

DIÁLOGOS

29 **O crime de evasão de divisas e a irretroatividade da resolução CMN 4.841/2020**

Rodrigo Telles de Souza

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

TEMA: TEORIAS SOBRE O CRIME TENTADO NO QUE SE REFERE AOS ATOS PREPARATÓRIOS E ATOS EXECUTÓRIOS

32 Superior Tribunal de Justiça

34 Supremo Tribunal Federal

A (IR)RACIONALIDADE DO PROCESSO LEGISLATIVO PENAL

O processo legislativo penal no Brasil é bastante falho em sua racionalidade. O Congresso produz frequentes alterações normativas, mas, em sua intensa atividade legislativa, não utiliza um conhecimento metódico e fundamentado da realidade. Observa-se um agir legislativo cego, tanto à realidade que pretende modificar, como às consequências que pretende gerar. Exemplo dessa atuação desorientada é o chamado Pacote Anticrime (Lei 13.964/19), que alterou, entre outros assuntos, a execução da pena, sem, no entanto, ter estudo prévio sobre o impacto nas penitenciárias (BRASIL, 2019).

A racionalidade do processo legislativo não é um tema acessório dentro das Ciências Criminais, mas toca o seu cerne. Não basta estudar, debater e buscar a melhor aplicação do Direito. É essencial estudar, debater e buscar a melhor produção das fontes de Direito. Todo o sistema de Justiça penal tem por base o Direito posto. Se a legislação é desequilibrada, o funcionamento da Justiça penal é inteiramente prejudicado, com danos para toda a sociedade.

Ao avaliar o processo legislativo brasileiro sob o ponto de vista de sua racionalidade, dois fenômenos saltam à vista: a falta de estudos empíricos que fundamentem as propostas legislativas e a falta de acompanhamento dos efeitos dos atos legislativos. É uma produção legislativa, que dialoga não com a realidade, mas com percepções superficiais e, muitas vezes, preconceituosas e equivocadas da realidade. Em muitos casos, as audiências públicas legislativas, em vez de aportarem embasamento teórico ao processo, apenas reverberam demandas políticas.

No Brasil, todo projeto de lei deve estar acompanhado de uma "exposição de motivos". No entanto, não há requisito a respeito do conteúdo dessas razões. Não há nenhuma exigência (de conteúdo) minimamente vinculante na produção legislativa.

Do início ao fim, o processo legislativo brasileiro está marcado pela predominância da retórica, como se a essencial dimensão política da produção legislativa tivesse de ser indiferente aos dados empíricos e à ciência. Trata-se de compreensão equivocada da autonomia da política, uma vez que, ao não estar vinculada a um mínimo de racionalidade, ela se desvincula da realidade e do próprio sentido da atividade legislativa. As leis existem para produzir resultados práticos.

São muitas as propostas para aumento da punição dos tipos penais, que surgem, em geral, como consequência de algum caso com repercussão midiática. Mesmo nos casos em que existem estudos sobre a matéria, a atividade legislativa fica à margem dessa discussão, sem efetiva verificação da necessidade e adequação da proposta em análise. A Lei dos Crimes Hediondos é exemplo dessa disfuncionalidade. Criada para um objetivo, nunca realizou sua pretensa finalidade.

Além disso, não há um efetivo acompanhamento sobre os efeitos de toda essa produção legislativa. Ao dificultar o controle dos efeitos, o Congresso gera intensa legislação extravagante, com normas duplicadas ou que contenham, para uma mesma conduta, preceitos sancionatórios diferentes.

É essencial aprimorar o processo legislativo, aproveitando o que já foi feito. É possível aperfeiçoar os Regimentos Internos das Casas Legislativas, fixando parâmetros mínimos de racionalidade, bem como o funcionamento das Comissões e Grupos de trabalho legislativo. Várias experiências internacionais podem ajudar nessa tarefa. A Suíça prevê períodos de teste para as novas leis, checando se os efeitos esperados foram de fato produzidos. A Espanha exige memoriais de impacto legislativo.

Não são soluções fáceis. É um desafio constante o equilíbrio entre a dimensão política da atividade legislativa e a análise científica. De toda forma, é possível avançar na compreensão de que os dados empíricos, mais do que condicionarem a vontade política, contribuem para tornar efetiva a vontade política. As leis nascem para produzir resultados, para resolver problemas. É necessário, portanto, avaliar se esses problemas são reais e se os resultados gerados são os esperados.

O aprimoramento do processo legislativo é tarefa coletiva. O IBCCRIM tem muito a contribuir, tanto com seu trabalho de *advocacy*, em parceria com outras muitas instituições da sociedade civil, como por meio de sua produção científica, qualificando o debate público e questionando esse afazer legislativo que, desconectado dos dados empíricos, corre o risco de agravar as injustiças, a seletividade e disfuncionalidade do sistema de Justiça penal.

Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

BOLETIM

4. **A criminologia do dano e um olhar para a dor no tempo no enfrentamento às violências cometidas contra as mulheres**
Luanna Tomaz de Souza e Ricardo Dib Táxi
7. **Disciplina carcerária: apontamentos sobre *déficits* de constitucionalidade na execução penal**
Taiguara Libano Soares e Souza e Rafael Barcelos Tristão
11. **Confisco alargado: inovação legislativa ineficaz para a solução de problemas inexistentes**
Ana Beatriz da Luz e Gabriel Bertin de Almeida
14. **A importância de dados sobre a reincidência para o aprimoramento de políticas públicas do sistema socioeducativo**
Gustavo Flores Marcos, Leticia Lemos Rossi e Luísa Zucoloto De Abreu
16. **Covid-19 no complexo prisional de Joinville-SC: uma análise clínico-epidemiológica**
Ana Carolina Hellinger Dimer e Maria Ofélia Camorim Fatuch
20. **Análise de decisões concessivas de ordem de *Habeas Corpus* pelo TJ/MS no contexto da política criminal de drogas**
Camila Maués dos Santos Flausino
23. **Da (in)compatibilidade entre o dolo eventual e a tentativa**
Salvador Scarpelli Neto
26. **O "*Periculum in Mora*" no decreto-Lei 3.240/41 e as oscilações da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**
Marcelo Buttelli Ramos e Felipe Faoro Bertoni
29. **DIÁLOGOS**
O crime de evasão de divisas e a irretroatividade da resolução CMN 4.841/2020
Rodrigo Telles de Souza
32. **CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA**
Tema: Teorias sobre o crime tentado no que se refere aos atos preparatórios e atos executórios
32. **Superior Tribunal de Justiça**
34. **Supremo Tribunal Federal**

A CRIMINOLOGIA DO DANO E UM OLHAR PARA A DOR NO TEMPO NO ENFRENTAMENTO ÀS VIOLÊNCIAS COMETIDAS CONTRA AS MULHERES

THE CRIMINOLOGY OF HARM AND A LOOK AT THE PAIN IN TIME IN CONFRONTING VIOLENCE COMMITTED AGAINST WOMEN

Luanna Tomaz de Souza

Pós-doutora em Direito pela PUCRio. Doutora em Direito pela Universidade de Coimbra. Professora da Faculdade de Direito, do Programa de Pós-Graduação em Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito e Desenvolvimento da Amazônia da UFPA. Advogada.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8385-8859>
luannatomaz@ufpa.br

Ricardo Dib Táxi

Doutor em Direito pela UFPA, com período sanduíche na Birkbeck College - University of London. Professor da Faculdade de Direito, do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPA.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4950-6112>
ricardoadt@ufpa.br

Resumo: O presente artigo tem como objetivo refletir sobre a temporalidade do sofrimento na vida das mulheres que enfrentam uma situação de violência no sistema de justiça criminal e a necessidade de um olhar criminológico para essas dimensões de dano. Analisa-se as contradições dessas temporalidades, com as dinâmicas jurídico-processuais e as narrativas impressas nesses espaços. Pode-se observar como a temporalização realizada pelo Direito produz muitas vezes uma segunda forma de violência e, assim, obriga as mulheres a reviverem infinitamente aquela violência e impõe uma espera tortuosa que traz novas dinâmicas de sofrimento. É fundamental reposicionar epistemologicamente o olhar criminológico para os diversos danos produzidos, como o do tempo, indo além do crime e das pessoas que o cometeram.

Palavras-chave: Sofrimento – Violências – Tempo – Morosidade.

Abstract: This article aims to reflect on the temporality of suffering in the lives of women who face a situation of violence in the criminal justice system and the need for a criminological look at these dimensions of harm. The contradictions of these temporalities with the legal-procedural dynamics and the narratives printed in these spaces are analyzed. It can be observed how the temporalization carried out by law often produces a second form of violence and, thus, forces women to infinitely relive that violence and imposes a tortuous wait that brings new dynamics of suffering. It is essential to epistemologically reposition the criminological look at the various damages produced, such as time, going beyond the crime and the people who committed it.

Keywords: Suffering – Violence – Time – Slowness.

Introdução

O presente artigo tem como objetivo refletir sobre a temporalidade do sofrimento na vida das mulheres que enfrentam uma situação de violência no sistema de justiça criminal e a necessidade de um olhar criminológico para essas dimensões de dano. Analisa-se as contradições dessas temporalidades, com as dinâmicas jurídico-processuais e as narrativas impressas nesses espaços.

Aqui são apresentadas algumas reflexões sobre o tempo, as violências e a atuação do sistema de justiça, que são aprofundadas em outros trabalhos (SOUZA; DIB TAXI, 2021), a partir de técnicas como a observação participante na Clínica de Atenção à Violência da Universidade Federal do Pará (CAV/UFPA) e entrevistas semiestruturadas e conversas com mulheres em situação de violência atendidas na CAV/UFPA.¹

Em regra, nos estudos sobre enfrentamento às violências, o debate acerca da sobrecarga do tempo é secundarizado, o que invisibiliza um dos mais perversos efeitos da violência. Muitas vezes, o assunto é tratado de forma genérica pelo signo da morosidade. Este, contudo, é insuficiente para abordar a referida problemática. É fundamental, nesse sentido, ouvirmos as mulheres em situação de violência, algo que a criminologia tem se afastado sob o signo de que as demandas da vítima são sempre de punição (SOUZA, 2016).

O ato de ouvir as mulheres também implica perceber que a morosidade é um conceito insuficiente também porque pressupõe um tempo homogêneo, que caminha, em maior ou menor velocidade, para frente. No entanto, nessas narrativas se enxerga justamente o passado sendo revivido, reconfigurado, paralisado pelo evento traumático, entrecruzado com o presente.

Ao narrarem acontecimentos que marcaram suas trajetórias, as

mulheres convidam a sentir a dor de seus corpos (DAS, 2008). Desta forma, na medida em que há um sofrimento que foi partilhado, a escrita jamais poderia se tornar isenta. Questionar uma racionalidade acadêmica pretensamente neutra é fundamental em uma proposta de descolonizar a pesquisa em Direito. Isso significa reconhecer que as ferramentas e instituições precisam ser reinventadas. Esse pensamento contribui para a deslocalização do Direito na abertura crítica ao ainda desconhecido (MANTELLI; ALMEIDA, 2021). E, no caso, ao não ouvido e ao silenciado.

Um olhar para a violência e para o dano

A violência é um grande problema contemporâneo, ocupa espaço na agenda dos governos e é colocada como preocupação central da sociedade. De acordo com José Vicente dos Santos (2004), a violência surge como nova questão social global e está provocando mudanças nos diferentes estados, com a configuração de estados de controle social repressivo. Multiplicam-se assim projetos para prevenir as violências, com foco principal no âmbito criminal. Com a maior intervenção do Estado, aumentam-se as denúncias ao sistema de justiça e o debate público sobre as violências.

De acordo com Alessandro Baratta (1993), a violência abarcada pelo sistema de justiça criminal é, todavia, apenas uma ínfima parte das diversas formas de violência. Em regra, o sistema penal se ocupa da violência individual ou transforma outras dimensões de violência, como a institucional, em individual.

O enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher é algo interessante a se observar nesse contexto. O advento da Lei Maria da Penha, a Lei 11.340/2016, tornou os casos de violência doméstica e familiar cometidos contra as mulheres mais visíveis ao espaço público. Antes das varas especializadas, muitos casos

terminavam diluídos no universo do judiciário. Ademais, a falta de um tratamento legal específico dificultava a construção de dados, estudos e intervenções (SOUZA, 2016).

A chegada da Lei Maria da Penha evidenciou também as estratégias utilizadas no enfrentamento às violências e seus limites, inclusive as soluções penais, que têm ganhado cada vez mais relevo na atualidade. **David Garland** (2001) destaca um contexto internacional em que governos adotam rapidamente soluções penais como medidas supostamente imediatas, viáveis e fáceis de serem implementadas, mas que escondem propostas de legitimação do Estado e de seus agentes diante do clamor público, principalmente em frente aos crimes violentos. Essas mudanças nas práticas de controle do crime impactam as dinâmicas de enfrentamento das situações de violência, com reforço das saídas judiciais.

Dissemina-se, nos mais diversos casos de violência, inclusive na violência de estado, a construção da figura vítima/herói e a projeção da busca do judiciário como sinônimo de “justiça”. O manejo do delito, pela mídia e pelas autoridades, todavia, está dirigido a conseguir créditos de governabilidade e sucessos eleitorais (PASSETI, 2010). Joga-se a vítima, para tanto, no horror judicial. Isso provoca, de um lado, processos de visibilização do tema e de responsabilização. Mas, de outro, o aumento na judicialização das demandas faz com que mais pessoas passem a lidar com as agruras do Poder Judiciário.

Percebe-se assim que a política judicial imprime muita dor e sofrimento para as pessoas em situação de violência. Algumas dessas dores, porém, continuam invisibilizadas, como a gestão do tempo no processo. Para aprofundar a crítica ao sistema penal precisamos olhar com mais atenção aos diversos danos produzidos.

O dano aparece como um objeto de profundas possibilidades analíticas na criminologia (BUDÓ, 2021). É fundamental redefinir o objeto da criminologia e ir além do estudo do crime e dos processos de criminalização. Precisamos superar essa visão legalista e individualista, inclusive para identificar o Estado como produtor de dano (MICHALOWSKI, 2010).

A linguagem do direito e a dor do tempo

Quando as mulheres chegam até a justiça para denunciar uma violência sofrida precisam narrar o ocorrido, ela precisa contar o que lhe ocorreu e aqui já ocorre a primeira violência por parte do Direito, pois a linguagem jurídica estabelece desde quando o fato se torna relevante e quais elementos são importantes para tipificar condutas. Isso sem contar a infeliz e usual desconfiança de seu relato pelos homens que lidam com o processo. Sempre que tenta contar uma história, é tolhida e forçada a contar apenas “o que interessa”, cindindo assim temporalmente e linguisticamente o acontecido.

Além disso, juízes, promotores e advogados costumam perguntar para mulheres que sofreram violência, por exemplo, porque demoraram tanto tempo para denunciar, imputando aqui mais uma desconfiança e não compreendendo como funciona o processo de maturação da força necessária para expor esse tipo de situação.

Ademais, a linguagem jurídica é inteiramente dominada por uma suposta impessoalidade, expressa em frases como “que a denunciante afirma haver sofrido violência verbal”. Assim aquilo que precisa ser narrado já desde o início circundado e traduzido² para o mundo do Direito, com inegável perda de conteúdo. Assim, a temporalidade da violência é cindida pelo Direito, que instaura sua própria temporalidade de compreensão do fato.

Não se pode deixar de lado obviamente a temporalidade do próprio processo, com sua lentidão, suas várias ocasiões em que a mulher precisa repetir várias vezes a mesma história, obrigando-a a reviver o ocorrido inúmeras vezes. Nesse momento, o que salta aos olhos é como as mais ínfimas mudanças na narrativa do ocorrido dão margem a desconfianças, como se devesse gerar um depoimento idêntico a cada nova situação.

Quem trabalha com etnografia geralmente percebe melhor como os

relatos, sobretudo de eventos traumáticos, são muitas vezes distintos e é necessário lê-los em conjunto para ter a dimensão do que aconteceu. Além disso, o próprio ocorrido vai sendo redimensionado com o passar do tempo pela pessoa que sofreu. Uma das figuras trabalhadas por **Butler** (2017) a partir da noção de narrativa é a elipse, que implica um salto na cronologia narrativa. Em um filme, por exemplo, quando vemos duas mulheres saindo do trabalho e então a cena corta e já as vemos chegando em casa, sabemos que elas foram do trabalho para casa. Essa elipse, ou seja, não narrar tudo pois fica implícito, adquire outro significado quando se trata de trauma, pois muitas vezes a memória das mulheres bloqueia o evento como forma de defesa ou a memória vai assumindo contornos diferentes em distintos momentos.

O Direito e o processo judicial tratam esse elemento como um elefante numa loja de porcelana, destruindo e uniformizando tudo, tratando a mais ínfima alteração como prova da inverdade do relato, obrigando a repetição constante do relato. Essas cisões e reinterpretações do tempo do ocorrido acontecem inúmeras vezes, desde o primeiro atendimento jurídico.

Há que se destacar também que a compreensão do tempo (e as formas de o narrar) para quem sofreu uma situação de violência é diferente daquela da pessoa que faz o atendimento junto ao sistema de justiça. Exige-se um atendimento marcado por fatos jurídicos, com uma ocorrência policial, o divórcio, a denúncia, enquanto a pessoa que relata tem uma história entremeada de significados como, por exemplo, o nascimento da pessoa, como as pessoas se conheceram, a violência, as formas com que a pessoa lidou com o trauma.

Seu relato, muitas vezes, ocorre em um vai e vem de significados e emoções que o Direito tenta moldar. Desta forma, constantemente as pessoas precisam ter que reconstruir suas histórias para além da forma com que as interpretam, o que configura em si uma verdadeira violência. De acordo com uma das entrevistadas o relato é persistentemente interrompido e marcado por frases como: “mas, a senhora fez a ocorrência, sim ou não?”

Muitas vezes a pessoa está falando de outros fatos que, para ela, são relevantes na construção daquela situação e que poderiam impactar para a compreensão jurídica, mas o formato de atendimento e da audiência não consegue apreender isso e reforça lógicas de não reconhecimento das humanidades ali presentes.

Há, todavia, uma grande invisibilização acerca da dor promovida pelo tempo no sistema de justiça. Isso tem variadas explicações, sendo uma delas o fato de que, no Brasil, a violência é majoritariamente contra a população negra. Segundo **Ana Flauzina e Felipe Freitas** (2017), uma das maiores interdições impostas no narcisismo pelo racismo no Brasil é quanto ao sofrimento. O descarte da humanidade das pessoas negras e a exploração dos seus corpos levou diretamente à violência, ao mesmo tempo, em que há o alijamento do direito de reclamar o sofrimento por ela derivado. Isso permite que a branquitude siga indiferente a toda essa dor e sofrimento.

No Brasil, a população negra representa 75,7% das vítimas de homicídio. (ACAYABA; ARCOVERDE, 2020) As mulheres negras são 75% das mulheres assassinadas no Brasil (VELASCO; GRANDIN; CAESAR; e REIS, 2020), sofrem 73% dos casos de violência sexual (MALIA, 2020) e são 65% dos casos de violência obstétrica. (MULHERES..., 2020) Na Clínica de Atenção à Violência, 80 % das mulheres atendidas são negras (CAV, 2020).

Para além de todas as violências cotidianas sofridas, para as pessoas em situação de violência, adentrar o mundo processual significa enfrentar outras dimensões de sofrimento, sendo o tempo uma delas. Lidar com o tempo do processo é em si um verdadeiro martírio, em especial para quem já precisou lidar com uma situação de violência anterior. Um processo leva, em média, de 2 a 3 anos para ser julgado e um recurso de 8 meses a 1 anos, conforme dados do Conselho Nacional da Justiça (CNJ, 2018).

Lidar com o tempo da espera de uma decisão judicial causa severos impactos na vida dessas pessoas, que nutrem expectativas de resolução e acabam definindo à espera da sentença. Suportar o peso da espera é excruciante para a maioria das pessoas entrevistadas. Muitas relatam sintomas do adoecimento, tais como perda de peso, perda de cabelo, ansiedade, depressão, dentre outros.

Além disso, há um profundo impacto patrimonial, que envolve constantes gastos com transporte, entre idas e vindas em fóruns, delegacias e balcões de atendimento, assistência jurídica, custas e outros decorrentes do processo. Isso sem contar o gasto com a própria subsistência, porque a violência sofrida impacta diretamente na dinâmica de vida dos sujeitos, que precisam criar formas de subsistência. O processo, todavia, segue indiferente ao sofrimento negro (FLAUZINA; FREITAS, 2017).

Em verdade, segundo **Alessandro Baratta** (2011), a política penal pode ser justamente um processo de distribuição (desigual) de dor e sofrimento, uma verdadeira ode à violência e uma pregação ao sofrimento humano deliberado e aceito culturalmente. Configura-se assim processos de tortura e imposição deliberadas de dor sustentada por um discurso de que se combate a violência por meio do uso pretensamente legítimo de mais violência (LEAL, 2021).

Além da dor da espera, as mecânicas temporais do processo representam constante violência. Com a espera, a angústia pelas audiências aumenta e muitas entrevistadas apontam que, quando chega esse momento, precisam ainda agir no tempo que o/a juiz/a deseja: uma audiência rápida (com outras em sequência), em que se controla o tempo de fala, de arguição, de intervenção. Quando se trata de casos de violência de Estado, a demora é ainda maior para as audiências e para as mecânicas de resolução, com a espera eterna pelo pagamento de um precatório. Isso sem contar outros efeitos perversos do decurso do tempo como, por exemplo, a prescrição.

Observa-se, contudo, que, mesmo o campo crítico ao sistema penal,

ao evidenciar as mazelas do sistema de justiça costuma ignorar as diversas dimensões do tempo, o que invisibiliza todos esses processos de dor. É fundamental reposicionar epistemologicamente certas análises para que se olhe para o dano, o sofrimento, a dor e não apenas para o crime e para as pessoas que o cometeram. Isso pode contribuir para a construção de novas possibilidades de enfrentamento das violências e para mitigar o sofrimento imposto.

Considerações Finais

Diversas temporalidades permeiam a vida de quem enfrenta uma situação de violência no sistema de justiça e essas se contrapõem às dinâmicas jurídico-processuais. A política judicial imprime muita dor e sofrimento para as pessoas em situação de violência. Todavia, algumas dessas dores continuam invisibilizadas, como a gestão do tempo no processo, o que contribui para o não reconhecimento das humanidades ali presente. O direito e o trauma constituem temporalidades que devem ser mais bem evidenciadas.

A temporalização realizada pelo Direito obriga a uma constante espera, a lidar com diferentes percepções do tempo pelos/as agentes do sistema, e obriga as mulheres a reviverem infinitamente aquela violência a qual, incapaz de ser adequadamente narrada e transmitida pela linguagem do Direito, retorna ciclicamente e impede que uma resposta adequada permita que a vida siga em frente e que o passado possa de fato ficar para trás.

Evidenciar esses processos de vitimização contribui para a construção de possibilidades de enfrentamento das agruras judiciais e para a construção de sentidos de humanidade no sistema de justiça.

É preciso um reposicionamento epistemológico e processual, que coloque a dor e o reconhecimento de humanidades como algo central, de forma a não promover reiteradamente novas violências. Ademais é preciso pensar em formas de atenção a essas pessoas, que considere as agruras do tempo e retire a centralidade das respostas judiciais.

Notas

¹ A CAV/UFGA foi criada no ano de 2016, vinculada à Faculdade de Direito. É um espaço voltado para a formação prática dos/as alunos/as da Faculdade de Direito e, para além disso, ao atendimento e serviço à comunidade em casos relativos à violência (SOUZA, 2021).

² Importante lembrar aqui que as faculdades de direito operam justamente ensinando

Referências

ACAYABA, Cíntia; ARCOVERDE, Léo. Assassinatos de negros aumentam 11,5% em dez anos e de não negros caem 12,9% no mesmo período, diz Atlas da Violência. *GI*, 27 ago. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/08/27/assassinatos-de-negros-aumentam-115percent-em-dez-anos-e-de-nao-negros-caem-129percent-no-mesmo-periodo-diz-atlas-da-violencia.ghtml>. Acesso em: 12 abr. 2022.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BRASIL. *Lei Maria da Penha*, Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 4 maio 2022.

BUDÓ, Marília de Nardin. Danos silenciados: a banalidade do mal no discurso científico sobre o Amianto. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 12, n. 1, p. 127-140, jun. 2016. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imes.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1281>. Acesso em: 15 mar. 2021.

BUTLER, Judith. *Caminhos Divergentes*: Judaicidade e crítica do sionismo. Trad. Rogério Bettoni, São Paulo: Boitempo, 2017.

CAV – CLÍNICA DE ATENÇÃO À VIOLÊNCIA. Relatório anual. CAV, Universidade Federal do Pará, Belém, 2020.

CNJ - CONSELHO NACIONAL DA JUSTIÇA. *Justiça em números 2018*, Ano-base 2017. CNJ, Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 10 abr. 2022.

DAS, Veena. El acto de presenciar. Violencia, conocimiento envenenado y subjetividad. In: ORTEGA, Francisco (Org.). *Veena Das*: sujetos del dolor, agentes de dignidad. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2008. p. 343- 374.

FLAUZINA, Ana Luiza P.; FREITAS, Felipe S. Do paradoxal privilégio de ser vítima: terror de Estado e a negação do sofrimento negro no Brasil. *RBCrim – Revista IBCCRIM*, v. 1, n. 135, p. 15-32, 2017.

GARLAND, David. *The Culture of Control*: Crime and Social Order in Contemporary Society. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.

LEAL, Jackson da Silva. Uma Razoável Quantidade de Violência: A Aceitação Das Prisões Como Síntese Da Atual Sensibilidade Acerca da Violência. *Revista Brasileira de Segurança*

os estudantes a traduzir o mundo da vida para uma linguagem jurídica, captando dos relatos fáticos aquilo que importa ser dito para o direito. Infelizmente, o caminho de volta não é geralmente trilhado e nós acabamos resumindo a vida das pessoas à explicação normativa construída pela ciência do direito.

Pública. São Paulo v. 15, n. 1, 58-73 fev./mar. 2021.

MALIA, Ashley. A cor da violência: mulheres negras sofreram 73% dos casos de violência sexual no Brasil em 2017, diz estudo. *A Tarde*, 05 mar. 2020. Disponível em: <https://atarde.com.br/bahia/a-cor-da-violencia-mulheres-negras-sofreram-73-dos-casos-de-violencia-sexual-no-brasil-em-2017-diz-estudo-1112099>. Acesso em: 12 abr. 2022.

MANTELLI, Gabriel Antonio Silveira; ALMEIDA, Júlia de Moraes. Descolonizar e deslocalizar radicalidades contra-jurídicas. *Boletim IBCCRIM*. Ano 29, n. 339, p. 4, fev. 2021.

MICHALOWSKI, Raymond. In search of 'state and crime' in state crime studies. In: CHAMBLISS, William J.; MICHALOWSKI, Raymond; KRAMER, Ronald (eds.) *State Crime in Global Age*. Devon-UK: Willan, 2010. p. 13-30.

MULHERES negras são alvo de dois terços da violência obstétrica no Brasil. *OAB Ponta Grossa*, 20 nov. 2020. Disponível em: <http://site.oabpg.org.br/mulheres-negras-sao-alvo-de-dois-tercos-da-violencia-obstetrica-no-brasil/>. Acesso em: 12 abr 2022.

PASSETI, Edson. *Curso livre de abolicionismo penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

SANTOS, José Vicente Tavares. Violências e dilemas do controle social nas sociedades da "modernidade tardia". *São Paulo em Perspectiva*, v. 18, n. 1, p. 3-12, 2004.

SOUZA, Luanna Tomaz de. Uma autoetnografia da formação para assistência jurídica às mulheres em situação de violência na UFGA. *Revista de Pesquisa e Educação Jurídica*. v. 7, n. 2, p. 01–20. Jul/Dez.2021

SOUZA, Luanna Tomaz de. *Da expectativa à realidade*: A aplicação das sanções na Lei Maria da Penha. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SOUZA, Luanna Tomaz de; Ricardo Dib Táxi. Quanto tempo o tempo tem para as mulheres que sofrem violência e enfrentam o sistema de justiça? *Revista de Estudos Criminais*, Ano 20, n. 82, p. 170-185, Jul/Set. 2021.

VELASCO, Clara; GRANDIN, Felipe; CAESAR, Gabriela; e REIS, Thiago. Mulheres negras são as principais vítimas de homicídios; já as brancas compõem quase metade dos casos de lesão corporal e estupro. *GI*, 16 set. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2020/09/16/mulheres-negras-sao-as-principais-vitimas-de-homicidios-ja-as-brancas-compoem-quase-metade-dos-casos-de-lesao-corporal-e-estupro.ghtml>. Acesso em: 12 abr. 2022.

Autores(as) convidados(as)

DISCIPLINA CARCERÁRIA: APONTAMENTOS SOBRE DÉFICITS DE CONSTITUCIONALIDADE NA EXECUÇÃO PENAL

*PRISON DISCIPLINE:
REFLECTIONS ON CONSTITUTIONALITY DÉFICITS IN CRIMINAL EXECUTION*

Taiguara Libano Soares e Souza

Mestre e Doutor em Direito pela PUC-Rio. Professor de Criminologia e Direito Penal da UFF e do IBMEC-RJ. Professor Permanente do Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional da UFF. Advogado Criminalista.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0772405324793889>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9383-5901>

taiguaralsouza@gmail.com

Rafael Barcelos Tristão

Doutorando em Direito Penal pela USP. Mestre em Direito Constitucional pela UFF. Professor de Direito Penal. Defensor Público do Estado de São Paulo.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2516255283891511>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3171-4930>

rafael_btristao@hotmail.com

Resumo: Trata-se de reflexão teórica acerca dos marcos jurídicos da Disciplina Carcerária, especialmente avaliando *déficits* de constitucionalidade na Execução Penal. O trabalho toma por base a teologia redutora (redução de danos no âmbito carcerário), numa abordagem teórica crítica à realidade prisional, visando questionar a adequação jurídico-constitucional de entendimentos consolidados sobre a disciplina carcerária em sede doutrinária e jurisprudencial. Com isso, busca-se desenvolver parâmetros interpretativos integrados à finalidade normativa da Execução Penal, qual seja, a reintegração social do sentenciado (Art. 1º da LEP). Os parâmetros disciplinares desenvolvidos são: i) legalidade estrita e ampliada; ii) proporcionalidade executória; iii) presunção de inocência disciplinar; e iv) culpabilidade disciplinar. Salienta a necessidade de se repensar a Disciplina Carcerária, com vistas à superação de um paradigma punitivo/sancionatório para uma perspectiva educativa, que oportunize a readequação da pena em prol das necessidades de integração social do sentenciado (individualização da pena).

Palavras-chave: Execução Penal – Disciplina carcerária – Reintegração social

Abstract: The present study is a theoretical reflection on legal guidelines regarding Prison Discipline, focusing on the analysis of constitutional deficits in Penal Execution. It's based on reductive theology (harm reduction in the prison environment), in a critical theoretical approach to the reality of prison life, aiming to question the legal-constitutional adequacy of consolidated understandings Discipline in doctrinal and jurisprudential grounds. We're seeking to develop interpretative parameters integrated to the normative purpose of Penal Execution, which is the social reintegration of a legally sentenced person (Art. 1 of the LEP). The disciplinary parameters developed are: i) strict and extended legality; ii) enforceable proportionality; iii) presumption about Prison of disciplinary innocence and iv) disciplinary culpability. This study also emphasizes the need to rethink Prison Discipline with a different perspective in order to overcome a punitive/sanctional paradigm for an educational outlook that allows the sentence's readjustment in favor of the convict's needs for social integration (individualization of penalties).

Keywords: Prison Discipline: Reflections on Constitutional Deficit in Penal Execution

1. Introdução

A disciplina carcerária demanda delimitações constitucionais, notadamente buscando uma interpretação redutora do poder punitivo¹ e salientando *déficits* de constitucionalidade em certas interpretações correntes na Execução Penal. Dessa forma, considerando a realidade de dessocialização do cárcere,² busca-se operar uma diminuição da seletividade, estigma e repressão do Sistema Penal.

A Execução Penal pressupõe uma pena concreta,³ uma vez que deve efetivar os preceitos da sentença condenatória (pena) ou absolutória imprópria (medida de segurança),⁴ de modo que visa executar o título executivo penal que se formou.⁵ Depreende-se, assim, que o título execução é, ao mesmo tempo, requisito e limite para a Execução Penal, mediante leitura sistemática dos Artigos. 1º e 3º da Lei de Execução Penal.⁶

O Sistema de Justiça (Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria

Pública e Advocacia) deve verificar a correlação entre o título executivo (programa punitivo) e a execução concreta (cumprimento individualizado). Uma leitura redutora de danos no âmbito da Execução Penal deve buscar a ampliação dos espaços de liberdade e a reintegração do sentenciado durante o cumprimento da pena, mitigando os danos provocados pela segregação punitiva.

Diante deste quadro, é necessário fazermos uma distinção entre o Processo de Conhecimento e o Executório. O processo de conhecimento se dirige ao passado, visando descobrir o que ocorreu e em quais circunstâncias se deu o fato delitivo, bem como angariar elementos para eventual atribuição de responsabilidade penal e assim constituir um título executivo. A execução penal, por sua vez, se volta para o futuro, objetivando o cumprimento do título executivo e a (re)integração do condenado à sociedade (Art. 1º da LEP).⁷

Tal noção deve guiar o cumprimento da pena em busca de uma perspectiva de esperança aos executados, especialmente objetivando a estruturação de expectativas e oportunidades. Para

tanto, é necessário repensar a lógica punitiva que normalmente acompanha as reflexões sobre a Disciplina Carcerária.⁸

2. Sistema Disciplinar Executório

A disciplina pode ser conceituada como a manutenção de conjunto de regras de conduta entre os membros de um agrupamento, visando garantir a convivência institucional,⁹ com vistas à colaboração com a ordem e a garantia de obediência às determinações da autoridade (cumprir as obrigações na microssociedade).¹⁰

Tal concepção marca os liames tradicionais acerca da temática. Porém, numa perspectiva constitucional acerca da Execução Penal, a referida noção deveria ser lida com ressalvas, uma vez que pode dar guarida a arbitrariedades institucionais. A disciplina está historicamente associada a concepções alheias às garantias legais, como a constituição de espaços de subordinação do indivíduo aos poderes estatais.^{11, 12}

Há uma ideia corrente na prática jurídica de que a gestão da pena deveria "atender aos interesses da coletividade". Trata-se de concepção perigosa, pois vulnera a perspectiva contramajoritária do Poder Judiciário (garantir os Direitos Fundamentais, ainda que, para tanto, entre em rota de colisão com as majorias eventuais). Além disso, a Execução Penal é permeada por demandas punitivas,¹³ que buscam a ampliação da intensidade penal em nome de noções difusas, como "segurança pública dos cidadãos" ou "vontade da sociedade", o que vulnera a concretização dos Direitos Fundamentais dos presos em sede executória.

Na seara executória, ao contrário, deveria haver uma exaltação dos Direitos Fundamentais dos sentenciados, pois há uma vulnerabilidade intrínseca ao preso durante a execução da pena, bem como uma estigmatização que alcança o egresso muito tempo após o término do cumprimento da pena. Ademais, a tarefa político-criminal de reintegração social demanda esforços institucionais e investimentos públicos massivos.¹⁴

2.2. Premissas interpretativas para uma redução de danos disciplinar

Há quatro premissas que deveriam ser seguidas no campo disciplinar para a construção de uma redução de danos no âmbito executório: i) legalidade disciplinar estrita e ampliada; ii) proporcionalidade executória; iii) presunção de inocência disciplinar; e iv) culpabilidade disciplinar.

2.2.1. Legalidade Disciplinar Estrita e Ampliada

A legalidade disciplinar estrita e ampliada parte da compreensão de que a elasticidade e indeterminação dos tipos disciplinares tornam o manejo disciplinar um campo fértil à violação de Direitos Fundamentais, ampliando a distância do sentenciado em relação ao mundo livre e representando um verdadeiro entrave à reintegração social.

A lei de execução penal indica parâmetros para a administração da magnitude e das formas de cumprimento da pena. A concretização da pena pode ser mais dura ou mais suave aos condenados conforme o curso da trajetória executória. Dessa maneira, o Princípio da Legalidade no âmbito executório preconiza que toda forma de agravar as condições de encarceramento/segregação de liberdade deve estar autorizada por lei, o que aborda especialmente sanções e faltas disciplinares, evitando-se a constituição de um "espaço de não direito" na prática disciplinar.¹⁵

Tudo na execução penal deve ser legalmente previsto e estritamente interpretado, notadamente no que tange à restrição de direitos e ampliação do gradiente punitivo. Trata-se de um instrumento de contenção do arbítrio administrativo e judicial,¹⁶ de modo a garantir um cumprimento adequado da pena, especialmente subordinado aos limites do título executivo e visando a reintegração do condenado. Sendo assim, a Execução Penal deve ser compreendida como segregação de direitos legalmente vinculada.

Destarte, a Execução Penal deve ser compreendida como um instrumento de limitação racional do poder punitivo, evitando a constituição de uma "punição dentro da punição". A disciplina penal deve ser compreendida como reeducativa, uma vez que a punição já foi delimitada pelo título executivo durante o processo de responsabilização penal. Deve-se, assim, adequar a conduta do sentenciado a sua demanda específica de reintegração social/redução da estigmatização, bem como promover Direitos Fundamentais, num contexto de violação sistemática da dignidade humana ante as condições precárias de encarceramento.

Por tais fatores, a lógica punitiva deve estar afastada da disciplina executória, que deveria contribuir para a retomada da adequação executória que poderia estar afetada por eventuais desvios disciplinares, construindo-se uma individualização executória numa perspectiva de redução de danos.

Para isso, é necessário estruturar os requisitos para a caracterização de uma falta disciplinar, bem como definir de forma clara as consequências do descumprimento das normas atinentes à execução da pena. Além disso, uma leitura ampliada da legalidade deve dar guarida no âmbito disciplinar a todos os conteúdos limitativos do Direito Penal (por exemplo: tentativa; prescrição; desistência voluntária; condições de procedibilidade etc.).¹⁷ Se tais aspectos restritivos valem para a caracterização do crime (pressuposto para a constituição de um título executivo), com muito mais razão deveria valer para a estruturação disciplinar (caráter instrumental e condicional da execução penal).

Ademais, é necessária uma leitura desclassificatória exauriente em relação às faltas disciplinares médias e leves presentes no ordenamento prisional estadual, de modo que as faltas presentes nos Artigos 50 e 52 da LEP devem ser entendidas como subsidiárias. Só se poderia falar em falta grave se houvesse uma desconsideração

"[...]O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO ÂMBITO EXECUTÓRIO PRECONIZA QUE TODA FORMA DE AGRAVAR AS CONDIÇÕES DE ENCARCERAMENTO/ SEGREGAÇÃO DE LIBERDADE DEVE ESTAR AUTORIZADA POR LEI, O QUE ABORDA ESPECIALMENTE SANÇÕES E FALTAS DISCIPLINARES, EVITANDO-SE A CONSTITUIÇÃO DE UM "ESPAÇO DE NÃO DIREITO" NA PRÁTICA DISCIPLINAR."

fundamentada das faltas médias e leves relacionadas à conduta analisada.¹⁸

Passamos agora à análise dos tipos disciplinares em espécie e a uma leitura crítica de faltas disciplinares trazidas pela lei de execução penal, com base no princípio da legalidade:

- i) Subversão da ordem (Art. 50, I da LEP): a definição de ordem é feita com base nos interesses e necessidades da gestão prisional, algo fluído e que gera insegurança jurídica aos sentenciados. Por isso, a necessidade de delimitação exata e concreta de como a dinâmica prisional, que foi alterada com a indicação de modificações na rotina do estabelecimento. De igual modo, verifica-se a necessidade de alteração das escalas de trabalho dos agentes, suspensão/restricção do funcionamento dos serviços prisionais (estudo, trabalho, alimentação e limpeza) etc.;
- ii) Fuga (Art. 50, II da LEP): é necessário fazer uma diferenciação entre situações juridicamente distintas: a) *atraso*: retorno tempestivo sem maiores implicações na rotina carcerária dentro de um prazo razoável; b) *retorno* espontâneo: é o regresso voluntário ao estabelecimento após expressivo decurso de tempo, devendo nesta hipótese ser aplicada por analogia o arrependimento posterior (Art. 16 do CP), com a conseqüente redução da sanção disciplinar; e c) fuga: evasão sem a pretensão de retorno, interrompida por circunstâncias alheias a vontade do agente.¹⁹ Somente a última hipótese pode ser caracterizada como falta grave;
- iii) Instrumento Ofensivo (Art. 50, III da LEP): o tipo disciplinar viola a legalidade estrita pela ausência de precisão, uma vez que uma série de objetos podem ser considerados como ofensivos. Para afastar dúvidas são necessárias duas providências: a) realização de perícia no objeto a fim de indicar o caráter ofensivo²⁰; e b) a indicação de como o sentenciado estava manejando o objeto e o perigo concreto causado;
- iv) Inobservância dos Deveres (Art. 50, VI c/c Art. 39, II e V da LEP): a amplitude da norma dá margem a manipulações, que vulneram os direitos fundamentais dos presos. Por isso, é necessário que a autoridade carcerária aponte especificamente quais deveres foram violados, em que consistiu o ato de desobediência/desrespeito ao servidor. Eventuais questionamentos ou pedidos de informação sobre procedimentos e rotinas prisionais estariam compreendidos como exercício do direito à liberdade de expressão (Art. 5º, inciso IX da CF);
- v) Aparelho de Comunicação – telefônico, rádio ou similar (Art. 50, VII da LEP): a capacidade de gerenciamento de grupos criminosos e convulsões no sistema prisional é restrita a uma parcela bem reduzida de presos. Tais reclusos deveriam, fundamentadamente e de forma individual, ter o direito à comunicação restringido. Logo, a limitação indiscriminada à comunicação dos condenados é desproporcional, impossibilitando um contato efetivo com amigos e familiares, restringindo o acesso a oportunidades laborais²¹ e fomentando um mercado paralelo de privilégios. O aparelho apreendido deveria ser periciado para que haja a comprovação de que permite a comunicação nos termos do tipo disciplinar.²² A apreensão de chips, baterias e acessórios majoritariamente caracteriza a presente falta.²³ Porém, tal entendimento caracteriza como uma distorção da legalidade, uma vez que a LEP menciona aparelhos que permitam a comunicação.

2.2.2. Proporcionalidade Executória

A proporcionalidade executória deve ser entendida como um antídoto contra conseqüências disciplinares que fujam da razoabilidade. A primeira forma de evitar conseqüências

disciplinares desproporcionais é a comparação da sanção a delitos ou infrações disciplinares funcionais similares à conduta do sentenciado que ensejou a caracterização da falta disciplinar. As infrações disciplinares devem indicar uma responsabilização inferior em relação aos crimes, demandando tratamento consequencialista mais brando que as sanções penais.

A segunda forma de garantir a proporcionalidade é evitar que as conseqüências disciplinares impeçam a efetivação do sistema progressivo, fazendo com que o sentenciado cumpra a pena integralmente no regime mais gravoso ou que fique por tempo ínfimo no regime prisional mais brando antes do término do cumprimento da pena. O sistema progressivo demanda que o sentenciado cumpra o arco executório, passando pelos regimes prisionais como mecanismo de alcançar uma desinstitucionalização gradual.

A Execução Penal é permeada de instrumentos de reintegração social, familiar e comunitária: i) Saída Temporária (Art. 122 da LEP); ii) Remição – por trabalho e estudo (Art. 126 da LEP); iii) Trabalho Externo (Art. 36 da LEP); e iv) Visitas (Art. 41, inciso X). Tais mecanismos não poderiam ser atingidos pelas conseqüências disciplinares, pois são essenciais à função lógica e sistemática da execução da pena, qual seja, a reintegração do condenado. Viola a razoabilidade que o instrumento de retomada da integração social (disciplina carcerária numa perspectiva reeducativa) seja utilizado para inviabilizar a sua própria finalidade e afetar o objetivo declarado da intervenção penal.²⁴

2.2.3. Presunção de Inocência Disciplinar

A presunção de inocência disciplinar é marcada pela impossibilidade de responsabilização por atos de terceiros, bem como a necessidade de que a administração carcerária demonstre a ocorrência da prática disciplinar de forma clara, fundamentada e refutável, sob o prisma do contraditório e ampla defesa. É inconstitucional a presunção de culpa no âmbito executório, cabendo ao Estado demonstrar a culpa (e não ao sentenciado provar a inocência), o que inviabiliza o reconhecimento de faltas disciplinares quando não haja a comprovação da participação concreta do sentenciado na dinâmica factual que ensejou a falta.

Como decorrência desta perspectiva, o contraditório e a ampla defesa ganham ressonância nos debates disciplinares, uma vez que o sentenciado deve ter a oportunidade de apresentar a sua versão sobre os fatos, bem como refutar as acusações apresentadas pela administração penitenciária, o que pode demandar acesso a dados funcionais de funcionários, escalas de trabalho, imagens, prontuários, realização de perícias etc. Tal ponto deve indicar uma leitura com ressalvas pelo Poder Judiciário das versões trazidas pela Administração Penitenciária.

2.2.4. Culpabilidade Disciplinar

A culpabilidade disciplinar é definida pela inviabilidade de responsabilização disciplinar por fatores externos a conduta concreta do sentenciado. Com isso, visa-se evitar a responsabilidade objetiva em sede disciplinar, diminuindo a incidência do Direito Penal do Autor (*in casu*, execução penal do autor), no qual o sentenciado seria responsabilizado pelo que é e não pelo que fez. No cumprimento da pena, como decorrência de um Direito Penal Democrático,²⁵ deve-se privilegiar uma responsabilização jurídica do indivíduo pelos seus atos concretos, devidamente demonstrados em sede de processo disciplinar (Direito Penal do fato).²⁶

Uma execução penal voltada para os fatos (e não para a personalidade dos executados) impede que juízos negativos sobre

os presos (exemplo: rebeldia, histórico de problemas disciplinares, comportamento questionador etc.) sejam utilizados como critério para imputação de faltas disciplinares ou agravamento de sanções. O princípio da culpabilidade demanda uma vinculação subjetiva entre o autor e a prática concreta (vedação à responsabilidade objetiva disciplinar).

Outras consequências da culpabilidade disciplinar podem ser sistematizadas da seguinte forma: i) torna-se necessária a fundamentação judicial, com a indicação de condutas concretas praticadas pelos sentenciados para a retirada de direitos executórios; ii) leitura expansiva da proibição de sanções coletivas (§3º do Art. 45 da LEP), especialmente quando não for possível individualizar os desvios disciplinares; iii) compreensão de que o microsistema penal é dotado de relações de forças, que podem impor responsabilizações artificiais a alguns sentenciados e imunidades a determinados executados; e iv) a gravidade das consequências disciplinares devem ser dosadas para evitar duplas sanções pelo mesmo fato, ainda que em instâncias distintas de responsabilização.

Conclusão

A perspectiva de Reintegração do Sentenciado prevista no Art. 1º da LEP deve ser compreendida como premissa executória e cerne das interpretações disciplinares. Diante desta lógica, o recluso deve ser entendido como um sujeito de direitos, especialmente ante o reconhecimento de que o encarceramento produz um *status* de vulnerabilidade, que se retroalimenta de precarização estrutural, estigmas e *déficits* de socialização.

A individualização da pena com vista à reintegração social do sentenciado deve ser a chave de interpretação para processos disciplinares, notadamente para se evitar uma avaliação homogênea e pasteurizada do processo executório. Tomando por base os parâmetros limitativos desenvolvidos ao longo do texto, é possível evitar sanções irracionais, excessivas ou desvinculadas das finalidades da pena. Com isso, visa-se superar a perspectiva punitiva dos processos disciplinares e a legitimação de uma "punição dentro da punição". Nesta esteira, o melhor entendimento acerca da matéria pressupõe tratar o processo disciplinar como a oportunidade de readequar o programa executório do condenado às suas necessidades e possibilidades.

Notas

- ¹ Há aqui uma clara inspiração no conceito trazido por Nilo Batista e Raúl Zaffaroni de teleologia redutora, com o objetivo de "desenvolver uma estruturação conceitual que seja funcional para a contenção e redução do poder punitivo". (ZAFFARONI et al, 2010, p. 60-61). Naquilo que Rodrigo Roig chama de teoria redutora de danos na Execução Penal (ROIG, 2016, p. 19).
- ² Bitencourt realiza bom panorama dos problemas do cárcere: i) caráter criminógeno; ii) elevados índices de reincidência; iii) efeitos psicológicos nefastos nos condenados. (BITENCOURT, 2011, p. 161-204).
- ³ BRITO, 2018, p. 35.
- ⁴ Em que pese tal leitura mais restrita dos objetos da execução penal, é preciso salientar que há outros títulos de natureza penal que estão sobre a égide da prática executória: i) ação executória de multa penal (Art. 51 do CP); ii) cumprimento dos termos do acordo de não persecução penal (Art. 28-A do CPP); iii) acompanhamento do cumprimento de *sursis* processual (Art. 89 da Lei 9.099/95).
- ⁵ MARCÃO, 2018, p. 29; 33.
- ⁶ Art. 1º "A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal". Art. 3º "Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei".
- ⁷ BRITO, 2018, p. 40.
- ⁸ Tal perspectiva encontra lastro na perspectiva irradiante da finalidade da pena na Execução Penal: "Essa decisão da finalidade última da programação da pena é nitidamente política, eis que reflete a escolha do Estado e da sociedade. Na medida em que essa opção política é incorporada pelo Direito, irradia-se de imediato para todas as instituições responsáveis por lapidar a relação jurídica que regula as regras e o procedimento de efetivação da pena". (SALVADOR NETTO, 2019, p. 28).
- ⁹ BRITO, 2018, p. 215.
- ¹⁰ MAYRINK DA COSTA, 2016, p. 292-293.
- ¹¹ "Esses métodos que permitem o controle minucioso das operações do corpo, que realizam a sujeição constante de suas forças e lhes impõe uma relação de docilidade-utilidade, são o que podemos chamar de 'disciplinas'" (FOUCAULT, 2004, p. 118).
- ¹² Não por acaso, Pavarini indica que as necessidades disciplinares oriundas da revolução industrial ofuscam as liberdades burguesas, permitindo que o regime fabril penetre em outras esferas da sociedade civil. (PAVARINI, 2008, p. 72).

Referências

- BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRASIL. Lei de Execução Penal. Lei nº 7.210/1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Consultado em: 05/04/2022.
- BRITO, Alexis Couto. *Execução Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 28. ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2004.
- MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- MAYRINK DA COSTA, Álvaro. *Execução Penal*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016.

- ¹³ Ou, nos termos de Vera Malaguti, a chamada "demanda por ordem". (BATISTA, 2011, p. 19).
- ¹⁴ Partindo desta premissa, Rodrigo Roig salienta a necessidade de se reconhecer um "dever jurídico-constitucional de redução do sofrimento e da vulnerabilidade das pessoas encarceradas". (ROIG, 2016, p. 26).
- ¹⁵ Os espaços de não direito no âmbito disciplinar tendem a se afastar do conceito de norma jurídica e de jurisdicionalidade, permitindo-se o sancionamento mediante o manejo de tipos disciplinares vagos e genéricos. (PAVARINI, 2018, p. 211).
- ¹⁶ ROIG, 2016, p. 39.
- ¹⁷ ROIG, 2016, p. 197.
- ¹⁸ Na maioria das vezes, os ordenamentos estaduais adotam descrição mais exauriente de condutas faltosas de teor médio ou leve.
- ¹⁹ PAVARINI; GIAMBERARDINO, 2018, p. 260. No mesmo sentido: ROIG, 2016, p. 209-210.
- ²⁰ O STJ indica que a dispensabilidade da realização de perícia no objeto apreendido para a caracterização da falta disciplinar sob o curioso argumento da falta de previsão legal (jurisprudência em teses, edição nº 144, tese 8).
- ²¹ Fora de dúvida que o celular é uma forma de integração social, que possibilita oportunidades de renda e emprego, bem como possibilita estreitamento dos laços com a família. Além disso, a restrição indiscriminada gera e potencializa a exclusão digital dos detentos, tornando a reintegração social inalcançável.
- ²² O STJ indica que o exame pericial no aparelho apreendido é dispensável para a configuração da falta em apreço (jurisprudência em teses, edição nº 144, tese 7).
- ²³ "A posse de fones de ouvido no interior do presídio é conduta formal e materialmente típica, configurando falta de natureza grave, uma vez que viabiliza a comunicação intra e extramuros" (jurisprudência em teses, edição nº 144, tese 6).
- ²⁴ Tal perspectiva visa evitar a seguinte contradição sobre a obediências às regras disciplinares: "(...) tais regras não correspondem, em nenhum aspecto, a um aprendizado do viver em sociedade, mas significam tão-somente uma bem-sucedida socialização à vida carcerária a qual, na maioria das vezes, corresponde a uma dessocialização fora dela" (PAVARINI; GIAMBERARDINO, 2018, p. 254).
- ²⁵ Nos termos de Juarez Tavares: "Com isso, se passa a recuperar o papel do sujeito na ciência jurídica e a exercer a delimitação democrática do poder do Estado" (TAVARES, 2003, p. 164).
- ²⁶ CARVALHO, 2013, p. 86-87.

- PAVARINI, Massimo e GIAMBERARDINO, André. *Curso de penologia e execução penal*. Florianópolis: Tirant LoBlanch, 2018.
- PAVARINI, Massimo. *Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores: 2008.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Curso de Execução Penal*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Jurisprudência em teses, edição nº 144, tese 8. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Consultado em: 05/04/2022.
- TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo horizonte: Del Rey, 2003.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*, segundo volume: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

Autores convidados

CONFISCO ALARGADO: INOVAÇÃO LEGISLATIVA INEFICAZ PARA A SOLUÇÃO DE PROBLEMAS INEXISTENTES

*EXTENDED FORFEITURE:
INEFFICIENT LEGISLATIVE INNOVATION TO SOLVE NON-EXISTING PROBLEMS*

Ana Beatriz da Luz

Especialista em Direito Penal e Processo Penal Econômico pela PUCPR.
Graduada em Direito pela UEL. Advogada.
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3232554271933010>
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2875-6988>
anabeatriz.dl@hotmail.com

Gabriel Bertin de Almeida

Doutor e mestre em Filosofia pela USP. Graduado em Direito pela UEL.
Professor de graduação e pós-graduação da PUCPR. Advogado.
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8958591149203604>
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1524-5679>
gabriel@gabrielbertin.com.br

Resumo: O presente estudo possui como temática o confisco alargado, mecanismo que, a partir da introdução do artigo 91-A ao Código Penal pela Lei 13.964/19, passou a figurar como novo efeito extrapenal da condenação. O dispositivo autoriza, em determinados casos, o perdimento de bens incompatíveis com a renda lícita do condenado, mesmo que desvinculados da conduta criminosa concretamente considerada. A análise é voltada especificamente à exposição de motivos do chamado "Pacote Anticrime", a fim de demonstrar a incongruência do texto legal, não apenas com os princípios constitucionais penais, mas também com as próprias justificativas apresentadas, à época, para sua implementação.

Palavras-chave: Confisco alargado – Lei anticrime – Exposição de motivos.

Abstract: The present article has as its theme the extended forfeiture, a mechanism that, since the introduction of article 91-A to the Penal Code from Law n. 13.964/2019, came to appear as a new extra-penal effect of the criminal conviction. The article authorizes, in certain cases, the forfeiture of assets incompatible with the lawful income of the convict, even if unlinked from the criminal conduct specifically considered. The analysis is specifically aimed at the explanatory memorandum for the so-called Anti-Crime Package, in order to demonstrate the incongruity of the legal text not only with the criminal constitutional principles, but also with the justifications presented, at the time, for its implementation.

Keywords: Extended forfeiture – Anticrime Law – Explanatory memorandum.

Dentre as significativas mudanças instituídas pela Lei 13.964/2019, tem-se o acréscimo, ao Código Penal, do controverso artigo 91-A, que autoriza, caso haja condenação por crime cuja pena máxima seja superior a 06 (seis) anos, "a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito".¹

A necessidade de medidas enérgicas para o combate à corrupção e criminalidade organizada vem sendo defendida já há algum tempo, especialmente a partir de 2014, ano em que foi deflagrada a histórica Operação Lava Jato. Sinalizando a demanda por alterações legislativas que representassem recrudescimento da intervenção penal em relação aos "crimes do colarinho branco", o Ministério Público Federal, no ano de 2016, apresentou as "10 medidas contra a corrupção", sintetizadas no PL 4850/2016.² À época, a introdução de uma "perda alargada" no ordenamento jurídico brasileiro foi uma das alterações propostas. Desde então, outras iniciativas surgiram com o mesmo propósito.

A Lei 13.964/19, assim, é resultado do PL 10.372/2018 da Câmara dos Deputados.³ O projeto reuniu propostas da comissão coordenada pelo ministro do STF, Alexandre de Moraes, no ano de 2018, bem

como do Ministério da Justiça e Segurança Pública, em 2019 à época, chefiado pelo então Ministro **Sergio Moro**. O Ministro inclusive encaminhou à Câmara suas propostas legislativas, às quais foi atribuído o nome bastante difundido (e questionável) de "Pacote Anticrime",⁴ acompanhado da Exposição de Motivos 00014/2019-MJSP. O texto, ao tratar do confisco alargado, dispõe o seguinte:

[...] Acrescenta-se o art. 91-A, que adota o chamado confisco alargado. Há unanimidade na crença de que a sanção econômica é vital no combate ao crime, em especial quando praticado por organizações criminosas. No entanto, a atual redação do Código Penal, ainda que reformada pela Lei nº 12.694, de 2012, é insuficiente para que se alcance tal objetivo. O que agora se pretende é tornar este combate mais próximo da realidade, convertê-lo em concreta possibilidade. Assim, um servidor público condenado por crime cuja pena máxima seja superior a seis anos, que apresente patrimônio incompatível com os seus proventos, poderá ter confiscado o valor da diferença entre os seus bens e o do patrimônio compatível com seu rendimento. E como seu patrimônio, incluem-se os bens transferidos a terceiros gratuitamente ou por valor irrisório. Isto significa o fim da prática comum de ceder os bens, a qualquer título, a terceiros, livrando-se facilmente da apreensão. Mas, para tanto, é preciso que se demonstre ser a conduta ilícita habitual.⁵

Inicialmente, nota-se que a *ratio* da norma em comento reside, em suma, na necessidade de assegurar uma sanção econômica à conduta delitiva, especialmente quando praticada no âmbito de organizações criminosas, o que, na visão do então Ministro da Justiça, não estaria devidamente garantido pela legislação anterior.

Como se sabe, porém, o Código Penal, em seu artigo 91, inciso II, já previa o perdimento do produto ou proveito do crime como um dos efeitos extrapenais da condenação. Em realidade, o mecanismo para evitar o enriquecimento do agente com a prática criminosa existe desde a redação original do Código Penal, datada de 1940.⁶ A partir da Lei 12.694/2012, o perdimento passou a incluir também, em determinadas hipóteses, os bens equiparados ao proveito criminoso, inclusive com a possibilidade de utilização das medidas cautelares reais para sua garantia (o chamado sequestro subsidiário). O que a lei não permitia, evidentemente, era que o perdimento excedesse os limites do proveito obtido com a prática criminosa especificamente considerada. Não parece, assim, que o objetivo foi assegurar o efeito patrimonial da condenação criminal, mas sim driblar a necessidade de vincular o patrimônio confiscado à prática criminosa objeto da condenação proferida.

O texto esclarece que, com a perda alargada, “um servidor público condenado por crime cuja pena máxima seja superior a seis anos”⁷ poderá ter confiscado o patrimônio que não seja compatível com o seu rendimento. É necessário observar, porém, que embora a exposição de motivos da Lei 13.964/2019 tenha expressamente consignado a sua intenção de recrudescer a reprimenda penal, especialmente como forma de combate à corrupção, a redação do artigo 91-A em momento algum especificou o cabimento da medida apenas em relação aos servidores públicos ou a determinados tipos de crimes. A única delimitação feita pelo artigo se refere à pena máxima prevista em lei, abrangendo, assim, delitos absolutamente dissociados daqueles contra a administração pública em geral. Chama atenção, ainda, o fato de que o cabimento do confisco alargado não ficou condicionado à gravidade concretamente considerada, posto que não estabeleceu como requisito a condenação à pena superior a seis anos, mas tão somente que a pena abstratamente prevista esteja no referido patamar.

São relevantes, no ponto, as observações a respeito da desproporcionalidade da resposta sancionatória em relação à pena prevista para alguns delitos – inclusive o de corrupção passiva, punido com reclusão de dois a doze anos –, tendo em vista a “incisiva distância entre o mínimo e o máximo estabelecidos”⁸ o que evidencia de forma ainda mais clara a incongruência da medida.

A esse respeito, vale observar que **Roberto D’Oliveira Vieira**, ao analisar o confisco alargado da perspectiva do Direito Comparado, pontuou a existência, em Portugal, de um “catálogo de crimes”, cuja previsão autorizaria a aplicação da medida, e apontou a importância de referida delimitação legislativa que, em suas palavras, “permite aferir, com mais segurança, o respeito ao princípio da proporcionalidade”, além de assegurar que o confisco atinja “apenas os produtos relacionados a crimes lucrativos praticados em contexto estranho à criminalidade clássica”.⁹ Referido estudo foi realizado no ano de 2017 e, portanto, antes da efetiva implementação do instituto no ordenamento jurídico brasileiro. À época, a tentativa de introdução do confisco alargado na legislação existia por intermédio do PL 4.850/16, que contava com o mencionado catálogo de crimes. Semelhante disposição, porém, não foi reproduzida no texto final da Lei 13.964/19.

A EM 00014/2019 MJSP, por sua vez, aduz que, como patrimônio do indivíduo, estão considerados aqueles que forem transferidos a terceiros gratuitamente ou em valor irrisório, observação expressamente consignada no parágrafo primeiro do artigo 91-A. Na visão do ex-ministro, “isto significa o fim da prática comum de ceder os bens, a qualquer título, a terceiros, livrando-se facilmente da apreensão.”¹⁰ Mais uma vez, porém, observa-se a absoluta desnecessidade do confisco alargado, posto que, para o fim de evitar a dilapidação patrimonial, existem as medidas assecuratórias previstas no Código de Processo Penal.

Vale lembrar que as medidas cautelares reais objetivam, em apertada síntese, assegurar os dois principais efeitos extrapenais da condenação criminal: a obrigação de reparar o dano e o perdimento do proveito ou produto do crime. Para o primeiro objetivo, tem-se o arresto (arts. 136 e 137 do CPP) e hipoteca legal (art. 134). Para o segundo, tem-se o sequestro (art. 125). Além disso, tendo em vista que o sequestro pode atingir exclusivamente os bens de origem ilícita do agente criminoso, a jurisprudência tem entendido pela desnecessidade de efetiva demonstração do *periculum in mora* para o seu cabimento.¹¹ Em realidade, tem-se observado o crescimento desmedido da constrição patrimonial, com clara inobservância dos requisitos para a adoção das medidas cautelares reais e a crescente utilização de figuras amorfas¹² (como o genérico “bloqueio de bens”), que não se amoldam a nenhuma das hipóteses legais e acabam por indisponibilizar por tempo indeterminado parcela significativa do patrimônio do investigado.

Por outro lado, interessante notar que, diferentemente do que ocorre na hipótese de perdimento de bens equivalentes,¹³ não há previsão expressa para a adoção das medidas cautelares, visando garantir o posterior confisco alargado. Se as medidas cautelares reais se prestam à garantia dos efeitos patrimoniais da condenação criminal, causa estranheza que, instituído novo efeito, este não possa ser acautelado pelo sequestro. Não se defende, de forma alguma, o cabimento do que se poderia chamar de sequestro alargado – até mesmo porque qualquer tutela cautelar demanda, necessariamente, a presença do *fumus comissi delicti*, impossível de ser identificado na hipótese em que sequer há imputação formalizada. Conforme bem questiona **Marco Paulo Dutra Santos**, “como cogitar a plausibilidade de pretensão condenatória ainda não exercida, porque desconhecidos os delitos alegadamente perpetrados, incluindo o próprio cometimento?”¹⁴ A supressão de referida possibilidade no texto legal, porém, não passa despercebida.

É possível considerar que a cautelar não seja necessária, posto que a disposição legal possibilita a constrição de bens transferidos a terceiros, eliminando – ou ao menos reduzindo – os efeitos deletérios de eventual dilapidação patrimonial. De qualquer forma, a intenção de evitar que o acusado ou investigado se desfaça dos bens advindos da prática delitiva não encontra guarida na ampliação dos efeitos extrapenais da condenação sobre patrimônio não vinculado ao crime concretamente considerado. Ademais, trata-se de preocupação há muito acautelada pelo ordenamento jurídico, tanto que o artigo 125 do Código de Processo Penal, que dispõe a respeito do sequestro de bens, já autorizava a incidência da medida, ainda que estes tivessem sido transferidos a terceiros.

Por fim, a exposição de motivos encerra o tópico a respeito do confisco alargado, ressaltando que, para que a medida seja cabível, “é preciso que se demonstre ser a conduta ilícita habitual.”¹⁵ Importante notar, contudo, que semelhante exigência, embora constasse na proposta encaminhada pelo Ministro **Sérgio Moro** e no PL 10.372/18, não

foi reproduzida no texto legal. Em nenhum momento, o artigo 91-A do Código Penal exige a habitualidade delitiva como requisito para o confisco alargado. Ainda que o fizesse, inúmeros seriam os problemas decorrentes de referida disposição, não apenas pela ruptura com o Direito Penal do fato, mas também por questões práticas, como a definição do que se entende por "conduta ilícita habitual". Além disso, parece claro que se é demonstrado – como aduzo texto – que a conduta ilícita é habitual, não há necessidade de se valer da inconstitucional presunção instituída pela alteração legislativa. Nessas hipóteses, cabe aos órgãos de investigação diligenciar no sentido de especificar os crimes cometidos, para que sejam apurados e devidamente punidos, hipótese em que incidirá o confisco tradicional, já previsto no artigo 91 do Código Penal. Não é legítimo, obviamente, que eventual ineficiência dos órgãos investigatórios seja utilizada em desfavor do agente, para o fim de presumir que todo o patrimônio que exceda seu rendimento é, necessariamente, proveniente de conduta criminosa.

O que se observa, portanto, é que o confisco não apenas é seriamente questionável do ponto de vista constitucional, mas também não demonstra compatibilidade com os próprios objetivos da alteração legislativa.

Trata-se, como referido no título, de solução ineficaz para problemas inexistentes. Diz-se que os problemas são inexistentes, porque a necessidade de evitar o enriquecimento ilícito do agente já era suficientemente assegurada pela legislação anterior – reforçada, ainda, pelo sequestro (inclusive subsidiário), a fim de garantir o perdimento do produto ou proveito do crime. Por outro lado, ainda que encampados os argumentos trazidos na exposição de

motivos a respeito da necessidade de combate à criminalidade, reconhecendo-se, assim, a legitimidade do problema colocado, a solução apresentada é evidentemente ineficaz: parece claro que a ampliação do confisco para o fim de atingir bens desvinculados da conduta criminosa objeto da sentença concretamente considerada está longe de configurar medida apta ao ambicioso propósito de redução da criminalidade.

Ademais, não se pode esquecer, mesmo no afã do combate à corrupção – clara motivação da Lei Anticrime –, que qualquer mecanismo punitivo que desborde dos limites constitucionais não pode ser tolerado. No ano de 2015, **Juarez e June Cirino dos Santos**, em artigo publicado no Boletim IBCCRIM 277, já alertaram que eventual instituição do confisco alargado no ordenamento jurídico brasileiro representaria rompimento de uma das premissas basilares do Processo Penal, qual seja, a de que "a prova dos fatos imputados pertence à acusação, incumbindo à defesa apenas criar uma dúvida razoável, obrigando à decisão segundo o princípio da presunção de inocência".¹⁶

Assim, não obstante a pretensão de "aperfeiçoar a legislação penal e processual penal", expressamente consignada no artigo 1º da Lei 13.964/2019 – e ainda que referida lei tenha, de fato, aspectos positivos –, é forçoso reconhecer que, em relação ao confisco alargado, trata-se de mais uma medida de cunho populista, com o objetivo claro de reforçar o aspecto simbólico do Direito Penal e que repete a já fracassada estratégia de recrudescimento sancionatório como solução para a criminalidade. É, portanto, não apenas inconstitucional e desarrazoada, como também ineficaz em termos de política criminal.

Notas

- ¹ BRASIL, 2019.
- ² BRASIL, 2016. (Convertido no PL 3855/2019, o qual atualmente aguarda a Constituição de Comissão Temporária pela Mesa, conforme informações obtidas junto à página da Câmara dos Deputados, disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>)
- ³ BRASIL, 2018.
- ⁴ As propostas foram sintetizadas no PL n. 882/19, o qual fora anexado ao PL 10.372/2018, posteriormente convertido na Lei 13.964/19.
- ⁵ BRASIL, 2019.
- ⁶ "Art. 74. São efeitos da condenação: [...] II - a perda, em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso." (BRASIL, 1940). Redação

original disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm.

- ⁷ BRASIL, 2019.
- ⁸ SOUZA, 2021, p. 158.
- ⁹ VIEIRA, 2017, p. 97.
- ¹⁰ BRASIL, 2019.
- ¹¹ Nesse sentido, veja-se o acórdão proferido pelo STJ no EDcl no AgRg no AREsp 1792372/PR. (BRASIL, 2021).
- ¹² LUCCHESI; ZONTA, 2021, p. 735-764.
- ¹³ Hipótese em que o proveito ou produto do crime não for localizado ou estiver no exterior, nos termos do artigo 91, § 1º, do Código Penal.
- ¹⁴ SANTOS, 2020, p. 396.
- ¹⁵ BRASIL, 2019.
- ¹⁶ SANTOS; SANTOS, 2015, p. 23-24.

Referências

- BRASIL. *Projeto de Lei n. 10.372/2018*. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3sLdAM1>. Acesso em: 01 fev. 2022.
- _____. *Projeto de Lei n. 4.850/2016*. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/37W94D1>. Acesso em: 01 fev. 2022.
- _____. *Projeto de Lei n. 882/2019*. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3LI4UT3>. Acesso em: 01 fev. 2022.
- _____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Exposição de Motivos n. 00014/2019, de 31 de janeiro de 2019*. Brasília, DF: MJSP, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3NoQPVS>. Acesso em: 10 jan. 2022.
- _____. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *EDcl no AgRg no AREsp 1792372/PR*. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik, Brasília, 14 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3IkWQqG>. Acesso em: 18 maio 2022.
- _____. *Lei 13.964/19, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: <https://bit.ly/3wqDery>. Acesso em: 18 maio 2022.
- _____. *Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <https://bit.ly/3z1GCuT>. Acesso em: 18 maio 2022.
- LUCCHESI, Guilherme Brenner. ZONTA, Ivan Navarro. Sequestro dos proventos do

crime: limites à solidariedade na decretação de medidas assecuratórias. *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. 735-764, mai./ago. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3sliEAS>. Acesso em: 16 jan. 2022.

SANTOS, Juarez Cirino dos; SANTOS, June Cirino dos. Reflexões sobre confisco alargado. *Boletim IBCCRIM*. Ano 23, n. 277, p. 23-24, dez. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3lonsXW>. Acesso em: 10 jan. 2022.

SANTOS, Marco Paulo Dutra. *Comentários ao Pacote Anticrime*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

SOUZA, Alexander de Araújo. Os Principais Instrumentos de Combate à Criminalidade Organizada Transnacional no Âmbito da União Europeia. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 68, p. 17-38, abr./jun. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3NpHqNI>. Acesso em: 15 jan. 2022.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal*. v. 5. Parte especial: arts. 312 a 359-H do CP. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

VIEIRA, Roberto D'Oliveira. *Análise de direito comparado do confisco alargado: aportes da perda alargada para o Brasil*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3PrFBSv>. Acesso em: 11 jan. 2022.

Recebido em: 15.03.2022 - Aprovado em: 26.04.2022 - Versão final: 18.05.2022

A IMPORTÂNCIA DE DADOS SOBRE A REINCIDÊNCIA PARA O APRIMORAMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DO SISTEMA SOCIOEDUCATIVO

THE IMPORTANCE OF DATA ON REINCIDENCE FOR THE IMPROVEMENT OF PUBLIC POLICIES OF THE SOCIO-EDUCATIONAL SYSTEM

Gustavo Flores Marcos

Pós-graduado em ciências criminais pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP. Membro do IBCCRIM. Advogado.
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0840645709353714>
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0601-633X>
gustavofmarcos94@gmail.com

Leticia Lemos Rossi

Pós-graduada em ciências criminais pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP. Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.
Link Lattes: <https://lattes.cnpq.br/4759544090762143>
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6422-6023>
leticialr@usp.br

Luísa Zucoloto De Abreu

Pós-graduada em ciências criminais pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP. Advogada.
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3841301839840424>
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8831-8712>
luisazabreu@gmail.com

Resumo: Para compreender a reincidência infracional e elaborar políticas públicas a serem implementadas no sistema socioeducativo, é imprescindível o conhecimento dos indicadores de risco que favorecem sua ocorrência. Apesar de a Lei 12.594/12 positivar a obrigatoriedade de uma base de dados nacional a ser instituída e alimentada pelos entes federados de forma integrada, os principais dados disponíveis acerca do tema não são originários do poder público, tal como prescreve a legislação. A escassez de informações reflete a falta de interesse governamental em atuar nessa problemática relativa à proteção das crianças e dos adolescentes em situações de vulnerabilidade. A inércia governamental em relação à possibilidade de um sistema transparente revela a intenção de opacidade, impedindo fiscalizações e facilitando o totalitarismo antidemocrático governamental.

Palavras-chave: Reincidência infracional – Sistema socioeducativo – Políticas públicas.

Abstract: In order to understand the infraction recidivism and develop public policies to be implemented in the socio-educational system, it is essential to know the risk indicators that favor its occurrence. Although Law 12.594/12 makes mandatory a national database to be instituted and fed by federated entities in an integrated manner, the main data available on the subject do not originate from the government, as prescribed by law. The scarcity of information reflects the lack of governmental interest in acting on this issue concerning the protection of children and teenagers in situations of vulnerability. The state inertia about the possibility of a transparent system reveals the intention of opacity, preventing inspections and facilitating governmental anti-democratic totalitarianism.

Keywords: Infraction recidivism – Socio-educational system – Public policies.

Política Pública foi entendida como área de conhecimento somente na primeira metade do século XX. Inicialmente como subárea da Ciência Política, teve sua origem nos Estados Unidos e só após muito tempo foi reconhecida como disciplina autônoma. Em relação à temática das políticas públicas, não é possível se delimitar de forma precisa o seu conceito, ele é sempre resignificado, sendo o de **Thomas Dye**¹ o mais aceito ao definir política pública como “o que o governo escolhe fazer ou não fazer”. Nesse sentido, as políticas públicas são ações governamentais executadas visando possibilitar possíveis transformações sociais, razão pela qual demandam a existência de dados qualificados que sejam capazes de orientá-las.

Nesse diapasão, para o estudo da reincidência infracional, é essencial o conhecimento e a identificação dos fatores de risco que podem contribuir para a sua ocorrência, a fim de orientar e de fundamentar modificações a serem implementadas no sistema socioeducativo.²

No ordenamento jurídico interno, o Brasil promulgou a Lei 12.594/12, responsável pela instituição do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), que regulamenta a criação e a execução dos programas de atendimento socioeducativo e acompanhamento sociopedagógico de adolescentes em conflito com a lei.

O programa de atendimento nacional pressupõe a existência de uma política pública que deve ser construída por meio de uma base de dados nacional a ser instituída e mantida pela União de forma integrada com os Estados, Distrito Federal e Municípios (artigo 3º, II e IV da Constituição Federal³). Os Estados são responsáveis pelo cumprimento das medidas socioeducativas de privação de liberdade (regime de semiliberdade e internação), já os Municípios, pelo cumprimento das medidas em meio aberto. Por sua vez, ao Distrito

Federal compete a execução de todas as medidas em razão da competência cumulativa que detém.

Portanto, para estudar a reincidência infracional é necessário analisar os dados nacionais, estaduais e municipais, considerando as peculiaridades de cada região.⁴ Segundo o artigo 4º, “c”, da Lei 8.069/90,⁵ a elaboração de ações governamentais voltadas ao atendimento de adolescentes assegura o atendimento da garantia fundamental da absoluta prioridade na formulação e execução de políticas sociais públicas.

A importância da disponibilização dos dados sobre a reincidência consiste na necessidade de delimitar as possíveis causas da delinquência juvenil, identificando-se os chamados fatores de risco. São diversas as causas que levam os adolescentes a praticarem um ato infracional ou a reincidirem. Comumente são apontados como causas: o tempo livre (recreação), a educação, o emprego, a situação familiar e as relações com pares.⁶ Embora se trate de um fenômeno de natureza multifatorial, é essencial analisar as possíveis causas da criminalidade, visando orientar a produção de políticas sociais voltadas à redução da prática de atos violentos cometidos por jovens. A intervenção estatal é necessária, pois “quanto mais fatores de risco se acumulam em uma pessoa ou em um contexto em particular, maior será a probabilidade de que essa pessoa venha a se envolver com a violência juvenil”.⁷

Nesse contexto, é importante analisar a Lei 12.527/11. Ela foi editada com o objetivo de garantir o acesso popular a informações e dispõe em seu artigo 8º, §2º,⁸ que é dever dos órgãos e das entidades públicas promover, independentemente de requerimento, a divulgação em sites oficiais de fácil acesso de informações que tenham. Em que pese a União ser detentora das informações repassadas pelas demais entidades da federação, executoras das medidas socioeducativas, não há dados

qualificados de caráter nacional que possam servir de fundamentação consistente para a elaboração de políticas públicas direcionadas à redução da reincidência de adolescentes. Assim, é flagrante a ausência de transferência dessa informação devido à falta de um banco nacional oficial, publicamente acessível, caracterizando afronta expressa ao art. 8º da Lei 12.527/11.⁹

Pouco se sabe oficialmente a respeito da reincidência infracional juvenil no Brasil, porque os principais dados disponíveis se limitam a levantamentos realizados em 2016 e 2017, no estado de São Paulo, pelo Instituto Sou da Paz,¹⁰ uma organização da sociedade civil, sem finalidade lucrativa, que tem como proposta ações visando a diminuição da violência no país. Em relação à recidiva juvenil, há dois estudos relevantes sobre o tema: um Panorama Nacional elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, sobre a execução das medidas socioeducativas de internação realizado em 2010 e 2011, e publicado em 2012;¹¹ e uma pesquisa realizada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT)¹² com os egressos liberados entre janeiro de 2011 e agosto de 2013 da Unidade de Internação do Plano Piloto (UIPP), antigo CAJE. Apesar da existência dessas pesquisas, elas não podem ser utilizadas como base qualificada para se extrair dados consistentes a respeito da reincidência juvenil no sistema socioeducativo brasileiro, pois, apresentam limitações regionais e setoriais ou foram realizadas uma única vez, logo, não possuem simultaneamente, continuidade e abrangência nacional.

A Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, vinculada ao Ministério dos Direitos Humanos, realiza desde 2009 o levantamento anual do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE,¹³ que sistematiza dados enviados pelos órgãos gestores do SINASE em âmbito estadual e distrital, como, por exemplo, o número de adolescentes atendidos, as unidades de atendimento, os atos infracionais praticados, características dos adolescentes em restrição e privação de liberdade, além de dados sobre os óbitos dentro e fora das unidades

de atendimento socioeducativo. Contudo, nenhum dos levantamentos anuais até então realizados (de 2009 a 2016) apresenta quaisquer dados sobre a reincidência infracional de adolescentes.

Apesar da existência de pesquisas e da necessidade de discussão do tema, a problemática da reincidência juvenil não tem sido uma área de enfoque das políticas públicas em razão da escassez de dados, das informações fornecidas pelo poder público e pelo baixo investimento de produções científicas sobre o tema. A falta de interesse do Estado na produção de conhecimento acerca dessa adversidade enfrentada pela população brasileira demonstra a sua opção por não atuar na problemática e permanecer inerte frente a ela. Como bem demonstrado há 57 anos por **Bachrach e Baratz**,¹⁴ não fazer nada em relação a um problema também é uma forma de política pública.

A partir da discussão feita ao longo do texto, nota-se que a atuação estatal na reincidência juvenil por meio de políticas públicas eficazes, com o propósito de reduzir o número de adolescentes reincidentes atacando os fatores de risco socialmente existentes, representaria também uma forma de combater a violência presente na sociedade atual. Dessa maneira, é imprescindível que haja tentativa estatal de compreender a realidade social, a partir da análise de dados e do investimento em pesquisas, para que se adeque a atuação do poder estatal no que diz respeito à proteção das crianças e dos adolescentes em situação de vulnerabilidade e qualifique os programas já disponíveis àqueles que estão entregues a uma trajetória infracional.

Assim, um sistema que pode ser transparente, mas não é, quer ser opaco e, dessa forma, não só impede a fiscalização das políticas governamentais adotadas, bem como abre margem a governos totalitários, opressivos e antidemocráticos. Tais governos atuam com base em propostas populistas, ganhando visibilidade sem qualquer fundamentação científica e operando em desconformidade com a doutrina da proteção integral adotada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Notas

- ¹ "Public policy is whatever governments choose to do or not to do" (DYE, 1984, p. 3).
- ² "(...) não se pode deixar de apontar que os países que têm obtido resultados positivos (redução da reincidência), em relação ao problema da delinquência juvenil, são aqueles em que as decisões e as intervenções nesse campo são solidamente fundamentadas em teorias e métodos cientificamente testados e adaptados a cada realidade" (MARUSCHI; BAZON, 2014).
- ³ "Art. 3º Compete à União: II - elaborar o Plano Nacional de Atendimento Socioeducativo, em parceria com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (...) IV - instituir e manter o Sistema Nacional de Informações sobre o Atendimento Socioeducativo, seu funcionamento, entidades, programas, incluindo dados relativos a financiamento e população atendida." (BRASIL, 1988).
- ⁴ "O ato infracional pode até ser o mesmo, mas as motivações para a prática, as características e as necessidades do adolescente podem ser muito diferentes e exigir, portanto, intervenções específicas, seja no tipo de medida, na amplitude desta e mesmo na abordagem, que a rigor deveria ser adaptada às características de personalidade, às habilidades e ao estilo de aprendizagem do jovem" (INSTITUTO SOU DA PAZ, 2018, p. 58).
- ⁵ "Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura,

- à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: (...) c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas." (BRASIL, 1990).
- ⁶ MARUSCHI; ESTEVAO, 2014.
- ⁷ "The more risk factors that accumulate in an individual or in a particular setting, the higher the likelihood that the individual will become involved in youth violence or that violence occurs in a certain setting" (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2015, p. 13).
- ⁸ "Art. 8º - É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas. (...) § 2º Para cumprimento do disposto no caput, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet)." (BRASIL, 2011).
- ⁹ Idem, ibidem.
- ¹⁰ INSTITUTO SOU DA PAZ, 2018.
- ¹¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2012.
- ¹² TJDFT, 2016.
- ¹³ MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS, 2009 a 2017.
- ¹⁴ BACHRACH, P. e BARATZ, M. S., 1962, p. 952.

Referências

BACHRACH, P. e BARATZ, M. S. "Two Faces of Power". *American Science Review*, v. 56, n. 4, p. 947-952, dez. 1962.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm. Acesso em 27 de jul. 2020.

BRASIL. *Lei Federal Nº 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 2 jul. 2020.

BRASIL. *Lei Federal Nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012*. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm. Acesso em: 27 jul. 2020.

BRASIL. *Lei Federal Nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 27 jul. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Panorama Nacional: A execução das medidas socioeducativas de internação*. Brasília, DF: CNJ, 2012. Disponível em https://www.cnjus.br/wp-content/uploads/2011/02/panorama_nacional_doj_web.pdf. Acesso em: 27 jul. 2020.

DYE, T. *Understanding Public Policy*. Englewood Cliffs: N.J.: Prentice Hall, 1984.

INSTITUTO SOU DA PAZ. *Aí eu voltei para o corre*: estudo da reincidência infracional do adolescente no estado de São Paulo. São Paulo: Instituto Sou da Paz, 2018.

MARUSCHI, Maria Cristina; ESTEVAO, Ruth e BAZON, Marina Rezende. Conduta infracional na adolescência: fatores associados e risco de reincidência. *Arq. bras. psicol.*, Rio de Janeiro, v. 66, n. 2, p. 82-99, 2014.

MARUSCHI, Maria; BAZON, Marina. Justiça Juvenil: a aplicação e a execução das medidas socioeducativas pelos parâmetros do modelo "Risco-Necessidade-Responsividade". JAKOBSSON, Andrea; AROUCA, Renata. *A Justiça do Século XXI*. [s. l.]: Instituto Inovare, 2014. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/324951494_Justica_Juvenil_a_aplicacao_e_a_execucao_das_medidas_socioeducativas_pelos_parametros_do_modelo_Risco-Necessidade-Responsividade. Acesso em: 27 de jul. 2020.

RAMIDOFF, Mario Luiz. SINASE: *Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. *Levantamentos Nacionais*. Brasília: SINASE, 2009 a 2016. Disponíveis em <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/crianca-e-adolescente/levantamentos-nacionais>. Acesso em: 27 jul. 2020.

TJDFT. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *O efeito do tempo de internação e do histórico infracional na reincidência em um grupo de egressos da Unidade de Internação do Plano Piloto*. Brasília, DF: TJDFT, 2016.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Preventing youth violence: an overview of the evidence*. Switzerland: World Health Organization, 2015. Disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/181008/9789241509251_eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 27 jul. 2020.

COVID-19 NO COMPLEXO PRISIONAL DE JOINVILLE-SC: UMA ANÁLISE CLÍNICO-EPIDEMIOLÓGICA

COVID-19 IN THE JOINVILLE-SC PRISON COMPLEX: A CLINICAL-EPIDEMIOLOGICAL ANALYSIS

Ana Carolina Hellinger Dimer

Acadêmica de Medicina – Universidade do Contestado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1843872323509119>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1402-7111>

carol_dimer@hotmail.com

Maria Ofélia Camorim Fatuch

Mestre em Pediatria com ênfase em Doenças Respiratórias pela UFPR. Especialista

em Pediatria e Alergia/Imunologia pela UFPR. Graduada em medicina pela

UFPR. Professora pela UFPR. Professora de Pediatria e Pneumologia na UnC.

Emergencista do Hospital Pequeno Príncipe; Gestora da clínica Fatuch.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2662396224175234>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7340-4810>

mariaofelia01@hotmail.com

Resumo: As prisões são locais de alto risco para transmissão de doenças infectocontagiosas. Assim, com o surgimento do novo Coronavírus, a população carcerária entrou em foco, justamente pela impossibilidade de implementar as medidas de higiene e distanciamento social. Objetivou-se, pois, caracterizar o comportamento da COVID-19 no Complexo Prisional de Joinville-SC, a fim de avaliar os impactos para a população carcerária. Para tanto, realizou-se um estudo de natureza quantitativa e objetivo descritivo, executado por meio da análise documental retrospectiva dos casos de COVID-19 diagnosticados na referida instituição, em um período estipulado de 12 meses. Os resultados demonstraram que as medidas implementadas neste ambiente, a fim de impedir o avanço do vírus, foram apropriadas e bem-sucedidas.

Palavras-chave: Coronavírus - Direito Penal - Epidemiologia - Pandemias - Prisões.

Abstract: Prisons are high-risk places for the transmission of infectious diseases. With the emergence of the new Coronavirus, the prison population came into focus, precisely because of the impossibility of implementing hygiene measures and social distance. The objective was to characterize the behavior of COVID-19 in the Prison Complex of Joinville-SC, in order to assess the impacts on the prison population. A study of a quantitative nature and descriptive objective was carried out, carried out through a retrospective documental analysis of the cases of COVID-19 diagnosed at that institution, in a stipulated period of 12 months. The results show that the measures implemented in this place, in order to prevent the virus from spreading, were appropriate and successful.

Keywords: Coronavirus - Criminal Law - Epidemiology - Pandemics - Prisons.

Introdução

Os presídios são considerados há muito tempo ambientes de alto risco para a disseminação de doenças infectocontagiosas (AKIYAMA; SPAULDING; RICH, 2020). Com a COVID-19 não poderia ser diferente, pois se trata de uma doença com maior facilidade de transmissão em locais com aglomeração de pessoas e pouca ventilação.

Os autores Mizumoto e Chowell (2020) realizaram um estudo acerca da evolução epidemiológica da COVID-19 dentro de um navio de cruzeiro asiático, no qual o número médio de reprodução do vírus atingiu valores próximos a 11. Em apenas 16 dias, os casos passaram de 1 para 454 nesse navio.

Assim, pode-se fazer uma analogia com os presídios brasileiros. Neste caso, a contaminação de algum detento poderia gerar consequências desastrosas, não somente para os presos, mas também para os funcionários e para toda a comunidade (AKIYAMA; SPAULDING; RICH, 2020).

Diante disso, objetivou-se identificar o perfil dos pacientes infectados e o impacto do vírus no Complexo Prisional de Joinville, no estado de Santa Catarina. Poucos estudos trazem dados acerca do vírus nas prisões brasileiras, portanto, por se tratar de um trabalho inédito, almejou-se contribuir para a comunidade científica e para a saúde pública.

Material e métodos

Este estudo é de natureza quantitativa e objetivo descritivo, realizado por meio da análise documental retrospectiva dos casos de COVID-19 diagnosticados no Complexo Prisional de Joinville - SC (Presídio e Penitenciária). Foram coletados os dados dos detentos infectados no período de 6 de maio de 2020 a 5 de maio de 2021 (12 meses).

Os dados foram colhidos no dia 7 de maio de 2021, após obtenção do termo de autorização para uso de informações, declaração da instituição envolvida na pesquisa e aprovação do Comitê de Ética em Pesquisa com Seres Humanos da Universidade do Contestado.

Os critérios de inclusão deste estudo foram: detentos infectados no período proposto e confirmação diagnóstica de COVID-19 por meio de algum teste - RT-PCR, teste rápido com *swab* nasal ou teste sorológico. Foram excluídos desta pesquisa os funcionários do presídio.

Objetivou-se coletar dos prontuários médicos os seguintes dados clínicos e epidemiológicos: gênero, idade, peso, altura, sinais e sintomas apresentados, data de início dos sintomas, comorbidades associadas, métodos diagnósticos empregados, necessidade de internamento e a quantidade de dias, assim como a evolução dos casos. As informações obtidas foram tabuladas e analisadas no programa *Excel* (Office 2019).

Resultados e discussões

O surto da COVID-19 teve início em dezembro de 2019 na cidade de Wuhan, na China. A doença, que até então era desconhecida, foi ganhando novas informações sobre suas características clínicas à medida que se espalhou por diferentes regiões do planeta, tornando-se uma ameaça para a saúde pública (POLAK *et al.*, 2020).

E quando se fala em saúde pública, é preciso incluir neste cenário a saúde prisional. O surgimento das prisões marcou o início de uma nova época, sendo uma evolução para a humanidade. Segundo **Foucault** (1975), em sua obra intitulada "Vigiar e punir: Nascimento da prisão", ocorreram muitas transformações na sociedade entre os séculos 17 e 19, de maneira que o poder absoluto dos reis, a tortura e as execuções públicas deram lugar às prisões, no intuito de corrigir os criminosos. No entanto, conforme frisa o filósofo, o poder do Estado para controlar a vida dos cidadãos não ficou menor, apenas mudou de forma, passando a existir menos punição e mais vigilância.

Apesar desta evolução, **Fernando Salla** (1999), em sua obra "As prisões em São Paulo: 1822-1940", evidencia a precariedade existente no sistema carcerário brasileiro na época e que perdura até os dias atuais, como, por exemplo, a deterioração e insalubridade das instalações, a aglomeração excessiva e a carência alimentar. Tais condições as quais os presos são submetidos fazem com que eles se caracterizem como um dos segmentos populacionais de maior risco para a disseminação da COVID-19.

Existem também outros fatores de risco que geram uma maior tendência para adquirir a forma grave da doença, como: idade acima de 50 anos, tabagismo e comorbidades associadas, como diabetes, obesidade e doenças cardiovasculares (ROD; OVIEDO-TRESPALACIOS; CORTES-RAMIREZ, 2020).

Por se tratar de um ambiente hostil, as prisões estão, historicamente, associadas a doenças infectocontagiosas, como AIDS e tuberculose, de forma mais acentuada que a população em geral (DEPEN, 2014). A tuberculose, por exemplo, no Brasil possuía uma taxa de incidência, em 2018, de 34,8 casos/100.000 habitantes (BRASIL, 2019). Entre os detentos, esta taxa pode ser muitas vezes maior e, segundo um estudo realizado por **Macedo, Macedo e Maciel** (2013), entre 2009 e 2010, a taxa de incidência de tuberculose nas prisões foi de 1962,6 casos/100.000 presos.

Até o dia 14 de junho de 2021, o Brasil tinha um total de 702.069 indivíduos encarcerados. Dentre eles, foram 57.857 infectados pela COVID-19, 27.481 casos suspeitos e 218 óbitos (DEPEN, 2021). Fazendo uma comparação com dados mundiais, segundo informações do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (2021), mais de meio milhão de presos foram contaminados pela COVID-19 em todo o mundo e o número de óbitos foi de 3.800.

Diante dessa nova realidade imposta pela pandemia, algumas medidas foram adotadas no sistema penitenciário brasileiro. As visitas familiares foram suspensas, optou-se pelo regime domiciliar quando há essa possibilidade e por aguardar o julgamento em liberdade em certos casos, visto que a prisão provisória é considerada a principal causa de superlotação dos presídios (SILVA *et al.*, 2021).

Por outro lado, segundo **Tavares, Garrido e Santoro** (2020), tais

medidas parecem ser apenas uma tentativa de isolamento do cárcere em relação à sociedade, visto que essas pessoas recebem cuidados parcos e muitas vezes são abandonadas.

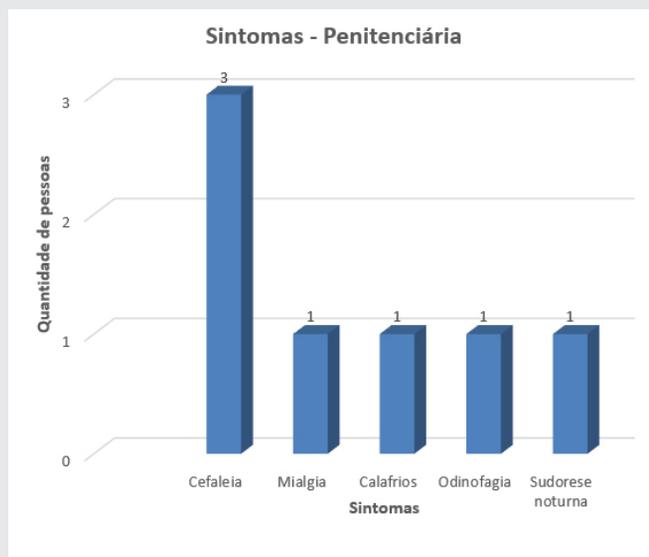
No dia em que os dados foram coletados, o número total de encarcerados no Presídio era de 1.139 indivíduos. Já na Penitenciária, a qual se divide em regime fechado e semiaberto, o número total era de 869 e 163 indivíduos, respectivamente, totalizando 1.032 presos, sendo todos do gênero masculino. A capacidade total do presídio era de 620 pessoas e da penitenciária 670, o que evidencia uma condição de extrema superlotação.

Na Penitenciária Industrial de Joinville existia um local com 10 celas destinado para visitas íntimas. Com a pandemia, as visitas foram suspensas e este local foi transformado em uma área de isolamento. Qualquer preso recém-chegado, mesmo que assintomático, ficava obrigatoriamente 10 dias neste isolamento antes de entrar em contato com os demais. Caso apresentasse sintomas, era realizado o teste sorológico para detecção da COVID-19 e, se o resultado fosse positivo, colocado em isolamento por mais 14 dias, o que valia também para os demais presos que já estavam na penitenciária há mais tempo.

Quanto aos cuidados gerais adotados durante a pandemia, relatou-se que eram colhidos os sinais vitais diariamente em todos os presos e, se testassem positivo para COVID-19, essa medida se tornava mais intensa.

No regime fechado, nenhum caso de COVID-19 foi diagnosticado no período estudado. Já no regime semiaberto, no dia 12 de março de 2021, 2 presos apresentaram sintomas e, por isso, foi realizada testagem em massa no dia 13 de março de 2021. Entre 110 indivíduos testados, 14 casos foram positivos, o que representa 8,5% do total no regime semiaberto. Entre os infectados, 9 (64%) não apresentaram sintomas e 5 (36%) eram sintomáticos. Conforme consta no Gráfico 1, os relatos foram de: cefaleia (60%), mialgia (20%), calafrios (20%), odinofagia (20%) e sudorese noturna (20%).

Gráfico 1 - Relação entre os sintomas apresentados e a quantidade de pessoas que manifestou cada sintoma.

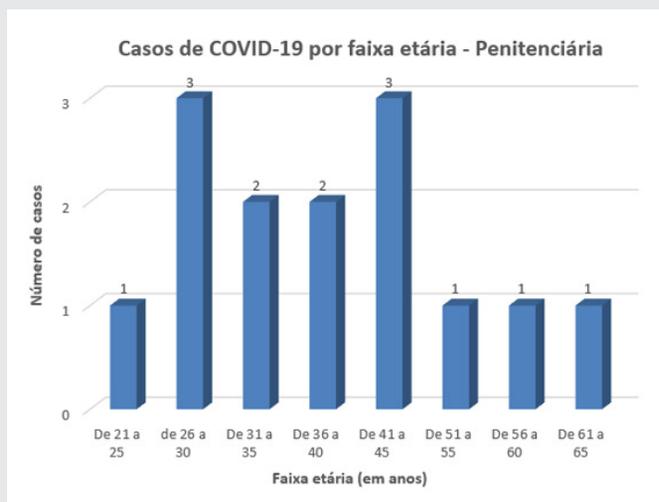


Fonte: Dimer e Fatuch (2021).

Dos pacientes infectados no regime semiaberto da Penitenciária, somente 2 (14,3%) deles apresentavam comorbidades, ambos com hipertensão arterial e diabetes.

Conforme ilustra o Gráfico 2, a idade variou de 21 a 62 anos. 21,43% dos pacientes apresentavam idade acima de 50 anos, correspondendo ao grupo de maior risco.

Gráfico 2 - Quantidade de casos de COVID-19 confirmados, de acordo com a faixa etária, em grupos de 5 em 5 anos.



Fonte: Dimer e Fatuch (2021).

A testagem em massa foi realizada através do teste rápido com *swab* nasal, que detecta a presença do antígeno na nasofaringe. Quanto à evolução dos casos, todos obtiveram cura, sem necessidade de internamento.

No regime semiaberto, os presos podem trabalhar em indústrias durante o dia, com autorização de saída temporária (LEÃO; RODRIGUES, 2016), tendo contato com pessoas externas; o que justifica a contaminação. Porém, a testagem em massa e o isolamento dos infectados parece ter sido o suficiente para evitar a transmissão coletiva.

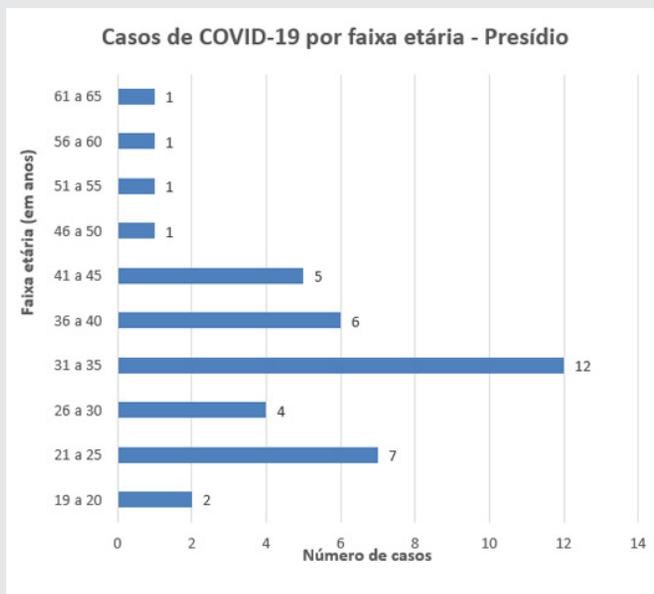
No regime fechado, os presos têm a possibilidade de trabalhar internamente (LEÃO; RODRIGUES, 2016) ou externamente, desde que tenham cumprido no mínimo 1/6 da pena, conforme o art. 37 da Lei 7.210 (BRASIL, 1984). Na penitenciária de Joinville, os presos em regime fechado tiveram contato somente com os funcionários da própria instituição, os quais utilizaram equipamentos de segurança e higiene. Tais medidas de cuidado certamente contribuíram para o êxito na contenção do vírus nesse local.

Quanto aos presídios brasileiros, sabe-se que a maioria excede sua capacidade, uma vez que abriga presos provisórios e até mesmo indivíduos que já tiveram a condenação imposta pela lei ou que têm os julgamentos adiados (RIOS; LISBOA, 2021). Esta é a realidade enfrentada também pelo Presídio Regional de Joinville, que teve um total de 40 infectados no período (3,51% do total de presos neste local).

Quanto aos testes diagnósticos, em 20 (50%) pacientes foi realizado o teste rápido com *swab* nasal, em 19 (47,5%) o teste sorológico e em apenas 1 (2,5%) o RT-PCR. Em relação às comorbidades, somente 1 (2,5%) dos 40 pacientes era hipertenso.

A idade dos infectados variou entre 19 e 64 anos. De acordo com o Gráfico 4, acima de 50 anos, considerados de maior risco, enquadram-se 3 pacientes (7,5%).

Gráfico 3 - Número de casos registrados de acordo com a faixa etária em anos.

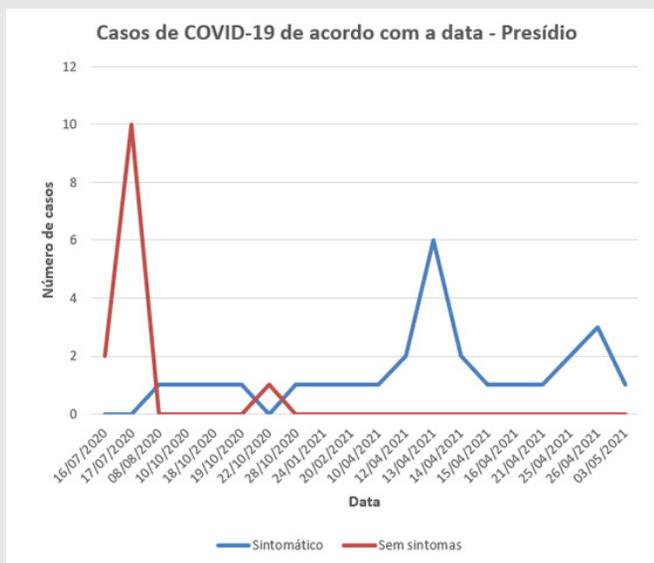


Fonte: Dimer e Fatuch (2021).

Os primeiros casos do presídio foram diagnosticados em pacientes assintomáticos. De acordo com o Gráfico 5, as datas, nos casos assintomáticos, representam o dia em que foi realizado o teste diagnóstico. Já nos casos sintomáticos, as datas representam o início dos sintomas e não necessariamente a data em que foi realizada a testagem.

Os pacientes que foram diagnosticados nos dias 16 e 17 de julho pertenciam a uma mesma cela e, pela disponibilidade de testes, foi realizada a testagem de todos que a integravam, resultando em 12 infectados. Após o dia 17 de julho, os testes foram realizados apenas em pacientes com sintomas, exceto no dia 22 de outubro.

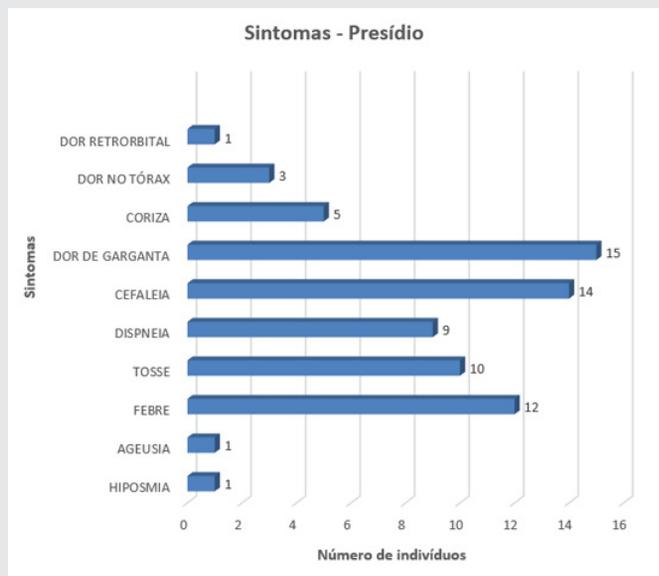
Gráfico 4 - Casos de Covid-19 de acordo com a data - Presídio.



Fonte: Dimer e Fatuch (2021).

Dentre os 27 (67,5%) presos sintomáticos, os relatos foram de (Gráfico 6): hiposmia (3,7%), ageusia (3,7%), febre (44,44%), tosse (37,04%), dispneia (33,33%), cefaleia (51,85%), dor de garganta (55,56%), coriza (18,52%), dor no tórax (11,11%) e dor retroorbital (3,7%).

Gráfico 5 - Relação entre os sintomas apresentados e a quantidade de pessoas que manifestou cada sintoma.



Fonte: Dimer e Fatuch (2021).

Assim como na penitenciária, no presídio todos evoluíram para cura, sem necessidade de internamento.

Após análise dos dados, percebeu-se que faltam muitas informações clínico-epidemiológicas nos prontuários médicos. Há duas hipóteses para explicar este fato: 1- realmente não existem mais pacientes com comorbidades; 2- não há o registro destas informações nos prontuários médicos. Em nenhum prontuário constava a altura e peso dos presos, o que impede o cálculo do Índice de Massa Corpórea (IMC). Este fato pode, por exemplo, ocultar a existência de obesidade, que é uma comorbidade que aumenta o risco para as formas graves de COVID-19.

Essa precariedade evidenciada no sistema de saúde prisional contraria a própria Constituição de 1988, a qual garante que é direito

de todos os cidadãos o acesso universal e igualitário aos serviços de promoção, proteção ou recuperação da saúde (BRASIL, 1988).

As limitações quanto à assistência à saúde podem ser consequência da grande densidade populacional encarcerada, do abandono, estrutura física precária e indisponibilidade de profissionais da saúde de forma integral. É necessário que haja um maior engajamento dos gestores quanto à qualificação dos profissionais de saúde, ações educativas voltadas para a prevenção de doenças, bem como uma assistência mais eficaz para melhorar a qualidade de vida e reduzir os riscos para a saúde dessa população (CARVALHO, *et. al.*, 2016).

Conclusão

Apesar das prisões possuírem um alto risco para a transmissão de doenças infectocontagiosas, a suspensão de visitas íntimas, o isolamento de presos recém-chegados ou infectados, bem como a testagem em massa e os cuidados adotados pelos funcionários da instituição mostraram resultados favoráveis no ambiente de pesquisa. Mesmo com a superlotação e com a impossibilidade de estabelecer medidas de distanciamento, a transmissão do vírus foi controlada e a evolução dos casos auspiciosa.

O desempenho eficaz encontrado no Complexo Prisional de Joinville, no entanto, não reflete a realidade de todas as prisões brasileiras e, por isso, não pode ser generalizado. Acredita-se que os bons resultados encontrados representam uma exceção, não ocorrendo o mesmo controle em todas as cadeias do Brasil.

Quanto à assistência à saúde dos presos, considera-se que há uma falha na sua execução. Os prontuários médicos estavam incompletos e o motivo dessa falta de dados precisa ser melhor investigado. A indisponibilidade de profissionais médicos em tempo integral pode ser um fator contribuinte para esse atendimento limitado. Outra hipótese pode ser de que os profissionais da saúde tenham certo preconceito contra os presidiários, gerando um reflexo negativo na qualidade dos atendimentos e dos prontuários médicos.

Destaca-se, ainda, em relação às dificuldades encontradas durante a pesquisa, a escassez de trabalhos que tratem do tema em questão. Percebe-se, portanto, uma necessidade de maior produção científica, principalmente na área médica, de modo a possibilitar uma melhoria na assistência à saúde dessa população marginalizada.

Referências

AKIYAMA, M. J.; SPAULDING, A. C.; RICH, J. D. Flattening the Curve for Incarcerated Populations – Covid-19 in Jails and Prisons. *The New England Journal of Medicine*, [S.l.], v. 382, n. 22, p. 2075-2077, maio 2020. DOI: 10.1056/NEJMp2005687 Disponível em: <https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMp2005687>. Acesso em: 21 fev. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 de fev. 2021.

BRASIL. *Lei nº7210, de 11 de julho de 1984*. Brasília, DF: Presidência da República, 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 24 jan. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Brasil Livre da Tuberculose: evolução dos cenários epidemiológicos e operacionais da doença*. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2019. Disponível em: <https://portal.arquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2019/marco/22/2019-009.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2021.

CARVALHO, L. E. S. et al. Percepção de detentos sobre a assistência à saúde em um presídio Estadual. *Revista Interdisciplinar*, [S.l.], v. 9, n. 4, p. 79-88, 2016. ISSN 2317-5079. Disponível em: <https://revistainterdisciplinar.uninovafapi.edu.br/index.php/revinter/article/view/660>. Acesso em: 13 de jun. 2021.

COVID-19 já contaminou mais de meio milhão de presos em todo o mundo, aponta UNODC. *UNODC*, [2021]. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2021/03/covid-19-ja-contaminou-mais-de-meio-milhao-de-presos-em-todo-o-mundo--aponta-unodc.html>. Acesso em: 24 jan. 2022.

DEPEN. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen – dezembro 2014*. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen_dez14.pdf. Acesso em: 24 jan. 2022.

DEPEN. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). *Painel de monitoramento dos sistemas prisionais*. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2021. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJRljojYThhMjk5YjgtZWQwYS00ODkLTG4NDEtZGtZTFhMTGzYm>

Q2MGVlliwidCl6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9. Acesso em: 17 jun. 2021.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: Nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramalhe. 39. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

LEÃO, S. M.; RODRIGUES, F. A. O investimento no regime semiaberto como forma de redução da reincidência criminal no Rio Grande do Norte. *Revista Transgressões*, [S.l.], v. 4, n. 1, p. 46-58, maio 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/transgressoes/article/view/8815>. Acesso em: 12 jun. 2021.

MIZUMOTO K.; CHOWELL G. Transmission potential of the novel coronavirus (COVID-19) onboard the diamond Princess Cruises Ship. *Infectious Disease Modelling*, [S.l.], v. 5, n.1, p.264-270, jan. 2020. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.idm.2020.02.003>. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2468042720300063>. Acesso em: 18 fev. 2021.

RIOS, K. M.; LISBOA, T. P. Perfil socioeconômico dos presos provisórios nos presídios de Alagoas. *Qualitas Revista Eletrônica*, [S.l.], v. 22, n. 1, p. 77-87, maio 2021. DOI: 10.18391/req.v22i1.5867. Disponível em: <http://revista.uepb.edu.br/index.php/qualitas/article/view/5867>. Acesso em: 13 jun. 2021.

ROD, J. E.; OVIEDO-TRESPALACIOS, O.; CORTES-RAMIREZ, J. A briefreview of the risk factors for covid-19 severity. *Revista Saúde Pública*, São Paulo, v. 54, n.1, p. 60-60, jul. 2020. DOI: <https://doi.org/10.11606/s1518-8787.2020054002481>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rsp/article/view/172287>. Acesso em: 20 fev. 2021.

SALLA, Fernando. *As prisões em São Paulo: 1822-1940*. São Paulo: Annablume/ Fapesp, 1999.

SILVA, I. X. et al. A decadência do sistema prisional brasileiro e as medidas alternativas para o enfrentamento do COVID-19. *Jornal Eletrônico FIVJ*, [S.l.], v. 13, n. 1, p.160-177, fev. 2021. Disponível em: <https://jornaleletronicofivj.com.br/jefvj/article/view/783>. Acesso em: 20 fev. 2021.

TAVARES, N. L. F.; GARRIDO, R. G.; SANTORO, A. E. R. Política de saúde no cárcere fluminense: impactos da pandemia de COVID-19. *Revista Estudos Institucionais*, v. 6, n. 1, p. 277-300, abr. 2020. DOI: 10.21783/reiv6i1480. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/480>. Acesso em: 19 fev. 2021.

Recebido em: 14.10.2021 - Aprovado em: 15.01.2022 - Versão final: 18.02.2022

ANÁLISE DE DECISÕES CONCESSIVAS DE ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PELO TJ/MS NO CONTEXTO DA POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS

ANALYSIS OF CONCESSIVE DECISIONS IN *HABEAS CORPUS* BY TJ/MS IN THE CONTEXT OF CRIMINAL DRUG POLICY

Camila Maués dos Santos Flausino

Mestre em Direito FDRP/USP. Pós-graduanda (lato sensu) em Ciências Criminais FDRP/USP. Defensora Pública do Estado de Mato Grosso do Sul.

Ex-Defensora Pública dos Estados do Amazonas e Piauí.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8783288408891303>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2295-2817>

camilamsflausino@gmail.com

Resumo: Através do presente estudo, procedeu-se à análise qualitativa de decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (TJ/MS) no período de dois anos (entre 01/07/2019 a 30/06/2021), com o fim de compreender a performance desta corte no controle sobre prisões preventivas decretadas em casos de tráfico de drogas, valendo-se da dinâmica correlacional entre quantidade e natureza da droga apreendida (variáveis independentes) com a tendência decisória de concessão de ordens de Habeas Corpus (variável dependente). Aferiu-se, ao final, que, nesses casos, o TJ/MS performatiza um controle fático sobre prisões preventivas e que esse controle, sob determinadas invariáveis (primariedade e demais condições pessoais favoráveis), não importa em afrouxamento da política criminal de enfrentamento ao tráfico de drogas prevalente no país.

Palavras-chave: Tráfico de drogas – Prisão preventiva – *Habeas Corpus* – Política criminal de drogas.

Abstract: Through this study, a quantitative and qualitative analysis of decisions rendered by the Court of Justice of Mato Grosso do Sul (TJ/MS) in a two-year period (between (07/01/2019 to 06/30/2021)), in order to understand the performance of this court in the control of preventive arrests decreed in cases of drug trafficking, making use of the correlational dynamics between the quantity and nature of the drug seized (independent variables) with the decisional tendency to grant orders for Habeas Corpus (dependent variable). In the end, it was verified that, in these cases, the TJ/MS performs a factual control over preventive arrests and that this control, under certain invariables (primarity and other favorable personal conditions), does not matter in the loosening of the criminal policy to confront the drug trafficking prevalent in the country.

Keywords: Drug trafficking – Pre-trial detention – *Habeas Corpus* – Criminal drug policy.

Introdução

A questão das drogas no Brasil é um problema social que de longe não encontra solução.¹ O Poder Judiciário arvora-se como campo legitimado de repercussão de decisões político-criminais normatizadas e consiste em um efetivo porta-voz das estratégias de Estado concernentes às drogas, de forma que sua atuação jurisdicional cotidiana é forjada em conformidade com medidas repressivas atinentes à matéria.

Nesse viés, a decretação de prisão preventiva a pessoas presas por conduta qualificada em concreto como tráfico de drogas segue a lógica repressiva delineada pelo Estado, sob o solo processual penal, dentro das fronteiras rígidas estabelecidas pelos direitos e garantias fundamentais.²

A vedação à concessão de liberdade provisória, prevista no art. 44, *caput*, da Lei 11.343/2006, foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* n. 104.339/SP,³ ao declarar, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da expressão por violação ao princípio da proporcionalidade. Nesse horizonte, os requisitos e pressupostos para a decretação da preventiva devem ser analisados casuisticamente, quando da análise do pedido de representação da autoridade policial ou requerimento do

Ministério Público, devendo a decisão ser motivada e fundamentada em concreto, sendo defeso ao magistrado impor essa cautelar segregatória de ofício.

O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (TJ/MS) atua politicamente em matéria de combate ao tráfico de drogas, apresentando elementos decisórios coerentes com o tratamento normativo mais gravoso conferido pelo legislador e pelo Executivo ao sujeito ativo desse delito.⁴ Não obstante, atua como freio contra excessos casuísticos, que evidenciam a desnecessidade fática de prisões preventivas ao conceder ordens de *Habeas Corpus* sob determinadas condições subjetivas e fáticas.

Assim, neste estudo, busca-se compreender como se dá esse controle sobre as prisões preventivas, a partir da dinâmica relacional entre a quantidade da droga apreendida e a natureza do entorpecente que conduzem a decisões concessivas de liberdade a pacientes primários e que portam condições pessoais favoráveis.

1. O tratamento processual conferido à pessoa presa por tráfico de drogas: uma análise qualitativa de decisões do TJ/MS

Nesse contexto, relativamente ao enfrentamento ao tráfico de drogas, o Poder Judiciário brasileiro, a seu turno, adota posturas e estratégias típicas de política criminal no exercício de sua

função jurisdicional, que merecem atenção especial, uma vez que repercutem diretamente no sistema penal e na sociedade.

Uma dessas estratégias experienciadas no dia a dia forense é o rigoroso tratamento processual repressivo que o Judiciário dispensa a pessoas surpreendidas em situação qualificada pela autoridade policial como tráfico de drogas em contexto flagrancial, de forma que a prisão preventiva é utilizada como importante instrumento de política criminal de enfrentamento ao tráfico de drogas. Reforça-se o caráter político-criminal da jurisdição penal no tema e, somado a isso, a ausência de critérios legais objetivos para diferenciação de condutas relativas ao porte para consumo pessoal e à traficância, o que contribui para a discricionariedade e a insegurança jurídica na análise dos requisitos e pressupostos atinentes à decretação de prisão preventiva, nos termos do art. 312, do Código de Processo Penal (CPP).

1.1. Da Metodologia

Para a pesquisa, através do sítio eletrônico do TJ/MS na Internet, foram consultados ao todo 74 (setenta e quatro) acórdãos no banco de jurisprudência da segunda instância, proferidos no intervalo de dois anos⁵ e ordenados conforme a data de publicação. Foram utilizadas as seguintes chaves de busca: "data de publicação: de 01/07/2019 a 30/06/2020 e de 01/07/2020 a 30/06/2021", "classe: Habeas Corpus criminal", "assunto: tráfico de drogas e condutas afins" e ementa contendo "primário" e "drogas" e "primária" e "drogas". A pesquisa exploratória consistiu em levantamentos informacionais de acórdãos nas três câmaras criminais e nas duas seções criminais do TJ/MS. Para o primeiro conjunto de parâmetros identificadores "primário" e "drogas" foram localizados 58 (cinquenta e oito) acórdãos e para o segundo conjunto, "primária" e "drogas", foram encontrados 16 (dezesseis) acórdãos.

Desse universo de 74 (setenta e quatro) acórdãos, 17 (dezessete) foram desprezados na investigação, porque ou a) em três não se referiam a paciente com condições pessoais favoráveis, como a primariedade ou ausência de antecedentes criminais; ou b) porque em dois foi denegada a ordem de *Habeas Corpus*, a despeito da primariedade do paciente, em razão da alegada grande quantidade de entorpecente apreendido (344,4 kg de maconha em um e 1.010,1 kg de maconha em outro); ou c) porque em um restou evidenciado um contexto que implicava traficância para além da mera apreensão da droga, como porte de fuzil e rádio transmissor; ou d) porque noutro não foi conhecida a ação de *Habeas Corpus* devido à litispendência; ou e) porque em cinco a ordem foi concedida por motivo humanitário (com destaque para cumprimento do HC coletivo 143.641/SP); f) ou porque em três a ordem foi concedida por ausência de fundamentação idônea, sem aferição de quantidade da droga; ou g) porque, por fim, em dois, o TJ/MS discutiu, precipuamente, a (in) existência de *periculum libertatis* no caso concreto, também sem aferição de quantidade da droga. Em síntese, esses achados foram descartados, pois não contribuem para a análise da tendência decisional do TJ/MS para a concessão de *Habeas Corpus* frente ao cruzamento entre quantidade da droga e sua natureza à vista de condições pessoais favoráveis do paciente.

O gênero do paciente foi propositadamente neutralizado, tornando-o uma variável de controle, com o escopo de impedir a interferência na análise da relação entre variáveis independentes e dependentes (LAKATOS; MARCONI, 2003, p. 138-144). Em outros termos, nos casos analisados, o gênero não foi um fator determinante para o resultado, ou seja, na decisão de soltar ou manter encarcerado o paciente.

Foram somadas as quantidades de cocaína e crack ou cocaína e *skunk* (também chamada de *skank*), por possuírem natureza semelhante, e, nos casos de apreensão de duas espécies de drogas diversas, como maconha com cocaína, maconha com crack ou maconha com outras drogas semissintéticas ou sintéticas, como *ecstasy*, considerou-se o montante maior, para o fim de averiguação da posição de preponderância da natureza dos entorpecentes. O TJ/MS foi selecionado enquanto *locus empírico* para o presente estudo, em razão da autora atuar nesse Estado como Defensora Pública e ter acesso irrestrito ao banco de jurisprudência pelo *site* da corte, o que se mostrou enquanto contexto significativo.

1.2. Do resultado

Sem apreciar a densidade semântica da redação utilizada nos julgados, o resultado levantado revela o entrosamento entre as variáveis independentes "quantidade de droga" (metrificável) e "natureza do entorpecente apreendido", sob idêntica influência da primariedade e de outras condições pessoais favoráveis diversas (invariáveis), e como a variável dependente resultante (ordens de *Habeas Corpus*, com revogação da prisão preventiva) desvela, por conseguinte, uma margem de decisão revocatória, que permite a conclusão de que haverá grande probabilidade de ter uma ordem de *Habeas Corpus* deferida (variável dependente) entre 0,5 grama a 1.000 gramas de cocaína⁶ ou outras substâncias sintéticas ou semissintéticas, e de 1,8 grama a 8.810 gramas de maconha.⁷

Outra conclusão é que a concessão da ordem de *Habeas Corpus* junto ao TJ/MS, no que concerne ao tráfico de drogas, subordina-se a dois critérios positivos, quais sejam: à presença de pequena quantidade de droga (independentemente de sua natureza) e de condições pessoais favoráveis, bem como a um critério negativo correspondente à ausência de circunstâncias objetivas e contextuais, que descartam a hipótese de tráfico de drogas ilícitas no caso concreto.

2. Apontamentos críticos sobre o resultado obtido

Com o levantamento acima detalhado, evidenciou-se como se dá a atuação responsiva do TJ/MS em julgamentos de *Habeas Corpus*, cuja tônica argumentativa defensiva centra-se na quantidade e na natureza da droga, de modo a sanar ilegalidades apontadas em prisões preventivas desnecessárias.

A partir da compreensão dessa performance institucional, dinâmica no período delimitado, infere-se a importância de uma corte de segunda instância vigilante a ilegalidades e de uma defesa técnica efetiva, que conduza ao tribunal situações fáticas de aprisionamentos abusivos remediáveis pela via do *Habeas Corpus*. Essa interface dialógica no campo judiciário caracteriza importante aspecto do Estado Democrático de Direito, garantidor, a um só tempo, do acesso à justiça e do alinhamento desse Estado ao seu dever de coerência interna, com sujeição às leis e sanando seus desvios.

O recorte aponta para um padrão de decisão do TJ/MS, com elementos narrativos próprios construtores dos argumentos alijadores da ilegalidade prisional nas decisões analisadas, na valoração da quantidade e da natureza da droga; entretanto, não expõe subsídios que assegurem uma sistematicidade intrínseca ou um paradigma metódico de julgamento dos *Habeas Corpus* diante da variável independente (e comensurável) "quantidade de droga".

Por outro lado, inferiu-se excessiva discricionariedade dos juízes de primeiro grau na interpretação do que se compreende "pequena

quantidade de droga” ou “não elevada quantidade de droga” (elementos narrativo-textuais comuns nas decisões analisadas), decisiva para discriminar a conduta de posse de droga para consumo pessoal de tráfico, conforme dispõe o art. 28, §2º, da Lei 11.343/2006. Essa inferência resulta em outra, consequencialmente: que o juízo de primeiro grau tende a não seguir o padrão de decisão do TJ/MS delineado para essa discussão.

Outra constatação é que o padrão de decisão da corte é coerente com o discurso oficial de política criminal repressiva às drogas, ao continuar referendando persecuções penais em andamento no primeiro grau com grande probabilidade de desclassificação para o crime de posse para consumo pessoal, a despeito de declarar, na maioria dos julgados analisados, diminutas porções de drogas com baixa lesividade à saúde pública e à míngua de indicativos objetivo-contextuais de traficância.

Por fim, o recorte não permitiu analisar os subpadrões de julgamento das três câmaras e das duas seções criminais, o que instiga outros estudos em conformidade com a metodologia proposta, com vistas à previsibilidade decisional em cada um desses órgãos jurisdicionais, sem prejuízo da análise do discurso neles aplicado.

Considerações finais

Dessa forma, evidenciou-se, através de um recorte temporal e institucional de decisões, como o TJ/MS age sob a política criminal

de enfrentamento às drogas à qual se filia, ao conhecer e julgar ações de *Habeas Corpus* de pacientes primários e que ostentam demais condições pessoais favoráveis, ante a ausência de demais elementos objetivos-circunstanciais que contextualizam a traficância (como, por exemplo, o local e as condições em que se desenvolveu a ação, nos termos do art. 28, §2º, da Lei 11.343/2006).

Nesse espaço de decisão politicamente qualificado, verificou-se que o TJ/MS, à vista do banco de dados levantado nesse breve estudo, não se porta aleatoriamente na individualidade de cada provocação. Pelo contrário, exerce um controle fático sobre a necessidade de prisão preventiva, em conformidade com um *standard* genérico de gestão do princípio da presunção de inocência, cujo ponto de inflexão assenta-se na quantidade de droga apreendida e na natureza dessa droga, de forma que ambos, quantidade e natureza, preponderam sobre as condições pessoais favoráveis (inclusive primariedade), em uma escala valorativa perceptível a partir da análise de acórdãos do tribunal. Sob esse horizonte, o TJ/MS age, enquanto segundo grau de jurisdição, como freio concreto dos excessos da atuação político-criminal estatal em matéria de drogas, em situações que envolvam a apreensão de 0,5 grama a 1.000 gramas de cocaína ou outras substâncias sintéticas ou semissintéticas, e de 1,8 grama a 8.810 gramas de maconha, muito embora esse controle fático sobre prisões preventivas, com o fim de contornar excessos casuísticos, não implique arrefecimento da política de drogas pelo TJ/MS.

Notas

- 1 Para uma análise detida e cuidadosa sobre a política criminal de drogas no Brasil, vide: MORAIS, 2014, p. 181-233.
- 2 Sobre o discurso de guerra às drogas, trazendo elementos histórico-contextuais: VALOIS, 2016, p. 4-5. Em uma perspectiva comparativa: DE FILIPPO, 2021, p. 4-5.
- 3 BRASIL, 2012.
- 4 Sobre a natureza política das decisões judiciais criminais, vide: ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2003, p. 65.
- 5 O banco de jurisprudência do TJ/MS permite a busca de decisões com período de até um ano. Por essa razão, a busca foi fracionada em dois blocos de um ano, permitindo uma pesquisa cronologicamente mais ampla. Optou-se por delimitar a pesquisa temporalmente em dois anos, por se considerar uma margem razoável indicativa de atualidade dos julgados coletados.
- 6 Trata-se do HC n. 1400287-70.2020.8.12.0000 (julgado em 30/01/2020), em que a 3ª Câmara Criminal decide, por unanimidade, pela concessão parcial da ordem para substituir a prisão preventiva por medidas cautelares pessoais diversas, sob o

- fundamento de que “inobstante a natureza da droga seja de fato muito perniciosa (cocaína), a quantidade apreendida (um quilo), não é tão elevada, a ponto de levar, por si só, agentes primários, sem antecedentes penais, com residência fixa na capital e trabalho lícito, acusados de crimes praticados sem emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, à segregação cautelar”.
- 7 Trata-se do HC n. 1404688-78.2021.8.12.0000 (julgado em 27/04/2021). A 2ª Câmara Criminal, por unanimidade, concedeu a ordem de *habeas corpus* à paciente, primária e com bons antecedentes, entendendo não ser elevada quantidade de substância entorpecente apreendida 8,810 gramas de maconha. Em importante achado, a 3ª Câmara Criminal, no HC n. 1409798-92.2020.8.12.0000 (julgado em 20/08/2020), por unanimidade, entendeu, diante de 4,05 kg de maconha, que “ainda que relevante [a quantidade da droga], não é tão elevada assim, a ponto de, por si só, demonstrar periculosidade do paciente, o qual, como visto, comprovou não possuir antecedentes, ter residência fixa e que possuía trabalho lícito, registrado na drogaria popular farma”.

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Habeas Corpus nº 104339/SP*. Relator: Min. Gilmar Mendes, 10 de maio 2012. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20121205_239.pdf. Acesso em: 23 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Habeas Corpus nº 143641/SP*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 20 de fevereiro 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748401053>. Acesso em: 23 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 11.343/2006, de 23 de agosto de 2006. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 24 ago. 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 08 abr. 2022.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. Trad. Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2004.

DE FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. War on Drugs e algumas das irracionalidades do art. 33 da Lei nº 11.343/2006. *Boletim Ibccrim*, São Paulo, ano 29, n. 341, p. 4-5, abr. 2021.

FREITAS FILHO, Roberto et al. Metodologia de Análise de Decisões - MAD. Univ. Jus, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul./dez. 2010. Semestral. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/download/1206/1149>. Acesso em: 21 jul. 2021.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça (3ª Câmara Criminal). *Habeas Corpus 1400287-70.2020.8.12.0000*. Relator: Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, 30 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://esaj.tjms.jus.br/cposg5/search.do?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=1400287-70.2020&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=1400287-70.2020.8.12.0000&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO>. Acesso em: 08 abr 2022.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça (2ª Câmara Criminal). *Habeas Corpus 1404688-78.2021.8.12.0000*. Relator: Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, 27 de abril de 2021. Disponível em: <https://esaj.tjms.jus.br/cposg5/search.do?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=1404688-78.2021&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=1404688-78.2021.8.12.0000&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO&gateway=true#>. Acesso em: 08 abr 2022.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça (3ª Câmara Criminal). *Habeas Corpus 1409798-92.2020.8.12.0000*. Relator: Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, 20 de agosto de 2020. Disponível em: <https://esaj.tjms.jus.br/cposg5/search.do?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=1409798-92.2020&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=1409798-92.2020.8.12.0000&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO#>. Acesso em: 08 abr 2022.

MORAIS, Renato Watanabe de; LEITE, Ricardo Savignani Alves; VALENTE, Sílvio Eduardo. Breves considerações sobre a política criminal de drogas. In: DROGA: uma nova perspectiva. SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). São Paulo: IBCCRIM, 2014, p. 181-233.

OLMO, Rosa del. *A face oculta da droga*. trad. Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

VALOIS, Luís Carlos. O Direito Penal da guerra às drogas. *Boletim Ibccrim*, São Paulo, ano 24, n. 286, p. 4-5, set. 2016.

WACQUANT, Lôic. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: F. Bastos, 2001, Revan, 2003.

ZAFFARONI, E. R.; BATISTA, N.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

Recebido em: 23.10.2021 - Aprovado em: 07.02.2022 - Versão final: 08.04.2022

DA (IN)COMPATIBILIDADE ENTRE O DOLO EVENTUAL E A TENTATIVA

(IN)COMPATIBILITY BETWEEN THE EVENTUAL INTENT AND THE ATTEMPT

Salvador Scarpelli Neto

Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal. Bacharel em Direito pela PUC-Campinas. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3125834211572747>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5064-4806>

salvadorneto@scarpelli.adv.br

Resumo: O breve estudo tem como finalidade verificar a (in)compatibilidade do dolo eventual com a tentativa. Para tanto, analisa-se o posicionamento da doutrina pátria sobre a natureza daquela categoria subjetiva. A partir do entendimento majoritário, apresentam-se as razões pelas quais afirma-se a incongruência, qual seja: a significativa redução do elemento volitivo no dolo eventual e a inerente demanda deste elemento na figura da tentativa. Por fim, analisando o precedente do Superior Tribunal de Justiça, além de verificar qual a linha seguida, estrutura-se uma crítica quanto aos fundamentos utilizados. Faz-se isso para evidenciar que, ao conjugar o dolo eventual com a tentativa, viola-se os limites dogmáticos impostos pelo ordenamento jurídico e alarga-se inadequadamente o âmbito do poder punitivo.

Palavras-chave: Dogmática penal - Dolo eventual - Incompatibilidade - Tentativa.

Abstract: In this brief text, aims to verify the (in)compatibility of the *dolus eventualis* with the attempt. For this purpose, the position of the national doctrine on the nature of that subjective category is analyzed. From the majority understanding, the reasons why the incongruity is stated are presented, namely: the significant reduction of the volitional element in the eventual intent and the inherent demand of this element in the figure of the attempt. Finally, analyzing the precedent of the Superior Court of Justice, in addition to verifying which line was followed, a critique is structured as to the fundamentals used. This is done to show that, by combining that subjective category with the attempt, the dogmatic limits imposed by the legal system are violated and the scope of the punitive power is inadequately extended.

Keywords: Penal dogmatic - Eventual intent - Incompatibility - Attempt.

O posicionamento majoritário sobre o dolo eventual

Em razão da proposta e do pequeno espaço disponível, não se elencará pormenorizadamente como cada doutrinador(a) brasileiro(a) compreende o dolo eventual, nem tampouco se esmiuçar a historiografia jurídico penal sobre as teorias implementadas no país. O que se faz, desde logo, é apresentar como o posicionamento majoritário edifica esse elemento subjetivo do tipo.

A literatura científica, influenciada pelo desenho estruturado pelo sistema finalista, alinha-se à corrente volitiva, que compreende que o dolo é composto por dois elementos: um de natureza cognitiva e o outro, anímica. Assim, para expressar essa teoria, apesar das diferentes fórmulas linguísticas, conceitua-se o dolo como a "vontade consciente de realizar o tipo objetivo de um crime" (CIRINO DOS SANTOS, 2017, p. 132).

Por outro lado, merece rápida menção a tendência adotada por parte da doutrina moderna.¹ Ensina Juarez Tavares² que, em razão da impossibilidade de a vontade sempre ser identificada mediante um procedimento empírico, desenvolveu-se um debate dividido entre tomar o dolo no sentido psicológico-descritivo, de um lado, e, do outro, pelo viés normativo-atributivo. Com a adoção de um critério normativo para defini-lo, desaguou-se em uma corrente cujo principal fundamento é justamente o afastamento da vontade como requisito para a configuração da figura.

Apesar de serem instigantes os argumentos lançados para erigir essa linha de pensamento, é certo que no país o posicionamento majoritário da doutrina e da jurisprudência, como dito, é justamente considerar o dolo enquanto categoria composta pela consciência e pela vontade.

Por conta disto, o presente texto se restringe, a partir dos elementos

da teoria volitiva, a verificação da (in)compatibilidade entre o dolo eventual e a tentativa.

Ora, até esse ponto, restou claro que o dolo é compreendido como o conhecimento e a vontade de realização dos elementos do tipo. Em função das diferentes maneiras de arranjo entre esses dois componentes, derivam-se, tradicionalmente, três espécies de dolo. Assim, afirma-se o dolo direto, o dolo direto de segundo grau, ou dolo de consequências necessárias, e, por fim, o dolo eventual.

É justamente nessa última modalidade de dolo que a problemática aparece. Isso porque o enfraquecimento dos elementos anímico e cognitivo fazem com que a fronteira de distinção entre o dolo eventual e a culpa consciente fique nebulosa.

Para edificar os componentes do dolo eventual, de modo a diferenciá-lo da culpa consciente, foram elaboradas diversas teorias. Dentre as teorias volitivas, "a mais importante é a do consentimento, a única compatível com o Código Penal brasileiro, que a acolhe na modalidade da assunção do risco (art. 18, I, segunda parte)" (TAVARES, 2018, p. 285). Com isso, resta configurada essa modalidade de imputação subjetiva quando o resultado típico é incorporado na vontade do agente, de modo a assumir o risco de sua produção.

Por força dessa definição, conclui-se que o agente não quer diretamente o resultado, mas concorda com a sua ocorrência, haja vista atuar de tal modo que o incorpora como consequência provável ou possível de sua ação. Assim, diferentemente do que ocorre no dolo direto, o resultado não se afigura como certo na consciência do agente. O comportamento, portanto, não é propriamente dirigido ao resultado, mas à violação do dever de cuidado objetivamente imposto.

A (in)compatibilidade entre o dolo eventual e a tentativa

As categorias indicadas acima não são meras abstrações. Ao revés, incorporam-se em uma estrutura típica específica, já que tratam de descrever condutas caracterizadas pela presença do dolo enquanto elemento subjetivo do tipo.

Muito embora haja semelhança, o que se afirma, com isso, é que se está diante de maneiras diferentes de se imputar o produto da ação praticada.

Consequentemente, dadas suas diferenças estruturais, para cada uma das modalidades vistas, haverá uma maneira singular de se atribuir a realização dos elementos objetivos do tipo.

E não poderia ser diferente, pois é certo que para cada uma dessas espécies de dolo há dinâmicas fáticas correspondentes, que são próprias e diferentes entre si. Isso significa, portanto, que, por mais que se trate de uma tarefa valorativa, a adequação típica deve ser realizada em conformidade com as particularidades reais de cada um dos acontecimentos no mundo.

Ora, sendo certo que “o ser da conduta impõe limites para a construção abstrativa dos diferentes conceitos científicos que a partir dele serão elaborados” (ZAFFARONI *et al*, 2019, p. 101), tem-se como imperioso o respeito ao limite ôntico imposto pela especificidade da intensidade dos elementos do dolo eventual.

Com isso não se afirma que as consequências jurídicas são derivadas de meros fatos naturalísticos. A todo o contrário, reconhece-se que o conceito de ação é construído pelo Direito Penal, mas “o procedimento construtivo é a abstração a partir da realidade da conduta que, embora não imponha nenhum conceito, limita a construção do conceito (não se pode abstrair o que não existe)” (ZAFFARONI *et al*, 2019, p. 103).

Como consequência, não se pode edificar um arranjo típico sem correspondência com a realidade, sob pena de se construir algo inexistente.

Frente a isso, deve-se, agora, realizar a comparação da estrutura típica do dolo eventual com a figura prevista no inciso II, do artigo 14, do Código Penal, de modo a se verificar se, caso o resultado típico não ocorra, ainda assim será possível imputar os outros efeitos produzidos.

Da análise do conjunto de elementos típicos estabelecidos pelo referido artigo, observa-se a estrutura da tentativa: início de execução; não ocorrência do resultado; e circunstâncias alheias à vontade do agente impedindo a consumação.

Da leitura do artigo, conclui-se que o termo execução está vinculado à realização do tipo, sem, contudo, atingir o resultado. Isso porque, este não é alcançado por razões outras que escapam à vontade do agente.

Verifica-se, portanto, a composição de dois critérios: correspondência formal do tipo e plano do autor.

Assim, na medida em que “a estrutura subjetiva e objetiva do tipo de injusto está fundada nas dimensões psíquica e fática das ações humanas, que fundamentam todas as modernas teorias sobre o fato punível” (CIRINO DOS SANTOS, 2017, p. 374), então é certo que a tentativa é edificada pelos elementos subjetivo e objetivo. O primeiro diz respeito ao plano do autor sobre o fato, abrangido pelo conhecer do agente e o que deve ser alcançado pelo seu querer, ao passo em que o segundo versa sobre o início do comportamento que põe em marcha a execução do tipo de injusto.

Ademais, a expressão “circunstâncias alheias à vontade do agente” revela que só há de se falar em tentativa, sob o enfoque da tipicidade, se o agente queria o resultado, ou seja, tinha vontade direcionada para o resultado, o que somente ocorre com o dolo direto.

Tem-se, portanto, que, para a configuração da tentativa, não basta o querer o resultado, mas principalmente a necessidade de se iniciar um comportamento que represente um grau mínimo de perigo ao bem jurídico.

E a modalidade subjetiva do dolo eventual não fundamenta a atribuição na intenção de realizar o delito, mas na anuência ao seu resultado em razão de um comportamento violador da norma objetiva de cuidado.

Por conta disso, desagua-se na conclusão de que a ausência de vontade que dirigia a ação especificamente ao resultado típico implica também a inexistência de dominabilidade plena do fato, já que o curso causal, enquanto plano direcionado ao resultado, não está conscientemente orientado.

Caso contrário, o que se estaria admitindo é uma verdadeira punição, justificada apenas pela vontade contrária ao direito. Isso porque a violação ao dever de cautela já seria suficiente para legitimar a atribuição pela tentativa, restando irrelevante se tratar de um comportamento que, concretamente, representasse um grau mínimo de perigo ao bem jurídico.

Ademais, tal perigo já estaria normativamente demonstrado, já que se trata de uma ação descuidada.

Seguindo tal raciocínio, a tentativa seria intrínseca à conduta praticada, porque ela não é dirigida a um resultado específico, de modo a fazer imputável qualquer efeito ocorrido no mundo que derive da violação, já que todos eles estariam anuídos pelo agente que desobedece ao dever de cuidado.

Por outro lado, se o resultado típico não ocorre e não era querido, posto apenas se assumir a possibilidade de sua ocorrência, não é possível caracterizar a tipificação da tentativa, que exige o início da execução com plano de ação, e “circunstâncias alheias à vontade do agente” obstando a consumação desejada.

E justamente por isto é que se afirma a incompatibilidade entre a figura da tentativa com o dolo eventual, pois, uma vez que a ação

"[...] A AUSÊNCIA DE VONTADE QUE DIRIGIA A AÇÃO ESPECIFICAMENTE AO RESULTADO TÍPICO IMPLICA TAMBÉM A INEXISTÊNCIA DE DOMINABILIDADE PLENA DO FATO, JÁ QUE O CURSO CAUSAL, ENQUANTO PLANO DIRECIONADO AO RESULTADO, NÃO ESTÁ CONSCIENTEMENTE ORIENTADO."

praticada não é volitivamente dirigida ao resultado, não se constata circunstâncias que sejam alheias à vontade de atingi-lo.

Em outros termos, não se pode tentar aquilo que não se quer.

A posição firmada pelo Superior Tribunal de Justiça

Pontua-se, em primeiro, o jurisprudencialismo autoaplicável. Não se debate a questão dogmática posta à apreciação, considerando que a temática é aparentemente enfrentada, haja vista se tratar de mera reprodução de precedentes, em que apenas se menciona o assunto e já se cita julgados anteriores.³ Consequentemente, não há um debate aprofundado a respeito da compatibilidade ou não das categorias aqui postas.

Para além disso, verifica-se dos julgados analisados, que a Corte defende a compatibilidade entre o dolo eventual e a tentativa, porque adota uma posição fincada na equiparação entre dolo direto e dolo eventual, nos termos da expressão contida no inciso I do artigo 18 do Código Penal (BRASIL, 1940), no qual consta que há dolo quando o agente “quis o resultado” ou “assumiu o risco de produzi-lo”:

Nesse panorama, não há falar em incompatibilidade entre o dolo eventual e a figura da tentativa, visto que, quando o agente quis o resultado (dolo direto) ou assumiu o risco de produzi-lo (dolo eventual), há, indistintamente, a figura do dolo, e se em ambas as condutas poderá não se consumir por circunstâncias alheias à vontade do agente, não há que se cogitar de incompatibilidade entre o dolo eventual (espécie de dolo) e o instituto da tentativa. (BRASIL, 2021).

O que pode ser observado também na seguinte decisão:

Diante da diversidade de fundamentos pela admissão ou não do crime tentado praticado com dolo eventual, a questão já aportou a esta Corte, oportunidade na qual se adotou a corrente que considera possível a incidência da referida norma de extensão quando o agente, com a sua conduta, assume o risco de produzir o resultado lesivo, mormente pelo fato de que o próprio legislador ordinário o equiparou ao dolo direito (BRASIL, 2012).

Interessante perceber que esse entendimento se encontra enraizado na Corte Superior. Consta na ementa do Recurso em *Habeas-corpus* 6.797, que é “admissível a forma tentada do crime cometido com dolo eventual, já que plenamente equiparado ao dolo direito; inegável que arriscar-se conscientemente a produzir um evento equivale tanto quanto querê-lo.” (BRASIL, 1998, p. 122).

Tal posicionamento deve ser criticado, porque a questão não pode ser analisada exclusivamente sob o enfoque da equiparação do dolo eventual ao dolo direito, considerando-se apenas o aspecto volitivo da conduta.

Nesta hipótese, prevalecendo a premissa da equivalência, o que se tem é uma negação da estrutura da dinâmica fática descrita pelo próprio dolo eventual. Assume-se um compromisso espúrio, porquanto apenas normativo.

Igualmente, tal posicionamento desagua na infeliz subordinação do Poder Judiciário ao Poder Legislativo, o que acaba por esvaziar totalmente, enquanto ciência jurídica, a dogmática jurídico-penal, haja vista a completa inutilização de qualquer instrumental teórico na interpretação da lei penal. Trata-se apenas de uma cabal aceitação e adequação.

Não é porque ambos são dolo que, necessariamente, se identificam. Ao revés, como já indicado, cada uma dessas modalidades de imputação subjetiva descreve condutas distintas. É a partir desses diferentes núcleos, que a análise sobre a congruência deve ser feita, sob pena de se criar construções estéreis, que não condizem com a complexidade do ser.

A incompatibilidade entre a tentativa e o dolo eventual não é apenas estrutural e típica, mas principalmente ôntica.

Isso porque a intensidade dos elementos cognitivo e volitivo é distinta, indicando situações concretas diversas. Assim, deve ser levado em conta, que assumir o risco de produzir o resultado significa a completa ausência de vontade dirigida a sua realização.

É esta especificidade da estrutura típica do dolo eventual que deve ser lançada quando da análise de sua compatibilidade com a tentativa.

E, como visto, ela impossibilita qualquer imputação que cumule a tentativa quando o agente assumiu o risco de produzir o resultado.

Conclusão

Considerando o que foi verificado, ainda mais frente ao entendimento edificado pelo Superior Tribunal de Justiça, tem-se um inadequado alargamento do âmbito do poder punitivo.

Isso porque, sendo certo que a compatibilidade entre o dolo eventual e a tentativa permite que maiores condutas sejam subsumidas ao tipo doloso, e considerando que este elemento subjetivo do tipo justifica a maior reprovação da conduta praticada, então é inquestionável que mais poder punitivo se espalha pelo tecido social.

Assim, pune-se condutas com maior severidade, quando, em realidade, o fato se enquadra em outra moldura típica, que não aquela descrita pela combinação das tipicidades dos artigos 14, inciso II, e 18, inciso I, segunda parte, ambos do Código Penal (BRASIL, 1940).

Notas

¹ Por todos, para uma análise minuciosa das principais tendências ver: VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

² TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 254.

³ Como exemplo, dentre outros, cita-se: Resp 1.322.788 – SC (2012/0097135-0), rel.

Min. Sebastião Reis Júnior; Habeas Corpus 308.180 – SP (2014/0282037-1), rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca; AgInt Resp 1.668.017 – RS (2017/0100035-8), rel. Min. Sebastião Reis Júnior; AgRg Resp 1.405.123 – SP (2021/0307916-9), rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura; Resp 1.668.615 – RS (2017/0103246-9), rel. Min. Feliz Fischer.

Referências

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 de dez. 1940.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Recurso em Habeas-corpus n. 6.797 – RJ (1997/0065157-6). Relator: Min. Edson Vidigal. *Diário de Justiça*: RDTJSRJ vol. 37, p. 122, 16 fev. 1998.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Agravoregimental no Habeas-corpus n. 678.195 – SC* (2021/0208808-0). Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 20 set. 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=11.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202102088080. Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Habeas-corpus n. 147729 – SP* (2009/0182130-7). Relator: Min. Jorge Mussi, 20 jun. 2012. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=11.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200901821307>. Acesso em: 30 mar. 2022.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal – Parte geral*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade*. v. 2. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

Recebido em: 23.10.2021 - Aprovado em: 08.03.2022 - Versão final: 11.04.2022

O “*PERICULUM IN MORA*” NO DECRETO-LEI 3.240/41 E AS OSCILAÇÕES DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

THE “*PERICULUM IN MORA*” IN DECREE 3.240/41 AND THE OSCILATIONS OF THE JURISPRUDENCE OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE

Marcelo Buttelli Ramos

Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Especialista em Ciências Penais e Pesquisador voluntário associado ao Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais (ITEC). Membro do Departamento de Estudos e Projetos Legislativos do IBCCRIM. Advogado.
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8532081844321742>
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7923-0604>
marcelo@martinscostaebuttelli.adv.br

Felipe Faoro Bertoni

Doutor e mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Pesquisador voluntário associado ao Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais (ITEC). Advogado e Professor Universitário.
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8510766045185680>
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0239-4061>
felipe@fbps.adv.br

Resumo: O presente artigo veicula uma breve reflexão, que toma como objeto a análise da oscilação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça relativamente à configuração do “*periculum in mora*” como pressuposto para a determinação de sequestro de bens, com base nas disposições do Decreto-Lei 3.240/41. No intuito de desenvolver a problemática posta, são explicitadas as duas correntes de pensamento relacionadas ao tema na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, com o intuito de preparar a crítica àquela vertente que preconiza a desnecessidade de verificação do referido pressuposto cautelar. Pretende-se demonstrar, destarte, que os argumentos que embasam essa controvertida dispensa derivam de um tipo de hermenêutica que ignora que o processo penal deve servir como instrumento de defesa das garantias legais e constitucionais do cidadão.

Palavras-chave: Processo Penal – Medidas assecuratórias – Sequestro de bens – Decreto-Lei 3.240/41 – *Periculum in mora*.

Abstract: This article intends to provide a brief reflection about the oscillation verified in the Superior Court of Justice jurisprudence regarding the configuration of the “*periculum in mora*” as a prerequisite for the seizure of assets based on Decree 3.240/41. In this sense, the paper addresses the two jurisprudential currents related to the theme in order to challenge the line of thought that assumes the verification of the aforementioned prerequisite as unnecessary and, beyond that, intend to demonstrate that the arguments that support this controversial line of thought are inspired by a hermeneutic that ignores that the criminal procedure should serve as an instrument to defend the legal and constitutional rights of the citizens.

Keywords: Criminal Procedure – Assurance Measures – Seizure of assets – Decree 3.240/41 – *Periculum in Mora*.

Tema que está a merecer uma maior consideração no debate jurídico nacional diz respeito à definição dos limites do sequestro previsto no Decreto-Lei 3.240/41. A discussão em si adquire relevância em virtude da constatação de duas circunstâncias: a primeira diz respeito à relevância atribuída a medidas desse calibre nas estratégias de combate à cognominada criminalidade financeira ou, como é mais comumente conhecida, de colarinho branco; a segunda concerne à consolidação de um preocupante panorama jurisprudencial, que parece render homenagens ao entendimento segundo o qual a discussão sobre a possibilidade de constrição do patrimônio de investigados e acusados pela prática de crimes contra a Fazenda Pública pode prescindir, completamente, da demonstração do pressuposto cautelar do “*periculum in mora*”.

Antes de desenvolvermos mais detidamente a problemática posta, convém definirmos os contornos normativos da questão.

O Decreto-Lei 3.240/41 prevê, em seu art. 1º, que “ficam sujeitos a sequestro os bens de pessoa indiciada por crime de que resulta prejuízo para a fazenda pública, ou por crime definido no Livro II, Títulos V, VI e VII da Consolidação das Leis Penais desde que dele resulte locupletamento ilícito para o indiciado” (BRASIL, 1941). Dedicamos nossa análise, pois, à primeira parte do artigo, uma vez que, como se sabe, a segunda foi derogada por ocasião do advento da Lei 7.209/1984.

Como dito, a medida cautelar em questão se coloca, ao menos no entendimento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), como fundamento jurídico apto a embasar a imposição de medidas restritivas sobre o patrimônio de investigados e acusados pela prática de crimes contra a Fazenda Pública, notadamente em virtude do princípio da especialidade. Embora não constitua propriamente o foco de atenção deste artigo, calha destacar que tal compreensão não é indene de críticas, uma vez que não parece ser excessivo sustentar, nos termos do §1º do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a leitura segundo a qual os arts. 125 e seguintes do Código de Processo Penal (CPP), ao disciplinarem de modo pormenorizado (quicá exaustivo) a figura do sequestro, teriam ab-rogado as disposições do Decreto-Lei 3.240/41.¹

Seja qual for a resposta a essa intrincada questão, fato é que o Decreto-Lei 3.240/41 é aplicado diária e sistematicamente pelos tribunais pátrios, o que está a exigir redobrada atenção por parte dos operadores do chamado Direito Penal Econômico,² notadamente diante da possibilidade dessa gravíssima medida cautelar ter os seus efeitos estendidos à totalidade dos bens de investigados e acusados, e não somente aos bens imóveis adquiridos com proventos da infração (art. 125 do CPP).

Nesse sentido, não deixa de causar espécie o hodierno entendimento veiculado por certas instâncias do Poder Judiciário, no sentido de

que, para a decretação da medida de sequestro disciplinada pelo Decreto-Lei 3.240/41, bastaria, tão somente, a demonstração de indícios veementes da responsabilidade penal ("*fumus commissi delicti*"), pouco importando, nesse contexto, qualquer discussão relacionada à demonstração de um risco concreto de dissipação patrimonial ("*periculum in mora*").

De salientar que a questão enseja certa divergência de entendimento entre os Ministros que compõem a Terceira Seção do STJ. Nesse sentido, enquanto a Sexta Turma já manifestou contrariedade em relação à adoção da referida leitura, os integrantes da Quinta Turma assumiram, partindo de uma interpretação literal do diploma legislativo em questão, posição contrária. Seguem as ementas de dois julgados que ilustram a controvérsia:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AOS ARTS. 3º DO DECRETO-LEI Nº 3.240/1941 E 91, I, DO CPP. SEQUESTRO DE BENS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PERICULUM IN MORA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Para a decretação de medidas cautelares reais, necessária a "configuração do *fumus commissi delicti*, consistente na existência de materialidade delitiva e de indícios de autoria, e do *periculum in mora*, relativo à probabilidade de que, durante o curso do processo, os bens se deteriorem ou se percam, impossibilitando, dessa forma, eventual ressarcimento dos danos advindos do ilícito penal" (AgRg no REsp 1166754/PR, minha relatoria, SEXTA TURMA, DJe 17/10/2011). Desse modo, resta claro que para dissentir do Tribunal de origem, que soberano na análise das circunstâncias fáticas da causa, entendeu que não restou comprovado o *periculum in mora* para o deferimento do sequestro de bens, seria necessário o reexame de provas, procedimento vedado nesta via especial, nos termos da Súmula nº 7/STJ. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.³

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. INCIDÊNCIA DO DECRETO-LEI 3.240/41. PRESSUPOSTOS CAUTELARES. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. INCIDÊNCIA DA LEI ESPECIAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NECESSIDADE DE AFERIR PRESSUPOSTO CAUTELAR. EXAME PREJUDICADO. CONFLITO DE LEIS NO TEMPO. INOVAÇÃO RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO. AGRAVO CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO. 1. A incidência do Decreto-Lei 3.240/41 afasta a prévia comprovação do *periculum in mora* para a imposição do sequestro, bastando indícios da prática criminosa, a teor do que dispõe o art. 3º desse diploma normativo. Precedentes. 2. Prejudicada a análise quanto ao *periculum in mora*, ainda que submetida a controvérsia de forma autônoma pela alínea "c" do permissivo; uma vez que a conclusão pela incidência do Decreto-Lei 3.240/41 repele qualquer ônus da prova para imposição de medida constritiva. 3. O exame de suposto conflito de leis penais no tempo a revogar o Decreto-Lei 3.240/41 representa inovação de tese em sede de regimental, não cabendo o exame de matéria que não foi deduzida de forma originária nas razões do recurso especial. 4. Agravo regimental conhecido em parte e desprovido.⁴

Para além da discussão mais fundamental relacionada à própria vigência do Decreto-Lei 3.240/41, a (des)caracterização do "*periculum in mora*" como um dos requisitos autorizadores da decretação da medida de sequestro nos crimes cometidos contra a Fazenda Pública parece representar o ponto mais controverso (e relevante) dos debates relacionados à aplicação de referida norma.⁵

A nosso sentir, o principal equívoco implicado nessa compreensão resulta da assunção, ainda que por via oblíqua, de uma verdadeira hermenêutica "*contra reo*", ela própria baseada na suposição de existência de um risco presumido nos casos em que o titular dos bens constritos é investigado ou acusado da prática de crimes que resultam prejuízo para a Fazenda Pública.

Trata-se, contudo, de uma leitura inadequada à luz da hermenêutica constitucional,⁶ que toma por base as garantias inscritas nos incisos

LIV e LVII do art. 5º da CF/88 e que parece, na antípoda, superestimar presunções que sejam compatíveis com o princípio do "*favor rei*", isto é, com a ideia de que diante do "conflito entre o *jus puniendi* do Estado e *jus libertatis*, a balança deve inclinar-se a favor deste último se se quiser assistir ao triunfo da liberdade".⁶

Partindo-se, assim, da premissa de que a jurisprudência do STJ compreende que a sistemática disposta pelo Decreto-Lei 3.240/14, embora própria, "é perfeitamente compatível com o sequestro previsto no Código de Processo Penal",⁷ pode-se chegar à conclusão de que a sua aplicação também há de ser temperada pela observância dos mesmos pressupostos exigidos para o deferimento das medidas assecuratórias disciplinadas pelo CPP.

Ainda que se reconheça que o art. 3º do Decreto Lei 3.240/41 garante à medida de sequestro contornos específicos (por exemplo ampla incidência sobre o patrimônio de bens de acusados e investigados), não é possível equiparar o texto legal a um convite para que o intérprete abra mão das cautelas tradicionalmente observadas por ocasião do deferimento de medidas assecuratórias em sede de Processo Penal. A nosso juízo, entendimento diverso vulgariza drasticamente o instituto do sequestro que, como se sabe, representa gravíssima hipótese de intervenção do Estado sobre a esfera do direito à propriedade do indivíduo, direito este de índole fundamental, que se encontra positivado não apenas na Constituição Federal (art. 5º, XXII), mas também na angular Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 17, itens 1 e 2).⁸

Não bastasse o perigo da inversão hermenêutica acima referida, a não consideração do "*periculum in mora*" por ocasião da decretação do sequestro disciplinado no Decreto-Lei 3.240/41 parece ainda chancelar duas espécies de ofensas separadas por uma linha tênue e que, na falta de melhor expressão, chamaremos aqui de fundamentais: a primeira revela-se em face do primado da *isonomia* (art. 5º, *caput*, CF), já que se admite impor sobre o patrimônio de investigados e acusados pela prática dos crimes de que trata o Decreto-Lei 3.240/41 restrições patrimoniais mais gravosas se comparadas àquelas dispensadas aos sujeitos submetidos à disciplina do sequestro regulado pelo CPP; a segunda, por sua vez, avança sobre o primado da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, uma vez que se admite partir da premissa de que a esfera patrimonial dos destinatários das normas do Decreto-Lei 3.240/41 careceria das mesmas garantias (positivas) que socorrem o patrimônio dos indivíduos submetidos às tutelas assecuratórias disciplinadas pelo CPP.

A divergência demonstrada entre os posicionamentos das Turmas que compõem a Terceira Seção do STJ acerca da questão da (im) prescindibilidade da análise do *periculum in mora* como pressuposto para a decretação do sequestro de bens previsto no Decreto-Lei 3.240/41 traz à tona, destarte, a necessidade de se garantir um novo fôlego à compreensão de que as medidas cautelares, a despeito da natureza dos crimes imputados aos seus destinatários, representam medidas excepcionais. É lógico que o deferimento dessa medida exige a observância de todas as cautelas possíveis, nelas certamente incluída a análise do "*periculum in mora*", consistente na probabilidade de que, durante o trâmite processual, os bens que se pretende acautelar possam se perder ou deteriorar, de forma a inviabilizar o ressarcimento futuro de eventuais danos. Nas palavras de **Marta Saad**, compreende-se o "*periculum in mora*" como sendo o "perigo causado pela demora inerente ao processo garantista, bem como o perigo da ocorrência de algum evento que dificulte ou impossibilite a efetividade da decisão".⁹ Assinala, a autora, ainda, a necessidade de que se colham "elementos que tenham o condão de concretizar o dano temido, tais como indícios de que a situação patrimonial do investigado ou acusado sofrerá alterações no caso da não decretação de medidas patrimoniais".¹⁰

Entendimento contrário parece desnaturar a essência cautelar do sequestro, transmutando-o numa espécie tutela antecipatória de pena. Aliás, até mesmo o posicionamento que exige a presença do "periculum in mora" pode se revelar eivado de perigoso subjetivismo. De fato, trata-se de expressão porosa, abstrata e abrangente, com alto potencial de converter uma medida de caráter cautelar em velada forma de antecipação da pena, vulnerando o estado de inocência do acusado, consagrado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.¹¹

Além do mais, a desconsideração do "periculum in mora" parece contribuir para a sedimentação de um cenário em que a aplicação do sequestro previsto no Decreto-Lei 3.240/41 se dá de maneira quase automática. Essa situação certamente contribui para reforçar a visão de que o Processo Penal ainda representa, na atual quadra da história, não um instrumento voltado à defesa das garantias legais e constitucionais do cidadão, mas sim um palco prenhe de misérias.¹² É preciso sempre lembrar, ademais, que os atos praticados ao longo da persecução penal tocam, muitas vezes de modo irreversível, a esfera dos mais caros direitos do cidadão, motivo pelo qual não parece ser excessivo exigir-se que qualquer sorte de limitação imposta pelo Estado-Juiz nessa seara seja fundamentada da maneira mais ampla e vertical possível.

Efetivamente, vive-se, nos dias de hoje, um verdadeiro abuso no uso das cautelares patrimoniais. O objeto do presente artigo visa a identificação de posicionamento jurisprudencial, que considera

válida a decretação de medidas cautelares patrimoniais sem examinar o "periculum in mora". Todavia, existem diversos outros pontos de tensão que circunscrevem o tema. De fato, o contexto político criminal direcionado ao enfrentamento à abstrata "criminalidade econômica" tem permitido diversas violações ao regime geral das cautelares, possibilitando, dentre outras medidas, a utilização ilegal do poder geral de cautela (inexistente no processo penal), a deturpação das finalidades dos instrumentos cautelares, a utilização dessas medidas como forma de antecipação de pena ou, até mesmo, como forma de desestabilização financeira, psicológica e estrutural dos investigados e acusados.

Nessa linha, tem-se que o prestígio de interpretações estritamente literais de dispositivos legais idealizados décadas antes do advento da Constituição Federal culmina na adoção de uma postura que ignora a tarefa (ainda urgente) de se promover uma filtragem constitucional de categorias processuais forjadas em tempos autoritários (caso do Decreto-Lei 3.240/41).¹³

À luz dessas considerações, mostra-se impositiva a superação de antigos paradigmas e a realização de uma caminhada rumo a uma leitura convencional e constitucional do Processo Penal, submetendo também os seus velhos instrumentos de tutela a "uma nova metodologia hermenêutica (também analítica e linguística), valorativa, comprometida de forma ético-política, dos sujeitos do processo e voltada ao plano internacional de proteção dos Direitos Humanos".¹⁴

Notas

¹ Nesse sentido, conferir: BADARÓ, 2018, p. 1170; e PITOMBO, 1973, p. 107.

² Aqui nos valem da atualíssima síntese proposta por Marcelo Almeida Ruivo, em uma de suas incursões sobre as doutrinas do delito espanhola e portuguesa: "[...] entendemos o direito penal econômico como o setor do direito penal que tutela a 'economia nacional no seu conjunto ou suas instituições fundamentais', desta maneira, o delito econômico é aquele que danifica ou coloca em perigo valores diretamente ligados à ordem econômica como um todo" (RUIVO, 2006, p. 1991).

³ AgRg no AREsp 1.087.874/MG, Sexta Turma, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 21/09/2017.

⁴ AgRg no REsp 1844874/SC, Quinta Turma, Relator Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 08/09/2020.

⁵ Não descuidamos aqui, por certo, da problemática atinente aos eventuais excessos de garantia, que a interpretação da primeira parte do art. 4º do Decreto-Lei 3.240/14 ("O sequestro pode recair sobre todos os bens do indiciado [...]") enseja. No entanto, em virtude das limitações deste espaço, limitamo-nos a identificar o problema, ressaltando o seu potencial para servir como superfície de inscrição de novas discussões, visando o aprimoramento da interpretação do Decreto-Lei 3.240/14. A questão ora destacada foi recentemente enfrentada pela Sexta Turma do STJ no âmbito do AgRg nos EDcl no RMS 65.833/MG, Sexta Turma, Relator Ministro Antonio

Saldanha Palheiro, julgado em 14/09/2021.

⁶ TOURINHO FILHO, 2010, p. 101

⁷ STJ, AgRg no RMS 60.570/MS, Sexta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, julgado em 18/06/2019.

⁸ Art. 17. 1. Todo ser humano tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros. 2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade. Texto completo disponível em <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000139423>.

⁹ GIMENES, 2007, p. 36.

¹⁰ GIMENES, 2007, p. 36.

¹¹ Art. 5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

¹² CARNELUTTI, 2002.

¹³ A propósito do tema, GLOECKNER e SILVEIRA, 2020, p. 1138, lembram que "[d]entro do lapso temporal pós-Constituição da República, encontra-se um fenômeno de difícil descrição – ao menos no âmbito do presente estudo – que corresponde a um processo de resignificação das velhas categorias autoritárias oriundas do liberalismo reacionário italo-brasileiro".

¹⁴ GIACOMOLLI, 2014, p. 12.

Referências

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 6. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018;

BRASIL. Constituição 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 22 abr. 2022.

BRASIL. Decreto- Lei nº 3.240, de 8 de maio de 1941. Sujeita a sequestro os bens de pessoas indiciadas por crimes de que resulta prejuízo para a fazenda pública, e outros. *Diário Oficial da União*: 8 mai. 1941.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *AgRg no AREsp 1.087.874/MG*, Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura, 04 de outubro de 2017. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700969268&dt_publicacao=04/10/2017. Acesso em 25 abr. de 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *AgRg no RMS 60.570/MS*, Relatora: Min. Laurita Vaz, 18 de junho de 2019. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901030120&dt_publicacao=01/07/2019. Acesso em 25 abr. de 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *AgRg nos EDcl no RMS 65.833/MG*, Relator: Min. Antonio Saldanha Palheiro, 14 de setembro de 2021. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100479276&dt_publicacao=22/09/2021. Acesso em 25 abr. de 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *AgRg no REsp 1.844.874/SC*, Relator: Min. Ribeiro Dantas, 08 de setembro de 2020. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201903186259&dt_publicacao=15/09/2020. Acesso em 25 de abril de 2022.

publicacao=15/09/2020. Acesso em 25 de abril de 2022.

CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. Trad. José Antonio Cardinalli. Campinas, Bookseller, 2002;

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014;

GIMENES, Marta Cristina Cury Saad. *As medidas assecuratórias do Código de Processo Penal como forma de tutela cautelar destinada à reparação do dano causado pelo delito*. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2007;

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; SILVEIRA, Felipe Lazzari da. A transnacionalização da corrupção e a instrumentalização política do processo penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 6, n. 3, 2020;

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 1948. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000139423>. Acesso em: 22 abr. 2022.

PITOMBO, Sérgio Marco de Moraes. *Do Sequestro no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1973;

RUIVO, Marcelo Almeida. Criminalidade fiscal e colarinho branco: a fuga ao fisco é exclusividade do white collar? In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antônio Nascimento da. *Direito Penal, Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais: visão luso brasileira*. São Paulo, Quartier Latin, 2006;

TOURINHO FILHO, Fernando Costa. *Processo penal*, vol. 1, 32. ed. SP: Saraiva, 2010, p. 101.

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

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

Rodrigo Telles de Souza

Master of Laws (LLM) pela Universidade de Harvard. Mestre em Direito pela UFRN. Procurador da República.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6577-0450>

rtellesdesouza@llm20.law.harvard.edu

rodrigotelles@mpf.mp.br

Resumo: O artigo defende que a Resolução CMN 4.841/2020, quanto à fixação de novo limite financeiro para a obrigatoriedade da declaração de bens mantidos no exterior por residentes no Brasil, não retroage para beneficiar aqueles que, descumprindo tal dever de acordo com as normas administrativas anteriormente vigentes, cometeram o crime de evasão de divisas, na modalidade de manutenção de depósitos no exterior não declarados à autoridade competente (art. 22, parágrafo único, da Lei 7492/1986), uma vez que as regras que tratam desse tema se caracterizam como normas temporárias ou excepcionais, apresentando ultratividade, nos termos do artigo 3º do Código Penal brasileiro.

Palavras-chave: Evasão de divisas – Manutenção de depósitos no exterior – Limite financeiro – Lei temporária ou excepcional – Ultratividade.

Abstract: This article argues that, regarding the establishment of a new financial threshold to the duty of disclosure of assets maintained abroad by residents in Brazil, Resolution CMN n. 4.841/2020 does not apply retroactively in favor of defendants who have not complied with prior regulation and thus have practiced the crime of illicit capital flight (article 22, unique section, of Law 7492/1986), since the rules that regulate this subject are temporary and exceptional or ultractive, according to article 3 of the Brazilian Penal Code.

Keywords: Illicit capital flight – Deposit maintenance abroad – Financial threshold – Ultractivity.

1. A tipificação do crime de evasão de divisas, na modalidade de manutenção de depósitos no exterior não declarados à autoridade competente, norma penal em branco

O artigo 22, da Lei 7492/1986 (Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional), em seu *caput* e na parte inicial de seu parágrafo único, tipifica o crime de evasão de divisas no sistema jurídico brasileiro, considerando como infração penal a realização de operação de câmbio não autorizada, com a finalidade de promover a remessa de recursos para o exterior, bem como o efetivo envio, sem autorização legal, de valores para o estrangeiro (BRASIL, 1986). Cominam-se penas de dois a seis anos de reclusão e multa. A parte final do parágrafo único desse mesmo dispositivo legal também reputa como delito, sujeito às mesmas sanções, o comportamento de manter no exterior depósitos não declarados à autoridade brasileira competente. A presente análise se concentra na última conduta típica em questão.

A evasão de divisas, na modalidade de manutenção no exterior de depósitos não declarados no Brasil, tem sido considerada como um crime previsto em norma penal em branco. Realmente, faz-se necessário estabelecer, por meio de regras administrativas complementares, os elementos constitutivos da obrigação de informar sobre a existência de ativos no estrangeiro. Em primeiro lugar, é indispensável fixar quem está sujeito a esse dever e perante quem ele deve ser cumprido. Além disso, mostra-se essencial definir quando e como tal imposição há de ser desempenhada.

Essa especificação foi atribuída ao Conselho Monetário Nacional (CMN) bem antes da Lei de Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional. De fato, O Decreto-lei 1.060/1969, em seu art. 1º, já preceituava o seguinte:

Sem prejuízo das obrigações previstas na legislação do imposto de renda, as pessoas físicas ou jurídicas ficam obrigadas, na forma, limites e condições estabelecidos pelo Conselho Monetário

Nacional, a declarar ao Banco Central do Brasil, os bens e valores que possuem no exterior, podendo ser exigida a justificação dos recursos empregados na sua aquisição. (BRASIL, 1969)

A Resolução 2.337/1996, do Conselho Monetário Nacional, estabeleceu que investimentos brasileiros no exterior estavam sujeitos a registro no Banco Central do Brasil (Bacen), autorizando esse último a editar normas complementares para execução dessa função. Posteriormente, a Resolução CMN 2.911/2001 foi mais específica acerca do assunto, conferindo autoridade ao Bacen para "fixar a forma, os limites e as condições de declaração, inclusive suas atualizações, de bens e valores detidos fora do território nacional por pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no País, assim conceituadas na legislação tributária". A partir de então, os componentes da obrigação de informar a manutenção de depósitos no exterior passaram a ser precisamente definidos em circulares do Banco Central do Brasil.

A esse respeito, houve inicialmente uma sucessão de normas anuais fixando os limites financeiros que ensejavam a configuração da obrigação de declarar ativos mantidos no estrangeiro. A Circular Bacen 3.071/2001 exigiu a declaração de depósitos em valor igual ou superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). A Circular Bacen 3.110/2002 elevou esse patamar para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais). Tal limiar foi mais uma vez aumentado, no ano seguinte, para R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) pela Circular Bacen 3.181/2003. A partir de 2004, as normas administrativas anualmente produzidas pelo Banco Central do Brasil passaram a estabelecer o limite financeiro de US\$ 100.000,00 (cem mil dólares norte-americanos) para fins de caracterização do dever de informação de depósitos mantidos no exterior por pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou sediadas em território brasileiro (Circulares Bacen 3.225/2004, 3.278/2005, 3.313/2006, n. 3.345/2007, 3.384/2008, n. 3.442/2009, 3.496/2010, 3.523/2011 e 3.574/2012). Em 2010, o Conselho Monetário Nacional, por meio da sua Resolução 3.854,

atualizou as normas gerais referentes à declaração de bens e valores mantidos em outros países. Em 2013, mediante sua Circular 3.624/2013, o Banco Central do Brasil passou a prever regras fixas sobre os períodos de entrega dessa declaração, deixando de editar atos normativos anuais, mantendo também o limite financeiro de US\$ 100.000,00 (cem mil dólares norte-americanos) para configuração desse dever de informação.

De tal modo, para a caracterização do crime de evasão de divisas na modalidade de manutenção no exterior de depósitos não declarados à autoridade brasileira competente é necessário que, ao final de cada ano, ou seja, em 31 de dezembro, o agente, seja ele pessoa física ou representante de pessoa jurídica residente, domiciliada ou sediada em território nacional, mantenha no estrangeiro ativos em montante superior ao limite financeiro estabelecido por norma administrativa do Banco Central do Brasil referente ao ano em questão, não declarando ao Bacen esse fato no período administrativamente previsto para tanto. Como ocorre com normas penais em branco, a tipificação do delito depende de uma integração entre lei penal e ato administrativo normativo. Isso fez o Superior Tribunal de Justiça afirmar o seguinte, por ocasião de julgamento de caso envolvendo a infração penal em consideração: "O crime de evasão de divisas possui enquadramento complexo, além de ser influenciado por diversas normas esparsas do ordenamento jurídico"² (BRASIL, 2015).

Assim, especialmente diante da sucessão de normas administrativas prevendo valores diversos para o limite financeiro ensejador do dever de declarar ao Banco Central do Brasil a manutenção de depósitos no exterior, surge a questão de saber se uma regra complementar dessa espécie, que aumente tal patamar, retroage ou não em favor de quem tenha infringido o regime jurídico anterior, praticando o crime de evasão de divisas. A dúvida passou a revestir-se de maior interesse em razão da edição da Resolução CMN 4.841/2020, a qual elevou consideravelmente o patamar em questão para US\$ 1.000.000,00 (um milhão de dólares norte-americanos). Entende-se que a resposta é negativa, uma vez que as normas administrativas que tratam desse tema se equiparam a leis penais temporárias ou excepcionais, apresentando ultratividade, não retroagindo beneficentemente, nos termos do art. 3º do Código Penal brasileiro, como explicado adiante.

2. A fixação de limites financeiros para a obrigatoriedade da declaração de ativos mantidos no exterior por residentes no Brasil, por meio de regras temporárias ou excepcionais, e a irretroatividade da Resolução 4.841/2020 do Conselho Monetário Nacional

O tema da retroatividade benéfica de novos limites financeiros mais elevados, previstos em regras do Banco Central do Brasil, para fins de eventual *abolitio criminis* de condutas consideradas como crime de evasão de divisas, na modalidade de manutenção no estrangeiro de depósitos não declarados à autoridade competente brasileira, sob regime jurídico anterior mais gravoso, já foi enfrentado por tribunais federais. Aparentemente, estabeleceu-se uma divergência entre distintos órgãos jurisdicionais, a qual não restou resolvida pelos tribunais superiores.

Com efeito, diante de determinados casos em que o problema se apresentou, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região firmou entendimento no sentido da aplicação retroativa dos limites financeiros mais benéficos, favorecendo os réus:

Considerando que a Circular BACEN é um complemento da norma do art. 22, parágrafo único da Lei nº 7.492/86, qualquer alteração feita em relação à necessidade de prestar declarações de montantes enviados ao exterior, que beneficiem fatos anteriores, devem ser a eles estendidos, em razão da retroatividade da lei penal mais benéfica. Precedentes da Turma³ (BRASIL, 2018).

Já o Tribunal Regional Federal da 4ª Região adotou compreensão oposta, afirmando a ultratividade das regras administrativas que

estabelecem os limiares financeiros em discussão, por se tratar de leis penais temporárias ou excepcionais (art. 3º do Código Penal), bem como negando a possibilidade de aplicação retroativa benéfica de atos posteriores em favor dos acusados:

Até o advento da Circular do Banco Central nº 3.071/2001, havia discussão acerca da autoridade destinatária da declaração, mas não quanto ao montante a ser declarado. Somente com a reformulação da política cambial é que o Banco Central passou a dispensar dados sobre depósitos mantidos no exterior a partir de determinados valores (2001: R\$ 200.000,00; 2002: R\$ 300.000,00, e, desde 2003, US\$ 100.000,00). Assim, não se poderá cogitar de retroatividade desses limites para os fatos anteriores às respectivas circulares do BACEN, ante o caráter excepcional dessas normativas, devendo, pois, ser aplicada a regra da ultratividade, segundo a máxima *tempus regit actum*⁴ (BRASIL, 2009).

No entanto, apesar de o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal não terem abordado o assunto expressamente, um precedente da Corte Suprema brasileira acerca da retroatividade ou irretroatividade das regras administrativas complementares de leis penais em branco pode fornecer uma orientação para a solução do problema. Com efeito, ao julgar um caso em que o réu havia sido denunciado por contrabandar um veículo cuja importação foi posteriormente permitida por ato administrativo normativo do Ministério da Economia, o Supremo Tribunal Federal negou *Habeas Corpus* em favor do acusado, proclamando que as regras infralegais que complementam leis penais em branco, em geral, não retroagem: "Em princípio, o artigo 3º do Código Penal se aplica à norma penal em branco, na hipótese de o ato normativo que a integra ser revogado ou substituído por outro mais benéfico ao infrator, não se dando, portanto, a retroatividade" (BRASIL, 1995). Na mesma ocasião, a Corte Suprema afirmou que regras administrativas complementares de leis penais em branco somente podem retroagir se altera a "figura abstrata" do tipo penal ou se baseia em um "motivo permanente":

Essa aplicação só não se faz quando a norma, que complementa o preceito penal em branco, importa real modificação da figura abstrata nele prevista ou se assenta em motivo permanente, insusceptível de modificar-se por circunstâncias temporárias ou excepcionais, como sucede quando do elenco de doenças contagiosas se retira uma por se haver demonstrado que não tem ela tal característica (BRASIL, 1995).

No caso da fixação dos limites financeiros para a obrigação de declaração perante o Banco Central do Brasil de ativos mantidos no exterior por pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou sediadas em território nacional, está-se diante de uma questão relacionada à avaliação, formulação e coordenação de políticas monetária, creditícia, orçamentária, fiscal e da dívida pública, interna e externa, função expressamente atribuída ao Conselho Monetário Nacional pela Lei 4.595/1964 (art. 3º, inciso VII). Trata-se de fator que depende das circunstâncias de cada momento político, econômico e social do país. Portanto, não se trata de algo que interfira na "figura abstrata" do crime de evasão de divisas ou que se baseie em "motivos permanentes" (BRASIL, 1964).

As próprias informações do Banco Central do Brasil sobre a declaração de bens e valores mantidos no exterior apontam nesse sentido, ressaltando que se cuida de instrumento "importante para o país compilar as estatísticas de ativos externos". A colheita de dados mais ou menos precisos a esse respeito depende de uma fixação menor ou maior do patamar financeiro ensejador do dever de informação ao Bacen sobre os depósitos mantidos no estrangeiro. A necessidade em um ou outro sentido é avaliada pelo gestor público a cada momento histórico. Os esclarecimentos do Banco Central do Brasil explicam ainda o seguinte:

Quantificar esses capitais ajuda o Banco Central (BC) a compilar a posição de investimento internacional do país, ou seja, a estatística do total de ativos e passivos externos da economia brasileira. O CBE [capitais brasileiros no exterior] ajuda a avaliar o grau de

internacionalização da nossa economia (BANCO CENTRAL DO BRASIL, [s. d.]).

Desse modo, os atos administrativos normativos que tratam do tema em consideração devem ser considerados como produto do que o Supremo Tribunal Federal, ao analisar o poder regulamentar da administração pública em relação ao Sistema Financeiro Nacional, qualificou como “capacidade normativa de conjuntura” do Conselho Monetário Nacional ou, por delegação desse último, do Banco Central do Brasil⁵ (BRASIL, 2006). Como regras estreitamente vinculadas a conjunturas político-econômico-sociais, enquadram-se no conceito de leis penais temporárias ou excepcionais, previstas no art. 3º do Código Penal. Por isso, apresentam ultratividade, não podendo haver retroatividade de normas posteriores mais benéficas.

Possíveis tentativas de caracterização desses atos administrativos normativos de fixação de tais limites financeiros como alterações da “figura abstrata” do crime de evasão de divisas ou como algo baseado em “motivos permanentes”, particularmente quando levados a efeito em âmbito judicial, configurarão atos tendentes a fazer com que o Poder Judiciário substitua o Poder Executivo, levando juízes a tomar o lugar do gestor público de políticas monetária, creditícia, orçamentária, fiscal e da dívida pública, interna e externa. Vislumbra-se aí grave risco

de ofensa ao princípio constitucional da independência e harmonia dos Poderes (art. 2º da Constituição de 1988).

3. Conclusão

A Resolução CMN 4.841/2020, quanto à fixação de novo limite financeiro para a obrigatoriedade da declaração de bens mantidos no exterior por residentes no Brasil, não retroage para beneficiar aqueles que, descumprindo tal dever de acordo com as normas administrativas anteriormente vigentes, cometeram o crime de evasão de divisas, na modalidade de manutenção de depósitos no exterior não declarados à autoridade competente. Ao fixar patamar financeiro dessa espécie, o Conselho Monetário Nacional exerce sua “capacidade normativa de conjuntura”, não alterando a “figura abstrata” do crime de evasão de divisas, nem se baseando em “motivos permanentes”, pois se trata de fator mutável, dependente das condições políticas, econômicas e sociais de cada momento histórico, estando sua definição sujeita a necessidades relacionadas à avaliação, formulação e coordenação de políticas monetária, creditícia, orçamentária, fiscal e da dívida pública, interna e externa. Tal tipo de regra, pois, enquadra-se no conceito de lei penal temporária ou excepcional, prevista no art. 3º do Código Penal, apresentando ultratividade, não podendo haver retroatividade benéfica.

Notas

- ¹ Cf. Art. 1º da Resolução CMN n. 2.911/2001 (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2001).
- ² STJ, 6ª Turma, REsp n. 1.497.041/PR, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 17.11.2015, m.v., DJe de 09.12.2015. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201403029611&dt_publicacao=09/12/2015. Acesso em 07 de maio de 2022.
- ³ TRF1, 3ª Turma, ACR n. 0022688-43.2004.4.01.3300, rel. Des. Fed. Ney Bello, j. 26.09.2018, v.u., e-DJF1 de 07.11.2018. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/>

Referências

- BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Capitais brasileiros no exterior (CBE)*. Brasília, DF: [s. l.: s. d.]. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/cbe>. Acesso em: 05 abr. 2022.
- 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. Acesso em: 07 maio 2022.
- 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. Acesso em: 07 maio 2022.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Circular Bacen nº 3.225, de 12 de fevereiro de 2004*. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/circ/2004/pdf/circ_3225_v1_o.pdf. Acesso em: 07 maio 2022.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Circular Bacen nº 3.278, de 23 de fevereiro de 2005*. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/circ/2005/pdf/circ_3278_v1_o.pdf. Acesso em: 07 maio 2022.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Circular Bacen nº 3.313, de 02 de fevereiro de 2006*. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=10655>. Acesso em: 07 maio 2022.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Circular Bacen nº 3.345, de 16 de março de 2007*. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/circ/2007/pdf/circ_3345_v2_1.pdf. Acesso em: 07 maio 2022.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Circular Bacen nº 3.384, de 7 de maio de 2008*. Disponível em: https://normativos.bcb.gov.br/Lists/Normativos/Attachments/47914/Circ_3384_v1_O.pdf. Acesso em: 07 maio 2022.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Circular Bacen nº 3.442, de 3 de março de 2009*. Disponível em: https://normativos.bcb.gov.br/Lists/Normativos/Attachments/47667/Circ_3442_v1_O.pdf. Acesso em: 07 maio 2022.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Circular Bacen nº 3.496, de 4 de junho de 2010*. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/circ/2010/pdf/circ_3496_v1_o.pdf. Acesso em: 07 maio 2022.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Circular Bacen nº 3.523, de 18 de outubro de 2011*. Disponível em: https://normativos.bcb.gov.br/Lists/Normativos/Attachments/49312/Circ_3523_v1_O.pdf. Acesso em: 07 maio 2022.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Circular Bacen nº 3.574, de 26 de janeiro de 2012*. Disponível em: <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/circular-bacen-3574-2012.htm>. Acesso em: 07 maio 2022.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Circular Bacen nº 3.624, de 6 de fevereiro de 2013*. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/circ/2013/pdf/circ_3624_v1_O.pdf. Acesso em: 07 maio 2022.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Resolução CMN nº 2.337 de 28 de novembro de 1996*. Disponível em: [<https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/index.xhtml>. Acesso em 07 de maio de 2022.

⁴ TRF4, 4ª Seção, ENUL n. 2004.70.00.002027-4, rel. Des. Fed. Paulo Afonso Brum Vaz, j. 20.08.2009, v.u., DE de 31.08.2009. Disponível em: \[https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php\]\(https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php\). Acesso em 07 de maio de 2022.

⁵ STF, Pleno, ADI n. 2.591/DF, rel. Min. Eros Grau, j. 07.06.2006, p. DJ de 29.09.2006. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur91329/false>. Acesso em 07 de maio de 2022.

<https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/index.xhtml>. Acesso em: 07 maio 2022.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Resolução CMN nº 2.911, de 29 de novembro de 2001*. Disponível em: \[https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2001/pdf/res_2911_v1_o.pdf\]\(https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2001/pdf/res_2911_v1_o.pdf\). Acesso em: 07 maio 2022.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Resolução CMN nº 3.854, de 27 de maio de 2010*. Disponível em: \[https://normativos.bcb.gov.br/Lists/Normativos/Attachments/49620/Res_3854_v1_O.pdf\]\(https://normativos.bcb.gov.br/Lists/Normativos/Attachments/49620/Res_3854_v1_O.pdf\). Acesso em: 07 maio 2022.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Resolução CMN nº 4.841, de 30 de julho de 2020*. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o%20CMN&numero=4841>. Acesso em: 07 maio 2022.

BRASIL \(Constituição, 1988\). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: \[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm\]\(http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm\). Acesso em: 07 maio 2022.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 1.060, de 21 de outubro de 1969*. Brasília, DF: Presidência da República, 1986. Disponível em: \[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del1060.htm\]\(http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del1060.htm\). Acesso em: 07 maio 2022.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: \[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm\]\(http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm\). Acesso em: 07 maio 2022.

BRASIL. *Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964*. Brasília, DF: Presidência da República, 1964. Disponível em: \[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14595.htm\]\(http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14595.htm\). Acesso em: 07 maio 2022.

BRASIL. *Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986*. Brasília, DF: Presidência da República, 1986. Disponível em: \[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7492.htm\]\(http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7492.htm\). Acesso em: 07 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. *HC n. 73.168/SP*. Relator: Min. Moreira Alves, julgado de 21 nov. 1995. DJU, 15 mar. 1996, p. 7.204.

BRASIL. STF, Supremo Tribunal Federal. Pleno, ADI n. 2.591/DF. Rel. Min. Eros Grau, j. 07.06.2006, p. DJ de 29.09.2006. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur91329/false>. Acesso em 07 de maio de 2022.

BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. REsp n. 1.497.041/PR. Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 17.11.2015, m.v., DJe de 09.12.2015. Disponível em: \[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201403029611&dt_publicacao=09/12/2015\]\(https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201403029611&dt_publicacao=09/12/2015\). Acesso em 07 de maio de 2022.

BRASIL. TRF1. Tribunal Regional da 1ª Região. *ACR n. 0022688-43.2004.4.01.3300*. 3ª Turma, Rel. Des. Fed. Ney Bello, j. 26.09.2018, v.u., e-DJF1 de 07.11.2018. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/index.xhtml>. Acesso em 07 de maio de 2022.

BRASIL. TRF4. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. ENUL n. 2004.70.00.002027-4a Seção. Rel. Des. Fed. Paulo Afonso Brum Vaz, j. 20.08.2009, v.u., DE de 31.08.2009. Disponível em: \[https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php\]\(https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php\). Acesso em 07 de maio de 2022.](https://normativos.bcb.gov.br/Lists/Normativos/Attachmen-</p></div><div data-bbox=)

Autor convidado

TEMA:

TEORIAS SOBRE O CRIME TENTADO NO QUE SE REFERE AOS ATOS PREPARATÓRIOS E ATOS EXECUTÓRIOS

Superior Tribunal De Justiça

Terceira seção:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PENAL. **IDEALIZAÇÃO DE ROUBO DE AGÊNCIA DOS CORREIOS. COGITAÇÃO E ATOS PREPARATÓRIOS. TENTATIVA. INEXISTÊNCIA. INCIDÊNCIA APENAS DO ART. 14 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO.** 1. Nos termos do art. 14, inciso II, do Código Penal, **só há tentativa quando, iniciada a conduta delituosa**, o crime não se consuma por fatores alheios à intenção do agente. 2. Na hipótese em tela, não se verificou qualquer ato de execução, mas somente a cogitação e os atos preparatórios dos acusados que confessaram a intenção de roubar determinada agência dos correios. Descabida, pois, a imputação do crime de roubo idealizado. 3. A conduta preparatória de portar ilegalmente arma de fogo de uso permitido subsume-se ao art. 14 da Lei n.º 10.826/2003, evidenciando a competência da Justiça Estadual. 4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 3ª Vara de Bacabal/MA.

Trecho do voto condutor da Min.ª LAURITA VAZ: Depreende-se da norma acima transcrita que só há tentativa quando, iniciada a conduta delituosa, o crime não se consuma por fatores alheios à intenção do agente. (...) Na hipótese em tela, os acusados foram presos em frente de uma agência dos Correios, em virtude de denúncia anônima. Verificou-se que tentaram esconder suas armas e, posteriormente, confessaram que estavam objetivando roubar o malote oriundo do Banco Bradesco para a determinada agência. Em nenhum momento observa-se o início da conduta tipificada no art. 157 do Código Penal. Não houve tentativa de subtração de coisa alheia móvel. Na realidade, restaram caracterizadas tão-somente algumas fases do iter criminis, quais sejam, a cogitação e os atos preparatórios, sem a realização de qualquer ato de execução. (...) Dessa forma, não se pode imputar aos réus a prática de roubo circunstanciado, mas somente o crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, previsto no art. 14 da Lei n.º 10.826/2003, já que, segundo consta, os acusados estavam com revólveres de marca Taurus, calibre 38, quando foram presos. Nesse contexto, não se evidencia a competência da Justiça Federal, porquanto não existiu a tentativa de roubo contra a agência da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. Exsurge, portanto, a competência da Justiça Comum Estadual para analisar os possíveis crimes de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido e furto de uma motocicleta que seria utilizada para fugir do local.

(CC 56.209/MA, Rel. Min.ª LAURITA VAZ, Terceira Seção, j. em 06.02.2006) – (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6370**).

Quinta turma:

PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. **TENTATIVA. TEORIA OBJETIVO-FORMAL. INÍCIO DA PRÁTICA DO NÚCLEO DO TIPO. NECESSIDADE. QUEBRA DE CADEADO E FECHADURA DA CASA DA VÍTIMA. ATOS MERAMENTE PREPARATÓRIOS. AGRAVO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL ADMITIDO, PORÉM IMPROVIDO.** 1. **A despeito da vagueza do art. 14, II, do CP, e da controvérsia doutrinária sobre a matéria, aplica-se o mesmo raciocínio já desenvolvido pela Terceira Seção deste Tribunal (CC 56.209/MA), por meio do qual se deduz a adoção da teoria objetivo-formal para a separação entre atos preparatórios e atos de execução, exigindo-se para a configuração da tentativa que haja início da prática do núcleo do tipo penal.** 2. O rompimento

de cadeado e a destruição de fechadura de portas da casa da vítima, com o intuito de, mediante uso de arma de fogo, efetuar subtração patrimonial da residência, configuram meros atos preparatórios que impedem a condenação por tentativa de roubo circunstanciado. 3. Agravo conhecido, para admitir o recurso especial, mas negando-lhe provimento.

Trecho do voto condutor do Min. RIBEIRO DANTAS: Segundo o art. 14, II, do nosso CP, o crime é considerado tentado quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. **Mas o texto legal é muito aberto, não trazendo maior clareza ou precisão a respeito de algo que concretamente possa indicar quando a execução de um crime é iniciada, talvez por não se tratar de uma missão humanamente simples, sendo ela objeto de debates também em outros países.** Mas diante da abertura legislativa, a solução desta causa é bastante complexa. Como mencionam Zaffaroni e Pierangeli, o problema mais crítico e árduo da tentativa é a determinação da diferença entre os atos executivos e os atos preparatórios, que normalmente não são puníveis. Com razão, eles mencionam que determinar este limite é difícil, e, ao mesmo tempo, importantíssimo, esclarecendo que existem diversos critérios doutrinários que propõe uma solução, explicando seis diferentes, mas reconhecendo que nenhum deles é totalmente suficiente. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: volume 1, 7ª. ed., São Paulo: Editor Revista dos Tribunais, 2008, p. 601 a 603). Apesar das dificuldades, referidos autores adotam o chamado critério **objetivo-individual**, sugerido por Welzel, por meio do qual **a tentativa começa com a atividade do autor que, segundo o seu plano concretamente delitivo, se aproxima da realização** (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: volume 1, 7ª. ed., São Paulo: Editor Revista dos Tribunais, 2008, p. 603). Outra não é a posição de Paulo César Busato, para quem **o tipo deve ser percebido por intermédio da ação realizada**, para que se identifique concretamente a presença de uma tentativa, dizendo ser esta a orientação dominante na academia. Nesse sentido, ele exemplifica um caso de crime tentado muito parecido com o fato reconhecido nas instâncias ordinárias. Diz ele que o sujeito flagrado de posse de um pé de cabra, mais um saco de estopa e um papel com anotação sobre a combinação do cofre, em frente à porta recém-arrombada de uma residência, teria dado início à realização do seu plano de furto, malgrado não tenha realizado o núcleo do tipo, tampouco a ofensa patrimonial (BUSATO, Paulo César. Direito Penal: parte geral, 5ª. ed., São Paulo: Atlas, 2020, p. 509). **Seguindo outra trilha - variante do critério objetivo-individual**, embora a reconhecendo como doutrinariamente minoritária, Juarez Cirino exige comportamento manifestado em execução específica do tipo, segundo o plano do autor, numa conexão ou semelhança muito grande com a **teoria objetivo-formal**, que exige o início da realização do núcleo da norma penal incriminadora. Assim, seriam condutas meramente preparatórias a de dirigir-se ao local da subtração patrimonial, ainda que portando armas, montar mecanismo de arrombamento no local, etc. (SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: parte geral, 3ª. ed., Curitiba: Lumen Juris, 2008, p. 391 e 392). (...) **A despeito da controvérsia doutrinária e da abertura legal, o que afasta a existência de uma única resposta certa para fixar o entendimento jurídico sobre a matéria, parece ser possível empregar o mesmo raciocínio do julgado acima transcrito, entendendo que esta Corte tem a tendência de seguir a corrente objetivo-formal, exigindo início de prática do verbo**

correspondente ao núcleo do tipo penal para a configuração da tentativa.

(AREsp n.º 974.254/TO, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, j. em 27.09.2021) – (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6371**).

PENAL. RECURSO ESPECIAL. TIPICIDADE. FURTO QUALIFICADO. AGENTES QUE, DEPOIS DE ARROMBADA A PORTA DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL, ATINGIDO O PÁTIO E HAVIDA A APODERAÇÃO DOS BENS CUJA SUBTRAÇÃO PRETENDIA-SE, TÊM SEU INTENTO INTERROMPIDO PELA ATIVIDADE POLICIAL. TENTATIVA CONFIGURADA. SUPERAÇÃO DAS FASES DE COGITAÇÃO E PREPARAÇÃO DO DELITO. PARECER MINISTERIAL PELO PROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO PROVIDO, DETERMINANDO-SE O RETORNO DOS AUTOS À INSTÂNCIA DE ORIGEM PARA QUE DÊ CONTINUIDADE AO EXAME DA AÇÃO PENAL, SUPERADO O PONTO AQUI DEFINIDO, COM A FIXAÇÃO DA APENAÇÃO. 1. Se, na cronografia do fato, a última fase alcançada ultrapassar meros atos de cogitação ou de preparação do delito, há de se dar relevo criminal ao fato e apenar seus agentes pelo crime, ao menos em sua forma tentada. 2. **Na hipótese, arrombada a porta do estabelecimento comercial-vítima, atingido o seu interior e havida a apoderação do bem (embora não cessada a clandestinidade), a subtração - elementar do furto simples - não se concluiu, mas o arrombamento, componente do tipo derivado furto qualificado, sim e o crime só não foi finalizado porque obstado pela intervenção policial tempestiva.** 3. Parecer ministerial pelo provimento do recurso. 4. Recurso provido, determinando o retorno dos autos à instância de origem para que dê continuidade ao exame da Ação Penal, superando o ponto aqui definido, com a fixação da apenação.

Trecho do voto condutor do Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO: 8. É de se ver que o CPB - ao definir, no seu art. 14, II, ser tentado o crime cuja execução foi iniciada, mas não se consumou - filia-se as teorias objetivas, pois insinua predileção pela separação entre atos preparatórios e atos executórios, o que não faz a teoria subjetiva. 9. E, pelas teorias objetivas, qualquer das ramificações que se adote, é ao menos um crime tentado o fato em questão. Por uma, a objetiva-formal, é necessário que se inaugure a realização de algum dos verbos nucleares da conduta delitiva, o que ocorreu, no caso, com a perpetração do arrombamento, componente do tipo derivado (furto qualificado por rompimento de obstáculo). Por outra, a objetiva-material, mais simples ainda a adequação do fato como tentativa de furto qualificado, uma vez que necessariamente o arrombamento que antecede a subtração vincula-se logicamente a esta e indica a iminente exposição do bem jurídico (patrimônio) a perigo.

(REsp 1.178.317/RS, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Quinta Turma, j. em 26.10.2010) – (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6372**).

Sexta turma:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TENTATIVA DE ROUBO MAJORADO. **ATOS EXECUTÓRIOS PERIFÉRICOS QUE COLOCARAM EM PERIGO O BEM JURÍDICO TUTELADO. TEORIA OBJETIVA-INDIVIDUAL.** PRÉVIO ACERTO E DIVISÃO DE TAREFAS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. **Pela teoria objetiva-individual, associada a outros parâmetros materiais e subjetivos, é possível examinar se foram exteriorizadas condutas periféricas ao núcleo do tipo penal, mas que evidenciem perigo real ao bem jurídico tutelado.** 2. A decisão agravada, lastreada nos fatos descritos no acórdão impugnado, consignou que os atos praticados pelo agravante e seus dois comparsas ultrapassaram a cogitação ou preparação, pois expuseram a perigo o bem jurídico tutelado. 3. Houve o prévio acerto e a divisão de tarefas, inclusive, dois deles (um armado) já estavam no interior do veículo (conduzido pela vítima) a caminho do ponto combinado (onde o terceiro aguardava) para o anúncio do roubo, o que apenas não ocorreu pela intervenção policial. 4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 1.278.535/MS, Rel. Min. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ,

Sexta Turma, j. em 05.05.2022) – (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6373**).

RECURSO ESPECIAL. **TENTATIVA DE FURTO. ATOS EXECUTÓRIOS. INGRESSO NA RESIDÊNCIA. INÍCIO DA SUBTRAÇÃO. DESNECESSIDADE. TEORIA MISTA. ADOÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO PROVIDO.** 1. Hipótese em que, surpreendido dentro da casa da vítima sem estar na posse de algum objeto, o réu foi absolvido, ao entendimento de que a ação constitui mero ato preparatório impunível. 2. Nos termos das **teorias** objetiva e subjetiva, o início dos atos executórios podem ser aferidos por outros elementos que antecedem a própria subtração da coisa, tais como, a pretensão do autor, a realização de atos tendentes à ação típica, ainda que periféricos, a idoneidade do ato para a realização da conduta típica e a probabilidade concreta de perigo ao bem jurídico tutelado, considerados os atos já realizados no momento da prisão do agente. 3. **Embora a subtração não tenha sido efetivamente iniciada, o risco ao patrimônio de quem teve a casa já invadida, quando é o agente criminoso surpreendido, considerando-se a idoneidade da invasão para a realização da conduta típica, constituem relevantes atos periféricos indubitavelmente ligados ao tipo penal do delito de furto.** 4. Os atos externados na conduta do agente, extraídos das premissas fáticas delineadas no acórdão, ultrapassaram meros atos de cogitação ou de preparação e, de fato, expuseram a perigo real o bem jurídico protegido pela norma penal. 5. Recurso especial provido para restabelecer a sentença condenatória.

Trecho do voto condutor do Min. NEFI CORDEIRO: Na hipótese, o Tribunal de origem, ao reformar a sentença, entendeu que não teria sido iniciado o *iter criminis*, ao ser surpreendido o agente dentro da casa sem estar na posse de algum objeto da vítima, constituindo a ação mero ato preparatório impunível, interpretação consentânea com a teoria objetivo formal. **A teoria adotada, entretanto, restringe demasiadamente o campo de incidência da tentativa, não abrangendo condutas que, apesar de não caracterizarem o início da ação típica (subtrair), são significativas, merecendo censura do direito penal (como o ingresso na residência da vítima sem que tenha sido iniciada a subtração da coisa), considerada, pelo critério objetivo-formal, mera fase de preparação e cogitação do delito, por não ter sido iniciada a conduta do núcleo subtrair.** (...) Desse modo, tem-se que o início dos atos executórios podem ser aferidos por outros elementos que antecedem a própria subtração da coisa, tais como a pretensão do autor, a realização de atos tendentes à ação típica, ainda que periféricos ao tipo, a idoneidade do ato para a realização da conduta típica e a probabilidade concreta de perigo ao bem jurídico tutelado, considerados os atos já realizados no momento da flagrância.

(REsp 1.683.589/RO, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, j. em 19.03.2019) – (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6374**).

Trecho da Ementa: (...) 8. A distinção entre atos preparatórios e executórios é tormentosa e exige uma conjugação de critérios, tendo como ponto de partida a **teoria objetivo-formal**, de Beling, associada a outros parâmetros subjetivos e objetivos (como a complementação sob a concepção natural, proposta por Hans Frank), para que, consoante o tirocínio do julgador, seja possível definir se, no caso concreto, foram exteriorizados atos tão próximos do início do tipo que, conforme o plano do autor, colocaram em risco o bem jurídico tutelado. 9. Tal solução é necessária para se distinguir o começo da execução do crime, descrito no art. 14, II, do CP e o começo de execução da ação típica. Quando o agente penetra no verbo nuclear, sem dúvida, pratica atos executórios. **No entanto, comportamentos periféricos que, conforme o plano do autor, uma vez externados, evidenciam o risco relevante ao bem jurídico tutelado também caracterizam início da execução do crime.** 10. Não houve violação do art. 14, II, do CP, pois os atos externados ultrapassaram meros atos de cogitação ou de preparação e expuseram a perigo real o bem jurídico protegido pela norma penal, inclusive com a execução da qualificadora do furto. Os recorrentes, mediante complexa logística, escavaram por dois meses um túnel de 70,30 metros entre o prédio que adquiriram e o cofre da instituição bancária, cessando a empreitada, em decorrência

de prisão em flagrante, quando estavam a 12,80 metros do ponto externo do banco, contexto que evidencia, de forma segura, a prática de atos executórios.

Trecho do voto condutor do Min. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ: Ao que parece, a defesa fundamenta sua pretensão na teoria objetivo-formal ou da ação típica, de Beling, ao sustentar que o início da execução somente ocorre quando o agente, efetivamente, realiza uma parcela do verbo constante do tipo, ou, ainda, um ato próximo a ele. Data vênio, comungo do entendimento de Luiz Regis Prado, para quem “ao considerar-se como executivo tão somente o ato inserido no verbo nuclear ocorre uma excessiva restrição do âmbito da tentativa, inadmissível do ponto de vista político-criminal” (PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. Curso de Direito Penal Brasileiro. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 379). Penso que, em verdade, a delimitação da questão exige uma conjugação de critérios que deve ter como ponto de partida a teoria aventada no recurso especial, mas associada a outros parâmetros materiais e subjetivos, que, consoante o tirocínio do magistrado, torne possível definir se, no caso concreto, foram exteriorizadas condutas que evidenciam perigo real ao bem jurídico tutelado. Nessa ordem de ideias, ressalto a fórmula do doutrinador alemão Hans Frank, que inclui na tentativa as ações que possuam vinculação necessária e próxima ao tipo, segundo uma concepção natural. É dizer, estariam abrangidos como atos executórios aqueles que representam perigo direto para o bem jurídico protegido, consistentes “na elevada probabilidade de produção do resultado, caracterizada em atividade imediatamente anterior à ação do tipo, mas pertencente à ação típica conforme um juízo material” (SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria do fato punível. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos Editora, 2002, p. 307). (...) Tal solução é, inclusive, necessária para distinguir-se o começo da execução do crime, descrito no art. 14, II, do CP, e o começo de execução da ação típica. **De fato, quando o agente penetra no verbo nuclear está, sem dúvida, executando atos executórios. No entanto, ao praticar comportamentos periféricos que, conforme o plano do autor, uma vez externados, prescindem da execução do verbo típico para, de forma efetiva, evidenciar o risco ao bem jurídico tutelado pela norma penal, também estaria iniciada a execução do crime.**

(AgRg no AREsp 1.252.770/RS, Rel. Min. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, j. em 23.03.2015) – (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6375**).

Supremo Tribunal Federal

Primeira turma:

Processual penal. Embargos declaratórios em recurso ordinário em *habeas corpus*. Tentativa de homicídio qualificado. Inadequação da via eleita. Dosimetria da pena. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. (...) 5. As instâncias de origem estão alinhadas com o entendimento do STF no sentido de que **a “quantificação da causa de diminuição de pena relativa à tentativa (art. 14, II, CP) há de ser realizada conforme o iter criminis percorrido pelo agente: a redução será inversamente proporcional à maior proximidade do resultado almejado”** (HC 118.203, Rel. Min. Gilmar Mendes). (...) 7. Embargos declaratórios recebidos como agravo regimental a que se nega provimento.

(RHC 192.188 ED/SP, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, j. em 11.11.2020) – (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6376**).

Segunda turma:

Habeas corpus. 2. Tentativa de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, II, c/c 14, II, todos do CP). 3. Dosimetria. Pedido de fixação do *quantum* de diminuição decorrente da tentativa em seu patamar máximo (2/3). Impossibilidade. **4. A quantificação da causa de diminuição de pena relativa à tentativa (art. 14, II, CP) há de ser realizada conforme o iter criminis percorrido pelo agente: a redução será inversamente proporcional à maior proximidade do resultado almejado.** 5. Redução no mínimo legal (1/3) devidamente motivada. 6. Ordem denegada.

(HC 118.203/MT, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, j. em 15.10.2013) – (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6377**).

(...) **LATROCÍNIO - TENTATIVA - CONFIGURAÇÃO. Frente à teoria finalista, descabe falar em tentativa de roubo quando o agente haja tentado subtrair certo bem da vítima cuja morte foi objetivada mediante disparos de arma de fogo** - Precedente: *habeas corpus* nº 48.952/SP, relatado pelo Ministro Antonio Neder perante a Segunda Turma, com acórdão publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência nº 61/321. **PENA - CIRCUNSTÂNCIA LEGAL - MENORIDADE - LIMITE.** A consideração de atenuante não pode conduzir a fixação da pena em quantitativo inferior ao mínimo previsto para o tipo, ao contrário do que ocorre com as causas de diminuição.

(HC 73.924/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, j. em 20.09.1996) – (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6378**).

Nosso comentário: Conforme leciona **Juarez Cirino dos Santos**: “A teoria da tentativa tem por objetivo esclarecer o conceito de início de execução, que marca o começo da punibilidade do tipo de injusto e indica a separação entre ações preparatórias, ainda impuníveis por causa da indefinição de seu significado típico, e ações executivas, já puníveis pela definição de seu significado típico como tentativa de crime. Assim como outras teorias sobre a ação humana, as teorias para distinguir ações preparatórias impuníveis e ações executivas puníveis são teorias objetivas, teorias subjetivas e teorias objetivo-subjetivas (ou mistas)” (Direito Penal – Parte Geral, 9ª ed., p. 385). A despeito da controvérsia doutrinária sobre a matéria, a jurisprudência reconhece também que o texto legal é muito aberto (art. 14, II, do CP), não trazendo maior clareza ou precisão a respeito de algo que concretamente possa indicar quando a execução de um crime é iniciada, o que afasta a existência de uma única resposta certa para fixar o entendimento jurídico sobre a matéria. Nesse sentido, a 5ª Turma do STJ, por exemplo, entendeu recentemente que a “Corte tem a tendência de seguir a corrente **objetivo-formal**, exigindo início de prática do verbo correspondente ao núcleo do tipo penal para a configuração da tentativa” (AREsp n.º 974.254/TO). Em outra raia, porém, a 6ª Turma do STJ, também em julgamento recente, perfilhou da teoria **objetiva-individual** – formulação moderna da teoria objetivo-subjetiva – com base na qual seria “possível examinar se foram exteriorizadas condutas periféricas ao núcleo do tipo penal, mas que evidenciem perigo real ao bem jurídico tutelado” (AgRg no AREsp 1.278.535/MS). A divergência da 6ª Turma do STJ, embora por vezes alcance a mesma configuração da modalidade tentada, justifica que a teoria **objetiva-formal** “restringe demasiadamente o campo de incidência da tentativa, não abrangendo condutas que, apesar de não caracterizarem o início da ação típica (subtrair), são significativas, merecendo censura do direito penal (como o ingresso na residência da vítima sem que tenha sido iniciada a subtração da coisa), considerada, pelo critério objetivo-formal, mera fase de preparação e cogitação do delito, por não ter sido iniciada a conduta do núcleo subtrair” (REsp 1.683.589/RO). No âmbito da Suprema Corte, nada obstante os óbices cognitivos que impedem o enfrentamento da causa em toda sua complexidade, precedentes antigos informam a conformação da tentativa com lastro na teoria finalista (HC 73.924/SP) – a teoria final da ação e o correspondente modelo objetivo e subjetivo de tipo de injusto engendraram as teorias **objetivo-subjetivas** da tentativa, o que a aproxima do entendimento perfilado pela 6ª Turma do STJ. A par das divergências, no que toca à aplicação da fração redutora de pena, em face do crime tentado, assinala-se que a jurisprudência, no ponto, é uníssona no sentido de que o Código Penal, em seu art. 14, II, adotou a **teoria objetiva** em relação à punibilidade da tentativa, pois, malgrado semelhança subjetiva com o crime consumado, diferencia a pena aplicável ao agente de acordo com o perigo de lesão ao bem jurídico tutelado, graduada inversamente proporcional à maior proximidade do resultado almejado (HC 118.203/MT).

Compilação e curadoria científica de:
**Anderson Bezerra Lopes e
Eliakin Tatsuo Yokosawa Pires dos Santos**

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 Stanzola 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.

EXPEDIENTE EDITORIAL: IBCCRIM.

CORPO DE PARECERISTAS DESTE VOLUME:

Caroline Bussoloto de Brum (PUCRS – Porto Alegre/RS), Christiano Falk Fragoso (UERJ – Rio de Janeiro/RJ), Daniel Marchionatti Barbosa (IDP – Brasília/DF), Danilo Vieira Vilela (UEMG – Belo Horizonte/MG), Eneas Romero de Vasconcelos (UnB – Brasília/DF), Hélio Peixoto Junior (USP – São Paulo/SP), Indaiá Lima Mota (UFBA – Salvador/BA), Jaqueline Aparecida Fernandes Sousa (UFU – Uberlândia/MG), Keity M. F. S. Saboya (UFRN – Natal/RN), Luís Gustavo Durigon (PUC – Porto Alegre/RS), Monalisa Campelo de Miranda (UVV – Vila Velha/ES), Pablo Domingues Ferreira de Castro (IDP – Brasília/DF), Patrick Lemos Cacicedo (USP – São Paulo/SP), Pablo Rodrigo Alflen (UFRGS – Porto Alegre/RS), Priscilla Placha Sá (PUCPR e UFPR – Curitiba/PR), Robert George Otoni de Melo (FGV – São Paulo/SP), Welliton Caixeta Maciel (UnB – Brasília/DF) e Yuri Felix (PUCRS – Porto Alegre/RS).

AUTORES(AS) DESTE VOLUME:

Ana Beatriz da Luz (PUCPR – Curitiba/PR), Ana Carolina Hellinger Dimer (UnC – Mafra/SC), Camila Maués dos Santos Flausino (USP – São Paulo/SP), Felipe Faoro Bertoni (PUCRS – Porto Alegre/RS), Gabriel Bertin de Almeida (PUCPR – Curitiba/PR), Gustavo Flores Marcos (USP – São Paulo/SP), Letícia Lemos Rossi (USP – São Paulo/SP), Luanna Tomaz de Souza (PUCRJ – Rio de Janeiro/RJ), Luísa Zucoloto de Abreu (USP – São Paulo/SP), Marcelo Buttelli Ramos (PUCRS – Porto Alegre/RS), Maria Ofélia Camorim Fatuch (UFPR – Curitiba/PR), Rafael Barcelos Tristão (USP – São Paulo/SP), Ricardo Dib Táxi (UFPA – Belém/PA), Rodrigo Telles de Souza (Harvard / Estados Unidos), Salvador Scarpelli Neto (PUCSP – São Paulo/SP) e Taiguara Libano Soares e Souza (UFF – Niterói/RJ).

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

Vem aí!

CURSO DE CURTA DURAÇÃO

PROCESSO PENAL

E TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO

ASPECTOS GERAIS

SOBRE O CURSO: Visa aprofundamento sobre o cotidiano profissional de quem se dedica ao Direito Penal, à Persecução Penal e à Tecnologia da Informação, especialmente quanto a instrumentos eletrônicos com aplicação já consolidada desde a investigação criminal até a tramitação de processo penal. Pretende-se abordagem de aspectos polêmicos do tema no direito nacional, com a apresentação de propostas doutrinárias e jurisprudenciais de interpretação correlatas.

O curso será assíncrono, com carga horária de 16h e você pode assistir quando quiser em até 120 dias.

INSCREVA-SE



play.ibccrim.org.br/



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