



CADERNO DE DOCTRINA

4 **Improbidade culposa e a retroatividade da norma mais benéfica - lógica penal para o ilícito administrativo sancionador**

Claudia Cristina Barrilari

7 **O mito da independência das instâncias**

Vicente Greco Filho

9 **Digital Forensics Tools: development and concerns in the context of law enforcement**

José Ricardo Marcondes Ramos

14 **O momento da confissão para o Acordo de Não Persecução Penal**

Pedro Guilherme Müller Kurban
Brunno Ruschel de Lia Pires

16 **Reconhecimento facial: solução ou potencialização de antigas mazelas?**

Rafael Ferreira de Albuquerque Costa

18 **O Estatuto da Advocacia e a colaboração premiada**

Luiz Antonio Borri
Rafael Junior Soares

21 **Crime e controle no capitalismo de vigilância**

Raphael Boldt

24 **Racismo e Lei de Drogas no Brasil: o rigor punitivo como instrumento de colonialidade**

Kerston Marques Silva Benevides
Ana Carla de Souza Braga

27 **Direito, raça e castigo: criminologia do preconceito e a (necro)política criminal de aprisionamento racial no Brasil**

Pedro Paulo da Cunha Ferreira

DIÁLOGOS

30 **A tipificação da conduta de receptação de terras públicas no contexto do enfrentamento à grilagem na Amazônia**

Ana Carolina Haliuc Bragança
Rafael da Silva Rocha

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

TEMA: DA (IN)COMPATIBILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA

32 Supremo Tribunal Federal

32 Superior Tribunal de Justiça

OS PRÓXIMOS 30 ANOS DO IBCCRIM

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) completou 30 anos. Muitas coisas foram feitas ao longo desse período. Ao mesmo tempo, nessas três décadas, o IBCCRIM viu sua missão institucional ganhar ainda mais relevância e atualidade. Seu trabalho de crítica à dogmática penal e ao funcionamento do sistema de justiça criminal tornou-se mais necessário. Sua produção científica mostrou que os desafios das Ciências Criminais são ainda mais profundos. A participação e o envolvimento no Instituto de mais pessoas com outras histórias e origens – a maior pluralidade do IBCCRIM – agregaram sonhos ainda maiores, mais transformadores e mais exigentes.

Eis o fato incontroverso: o coração do IBCCRIM expandiu-se nesses 30 anos. E, mais do que reduzir os sonhos para evitar frustrações, é preciso assegurar-lhes efetividade: entusiasmar mais pessoas com o mesmo ideal que inspirou os fundadores do Instituto; abrir os caminhos e construir as pontes para que esses sonhos se tornem realidade.

Para que o IBCCRIM possa realizar sua missão institucional, duas condições são especialmente importantes.

1. O IBCCRIM tem de estar aberto a todos os atores do sistema de justiça penal: magistrados, promotores, defensores públicos, advogados, pesquisadores, estudantes. Não é, nem nunca foi, uma entidade só de advogados. O IBCCRIM é de todos aqueles que sentem indignação com o estado dos presídios, com o encarceramento em massa, com a seletividade do sistema, com a demora da Justiça Penal, com a não efetividade da resposta estatal.

A missão do IBCCRIM não é uma causa de poucos ou de um grupo específico. É tarefa de sempre, portanto, ampliar cada vez mais a pluralidade das Associadas e Associados. O IBCCRIM tem de ser cada vez mais brasileiro: mais negro, mais feminino, mais plural, mais enraizado em todos os Estados.

Para ser verdadeiramente eficaz e transformador, o IBCCRIM precisa ser plural, diverso e realmente presente no Brasil inteiro. Onde houver ensino jurídico, onde houver polícia atuando, onde houver presídio, onde houver vara criminal, o IBCCRIM deve estar presente.

2. O IBCCRIM tem de ser capaz de dialogar com mais pessoas e instituições. É necessário incidir na cultura e no imaginário coletivo, nas aspirações de justiça da juventude e da maturidade. Contribuir para a melhoria da cultura jurídica e da jurisprudência, mas também transformar a sensibilidade social, promovendo um efetivo e afetivo respeito à dignidade da pessoa humana.

O Instituto tem – e deve ter cada vez mais – uma profunda vida para dentro: cursos, palestras, debates, seminários, etc. Mas deve ter também uma dinâmica vida para fora: nos tribunais, nos meios de comunicação, nos debates públicos, nas diversas esferas de articulação e negociação da vida política. Descuidar qualquer uma dessas dimensões significaria diminuir o alcance da missão do Instituto.

Muito se fez até aqui. A história do IBCCRIM é muito bonita, muito inspiradora e muito transformadora. Somos todos filhos do IBCCRIM. Mas o Instituto não é apenas história. Há um presente e um futuro a serem transformados. E, por isso, fiel à sua missão, o IBCCRIM continuará trabalhando para manter e fortalecer as condições de sua continuidade. Que venham os próximos 30 anos, pois a caminhada é boa e necessária.

BOLETIM

- 4. Improbidade culposa e a retroatividade da norma mais benéfica - lógica penal para o ilícito administrativo sancionador**
Claudia Cristina Barrilari

- 7. O mito da independência das instâncias**
Vicente Greco Filho

- 9. Digital Forensics Tools: development and concerns in the context of law enforcement**
José Ricardo Marcondes Ramos

- 13. O momento da confissão para o Acordo de Não Persecução Penal**
Pedro Guilherme Müller Kurban e Brunno Ruschel de Lia Pires

- 16. Reconhecimento facial: solução ou potencialização de antigas mazelas?**
Rafael Ferreira de Albuquerque Costa

- 18. O Estatuto da Advocacia e a colaboração premiada**
Luiz Antonio Borri e Rafael Junior Soares

- 21. Crime e controle no capitalismo de vigilância**
Raphael Boldt

- 24. Racismo e Lei de Drogas no Brasil: o rigor punitivo como instrumento de colonialidade**
Kerston Marques Silva Benevides e Ana Carla de Souza Braga

- 27. Direito, raça e castigo: criminologia do preconceito e a (necro)política criminal de aprisionamento racial no Brasil**
Pedro Paulo da Cunha Ferreira

- 30. DIÁLOGOS**
A tipificação da conduta de receptação de terras públicas no contexto do enfrentamento à grilagem na Amazônia
Ana Carolina Haliuc Bragança e Rafael da Silva Rocha

- 32. CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA**
Tema: Da (in)compatibilidade do princípio da insignificância com a agravante da reincidência

- 32. Supremo Tribunal Federal**

- 32. Superior Tribunal de Justiça**

IMPROBIDADE CULPOSA E A RETROATIVIDADE DA NORMA MAIS BENÉFICA – LÓGICA PENAL PARA O ILÍCITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

CULPABLE IMPROBITY AND THE RETROACTIVITY OF THE MOST BENEFICIAL NORM – PENAL LOGIC FOR THE ADMINISTRATIVE SANCTIONING ILLICIT

Claudia Cristina Barrilari

Doutora em Direito Penal pela USP. Mestra em Direito Penal pela PUC-SP. Advogada. Professora universitária.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0499705858210402>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3224-9818>

claudiabarrilari@gmail.com

Resumo: O artigo analisa a decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 843989, em que se debateu a possibilidade de dar efeito retroativo à modificação sofrida pela Lei de Improbidade Administrativa pela Lei 14.230/2021, que suprimiu a previsão da improbidade culposa. As deficiências do Direito Administrativo Sancionador no Brasil decorrem da ausência de uma adequada estrutura normativa, na qual os sistemas punitivos – penal ou administrativo – estejam sujeitos ao mesmo feixe de garantias. A ausência de previsão normativa poderia ser superada pela atividade hermenêutica judicial.

Palavras-chave: Direito Administrativo Sancionador – Improbidade culposa – Lei penal mais benéfica.

Abstract: The article analyzes the decision of the Federal Supreme Court, in the judgment of the ARE 843989, which discussed the possibility of giving retroactive effect to the modification under the Administrative Improbability Law by Law 14.230/2021, which suppressed the provision of culpable improbity. The deficiencies of the Administrative Sanctioning Law in Brazil arise from the absence of an adequate normative structure, in which punitive systems – criminal or administrative – are subject to the same set of guarantees. The absence of normative provision could be overcome by judicial hermeneutic activity.

Keywords: Sanctioning Administrative Law – Culpable improbity – More lenient penal law.

1. Introdução

Uma das contribuições da Constituição Federal de 1988 para a formação do macrossistema de combate à corrupção deu-se por intermédio do artigo 37, § 4º, que determinou que a lei prevísse sanções específicas para os atos de improbidade administrativa independentemente da ação penal cabível.

Esse dispositivo constitucional abriu as portas para a regulação da corrupção administrativa pela Lei 8.429/1992, com a previsão do controle jurisdicional dos atos de improbidade. Outros instrumentos normativos fazem parte desse macrossistema, como a lei de ação civil pública, a lei de ação popular e as ações de responsabilidade; entretanto é o Código Penal que contempla a dimensão sistêmica dos atos que ensejam a responsabilização civil do enriquecimento ilícito.

Não se quer com isso dizer que apenas os fatos tipificados como crime podem dar ensejo à responsabilização por improbidade. A lei trouxe em seus artigos 9º, 10 e 11 um rol de ilícitos administrativos configuradores da improbidade administrativa, separando-os em três aspectos principais: atos que levam ao enriquecimento ilícito; atos que causam prejuízo ao erário e atos que atentam contra os princípios da administração pública. Por outro lado, o artigo 12 previu penas específicas para cada uma dessas violações. O que transparece na *ratio* da lei é sua lógica penal, apontada por **Scaff e Silveira** (2014) ou, sua natureza de lei penal encoberta, segundo **Bottini e Tamasauskas** (2014, p. 126), de modo que as sanções nela previstas devem contar com a aplicação de regras de hermenêuticas próprias do Direito Penal.

A falta de balizas precisas acerca do Direito Administrativo Sancionador entre nós, gera, há muito, conflitos que decorrem das dificuldades em se construir um sistema independente e autônomo, com limites internos próprios.¹ Não são poucas as dúvidas colocadas quanto à

compreensão do macrossistema de combate à corrupção, principalmente em face do princípio da independência de instâncias e da permissão de que um mesmo fato seja objeto de tutela penal, civil e administrativa. **Helena Regina Lobo da Costa** observa que o paradigma da independência de instância, além de gerar resultados paradoxais e inconsistentes, vai de encontro à ideia de unidade da ordem jurídica (2013, p. 122). O direito punitivo estatal, compreendido à luz da unidade sistêmica da ordem jurídica, coloca em evidência a necessidade de se tutelar ilícito penal e administrativo sob um mesmo feixe de garantias. Assim, “por força da unidade do *ius puniendi* do Estado, consistindo o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal em manifestações de uma mesma singularidade.” (SABOYA, 2014, p. 154).

2. Ilícito administrativo e penal

Na Espanha, a original análise de **Mejía-Patiño** divide em três etapas distintas a evolução do Direito Administrativo Sancionador. Da aceitação e expansão dos poderes administrativos sancionadores, chega-se à terceira fase, de consolidação, marcada por um movimento de contenção à desmesurada expansão ocorrida na fase anterior. Por óbvio, não se despreza a divergência conceitual entre haver diferença quantitativa ou qualitativa entre ilícito administrativo e penal. Para o autor há identidade ontológica entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador, de modo que o panorama histórico apresentado visa à legitimação do Direito Administrativo Sancionador a partir desse contexto. Nesse sentido, a evolução histórica e o movimento de consolidação do Direito Administrativo Sancionador culminaram com o reconhecimento de que sua legitimação se assenta no reconhecimento de garantias de proteção ao *ius puniendi* estatal (MEJÍA-PATIÑO, 2008). É preciso ressaltar que o foco da questão, menos do que definir se há diferença substancial entre os ilícitos, incide na estruturação dos princípios e garantias necessários para assegurar a plena proteção dos interesses individuais.²

Sistemas estrangeiros que regulam o Direito Administrativo Sancionador, a exemplo da Itália e da Alemanha, contam com uma regulação sistematizada a partir da proteção de garantias. Nesse sentido, as normas que distinguem o ilícito administrativo dos crimes, consagram como princípios orientadores o princípio da legalidade, da culpabilidade, da imputabilidade e da responsabilidade subjetiva, entre outros (OLIVARES; ROSELL, 2015; REBOLLO-PUIG *et al.*, 2010).

Os movimentos que hodiernamente procuram estabelecer uma distinção qualitativa entre ilícito penal e administrativo, têm, em sua maioria, o objetivo de conter a excessiva administrativização do Direito Penal. Caminham, por assim dizer, no sentido oposto ao que aqui se defende, como resposta ao fenômeno também presente no ordenamento brasileiro de expandir a tutela penal para o bem jurídico coletivo.³

Recentes democracias como a nossa carecem de uma consolidação sistemática do Direito Administrativo Sancionador. Um claro prejuízo dessa deficiente estruturação no Brasil é o que ocorre na Lei Anticorrupção e na adoção da responsabilidade objetiva para as empresas que praticarem qualquer dos atos nela previstos.

Não obstante vozes em sentido contrário (CARVALHOSA, 2015), a construção de um Direito Administrativo Sancionador coerente com os princípios estruturadores de um estado democrático compreende a adoção da responsabilidade subjetiva.⁴ Entretanto, o que parece ocorrer entre nós é a supressão de estruturas normativas e bases hermenêuticas consolidadas sob o império de um suposto rigor que encontra justificativa na necessidade de se estruturar um amplo sistema de combate à corrupção.

Com isso, e, o que é pior, com a complacência dos tribunais, promove-se uma excessiva politização das estratégias, sem um natural equilíbrio a que deveria corresponder as exigências do estado de direito da separação entre política e justiça, cuja melhor expressão se dá na garantia de imparcialidade do julgador.⁵ Separar o joio do trigo e não apequenar a interpretação do direito quando a lei, por omissão ou atecnia, ameaça as fronteiras da justiça faz parte da imparcialidade. O sistema de justiça, quando chamado a aclarar a aplicação da norma genérica ao caso concreto, não deveria aderir aos influxos políticos que transigem com os alicerces do sistema em nome da necessidade de se combater a corrupção.

Impedir o pleno exercício do direito de defesa ou afastar a aplicação de regras de hermenêuticas sensíveis do *jus puniendi* estatal sob o argumento justificante de um suposto permissivo do ilícito administrativo é macular a compreensão do sistema punitivo estatal em sua unidade geral, no qual as restrições de direito impostas como pena, pelo Direito Penal ou pelo Direito Administrativo Sancionador, devem se sujeitar ao imperativo de que as normas benéficas retroagem, ultrapassando inclusive a barreira da coisa julgada.

3. Supressão da improbidade culposa pela Lei 14.230/2021 e a retroatividade da lei benéfica

Essa questão não de toda nova adquire especial significado em face da grande alteração sofrida pela Lei de Improbidade pela Lei 14.230/2021 que, dentre outras modificações de relevo, afastou a possibilidade de responsabilidade culposa, prevista até então para os casos de atos de improbidade que causam prejuízo ao erário. Na redação original do artigo 10, constituía ato de improbidade que causasse lesão ao erário a ação ou omissão, dolosa ou culposa, que desse causa à perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas na lei. Com a nova redação foi suprimida a referência à ação ou omissão culposa, com isso passou-se a se questionar se aqueles que foram condenados a severas sanções impostas pela Lei de Improbidade poderiam se socorrer do princípio basilar da retroatividade da norma mais benéfica.

A retroatividade da norma mais benéfica encontra seu substrato no princípio da proporcionalidade, cuja afetação recai em toda intervenção limitadora de direito do Estado. Consentâneo com a natureza dinâmica do direito, quando o legislador observa um desajuste em determinada situação jurídica e o objeto da tutela, modificando a norma, é essa última norma que deve ser aplicada, ainda que eventual

situação esteja coberta pelo manto da coisa julgada.

Necessário lembrar que a redação original do Código Penal de 1940 observava a possibilidade de retroação dos casos ainda não julgados para qualquer *favor rei* que não a *abolitio criminis*. Conforme a redação original do artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal: "A lei posterior, que de outro modo favorece o agente, aplica-se ao fato não definitivamente julgado e, na parte em que comina pena menos rigorosa, ainda ao fato julgado por sentença condenatória irrecorrível." Segundo Hungria (1955, p. 107):

Com o advento da constituição de 46 (que repetiu, neste particular, preceito da Constituição de 34), foram elevadas à categoria de "garantias individuais" a irretroatividade *in pejus* e a incondicional retroatividade *in melius*. Segundo penso, deve entender-se, em face do preceito constitucional, cancelada a restrição que fazia o Código: toda vez que a lei nova beneficiar, de qualquer modo, o réu, fará marcha atrás, pouco importando a coisa julgada. Voltou-se, assim, ao critério do Código de 90, segundo a interpretação liberal que se lhe dava. [...] **Nos altares do direito penal, a coisa julgada é santa de prestígio muito relativo.** Nem o critério de módica restrição do Código de 40 à retroatividade *in mitius* decorrerá do respeito à *res judicata*, pois esta, evidentemente, não pode servir de tabu impeditivo do *favor libertatis*. Inspirou-o, exclusivamente, uma consideração de ordem prática, como aliás, salientou o ministro Campos, na sua *Exposição de motivos*: "Evita-se com êle uma extensa e complexa revisão ou *ajustamento* de processos já ultimados." (grifo nosso).

Com efeito, essa disposição do Código de 1940, criticada pela doutrina, acabou sendo superada em face do teor do texto constitucional que, à época, já assegurava a plena retroatividade da lei penal mais benéfica como garantia individual (Constituição de 1946, art. 141, § 29). O texto foi alterado pela reforma da parte geral do Código Penal de 1984, passando a dispor que: "A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado."

Tal orientação adquire especial relevância quando incidir no cumprimento de pena, imaginando-se que, apesar do trânsito em julgado, a lei mais benéfica tem imediata incidência para impedir a continuidade da sanção ou obstar seus efeitos. Assim ocorre para fazer prevalecer o valor justiça sobre a segurança ou praticidade.

Não foi esse, no entanto, o posicionamento adotado pelo Min. **Alexandre de Moraes**, quando se debateu no Supremo Tribunal Federal a receptividade da lei de alteração da Lei de Improbidade. O julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 843989 (Repercussão Geral Tema 1199) teve como pano de fundo estabelecer se a Lei de Improbidade está adstrita aos princípios do Direito Penal.

O Supremo Tribunal Federal decidiu que o novo texto da Lei de Improbidade Administrativa, com as alterações inseridas pela Lei 14.230/2021, não pode ser aplicado na hipótese de improbidade culposa quando já tenha ocorrido condenação com trânsito em julgado, ainda que em fase de execução de pena.

Prevaleceu o entendimento do relator, Ministro Alexandre de Moraes, de que a Lei de Improbidade está no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, e não do Direito Penal. A Ministra **Rosa Weber**, da mesma forma, entendeu que a lei não pode ser aplicada a atos ocorridos antes de sua vigência. Tanto o presidente do STF, Ministro **Luiz Fux**, quanto a Ministra **Cármem Lúcia** consideraram que a Lei de Improbidade Administrativa está no campo do Direito Civil o que impede sua retroatividade.

Segundo os Ministros **Gilmar Mendes** e **Ricardo Lewandowski**, deveria prevalecer a natureza penal da lei, sendo que a retroatividade da lei mais benéfica é direito do réu não podendo ser interpretada restritivamente, de modo que a lei mais benéfica deve retroagir para alcançar atos ocorridos antes de sua vigência, mesmo quando houver trânsito em julgado.

Em síntese, em relação ao tema foram fixadas as seguintes teses: a) todos os atos de improbidade administrativa exigem a presença do dolo; b) a modalidade culposa revogada pela Lei 14.230/2021 é irretroativa, prevalecendo a eficácia da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF),

ainda que o processo se encontre na fase de execução das penas; c) a nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior, porém sem condenação transitada em julgado.

Observa-se assim, que a opção – política – do Supremo Tribunal Federal guarda uma séria incoerência na medida em que reconhece que a lei integra o Direito Administrativo Sancionador, admite a incidência da nova lei para as situações em curso, e não para os fatos praticados após sua vigência, conferindo-lhe assim caráter retroativo, contudo obstando a retroação para situações já transitadas em julgado.

Em outra ocasião, o Ministro Alexandre de Moraes, no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário ARE 1175650 RG/PR, tema 1043 do Supremo Tribunal Federal, que discutia a sujeição a sanções da Lei de Improbidade pela pessoa jurídica que tinha realizado acordo de leniência com base na Lei Anticorrupção (antes da alteração da Lei de Improbidade pela Lei 13.964/2019 que introduziu a possibilidade de Acordo de Não Persecução Cível), reconheceu a possibilidade de que o Direito Administrativo Ordenador admitisse regra excepcional prevista no âmbito do Direito Penal, principalmente quando a finalidade fosse assegurar a prevalência dos direitos fundamentais da Constituição (ARE 1175650 RG/PR, j. 12/04/19).

Por outro lado, sanção imposta em procedimento administrativo visando à suspensão do direito de dirigir em virtude de alteração imposta pela Lei 14.071/2020 ao artigo 261, do Código de Trânsito Brasileiro (CTB), aumentou de 20 para 40 os pontos para ensejar a referida penalidade, o que motivou ações individuais buscando a retroação benigna da Lei 14.071/2020, a fim de afastar a imposição de pena de suspensão do direito de dirigir para os condutores que tiveram

seu direito de conduzir suspenso. Nesse contexto, de restrições muito menos severas do que as sanções impostas pela Lei de Improbidade, tem-se aplicado a possibilidade de retroação da norma mais benéfica em âmbito administrativo, conforme ilustra o voto do Desembargador **Ricardo Dipp** do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Embora não se reconheça, quanto à retroatividade extrapenal *in bonis*, a mesma evidência com que se regem os efeitos das leis penais pósteras agravantes que rematam ordinariamente em sólida vedação de retroatividade *in peius*, é de entender que as sanções extrapenais punitivas também atraem a retroatividade benigna da normativa, porque, em princípio, nenhum fundamento jurídico ou político parece apontar-se em favor de que o estado, diante de situações essencialmente símiles, estatua novas punições abrandadas, mas continue a infligir ainda antigas e mais graves penalidades, afastando-se, desse modo, da igualdade prevista no âmbito constitucional. (Apelação Cível 1006756-14.2021.8.26.03440, Rel. Ricardo Dipp TJSP, j. 21/6/22).

4. Conclusão

Não são poucos os desafios que se colocam diante da incompletude do Direito Administrativo Sancionador brasileiro. Desde as críticas quanto ao risco de cumulação de sanções penais e administrativas, há algum tempo objeto de acuradas análises doutrinárias, a imprecisão gerada pela indefinição quanto às garantias que lhe são aplicadas, além do recorrente debate quanto à distinção ontológica com o ilícito penal, geram conflitos que poderiam ser superados na consolidação jurisprudencial da interpretação unitária do *ius puniendi* estatal. A decisão do Supremo Tribunal Federal, nesse caso, deixou mais uma vez em aberto, a possibilidade de se estender às sanções punitivas o mesmo feixe de garantias constitucionais das sanções penais.

Notas

- ¹ Em outra ocasião, já tivemos oportunidade de criticar a deficiente regulação do Direito Administrativo Sancionador que não observa garantias e princípios, ora sob a justificativa de que se está no campo administrativo e, portanto, sem dever de sujeição aos princípios norteadores do Direito Penal, ora por entender que convive com flexibilizações que lhe são inerentes (BARRILARI, 2021, p. 45). Netto (2020, p. 69) entende que no Brasil não há maior tradição ou cultura de um Direito Administrativo Sancionador. Para Greco Filho e Rassi (2015, p. 103), há uma insuficiente formulação teórica e prática do Direito Administrativo Sancionador no Brasil. Em sentido contrário, Osório (2005).
- ² Na Espanha, a retroatividade da lei sancionadora mais benéfica é prevista em lei. "Serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyen infracción administrativa. Las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor." Panorama del derecho administrativo sancionador en España. (REBOLLO-PUIG *et al.*, 2010, p. 37).
- ³ "Ante esta situación – que pone en cuestión todo el programa limitador de la idea de daño social como definición del delito – han surgido en la doctrina científica con fuerza voces (por ejemplo, Silva Sánchez), que reclaman volver a una diferenciación cualitativa, sustancial, entre sanciones administrativas y penas criminales e infracciones administrativas y delitos; no con la intención de despenalizar – es decir, privar de garantías – al Derecho administrativo sancionador, sino con la esperanza de construir un dique conceptual que permita diferenciar entre lo que puede ser delito y lo que debe permanecer en el ámbito de la sanción administrativa." (LASCURAÍN-SÁNCHEZ, 2019, p. 82). A falta de limites precisos entre as diferentes tutelas também

Referências

- BARRILARI, Claudia Cristina. *Crime empresarial, autorregulação e compliance*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters; Revista dos Tribunais, 2021.
- BOTTINI, Pierpaolo; TAMASASKAS, Igor Sant'Anna. A controversa responsabilidade objetiva na Lei n. 12.846/13. *Revista do Advogado*, Associação dos Advogados de São Paulo, n. 125, p. 126-128, dez. 2014.
- CALAMANDREI, Piero. *Opere Giuridiche*. v. primo. Napoli: Morano editore, 1965.
- CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas*: Lei 12.846 de 2013. São Paulo: ed. RT, 2015.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese (livre-doutoramento) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.
- GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *O combate à corrupção e comentários à Lei de Responsabilidade de Pessoas Jurídicas* (Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013). São Paulo: Saraiva, 2015.
- HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao Código Penal*. v. I, tomo 1º, 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955.
- LASCURAÍN-SÁNCHEZ, Juan A. *Manual de introducción al derecho penal*. Madrid: Boe Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2019.

- gera o fenômeno da expansão desordenada do direito administrativo sancionador já apontado em outra oportunidade. Nesse sentido, Mejía-Patiño (2013, p. 119) faz alusão ao mesmo fenômeno na Espanha, o que levou Cerezo Mir a reclamar uma desadministrativização da atividade sancionadora ou então a sua sujeição a alguns dos princípios fundamentais do Direito Penal, como o princípio da legalidade, da retroatividade das leis mais favoráveis e da culpabilidade, com a aplicação do princípio *ne bis in idem* com relação às sanções penais e administrativas.
- ⁴ Em acurada crítica ao sistema sancionatório da Lei Anticorrupção, principalmente no que se refere às dificuldades impostas ao direito de defesa, Silveira e Saad-Diniz (2015, p. 327) observam que "o modelo do Direito Administrativo Sancionador tampouco acompanha – como deveria – a mesma proteção de garantias do sistema jurídico penal. Sem mencionar-se a discussão sobre as finalidades da intervenção punitiva que diferencia o sistema administrativo do penal (que vai para muito além da mera reparação do dano), o perigo que representa a nova regulamentação remonta à delicada antecipação do juízo de punibilidade da conduta de que podem ser vítimas os acusados nos processos administrativos de responsabilização (PAR), em formação do conhecimento da matéria com uma série de restrições ao direito de defesa.
 - ⁵ Para Calamandrei (1965, p. 574), a cegueira da Justiça representada com uma venda nos olhos tem o sentido de não ver os jurisdicionados de frente como forma de garantir a imparcialidade constituindo além disso uma expressão da necessidade, tantas vezes reafirmadas pelo estado de direito de separar a política e a justiça. Contudo, constatava Calamandrei no pós-Segunda Guerra, que essa exigência de imparcialidade política do juiz é um aspecto de dúvidas e angústia, principalmente nos períodos de aguda crise de legalidade.

- MEJÍA-PATIÑO, Omar. *Reseña histórica del derecho administrativo sancionador*. *Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, v. 2, n. 1, p. 259-284, 2008.
- MEJÍA-PATIÑO, Omar. *Fundamentos de derecho administrativo sancionador*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2013.
- NETTO, Alamiro Velludo Salvador. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters RT, 2020.
- OLIVARES, Gonzalo Quintero; ROSELL, Nuria Torres. *Derecho penal constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: ed. RT, 2005.
- REBOLLO-PUIG, Manuel; IZQUIERDO-CARRASCO, Manuel; ALARCÓN-SOTOMAYOR, Lucía; BUENO-ARMIJO, Antonio. Panorama del derecho administrativo sancionador en España. *Estudios Socio-Jurídicos*, v. 7, n. 1, p. 23-74, 2010.
- SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria e perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- SCAFF, Fernando Facury; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Lei anticorrupção é substancialmente de caráter penal. *Consultor Jurídico – Conjur*, 5 fev. 2014.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal, corrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

Autora convidada

O MITO DA INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS

THE MYTH OF THE INDEPENDENCE OF LEGAL SPHERES

Vicente Greco Filho

Procurador de Justiça de São Paulo Aposentado. Professor Titular da Faculdade de Direito da USP Aposentado. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1491696938723507>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1317-8006>

vigfil@uol.com.br

Resumo: A tão propalada “independência das instâncias” é nada mais que um mito, já que se sustenta na ideia de que a separação entre os procedimentos civil, penal e administrativo serviria para a resolução de problemas práticos surgidos na rotina judicial. A partir de um exame principiológico e das exceções legais e lógicas a essa ideia, conclui-se que a “independência das instâncias” somente pode ser considerada válida se estiver fundada em um princípio monovalente, não conflitante com princípio lógico ou jurídico de hierarquia mais elevada.

Palavras-chave: Processo penal – Processo civil – Teoria dos princípios.

Abstract: The so called “independence of legal spheres” is nothing short of a myth, since it is based on the idea that an alleged separation between civil, criminal and administrative proceedings would be useful in order to solve practical problems arising from the judicial practice. From a principiological analysis and listing the legal and logical exceptions to this idea, we conclude that the “independence of legal spheres” can only be considered valid if it is based on a monovalent principle that is not contrary to a logical or legal principle of higher hierarchy.

Keywords: Criminal procedure – Civil procedure – Legal principles theory.

No Direito há certos chavões que são repetidos como verdades absolutas, verdadeiros mitos, no dizer de **Harari**, em *Sapiens*, que são repetidos sem maior análise crítica. Assim, por exemplo, ainda hoje se diz “quem alega deve provar”, mesmo depois da irrefutável demonstração de **Gian Antonio Michelle** de que essa não pode ser a regra do *onus* da prova, ou “a forma é livre”, quando se sabe que a forma processual é a legal. Entre eles está o de que as instâncias civil, penal e administrativa são independentes.

Confesso que não tenho conhecimento da origem do mito, mas ele é usado para resolver sumariamente certas situações de inter-relacionamento de decisões ou situações das diversas esferas, sem verificação de sua pertinente aplicação ao caso.

Creio que o problema tem de ser discutido a partir de um exame principiológico no plano da hierarquia dos princípios jurídicos e no confronto de valorações quando do mesmo nível.

Princípios são proposições de caráter geral que informam determinado ramo do conhecimento. Segundo a extensão de sua aplicabilidade, podem ser omnivalentes quando informam toda uma ciência; plurivalentes quando informam vários ramos da mesma ciência; monovalentes quando atuam em um ramo de determinada ciência. Segundo o modo de atuação, podem ser deontológicos ou epistemológicos: são deontológicos quando se situam no plano do ideal, do dever ser; são epistemológicos quando atuam diretamente sobre a realidade, deles se extraindo consequências práticas interpretativas ou integrativas.

Podemos partir da hipótese de que a independência das instâncias é um princípio epistemológico plurivalente, aplicável à utilização da ordem jurídica em geral.

Não é absoluto, como reconheceu o Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental no *HC* 148.391 (BRASIL, 2018), quanto à absolvição por inexistência de fato ou de negativa de autoria, que faz coisa julgada no cível.

Trata-se de uma exceção legal, como a sentença condenatória e também a sentença absolutória que: 1) reconhecer categoricamente a inexistência material do fato; 2) reconhecer a legítima defesa real entre agente e vítima; 3) reconhecer a ocorrência de exercício regular de direito; 4) reconhecer situação de estrito cumprimento de dever legal. Neste último caso a exclusão de indenização se refere ao agente, mas não contra o Estado, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição da República.

A sentença que reconhece ter sido o fato praticado em estado de necessidade também faz coisa julgada no cível, mas, nos termos do Código Civil, a situação pode ser indenizável (CC, arts. 188, 929 e 930). São conceitos diferentes os de fazer coisa julgada, que significa indiscutibilidade, e o de indenizabilidade, passibilidade de indenização.

Há outras exceções legais, como a da sentença civil na questão prejudicial com ou sem suspensão do Processo Penal. Se o processo é suspenso, ocorre divisão de competência pelo objeto do juízo (na classificação da competência funcional de **Carnellutti**). Proferida a sentença civil e retomado o Processo Penal, o juiz criminal julgará a infração penal, mas parte de sua sentença será o que foi decidido pelo juiz civil, de modo que teremos numa mesma sentença, a penal, uma parte julgada por outro órgão jurisdicional de outra instância, o juiz cível. Se o Processo Penal não é suspenso e sobrevém sentença condenatória, a sentença civil, se incompatível com a decisão penal

também fará coisa julgada e deverá ser causa de compatibilização dos julgados, mediante os recursos, se ainda cabíveis, ou os instrumentos da revisão criminal ou do *Habeas Corpus*.

Outra previsão legal é a do art. 21 da Lei 8.429, de 2 de junho de 1992:

Art. 21 [...]

§ 3º As sentenças civis e penais produzirão efeitos em relação à ação de improbidade quando concluírem pela inexistência da conduta ou pela negativa da autoria. (Incluído pela Lei 14.230, de 2021).

§ 4º A absolvição criminal em ação que discuta os mesmos fatos, confirmada por decisão colegiada, impede o trâmite da ação da qual trata esta Lei, havendo comunicação com todos os fundamentos de absolvição previstos no art. 386 do Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). (Incluído pela Lei 14.230, de 2021).

§ 5º Sanções eventualmente aplicadas em outras esferas deverão ser compensadas com as sanções aplicadas nos termos desta Lei. (Incluído pela Lei 14.230, de 2021).

Ainda, a Lei de Abuso de Autoridade, em seu art. 8º, prevê mais uma hipótese:

Art. 8º Faz coisa julgada em âmbito cível, assim como no administrativo-disciplinar, a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Há, além das exceções legais, exceções ditadas pela ordem jurídica em sua integridade e pelos princípios constitucionais prevalentes em virtude de sua superior valoração, como o da dignidade da pessoa humana, do Estado humanista de Direito ou o da liberdade que informa o Direito Penal, bem como ditadas pela racionalidade e lógica jurídica.

Ainda que se admita a independência das instâncias como um princípio geral da aplicação coativa do Direito, não pode contrapor-se a outros princípios de maior dignidade, como os acima citados e que pertencem à deontologia jurídica ou sua lógica.

Quanto a esta última, a lógica, **Jaime M. Mans Puigarnau**, citando **Lee J. Loevinger**, aponta: "Casi todos los hombres admiten que no son hermosos. Muchos reconocen que no son fuertes. Pero ninguno confesará que no procede con Lógica... Los hombres se disculpan con frecuencia por su falta de memoria, pero nunca por causa de su juicio" (1969, p. 5).

Prossegue o mesmo autor, esclarecendo que:

[...] el juicio es la operación intelectual por antonomasia; no sólo porque en concepto originaria y prácticamente se forma en virtud de una suma de juicios, sino porque de la comparación de juicios se infieren, por vía inductiva o deductiva, nuevos juicios, de suerte que en torno al juicio polarizan los demás actos del entendimiento, y por consiguiente la teoría de juicio constituye el tema central de la Lógica (MANS PUIGARNAU, 1969, p. 57).

Michele Taruffo, em seu clássico *Uma simples verdade*, aponta a racionalidade da valoração da prova como um conceito universal da aplicação do Direito de modo a não ser possível uma racionalidade diferente em cada chamada "instância independente": a valoração das provas dentro do sistema de livre convencimento do juiz:

[...] funda-se no pressuposto de que o juiz é sim dotado de poder discricionário na valoração das provas, mas que não está realmente desvinculado das regras de racionalidade. Consequentemente, não há qualquer antítese entre liberdade de convencimento e emprego de critérios racionais de valoração. Aliás: a discricionariedade lhe impõe a aplicação de regras da razão para chegar a uma decisão intersubjetivamente válida e justificável (TARUFFO, 2016, p. 189).

Assim, se o juiz penal conclui pela validade de um laudo técnico ou científico, não cabe ao juiz cível ou ao administrador concluir o contrário.

A independência está em aplicar as regras jurídicas próprias, mas não a de se contrapor à racionalidade do que foi decidido. A racionalidade é uma só.

No plano principiológico, o da independência, evidentemente cede passo aos acima citados, princípios deontológicos, especialmente o da dignidade da pessoa humana-liberdade, que se consubstancia em Direito Penal, entre outros, no princípio da lesividade ou ofensividade ao bem jurídico, comando ao legislador e ao aplicador, além da unidade fundamental da ordem jurídica.

O Direito Penal tem por finalidade a tutela de bens jurídicos reconhecidos pelo Direito e é a mais gravosa, como não se discute. Toda infração penal tem como conteúdo a lesão ou potencial lesão a um bem jurídico (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2002).

Sem a lesão ou potencial lesão não pode ser instituída infração penal e também não pode haver condenação.

Nesse princípio fundamenta-se o reconhecimento da insignificância e sua farta aplicação, inclusive em crimes contra a ordem tributária. A figura do crime impossível também obedece ao princípio da exigência da lesividade, como também o da impunibilidade, de regra, dos atos preparatórios.

O que se conclui, então, é que a independência das instâncias tem limitações principiológicas e somente é válida se a autonomia está fundada em um princípio próprio (monovalente) não conflitante com princípio lógico ou jurídico de hierarquia mais elevada.

Em suma, para garantia da pessoa, a segurança das decisões judiciais e administrativas e para o cumprimento do devido processo legal, bem como da garantia da fundamentação das decisões, toda a vez que se invocar a autonomia das instâncias, é indispensável que a decisão explicita qual o princípio específico que está sendo aplicado justificador do julgamento não conforme.

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *AgRg no HC 148.391*, Rel. Min. Luiz Fux. DJe 15 março 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10975135>. Acesso em: 26 set. 2022.

MANS PUIGARNAU, Jaime M. *Logica para juristas*. Barcelona: Bosch, 1969.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

Autor convidado

DIGITAL FORENSICS TOOLS: DEVELOPMENT AND CONCERNS IN THE CONTEXT OF LAW ENFORCEMENT

FERRAMENTAS DIGITAIS FORENSES:
DESENVOLVIMENTO E QUESTÕES NO CONTEXTO DA APLICAÇÃO DA LEI

José Ricardo Marcondes Ramos

Doutorando em ciências jurídico-criminais na Universidade de Coimbra. Mestre em Direito Penal e Graduado em Direito pela USP. Pós-graduado pelo Instituto de Direito Bancário, da Bolsa e dos Seguros. Investigador do Instituto Jurídico da Universidade de Coimbra. Advogado.

Link lattes: <http://lattes.cnpq.br/4773621753817164>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2092-2665>

jricardo.marcondes@gmail.com

Abstract: Despite its use for criminal misbehaviour, technology is contributing to the improvement of both old and new investigative methods. Combined with the rising incidence of cybercrime, the increasing adoption of new digital devices by society and the enormous amount of digital data produced by them is fostering the development of the new and independent scientific field of digital forensics, specialized on the production, collection and analysis of such data and other computer powered investigative tasks. In this paper, we will focus on forensic investigation methods and digital forensic tools aided by new technologies with an overview of the forensic science and the development of tools and investigative methods powered by computers, as well as the usage and purposes of digital forensic tools.

Keywords: Criminal law – Forensic tools – Digital investigation – Law enforcement.

Resumo: Apesar de seu uso para o desvio de comportamento criminoso, a tecnologia vem contribuindo para o aprimoramento de métodos investigativos antigos e novos. Combinado com a crescente incidência de crimes cibernéticos, a crescente adoção de novos dispositivos digitais pela sociedade e a enorme quantidade de dados digitais produzidos por eles está fomentando o desenvolvimento de um campo científico novo e independente de investigação forense digital, especializado na produção, coleta e análise desses dados e outras tarefas de investigação computadorizadas. Neste artigo, temos como foco os métodos de investigação forense e as ferramentas forenses digitais auxiliadas por novas tecnologias com uma visão geral da ciência forense e o desenvolvimento de ferramentas e métodos investigativos alimentados por computadores, bem como o uso e propósitos de ferramentas forenses digitais.

Palavras-chave: Direito Penal – Ferramentas forenses – Investigação digital – Aplicação da lei.

1. Introduction

Led by the development of new technologies, ranging from autonomous vehicles to all sorts of smart gadgets, the digital transformation of society is changing many aspects of life and introducing new ways of social interaction.¹ While new technologies are facilitating several forms of life interaction, they are also being used to leverage both old and new criminal behaviours, aiding the commitment of different forms of fraud, money laundering and other underground criminal activity, either by tampering or meddling technical and technological mechanisms or by smoothing social engineering schemes in order to exploit personal weaknesses and enable fraud (NIKKEL, 2020, p. 01-02).

If technology may help the commitment of crimes, it is also evolving to help new investigation methods (LOUWERS, 2015, p. 06): on

one hand, the growing essentiality of digital gadgets led to the development of a whole new field of digital forensics, which is specialized in the extraction and analysis of data produced, stored and processed within devices (VAN BAAR *et al*, 2014, p. 54). On the other hand, the improvement of capacity of data extraction and analysis enabled by new technological advances is helping to upgrade crime-related forensic methods in diverse areas such as forensic accounting, handwriting analysis and neurocriminology (LOUWERS, 2015, p. 07-08).

In this paper, we will focus on forensic investigation methods and digital forensic tools aided by new technologies. In order to do so, our analysis will begin with an overview of the forensic science and the development of tools and investigative methods powered by computers, as well as the usage and purposes of digital forensic tools. The following part will be dedicated to the analysis of both

legal and procedural concerns related to the application of forensic techniques in the context of law enforcement, examining issues regarding the reliability of the digital forensic tools, the soundness of the investigative process and the fulfilment of the principles of security, privacy and transparency along all steps of data collection, examination, analysis and reporting, and the respect to the principle of equality of arms to all digital evidence.

2. From forensic science to digital forensics

Because of the difficulty to unveil the circumstances in which a crime may have occurred and the reliance on confessions or witnesses testimony to identify the offender, the field of forensic science developed a series of techniques and methods to aid the investigative process by acquiring, analysing and interpreting evidence through a coordinated process in order to base scientifically investigative conclusions (V. RAJIČ *et al*, 2020, p. 2094). Ever since the introduction of the fingerprinting method, the first significant investigation technique, forensic science developed a series of scientific processes to assist investigators identify and enquire information and objects related to a crime scene (a mute witness of the crime) and collect relevant evidence such as stains, hair or DNA samples, soil and so on (V. RAJIČ *et al*, 2020, p. 2094).

The development of new applied research and new technologies helped forensics science to improve its methods as well as to advance its techniques for interviewing and interrogation, handwriting analysis, data analysis and others (LOUWERS, 2015, p. 07; WU *et al*, 2020, p. 04). For instance, regarding the interviewing and interrogation processes, currently techniques use neurocriminology instruments, which can identify if someone is lying or telling the truth based on areas of the brain displayed as active when the person is confronted with evidences of the crime (neural mapping), instead of the old lie-detection techniques previously based on alterations in breathing, blood pressure, pulse rate and sweat, measured by the polygraph (LOUWERS, 2015, p. 07-08). Similarly, handwriting analysis, which used to be made personally by experts, is now made by algorithms that examine pen pressure, letter dimensions and other features (LOUWERS, 2015, p. 07). Finally, the emergence of new data processing capacities, arising from the development of data mining and data analysis techniques,² is improving the fight against corporate fraud and money laundering, throughout statistical tools for fraud detection, as well as against corruption, using word mapping software to identify bribery-related terms (BOLTON *et al*, 2002, p. 236; LOUWERS, 2015, p. 08).

Although various tools for forensic investigation and its techniques are not actually new – e.g., the polygraph machine was created around the 1880s (*idem*, p. 07) – it was only by the end of the 20th century that the use of computers to perform investigative tasks contributed to the development of the digital forensics field (V. RAJIČ, 2020, p. 2094-2095; FERGUSON *et al*, 2020, p. 259;). In spite of the enhanced performance to undertake forensic tasks such as hair or DNA analysis, however, it was only with the adoption of new digital devices and the rising incidence of cybercrime that the digital forensics field was highly developed (*Idem*).

Even recognizing that the increasing use of new communication devices and informational technologies is fostering new investigative techniques and data sources for old crimes – as the remarkable example of the usage of information from the Apple Watch app to investigate and unveil the disappearance and assassination of Saudi

dissident Jamal Khashoggi in Turkey (FERGUSON *et al*, 2020, p. 259; LEE, SOH, 2020, p. 01) – it is important do recognize that the development of digital forensics as a new and independent field,³ specialized in the understanding of how this data is produced and how it can be collected and analysed, is being fostered by the enormous amount of digital data increasingly produced by new digital devices (VAN BEEK *et al*, 2020, p. 01-02; VAN BAAR *et al*, 2014, p. 54).

As a branch of forensic science, digital forensics is responsible for the process of identification, collection, processing and interpretation of digital data from any given device (V. RAJIČ, 2020, p. 2095; LEE, SOH, 2020, p. 01, 04) and, as such, can be understood as “the process of applying scientific methods to analyze stored information and to determine the events of a particular incident, thus making evidence usable in court” (OLIVEIRA JÚNIOR *et al*, 2020, p. 01). It must be mentioned, though, that digital investigation’s appliance is not restricted to judicial controversies, also being commonly used in the corporate ecosystem as a preventive and investigative tool related to behavioral and disciplinary concerns (FERGUSON *et al*, 2020, p. 262; V. RAJIČ *et al*, 2020, p. 2097). However, even though digital forensics has several applications within the legal frameworks – namely, public sector operation and security as well as corporate investigations – it is important to recall that the “main purpose of digital evidence is to support or rebut a thesis or argument on which court decision is based on” (*Idem*, p. 2096). As a consequence, and considering that its main application is associated with criminal investigations, there are operational and legal concerns related to digital investigations, topic that we shall address next.

3. Legal and procedural concerns regarding digital investigation processes

From a procedural and legal point of view, as any sort of investigation, the application of digital forensics techniques in the context of law enforcement is limited by a series of concerns stemming from broad investigative limitations and specific procedures precautions (FERGUSON *et al*, 2020, p. 260; WU *et al*, 2020, p. 08). In order to guarantee that the digital evidence used to understand and reconstruct the criminal activity is both legal and valid, there are several issues that must be addressed, ranging from the reliability of the digital forensic analysis tool to the forensic soundness of the whole process used to gather the evidences, as well as the respect to legal constrains and privacy affairs, the fulfilment of demands from diverse stakeholders and the respect to the principle of equality of arms to all digital evidence (VAN BEEK *et al*, 2020, p. 01 and 05; FERGUSON *et al*, 2020, p. 262-263).

Within the context of digital forensic analysis, the initial concern is to ensure that the tool used in the process of data collection, analysis and report is both reliable and suited for the task and for the associated data source from which digital material is extracted – be it a software, a hardware or a combination of both (V. RAJIČ *et al*, 2020, p. 2095; WU *et al*, 2020, p. 04; Netherlands Register of Court Experts, 2016, p. 06). By being very technical in nature,⁴ the investigation of crimes and felonies involving different sorts of technologies imply different types of analysis of hardware, software systems, malware, network protocols, APIs and cryptography (NIKKEL, 2020, p. 06). Even though there are different criteria to classify digital forensics tools, the diversity of data sources and the need for expertise on the underlying technology is the base for its taxonomy, which separates the digital forensics in different subfields such as computer forensics,

software forensics, multimedia forensics,⁵ device forensics, network forensics, malware forensics and memory forensics, as shown in Figure 1.

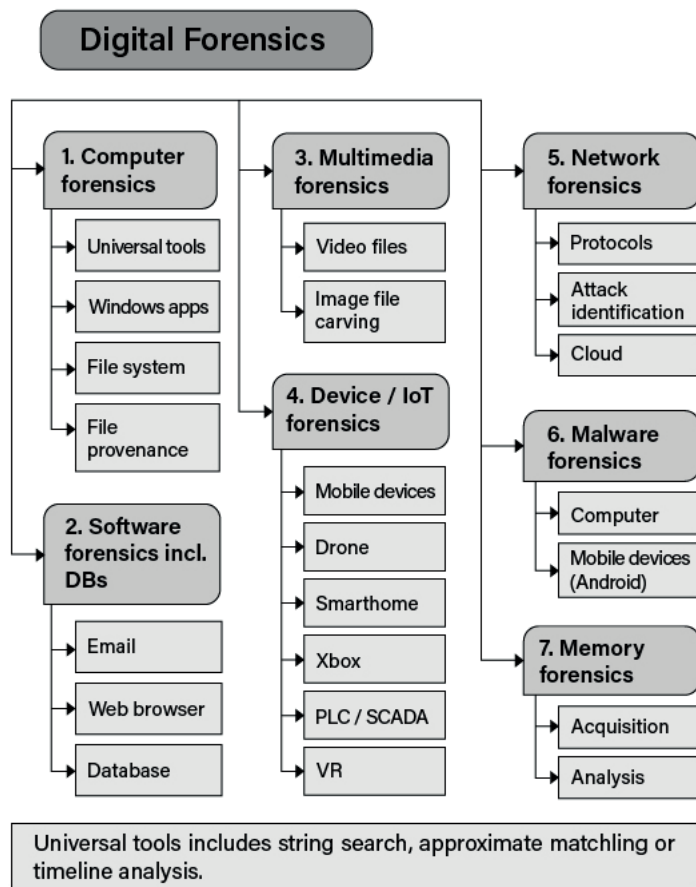


Fig. 1. Digital forensics tool taxonomy.

Adapted from: WU, Tina; BREITINGER, Frank; O'SHAUGHNESSY, Stephen (2020). Digital forensic tools: Recent advances and enhancing the status quo. *Forensic Science International: Digital Investigation*, 34, p. 05.

As all digital forensic tools⁶ share the common goals of making the digital evidence available to investigators as quickly possible, maximizing coverage of seized material and providing "a service that processes high volumes of digital material in a forensic context and gives easy and secure access to the results" (VAN BEEK *et al*, 2020, p. 01), the validity of the tool itself is tested by the satisfaction of the Daubert standard.⁷ Arising from a rule of evidence which establishes the admissibility of the testimony of expert witnesses, the Daubert test requires that the tool and its underlying methodology should be subjected to peer review, should disclose its known error rate and should be kept updated (FERGUSON *et al*, 2020, p. 260). It should, in short, answer to the following questions: can and has the procedure been tested? Is there a known error rate of the procedure? Has the procedure been published and subject to peer review? Is the procedure generally accepted in the relevant scientific community? (WU *et al*, 2020, p. 02).

A second scope of challenges for digital forensics is related to the access of devices associated to criminal behaviour by investigators, when there could be legal and technical problems related to privacy concerns (FERGUSON *et al*, 2020, p. 261). Under the legal standpoint, the access to digital devices to undertake investigative actions is constrained by law which, to protect individual freedoms

and rights, requires judicial approval and overview of surveillance activities and data confidentiality breakage (*idem*, p. 263). From the technical perspective, on the other hand, the rising awareness regarding the vulnerability of devices is leading to the increasing adoption of built-in privacy and security systems, creating a scenario where while the use of add-on privacy-respecting tools is impairing hackers' malicious intent, it is also hampering official investigations (*idem*, p. 262-263).

Once investigators managed to have access to the digital devices at stake, a third source of issues arises from the forensic process itself. Because one of the main concerns of the investigative process is to acquire unbiased evidence related to the criminal activity, the soundness of both the investigative process and whole chain of data custody are essential for the digital evidence to be considered reliable and, as such, be accepted in court (V. RAJIČ *et al*, 2020, p. 2095-2096). In order to do so, the digital forensic investigation methodology applied must fulfil the principles of security, privacy and transparency along all steps of data collection, examination, analysis and reporting, assuring, first, that the extraction process was not subject to contamination, that the evidence was carefully handled and "documented from the moment when identified, acquired, processed, interpreted and presented in the court" (V. RAJIČ *et al*, 2020, p. 2095) in a trustworthy chain of custody and, finally, that the digital evidence traces to the original material, guaranteeing the provenance of traces with a clear chain of evidence (VAN BEEK *et al*, 2020, p. 05). As described by Van Baar *et al* (2014, p. 58), the digital forensic investigation process usually adopt the following path (Figure 2):

the first task is to create forensic copies of the digital devices (*collection and authentication*). ... images are copied to a central storage, processed (*examined*) using a standard set of tools, ranging from tools that extract file systems, files and carve unallocated space, to tools that parse chat logs, Internet history and mail databases. The results of these tools are stored (*harvested*) in a centralized database. After storing these traces, they can be queried (*reduced and analyzed*) using multiple methods. ... This makes it possible to *identify, classify, organize and compare* the traces within seconds, based on *hypotheses* and questions the investigators have. This can be done at any time during the investigation.

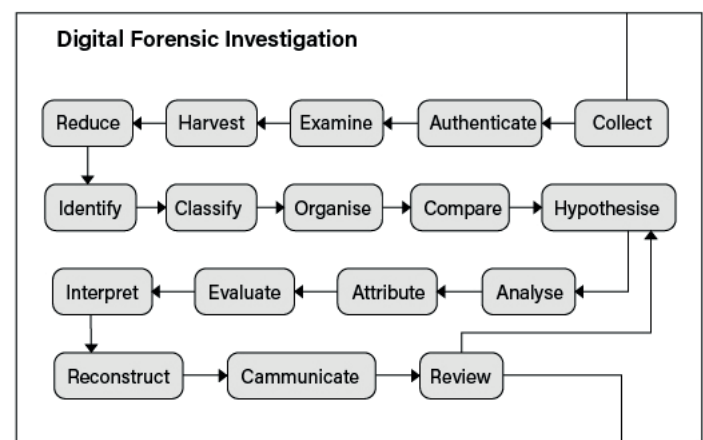


Fig. 2 Digital forensic investigation process.

Source: VAN BAAR, R.B.; Van Beek, H.M.A.; van Eijk, E.J., Digital Forensics as a Service: A game changer. *Digital Investigation*, 2014, 11, p. 58.

Alongside the soundness and transparency of the whole digital forensics investigation process, there is still another challenge faced by the forensic investigator, namely, the scope of the investigation. As a result of privacy concerns, there are several digital traces out of investigator's reach, such as communications between the defendant and his/her lawyers and data outside the express boundaries of the judicial approval (VAN BEEK *et al*, 2020, p. 05). Aiming to overcome these challenges, the process of data collection is usually guided by *white list* traces that determine which data can be included in the investigation. Considering that it is not always possible to seize solely legitimate materials, it is possible to apply other filters restricting the trace collection, such as *black list* traces that exclude from the trace collection elements that are not allowed to integrate the investigation (for example, privileged communication regarding medical or legal files), creating a so called *partial clone* to which investigators are authorized to access (*idem*, p. 05). Obviously, it is clear that these solutions may not be perfect and that there will eventually be false positives as well as false negatives.

Finally, the last legal concern associated to forensic investigation lies on the use of the digital evidence within legal procedures and the fulfilment of demands from its stakeholders, which include not only case investigators and case analysts but also lawyers, prosecutors and judges (*idem*, p. 01). Here, the main issue is the assessment of the digital evidence in court and the possibility to access it for evaluation and investigation purposes, allowing it to be contradict

within the legal procedure, in respect to the principle of equality of arms to all digital evidence (*idem*, p. 08). As Van Beek *et al* (2020, p. 08) advocate, this demand may be answered by "giving defense attorneys/suspects direct access to digital evidence via DFaaS [Digital Forensics as a Service] implementations", although such access might be limited depending on the content of the material and the type and context of the case.

4. Conclusions

As a branch of forensic science, the application of digital forensic techniques for law enforcement goals is limited by concerns and issues related to the reliability of the digital forensic analysis tool, the forensic soundness of the investigative process, the respect to legal constrains and privacy affairs and the fulfilment of the principle of equality of arms to all digital evidence. While the reliability of the forensic tool can be assured by the satisfaction of the Daubert standard, legal issues can be complied by the respect to the legal constrains that protect individual freedoms and rights. Under the procedural standpoint, the forensic soundness of the investigative process can be assured by a trustworthy chain of custody and of evidence guided by *white* and *black list* traces, which guarantee the respect to the principles of security, privacy and transparency along. Finally, the respect to the principle of equality of arms can be fulfilled by assuring that all stakeholders have direct access to the digital evidence during legal procedures.

Notas

- ¹ Revisão aos cuidados do autor.
- ² The attribute that distinguishes both techniques is that unlike data analysis, data mining does not test a previously set hypothesis. As Sunder GEE describe, "data mining is the searching of large amounts of computerized data to find trends, patterns, or relationships without testing a hypothesis" and "data analytics starts with a hypothesis that is to be confirmed or proven to be false. A conclusion is made based on inference from the findings." GEE, 2015, p. 10-11.
- ³ As Ferguson *et al* (2020, p. 260) explain "the field of digital forensics, though relatively young, has earned the right to call itself a discipline, and that law enforcement and educational institutions are developing training to ensure that effective investigations can indeed be carried out in the digital world to support law enforcement".
- ⁴ As Bruce NIKKEL (2020, p. 03-05) explains, considering solely financial frauds, there are many kinds of criminal activities exploiting different technological bases such, as ATMs or card payment attacks, phishing, rogue mobile banking apps, online banking trojans, online money laundering, extortion and ransom attacks, online social engineering attacks, among others. Just as the crime could be committed throughout different technological means, so must the investigative vary.
- ⁵ This taxonomy is proposed by Tina Wu *et al* (2020) as an updated version of the distinction made by the Netherlands Register of Court Experts (NRGD, 2016. Standards 008.0 Digital Forensics. Technical Report Netherlands Register of Court Experts, p.

- ⁶ As mentioned by LEE and SOH (2020, p. 02-03), there are several integrated digital forensic tools available in the market, such as EnCase, the FTK (Forensic Tool Kit), the Forensic Explorer, the X-Ways Forensics and the BlackLight, to name a few. The other tool that is worth mentioning, the HANSKEN platform from the Netherlands Forensic Institute, is analysed in detail in VAN BEEK, H.M.A.; VAN DEN BOS, J.; BOZTAS, A.; VAN EIJK, E. J.; SCHRAMP, R.; UGEN, M. Digital forensics as a service: Stepping up the game. *Forensic Science International: Digital Investigation*, Volume 35, 2020.
- ⁷ Despite of the lack of international standard certification for forensic tools, the ISO 17025 is applied as an international standard to certify laboratories that develop such tools. VAN BEEK *et al*, 2020, p. 08. As Tina Wu *et al* (2020) describe, "Sec. 7.2.2 of ISO 17025 requires that the laboratory validate non-standard methods to the necessary extent to meet the needs of the given application or field of application. Validation requires that the laboratory implement robust testing methods through variation of controlled parameters, comparison of results achieved with other validated tools and inter-laboratory comparisons. Furthermore ISO 17025 Sec. 7.7 requires that laboratories have procedures for ensuring and monitoring the validity of their results".

Referências

BOLTON, R. J., HAND, D. J., PROVOST, F., BREIMAN, L., Statistical Fraud Detection – A Review, *Statistical Science*, Vol. 17, No. 3 (2002), Institute of Mathematical Statistics, p. 235-249.

FERGUSON, R.I., RENAUD, K., WILFORD, S. and IRONS, A. PRECEPT: a framework for ethical digital forensics investigations, *Journal of Intellectual Capital*, 2020, Vol. 21 No. 2, p. 257-290.

GEE, Sunder. *Fraud and fraud detection: a data analytics approach*. New Jersey: Ed. Wiley, 2015.

KUMARI Tiwari, Reshma; DEBNATH, Jasojit (2017). Forensic accounting: a blend of knowledge. *Journal of Financial Regulation and Compliance*, 25(1), 73–85.

LEE, Jae-Ung; SOH, Woo-Young. Comparative analysis on integrated digital forensic tools for digital forensic investigation. *IOP Conference Series: Materials Science and Engineering*, 2020, 834.

LOUWERS, Timothy J. (2015). The past, present, and future (?) of crime-related forensic accounting methodology. *Accounting Research Journal*, 28(1), 4–9.

NETHERLANDS REGISTER OF COURT EXPERTS NRGD, 2016. Standards 008.0 Digital Forensics. Technical Report Netherlands Register of Court Experts.

NIKKEL, Bruce. Fintech forensics: Criminal investigation and digital evidence in financial

technologies. *Forensic Science International: Digital Investigation*, (2020).

OLIVEIRA JÚNIOR, Edson; ZORZO, Avelino F.; NEU, Charles Varlei (2020). Towards a conceptual model for promoting digital forensics experiments. *Forensic Science International: Digital Investigation*, 35.

V. RAJIĆ, M. MILENKOVIĆ and G. VOJKOVIĆ. Digital forensics appliance in corporate ecosystem considering limitations in the EU legal framework, 2020 43rd International Convention on Information, Communication and Electronic Technology (MIPRO), 2020, p. 2094-2100.

VAN BAAR, R.B.; VAN BEEK, H.M.A.; VAN EIJK, E.J. (2014). Digital Forensics as a Service: A game changer. *Digital Investigation*, 11, S54–S62.

VAN BEEK, H.M.A.; VAN DEN BOS, J.; BOZTAS, A.; VAN EIJK, E. J.; SCHRAMP, R.; UGEN, M. Digital forensics as a service: Stepping up the game. *Forensic Science International: Digital Investigation*, Vol. 35, 2020.

WU, Tina; BREITINGER, Frank; O'SHAUGHNESSY, Stephen (2020). Digital forensic tools: Recent advances and enhancing the status quo. *Forensic Science International: Digital Investigation*, 34.

Recebido em: 30.06.2022 - Aprovado em: 05.09.2022 - Versão final: 11.10.2022

O MOMENTO DA CONFISSÃO PARA O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

THE TIME OF CONFESSION FOR THE CRIMINAL NON-PROSECUTION AGREEMENT

Pedro Guilherme Müller Kurban

Especialista lato sensu em Ciências Penais pela PUCRS. Graduado em Direito pela PUCRS. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9313489471287327>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8640-6698>

pgmullerkurban@gmail.com

Brunno Ruschel de Lia Pires

Especialista lato sensu em Compliance pela PUCRS. Graduado em Direito pela PUCRS. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2668405841384456>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1638-7137>

brpires1304@gmail.com

Resumo: O presente artigo objetiva suscitar a discussão acerca da ocasião exigida para a confissão no Acordo de Não Persecução Penal, explorando tendência jurisprudencial que, no intento de limitar a incidência retroativa do ANPP, impõe a antecedência da confissão à própria oferta, sendo oportuno cotejá-lo com a sistemática do *Plea Bargaining*, e perscrutar possíveis efeitos deletérios à defesa e à acusação.

Palavras-chave: Confissão Prévia – ANPP – Precedentes – *Plea Bargaining*.

Abstract: The current article aims to raise the discussion about the occasion required for confession in the Criminal Non-Prosecution Agreement, exploring a jurisprudential tendency that, in an attempt to limit the retroactive incidence of the NPA, imposes the advance of the confession to the offer itself, being opportune to compare it with the *Plea Bargaining* system, and scrutinize possible deleterious effects to the defense and the prosecution.

Keywords: Previous Confession – NPA – Precedents – *Plea Bargaining*.

1. Introdução

O Acordo de Não Persecução Penal foi positivado pela Lei 13.964/2019, no bojo do pacote anticrime, acrescentando o artigo 28-A ao Código de Processo Penal, tendo como antecedente e inspiração o artigo 18 da Resolução 181/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, cuja redação é bastante similar, indicativo quicá do espírito dessa nova lei. De acordo com esses dispositivos, o investigado, aliado a determinados requisitos, deve confessar formal e circunstancialmente a prática da infração para que o acordo seja viável; todavia, indaga-se o momento dessa confissão, se condição prévia e/ou se concomitante à assinatura do acordo, para averiguar o potencial de causar deturpações no sistema penal, especialmente pelos recentes entendimentos jurisprudenciais.

A previsão legal do ANPP começou a vigorar em 23 de janeiro de 2020 e, malgrado incipiente, já acarreta muita discussão e divergência jurisprudencial em diferentes aspectos. Discute-se a natureza ínsita do acordo, se direito subjetivo do acusado e, portanto, interpretado no panorama democrático-acusatório favorável ao investigado ou réu – acaso haja ação penal em andamento –, convindo mencionar nessa corrente a posição de **Lopes Jr.** (2020); ou se a proposta seria prerrogativa exclusiva e também opcional do Ministério Público – Josita (2020) entende-o como um poder-dever do MP, aplicando-se o mesmo raciocínio da oferta de suspensão condicional do processo. Calha consignar que caminha a jurisprudência na linha desta última alternativa, recepcionando o Enunciado 19 do Grupo Nacional dos Coordenadores de Centro de Apoio Criminal do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais (GNCCRIM/CNPG) acerca da Lei Anticrime, que dispõe ser faculdade do Ministério Público.

Por outro norte, continua a causar cizânia a aplicação do ANPP a

fatos pretéritos à sua vigência legislativa, bem como quanto aos seus respectivos marcos permissivos, se até a prolação da sentença – tendência que se tornou minoritária na jurisprudência, ou se até o recebimento da denúncia, como parece estar assentando-se nos tribunais, na forma defendida por **Fischer** (2020). De toda sorte, os precedentes restritivos e as exigências desbordam da limitação temporal, afetando o próprio instituto.

2. Precedentes dos Tribunais Superiores

A tendência jurisprudencial, disseminada a partir dos tribunais superiores, é pela redução do espectro da incidência do ANPP, estabelecendo-se o recebimento da denúncia como marco último para a possibilidade de oferta, em especial para afastar fatos pretéritos à vigência da lei. Nesse talvegue, emblemática a decisão do Supremo Tribunal Federal no âmbito do *HC 191.464 AgR/SC*, fixando a tese de que “o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia”, reafirmada no *HC 191.124 AgR/RO*.

Já o STJ unificou internamente suas decisões aplicando a mesma interpretação do STF sobre o limite para o ANPP ser o recebimento da denúncia, dirimindo divergência interna de suas Turmas; porém, um dos fundamentos para afastar a incidência do ANPP se alicerça na premissa de que a falta de confissão pré-processual configura justificativa para negar a proposta uma vez iniciada a ação penal. Neste sentido, cita-se o *AgRg no RHC 152.763/SP* do STJ, que confirmou a decisão do Tribunal de origem afastando o ANPP por entender recusa justificada não haver confissão prévia, depreendendo-se que ao MP caberia verificar, durante a investigação em sede policial ou ministerial, se os requisitos estariam presentes, incluindo-se confissão formal e circunstancial antecedente. Todavia,

esse posicionamento trouxe a reboque o entendimento implícito de que a confissão deve-se dar anteriormente ao acordo, o que implica caracterizá-la como uma condição prévia à oferta, criando-se o silogismo de que o primeiro passo do acordo é a confissão do investigado para permitir o mero oferecimento.

A confissão, enquanto requisito objetivo-subjetivo, deixa assim de ser uma opção pessoal e de defesa, passando à condicionante do Acordo de Não Persecução. Não haveria maiores problemáticas nessa confissão prévia se a figura do juiz de garantias tivesse sido implantada na forma da lei, já que eventual confissão pré-processual restaria acautelada em separado do juiz apto a julgar o feito, consoante previsão do artigo 3-C, § 4º, CPP; entretanto, o instituto do juiz de garantias continua suspenso (LESCOVITZ; TAPOROSKY FILHO, 2021, p. 18).

Alvissareira, no entanto, a recente decisão da Sexta Turma do STJ no HC 657165/RJ ao pontuar a problemática de se exigir confissão no inquérito, por retirar do investigado a possibilidade de reflexão sobre o custo-benefício da proposta ainda incerta de ANPP, fixando ademais que o acordo, inobstante não seja um direito subjetivo do acusado, também não é mera faculdade do MP, mas um poder-dever, coadunando-se com a posição de **Josita** (2020) anteriormente citada. O grande mérito da decisão, mesmo com algumas ressalvas do caso concreto, é trazer à tona a discussão acerca da imprevisibilidade durante o inquérito quanto à oferta de ANPP, destacando o risco de uma autoincriminação antecipada.

3. *Plea bargaining* e *guilty plea*

Nesse ponto, importa trazer à baila, do Direito Comparado, o instituto norte-americano que inspirou a criação do ANPP brasileiro: o *plea bargaining*. O cerne deste decorre de discussões e concessões recíprocas feitas entre acusação e defesa (CUNHA *et al.*, 2017, p. 204); trata-se do processo de verdadeira barganha, que impõe a confissão para evitar a ação, situando-se no fechamento do acordo e não como condição previamente existente. Releva pontuar que a confissão enquanto declaração de culpa é exigência no sistema estadunidense pelo seu próprio funcionamento judicial.

Nos EUA, o processo tem o escopo de formação da culpa para posterior apreciação em julgamento. Imputada e aceita a acusação (*charging* ou *indictment*, a depender do estado e do crime), procede-se a uma audiência inicial (*initial hearing* ou *arraignment*), para perquirir como o acusado se declara em relação à acusação (*plea hearing*). Se declara não ser culpado (*not guilty*), abre-se o julgamento; se assume ser culpado (*guilty plea*), o caso se encerra com aplicação da pena na sequência. Logo, ao confessar (declarar-se culpado), o sentenciamento é corolário, dispensando-se o julgamento para apuração da culpa, abdicando-se, pois, de exercer o direito de ser julgado pela corte (ALSCHULER, 1979, p. 1). Havendo *plea bargain* ou *plea agreement* – se exitosa a negociação que é o *plea bargaining*, o acusado se declara culpado, e dá-se cumprimento ao que foi estabelecido entre acusação e defesa em sentença, já que a teleologia é exatamente evitar o custo financeiro e operacional de um processo judicial; por isso, o *guilty plea* é consequência indissociável do acordo (*plea deal*).

Interessa salientar que a própria Suprema Corte americana definiu que o *guilty plea* é em si mesmo uma condenação (Kercheval v. United States, 274 U.S. 220, 223 [1927]) – ALSCHULER, 1979, p. 4). Logo, na sistemática americana, a admissão de culpa (*guilty plea*) é imprescindível para o encerramento do processo sem a convocação do júri, diferentemente do Brasil, onde a natureza da confissão é de elemento probatório, insuficiente por si só para a condenação e o consequente desfecho da ação.

Em vista disso, é de se apontar a recepção canhestra desse instituto,

compatível com o sistema adversarial do *common law*, distinto, pois, do ordenamento brasileiro, acarretando mais uma distorção a partir da chamada “americanização à brasileira”, como já antevira Coutinho (2019) ao prefigurar o possível desastre na sua importação. Seja pela própria diferença na natureza da confissão e do *guilty plea*, inclusive diferença valorativa e de importância processual, seja pela inexistência de confissão prévia no próprio *plea bargaining*, não se vislumbra fundamento para a obrigatoriedade de confissão anterior ao acordo como se requisito fosse, mas, sim, condição legal negociável ínsita do próprio ANPP.

4. A confissão como cláusula do acordo

A natureza de negócio jurídico pré-processual pressupõe evidentemente negociação e discussão entre as partes, induzindo concessões recíprocas para fins de viabilizá-lo, restando a cada um dos negociadores ceder mais ou menos em razão da situação fática; vale dizer, se há maior ou menor probabilidade de êxito para a acusação ou para a defesa em virtual ação penal.

Giza-se que, no sistema adversarial americano, qualquer das partes pode propor a avença, diversamente do ANPP, em que sempre pairará a incerteza da oferta por parte do Ministério Público, uma vez estabelecido ser sua prerrogativa exclusiva.

Malgrado compulsória, a confissão é sim uma das cláusulas a ser deliberada, e não um pressuposto anterior para viabilizar a negociação em si, como vem indicando a jurisprudência brasileira. Aliás, o Enunciado 13 aprovado na I Jornada de Direito e Processo Penal do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF) é instrutivo ao sinalizar que “a inexistência de confissão do investigado antes da formação da *opinio delicti* do Ministério Público não pode ser interpretada como desinteresse em entabular eventual acordo de não persecução penal”.

Frisa-se que imprescindibilidade da confissão é contestada como inválida por parte de juristas, a exemplo de Nucci (2020, p. 383), sob o prisma do direito a não autoincriminação, que fica fragilizado. Afinal, a confissão se exaure em si mesma e perde o sentido porquanto mero meio de prova, inaproveitável para fins de ação penal fulminada pelo ANPP, cujo intuito é essencialmente despenalizador. Convém distinguir, pois, da confissão demandada para a colaboração premiada, já que esta sim serve ontologicamente como efetivo meio de obtenção de provas para processos criminais no panorama das organizações criminosas (DARGÉL; CORSETTI, 2021); infere-se, assim, possível inconstitucionalidade material na confissão em ANPP, afora sua desnecessidade (ZIEHE; MADURO, 2022, p. 702).

5. A problemática da confissão prévia na perspectiva da defesa e da acusação

De todo modo, tratar idealmente a confissão como absolutamente espontânea é ilusório, na medida em que sempre haverá algum grau de imposição do investigado ao se submeter aos termos entabulados. Sem embargo, despicienda a pretensão de verdade real em sede de ANPP como se o sistema fosse perfeitamente funcional, no qual apenas culpados reconheceriam seus atos e, só assim, o MP cogitaria por benevolência seletiva um acordo como recompensa à pretensa sinceridade.

Outrossim, fixada a baliza da confissão antecedente, encorajam-se confissões a granel, o que tem o condão de esvaziar o instituto do ANPP. Como é de sabença, confissão certamente não é sinônimo de realidade, o que é endossado pelo estudo de Silva (2019) acerca do fenômeno multifatorial das falsas confissões, que tenderia a se alargar. No mesmo compasso, direitos fundamentais e garantias processuais são colocados em xeque pelo processo de banalização da assunção de culpa (VASCONCELLOS; REIS, 2021, p. 292). A saber,

o já citado direito a não autoincriminação e, como consequência, o direito ao silêncio, já que o investigado não troca um direito por outro, visto não ser o ANPP um direito subjetivo, tolhendo essa prerrogativa constitucional, comprometendo a ampla defesa aliada à incerteza da proposta.

Além do mais, de posse da confissão prévia, o MP poderá agravar as condições do ANPP, diminuindo ainda mais a voluntariedade do investigado, que se deparará com o dilema de aceitar um acordo gravoso ou se dispor a enfrentar um processo criminal em posição desfavorável, obrigando-o assim a aceitar os termos do Ministério Público.

Sob a ótica da acusação, diminui-se a credibilidade das confissões pré-processuais em razão da incerteza se porventura motivadas pela expectativa de ANPP, enfraquecendo a própria confissão como elemento acusatório, que poderá futuramente ser desmentida pelo acusado na ação penal sob a justificativa de que confessara naquele momento única e exclusivamente visando ao benefício legal, até porque, como é cediço, a confissão é retratável, na forma do artigo 200 do CPP. Logo, toda e qualquer confissão antes do processo ficará maculada pela dúvida quanto ao seu real intento, revelando-se prejudicial não só para a defesa, mas também para a acusação.

6. Conclusão

Consolidando-se os precedentes de exigência de confissão prévia, resultar-se-á na discricionariedade do MP em propor o ANPP apenas após a confissão do investigado, robustecendo assimetricamente a acusação em detrimento da defesa, a despeito do sistema acusatório, fragilizado pelo claro desequilíbrio, ferindo a paridade de armas, vulnerando o devido processo legal em eventual ação penal. Em contrapartida, pela vulgarização, enfraquece-se a confissão como meio de prova da acusação.

Com efeito, a confissão não é nem deve ser tida como condicionante

do Acordo de Não Persecução Penal, mas parte integrante dele, sob pena de esvaziamento da confissão e do ANPP, ao acarretar distorções no sistema penal. Se no *plea bargaining* a confissão não é necessariamente antecedente ao acordo, tampouco seria razoável que no ANPP fosse. Mesmo havendo exigência legal da confissão, esta continua a ser meio de prova e não uma condenação por si só, não havendo amparo constitucional ou legal para situá-la mandatoriamente em momento prévio como requisito do ANPP.

Isso porque nada garantiria ao investigado confesso o recebimento da proposta pelo MP, ficando a seu bel prazer transigir com o investigado confesso ou valer-se da sua confissão como elemento indiciário para o ingresso de ação penal. O investigado fica debilitado em ambas as circunstâncias, seja pela incerteza desse acordo, seja pela autoincriminação provocada na expectativa frustrada de acordo. Ora, confessar previamente a qualquer oferta é, no mínimo, temerário para quem deseja transigir com o MP, posicionando-se em desvantagem e risco, prejudicando a sua defesa, dado que a confissão será manejada consoante a conveniência do órgão acusador, que já disporá de um elemento estigmatizante em desfavor do acusado.

Em razão disso, é inadequado equiparar a confissão prévia analogamente a uma demonstração de interesse por parte do investigado na oferta do Acordo de Não Persecução. É próprio de um acordo as partes ajustarem concessões mútuas, abrangida a confissão, a qual pode ser afastada acaso a negociação não avance. O momento mais apropriado para a confissão é na assinatura do esboço anteriormente pactuado; uma confissão compulsória prévia tolhe a espontaneidade demandada pelo § 4º do artigo 28-A do CPP, confirmável em controle judicial. De fato, a confissão formal e circunstancial deve ser integrante negociável do acordo, devendo ser assegurada ao investigado a oportunidade de fazê-la quando da proposta, e não como requisito prévio.

Referências

ALSCHULER, Albert. *Plea Bargaining and its History*. *Columbia Law Review*, v. 79, n. 1, p. 1-43, 1979. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2005&context=journal_articles. Acesso em: 27 jun. 2022.

BRASIL. Casa Civil. Decreto-Lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 01 jul. 2022.

BRASIL. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. *I Jornada de Direito e Processo Penal: Enunciados Aprovados*. Brasília, DF: CEJ/CJF, 2020. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/copy_of_Jornada%20de%20Direito%20Administrativo%20-%20Enunciados%20aprovados/jornada-de-direito-administrativo-enunciados-aprovados. Acesso em: 05 set. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Procuradores-Gerais. *Enunciados Interpretativos da Lei Anticrime*. Grupo Nacional dos Coordenadores de Centro de Apoio Criminal do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais. Brasília, DF: GNCCRIM/CNPG, 2019. Disponível em: https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM_-_ANALISE_LEI_ANTICRIME_JANEIRO_2020.pdf. Acesso em: 05 jul. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. *Diário Eletrônico do CNMP*, Caderno Processual, Brasília, DF, 08 set. 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/5277>. Acesso em: 29 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 191.464/SC, Primeira Turma, Relator: Min. Luis Roberto Barroso. Brasília, DF, 11 de novembro de 2020. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico n. 280, Brasília, DF, 26 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 191.124/RO, Primeira Turma, Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 08 de abril de 2021. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico n. 69, Brasília, DF, 13 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 152.763/SP. Relator: Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região). *Lex: Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, DF, 08 fev. 2022. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico n. 3334, Brasília, DF, 15 fev. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Habeas Corpus n. 657165/RJ. Relator:

Min. Rogério Schietti Cruz. *Lex: Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, DF, 09 ago. 2022. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico n. 3469, Brasília, DF, 01 set. 2022.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Plea bargaining no projeto anticrime: crônica de um desastre anunciado*. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminas*, n. 317, abr. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches *et al.* *Acordo de não persecução penal*. Salvador: JusPodivm, 2017.

DARGÉL, Alexandre Ayub; CORSETTI, Christian. A exigência da confissão no ANPP e a desvantagem do inocente. *Conjur*, 22 set. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-22/opiniao-exigencia-confissao-anpp-desvantagem-inocente>. Acesso em: 17 jul. 2022.

FISCHER, Douglas. Não cabe acordo de não persecução em ações penais em curso. *MSJ*, 11 jul. 2020. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/07/11/nao-cabe-acordo-de-nao-persecucao-em-acoes-penais-em-curso>. Acesso em: 11 jul. 2022.

LESCOVITZ, Guilherme; TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas. A (in)constitucionalidade dos requisitos do acordo de não persecução penal. *Academia de Direito*, v. 3, p. 143-167, 2021.

LOPES JR., Aury; JOSITA, Higyta. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. *Conjur*, 6 mar. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/li-mite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal#_ftn3. Acesso em: 03 set. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SILVA, Juliana Ferreira da. O *plea bargain* e as falsas confissões: uma discussão necessária no sistema de justiça criminal. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminas*, n. 318, maio 2019.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; REIS, Dimas Antônio Gonçalves Fagundes. Limites à utilização da confissão do imputado realizada como requisito ao acordo de não persecução penal. *Revista de Estudos Criminas*, v. 20, n. 80, p. 264-279, 2021.

ZIEHE, Juliana Menescal da Silva; MADURO, Flávio Mirza. A (im)prescindibilidade da confissão para a propositura do acordo de não persecução penal. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 23, n. 2, 2022.

Recebido em: 25.07.2022 - Aprovado em: 29.08.2022 - Versão final: 06.10.2022

RECONHECIMENTO FACIAL: SOLUÇÃO OU POTENCIALIZAÇÃO DE ANTIGAS MAZELAS?

FACIAL RECOGNITION: SOLUTION OR POTENTIALIZING OLD ISSUES?

Rafael Ferreira de Albuquerque Costa

Bacharel em Direito pelo Ibmec/RJ. Pós-graduando em Direito Criminal Contemporâneo pela FGV-Rio. Associado ao IBCCRIM. Membro do Grupo de Estudos Avançados de Direito Penal Econômico do IBCCRIM em Santa Catarina. Membro do Grupo de Pesquisa A Sociedade Civil e o Estado de Direito: Mutações e Desenvolvimento. Membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB/RJ e da Subseção da OAB/RJ da Barra da Tijuca. Advogado.

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

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7354-8347>

rafael@fdaadvogados.com.br

Resumo: Este trabalho objetiva analisar, por meio de revisão bibliográfica e análise jurisprudencial, a aplicação das tecnologias, em especial softwares de inteligência artificial para reconhecimento facial, exercendo um juízo crítico acerca do entusiasmo da comunidade jurídica e dos órgãos de segurança pública na sua pronta utilização, sob o argumento da maior eficiência e isenção promovidos pelo algoritmo. Para tanto, será realizado um comentário sobre o reconhecimento fotográfico e sua jurisprudência, relacionando-se com a questão do reconhecimento facial. Após, argumenta-se sobre o enviesamento do software no momento de sua programação, a precisão dos reconhecimentos e, por fim, o alegado incremento da eficiência na persecução penal.

Palavras-chave: Reconhecimento facial - Inteligência artificial - Seletividade penal.

Abstract: This essay aims to analyze the application of new technologies, especially artificial intelligence software developed for facial recognition, to criticize domestic security and the law community's enthusiasm toward its results through literature review and case law research. For this purpose, we draft a comment about photographic recognition and its jurisprudence correlated to facial recognition dynamics. Then, we discuss the software's programmatic procedures, the recognition accuracy, and, finally, if there is any efficiency enhancement of criminal prosecution.

Keywords: Facial recognition - Artificial intelligence - Criminal selectivity.

1. Introdução

A utilização de tecnologias para reconhecimento facial tem ganhado cada vez mais adeptos. As razões para o entusiasmo pretensamente agradam ambos os lados da moeda: punitivistas e garantistas. Isto porque as referidas ferramentas prometem a redução da subjetividade nas abordagens policiais simultaneamente ao incremento da quantidade de prisões. Em resumo, atende-se ao apelo social pela punição sem o revés das práticas violentas e estruturais do sistema de administração da justiça criminal (NUNES, 2019, p. 67).

Essa promessa efficientista, contudo, parece não se concretizar. Em primeiro lugar, será explorado o falacioso argumento da isenção da tecnologia, como se os softwares fossem imunes aos sentidos que os humanos dão às coisas. Em seguida, tecer-se-ão algumas considerações estatísticas sobre como a prática corrobora a inexistência da neutralidade tecnológica. Por último, explorar-se-á

a (in)eficiência das tecnologias de reconhecimento para fins de segurança pública a ponto de justificar o dispêndio de recursos públicos.

O enfrentamento das questões específicas relacionadas com a tecnologia impõe discorrer breve e preliminarmente sobre o cenário do reconhecimento de pessoas por meio de fotografias, problema que tem promovido a decretação de muitas condenações injustas. A pertinência do reconhecimento fotográfico se dá em razão da analogia de sua dinâmica com a do reconhecimento facial, uma vez que a inteligência artificial se utilizará de parâmetros preestabelecidos para realizar a identificação do indivíduo com o rosto armazenado em sua base de dados.

2. Breve panorama jurisprudencial sobre o reconhecimento fotográfico

Antes de adentrar o tema propriamente, é importante traçar

um paralelo entre o reconhecimento facial realizado mediante recurso tecnológico e o reconhecimento pessoal ou fotográfico feito pelo agente público ou na sua presença. A jurisprudência brasileira sempre pendeu para o lado de que o procedimento para o reconhecimento previsto no Código de Processo Penal consistia em mera recomendação do legislador às autoridades. Entretanto, em recente guinada de entendimento, houve verdadeira mudança de paradigma quando o Superior Tribunal de Justiça passou a considerar nula a prova produzida sem a observância das exigências legais da lei processual penal.

A alteração do posicionamento jurisprudencial deu-se no HC 598.886/SC. No seu voto, o Ministro **Rogério Schiatti**, em adição às considerações feitas no que tange ao valor probatório do reconhecimento, também enfrenta a questão racial que rodeia o reconhecimento de pessoas, registrando que o Relatório apresentado pela Defensoria Pública em setembro de 2020 (RIO DE JANEIRO, 2020) apontou: "Quanto à cor da pele, apenas 20% dos indivíduos eram brancos (consta do referido relatório que a informação sobre a cor da pele foi retirada dos registros policiais), o que sugere algo até intuitivo, o racismo estrutural" (BRASIL, 2020, p. 25).

Importante destacar também as palavras de **LOPES JR.** (2017, p. 493), para quem os estereótipos e os estigmas não raras vezes afetam o imaginário social:

[...] fazendo com que vítimas e testemunhas tenham uma tendência de reconhecer em função desses estereótipos. [...] Ainda que o criminoso nato de Lombroso seja apenas um marco histórico da criminologia, é inegável que ele habita o imaginário de muitos (principalmente em países com profundos contrastes sociais, baixo nível cultural e, por consequência, alto índice de violência urbana como o nosso).

Se os seres humanos estão imersos em um imaginário social seletivo, com vieses racistas e segregacionistas, muitas das vezes inconscientes, é de se indagar a permeabilidade da tecnologia por esses fenômenos que conformam a subjetividade brasileira. Caso contrário, ao fechar os olhos à possibilidade de reprodução das falhas do sistema de justiça criminal pelas tecnologias aplicadas, parece substancialmente se elevar a tonificação das desigualdades ínsitas ao sistema penal.

3. A potencialização das incongruências do Sistema de Justiça pela tecnologia

As colocações acima estão intimamente ligadas com a desconstrução

da isenção da tecnologia, porquanto demonstra o enviesamento discriminatório da própria mente humana. O algoritmo, por mais inteligente e autônomo que seja, precisou de um programador, o qual está naturalmente inserido na sociedade e tem vieses e distorções próprias de seu meio social, tendendo a transpor, ainda que inconscientemente, para a máquina suas próprias percepções. Além disso, o argumento de que a inteligência artificial se corrigiria não parece consistente, uma vez que a aprendizagem depende de parâmetros e de raciocínio crítico, os quais não se pode garantir que o algoritmo terá acesso e, se tiver, que os considerará como fontes válidas para reprodução.

Estatisticamente, o reconhecimento facial apresenta problemas que podem levar a sérias injustiças. Um levantamento realizado pela **Gender Shades** (2017), evidenciou a urgência na transparência da performance dos softwares de inteligência artificial, dadas as taxas de diferença substanciais entre pessoas de gênero e cor distintas. Apenas a título de ilustração, o produto da empresa IBM apresentou considerável índice de erro entre homens de tons de pele mais claros e mulheres de tom de pele escuro, alcançando o patamar de 34,4%. Esse dado, por si só, já põe em xeque a confiabilidade

e a prestabilidade do reconhecimento facial como política de segurança pública e como meio de prova. Será necessário muito tempero na aplicação dessas tecnologias.

Alinhado à ideia de cautela na utilização de inteligência artificial para reconhecimento facial, está o levantamento feito na Bahia durante o carnaval que, num monitoramento no universo de 1,3 milhão de pessoas, ensejou 903 alertas para as autoridades de segurança pública. Contudo, desses alertas, apenas 15 derivaram em prisões, isto é, mais de 96% não tiveram qualquer utilidade pública (NUNES, 2019, p. 68). Nesse sentido, parece que haveria uma desproporção relevante entre os recursos e as movimentações do sistema de administração da justiça e os resultados que ele produz.

"SE OS SERES HUMANOS ESTÃO IMERSOS EM UM IMAGINÁRIO SOCIAL SELETIVO, COM VIESES RACISTAS E SEGREGACIONISTAS, MUITAS DAS VEZES INCONSCIENTES, É DE SE INDAGAR A PERMEABILIDADE DA TECNOLOGIA POR ESSES FENÔMENOS QUE CONFORMAM A SUBJETIVIDADE BRASILEIRA."

4. Consideração final

Diante dos argumentos alinhavados, conclui-se que parece não encontrar respaldo em fatos o deslumbre com a inovação tecnológica aplicada ao reconhecimento de pessoas. Evidentemente, é preciso considerar que essas tecnologias continuarão a passar por processos constantes de aprimoramento. De todo modo, não devemos desatentar para seus intrínsecos problemas, sob pena de reproduzirmos as mazelas do sistema em larga escala e esquecermos que o objetivo principal é a máxima efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

Referências

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. *Habeas Corpus nº 598.886 de Santa Catarina*. Ministro Relator Rogério Schiatti Cruz, julgado em 27/10/2020. DJe de 18/12/2020. Brasília, 2020, p. 25. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=116061726&num_registro=202001796823&data=20201218&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 05 jul. de 2022.

GENDER SHADES PROJECT. *The accuracy of AI powered gender classification products*. Dec. 22, 2017. Disponível em: <http://gendershades.org/overview.html>. Acesso em: 05 jul. 2022.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NUNES, Pablo. *Novas ferramentas, velhas práticas: reconhecimento facial e policiamento no Brasil*. In: REDE DE OBSERVATÓRIOS DA SEGURANÇA. *Retratos da violência: cinco meses de monitoramento, análises e descobertas*. CESeC, jun./out. 2019, p. 67-70. Disponível em: <http://observatorioseguranca.com.br/wp-content/uploads/2019/11/relatoriorede.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2022.

RIO DE JANEIRO (Estado). Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. *Relatório de reconhecimento fotográfico*. 11 set. 2020. Disponível em: <https://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/33e974efa1004184954cc1b08ac2f253.pdf>. Acesso em: 05 jul. de 2022.

Recebido em: 26.07.2022 - Aprovado em: 09.09.2022 - Versão final: 04.11.2022

O ESTATUTO DA ADVOCACIA E A COLABORAÇÃO PREMIADA

THE STATUTE OF ADVOCACY AND THE PLEA BARGAIN

Luiz Antonio Borri

Doutorando em Ciências Criminais pela PUCRS.
Professor de Direito Penal da Unicesumar. Advogado.
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1414046440611495>
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7649-1270>
luiz@advocaciabittar.adv.br

Rafael Junior Soares

Doutorando em Direito pela PUCPR. Mestre em Direito Penal pela PUCSP.
Professor de Direito Penal da PUC/PR. Advogado.
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7645805665092232>
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0035-0217>
rafael@advocaciabittar.adv.br

Resumo: O presente trabalho examina o Estatuto da Advocacia e as recentes alterações trazidas pela Lei 14.365/2022, que tratam da colaboração premiada e sua relação com direitos e prerrogativas profissionais. Diante disso, com base no método hipotético-dedutivo e valendo-se da técnica de revisão bibliográfica e documental, defende-se que as restrições trazidas quanto ao emprego da colaboração premiada em desfavor de cliente e ex-cliente do advogado e buscas e apreensões em escritórios de advocacia fortalecem as prerrogativas profissionais e, como consequência, a própria sociedade.

Palavras-chave: Estatuto da advocacia – Prerrogativas profissionais – Colaboração premiada – Declarações incriminatórias – Buscas e apreensões.

Abstract: The present work examines the Lawyer's Statute and the recent changes brought by Law 14.365/2022, that deal with plea bargain and its relationship with professional rights and prerogatives. In view of this, based on the hypothetical-deductive method and using the technique of bibliographic and document review, it is argued that the restrictions brought about by the use of plea bargain to the detriment of the lawyer's client and ex-client and searches and seizures in Law firms strengthen professional prerogatives and, as a consequence, society itself.

Keywords: Lawyer's statute – Professional prerogatives – Plea bargain – Incriminating statements – Searches and seizures.

O Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/1994) recebeu recentemente uma profunda alteração por meio da Lei 14.365/2022.¹ Dentre as modificações, chamam a atenção duas questões relativas à colaboração premiada e o exercício da advocacia: i) a primeira localizada no art. 2º-B, § 6º-I, que estabeleceu a vedação ao advogado de efetuar colaboração premiada em desfavor de cliente ou ex-cliente, sob pena de responsabilidade disciplinar e criminal; ii) a segunda diz respeito ao art. 2º, § 6º-B, ao vedar buscas e apreensões em escritórios de advocacia apenas com base nas declarações de delator.

Os dispositivos introduzidos, além de representarem relevante ganho à advocacia e sua independência, estão em consonância com o art. 133 da Constituição Federal, que trata a atividade como indispensável à administração da justiça. Segundo **Gilmar Mendes** e **Paulo Gustavo Branco**, a essencialidade da advocacia e sua inviolabilidade foram garantidas no texto constitucional, as quais podem sofrer restrições, desde que exista expressa previsão legal (2011, p. 1047). Na mesma linha, a advocacia é considerada “um *múnus*, no sentido de que é a base para o exercício de todas as demais funções essenciais à Justiça” (BULOS, 2018). Para que haja o livre desempenho profissional, deve ser garantido o sigilo na relação advogado/cliente, considerado como um dos pilares da advocacia, merecendo, inclusive, regulamentação detalhada nos arts. 25 a 27 do Código de Ética e Disciplina da OAB. Por tudo isso, tais dispositivos evidenciam a relevância da advocacia no conjunto normativo brasileiro.

A regulamentação do papel do advogado e eventuais conflitos éticos no contexto da colaboração premiada foi uma das lacunas legais identificada pela doutrina no cenário nacional.² Tratando especificamente da primeira modificação operada pelo legislador no Estatuto da Advocacia, ou seja, a vedação da colaboração premiada do advogado em desfavor de cliente e ex-cliente, é possível apresentar algumas considerações (2º-B, § 6º-I).

De início, deve-se elencar a hipótese na qual um mesmo defensor atua em favor de vários delatores,³ acentuando o risco de ajustes de versões como forma de impedir disparidades entre os delatores

(VASCONCELLOS; SENEDESI, 2018, p. 413). Mesmo as inovações promovidas pelo Pacote Anticrime não foram capazes de solucionar esse vazio da lei,⁴ o que persistiu com as modificações propostas no Estatuto da Advocacia.

Reconhecendo essas lacunas na legislação, **Rodrigo Sánchez Rios** e **Renata Amaral Farias** propuseram a análise de situações nas quais poderia haver algum conflito ético do profissional da advocacia. Para o presente trabalho é relevante destacar os seguintes casos: (i) advogado que se torna delator e fornece informações sobre empreitada criminosa da qual participou com determinado cliente; (ii) advogado que se torna delator na ação penal X e, objetivando alcançar mais benefícios, fornece informações sobre crimes apuradas na ação penal X e Y, sendo que nesta última revela fatos conhecidos em virtude de sua profissão.

Para os autores, o primeiro caso seria resolvido com a aplicação do art. 37, do Código de Ética e Disciplina da OAB, o qual autoriza ao advogado a revelação de segredo próprio nos casos em que envolvam defesa própria, ou seja, a delação seria cabível pois viabilizaria o exercício da autodefesa do profissional da advocacia.⁵ No segundo caso, seria inviável a delação do defensor em relação aos fatos conhecidos no exercício profissional, pois a defesa própria “apenas englobaria eventual fato criminoso em que o causídico tenha tomado parte de alguma forma, outras informações sem qualquer ligação com o acordo estarão sempre protegidas.” (RIOS; FARIAS, 2018, p. 319-347).

A proposta dos autores é adequada, porém, é possível avançar em relação a alguns pontos. É preciso lembrar que a colaboração premiada é um instituto de natureza policrômica (BITTAR; BORRI; SOARES, 2019, p. 20), vale dizer, tem natureza de direito material e processual. Nessa perspectiva, não há como se perder de vista que, como comportamento positivo pós-delitivo do agente (CARVALHO; ÁVILA, 2019, p. 109-132; BATTINI, 2022, p. 13-15), caracteriza instrumento à disposição do autor do ilícito penal para o exercício de sua defesa e redução de sua pena. Todavia, não se pode negar

que, como meio de obtenção de prova, as declarações prestadas pelo delator repercutem na esfera jurídica dos delatados.

A partir daí, tem-se um instrumento à disposição da defesa do advogado que, no exercício da profissão, envolveu-se em ilícito penal, em coautoria ou participação, com cliente e que, uma vez investigado, pode exercer todas as garantias inerentes à ampla defesa e ao contraditório. Por outro lado, também haverá o cliente, que confiou informações ao seu defensor, na perspectiva de que tais informações permaneceriam protegidas pelo sigilo.

A questão remete ao tema das provas ilícitas, porque ao exercer a autodefesa o profissional da advocacia estará a revelar um segredo profissional (art. 154, CP). Além disso, embora tratando das proibições inerentes à testemunha, o Código de Processo Penal proscreve o depoimento de determinadas pessoas que devam guardar segredo, ressaltando apenas os casos em que elas forem desobrigadas pela parte interessada e queiram dar seu depoimento (art. 207). Por seu turno, a Constituição estabelece o direito à privacidade e à intimidade (art. 5º, X) a indicar que a revelação de segredos profissionais (BORRI; SOARES, 2020, p. 34-36) enseja a produção de prova ilícita.

A utilização de prova contaminada por ilicitude não é vedada em toda e qualquer situação. Aqui, pensa-se na hipótese de utilização da prova em favor da defesa, mas como visto, a delação premiada, por sua natureza jurídica, implica, simultaneamente, exercício de defesa e produção de prova em desfavor dos delatados. Por isso, tal como já se sustentou em relação ao art. 8-A, § 4º, da Lei 9.296/1996 (BITTAR; BORRI, 2021, p. 141), será possível a revelação do segredo profissional pelo advogado para entabular o acordo de colaboração premiada e receber os prêmios, porém tais informações não poderão ser utilizadas em desfavor do cliente ou ex-cliente.

Por conseguinte, e agora avançando à segunda modificação da lei (art. 2º, § 6º-B), as buscas e apreensões em escritórios de advocacia sempre representaram assunto tormentoso na prática forense, pois a quebra da inviolabilidade do local de trabalho permite o acesso pelas autoridades públicas a diversos segredos relativos aos clientes.⁶ Nesse contexto, é natural a proibição, como já constava no Estatuto da Advocacia, de acesso aos escritórios de advocacia, exceto nas situações em que o advogado figurasse como autor de crime. Mesmo nessa hipótese, a lei cuidou do tema com uma série de detalhamentos, obrigando que a autoridade pública observe diretrizes para que somente o material efetivamente investigado seja objeto de exame e apreensão.

A Lei 14.365/2022 pretendeu dar maior segurança à proteção conferida à advocacia, visto que ampliou as regras a serem observadas para a quebra da inviolabilidade fixada no Estatuto da Advocacia, sob pena de nulidade e responsabilidade nas mais variadas esferas do Direito. Conforme se observa na Lei 8.906/1994, o art. 7º, II, prevê como direito do advogado "a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia". Além disso, o art. 7º, §§ 6º, 6º-A a 6º-H do EAOAB (inclusive com as modificações da Lei 14.365/2022) fixa uma série de obrigações para a aplicação de medida cautelar que importe na violação do escritório ou do local de trabalho do advogado.

Com a modificação legal, as buscas e apreensões não poderão ser autorizadas com base apenas nas declarações incriminatórias do delator, na mesma linha da atual redação do art. 4º, § 16, da Lei 12.850/2013, que traz hipótese de restrição à fundamentação do juiz em suas decisões.⁷ Ou seja, houve o reforço do dispositivo incluído pela Lei Anticrime, visto que já se construía no âmbito da jurisprudência restrições (BRASIL, 2020; 2021) quanto ao uso da colaboração premiada, claramente em razão da sua incerteza frente aos interesses do delator.

O tema, no entanto, gerava debates, como aquele estabelecido entre **Andrey Borges de Mendonça** e **Renato Stanzola Vieira**, no Boletim IBCCRIM, notadamente quanto à inclusão das cautelares probatórias

entre as vedações encampadas pelo art. 4º, § 16, da Lei 12.850/2013. O primeiro sustenta que, a despeito da desconfiância epistemológica do relato do colaborador, a partir da classificação das cautelares em pessoais, reais e probatórias, surge como consectário a conclusão de que o legislador excluiu as cautelares probatórias da vedação trazida no texto de lei, que limita a possibilidade de emprego da delação de forma isolada para determinadas decisões. Noutras palavras, teria havido verdadeiro silêncio eloquente do legislativo (MENDONÇA, 2022, p. 28-30). Por outro lado, para o segundo autor, o Brasil adota uma classificação entre cautelares pessoais e reais/patrimoniais, assim, reconhecendo o reduzido valor probatório do relato prestado por colaborador premiado admite que "a partir do momento em que há informes de delator, diligenciem com outros meios, mas não os meios de obtenção de prova (busca e apreensão entre elas), para corroborar as palavras do delator." (VIEIRA, 2022, p. 30).

Por isso, a previsão específica introduzida no Estatuto da Advocacia apenas reforça orientação jurisprudencial que foi posteriormente positivada na Lei 12.850/2013, evitando-se que incriminações de colaboradores resultem em atos tão graves como é o caso de buscas em escritórios de advocacia. Exige-se, portanto, que a autoridade pública reúna provas de corroboração para que se autorize a medida cautelar probatória, valorizando-se a excepcionalidade trazida pelo legislador.

A construção normativa é essencial, porque evidencia papel distinto do advogado no campo constitucional, de modo que sua pertinência merece maior atenção.⁸ Nesse contexto normativo, não há dúvida de que a inviolabilidade do escritório ou local de trabalho aparece como uma das principais proteções outorgadas à advocacia, como forma de assegurar o livre exercício da profissão (cf. art. 133, CF e art. 7º, II, EAOAB).⁹

A partir do exame do art. 7º, §§ 6º, 6º-A a 6º-H do EAOAB, denota-se que a inviolabilidade é relativa, podendo ceder de forma excepcional, desde que "presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado".¹⁰ O objetivo aqui não é assegurar privilégios à advocacia, mas sim, proteger o cliente que confia documentos, confissões da vida privada, informações, etc., que precisam ser resguardados e protegidos de forma qualificada (BATOCHI, 1993, p. 401-407). Mesmo assim, para que sobrevenha a quebra da inviolabilidade disposta de forma constitucional e legal, é necessária a observância de uma série de parâmetros definidos em lei, sob pena de ilicitude da prova e responsabilização do agente público.

O cuidado do legislador quanto à proteção do escritório de advocacia se dá porque "a relação entre advogado e cliente é fundada na confiança, na abertura completa de informações, no repasse de dados e na descrição de detalhes de condutas e contextos pelo cliente ao profissional contratado" (BOTTINI; ESTELLITA, 2016, p. 19-33), de modo que as informações não devem ser acessadas por terceiros ou pelo Estado, tratando-se de elemento essencial à atividade profissional.

Apesar do transcurso de quase duas décadas, os problemas vividos pela advocacia são os mesmos e – infelizmente – as palavras de **Nilo Batista** (2005, p. 85-91) seguem atuais:

[...] quem acha que a invasão de escritórios de advocacia, à procura do segredo profissional dos clientes, se justifica por conta de eventual esclarecimento de um delito, tem que achar igualmente legítimo introduzir microfones nos confessionários ou nos consultórios de atendimento psicanalítico. Na verdade, meus caros Colegas, temos que escolher entre o culto da pena ou o culto da liberdade [...].

Tais previsões legais apenas evidenciam que no "Estado Democrático de Direito a investigação criminal não é ilimitada" (TORON; OLIVEIRA; MACHADO, 2008), encontrando certas barreiras, nos moldes dos dispositivos acima, como forma de proteção do cidadão, ainda que por meio da advocacia. Além disso, em situação envolvendo busca e apreensão em escritório de advocacia, o Desembargador Federal **Néviton Guedes** afirmou que em nenhuma hipótese o Estado pode

“valer-se do Advogado ou de seu Escritório, como forma de investigar determinada prática criminosa” (BRASIL, 2019). Aduziu, na mesma linha: “aquele que procura o advogado deve ter a certeza de que toda e qualquer informação colocada à consideração de seu ofício e mister está, a princípio, resguardada pela proteção do sigilo profissional” (RIOS; VIEIRA, 2019, p. 205-242).

O complexo normativo evidenciado acima apenas demonstra a relevância da advocacia para a própria sociedade, quando se trata de respeito às leis vigentes, de modo que sua atuação se dá em sintonia com o papel exercido pelo Poder Judiciário, Ministério Público e demais instituições. Aliás, é preciso que se compreenda que a OAB, por meio de seu representante, não atua diretamente em defesa do investigado, mas desempenha papel institucional de defesa dos direitos e prerrogativas dos advogados.

O entendimento acima é importante para fins de isonomia entre os atores processuais, a fim de se evitar indevidos excessos ou o extrapolamento de diligências que comprometam o sigilo e a inviolabilidade profissional, como é o caso do emprego de declarações incriminatórias, na forma da atual previsão legal.

Nas palavras do Min. **Celso de Mello**, é preciso recordar e não arrefecer, eis que “o respeito às prerrogativas profissionais do advogado constitui garantia da própria sociedade e das pessoas em geral, porque o advogado, nesse contexto, desempenha papel essencial na proteção e defesa dos direitos e liberdades fundamentais” (BRASIL, 2009). Portanto, as restrições incorporadas no Estatuto da Advocacia em relação ao uso da colaboração premiada apenas fortalecem as prerrogativas profissionais dos advogados e, como consequência, contribuem com a proteção dos direitos fundamentais da própria sociedade.

Notas

- ¹ O presente trabalho foi realizado com apoio da PUCRS por meio do Programa Institucional de Bolsas PRO-Stricto.
- ² A discussão sobre a eticidade e moralidade do instituto foi examinada por Bittar (2020, p. 65-70).
- ³ Propondo um código de ética da advocacia na justiça criminal negocial que não fixa proibição genérica de representação de coimputados por um mesmo advogado, mas impõe cautela sobre possíveis conflitos e incriminações recíprocas nos casos de identidade de defensores para coimputados (art. 24) cf. Vasconcellos e Sousa (2018, p. 13-15).
- ⁴ Conforme Vinicius Vasconcellos, “um ponto não regulado pela legislação e que carece de atenção é a possibilidade de conflito de interesses ao defensor, caso ele represente mais de um colaborador” (2020, p. 103).
- ⁵ Alcançando a mesma conclusão à luz das modificações legislativas inseridas no Estatuto da OAB, sugerindo, no entanto, que seja pactuado no acordo uma cláusula de isenção de responsabilidade penal do crime do art. 154, CP cf. Torricelli e Broeto (2022).
- ⁶ Pierpaolo Cruz Bottini e Heloisa Estellita ressaltam que “a inviolabilidade é mais abrangente que o sigilo porque não se refere apenas àquele que recebe a informação e tem o dever de guardá-la, mas também a resguarda contra terceiros, como autoridades públicas, que não podem acessar dados ou documentos em posse ou dirigidos ao advogado, nem mesmo por ordem judicial. Assim, cautelares de busca e apreensão ou de quebra de sigilo telefônico ou telemático devem excluir as comunicações com o

advogado, ou os documentos entregues a este. Quando tal condição não é conhecida com antecedência, deverão ser excluídas dos autos tais provas tão logo o juiz perceba a natureza inviolável dos elementos juntados” (2016, p. 19-33).

- ⁷ Em quaisquer das decisões elencadas no art. 4º, § 16, I, II e III, da Lei 12.850/2013, exige-se corroboração duplicada, significa dizer que, os relatos do colaborador não podem ser confirmados por elementos produzidos por ele próprio cf. Borri (2021, p. 160).
- ⁸ Algumas das considerações feitas acima estão na obra de Soares (2021, p. 78-84).
- ⁹ Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 8.906, de 4 de julho de 1994. Estatuto da Advocacia e a OAB. Dispositivos impugnados pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). [...] O advogado é indispensável à administração da Justiça. Sua presença, contudo, pode ser dispensada em certos atos jurisdicionais. A imunidade profissional é indispensável para que o advogado possa exercer condigna e amplamente seu múnus público. A inviolabilidade do escritório ou do local de trabalho é consectário da inviolabilidade assegurada ao advogado no exercício profissional. [...] (BRASIL, 2006).
- ¹⁰ “[...] a decisão judicial deverá indicar os elementos objetivos que indiquem a probabilidade de prática criminosa (indícios de materialidade), além de elementos objetivos que apontem para o advogado como agente – ou um dos agentes – dessa prática (indícios de autoria). Esses elementos devem ser fortes em nível bastante para justificar a quebra do princípio constitucional da inviolabilidade” (MAMEDE, 2014, p. 51).

Referências

- BATISTA, Nilo. A criminalização da advocacia. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 5, n. 20, p. 85-91, out./dez. 2005.
- BATOCHIO, José Roberto. A inviolabilidade do advogado em face da constituição de 1988. *Revista dos Tribunais*, v. 688, p. 401-407, fev. 1993.
- BATTINI, Lucas Andrey. A colaboração premiada como comportamento positivo pós-delitivo na execução penal. *Boletim IBCCRIM*, ano 30, n. 357, p. 13-15, ago. 2022.
- BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada: Direito, doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.
- BITTAR, Walter Barbosa; BORRI, Luiz Antonio. Lei de Interceptação Telefônica – 9.296/96. Capítulo 7. In: BITTAR, Walter Barbosa. *Comentários ao Pacote Anticrime Lei 13.964 (artigo por artigo – incluindo a rejeição de vetos)*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 133-141.
- BITTAR, Walter Barbosa; BORRI, Luiz Antonio; SOARES, Rafael Junior. A questão da natureza jurídica e a possibilidade legal de impugnação do acordo de colaboração premiada pelo delatado. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 27, n. 322, p. 19-21, set. 2019.
- BORRI, Luiz Antonio. *Colaboração premiada e prova de corroboração*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.
- BORRI, Luiz Antonio; SOARES, Rafael Junior. Limites epistêmicos no processo penal: a proibição de depoimento dos profissionais da saúde. *Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal*, ano 3, n. 9, p. 34-36, jun. 2020.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ESTELLITA, Heloisa. A confiança, o sigilo e a inviolabilidade. *Revista dos Tribunais*, v. 970, p. 19-33, ago. 2016.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *MS 1000399-80.2019.4.01.0000*, Decisão Liminar, Rel. Des. Federal Néviton Guedes, j. 28.02.2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 98.237*, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 15/12/2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1127*, Red. do ac. Min. Ricardo Lewandowski, j. 17/05/2006.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rcl 36542 Extn-nona*, Rel. Min. Gilmar Mendes, Decisão monocrática, j. 20/08/2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 624.608/CE*, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. 02/02/2021, DJe 04/02/2021.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Reflexões sobre a (i) legitimidade da delação premiada como comportamento pós-delitivo na execução penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 153, ano 27, p. 109-132. São Paulo: RT, 2019.
- MAMEDE, Gladston. *A advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MENDONÇA, Andrey Borges. Meios de obtenção de prova e a necessidade de corroboração. *Boletim IBCCRIM*, ano 30, n. 350, p. 28-30, jan./2022.
- RIOS, Rodrigo Sánchez; FARIAS, Renata Amaral. O instituto da colaboração premiada no sistema legal brasileiro e sua receptividade como meio de defesa: necessidade de reforma. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 148, p. 319-347, out. 2018.
- RIOS, Rodrigo Sánchez Rios; VIEIRA, Guilherme Siqueira. A prerrogativa do sigilo sobre honorários profissionais e a lavagem de ativos: uma análise a partir da advocacia criminal como atividade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 159, p. 205-242, set. 2019.
- SOARES, Rafael Junior. *Exercício da advocacia e a lavagem de dinheiro: os limites da responsabilidade penal do advogado*. Londrina: Editora Thoth, 2021.
- TORON, Alberto Zacharias; OLIVEIRA, Antonio Cláudio Mariz de; MACHADO, Rubens Approbato. Busca e apreensão em escritórios de advocacia. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 2008.
- TORRICELLI, Marcelo Rodrigues da Silva; BROETO, Filipe Maia. *Necessária separação entre confiança e omertà com advento da Lei 14.365/22*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-15/torricellie-broeto-dever-sigilo-ou-direito-delatar>. Acesso em: 04 ago. 2022.
- VASCONCELLOS, Vinicius. *Colaboração premiada no processo penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2020.
- VASCONCELLOS, Vinicius; SENEDESI, João Pedro Teixeira Araujo. Colaboração premiada e defesa técnica: a crise do direito de defesa na justiça criminal negocial. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo Rudge; MADURO, Flávio Mirza (orgs.). *Crise no processo penal contemporâneo: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 403-419.
- VASCONCELLOS, Vinicius; SOUSA, Matheus Herren Falivene de. Código de ética da advocacia na justiça criminal negocial: proposta de regras deontológicas para integridade defensiva na colaboração premiada. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 26, n. 303, p. 13-15, fev. 2018.
- VIEIRA, Renato Stanzola. Meios de obtenção de prova e a necessidade de corroboração (contraponto). *Boletim IBCCRIM*, ano 30, n. 351, p. 28-30, fev. 2022.

Recebido em: 04.08.2022 - Aprovado em: 09.09.2022 - Versão final: 28.09.2022

CRIME E CONTROLE NO CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA

CRIME AND CONTROL IN SURVEILLANCE CAPITALISM

Raphael Boldt

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

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

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1625-9856>

raphaelboldt@hotmail.com

Resumo: A partir de uma abordagem criminológico-crítica que se projeta desde o trabalho pioneiro dos frankfurtianos (Rusche e Kirchheimer), o presente artigo analisa os principais reflexos no campo do controle penal decorrentes do capitalismo de vigilância, reconfiguração produzida pela chamada revolução digital, compreendida como mais uma das etapas da modernidade, consistente, sobretudo, na glorificação das novas tecnologias, ideologia que autoriza a emergência das novas fronteiras e conquistas da técnica moderna.

Palavras-chave: Crime – Controle Social – Capitalismo de Vigilância – Segurança Pública – Justiça Criminal.

Abstract: From a criminological-critical approach that is projected since the pioneering work of the Frankfurtians (Rusche and Kirchheimer), this article analyzes the main reflexes in the field of penal control resulting from surveillance capitalism, a reconfiguration produced by the so-called digital revolution, understood as one more of the stages of modernity, consisting, above all, in the glorification of new technologies, an ideology that authorizes the emergence of new frontiers and achievements of modern technology.

Keywords: Crime – Social Control – Surveillance Capitalism – Public Safety – Criminal Justice.

Abordar temas como crime, controle e encarceramento no Brasil (e em qualquer lugar do mundo), bem como estabelecer diagnósticos e propostas, pressupõe compreender de que forma o controle do crime e a justiça criminal foram afetados pelas mudanças na ordem social.

Para tanto, se faz necessário esclarecer o ponto de partida epistemológico deste ensaio: uma abordagem criminológico-crítica que se projeta desde o trabalho pioneiro dos frankfurtianos **Rusche** e **Kirchheimer** (2004), isto é, uma análise da relação entre controle, punição e estrutura social. Trata-se, portanto, de uma perspectiva que reforça a concepção de que a dominação no capitalismo é um fenômeno macroestrutural que exige uma crítica às suas formas sistêmicas, nas quais deve ser incluída a relação entre economia e Estado.

Nesse ponto, questiona-se sobre os reflexos no campo do controle penal decorrentes da reconfiguração produzida pelo estágio atual do capitalismo e pela chamada "revolução digital", compreendida como mais uma das etapas da modernidade, consistente, sobretudo, na glorificação das novas tecnologias, ideologia que autoriza a emergência das novas fronteiras e conquistas da técnica moderna.

Quando se analisa aquilo que muitos identificam como a era do numérico, do digital e do ciberespaço, convém recordar um diagnóstico importante de autores como **Hartmut Rosa** (2015), expoente recente da chamada Escola de Frankfurt, no sentido de que vivemos uma "evolução técnica sem precedentes". É exatamente a partir desse conhecido diagnóstico que, tanto o Direito, quanto a Criminologia, são demandados a responder aos desafios atuais.

Com a ascensão da era digital, evidencia-se a importância da crítica aos processos de desumanização que podem surgir da mitificação

dos processos tecnológicos, das ideologias da cibercultura e da servilização do homem à máquina. Onde a nova potência político-econômica promove barbarização, gera exclusão e aprimora os processos de dominação, a reflexão teórica deve, necessariamente, buscar novos fundamentos para o Direito.

Entre os fatores que constituem essa nova etapa da modernização, destacam-se aqueles referentes ao controle do crime em suas múltiplas dimensões e ao que **Foucault** chamou de "táticas penais" (2015, p. 12), subjacentes ao controle social punitivo.

Se é verdade que todo período histórico produz as suas próprias ideologias, com a era digital não é diferente. Ela se reveste de ideologias oriundas da cibercultura, que servem para justificar novos processos sociais e tornam possível camuflar o surgimento de novos poderes e formas distintas de dominação.

As ideologias são a face cultural do controle social. Com efeito, a exaltação da era digital deriva para a glorificação da centralidade da máquina. Essa exaltação desloca o sentido do humano e, conseqüentemente, o sentido da própria razão humana. Por isso, verifica-se atualmente a consolidação de um tipo de ideologia fundada não apenas na lógica de exaltação da máquina, mas no declínio da razão.

No que se refere às técnicas de controle e às políticas de segurança, os sistemas de *mass surveillance*, como as tecnologias de reconhecimento facial, não necessariamente tornam a polícia mais atuante nas diversas demandas de redução do crime, mas ampliam o seu poder de escolha sobre quais comportamentos deseja reprimir e, mais importante, catalogar.

Sobre a adoção das tecnologias de dados na segurança pública e na persecução penal, após inúmeros protestos a atrocidades cometidas

por irresponsabilidades e abusos policiais contra vidas de pessoas negras nos Estados Unidos em várias cidades, o policiamento com base em dados surgiu como resposta, sendo vendido como "objetivo", "neutro" e "livre de preconceitos" (FERGUSON, 2017, p. 12).

A nova tecnologia passou então a ser utilizada para justificar a velha atuação policial nas mesmas comunidades pobres. Pesquisas sobre o uso dessas tecnologias tendem a confirmar viés preconceituoso na atuação policial (especialmente racial e territorial) e grandes chances de violações ao direito à privacidade nos sistemas de tratamento de dados por *Big Data*.

Seja como for, onde se nota a ascensão da ideologia da exaltação das novas tecnologias, torna-se possível verificar também o rebaixamento do ser humano, a deificação da máquina e a proclamação da vitória do numérico.

Assim, a era digital, compreendida como era cognitiva, torna-se uma época que oferece enormes riscos de novas irracionalidades, inclusive no campo do controle social e da segurança pública.

Evidentemente, inúmeras são as mudanças que se farão sentir ao longo das próximas décadas em razão da alardeada revolução tecnológica. Uma delas, que se projeta tanto no campo da teoria política, quanto do controle do crime, está ligada à hipótese teórica que se delinea a seguir.

O processo de passagem de uma sociedade centrada nas organizações para uma sociedade centrada em redes computacionais e plataformas digitais tem modificado não somente a comunicação social e a normatividade do Direito, mas a esfera pública (ABBOUD; CAMPOS, 2020).

Nessa nova formação social, as informações são produzidas de modo descentralizado, pelos indivíduos, e não mais exclusivamente pelos veículos de comunicação de massa, o que certamente pode ser considerado uma revolução moderna na sociedade burguesa, conforme descreve **Habermas** (2014).

Nesse universo, as redes de comunicação não são simples ferramentas e as fronteiras são reconfiguradas, assim como os modos de relação entre humanos e máquinas. Com isso, se desenvolve o "capitalismo de vigilância", expressão que **Zuboff** (2020) utiliza para identificar um fenômeno transformador da própria natureza humana. Trata-se, pois, de uma estrutura digital operada em função dos interesses do capital e das grandes corporações.

Para além de um processo de fragmentação (VESTING, 2015), verifica-se uma autêntica "mudança estrutural regressiva da esfera pública" (MENEGAT, 2015, p. 18) que, com essa nova dimensão econômica própria de um mundo digital e despersonalizado, atuam como uma das forças sociais que tem contribuído para enfraquecer o monopólio legítimo da violência física pelo Estado (Weber).

O trabalho de **Wacquant** (2007) já havia demonstrado como o grande encarceramento das últimas décadas pode ser visto como um sinal dessa transformação da esfera pública. Como consequência, o Estado tem buscado meios de reafirmar a sua legitimidade, geralmente mediante o incremento do poder punitivo.

Com o aparecimento de "novos riscos" provenientes das novas tecnologias,¹ como, por exemplo, os crimes cibernéticos e o

terrorismo virtual, a tendência mais previsível é a expansão do poder punitivo e a restrição de direitos e garantias fundamentais para atender à obsessão securitária.

De um lado, isso conduz à ampliação da repressão e do controle e à maior sobrecarga da justiça criminal, aumentando a percepção social de falência do sistema penal em virtude da ineficácia do poder público em lidar com essas novas formas de desvio.

Por outro lado, é importante destacar que o capitalismo de vigilância funciona como um modelo negocial que se vale das possibilidades ofertadas pela tecnologia e pelo ambiente digital. Como resultado, ele produz a violação de direitos fundamentais e a supressão das liberdades individuais por intermédio da vigilância e da modulação comportamental.

Configura-se, assim, uma abusiva relação de vigilância e poder nas esferas pública e privada. Na realidade, a economia da vigilância avança fortemente sobre a esfera pública e rastreia a participação política, uma vez que os sistemas algorítmicos definem os conteú-

dos políticos a serem vistos. Dominado por processos automatizados, o espaço democrático acaba comprometido.

Com o uso abusivo da força e a erosão dos direitos fundamentais como estratégia de controle da ordem pública, reforça-se um dos maiores obstáculos ao controle democrático do crime no Brasil: o controle efetivo das forças repressivas do Estado.

Observa-se, com isso, uma nova percepção do crime e do criminoso no imaginário coletivo, da mesma maneira que se constrói uma nova forma de representar as políticas de controle das condutas desviantes.

Em obra fundamental sobre o tema, **Garland** (2000) mencionou o surgimento de dois modelos estratégicos de contenção da criminalidade: (a) um deles seria o paradigma da estratégia

adaptativa, com enfoque em prevenção e parcerias preventivas, que se referem a uma série de arranjos de infraestruturas entre Estado e agências não estatais para aumentar a segurança.

Esse modelo de parcerias preventivas estaria em oposição ao (b) modelo de segregação punitiva, cuja estratégia está relacionada à ideologia da defesa social a partir da resposta punitiva ampliada e com maior severidade no cumprimento de penas privativas de liberdade, vinculado, portanto, ao fenômeno do encarceramento em massa.

Assim, de um lado ganha força uma perspectiva atuarial,² na qual o emprego de instrumentos de medição de risco se torna o método preferencial para a formulação de estratégias preventivas que pretendem aprimorar a gestão da criminalidade com base no perfil do criminoso. Prevalece a lógica da adoção sistemática do cálculo atuarial como critério de racionalidade de uma ação, definindo-se como tal a ponderação matemática de dados para determinar a probabilidade de fatos futuros. Tecnologias de informação e as novas técnicas gerenciais se combinam para produzir maior controle de recursos e condutas mais direcionadas.

De outro lado, permanece uma "criminologia do outro" (GARLAND, 1999, p. 59), de matriz lombrosiana, que desumaniza o sujeito desviante, totalmente diferente do indivíduo não criminoso (veja-se, por exemplo, os casos envolvendo crimes sexuais, tráfico de drogas,

"[...] ONDE SE NOTA A
ASCENSÃO DA IDEOLOGIA
DA EXALTAÇÃO
DAS NOVAS TECNOLOGIAS,
TORNA-SE POSSÍVEL
VERIFICAR TAMBÉM O
REBAIXAMENTO DO SER
HUMANO, A DEIFICAÇÃO
DA MÁQUINA E A
PROCLAMAÇÃO DA
VITÓRIA DO NUMÉRICO."

crimes patrimoniais violentos, etc.). Essa perspectiva está na origem das estratégias e das práticas da política criminal do terror e da guerra aos pobres que sempre imperou na sociedade brasileira com a adesão subjetiva do campo jurídico.

A tensão entre essas duas racionalidades distintas está presente nos debates e na definição das políticas criminais e das estratégias de controle contemporâneas.

No entanto, talvez seja um equívoco dispor esses modelos em oposição entre si, como propôs **Garland**. Embora seja de fato uma leitura possível no começo do século XX, a ascensão tecnológica pode compatibilizar os dois modelos ou colocar um à disposição do outro.

Nesse paradigma de aliança capitalista-tecnológico, a tendência de segurança vigilante ocorre em um contexto no qual a criminalidade violenta e o tráfico de drogas inspiram medo e conformam um sentimento distópico. Isso define, segundo **Zaffaroni** e **Santos** (2020, p. 132): “um modelo de segurança sepulcral”, elaborado por meio de uma tecnologia digital que conta com o acordo e a cooperação ativa dos próprios controlados.

De qualquer forma, o que há de comum entre as duas tendências é a desumanização. A era digital pretende consagrar a tecnologia e declarar a obsolescência do humano.

No campo socioeconômico, o capitalismo de vigilância promove um novo processo de colonialismo que converte os seres humanos e sua condição existencial em fluxos de dados inseridos em um processo de valor econômico.

Quanto ao controle social formal, as instituições do sistema de justiça criminal tiveram suas prioridades alteradas nas últimas décadas, de modo que o controle do crime passou a ocupar novos campos e a ser pensado e executado mediante técnicas inovadoras. Com essas transformações, o Estado de justiça criminal está maior do que antes, uma vez que as agências e os sujeitos que o conformam transcenderam o espaço da soberania estatal.

Com a materialização do capitalismo de vigilância, a tendência é o desenvolvimento de uma sociedade de segurança, formada a partir de um paradigma totalitário resultante da aliança entre capitalismo e tecnologia.

Tal cenário impõe novos desafios e sentidos ao Direito contemporâneo, especialmente no Brasil, onde o quadro atual é de perversão dos direitos, ou, parafraseando **Radbruch** (1946) ao referir-se à legislação nacional-socialista, o de uma “injustiça legal”. O campo jurídico precisa lidar com os riscos decorrentes da utilização das novas tecnologias nas políticas de controle e com o maior de todos os riscos, a coisificação da vida humana.

Assim como **Foucault** se equivocou em sua análise ao supor a retirada de cena do cárcere na década de 1970 em virtude da criação de alternativas à privação de liberdade que surgiam na Europa, também é possível supor que as modificações na esfera pública contemporânea não produzirão uma redução na centralidade da prisão.

Ao contrário, com a desregulação econômica e a redução da assistência social, o que se vê atualmente é a ampliação das técnicas de controle que sofisticam a intervenção punitiva. Um dos aspectos mais assustadores dessa obsessão por controle e segurança tem sido a policização da justiça criminal.

Cabe questionar se o Direito será capaz de regular os efeitos negativos desse processo, atuando sobretudo na perspectiva da preservação dos Direitos Humanos e da democracia na era digital.

Quanto às políticas de segurança e às táticas punitivas estatais, já houve um tempo no qual em nome da segurança não se torturava nem se matava, mas se protegia as pessoas. Por isso, a única alternativa legítima (embora improvável) seria adotar uma política integral de proteção de todos os direitos fundamentais.

Melhor seria, portanto, seguir a lição de **Baratta** (2006, p. 204) e adotar um modelo de segurança dos direitos, fazendo da “luta contra o crime” uma luta contra a exclusão social e a desigualdade.

Notas

¹ A respeito: BECK, Ulrich. *Risikogesellschaft: auf dem weg in eine andere moderne*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986; SILVA-SILVA-SANCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

² Sobre o tema, conferir também: DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história*. Rio de Janeiro: Revan, 2013; BOLDT, Raphael. *Processo penal e catástrofe: entre as ilusões da razão punitiva e as imagens utópicas abolicionistas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

Referências

ABBOUD, Georges; CAMPOS, Ricardo. A autorregulação regulada como modelo de Direito proceduralizado: regulação de redes sociais e proceduralização. Cap. 4. In: ABBUOD, Georges; NERY JÚNIOR, Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake News e regulação*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Disponível em: <https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/1197132530/capitulo-4-a-autorregulacao-regulada-como-modelo-do-direito-proceduralizado-regulacao-de-redes-sociais-e-proceduralizacao-fake-news-e-regulacao#a-243083542>. Acesso em: 03 nov. 2022.

BARATTA, Alessandro. Seguridad. In: BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal [Compilación in memoriam]*. Montevideo; Buenos Aires: Editorial Bdef, 2006.

BECK, Ulrich. *Risikogesellschaft*. Auf dem Weg in eine andere Moderne. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.

BOLDT, Raphael. *Processo penal e catástrofe: entre as ilusões da razão punitiva e as imagens utópicas abolicionistas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

FERGUSON, Andrew Guthrie. *The rise of Big Data policing: surveillance, race, and the future of law enforcement*. New York University Press New York, 2017.

FOUCAULT, Michel. *A sociedade punitiva*. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GARLAND, David. The culture of high crime societies: some preconditions of recent “law and order” policies. *Brit. J. Criminol.* n. 40, p. 347-375, 2000.

GARLAND, David. As contradições da “sociedade punitiva”: o caso britânico. *Rev. Sociol. Polít.*, Curitiba, 13, p. 59-80, nov. 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. São Paulo: Unesp, 2014.

MENEGAT, Marildo. *Estudos sobre ruínas*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

RADBRUCH, Gustav. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, Mohr Siebeck, v. 1, n. 5, p. 105-108, aug. 1946. Disponível em: <https://www.jstor.org/publisher/siebeck>. Acesso em: 03 nov. 2021.

ROSA, Hartmut. *Social acceleration: a new theory of modernity*. New York: Columbia University, 2015.

RUSCHE, Georg; KICHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

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

VESTING, Thomas. *Die medien des rechts: computernetzwerke*. Velbrück Wissenschaft: Weilerwist, 2015.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SANTOS, Ílison Dias dos. *A nova crítica criminológica: criminologia em tempos de totalitarismo financeiro*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

Recebido em: 04.08.2022 - Aprovado em: 27.09.2022 - Versão final: 06.11.2022



RACISMO E LEI DE DROGAS NO BRASIL: O RIGOR PUNITIVO COMO INSTRUMENTO DE COLONIALIDADE

RACISM AND DRUGS ACT IN BRAZIL: PUNITIVE RIGOR AS INSTRUMENT OF COLONIALITY

Kerston Marques Silva Benevides

Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP). Especialista em Direito Penal e Criminologia pela PUCRS. Bacharel em Direito pela Universidade Salgado de Oliveira (UNIVERSO). Servidor Público no Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Goiás (IFG). Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5084178318243932>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8912-0409>

kerston@gmail.com

Ana Carla de Souza Braga

Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto Damásio de Direito (IDD). Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Barão de Mauá (CBM). Advogada.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5263660994264622>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3748-1461>

anacsouzabraga@gmail.com

Resumo: A Lei 11.343/2006 é responsável por altos índices de encarceramento. A lei concede ampla margem de discricionariedade ao poder judiciário. Dados do Sisdepen demonstram que o grande encarceramento afeta a um público específico composto por jovens, negros, de baixa renda e escolaridade. A crítica decolonial permite compreender o Direito como instrumento de controle social. Estabelece-se o problema de pesquisa em torno da compreensão do significado do encarceramento em massa da população negra no Brasil, levantando a hipótese de ser a Lei de Drogas instrumento racista de colonialidade. Após o diálogo estabelecido neste artigo, a hipótese resta comprovada, demonstrando a utilização do sistema penal brasileiro na manutenção da subalternização da população negra.

Palavras-chave: Tráfico de drogas – Lei de Drogas – Racismo – Decolonialidade – Controle social.

Abstract: Brazilian Drugs Act is responsible for high rates of incarceration. The law grants a wide margin of discretionary to the judiciary. Data from National Penitentiary Department Information System show that the great incarceration affects a specific public composed of young, black, low income and low education level people. The decolonial critique allows us to understand the law as an instrument of social control. The research problem is established around the understanding of the meaning of the mass incarceration of the black population in Brazil, raising the hypothesis that the drug law is a racist instrument of coloniality. After the dialogue established in that article, the hypothesis remains proven, demonstrating the use of the Brazilian penal system in maintaining the subordination of the black population.

Keywords: Crime – Social Control – Surveillance Capitalism – Public Safety – Criminal Justice.

1. Introdução

A Lei 11.343/2006 é a responsável pela criminalização das diversas condutas que envolvem o tráfico ilícito de entorpecentes, bem como da própria aquisição e porte para uso pessoal. Substituindo a Lei 6.368/1976, a legislação ampliou a previsão legal para abarcar o comércio estruturado de diversas substâncias entorpecentes, além de ter agravado as penas cominadas aos condenados pelos crimes nela previstos.

A justificativa para a repressão do tráfico ilícito de entorpecentes manteve-se inalterada, sendo reiterados os discursos que afirmam ser o combate às drogas uma questão de saúde e segurança pública. A seletividade se faz presente tanto na escolha de substâncias classificadas como ilícitas, como no alcance e na incidência da legislação a determinados usuários ou comerciantes com características específicas.

A prática forense e as estatísticas do sistema prisional brasileiro indicam que a cor do acusado é representativo elemento indicativo da seletividade que se opera em torno do tráfico de drogas.

Em que pese a cor não ser formalmente utilizada como elemento de formação da convicção do juiz, percebe-se que o estereótipo do traficante é constituído sob o indivíduo pobre, negro e com baixa escolaridade.

A repressão do tráfico e do uso de drogas ilícitas pela legislação atual não tem cumprido efetivamente o seu papel, os números continuam em vertiginoso crescimento, não dando sinais da extinção ou abrandamento do tráfico de drogas, como pretendido – pelo menos discursivamente.

Nessa conjuntura, o presente artigo ganha relevo prático e atual e define o seguinte problema: qual o significado do encarceramento em massa resultante da aplicação da Lei 11.343/2006 para o controle social

e perpetuação do racismo no Brasil? Parte-se da hipótese de que a Lei de Drogas brasileira e sua aplicação constituem um instrumento racista de colonialidade para a manutenção da subalternização da população negra.

O artigo se desenvolve, num primeiro momento, a partir de levantamento bibliográfico para justificação da crítica decolonial como fundamentação do estudo. A opção decolonial mostra-se como a escolha epistemológica capaz de levar à compreensão do racismo estrutural que atravessa o sistema penal brasileiro. Realiza-se, ainda, o diálogo entre legislação, jurisprudência, súmula e dados coletados do Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN) – em âmbito nacional, referentes ao período de junho a dezembro de 2021 – e dados de pesquisa empírica para a compreensão do impacto do encarceramento proveniente da aplicação da Lei de Drogas, no que trata do encarceramento em massa da população negra. Como principais marcos teóricos estão os autores da decolonialidade e o jurista **Marcelo Semer**, que realiza pesquisa empírica sobre o encarceramento relacionado ao tráfico de drogas no Brasil. A pesquisa realizada por **Semer** trabalha com uma: “amostra de oitocentas (800) sentenças de primeiro grau, que apreciam denúncias de tráfico de drogas [...] da Justiça Comum de oito estados distintos, proporcionalmente à população. [...] As sentenças foram proferidas no período compreendido entre 07/07/2013 a 30/06/2015.” (SEMER, 2020, p. 155-156). A escolha dessa pesquisa como componente dialógico se dá por ser uma das pesquisas empíricas de maior relevância no que tange a condenações por tráfico de drogas, hoje, no Brasil.

2. A opção decolonial

Analisar o Direito a partir da opção decolonial significa propor uma crítica radical à sua epistemologia, de maneira a expor e compreender como se formam e se estruturam os instrumentos de colonialidade

nesse âmbito. Para a proposição dessa crítica, é necessário que se faça uma diferenciação inicial entre colonialismo e colonialidade.

O colonialismo se refere ao processo histórico de colonização formal instituído a partir da “descoberta”, hoje compreendida como invasão e exploração de determinado território. O colonialismo tem o seu fim com a independência oficial da colônia de sua metrópole. A colonialidade, grosso modo, é o processo de instituição do modo de vida do colonizador – aí incluídos o modo de pensar, de se organizar social e economicamente e de produzir conhecimento – como o modo de vida ideal e civilizado, mais do que isso, o único possível. A colonialidade se estende, portanto, para além dos limites temporais do colonialismo e representa uma lógica de desumanização e de perpetuação dos efeitos perversos deste último (MALDONADO-TORRES *apud* BERNARDINO-COSTA; MALDONADO-TORRES; GROSGUÉL, 2020, p. 35-36).

Sendo assim, a colonialidade está intrinsecamente ligada à modernidade e se percebe uma relação de interdependência entre ambas, onde uma não pode funcionar sem a outra, levando ao binômio modernidade/colonialidade. Na modernidade/colonialidade, as relações de extermínio, expropriação, dominação, exploração, morte prematura, tortura e estupro ocorrem de forma permanente porque configuram a forma de funcionamento das relações com a natureza e com o mundo – o que está em total acordo com a lógica do capitalismo extrativista instituído a partir dos processos de colonização (MALDONADO-TORRES *apud* BERNARDINO-COSTA; MALDONADO-TORRES; GROSGUÉL, 2020, p. 41).

Estabelecer uma crítica a partir da opção decolonial significa ruptura, revisão dos fundamentos e exercício de desobediência epistêmica. A desobediência epistêmica se preocupa com a mudança do mundo, ela extrapola a simples negação do discurso da regra vigente, seu caráter é de ruptura e também de proposição de novos caminhos (SANTORO; PAIVA, 2020, p. 219). Daí, a importância do caminho escolhido para analisar o objeto de estudo proposto por esse artigo.

2.1 Colonialidade e racismo

Um dos instrumentos fundamentais de colonialidade para subjugação das populações colonizadas é o racismo. A criação de um construto teórico e científico, do ponto de vista da ciência eurocentrada – ou nortecentrada, nos termos de Zaffaroni (1993) –, de inferiorização do outro, é um dos pontos-chave do bem-sucedido processo de modernidade/colonialidade. O racismo, portanto, passa a figurar como um: “princípio organizador ou uma lógica estruturante de todas as configurações sociais e relações de dominação da modernidade (GROSGUÉL *apud* BERNARDINO-COSTA; MALDONADO-TORRES; GROSGUÉL, 2020, p. 59).

Na condição de construto teórico e científico, o racismo se revela como resultado do processo de produção do saber. Produção esta que, por ser autorizada e validada pelos colonizadores, atende aos pressupostos imperialistas da modernidade/colonialidade.

O rebaixamento das populações vitimizadas nos processos coloniais sofisticada-se para a forma de epistemicídio, consiste no apagamento da cultura, dos saberes e da própria humanização dessas populações, ao que Sueli Carneiro aponta como um processo: “persistente de produção de indigência cultural” (CARNEIRO *apud* SANTORO; PAIVA, 2020, p. 213). Sobre essa prática, basta pensar em quantos currículos incluem a Revolução Haitiana ou o quanto se estuda nas escolas brasileiras acerca das revoltas dos escravizados.

O que ocorre é que, mesmo depois da oficialização da independência da colônia brasileira e de três séculos e meio de escravidão, o país estrutura sua forma republicana a partir da criminalização das culturas de matriz africana e do apagamento de saberes afro-brasileiros. Essa população de negros, negras e indígenas não assume a posição de criação acadêmico-científica, ao contrário, converte-se em objeto de estudo dessa estrutura racista (SANTORO; PAIVA, 2020, p. 217).

Forja-se, ainda, nesse contexto, o mito da democracia racial no país. Esse mito é criado em conjunto com uma política de branqueamento populacional com o incentivo da imigração europeia no período pós-abolição. Uma democracia em que não há diversidade e onde apenas um lado detém o poder. Na democracia racial brasileira: “os brancos

controlam os meios de disseminar as informações; o aparelho educacional; eles formulam os conceitos, as armas e os valores do país” (NASCIMENTO, 2016, p. 54).

Com mais este instrumento, a ideologia racista de apagamento da cultura, epistemicídio, violência e produção de indigência cultural, ganha novo discurso para continuar perpetuando-se na estrutura não só das instituições, mas de todas as relações humanas no país.

No âmbito do sistema penal, as teorias criminológicas racistas, que são consolidadas nos países colonizadores, têm ampla recepção pelas elites colonizadas. Teorias estas que são construídas a partir de uma visão etiológica, eivadas de conceitos advindos do racismo biológico e que posteriormente tornam-se mais plásticas sem, contudo, desvencilharem-se totalmente dos pressupostos racistas (ZAFFARONI, 1993, p. 171).

Destaque-se, então, uma nova *práxis* de gestão política das populações rebaixadas, a quem o Estado racista pode exercer o poder para definir quem pode viver e quem deve morrer, o que Achille Mbembe chama de necropolítica. Para o autor, existe, ainda, um processo intrinsecamente ligado ao processo histórico que é o de habituação à morte do outro, seja de que maneira for. Isso leva à justificação dessa morte em nome das diferenças e deixa marcas profundas em todos os níveis da sociedade (MBEMBE, 2014, p. 305).

3. Criminalização e tráfico de drogas

A se falar em criminalização e tráfico de drogas é importante compreender dois conceitos básicos de criminologia, quais sejam: criminalização primária e secundária; bem como compreender a relação da guerra às drogas ou das condenações por tráfico com o encarceramento em massa no Brasil.

3.1 Criminalização primária e criminalização secundária

O processo de criminalização inicia-se pelo poder legislativo, por meio da escolha dos bens jurídicos a serem protegidos mediante as normas penais incriminadoras – criminalização primária –, e continua após a entrada em vigor da lei e sua regulamentação, por meio da conduta dos agentes de segurança pública e do poder judiciário, o que se denomina criminalização secundária. A criminalização secundária define quais serão os indivíduos atingidos pela legislação penal, e, portanto, aqueles que irão integrar a população prisional e, inevitavelmente, compor as estatísticas. O exercício do poder por meio de ambas garante a função não declarada do Direito, de controle social. Ainda que a criminalização primária pareça neutra ou abstrata, na criminalização secundária se expõe a seletividade do sistema penal (SANTOS, 2014, p. 10-12).

O processo de criminalização primária da Lei 11.343/2006 foi responsável pela ampla gama de condutas puníveis, sendo o *caput* do art. 33 composto por 18 condutas, bem como em excessivo rigor nas penas cominadas, especialmente se comparadas com as penas estabelecidas para crimes violentos, a exemplo das penas cominadas ao crime de lesão corporal simples e qualificado, previsto no art. 129 do Código Penal.

O excesso de rigor punitivo não se limita ao texto legal, vez que, no processo de criminalização secundária da Lei 11.343/2006 está presente alto número de condenações pelo crime de tráfico de drogas em contraposição ao baixo número de desclassificações para o porte de drogas para uso pessoal, e aplicação de rígidas penas, majoradas por diversas circunstâncias, mormente na primeira fase da dosimetria da pena, dado a margem interpretativa dos conceitos abstratos previstos no art. 59 do Código Penal.

3.2 Encarceramento em massa

O rigor, tanto da Lei de Drogas, quanto de sua aplicação pelo poder judiciário, foi responsável pela soma total de 203.625 pessoas encarceradas no Brasil em 2021, segundo dados do Sisdepen.

As acusações pelos crimes previstos na Lei 11.343/2006 recaem sobretudo sobre homens hipossuficientes e primários e que agem sozinhos, sem coautoria. Com eles, geralmente, são apreendidas ínfima quantidade de drogas – 57,99% são condenados por apreensões de maconha inferiores a 100 g, 56,41% dos casos de condenação são

provenientes de apreensões de menos de 50 g de cocaína, e 75,70% são condenados por apreensões inferiores a 50 g de crack (SEMER, 2020, p. 161-184).

As informações do Sisdepen, referentes ao período de julho a dezembro de 2021, demonstram que 67,39% da população prisional nacional é negra, sendo 50,07% dos encarcerados pardos, e 17,32% pretos (BRASIL, 2021).

A Lei 11.343/2006 é a segunda responsável pelo encarceramento em massa no país, representando 29,41% da população prisional, sendo menor somente do que as prisões decorrentes da prática de crimes contra o patrimônio, que correspondem a 39,96% do total prisional.

No que diz respeito à população prisional feminina, constata-se que a maioria das encarceradas estão presas por crimes previstos na Lei 11.343/2006, totalizando 55,86%.

Estabelece-se, assim, a seletividade na punição do tráfico de drogas, pela qual jovens negros e pobres são eleitos como alvo de operações e condenações pelos crimes da referida lei.

A diferenciação entre traficantes e usuários de drogas é realizada pelo poder judiciário, sendo observadas as circunstâncias da apreensão das substâncias entorpecentes, sua natureza e quantidade.

A seletividade realizada sobretudo nas ruas e nos tribunais, é facilitada pela ausência de critérios objetivos da supracitada lei e da ampla margem interpretativa dada aos juízes, que se encarregam da tarefa de atuar nos espaços de discricionariedade conferidos pela lei. À vista disso, a condenação que em um sistema acusatório deveria se lastrear em provas idôneas e estremes de dúvidas, passa a fundamentar-se em conjuntos probatórios excessivamente frágeis, compostos, não raras vezes, exclusivamente pelo testemunho dos agentes de segurança pública que participaram da apreensão das drogas.

Esse é um ponto fundamental, porque das testemunhas arroladas pela acusação, nesses crimes, um total de 90,46% é proveniente das forças de segurança. Some-se a isso o fato de a instrução estar composta fundamentalmente pela oitiva de testemunhas, sendo a proporção verificada de três vezes o número de testemunhas de acusação em relação ao número das de defesa (SEMER, 2020, p. 192-193).

A condenação por tráfico baseada no depoimento dos agentes de segurança pública envolvidos na prisão em flagrante, é uma realidade nacional e fator determinante do hiperencarceramento. A título de exemplo, é válido citar que o Estado do Rio de Janeiro editou a súmula 70 para ratificar a validade da condenação lastreada no depoimento de agentes de segurança pública, dispondo que: "o fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação" (RIO DE JANEIRO, 2004).

A condenação pelo tráfico de drogas, portanto, é altamente provável na maioria das acusações realizadas, sendo o nível nacional de

procedência dessas ações cerca de 78% (SEMER, 2020).

O encarceramento em massa e o rigor punitivo que se estabeleceram em torno da Lei 11.343/2006, contudo, não lograram êxito na supressão, ainda que parcial, do tráfico de drogas no país, o que leva ao questionamento das reais intenções políticas por trás da criminalização das drogas.

Considerando o estereótipo formado em torno da figura do traficante de drogas, levantou-se a hipótese de ser a Lei 11.343/2006 instrumento de controle social da população negra.

4. Conclusão

A discussão a respeito da Lei 11.343/2006 e sua aplicação não é por si uma discussão nova. O fato de a lei apresentar criminalização de diversas condutas genéricas e despenalização de outras, tem sido objeto de estudo desde sua entrada em vigor. A relação da lei e seus desdobramentos com o encarceramento em massa no Brasil também tem sido amplamente investigada.

O que se propôs aqui foi uma crítica mais radical. A análise teve o intuito de responder ao problema especificamente relacionado ao encarceramento da população negra e o seu significado. Para tanto, optou-se pela crítica decolonial. A opção decolonial pressupõe um modo de pensar a partir de um processo de ruptura com a epistemologia hegemônica nortecentrada. Isso possibilita expor de maneira clara sobre como são construídos e como funcionam os instrumentos de colonialidade.

A utilização da chave decolonial, aliada à análise da legislação, jurisprudência e dados de pesquisa empírica, tornou possível comprovar a hipótese. A Lei de Drogas, seus tipos abertos, os espaços de discricionariedade, em conjunto com a atuação de um sistema penal atravessado pelo autoritarismo e pelo racismo estrutural, revelam-na como um instrumento racista de colonialidade.

A inovação trazida por este artigo está em comprovar que o encarceramento em massa da população negra é mais do que um desdobramento ou uma consequência da aplicação da lei. Esse encarceramento é um processo que mantém a lógica escravista criada durante a modernidade.

O discurso de necessidade de guerra às drogas e combate ao tráfico, que justifica o rigor punitivo é justificador da manutenção das práticas de racismo a partir dos espaços de poder. Essas práticas são as que definem *a priori* – e este é o ponto – os processos de criminalização, tanto primária, quanto secundária. Isso desconstrói o pensamento de que o racismo seja pontual, institucionalizado e/ou setorizado em determinados espaços, agentes ou instâncias do sistema penal. O que se desvela é que esse racismo estrutural é que define, desde o início, os processos de criminalização que serão responsáveis pelo controle social e pela manutenção da subalternização da população negra no país, atendendo à lógica da modernidade/colonialidade.

Referências

BRASIL. DEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias* (Período de julho a dezembro de 2021). DEPEN, 2021. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiOWYwMDdlNmItMDNkOC00Y2RmLWYyNjQ0OTUwYTUwNDk5IiwidCI6ImViMDkxNDIwLTQ0NGMtNDNmNmY05MWYyLTRiOGRhNmJmZThIMSJ9>. Acesso em: 16 jul. 2022.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm. Acesso em: 19 out. 2022.

GROSFUGUEL, Ramón. Para uma visão decolonial da crise civilizatória e dos paradigmas da esquerda ocidentalizada. In: BERNARDINO-COSTA, Joaze; MALDONADO-TORRES, Nelson; GROSFUGUEL, Ramón (orgs.). *Decolonialidade e pensamento afrodiaspórico*. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2020. p. 55-77.

MALDONADO-TORRES, Nelson. Análise da colonialidade e da decolonialidade: algumas dimensões básicas. In: BERNARDINO-COSTA, Joaze; MALDONADO-TORRES, Nelson; GROSFUGUEL, Ramón (orgs.). *Decolonialidade e pensamento afrodiaspórico*. 2. ed.

Belo Horizonte: Autêntica, 2020. p. 27-53.

MBEMBE, Achille. *Crítica da razão negra*. Lisboa: Antígona, 2014.

NASCIMENTO, Abdias do. *O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado*. 3. ed. São Paulo: Perspectivas, 2016.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Súmula 70*. Súmula da Jurisprudência Predominante (Art. 122 RI) nº 2002.146.00001 (Enunciado Criminal nº 02, do TJRJ) - Julgamento em 04/08/2003 - Votação: unânime - Relator: Des. J. C. Murta Ribeiro - Registro de Acórdão em 05/03/2004 - fls. 565/572. Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/sumulas-70>. Acesso em: 16 jul. 2022.

SEMER, Marcelo. *Sentenciando tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento*. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; PAIVA, Livia de Meira Lima. *História crítica da positividade dos direitos humanos: ensaios para uma crítica decolonial*. Belo Horizonte; São Paulo: D'Plácido, 2020.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología: aproximación desde un margen*. Santa Fé de Bogotá, Colômbia: Temis, 1993.

DIREITO, RAÇA E CASTIGO: CRIMINOLOGIA DO PRECONCEITO E A (NECRO)POLÍTICA CRIMINAL DE APRISIONAMENTO RACIAL NO BRASIL

LAW, RACE AND PUNISHMENT: CRIMINOLOGY OF PREJUDICE AND THE (NECRO) CRIMINAL POLICY OF RACIAL IMPRESSIONSHIP IN BRAZIL

Pedro Paulo da Cunha Ferreira

Professor de Direito Penal da Faculdade de Ciências Jurídicas da UEMG, unidade acadêmica de Diamantina.
Coordenador do Núcleo de Estudos e Pesquisas Históricas e Comparadas em Ciências Penais.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4670239032961824>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1907-2058>

p.cunha.ferreira@uol.com.br

Resumo: Este artigo desenvolve reflexões críticas sobre os problemas de intersecção entre o Direito, o fator racial e a privação da liberdade na política criminal brasileira como projeto de segregação racial e marginalização social. Supõe-se relevantes referências de indução histórica na evolução da criminologia do preconceito no Brasil, suas consequências perversas e a indicação de respostas para a consagração do pacto constitucional de democracia racial.

Palavras-chave: Política criminal brasileira – Questão racial – Criminologia do preconceito.

Abstract: This article develops critical reflections on the problems of intersection between Law, the racial factor and the deprivation of liberty in Brazilian criminal policy as a project of racial segregation and social marginalization. It is assumed relevant references of historical induction in the evolution of the criminology of discrimination in Brazil, its perverse consequences and the indication of answers for the consecration of the constitutional pact of racial democracy.

Keywords: Brazilian criminal policy – Racial issue – Criminology of discrimination.

As análises acerca do endêmico encarceramento em massa de grupos sociais vulneráveis no Brasil em particular, necessita invariavelmente de perpassar à compreensão do racismo como um fator criminógeno implementado no seio do sistema de justiça criminal mediante, principalmente, de correntes criminológicas tradicionais e pioneiras na construção da etiologia criminal.

Além do mais, importa destacar que a consagração da seletividade racial do sistema punitivo encontra-se visceralmente ligada à perpetuação das referidas posturas criminológicas, cuja tarefa de compreensão e explicação causal do crime se fundamentava junto às teorias raciais naturalistas do século XIX.

Com base na ideia de categorias humanas superiores e inferiores, as teorias raciais daquele período ofereceram ao conhecimento criminológico, as bases antropológicas e biológicas para o desenvolvimento de argumentos que identificassem na pessoa do indivíduo a origem do crime.

O destaque conferido ao método empírico na construção das verdades científicas, aplicado ao estudo da criminogênese possibilitou à nascente criminologia a construção de um discurso teórico que legitimasse e fundamentasse a seletividade do sistema de justiça criminal.

Com franca colaboração da frenologia e da antropologia criminal, a escola do positivismo criminológico se consagra como a vertente teórica de maior ressonância científica no século XIX, rompendo com o paradigma precedente, doravante denominado de clássico.

As diferentes fases (antropológica, sociológica e jurídica) do pensamento criminológico positivista foram preponderantes para a consolidação de uma criminologia etiológica fundada no criminoso como uma categoria infra-humana, assim considerada em seus aspectos biológicos, estruturais genéticos e fenotípicos.

Dentre os critérios priorizados para a definição científica de subculturas humanas, o racial foi aquele que maior ênfase recebeu na categorização antropológico-biológica do homem, propiciando com o discurso verossímil da ciência as bases fundantes do racismo étnico ou da dis-

criminação etnoracial (SCHWARCZ, 1993, p. 53).

A propósito, importa registrar que, já em etapa pré-científica da Criminologia, identifica-se a existência de abordagens acidentais e superficiais sobre o delito e que se baseavam na compreensão antropométrica, fisiológica e biológica da figura do criminoso. O aspecto antropológico da criminologia positivista – cuja figura de **Cesare Lombroso** represente o seu maior expoente – importou na organização epistêmica de conhecimentos criminológicos deduzidos de pesquisas de fisionomistas, frenólogos, geneticistas, biólogos e antropólogos.

A capilaridade acadêmica do positivismo criminológico italiano do século XIX transcende os limites da compreensão europeia acerca da criminalidade, do crime e do criminoso repercutindo, portanto, na configuração das bases da criminologia brasileira que encontrava na cultura local, no sistema político e jurídico à época vigentes um fecundo espaço para a sua consagração e difusão, determinando doravante as práticas racistas do sistema penal do país.

A construção discursiva da criminologia positivista brasileira, cuja fundação se reconduz à figura de **Nina Rodrigues**, justapôs-se sem maiores dificuldades às raízes históricas da cultura (política, econômica e social) predominante no país desde o período da colonização e que introduziu no Brasil oficialmente a escravidão mercantil de povos africanos.

O controle social formal operava-se por meio do sistema econômico e político implementado no Brasil colonial por meio da dicotomia social negro-escravo e branco-livre. No período imperial, acentuava-se *pari passu* o uso da raça como um fator criminógeno e fundamentador da desordem social, o que legou ao projeto de Brasil republicano, diretrizes estratégicas de controle racial e punitivo na política abolicionista.

O conceito de raça como postulado incontrastável na história da ciência – inclusive criminológica – passa a orientar as políticas institucionais brasileiras, atestando que a intersecção entre raça e criminalidade, longe de representar um equívoco epistemológico, apresenta-se como fruto de construções racionais e hegemônicas nas ciências. Daí ser cor-

reto dizer sobre o caráter instrumental das teorias raciais que, acolhidas pela criminologia etiológica, acentuou ao nível do punitivismo o controle social de pessoas selecionadas como naturalmente criminosas.

Neste sentido, no caso particular da história brasileira, as culturas negra e mestiça são alvos preferenciais da seletividade criminal por representarem consoante os projetos (políticos, sociais, econômicos e institucionais) originalmente implementados pelo colonialismo europeu como subcategorias de espécies humanas.

Como dado histórico importante para compreender as repercussões do controle formal de negros e mestiços no país e a sua marginalização social, anota-se o registro da historiografia especializada que denuncia o fato de ter sido o Brasil, o último Estado-nação a abolir a escravidão nas Américas (SCHWARCZ, 1993, p. 62). Cuida-se de traço relativo ao regime escravagista brasileiro que prolongou na história do país um rigoroso controle social formal de negros por meio da exploração do trabalho forçado e da submissão a castigos corporais. Panorama histórico este alterado no plano jurídico-formal com o advento da Lei 3.353, de 13 de maio de 1888, popularmente conhecida como Lei Áurea, cujo significado histórico-colonial consagra o documento legal que conferiu liberdade aos negros escravizados no Brasil.

Todavia, o projeto de emancipação da negritude e da mestiçagem nacional da subjugação de tradição colonial-escravocrata, não contemplava no ideal de Brasil republicano um assento institucional capaz de oferecer condições substanciais de liberdade e igualdade de condições sociais e econômicas para com a elite branca, que demais de dominar o poder (político e econômico), substituiu o trabalho escravo pela importação de mão de obra estrangeira de origem europeia, reconduzindo ainda mais e forçosamente a massa de negros recém-libertos às periferias das classes sociais.

Submetidos às mais adversas condições marginais de subsistência, preconizadas pela rejeição por parte do capitalismo de sua força de trabalho, os negros continuaram no curso histórico a serem destinatários preferentes do controle social punitivo, cujo propósito é salvaguardar, principalmente, os bens jurídicos patrimoniais da cada vez ascendente elite branca e da burguesia brasileira.

O Direito Penal, seus instrumentos e a sofisticação das estratégias punitivistas são, desta forma, divisados como instituições para enfatizar a demarcação de diferenças raciais e distinções sociais, podendo sê-las inseridas no âmbito dos marcadores institucionais para o estabelecimento de hierarquia entre negros e brancos e na manutenção da supremacia destes sobre àqueles. Ademais, cumpre sublinhar que a hegemonia das teorias criminológicas eurocêntricas não fora por um longo período histórico – tanto na América Latina quanto no Brasil –, sequer contraditadas por correntes de pensamento crítico e que enxergassem as nuances mais profundas do perverso processo de institucionalização do racismo no Brasil e da seletividade criminal de negros pelo sistema de justiça penal (DEL OLMO, 2004, p. 157). Ao contrário, além da ampla difusão da criminologia do preconceito sobre os dogmas do positivismo criminológico, destaca-se em franco salto histórico a ampla receptividade das doutrinas de defesa social no Direito Penal latino-americano que incrementou no âmbito neoliberal a operação reativa e punitiva de categorias de gênero, classe e sobretudo de raça.

No que tange a essa questão, impõe-se a constatação da relação entre a atuação penal pelo encarceramento e os historicamente intransponíveis obstáculos para a satisfação de direitos básicos por parte de determinados segmentos humanos estigmatizados por marcadores sociais da diferença.

Desde esse ponto de vista, destaca-se que a indústria do controle do crime provoca mudanças de paradigma resultantes na compreensão do castigo penal como um assunto econômico. Em perspectiva política sobre o problema, coloca-se que no encarceramento em massa de grupos sociais vulneráveis há uma divisão desigual, injusta e perversa sobre a distribuição de recursos públicos dentre os membros da organização societária. Para os negros e/ou pobres destinam-se políticas públicas de aprisionamento massivo em detrimento de educação, saú-

de, assistência social e outros direitos fundamentais e indispensáveis à autoafirmação do homem como pessoa humana em Estados que se pretendam democráticos e sociais de direito.

Nestes termos, cumpre dizer que o problema do aprisionamento humano somente passou a ser pautado politicamente no começo do século XXI, o que explica apenas mais recentemente as declarações internacionais sobre o estado de coisa inconstitucional relativo ao sistema prisional atual. A respeito disso, o reconhecimento institucional da justiça brasileira sobre as violações de Direitos Humanos em matéria de aprisionamento no sistema penitenciário nacional se deu muito tardiamente e por meio da paradigmática ADPF 347/DF, STF em 2015.

Inclusive, o crescente fenômeno do encarceramento em massa é um sintoma que se apresenta de diferentes formas conquanto seja examinado em referência ao norte e ao sul global. No âmbito das contradições sobre este fenômeno, destaca-se que sua manifestação se exhibe de maneira díspar entre os continentes americano e europeu. Os estudos longitudinais mais recentes denunciam que entre os anos 2000 e 2015 houve um crescimento de 41% da população carcerária na América, ao passado que, na Europa constata-se no mesmo período uma queda de 21% da mesma variável (SIMON, 2019, p. 15-25).

Um fator causal bastante significativo na compreensão do exponencial crescimento do encarceramento humano, principalmente no Brasil, é o conjunto de mudanças ocorridas nos anos 1980 do século XX em matéria de resposta ao crime. A demanda popular por endurecimento na reação jurídico-penal ao delito se consolida e converte por excelência em componente essencial da política criminal brasileira, haja vista o advento da Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990) que passou a representar um símbolo jurídico de “combate à criminalidade” no país.

Sua introdução no ordenamento legal integra o conjunto de medidas normativas cujo produto incrementou e acelerou o processo de encarceramento, fundamentalmente da população negra nacional. Análises dogmáticas e político-criminais revelam problemas de constitucionalidade nesta legislação – desde o seu advento na ordem jurídica brasileira –, sendo que as modificações legislativas supervenientes por ela sofrida, também têm sido objetos de crítica doutrinária no que concerne às expansões do poder punitivo, especialmente sobre grupos sociais cuja vulnerabilidade é um fator transversal.

Desta forma, assiste razão à defesa de teses que aproximam o sistema carcerário brasileiro de um projeto institucional e político de manutenção histórica da hierarquia racial no país. À vista disso, chama-se a atenção para a inserção deste projeto no espectro da política criminal brasileira que tem enfatizado uma atuação da polícia caracterizada pela repressão e opressão de negros sob o pretexto de reforço aos instrumentos de segurança pública. À guisa de exemplo, menciona-se o recente e emblemático fato de repercussão internacional ocorrido no estado brasileiro de Sergipe no dia 25 de maio de 2022. Cuida-se do caso que envolveu Genivaldo de Jesus – homem negro e portador de esquizofrenia –, que foi brutalmente assassinado mediante asfixia por agentes da Polícia Rodoviária Federal com a utilização de uma câmara de gás improvisada na parte traseira da viatura policial.

Supostos fáticos como estes são frequentes no país e podem ser somados a outros crimes de Estado cujas razões estejam, igualmente, ligadas ao extermínio de grupos sociais negros, conforme acontece historicamente na guerra de “combate às drogas” no Brasil e também a partir da atuação específica das UPPs no Rio de Janeiro. A propósito disso, a compreensão das interações entre a questão racial e o sistema de justiça criminal no Brasil apresenta, também, ponto de tangência obrigatório para com o exame crítico sobre a articulação entre a racionalidade governamental e a instituição de um Estado de exceção nas comunidades cariocas, o que supõe deflagrar as contradições e custos sociais derivados do posicionamento das UPPs enquanto técnica de biopolítica. Como reflexo imediato da configuração e instauração deste estado de emergência, aponta-se a possibilidade de implementação de políticas que ensejem o genocídio da população negra residente naqueles territórios, não raro executada por policiais negros – muito dos

quais mortos em ofício –, o que ratifica o projeto de neutralização racial pela via violência e institucionalizada na política criminal de segurança pública (MARTINS; SANTOS, 2017, p. 131-162).

Pois bem, não são escassos os estudos criminológicos e político-criminais já desenvolvidos sobre a situação carcerária do Brasil e que apontam para o alarmante impacto desproporcional no encarceramento de suas minorias raciais (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2022). Isto é, a desproporção racial é indubitavelmente um dos fenômenos mais devastadores da sanção penal como castigo contemporâneo, razão pela qual é possível situar o aparato penitenciário no complexo processo histórico e institucional de relações raciais.

No caso particular da realidade brasileira, pesquisas oficiais e investigações acadêmicas independentes têm demonstrado a tradicional hiper-representação de negros no sistema penitenciário e revelam a forma como tem sido acentuada a crescente curva estatística (MONTEIRO; CARDOSO, 2013). Se a gestão penal dos conflitos sociais e econômicos são historicamente projetados sobre uma política criminal penitenciarista e racista, no campo da atual política legislativa do país, a seletividade criminal fundada na raça não esconde as raízes neoliberais do Estado Penal máximo, cujo propósito reside na ampliação de vulnerabilidades sociais sob o pretexto da urgente execução de estratégias necropolíticas de segurança pública fundadas nos escombros ideológicos do movimento de defesa social (MIRANDA, 2017). À vista disso, enxerga-se a ênfase progressiva nas políticas securitárias coercitivas, posto sê-las reivindicadas por grupos sociais dominantes sob a confiança de que a sua execução garante condições estáveis e seguras para o “regular” funcionamento do aparato mercadológico e do sistema econômico subjacente.

Muito recentemente, uma legislação nacional pretensiosamente intitulada “Lei Anticrimes” introduziu na disciplina legal da legítima defesa, a criação de escusas que afastam a antijuridicidade da conduta de agentes de segurança pública no exercício de seu poder de polícia, o que preocupa sobremaneira se supõe-se uma análise séria e sociorracial de dados oficiais e indicadores de pesquisas autônomas sobre a letalidade da atividade policial no Brasil (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2022).

No campo discursivo, a articulação do projeto hegemônico na história do país tem sido sustentada pelo perverso mito da democracia racial, que divisado sobre a perspectiva brasileira, tem se revelado tão utópico quanto o mito da ressocialização como fim preventivo da pena criminal. São fantasias ideológicas como estas, elementos essenciais da matriz cultural brasileira e apregoadamente civilizatória, cujo legado não tem sido outro, senão, a manutenção cruel das desigualdades socioeconômicas entre negros e brancos no país e o culto político à falaciosa quimera da igualdade perante a lei.

No atual cenário da política criminal brasileira, a irracionalidade consti-

tucional prepondera e legítima o afastamento do componente penal do ordenamento legal dos compromissos legais (art. 1º, art. 3º, IV, art. 4º, VIII, art. 5º, III, CF/1988) do constituinte na celebração de um autêntico pacto político de democracia racial que é, desde o ponto de vista histórico-normativo tão revolucionário quanto a própria Constituição Federal de 1988.

No Brasil, a cidadania racial do negro é perseguida desde o período da escravidão mercantil e, hoje, defronta-se com o recrudescimento de manifestações sociais de intolerância social e que tem avançado para espaços institucionais e políticas normativas, transformando-se em elemento fundamental de certos discursos políticos reacionários e perfilhados ao Direito Penal do inimigo. É importante que se diga que, tais projeções, vinculam-se aos aspectos psicológicos da formação do preconceito racial, assim como do processo coletivo de construção do preconceito étnico e, portanto, são exibidos como bases subjetivas do populismo penal (re)produzido pela tradicional Criminologia midiática.

Aliás, sobre a Criminologia midiática, desataca-se a sua inegável e negativa contribuição social para a conformação das memórias da violência racial estruturante como expressão de violação ética.

O Direito é um conjunto de fatores sociológicos, políticos, ambientais e éticos o que supõe importante e fecundo papel na construção de uma justiça penal anamnética, sobretudo se se conjectura a submissão do histórico e estrutural racismo brasileiro junto à apreciação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, percebido aqui como uma alternativa jurisdicional capaz de transcender no plano internacional, a forma pela qual a política estatal e a política criminal brasileira se perpetuam, auxiliando assim, no incremento de pressões diplomáticas sobre o Estado para que reverta o quadro de violações de Direitos Humanos de pessoas negras no país.

No campo político-legislativo, aponta-se como medida urgente, a introdução de um abolicionismo penal afrocentrado como vetor principal de política criminal em pontos específicos da regulação normativa, com especial ênfase à matéria de políticas públicas sobre drogas no Brasil (GÓES, 2018).

Por conseguinte, denuncia-se no âmbito das interações entre o racismo ambiental e o cárcere, a insuficiência de debates científicos que orientem a produção de leis penais, o que contribui para a manutenção em vigor do esquema político do fazer sofrer para a preservação do estado de coisas que falaciosa e retoricamente se pretende desconstruir.

Nos limites do exposto neste recorte, cumpre anotar a imprescindível irrupção de uma vertente decolonial¹ no Direito Penal (OLIVEIRA; RIBEIRO, 2021) e a impostergável orientação da política criminal subjacente por estratégias indicadas por uma criminologia cautelar capaz de prevenir a danosidade social e racial das agências punitivas do Estado brasileiro (ZAFFARONI, 2011).

Notas

¹ Por essa perspectiva, é possível refletir sobre o Direito Penal e os órgãos do sistema de justiça criminal acima dos argumentos tradicionais da seletividade punitiva, posto que, a colonialidade apresenta-se integralmente eivada de determinações sociais e códigos para a demarcação de diferenças, dentre as quais, cita-se, a raça, o gênero, a classe e a sexualidade. O Direito Penal é, conforme o viés crítico-criminológico,

o resultado das tensões estruturais sobre as categoriais sociais. A superação de fronteira dos marcadores sociais da diferença encontra-se, pois, condicionada à desconstrução articulada de arranjos dogmáticos, esquemas de política criminal e discursos criminológicos concessionários do Direito Penal de opressão (OLIVEIRA; RIBEIRO, 2021).

Referências

- DEL OLMO, Rosa. *A América Latina e sua criminologia*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*: 2022. São Paulo: FBSP, 2022.
- GÓES, Luciano. Entre a abolição e o abolicionismo penal: insurgência marginal crítica por uma sociologia do sistema de controle racial brasileiro. In: GÓES, Luciano (org.). *130 anos de (des)ilusão: a farsa abolicionista em perspectiva desde olhares marginalizados*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.
- MARTINS, Fernanda; SANTOS, Guilherme Filipe Andrade dos. Estado, biopoder e UPPs: a vida nua das favelas e o genocídio negro enquanto projeto de Estado. *RBCCRIM*, São Paulo, v. 25, n. 135, 2017.
- MIRANDA, Isabella. A necropolítica criminal brasileira: do epistemicídio criminológico ao silenciamento do genocídio racializado. *RBCCRIM*, São Paulo, v. 25, n. 135, 2017.

- MONTEIRO, Felipe Matto; CARDOSO, Gabriela Ribeiro. A seletividade do sistema prisional brasileiro e o perfil da população carcerária: um debate oportuno. *Civitas*, Porto Alegre, v. 13, n. 1, jan./abr. 2013.
- OLIVEIRA, Roberta Cunha; RIBEIRO, Bernard Constantino. Criminologia cautelar e decolonialidade: irrupções críticas em Abya Yala (América Latina). *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 339, p. 13-15, 2021.
- SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.
- SIMON, Jonathan. *Encarcelamiento masivo: derecho, raza y castigo*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2019.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La palabra de los muertos*. Buenos Aires: Ediar, 2011.

A TIPIFICAÇÃO DA CONDUTA DE RECEPÇÃO DE TERRAS PÚBLICAS NO CONTEXTO DO ENFRENTAMENTO À GRILAGEM NA AMAZÔNIA

THE CRIMINALISATION OF THE ACQUISITION OF 'GRABBED LANDS' IN THE AMAZON

Ana Carolina Haliuc Bragança

Candidata a Master in Laws – Environmental Law and Policy (LLM) na University College London. Especialista em Direito Ambiental pela UFPR.

Procuradora da República.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3412153166332149>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8668-6549>
anabraganca@mpf.mp.br

Rafael da Silva Rocha

Mestre em Direito pela UERJ. Especialista em Direito Público pela ESMPU.

Procurador da República.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5193239811206156>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8261-9162>
rafaelsilva@mpf.mp.br

Resumo: No presente artigo, sustenta-se que a pessoa que adquire a detenção de um bem imóvel de propriedade pública, previamente invadido e normalmente desmatado, tendo ciência dessa condição, adquire coisa que sabe ser produto de crime e, portanto, pode ser denunciada pelo crime de recepção qualificada.

Palavras-chave: Grilagem – Recepção – Desmatamento.

Abstract: In this article, it is argued that the person who acquires possession of a public property, previously invaded and normally deforested, being aware of this condition, acquires something that he knows to be the proceeds of crime and, therefore, may be charged with crime of qualified reception.

Keywords: Land grabbing – Receiving – Deforestation.

Em todo território amazônico, há enormes blocos de áreas de propriedade da União Federal e dos estados: são as glebas públicas federais ou estaduais. Parcela considerável dessas glebas não foi ainda destinada para finalidade específica – para unidades de conservação, terras indígenas, concessões florestais, assentamentos ou projetos agropecuários. A falta de destinação, dentre outros fatores, sujeita essas áreas à ocupação desenfreada, em um fenômeno socialmente complexo conhecido como grilagem.

O objetivo do presente artigo é avaliar a tipicidade especificamente da conduta da pessoa que adquire a detenção de área pública, no contexto do enfrentamento à grilagem na Amazônia. A reflexão insere-se numa proposta mais ampla de reflexão crítica a respeito de categorias do Direito Penal e sua aplicabilidade a realidades muito distintas daquelas predominantes no centro-sul do país.

Usualmente, a grilagem é associada ao crime previsto no artigo 20 da Lei 4.947/1966, que criminaliza o ato de “invadir, com a intenção de ocupar, terras da União” e outros entes federados. Na Amazônia, contudo, o ato de invasão é o primeiro de uma série de condutas tendentes à apropriação do patrimônio público. Grileiros (invasores) profissionais especializam-se em adentrar áreas de floresta, iniciar processos de desmatamento, e em seguida alienar as áreas a terceiros. Com frequência, esses atos são cometidos em contextos de criminalidade organizada, com uso de violência contra pequenos agricultores, comunidades indígenas e populações

tradicionais. Em alguns casos, os grileiros constituem verdadeiras milícias, que substituem o Estado na gestão do território, assumindo o papel de lotear, vender e distribuir a terra conforme seus interesses particulares (LOSS, 2021).

Na Amazônia, a invasão e desmatamento de terras públicas é juridicamente relevante por um motivo muito específico: esses atos constituem marcos de ocupação e exploração econômica com base nos quais o ocupante pode pretender a obtenção de um título de propriedade, na forma da Lei 11.952/2009. Aqui se estipula uma premissa relevante: se, antigamente, a grilagem correspondia à falsificação de títulos de propriedade, e a posse se obtinha em um segundo momento, mediante recurso a um título falso, atualmente a ocupação se estabelece em primeiro lugar, porque é dela que deriva, em um segundo momento, o título de propriedade almejado. Da detenção nasce, observadas as condições legais, o direito de propriedade. E é por isso que essa detenção tem valor econômico e é objeto cotidiano de negócios jurídicos de compra, venda, doação, permuta, normalmente celebrados por meio de contratos particulares com firma reconhecida em cartório – e tão só.

A conduta do adquirente de área de propriedade pública pode ou não ter relevância penal, a depender de sua ciência a respeito da condição pública da área. Acaso essa ciência inexistir, o invasor-alienante estará, em tese, a cometer o crime de disposição de coisa alheia como própria (BRASIL, 2016)¹ (artigo 171, § 2º, inciso I, do

Código Penal). Embora a propriedade, em si, não seja transferida com o negócio jurídico de alienação da área, um dos atributos do direito de propriedade – o uso – é afetado, com prejuízo ao ente efetivamente titular do domínio, o que permite a incidência da modalidade especial de estelionato.

No entanto, se o comprador tiver ciência da ilegalidade, deixa de ser vítima de um estelionato e passa a ser sujeito ativo do delito de receptação, já que adquiriu, em proveito próprio, coisa que sabe ser produto de crime: a detenção de uma área de propriedade pública.

O tipo penal do artigo 180, *caput*, do Código Penal não restringe sua incidência a coisas móveis. O crime se insere no capítulo de proteção ao patrimônio, que, no Direito Civil, é definido como um conjunto de relações jurídicas ativas e passivas de que alguém é titular. O direito do proprietário – o ente público – à detenção e destinação escorreita da coisa insere-se nesse feixe de relações, e pode ser tutelado por esse capítulo do Código Penal. Além disso, a palavra “coisa” tampouco, necessariamente, limita-se a coisas móveis ou a bens materiais. Nada impede que o uso ou a detenção – ainda que ilegais – sejam compreendidos como coisas – e tanto assim o é que uso e detenção são objeto de contratos e potencialmente produzem o efeito jurídico de fazer nascer o direito de propriedade, na forma da Lei 11.952/2009.

O Supremo Tribunal Federal, em 1980, decidiu que “só as coisas móveis ou mobilizadas podem ser objeto de receptação” (BRASIL, 1980). Apontou, então, que não seria crime “adquirir imóvel que esteja registrado em nome de terceiro, que não o verdadeiro proprietário, em virtude de falsificação de procuração”. O STF alinhou-se ao entendimento de que um imóvel não poderia ser receptado porque, ao contrário dos bens móveis, não podem ser deslocados, o que tornaria mais difícil a sua recuperação por quem de direito. Como o registro imobiliário gera apenas presunção relativa, a vítima poderia invalidar o registro e reaver o imóvel do terceiro adquirente de boa ou má-fé. Em outras palavras, a existência de um receptor em nada lhe dificultaria a recuperação do bem.

Sobre o julgado, alguns comentários: primeiro, ele pressupõe que a propriedade seja adquirida de quem não seja proprietário, mas que se afigure como tal em virtude de fraude ao registro imobiliário. Não é o caso dos mecanismos de grilagem na Amazônia. Aqui, trata-se de alienação da detenção da terra pública a quem sabe que está adquirindo área de propriedade da União objeto de prévia invasão. Não há fraude ao registro imobiliário. Há aquisição da detenção na expectativa de futura regularização fundiária.

Segundo, o julgado, em muito anterior à Lei 11.952/2009, desconsidera o fato de que a detenção tem relevância jurídica para fins de produção de efeitos específicos: a apropriação privada de patrimônio público, que ocorre independentemente da origem ilícita da ocupação. A decisão do STF sequer envolve imóvel de propriedade pública.

Terceiro, o STF, no julgado, debate o cabimento do crime à luz da compatibilidade do Direito brasileiro com dois diferentes modelos: do Código Penal alemão, que admitia então a receptação de coisa móvel, e do Código Penal italiano, que não a admitia. Ambos os códigos datam da década de 1960. Venceu a tese do Código Italiano. Faz sentido admitir que a legislação penal italiana da década de 1960 se aplique à identificação da prática – ou não – de delitos envolvendo a transferência ilícita da detenção de terras públicas ilegalmente invadidas na Amazônia em 2022? Esse debate é inerentemente anacrônico e inadequado à realidade fática atual. A pessoa que adquire a detenção de um bem imóvel de propriedade pública, previamente invadido e normalmente desmatado, tendo ciência dessa condição, adquire coisa que sabe ser produto de crime.

Vale lembrar que, para além do prejuízo patrimonial do ente público, a conduta dos grileiros e de seus parceiros comerciais é o motor da expansão da fronteira agrícola sobre áreas preservadas de floresta amazônica. **Hugo Loss** identifica a grilagem de terras como principal causa de desmatamento no Brasil, não havendo como “obter uma significativa e sobretudo permanente redução do desmatamento ilegal sem combater esse crime” (LOSS, 2021).

Portanto, não é possível comparar os prejuízos causados a uma única vítima de fraude, no caso da receptação de imóvel particular, com os danos associados ao expressivo aumento do desmatamento na Amazônia e à apropriação privada de porções de floresta cuja destinação deveria ser pública. Esses danos, em maior ou menor grau, afetam toda a população mundial, inclusive em razão dos efeitos provocados pelas mudanças climáticas.

Em suma, a conduta do adquirente de terra pública previamente invadida e desmatada pode ser assim sistematizada: i) se não tinha conhecimento da origem ilícita, é vítima do crime de disposição de coisa alheia como própria (artigo 171, § 2º, inciso I, do Código Penal); ii) se o comprador sabia que a posse (ou detenção) do imóvel é produto de crimes contra o patrimônio público e contra o meio ambiente, comete o crime de receptação qualificada (artigo 180, § 6º do Código Penal).

Notas

¹ Em sentido contrário, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região consolidou o entendimento de que não configura estelionato ou invasão de terras públicas a mera

cessão de posse mediante instrumento particular.

Referências

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

BRASIL. Lei nº 4.947, de 6 de abril de 1966. Fixa normas de Direito Agrário, dispõe sobre o sistema de organização e funcionamento do Instituto Brasileiro de Reforma Agrária, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 11 abr. 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4947.htm. Acesso em: 09 jun. 2022.

BRASIL. Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009. Dispõe sobre a regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União, no âmbito da Amazônia Legal; altera as Leis nºs 8.666, de 21 de junho de 1993, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 26 jun. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11952.htm. Acesso em: 09 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2ª Turma). Recurso de *Habeas Corpus* nº 57.710/SP. Relator: Ministro Moreira Alves, julgado em 14/05/1980. *Diário da Justiça/Conselho Nacional de Justiça*, Brasília, DF, 16 maio 1980. Disponível em: <https://redir.stfj.us.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=97522>. Acesso em: 07 jun. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. (3ª Turma). Recurso em Sentido Estrito nº 0004688-12.2011.4.01.3603. Relator: Desembargador Mário César Ribeiro, julgado em 09/08/2016. *Diário da Justiça/Conselho Nacional de Justiça*, Brasília, DF, 09 set. 2016. Disponível em: <https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?pl=00046881220114013603>. Acesso em: 09 jun. 2022.

LOSS, H. Grilagem como causa do desmatamento na Amazônia. *Amazônia Latitude*, 23 mar. 2021. Disponível em: <https://amazonialatitude.com/2021/03/23/como-a-grilagem-causa-o-desmatamento-na-amazonia/>. Acesso em: 09 jun. 2022.

Autores(as) convidados(as)

TEMA:

DA (IN)COMPATIBILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA.

Supremo Tribunal Federal

Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. INSIGNIFICÂNCIA. **POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA EM CASOS QUE ENVOLVAM REINCENTES**, CONFORME CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. **ATIPICIDADE MATERIAL**. PRECEDENTES. AGRAVO PROVIDO.

Voto condutor do Ministro GILMAR MENDES: “No ponto, registro que, na Turma, tenho-me posicionado no sentido da **possibilidade de aplicação do princípio da bagatela em casos a envolver reincidentes**. (...) É que, para aplicação do princípio em comento, **somente aspectos de ordem objetiva do fato devem ser analisados**. E não poderia ser diferente. É que, levando em conta que o princípio da insignificância atua como verdadeira causa de exclusão da própria tipicidade, equivocado é afastar-lhe a incidência tão somente pelo fato de o paciente possuir antecedentes criminais. **Partindo-se do raciocínio de que crime é fato típico e antijurídico ou, para outros, fato típico, antijurídico e culpável, é certo que, uma vez excluído o fato típico, não há sequer que se falar em crime**. É por isso que reputo mais coerente a linha de entendimento segundo a qual, para incidência do princípio da bagatela, **devem ser analisadas as circunstâncias objetivas em que se deu a prática delituosa, o fato em si, não os atributos inerentes ao agente, sob pena de, ao proceder-se à análise subjetiva, dar-se prioridade ao contestado e ultrapassado direito penal do autor em detrimento do direito penal do fato**. Com relação a esse aspecto, respeito esse entendimento no sentido de afastar a aplicação do princípio da insignificância aos acusados reincidentes ou de habitualidade delitiva comprovada, contudo, levando em conta as circunstâncias peculiares do caso (valor ínfimo de R\$ 114,36 e ausência de violência), entendo que razão assiste à defesa e, assim, reconheço a atipicidade da conduta do agravante”.

Trecho do voto do Ministro NUNES MARQUES: “Entendo, desse modo, que **a multirreincidência do agravante tem o condão de configurar a periculosidade social da conduta e de afastar a caracterização do reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento**, o que impede o pretendido reconhecimento da atipicidade da conduta, a aplicação do princípio da insignificância e, em consequência, o pleito absolutório”.

(STF – Ag. Rg. no HC n. 198.437/SE - Min. Red. acórdão GILMAR MENDES – Segunda Turma – j. 05.04.2022) (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6409**).

Ementa: PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME DE FURTO SIMPLES. REINCENTÊNCIA.

1. A aplicação do princípio da insignificância envolve um juízo amplo (“conglobante”), que vai além da simples aferição do resultado material da conduta, abrangendo também a reincidência ou contumácia do agente, elementos que, embora não determinantes, devem ser considerados. 2. Por maioria, foram também acolhidas as seguintes teses: (i) **a reincidência não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto;** e (ii) na hipótese de o juiz da causa considerar penal ou socialmente indesejável a aplicação do princípio da insignificância por furto, em situações em que tal enquadramento seja cogitável, eventual sanção privativa de liberdade deverá ser fixada, como regra geral, em regime inicial aberto, paralisando-se a incidência do art. 33, § 2º, c, do CP no caso concreto, com base no princípio da proporcionalidade. 3. No caso concreto, a maioria entendeu por não aplicar o princípio da insignificância, reconhecendo, porém, a necessidade de abrandar o regime inicial de cumprimento da pena. 4. Ordem concedida de ofício, para alterar de semiaberto para aberto o regime inicial de cumprimento da pena imposta ao paciente.

(STF – HC n. 123.108/MG - Min. Rel. ROBERTO BARROSO – Plenário – j. 03.08.2015) (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6410**).

Superior Tribunal de Justiça

Ementa: PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.

1. CRIME DE FURTO. REITERAÇÃO CRIMINOSA. POSSIBILIDADE OU NÃO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DIVERGÊNCIA ENTRE QUINTA E SEXTA TURMAS. 2. VERDADEIRO BENEFÍCIO NA ESFERA PENAL. RISCO DE MULTIPLICAÇÃO DE PEQUENOS DELITOS. NECESSIDADE DE SE VERIFICAR AS CONDIÇÕES PESSOAIS DO AGENTE NO CASO CONCRETO. 3. AGENTE REINCENTENTE E COM MAUS ANTECEDENTES. INVIABILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RESSALVA DO CASO CONCRETO. MEDIDA QUE PODE SE MOSTRAR SOCIALMENTE

RECOMENDÁVEL. 4. ANÁLISE FÁTICA E PROBATÓRIA. COMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. 5. EMBARGOS ACOLHIDOS, COM RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA PROSSEGUIR NO JULGAMENTO DA AÇÃO PENAL.

1. Furto: embora existam vetores que orientam o exame da conduta e do comportamento do agente, bem como da lesão jurídica provocada, **não há consenso sobre a possibilidade ou não de incidência do princípio da insignificância nos casos em que fica demonstrada a reiteração criminosa. Para a Sexta Turma, o passado delitivo não impede a aplicação da benesse; para a Quinta Turma, entretanto, as condições pessoais negativas do autor inviabilizam o benefício.** 2. O princípio da insignificância é verdadeiro benefício na esfera penal, razão pela qual não há como deixar de se analisar o passado criminoso do agente, sob pena de se instigar a multiplicação de pequenos crimes pelo mesmo autor, os quais se tornariam inatingíveis pelo ordenamento penal. Imprescindível, assim, o efetivo exame das circunstâncias objetivas e subjetivas do caso concreto, porquanto, de plano, aquele que é reincidente e possui maus antecedentes não faz jus a benesses jurídicas. 3. Nesse encadeamento de ideias, entendo ser possível firmar a orientação no sentido de que a reiteração criminosa inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância, **ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, as instâncias ordinárias verificarem que a medida é socialmente recomendável.** 4. Apenas as instâncias ordinárias, que se encontram mais próximas da situação que concretamente se apresenta ao Judiciário, têm condições de realizar o exame do caso concreto, por meio da valoração fática e probatória a qual, na maioria das vezes, possui cunho subjetivo, impregnada pelo livre convencimento motivado. Dessa forma, não tendo as instâncias ordinárias apresentado nenhum elemento concreto que autorizasse a aplicação excepcional do princípio da bagatela, entendo que deve prevalecer o óbice apresentado nos presentes autos. 5. Acolhidos os embargos de divergência para reformar o acórdão embargado, dando provimento ao agravo regimental para dar provimento ao agravo em recurso especial, reformando o acórdão do Tribunal de origem para cassar a sentença absolutória, determinando o retorno dos autos ao primeiro grau, para que, superada a insignificância, prossiga na instrução, se necessário, ou no julgamento da ação penal.

Trecho do voto do Ministro Relator REYNALDO SOARES DA FONSECA: “Embora tenham sido apontados vetores que orientam o exame da conduta e do comportamento do agente, bem como da lesão jurídica provocada, não há consenso sobre a possibilidade ou não de incidência do princípio em tela nos casos em que fica demonstrada a reiteração delitiva. Para a Sexta Turma, o passado delitivo do agente não impede, em regra, a aplicação da benesse; para a Quinta Turma, entretanto, as condições pessoais negativas do autor inviabilizam o benefício. **A meu ver, cuidando-se o princípio da insignificância de verdadeiro benefício na esfera penal, não há como deixar de se analisar o passado criminoso do agente.** De fato, uma conduta formalmente típica, que gere ínfima lesão ao bem jurídico tutelado, apesar de materialmente insignificante na

situação em exame, mostra-se deveras temerária para ordenamento jurídico acaso não se analise o contexto pessoal do agente. Com efeito, estar-se-ia instigando a multiplicação de pequenos crimes, os quais se tornariam inatingíveis pelo ordenamento penal. (...) **Embora a Corte Suprema tenha afirmado não estar fixando tese sobre o tema, me parece clara a orientação no sentido de que a vida pregressa do agente pode e deve ser efetivamente considerada ao se analisar a possibilidade de incidência do princípio da insignificância.** (...) Nesse encadeamento de ideias, entendo ser possível firmar a orientação no sentido de que a reiteração criminosa inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, as instâncias ordinárias verificarem que a medida é socialmente recomendável”.

Trecho do voto do Ministro FELIX FISCHER: “Em primeiro lugar, entendo que o juízo acerca da configuração do crime de bagatela deve ficar adstrito ao exame do fato típico. Em outros termos, **deve-se restringir somente à análise do grau da ofensa causada ao bem jurídico tutelado, sem que se faça incursões sobre outros elementos do conceito analítico do delito.** (...) Para melhor ilustrar, exemplifico: duas pessoas, em datas distintas, subtraem bens de valor considerado insignificante. Uma delas é reincidente, a outra não. Supondo que as condutas sejam praticamente idênticas, teremos soluções diametralmente opostas, pois o primeiro terá cometido um fato típico, já o segundo, não, muito embora ambos tenham subtraído coisa alheia móvel de valor ínfimo. Portanto, esse o perigo de se considerar dados externos à figura típica como critério para a aplicação do referido princípio: características do agente passam, indevidamente, a definir o juízo de tipicidade. (...) Em segundo lugar, **tal consideração - que leva em conta a personalidade do agente no exame da insignificância - constitui, a meu ver, indevida aplicação de um repudiável direito penal do autor em detrimento do direito penal do fato.**”

Trecho do voto do Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ: “Assim, **conquanto respeite os argumentos dogmáticos que não coonestam essa jurisprudência, alio-me aos que, por razões derivadas predominantemente de política criminal, não admitem a incidência do princípio bagatela em casos nos quais o agente é contumaz autor de pequenos desfalques ao patrimônio, ressalvadas, vale registrar, as hipóteses em que a inexpressividade da conduta ou do resultado é tão grande que, a despeito da existência de maus antecedentes, não se justifica a utilização do aparato repressivo do Estado para punir o comportamento formalmente tipificado como crime. Sob essa angulação, não vejo incompatibilidade na valoração externa e distinta dos elementos ínsitos à tipicidade, a fim de que se possa concluir acerca da própria ocorrência de fato típico, materialmente considerado.** E mais. **A reincidência ou reiteração delitiva é elemento histórico objetivo e não subjetivo, ao contrário do que o vocábulo possa sugerir.** Isso porque não se avalia o agente (o que poderia resvalar em um direito penal do autor), mas, ao contrário, analisa-se, de maneira objetiva, o histórico penal desse indivíduo que poderá indicar aspecto impeditivo da incidência do referido princípio. **Essa análise, portanto, não se traduz no exame do indivíduo em si ou no que ele representa para sociedade enquanto pessoa, mas nas consequências reais,**

concretas e objetivas, extraídas de seu comportamento histórico contrário ao direito”

(STJ – Emb. Div. em AREsp n. 221.999/RS - Min. Rel. REYNALDO SOARES DA FONSECA – Terceira Seção – j. 10.12.2015) (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6411**).

Ementa: RECURSO ESPECIAL. FURTO. **MULTIRREINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. GOZO DE PRISÃO DOMICILIAR. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA.**

1. Esta Corte Superior tem precedentes no sentido de que a incidência do princípio da insignificância pressupõe a concomitância de quatro vetores: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

2. Terceira Seção, no julgamento do EAREsp 221.999/RS, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, estabeleceu a tese de que a reiteração criminosa inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, as instâncias ordinárias verificarem ser a medida socialmente recomendável, o que não se dá na hipótese.

3. A denúncia imputou ao acusado a subtração de 3 (três) desodorantes de uma farmácia, cujo valor agregado, segundo a representante da empresa ofendida, era de R\$ 38,00, tendo os itens sido restituídos à vítima. Contudo, trata-se de réu multirreincidente específico que, além de estar em prisão domiciliar no momento em que praticou o furto, no dia 7/9/2016, também já foi condenado em 20/12/2013, por furto praticado em 24/1/2013; em 18/6/2014, por furto e resistência praticados em 26/11/2013; em 28/2/2008, por tentativa de furto e uso de documento falso praticados em 22/5/2007, e, por fim, condenado em 7/12/2007 por tentativa de furto praticada em 22/8/2007. 4. Recurso especial improvido.”

Trecho do voto do Ministro Relator OLINDO MENEZES: “Após a análise dos precedentes desta Corte Superior e do STF, é razoável concluir que a reincidência não impede, por si só, que se reconheça a insignificância penal da conduta à luz dos elementos do caso concreto, **mas pode ser um dos elementos que justificam a tipicidade material da conduta”**

(STJ – REsp n. 1.957.218/MG - Min. Rel. OLINDO MENEZES – Sexta Turma – j. 23.08.2022) (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6412**).

Ementa: DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO. INSIGNIFICÂNCIA. RAÇÃO PARA GATOS. BEM AVALIADO EM R\$ 13,00. ATIPICIDADE MATERIAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECONHECIMENTO.

1. O princípio da insignificância calca-se no binômio reduzido valor da coisa/capacidade econômica da vítima. Na hipótese - subtração de pacotes de ração para gatos, avaliados em treze reais - tem-se por atendidos tais requisitos. Dado o caráter bagatelar do comportamento imputado, não há falar em afetação do bem jurídico patrimônio.

2. Ordem concedida. (com voto vencido).

Trecho do voto da Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

“Segundo meu entendimento, a bem da técnica penal, em respeito aos tradicionais estratos do conceito analítico do delito, a hipótese está a revelar o chamado crime de bagatela. Acredito que, diante de fatos como os presentes, **deve-se afastar de reflexões outras que extravasem critérios dogmáticos.** Penso que **a política criminal somente pode ser chamada à baila para o fim de privilegiar o arco de liberdades do cidadão e, nunca, para restringi-lo.** (...) Assim, como no caso presente encontra-se atendido o binômio: valor diminuto da res subtraída e o caráter ínfimo do bem diante do patrimônio da vítima. Portanto, de rigor o reconhecimento do princípio da insignificância”

(STJ – HC n. 103.618/SP - Min. Red. acórdão MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA – Sexta Turma – j. 04.08.2008) (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6413**).

Nosso comentário: Na atual conformação da jurisprudência, as Cortes Superiores tem perfilhado do entendimento de que a agravante da reincidência não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto. No âmbito do STJ, sob um prisma político-criminal, a Corte tende a considerar o princípio da insignificância como uma espécie de “benéfico” na esfera penal, razão pela qual afirma não haver como deixar de se analisar o passado criminoso do agente (fatores externos à tipicidade), como um aspecto revelador de periculosidade social e/ou de comportamento reprovável. Já no âmbito do STF, julgados recentes tem dado primazia a critérios dogmáticos em detrimento de reflexões de ordem político-criminal, fundamentando que apenas aspectos de ordem objetiva do fato devem ser analisados (fatores internos à tipicidade), notadamente porque o referido instituto se situa na esfera de exame do fato típico.

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**
Diretores(as) Nacionais das Coord. 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.

ESTAGIÁRIA: Mabilly Cristina Oliveira dos Anjos

EXPEDIENTE EDITORIAL: IBCCRIM

CORPO DE PARECERISTAS DESTA VOLUME:

Anamaria Prates Barroso (IDP – Brasília/DF), André Grandis Guimarães (PUCRJ – Rio de Janeiro/RJ), Anne Caroline Cobbe de Freitas (PUCPR – Curitiba/PR), Antonia Marina Aparecida de Paula Faleiros (UFBA – Salvador/BA), Antonio Carlos Moni de Oliveira (UFU – Uberlândia/MG), Charlene Borges (UCSal – Salvador/BA), Christiane Heloisa Kalb (Cesusc – Florianópolis/SC), Diogo Abineder Ferreira Nolasco Pereira (Doctum – Juis de Fora/MG), Fernanda Cavalcanti Costa (UFF – Niterói/RJ), Fernando Gardinali Caetano Dias (USP – São Paulo/SP), Hugo de Oliveira Martins (UFPE – Recife/PE), Jaqueline Aparecida Fernandes Sousa (UFU – Uberlândia/MG), Jônica Marques Coura Aragão (UFMG – Cambina Grande/PB), Jose Henrique Kaster Franco (Universidade de Salamanca/Espanha), Keity M. F. S. Saboya (UFRN – Natal/RN), Leonardo Costa de Paula (UFF – Niterói/RJ), Luciana de Freitas (UNESP – São Paulo/SP), Luiz Fernando Kazmierczak (UENP – Jacarezinho/PB), Matheus Hatschbach Machado (UFPR – Curitiba/PR), Pablo Domingues Ferreira de Castro (IDP – Brasília/DF), Pablo Nunes (UERJ – Rio de Janeiro/RJ), Patrick Lemos Cacicedo (USP – São Paulo/SP), Pedro Bertolucci Keese (The London School of Economics and Political Science/Inglaterra), Rafael Silva de Almeida (UniCEUB – Brasília/DF), Raphael Boldt Goethe (Universität/Frankfurt – Alemanha), Raphaella Viana Silva Asfora (UFPB – João Pessoa/PB), Régia Mabel da Silva Freitas (USP – São Paulo/SP), Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo (PUCRS – Porto Alegre/RS), Rosier Batista Custodio (UFPE – Recife/PE) e Jonata William Sousa da Silva (UFBA – Salvador/BA).

AUTORES(AS) DESTA VOLUME:

Ana Carla de Souza Braga (IDD – São Paulo/SP), Ana Carolina Haliuc Bragança (UFPR – Curitiba/PR), Brunno Ruschel de Lia Pires (PUCRS – Porto Alegre/RS), Claudia Cristina Barilari (IDP – São Paulo/SP), José Ricardo Marcondes Ramos (Universidade de Coimbra/Portugal), Kerston Marques Silva Benevides (UCP – Petrópolis/RJ), Luiz Antonio Borri (PUCRS – Porto Alegre/RS), Pedro Guilherme Müller Kurban (PUCMG – Belo Horizonte/MG), Pedro Paulo da Cunha Ferreira (UEMG – Diamantina/MG), Rafael da Silva Rocha (UERJ – Rio de Janeiro/RJ), Rafael Ferreira de Albuquerque Costa (Ibmec – Rio de Janeiro/RJ), Rafael Junior Soares (PUCPR – Curitiba/PR), Raphael Boldt de Carvalho (Goethe-Universität/Frankfurt – Alemanha) e Vicente Greco Filho (USP – São Paulo/SP).

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

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

REVISÃO: Primavera Assessoria Revisão de Textos | E-mail: primaverarevisao@gmail.com

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

IMPERDÍVEL

PROMOÇÃO ESPECIAL DE FIM DE ANO

Investir no melhor conhecimento
em Ciências Criminais
está em suas mãos

25/11 a 24/12

40%

CURSOS CURTOS*

PROMO_40

30%

COIMBRA**

PROMO_30

20%

ASSOCIAÇÃO***
(SEMESTRAL E ANUAL)

FAÇA A SUA INSCRIÇÃO WWW.IBCCRIM.ORG.BR



* Questões atuais no Tribunal do Júri - 200 anos do Júri | Saberes Interdisciplinares do Júri - 200 anos do Júri II | Investigação Privada: Teoria e Prática | Processo Penal e Tecnologia da Informação: Aspectos Gerais | Compliance jurídico: aspectos legais e contornos do programa de conformidade

** 3º Curso de Compliance (vendas até 16/12) | 12º Curso de Direito Penal Econômico IBCCRIM-Coimbra

*** Nas associações, o desconto de 20% é válido para as categorias semestral e anual e já criadas diretamente na plataforma.