

CRISTINA REZENDE ELIEZER
ANA CRISTINA BRANDÃO SANTIAGO NASCIMENTO
CHARLEY TEIXEIRA CHAVES
CÁSSIUS GUIMARÃES CHAI
• ORGANIZADORES •

ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS DE DIREITO PENAL

COLEÇÃO
PENSAMENTO JURÍDICO - VOLUME 3

• AUTORES •

Alexandre de Castro Coura - Américo Bedê Freire Júnior - Antonio Donizetti de Resende
Antonio Henrique Graciano Suxberger - Carlos Avelino Laborne da Silva Caiafa
Carlos Magno Alhakim Figueiredo Júnior - Cássius Guimarães Chai - César Augusto Godinho da Silva e Assis
Charley Teixeira Chaves - Chrysty Britto dos Reis Colombo Sarnaglia - Cristina Rezende Eliezer
Daniela Ferreira dos Reis - Daury Cesar Fabríz - Debora Raquel da Silva Romano - Denilson Abreu Romano
Diego Guimarães Ribeiro - Emerson da Silva Mendes - Felipe Mafezoni Senna - Fernanda Arruda Leda Leite
Graziela Maria Deprá Bittencourt Gadelha - Gustavo Senna - Helena Zanotti Vello Corrêa - Humberto Brandão
Ingrid Kety de Sales Castor - Isaías Henrique Silva - James Ricardo Ferreira Piloto
Karen Hellen Esteves de Avelar - Lara Carrera Arrabal Klein - Larissa Ávila V. Baganha
Luciano Rocha de Oliveira - Maércio Herculano Dias - Mariana Paiva Frizzera
Marianna Zacharias Rocha Coelho - Nestor Néرتون Fernandes Távora Neto - Paulo Thiago Fernandes Dias
Placídio Ferreira da Silva - Raúl Cadena Palacios - Ricardo Goretti - Rômulo Brasil de Avelar Campos
Sara Alacoque Guerra Zaghout - Sergio Alves Pereira - Thales Dyego de Andrade - Thiago Ferreira da Silva
Thiago Trindade de Almeida - Vitor Hugo Souza Moraes - Vitor Mafezoni Senna
Vivalde Levillesse Ferreira Júnior - Xenofontes Curvelo Piló

CRISTINA REZENDE ELIEZER
ANA CRISTINA BRANDÃO SANTIAGO NASCIMENTO
CHARLEY TEIXEIRA CHAVES
CÁSSIUS GUIMARÃES CHAI
(ORGANIZADORES)

ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS DE DIREITO PENAL

Pensamento Jurídico

Volume 3

Editora Metrics
Santo Ângelo – Brasil
2024



Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0>

Capa: Editora Metrics

Revisão: Os autores

CATALOGAÇÃO NA FONTE

E82 Estudos contemporâneos de direito penal [recurso eletrônico] /
organizadores: Cristina Rezende Eliezer ... [et al.]. - Santo
Ângelo : Metrics, 2024.
442 p. - (Coleção Pensamento Jurídico; 3)

ISBN 978-65-5397-188-2

DOI 10.46550/978-65-5397-188-2

1. Direito penal - Brasil. I. Eliezer, Cristina Rezende
(org.).

CDU: 347(81)

Responsável pela catalogação: Fernanda Ribeiro Paz - CRB 10/ 1720



Rua Antunes Ribas, 2045, Centro, Santo Ângelo, CEP 98801-630

E-mail: editora.metrics@gmail.com

<https://editorametrics.com.br>

Conselho Editorial

Dra. Berenice Beatriz Rossner Wbatuba	URI, Santo Ângelo, RS, Brasil
Dr. Charley Teixeira Chaves	PUC Minas, Belo Horizonte, MG, Brasil
Dr. Douglas Verbicaro Soares	UFRR, Boa Vista, RR, Brasil
Dr. Eder John Scheid	UZH, Zurique, Suíça
Dr. Fernando de Oliveira Leão	IFBA, Santo Antônio de Jesus, BA, Brasil
Dr. Glaucio Bezerra Brandão	UFRN, Natal, RN, Brasil
Dr. Gonzalo Salerno	UNCA, Catamarca, Argentina
Dra. Helena Maria Ferreira	UFLA, Lavras, MG, Brasil
Dr. Henrique A. Rodrigues de Paula Lana	UNA, Belo Horizonte, MG, Brasil
Dr. Jenerton Arlan Schütz	UNIJUÍ, Ijuí, RS, Brasil
Dr. Jorge Luis Ordelin Font	CIESS, Cidade do México, México
Dr. Luiz Augusto Passos	UFMT, Cuiabá, MT, Brasil
Dr. Manuel Becerra Ramirez	UNAM, Cidade do México, México
Dr. Marcio Doro	USJT, São Paulo, SP, Brasil
Dr. Marcio Flávio Ruaro	IFPR, Palmas, PR, Brasil
Dr. Marco Antônio Franco do Amaral	IFTM, Ituiutaba, MG, Brasil
Dra. Marta Carolina Gimenez Pereira	UFBA, Salvador, BA, Brasil
Dra. Mércia Cardoso de Souza	ESEMEC, Fortaleza, CE, Brasil
Dr. Milton César Gerhardt	URI, Santo Ângelo, RS, Brasil
Dr. Muriel Figueredo Franco	UZH, Zurique, Suíça
Dr. Ramon de Freitas Santos	IFTO, Araguaína, TO, Brasil
Dr. Rafael J. Pérez Miranda	UAM, Cidade do México, México
Dr. Regilson Maciel Borges	UFLA, Lavras, MG, Brasil
Dr. Ricardo Luis dos Santos	IFRS, Vacaria, RS, Brasil
Dr. Rivetla Edipo Araujo Cruz	UFPA, Belém, PA, Brasil
Dra. Rosângela Angelin	URI, Santo Ângelo, RS, Brasil
Dra. Salete Oro Boff	ATTITUS Educação, Passo Fundo, RS, Brasil
Dra. Vanessa Rocha Ferreira	CESUPA, Belém, PA, Brasil
Dr. Vantoir Roberto Brancher	IFFAR, Santa Maria, RS, Brasil
Dra. Waldimeiry Corrêa da Silva	ULOYOLA, Sevilha, Espanha

Este livro foi avaliado e aprovado por pareceristas *ad hoc*.

SUMÁRIO

PREFÁCIO.....	13
<i>Reynaldo Soares da Fonseca</i>	
PRÓLOGO	15
<i>Raúl Cadena Palacios</i>	
Capítulo 1 - JUIZ DAS GARANTIAS E O SISTEMA ACUSATÓRIO: LIMITES E PERSPECTIVAS.....	19
<i>Luciano Rocha de Oliveira</i>	
<i>Nestor Nénton Fernandes Távora Neto</i>	
<i>Daury Cesar Fabriz</i>	
<i>Cássius Guimarães Chai</i>	
Capítulo 2 - EDUCAÇÃO DOMICILIAR E O ABANDONO INTELLECTUAL	35
<i>Cristina Rezende Eliezer</i>	
<i>Placídio Ferreira da Silva</i>	
Capítulo 3 - A SELETIVIDADE PENAL NA ABORDAGEM POLICIAL E AS IMBRICAÇÕES NAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA RELACIONADAS AOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS NA COMARCA DE PORTO SEGURO/BA.....	49
<i>Emerson da Silva Mendes</i>	
<i>Thiago Trindade de Almeida</i>	
Capítulo 4 - O PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NO PROCESSO PENAL EM FACE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	65
<i>Antonio Donizetti de Resende</i>	

Capítulo 5 - BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS: ANÁLISE COMPARATIVA BRASIL E PORTUGAL	83
<i>Carlos Magno Alhakim Figueiredo Júnior</i>	
<i>James Ricardo Ferreira Piloto</i>	
<i>Cássius Guimarães Chai</i>	
Capítulo 6 - DIREITO PENAL E SOCIEDADE DE RISCOS: REFLEXÕES E DESAFIOS.....	97
<i>Vivalde Levillesse Ferreira Júnior</i>	
Capítulo 7 - A ESSÊNCIA AUTORITÁRIA DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO.....	109
<i>Fernanda Arruda Leda Leite</i>	
<i>Paulo Thiago Fernandes Dias</i>	
<i>Sara Alacoque Guerra Zaghlout</i>	
Capítulo 8 - PSICOLOGIA APLICADA AO INTERROGATÓRIO POLICIAL.....	123
<i>Karen Hellen Esteves de Avelar</i>	
Capítulo 9 - A TIPICIDADE PENAL DA FALSIDADE DA DECLARAÇÃO RACIAL EM CONCURSO PÚBLICO	151
<i>Chrysty Britto dos Reis Colombo Sarnaglia</i>	
Capítulo 10 - POLÍTICAS DE REDUÇÃO DA LETALIDADE POLICIAL: REPERCUSSÕES DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NA VIOLÊNCIA LETAL INSTITUCIONAL NO BRASIL.....	161
<i>Vitor Hugo Souza Moraes</i>	
<i>Daniela Ferreira dos Reis</i>	
<i>Cássius Guimarães Chai</i>	
<i>Cristina Rezende Eliezer</i>	
Capítulo 11 - O SERIADO DE TELEVISÃO <i>BLACK BIRD</i> E AS CONFISSÕES SECUNDÁRIAS	179
<i>Helena Zanotti Vello Corrêa</i>	
<i>Américo Bedê Freire Júnior</i>	

Capítulo 12 - A FALIBILIDADE DO “MENSAGEIRO DA VERDADE”:
UMA BREVE ANÁLISE DA CRENÇA E DA JUSTIFICAÇÃO DA
PROVA TESTEMUNHAL NA BUSCA PELA VERDADE NO PROCESSO
PENAL 193

César Augusto Godinho da Silva e Assis

Alexandre de Castro Coura

Capítulo 13 - FIXAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE ABAIXO
DO MÍNIMO LEGAL: UMA GARANTIA CONSTITUCIONAL..... 207

Thiago Ferreira da Silva

Capítulo 14 - CORRUPÇÃO PÚBLICA COMO ILÍCITO PENAL
DE NATUREZA DIFUSA: OS RISCOS DA IMPUNIDADE DA
CRIMINALIDADE DE PODER 217

Gustavo Senna

Felipe Mafezoni Senna

Vitor Mafezoni Senna

Capítulo 15 - ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E LAVAGEM DE
DINHEIRO: APONTAMENTOS DE *LEGE LATA* E *LEGE FERENDA*
SOBRE OS DENOMINADORES COMUNS DA CRIMINALIDADE
CONTEMPORÂNEA 233

Thales Dyego de Andrade

Capítulo 16 - PRISÃO OBRIGATÓRIA IMEDIATA NO JÚRI:
PROBLEMÁTICA..... 251

Charley Teixeira Chaves

Capítulo 17 - A RACIONALIDADE DO HABEAS CORPUS COLETIVO
Nº 143.641/SP DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DA
DOCTRINA DE RONALD DWORKIN: SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO
PREVENTIVA PELA DOMICILIAR E O DIREITO DAS MULHERES . 265

Lara Carrera Arrabal Klein

Graziela Maria Deprá Bittencourt Gadelha

Cássius Guimarães Chai

Capítulo 18 - <i>SENTENCING</i> À BRASILEIRA: A NECESSIDADE DE DISCUSSÃO SOBRE A PROCEDIMENTALIZAÇÃO DA APLICAÇÃO DA PENA.....	277
--	-----

Antonio Henrique Graciano Suxberger

Capítulo 19 - A RESISTÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO E DOS TRIBUNAIS EM RECONHECER A CONTINUIDADE DELITIVA NA EXECUÇÃO PENAL E A DICOTOMIA COM A HABITUALIDADE CRIMINOSA.....	289
---	-----

Marianna Zacharias Rocha Coelho

Capítulo 20 - <i>BULLYING</i> : O ENSINO DO DIREITO NA ESCOLA COMO FORMA DE COMBATE EFETIVO	297
---	-----

Ingrid Kety de Sales Castor

Capítulo 21 - PROVA PENAL DIGITAL: AUTENTICIDADE E CONFIABILIDADE À LUZ DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	307
---	-----

Diego Guimarães Ribeiro

Cássius Guimarães Chai

Capítulo 22 - A NECESSÁRIA RETROATIVIDADE DO §5º DO ART. 171 DO CÓDIGO PENAL COM A ALTERAÇÃO DADA PELA LEI 13.964/2019	321
--	-----

Carlos Avelino Laborne da Silva Caiafa

Maércio Herculano Dias

Capítulo 23 - UMA ABORDAGEM DESCOMPLICADA SOBRE A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA	331
--	-----

Denilson Abreu Romano

Debora Raquel da Silva Romano

Capítulo 24 - ANÁLISE QUANTO AOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO CRIMINAL EM FACE DO PARADIGMA CRIMINOLÓGICO DO ETIQUETAMENTO SOCIAL (LABELLING APPROACH)	339
---	-----

Sergio Alves Pereira

Cássius Guimarães Chai

Capítulo 25 - PARÂMETROS PARA REDUÇÃO DA PENA DO INSTITUTO DO ARREPENDIMENTO POSTERIOR.....	361
<i>Isaiás Henrique Silva</i>	
<i>Larissa Ávila V. Baganha</i>	
Capítulo 26 - A INTERFACE ENTRE O DIREITO DO CONSUMIDOR E O DIREITO PENAL NO ÂMBITO DA PUBLICIDADE ENGANOSA..	371
<i>Rômulo Brasil de Avelar Campos</i>	
Capítulo 27 - INVESTIGAÇÃO POLICIAL SISTÊMICA.....	377
<i>Humberto Brandão</i>	
Capítulo 28 - A (IN)EFICAZ ATUAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DIANTE DA CIBERCRIMINALIDADE.....	387
<i>Xenofontes Curvelo Piló</i>	
Capítulo 29 - DIÁLOGOS (IM)POSSÍVEIS ENTRE A MEDIAÇÃO PENAL E O ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER.....	397
<i>Mariana Paiva Frizzera</i>	
<i>Ricardo Goretti</i>	
POSFÁCIO	427
<i>Cássius Guimarães Chai</i>	
SOBRE OS AUTORES	429
SOBRE OS ORGANIZADORES	441

PREFÁCIO

É com muita felicidade que recebi o honroso convite para prefaciar esta obra jurídica coletiva, organizada pelos estimadíssimos Cássius Guimarães Chai, Charley Teixeira Chaves e pelas estimadíssimas Ana Cristina Brandão Santiago Nascimento e Cristina Rezende Eliezer, que se dedicaram a compilar excertos riquíssimos que contribuem para o ensino do Direito Penal pátrio, cada vez mais dinâmico e desafiador, sob um crescente contexto de justiça restaurativa, reflexo da eficácia de um modelo de constitucionalismo fraternal.

Este compêndio, Estudos Contemporâneos de Direito Penal (Coleção Pensamento Jurídico – vol. III), se dedica a abordar diversos temas em voga no debate acadêmico corrente, contribuindo para o impulsionamento científico da disciplina. Sua leitura é recomendada a quaisquer juristas ou estudantes interessados em refletir sobre as mais recentes discussões penais, abrangendo matérias de variadas complexidades.

A presente obra é ressaltada, sobretudo, pela atualidade dos temas tratados, atraindo aqueles ávidos por um conhecimento ainda em construção também no campo jurisprudencial. Esta abordagem, que dialoga com controvérsias de casos atuais e concretos a partir da crítica acadêmica, integra doutrina e jurisprudência, que se reconstróem reciprocamente a partir da comunidade jurídica como um todo. É somente a partir de um direito reflexivamente construído a partir da livre manifestação de ideias e de seu escrutínio público – em especial na Academia – que se concebe um ordenamento jurídico verdadeiramente democrático.

Além disso, o diálogo multidisciplinar, que se percebe em abundância nos artigos compilados, é imperativo para refletir o direito penal, última *ratio* do poder sancionatório estatal, cujas garantias representam verdadeiras conquistas da humanidade. Já dizia Victor Hugo, em carta a Brito Aranha comentando o Decreto das Cortes Gerais de 26 de Junho de 1867:

Portugal acaba de abolir a pena de morte. Acompanhar este progresso é dar o grande passo da civilização. Desde hoje, Portugal é a cabeça da Europa. Vós, Portugueses, não deixastes de ser navegadores intrépidos. Outrora, íeis à frente no Oceano; hoje, ides à frente na Verdade. Proclamar princípios é mais belo ainda que descobrir mundos.

Ainda chama atenção a amplitude temática da obra coletiva, cujos artigos são dotados de bibliografia que contempla desde os autores clássicos aos contemporâneos e de referências a obras que vão desde as eruditas às do entretenimento popular, que compõem o imaginário coletivo, o que permite sua contextualização com o tema dogmático penal. Nesta dinâmica, são abordados temas complexos, que tratam simultaneamente de problemáticas do direito penal brasileiro e alienígena, e que revelam uma preocupante realidade do sistema penal e da segurança pública atuais, sobretudo neste contexto hodierno de sociedade de risco e de inédita expansão do direito penal, conforme as lições de Ulrich Beck e de Jesús-María Silva Sánchez.

Desta maneira, considerando o esmero na seleção de conteúdo dogmático de destaque, finalmente parablenizo os organizadores e os editores, além, é claro, de cada um dos autores, pela publicação do terceiro volume desta coleção!

Reynaldo Soares da Fonseca

Ministro do Superior Tribunal de Justiça e

Professor universitário

PRÓLOGO

Es con mucho honor, que me permito presentar el contenido investigativo propuesto desde el pensamiento y la reflexión jurídica realizada por parte de varios autores brasileños, que presentan sus distintas lecturas alrededor del sistema de justicia penal en dicho país.

Cada uno de los temas desarrollados en esta obra, se insertan plenamente en el debate del derecho penal contemporáneo, que pretende analizar el fenómeno delictual, desde una mirada más amplia y holística, capaz de comprender la fenomenología actual y traducirla en el pleno respeto y efectivo cumplimiento de los derechos fundamentales como soporte principal de preservación de la democracia.

Los cada vez más apremiantes y agobiantes problemas que sacuden la convivencia social, requieren del Estado, atención y respuestas urgentes. Una de ellas, se apunta justamente, al acceso a la justicia.

El modelo actual de sistema de justicia penal, que caracteriza a gran parte de Latinoamérica -corte acusatorio-adversarial- pretende superar los viejos esquemas de corte inquisitivo, conjugando principalmente los valores republicanos que permitan justamente fortalecer el régimen democrático.

La presente compilación, abre esta línea de discusión incorporando al análisis, la figura del “Juez de Garantías”, dentro del sistema acusatorio brasileño, a la luz de la Ley No. 13.964 de 2019. La propuesta investigativa, parte por reconocer la necesidad de superar el autoritarismo -prácticas inquisitivas- y el deseo de inaugurar un sistema de justicia penal más democrático.

Y, es que precisamente, el Juez de Garantías, se encuentra estrictamente vinculado con la vigencia, promoción y ejercicio de los derechos humanos, mediante la garantía del principio de la dignidad humana. De ahí, que el desafío sea mayor, para quienes detentan el poder -administración de justicia-.

El sistema penal actual, se presenta como un sistema selectivo y estigmatizante, en donde la policía, como parte del conjunto de agencias que comprenden la cuestión criminal, juega un rol criminalizador, y que responde a un proceso de etiquetamiento social, especialmente, en contra de los más vulnerables.

Lejos de que el derecho penal cumpla su finalidad, -contención del poder punitivo-, aquel resulta actualmente y cada vez más, “penalizador”, convirtiéndose en una herramienta de “prima ratio” al servicio de las principales agencias políticas y comunicacionales, que también forman parte del sistema penal.

El problema de la “inseguridad ciudadana”, que agobia no solamente, al país hermano de Brasil, sino a toda la región sudamericana, se presenta como el más complejo flagelo por afrontar y superar, y que pretende socavar, las frágiles instituciones democráticas.

Frente a este fenómeno, se analiza, desde “la sociedad de riesgo”, el protagonismo que adquiere el derecho penal, mediante un irracional expansionismo, que se comprende a través de la creación de nuevas conductas penales, frente a nuevos “riesgos”, así como también, la vigorización de la ley penal, la eliminación de beneficios penitenciarios, entre otros.

Esta lectura abre varias interrogantes, que permiten justamente, cuestionar la utilización del derecho penal frente a una actual “sociedad de riesgo”, en la que, se recurre a esta rama del derecho, para tratar de solventar la problemática social, en desmedro de las garantías y libertades.

Desde aquella “sociedad de riesgo”, se proyecta y diseña una política criminal represiva, antes que preventiva, securitista antes que humanista, selectiva antes que holística, conteniendo en sus líneas una retórica populista, muchas veces, esbozada desde las agendas de los medios de comunicación.

Por otro lado, el avance de la tecnología y su presencia cada vez más inevitable e inteligente, dentro de una sociedad, también cada vez más digitalizada, ha dado lugar a la manifestación de conductas penales que se incorporan al fenómeno denominado “ciberdelincuencia”.

Entender estas nuevas modalidades -ciberdelitos- no solo requiere una reacción por parte del derecho penal, sino de un conjunto de actores, entre ellas, de la comunidad internacional, mediante acuerdos y cooperación, capaz de luchar con eficacia en contra del cibercrimen, en aras de la protección de los derechos fundamentales.

No escapa al análisis del presente trabajo compilativo, el abordaje de un fenómeno que se encuentra latente en nuestras sociedades latinoamericanas y que se presenta como detrimento al desarrollo económico y social de los pueblos, y para la propia democracia, la “corrupción”, ésta, se presenta como una especie de “enfermedad” por citar palabras de Luis

Almagro -Secretario General de la ONU- que compromete gravemente la institucionalidad del Estado, y profundiza las desigualdades económicas y sociales existentes.

De ahí que, la primera tarea que corresponde, frente a este flagelo, es enfrentarla; la lucha contra la corrupción, debe provenir desde todos los sectores, y de manera especial, desde la administración de justicia, encargada de velar y garantizar por el estricto cumplimiento de los derechos humanos.

La ejecución penal, -componente olvidado del sistema de justicia penal- también es abordado en esta majestuosa obra, a través de instituciones como la pena privativa de libertad, la prisión preventiva, la prisión domiciliaria, y el arrepentimiento como atenuante de la pena.

Mi enhorabuena, por esta brillante y a la vez importante compilación, que resume la problemática actual del sistema de justicia penal en Brasil, que en mayor o menor grado, resulta ser la misma, que agobia a Latinoamérica.

No puedo concluir este breve espacio, sin extender mi agradecimiento a los maestros y colegas, Cristina Rezende Eliezer, Ana Cristina Brandão Santiago Nascimento, Charley Teixeira y Cássius Chai, quienes han hecho posible la materialización de este trabajo, y que con mucho denuedo, han sido promotores, en el análisis de las tendencias y desarrollos actuales del derecho penal contemporáneo.

Al Dr. Chai, tuve el agrado y la inmensa oportunidad de conocerlo personalmente, en el contexto del “Congreso Internacional de Derechos Humanos, Sistema Penal y Prisional”, desarrollado en el mes de junio de 2023, en la Universidad de Salamanca-España, bajo la coordinación de la Dra. María Esther Martínez Quinteiro, ambos miembros de la Academia Latinoamericana de Derecho Penal y Penitenciario, que actualmente me honro en presidir.

Dr. Raúl Cadena Palacios

ORCID 0000-0001-5827-4977

Abogado. Magister en Relaciones Internacionales. Doctor en Jurisprudencia. Doctor(c) en Derecho. Presidente Academia Latinoamericana de Derecho Penal y Penitenciario. Quito-Ecuador.
Correo electrónico: dr_cadena_p@hotmail.com

Capítulo 1

JUIZ DAS GARANTIAS E O SISTEMA ACUSATÓRIO: LIMITES E PERSPECTIVAS

Luciano Rocha de Oliveira¹

Nestor Néرتون Fernandes Távora Neto²

Daury Cesar Fabriz³

Cássius Guimarães Chai⁴

1 Introdução

O atual Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) (CPP) foi promulgado em 03 de outubro de 1941, entrando em vigor no dia 1º de janeiro de 1942, tratando-se de um sistema processual existente há mais de oito décadas, com visíveis traços de senilidade.

Durante a presidência de Getúlio Vargas, o Brasil encampou sua nova legislação processual que, mesmo consagrando algumas melhorias, logo revelou suas características autoritárias, calcadas na ampla discricionariedade da polícia, na concentração de poder no Executivo e no protagonismo judicial.

Enquanto o Brasil amargava o regime Vargasista, o mundo estava envolto na Segunda Guerra Mundial. O embate e suas atrocidades levaram a um posterior enfoque na proteção dos direitos humanos, culminando na criação da Carta das Nações Unidas (BRASIL, 1945).

Ultimando-se a ditadura, o país promulgou uma nova Constituição que reafirmou os direitos individuais e estabeleceu a separação de poderes,

1 Mestre e Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV). Promotor de Justiça – MPES. E-mail: lucianompes@gmail.com. Orcid: 0000-0003-4344-4763.

2 Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV). Mestre em Direito Público (UFBA). Conselheiro Editorial da Editora Juspodivm. Ex Defensor Público. Advogado criminalista. Professor de Direito Processual Penal. E-mail: nestor@nestortavora.com.br. Orcid: 0000-0001-6381-2573.

3 Doutor em Direito Constitucional UFMG. Professor Permanente PPGD/FDV Direitos e Garantias Fundamentais e professor Titular da Universidade Federal do Espírito Santo. Advogado. Orcid: 0000-0002-3781-5890

4 Professor Permanente PPGD/FDV Direitos e Garantias Fundamentais. Professor Associado da Universidade Federal do Maranhão. Membro do Ministério Público do Estado do Maranhão. E-mail: cassiuschai@gmail.com. Orcid: 0000-0001-5893-3901.

quando então o CPP foi modificado para se alinhar, ao menos em parte, aos princípios democráticos contidos na Carta Maior.

O autoritarismo é um conceito que permeou grande parte da história política e legislativa do Brasil, deixando marcas profundas em nosso sistema legal. Este artigo aborda a relação entre o autoritarismo e o surgimento do Código de Processo Penal brasileiro, examinando como momentos de concentração de poder e a ausência de garantias individuais moldaram a legislação processual. Também explora a transição para um sistema acusatório com a Constituição de 1988 e as mudanças introduzidas pela Lei n.º 13.964/2019, inaugurando o instituto do Juiz das Garantias.

Nesse contexto, a problemática trazida é: a implementação do Juiz das Garantias, de per si, é suficiente para efetivar o sistema acusatorial no processo penal brasileiro?

A hipótese exige a análise do contexto histórico quanto ao surgimento do Código de Processo Penal pátrio, em especial o período autoritário, incluindo os regimes ditatoriais em que se moldou o sistema legal brasileiro de maneira a favorecer o controle estatal sobre os direitos dos cidadãos, em detrimento das garantias individuais, forjando uma cultura inquisitória. Isso se refletiu no Código de Processo Penal que, em sua formulação e aplicação, comumente assimilou características autoritárias, dificilmente contornáveis pelo novel instituto.

Na sequência, será feito um estudo mais detido do sistema acusatório à luz da Constituição Federal de 1988, que trouxe princípios democráticos, averbando a separação das funções de acusar, investigar, defender e julgar, pedra angular do sistema acusatório. No entanto, a implementação efetiva desse sistema é deveras desafiadora. A Lei n.º 13.964/2019 introduziu o Juiz das Garantias, buscando separar a instrução da investigação, primando pela imparcialidade do órgão julgador. Todavia, após uma temporária suspensão por deliberação da Suprema Corte, a recente admissão (parcial) desse novo magistrado, com toda a carga axiológica trazida pelos artigos 3º-A ao 3º-F do CPP, ainda demandará vigilante atenção.

A manutenção de práticas inquisitórias e a resistência à mudança de mentalidade são desafios a serem superados. A busca por um sistema processual penal verdadeiramente acusatório requer não apenas alterações legislativas, mas também uma ruptura profunda na cultura jurídica do país.

Em última análise, a pesquisa destaca a importância de compreender a relação entre autoritarismo, sistema legal e o anseio por um processo penal mais democrático, ressaltando que o caminho para um efetivo

avanço requer mais do que reformas pontuais - exige um compromisso real em superar as raízes autoritárias e promover um sistema que proteja efetivamente os direitos individuais e a efetivação da justiça.

2 Autoritarismo e o surgimento do código de processo penal brasileiro

O autoritarismo é um conceito que descreve sistemas políticos, sociais e legais caracterizados pela concentração de poder nas mãos de uma autoridade central ou de um pequeno grupo de pessoas, frequentemente ao preço das liberdades individuais e dos direitos humanos. No contexto do sistema legal, o autoritarismo pode se manifestar por meio de leis e regulamentos que priorizam o controle estatal sobre os direitos dos cidadãos.

Considerando que o CPP é um dos principais instrumentos de orientação da persecução penal, ele merece especial análise no que diz respeito à sua relação com o autoritarismo.

A história política e legislativa do Brasil foi marcada por momentos de autoritarismo, incluindo regimes ditatoriais e governos que priorizavam o controle estatal sobre as liberdades individuais. Como de costume, o sistema legal servia aos interesses do poder dominante, em detrimento dos direitos dos cidadãos.

Na seara científica, na década de 1930, surgiu no Brasil, um jogo de forças, bem como o espaço conferido às manifestações em oposição aos interesses dos grupos que predominavam. Seria, portanto, o nascimento do discurso liberal em matéria criminal ao final do esgotamento da ditadura, que ocorreu em 1945 (MELCHIOR, 2023, p. 360).

Em que pese este surgimento contramajoritário da comunidade jurídica brasileira, sua influência se revelou pouco expressiva na formação dos códigos de outras instituições do sistema de justiça criminal.

Conforme afirma Melchior (2023, p. 361), existe uma falsa impressão de que as reformas não teriam sido realizadas de forma unilateral e que, assim, o governo teria permitido o livre debate científico e social. Todavia, sabe-se que não foi bem assim, eis que as reformas foram encabeçadas por técnicos especialistas, indicados por escolha do Ministro da Justiça à época, como “um modelo supervisionado e direcionado a atender aos fundamentos jurídicos e políticos do Estado autoritário”.

Dessa forma, possível verificar que, principalmente as leis penais

e processuais, são frutos de ideologias de gabinete vigentes à época, em especial, no que tange ao sentimento autoritário. O CPP, em sua formulação e aplicação, reflete esses momentos.

Com efeito, uma lei penal autoritária pode desequilibrar a relação entre acusação e defesa no sistema judicial. Se as regras processuais favorecerem em demasia a acusação ou conferirem poucas garantias à defesa, isso pode resultar em julgamentos injustos e arbitrariedades. A presunção de inocência, o direito a um julgamento justo e a paridade de armas entre as partes são princípios fundamentais que merecem blindagem para evitar arroubos autoritários.

Neste contexto, no CPP brasileiro há algumas passagens que podem ser vistas como resquícios do autoritarismo, refletindo características de sistemas legais anteriores marcados por concentração de poder e falta de garantias individuais.

O artigo 6º do CPP, por exemplo, atribui à autoridade policial a condução das investigações, no entanto, há ampla discricionariedade que pode levar a abusos e ações arbitrárias por parte da polícia, comprometendo a imparcialidade e a objetividade do futuro processo.

Uma outra situação é a possibilidade de prisão preventiva sem prazo definido, que pode ser interpretada como uma brecha que permite a detenção prolongada de suspeitos antes mesmo do julgamento definitivo, aviltando, por conseguinte, a presunção de inocência.

O artigo 21 do CPP concede à autoridade policial o poder de restringir o acesso a informações sobre a investigação, o que pode ser usado para ocultar abusos e manter os interessados desinformados.

É importante ressaltar que as relações existentes entre o autoritarismo e o Código de Processo Penal não se limitam apenas à época da Ditadura Militar, mas também a outros momentos de autoritarismo na história do Brasil. Ao longo do tempo, foram inúmeros os esforços para reformar o Código de Processo Penal e fortalecer as garantias processuais e os direitos individuais, especialmente após o fim da Ditadura, com a promulgação da Constituição de 1988. No entanto, essas relações históricas ainda podem lançar luz sobre desafios contínuos relacionados ao equilíbrio entre segurança e proteção dos direitos no sistema legal brasileiro.

3 Sistema Acusatório e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

O sistema acusatório possui características próprias, decorrendo diretamente da Carta Magna, notadamente quando em seu art. 129, inciso I, conferiu ao Ministério Público (MP) a titularidade privativa da ação penal de iniciativa pública. Por via de consequência, um dos seus pilares é a clássica separação das funções de acusar, investigar, defender e julgar.

Mas não é (apenas) isso. Um sistema que pretende ser acusatório deve ter regras claras quanto a gestão da prova. Quando o juiz, independentemente das partes, possui a iniciativa probatória, sobressai a impressão de estar ele perseguindo a “verdade” (Coutinho; Murata; Borba, 2021), a partir do famoso primado das hipóteses sobre os fatos (Cordero, 1986). No sistema acusatório, o juiz mantém seu poder de *iuris dictio*, porém não detém a iniciativa probatória, isto é, a gestão das provas continua sendo das partes que, segundo Jacinto de Miranda Coutinho, Ana Maria Murata e Thiago Borba (2021), consiste na grande diferença entre os dois sistemas.

Ao tratar que o processo criminal reflete a civilização de um povo, Pontes de Miranda (1979, p. 36) complementa que, “onde o processo é inquisitorial, a civilização está estagnada ou rola em decadência. Onde o processo é acusatório, com defesa fácil, a civilização está a crescer ou aperfeiçoar-se”, ocupando o juiz, nesse sistema, um lugar muito diferente daquele ocupado no sistema inquisitório (Coutinho; Murata; Borba, 2021).

Geraldo Prado (2006, p. 104) inicia a construção das características do sistema acusatório por meio da exclusão, ou seja, afastando o que não se integra a ele, sendo o resultado da eliminação de outros elementos que não afetam o núcleo basilar de um tipo característico do processo, alicerçado na ideia da divisão das tarefas que não devem se aglutinar.

Nesse sentido, não haveria que se falar em sistema acusatório quando as referidas funções se confundem na ação daqueles imbuídos de, por exemplo, julgar determinado processo. Lado outro, o juiz não pode se imiscuir na investigação, pois, assim o fazendo, estaria adentrando na seara destinada e atribuída a protagonista distinto.

Ademais, a figura do juiz é incompatível com a pretensão de protagonismo. Não é o juiz que se destaca em um sistema acusatório adversarial. Enquanto no sistema inquisitório o lugar de proeminência é

do juiz (Coutinho; Murata; Borba, 2021), no sistema acusatório, a inércia do julgador deve ser respeitada, por ser verdadeiro postulado. De forma inversa à inatividade do juiz no processo penal, está a atividade das partes, cuja responsabilidade deve ser maior no sentido de caber a elas o dever de investigar e proporcionar as provas necessárias para demonstrar os fatos (Lopes Jr., 2020, p. 219).

No Brasil, em que pese a Constituição da República Federativa de 1988 tenha trazido a principiologia necessária para declarar a inconstitucionalidade de todos os dispositivos legais com ela incompatíveis, ainda que não expressamente, isso não foi o que ocorreu (Coutinho; Murata; Borba, 2021), em razão do que Mauro Fonseca Andrade (2021, p. 60) aduz ser “uma persistente ausência de atenção ao texto legal mais importante de nosso país”.

O Código de Processo Penal de 1941, formulado no intuito de promover a mais ampla e profunda consolidação jurídica do Estado autoritário no Brasil (Melchior, 2021), passou por uma série de reformas parciais no decorrer de suas oito décadas. Contudo, tais reformas não foram suficientes para a instituição de uma codificação processual penal orientada pelo princípio dispositivo (ou acusatório) e o surgimento de uma essencial democratização do processo penal.

Em uma dessas tentativas de reforma, sobreveio a Lei n.º 13.964/2019, que inseriu a emblemática previsão insculpida no art. 3º-A do Código de Processo Penal (CPP), averbando que “o processo penal tem estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”. No entanto, na visão de Jacinto de Miranda Coutinho, Ana Maria Murata e Thiago Borba (2021), essa previsão não obsta que o CPP mantenha sua matriz inquisitória vigente.

Para os autores, a estrutura acusatória prevista legalmente não se efetiva com sua simples afirmação (Coutinho; Murata; Borba, 2021). Isso porque, malgrado o exercício de uma releitura do processo vigente, não haveria modificação do princípio regente do sistema, sequer da mentalidade daqueles que o operam.

A partir da previsão legal instituindo o sistema acusatório, o desafio se encontra na interpretação de tais reformas à luz do princípio dispositivo, em que a compreensão das demais disposições não expressamente alteradas deveriam ser regidas pelas disposições manifestamente acusatórias (Rosa, 2020).

Essa mentalidade inquisitória pode roubar o sentido acusatório (Rosa, 2020), uma vez que tal cultura se faz perceber, “nos dias atuais, muito fortemente nas denúncias, nos inquéritos policiais e sentenças” (Silveira, 2018, p. 108), isto é, não é comum questionar as práticas contemporâneas, visto que a cultura inquisitória já está inserida de forma indissociável na consciência jurídica vigente.

Nesse sentido, Jacinho de Miranda Coutinho (2021, p. 29) defende que, em verdade, as reformas processuais penais meramente parciais tornaram a sistemática do processo criminal brasileiro muito pior que aquele inicialmente implantado, “já que a ‘roupagem acusatória’ imposta assim – de modo incorreto – potencializa o sistema no qual se encontra” e, com isso, amplia as arbitrariedades, em razão da manutenção da mentalidade inquisitória e orientação pelo princípio fundante do sistema vigente (Coutinho; Murata; Borba, 2021).

No ordenamento jurídico brasileiro, a opção deve ser pelo sistema acusatório. Ninguém que tenha um pensamento democrático para o processo penal duvida disso (Coutinho; Murata; Borba, 2021).

Nesse sentido, assiste razão à Jacinto de Miranda Coutinho (2007), ao discorrer que é quase impossível compatibilizar a Constituição Federal de 1988, que impõe a instituição de uma sistemática acusatória, com o atual direito processual penal brasileiro, a partir da sua maior referência legislativa ser o CPP de 1941, orientado pelo princípio inquisitivo.

Sendo uma “cópia malfeita do *Codice Rocco* de 30, da Itália” (Coutinho, 2007, p. 11), o Código de Processo Penal brasileiro de 1941 deita suas raízes em um período de exceção da história jurídica do país (Moreira, 2021) e possui, em sua base ideológica e normativa, o subsistema processual penal da repressão política (Melchior, 2021).

Embora o sistema acusatório e o sistema inquisitório tenham elementos misturados, é intangível a possibilidade da constituição de um sistema processual penal misto. “Em verdade, a referida ‘mistura’ faz com que o sistema inquisitório tenha elementos do sistema acusatório; mas siga sendo inquisitório” (Coutinho; Murata; Borba, 2021, p. 46-47). Sendo assim, a definição decorre da ideia principiológica única, mas que não se divide a possibilitar uma sistemática mista.

Desse modo, as mudanças meramente parciais tendem a manter o sistema inalterado. Nesse mesmo sentido, os ajustes realizados pela Lei n.º 13.964/2019, segundo Romulo de Andrade Moreira (2021, p. 163), “longe de representarem uma verdadeira ruptura com o sistema inquisitório, ao

contrário e de certa maneira, fortalecem-no, pois a convivência dentro de um mesmo código de dispositivos tão díspares é inteiramente impossível”, não sendo incomum resultados pouco satisfatórios oriundos do intérprete.

Essa questão ainda é mais aterradora diante da resistência dos que atuam no sistema de justiça criminal em aceitar uma conformidade do processo penal brasileiro com o princípio dispositivo, cujas bases estão estabelecidas na própria Constituição da República de 1988 (Moreira, 2021).

Nessa perspectiva, a expressa previsão do art. 3º-A do CPP que, em conjunto com a instituição do Juiz das Garantias, na tentativa de conformar sua codificação com a CF/88, outrora denominada como um Cavalão de Tróia presente no Pacote Anticrime, teve, em janeiro de 2020, sua eficácia suspensa pelo Ministro Luiz Fux. Essa previsão legal, no intuito de reforçar o processo penal brasileiro pelo sistema acusatório, afastaria a aplicação do art. 156 do Código de Processo Penal, que já antes se incompatibilizava com a Constituição da República.

Contudo, quando do julgamento das ADI's 6298, 6299, 6300 e 6305, o Supremo Tribunal Federal (STF), em agosto de 2023, nos 26 itens analisados pelos ministros, 23 foram considerados inconstitucionais. Dentre eles, a Corte, por maioria, julgou parcialmente procedente as ações diretas de inconstitucionalidade para atribuir interpretação conforme ao art. 3º-A do CPP, incluído pela Lei n.º 13.964/2019, e fixar que “o juiz, pontualmente, nos limites legalmente autorizados, pode determinar a realização de diligências suplementares, para o fim de dirimir dúvida sobre questão relevante para o julgamento do mérito”.

Apesar de restarem vencidos os votos dos Ministros Cristiano Zanin e Edson Fachin, a consolidação desse entendimento jurisprudencial pelo STF ocorre em um contexto que tem como posição discursiva central “a retórica do equilíbrio entre garantias e eficiência criminal” (Melchior, 2021, p. 142), gerando a conservação do processo penal brasileiro concebido na década de 40 do século XX, “de tendência rigorosamente fascista, autoritária e inquisitorial” (Moreira, 2021, p. 163).

Mais uma vez, o Brasil perdeu a oportunidade de, em um verdadeiro respeito ao exposto na Constituição da República, devolver ao investigado e acusado a qualidade de sujeito de direitos (Falcone, 2005) e efetivar a instituição do modelo acusatório. Contudo, em sentido contrário, retrocedeu para manter a gestão das provas pelo juiz.

4 Juiz das garantias

Após muito esforço, o Juiz das Garantias, instituto introduzido no CPP brasileiro com a promulgação da Lei n.º 13.964/2019, também conhecida como “Lei Anticrime”, entrou em vigor em janeiro de 2020. A ideia principal da inauguração do Juiz das Garantias é separar as funções de investigação e de julgamento em processos criminais, garantindo, assim, maior imparcialidade e proteção dos direitos fundamentais do acusado.

Nota-se que, antes da previsão do Juiz das Garantias no sistema judicial brasileiro, o mesmo juiz era responsável tanto pela fase de investigação quanto pela fase de julgamento. Essa prática gerava, como exposto, preocupações sobre a imparcialidade do juiz e a possível influência das informações obtidas durante a investigação sobre a sua decisão final.

Esta nova garantia processual, concebido pela Lei Anticrime, é responsável pela supervisão da investigação, garantindo que os direitos fundamentais dos investigados sejam respeitados, enquanto um outro juiz, denominado de “juiz de julgamento”, é designado para conduzir a fase de instrução e julgamento do processo.

Insta salientar que, o texto previsto normativamente é uma ampliação daquilo que a comissão de juristas do Senado havia formulado e proposto no PLS n.º 156/2009 no intuito de estabelecer a “transformação e refundação do sistema processual penal brasileiro – hoje eminentemente inquisitorial – em um sistema acusatório, conforme as bases ensinadas a partir do *Common Law*” (Coutinho, 2021, s.p).

Nesse vértice, Jacinto de Miranda Coutinho (2021) discorre que o legislador de 2019 buscou, no Projeto de Lei n.º 156/2009, os mecanismos que possibilitaram a abertura à estrutura acusatória, com previsão dos arts. 3º-A e 3º-B, ambos do CPP, cuja redação se assemelha aos arts. 4º e 15 do PLS n.º 156/2009, respectivamente. Assim, restou explícito que a vontade do Poder Legislativo era de afastar do juiz a possibilidade de ter a iniciativa probatória, centrando sua atribuição na missão constitucional por excelência, qual seja, julgar e dizer o direito.

Todavia, desde a introdução do Juiz das Garantias no CPP, a sua implementação e constitucionalidade foram objeto de discussões e questionamentos legais, em razão de um “movimento da sabotagem inquisitória” (Lopes Jr; Rosa, 2020, s.p).

O tema foi levado ao Supremo Tribunal Federal através de Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º 6298, 6299, 6300 e 6305, que

questionavam a constitucionalidade da figura do Juiz das Garantias.

De início, e logo após a promulgação pelo Presidente da República, esse mecanismo jurídico teve sua implantação suspensa pelo prazo de 180 dias a partir da decisão proferida pelo Ministro Dias Toffoli na Medida Cautelar na ADI n.º 6298/DF, no dia 15 de janeiro de 2020.

Porém, a verdadeira problemática sobreveio com a concessão de Liminar na Medida Cautelar pelo Ministro Luiz Fux, nas ações supracitadas, ainda em janeiro de 2020, alegando preocupações orçamentárias (Brasil, 2019), que veio a suspender a instituição do considerado mais forte movimento reformista capaz de livrar o processo penal do seu ranço autoritário e inquisitório, bem como reduzir o imenso atraso civilizatório, democrático e constitucional presente no CPP (Lopes Jr., 2020).

Após 03 (três) anos, em 24 de agosto de 2023, a Corte Suprema finalmente deu um ponto final e concluiu o julgamento das referidas ADI's, acolhendo parcialmente as ações diretas de inconstitucionalidade.

O STF entendeu que o juiz, pontualmente, nos limites legalmente autorizados, pode determinar a realização de diligências suplementares, para o fim de dirimir dúvida sobre questão relevante para o julgamento do mérito.

Fixou o prazo de 12 (doze) meses, a contar da publicação da ata do julgamento, para que sejam adotadas as medidas legislativas e administrativas necessárias à adequação das diferentes leis de organização judiciária, à efetiva implantação e ao efetivo funcionamento do juiz das garantias em todo o país, podendo tal prazo ser prorrogado uma única vez, por igual período.

A Suprema Corte decidiu que todos os atos praticados pelo Ministério Público como condutor de investigação penal se submetam ao controle judicial e fixou o prazo de até 90 (noventa) dias, para os representantes do Ministério Público encaminharem, sob pena de nulidade, todos os PIC's (Procedimentos Investigatórios Criminais) e outros procedimentos de investigação criminal, ao respectivo juiz natural, independentemente de o juiz das garantias já ter sido implementado na respectiva jurisdição.

Assentou que a competência do juiz das garantias cessa com o oferecimento da denúncia.

Estabeleceu que o preso em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória será encaminhado à presença do juiz das garantias, no prazo de 24 horas, salvo impossibilidade fática, momento em que se

realizará a audiência com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública ou de advogado constituído, cabendo, excepcionalmente, o emprego de videoconferência, mediante decisão da autoridade judiciária competente, desde que este meio seja apto à verificação da integridade do preso e à garantia de todos os seus direitos.

Assentou que o juiz pode decidir de forma fundamentada, reconhecendo a necessidade de novas prorrogações do inquérito, diante de elementos concretos e da complexidade da investigação; que a inobservância do prazo previsto em lei não implica a revogação automática da prisão preventiva, devendo o juízo competente ser instado a avaliar os motivos que a ensejaram.

Esclareceu que as normas relativas ao juiz das garantias não se aplicam aos processos de competência originária dos tribunais, os quais são regidos pela Lei n.º 8.038/1990, bem como aos processos de competência do tribunal do júri, aos casos de violência doméstica e familiar e as infrações penais de menor potencial ofensivo.

Assentou que, ao se manifestar pelo arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público submeterá sua manifestação ao juiz competente e comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial, podendo encaminhar os autos para o Procurador-Geral ou para a instância de revisão ministerial, quando houver, para fins de homologação.

Entendeu que, além da vítima ou de seu representante legal, a autoridade judicial competente também poderá submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, caso verifique patente ilegalidade ou teratologia no ato do arquivamento.

Fixou, por fim, regra de transição, afirmando que, quanto às ações penais já instauradas no momento da efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais, a eficácia da lei não acarretará qualquer modificação do juízo competente.

A partir da fixação deste entendimento pela Corte Suprema, é possível concluir que o juiz de julgamento continuará exercendo as funções que deveriam estar concentradas no juiz das garantias, mantendo, portanto, o processo penal brasileiro em uma “ilha de práticas inquisitórias num oceano acusatório” (Rosa; Matida, 2023, s.p), onde o mesmo juiz, apesar de não atuar mais na investigação, ainda detém a competência para o recebimento da denúncia e, desse modo, ainda está contaminado pelo aludido “efeito perseverança” e pela “busca seletiva de informações”

(Schüneman, 2013).

Ao deixar para o juiz do processo a competência para o recebimento ou rejeição da denúncia ou queixa, “a decisão fez tabula rasa do verdadeiro sentido da criação do juiz das garantias, que é o de afastar o juiz da instrução do material colhido durante a investigação criminal, inquisitória por sua própria natureza” (Moreira, 2023, s.p).

A manutenção interpretativa dessa temática tal como era antes da Lei n.º 13.964/2019, incide de forma direta na imparcialidade no julgador que, “não pode ser, ao mesmo tempo, parte e julgador no conflito submetido à sua decisão” (Aroca, 1999). Essa imparcialidade deve ser, para o juiz “um hábito intelectual e moral” (Ferrajoli, 1998, p. 580), devendo o magistrado “abster-se de atuar em causas nas quais haja razões legítimas para duvidar de sua imparcialidade” (Garcete, 2021, p. 231).

No rito vigente, a partir do julgamento das ADI's pelo STF, ainda temos um processo penal que não está adequado à Constituição. Considerando que princípios constitucionais, tais como a imparcialidade, o juiz natural, o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, bem como a presunção de inocência, “são compatíveis apenas com um processo no qual o lugar do juiz é aquele da equidistância dos interesses em jogo”, não estando ele vinculado a nenhuma parte (Coutinho, 2021, s.p), tais princípios não podem ser efetivados enquanto a mentalidade inquisitória ainda se encontra presente.

O debate sobre a eficácia da estrutura acusatória, por meio da instituição de um correto juiz das garantias, depreende de um legítimo compromisso de romper com a forma pela qual tradicionalmente ocorre o processamento do caso criminal (Rosa; Matida, 2023).

Posto isso, ao contrário do que é reiteradamente afirmado pelos Tribunais Superiores, não basta mais a mera declaração de que o ordenamento jurídico brasileiro está sob a sistemática acusatória, regido pelo princípio dispositivo. Isso porque, assim como demonstra Alexandre Moraes da Rosa e Janaina Matida (2023, s.p), “postura como essa seria equivalente a conservar intacta a Alma Operacional Inquisitória. Já é tempo de superar a fraude de rótulos e de demonstrar que, enfim, estamos além das promessas vazias”.

Não é outro o entendimento de Romulo de Andrade Moreira (2023, s.p) ao abordar que “demorou-se tanto tempo para se decidir acerca da constitucionalidade do artigo 3º-B e seguintes do Código de Processo Penal e, ao final, transfigurou-se o juiz das garantias, impedindo o avanço

do processo penal brasileiro e deixando-o com o velho ranço inquisitorial de sempre”.

No entendimento sustentado por Jacinto de Miranda Coutinho, Ana Maria Murata e Thiago Borba (2021), a mudança de mentalidade, a partir da efetiva democratização do processo penal brasileiro, somente ocorrerá quando houver a alteração da estrutura integral. Para isso, torna-se necessário uma nova codificação, em conjunto com um “grande trabalho de mudança de mentalidade decorrente da acusação de um novo princípio regente e suas consequências” (Coutinho; Murata; Borba, 2021, p. 29).

Do modo que a sistemática inquisitorial ainda rege a interpretação jurisprudencial das Cortes Superiores do Brasil, a única solução é a instituição de um novo CPP, capaz de transpassar a cultura orientada pelo princípio inquisitivo. Portanto, a implementação do Juiz das Garantias, em especial à luz da forma como se procedeu pelo Supremo Tribunal Federal, não é suficiente para efetivar a estrutura acusatória no processo penal brasileiro.

5 Conclusão

A pesquisa aclara a intrínseca relação entre o autoritarismo e o Código de Processo Penal, vincado em um sistema inquisitório e de entrave ao fortalecimento de um sistema processual mais democrático e realmente acusatório. Ao longo da história do Brasil, períodos autoritários influenciaram a criação e manutenção de um sistema legal que, em muitos aspectos, priorizava o controle estatal sobre as liberdades individuais em detrimento dos direitos dos cidadãos.

A nossa legislação processual, em sua formulação e aplicação, refletiu esses momentos autoritários, mantendo resquícios que podem ser vistos como incompatíveis com um sistema processual verdadeiramente acusatório. Alguns desses resquícios incluem a ampla discricionariedade concedida a algumas autoridades, a possibilidade de prisão preventiva sem prazo definido, bem como ao protagonismo judicial na gestão da prova.

Apesar de esforços para reformar o sistema, especialmente após a Constituição de 1988, as mudanças foram parciais e insuficientes para instituir um verdadeiro sistema processual penal acusatório. A recente introdução do Juiz das Garantias, previsto na Lei Anticrime de 2019, foi mais um passo nessa direção, buscando separar as funções de investigação e julgamento para garantir maior imparcialidade.

No entanto, a implementação do Juiz das Garantias enfrentou desafios e resistências, culminando em um julgamento pelo Supremo Tribunal Federal que, embora tenha estabelecido algumas diretrizes importantes, não foi capaz de efetivar plenamente a transição desejada. Como resultado, manteve-se o Juiz da Instrução exercendo funções que deveriam ser atribuídas ao Juiz das Garantias, relegando o sistema penal brasileiro a uma “ilha de práticas inquisitórias num oceano acusatório.”

Em última análise, o desafio continua sendo a transformação completa do sistema processual penal brasileiro em direção a um modelo acusatório propriamente dito. Isso requer não apenas mudanças legislativas, mas também uma profunda ruptura na mentalidade daqueles que operam o sistema de justiça criminal. É uma tarefa que exige um compromisso genuíno em superar a herança autoritária e construir um sistema que respeite os princípios constitucionais de imparcialidade, devido processo legal, ampla defesa e contraditório. É uma meta que exige determinação, superando rótulos e vacilantes promessas em direção a um sistema processual penal mais democrático e justo.

Referências

ANDRADE, Mauro Fonseca. A (ainda) necessária adequação constitucional do código de processo penal. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogerio Schietti. **Código de Processo Penal: Estudos comemorativos aos 80 anos de vigência: Volume 1.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil Revista dos Tribunais, 2021. v. 1, p. 59-99.

AROCA, Juan Montero, *Sobre la Imparcialidad del Juez y la Incompatibilidad de Funciones Procesales.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

BRASIL. **Decreto 19.841/1945.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: 22 ago. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 22 ago. 2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal: ADI 6299.** Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840373>. Acesso em: 24 ago. 2023.

CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986.

COUTINHO, Jacinto de Miranda. O juiz das garantias e a audiência pública dos dias 25 e 26 de outubro no STF. **Consultor Jurídico**, [S. l.], p. S.P, 8 out. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-08/limite-penal-juiz-garantias-audiencia-publica-stf#:~:text=Essa%20figura%20pode%20ser%20definida,ju%C3%ADzo%20de%20admissibilidade%20da%20acusa%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 4 set. 2023.

COUTINHO, Jacinto de Miranda; MURATA, Ana Maria Lumi Kamimura; BORBA, Thiago Cochenski. Pensando um sistema acusatório para o Brasil a partir dos modelos dos UEA, da Argentina, do Chile e do México. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogerio Schietti. **Código de Processo Penal: Estudos comemorativos aos 80 anos de vigência: Volume 1**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil Revista dos Tribunais, 2021. v. 1, p. 27-58.

COUTINHO, Jacinto de Miranda. O núcleo do problema no sistema processual penal brasileiro. **Boletim IBCCrim**, [s. l.], v. 15, n. 175, p. 11-13, 2007.

FALCONE, Roberto A. *El principio acusatorio: El procedimiento oral em la Provincia de Buenos Aires y em la Nación*. Buenos Aires: ad-hoc, 2005.

FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal, 3ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

GARCETE, Carlos Alberto. 80 anos do Código de Processo Penal: a paulatina naturalização do sistema acusatório. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogerio Schietti. **Código de Processo Penal: Estudos comemorativos aos 80 anos de vigência: Volume 1**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil Revista dos Tribunais, 2021. v. 1, p. 215-240.

LOPES JR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal Introdução Crítica**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOPES JR, Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. “A estrutura acusatória atacada pelo MSI - Movimento Sabotagem Inquisitória”, Conjur, 2020.

MELCHIOR, Antonio Pedro. A Comissão de Juristas para o Código de Processo Penal – 1937/1938. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ,

Gustavo; CRUZ, Rogerio Schietti. **Código de Processo Penal: Estudos comemorativos aos 80 anos de vigência: Volume 1.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil Revista dos Tribunais, 2021. v. 1, p. 121-144.

MELCHIOR, Antonio Pedro. **Juristas em resistência: Memória das lutas contra o autoritarismo no Brasil.** São Paulo: Editora Contracorrente, 2023.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Democracia, Liberdade, Igualdade: os três caminhos.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. 80 anos do Código de Processo Penal: rumo ao futuro ou firmes no passado?. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogerio Schietti. **Código de Processo Penal: Estudos comemorativos aos 80 anos de vigência: Volume 1.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil Revista dos Tribunais, 2021. v. 1, p. 155-169.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. O STF e o juiz das garantias: crônica de uma morte anunciada. **Consultor Jurídico**, [S. l.], S.P, 3 set. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-set-03/romulo-moreira-stf-juiz-garantias>. Acesso em: 3 set. 2023.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais.** 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos.** 6. ed. rev., atual, e amp. Florianópolis: Emais, 2020.

ROSA, Alexandre Morais da; MATIDA, Janaina. O efeito do juiz de garantias no processo penal: Oralidade e imediação. **Migalhas**, [S. l.], p. [S.I], 19 jun. 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/nova-limite-penal/388400/o-efeito-do-juiz-de-garantias-no-processo-penal-oralidade-e-imediacao>. Acesso em: 4 set. 2023.

SCHÜNEMAN, Bernd. **O juiz como um Terceiro Manipulado no Processo Peneal.** Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. Coordenação Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **Por uma teoria da ação processual penal: aspectos teóricos atuais e considerações sobre a necessária reforma acusatória do processo penal brasileiro.** Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

Capítulo 2

EDUCAÇÃO DOMICILIAR E O ABANDONO INTELECTUAL

Cristina Rezende Eliezer¹

Plácido Ferreira da Silva²

1 Introdução

A atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) trouxe um tratamento bem amplo ao direito à educação, disciplinando esse direito-dever, principalmente, nos arts. 205 a 214, além da previsão no art. 6º (consagração do direito à educação como sendo um direito fundamental de natureza social). Um dos dispositivos mais importantes, no que se refere ao tema, é o art. 205 da CRFB/88, tendo em vista que invoca uma solidariedade, possuindo um caráter multicêntrico e preconizando objetivos precípuos inerentes à educação, que é “direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.” (BRASIL, 1988)

Em razão da imprescindibilidade do direito à educação, o assunto é contemplado não só na Carta Constituinte, mas na legislação infraconstitucional, além da previsão em tratados e declarações internacionais. Inclusive, uma das precípuas preocupações, nos anais da atual Constituição, foi a questão acesso e a emergência de se ter, na Lei Maior, um capítulo que fosse suficientemente hábil a garantir esse direito. A regulamentação do direito à educação, nos moldes em que hoje é contemplada, adveio de uma série de lutas. Logo, a educação escolar é um direito e um dever.

1 Doutoranda (PUC-MG) em Educação – Bolsista CAPES. Mestra em Educação (UFLA/MG). Graduada em Direito (PUC-MG) e em Pedagogia (Newton Paiva). Advogada. Professora universitária. Acadêmica Efetiva na Academia Formiguense de Letras – AFL. E-mail: cristinaeliezer@yahoo.com.br

2 Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais. Graduado em Direito (PUC Minas). Mestre em Soluções Alternativas de Controvérsias Empresariais. Advogado. Professor universitário. E-mail: placidiofs@gmail.com

O estudo é importante porque, em um cenário mais recente, no Brasil, tem crescido um movimento heterogêneo, por meio do qual, os propugnadores da *homeschooling* (educação domiciliar) buscam uma legalização da prática, invocando a prioridade na educação dos seus filhos. Os grupos trazem motivações díspares, dentre elas, algumas de cunho neoliberal, conservador, ideológico, alguns são críticos da instituição escola e, até mesmo, invocam teses alusivas ao jusnaturalismo. Com o crescimento do movimento, foi criada uma associação, a ANED (Associação Nacional de Educação Domiciliar³), a qual apresenta uma estimativa de que, atualmente, existem 35 mil famílias *homeschoolers*. No entanto, apesar de a discussão ter chegado ao Supremo Tribunal Federal (STF) e o projeto ter sido aprovado pela Câmara dos Deputados, no ano de 2022⁴, não há previsão legal que autorize a implementação. Assim sendo, as famílias aderentes estão em conflito com a lei, ou seja, na ilegalidade. Inclusive, com receio de serem denunciados e/ou processados, operam na clandestinidade.

Neste esteio, este trabalho busca investigar se os praticantes da *homeschooling* podem ser incursores nas penalidades do crime de abandono intelectual, previsto no art. 246 do Decreto-lei no 2.848/1940, que é o Código Penal Brasileiro (CP). A hipótese inicial é que os aderentes do movimento, não autorizado por lei, podem responder pelo delito tipificado no referido artigo do CP.

Para tanto, dividimos este capítulo, que realizou uma pesquisa bibliográfica e documental, em duas seções basilares: a) uma breve análise do direito à educação na legislação brasileira e; b) A educação domiciliar e o crime de abandono intelectual previsto no Código Penal.

2 Uma breve análise do direito à educação na legislação brasileira

De acordo com Sari (2004, p. 70-71), o Capítulo III, na Seção I do Título VIII da CRFB/88 (que contempla os arts. 205 a 214), “constitui a base da organização educacional do país, estabelecendo os princípios, os direitos e os deveres, as competências, a vinculação de recursos e a prioridade para sua distribuição”. Não obstante, “é recomendável a leitura de outros dispositivos que direta ou indiretamente regulam aspectos relacionados com o setor, como, por exemplo, o Capítulo II do Título II,

3 Disponível em: <https://aned.org.br/>. Acesso em: 15 jan. 2024.

4 O Projeto se encontra, desde então, no Senado Federal para apreciação.

que trata dos **direitos sociais** [...]”. (grifamos)

Assim sendo, a fim de compreender e também de garantir exequibilidade ao direito à educação, é preciso realizar uma leitura dos dispositivos em conjunto com outros, objetivando a complementação, fazendo o uso, inclusive, da hermenêutica; não somente da Constituição, mas das leis infraconstitucionais (e essa é a nossa proposta: indicar caminhos e conjecturas em relação à problemática alusiva ao assunto proposto neste trabalho).

Nessa senda, estabelece o art. 6º da CRFB/88 que: “**São direitos sociais a educação**, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (BRASIL, 1988) (grifamos)

Luz (2019), ao dispor sobre esse art. 6º, assevera que ao direito à educação foi atribuída considerável ênfase e evidência, tendo em vista que ele aparece citado, primeiramente e antes dos outros, no rol dos direitos sociais previsto na Constituição. Explica que o “[...] direito à educação recebe certa relevância no rol dos direitos sociais, tanto que vem de forma expressa em primeiro lugar. Adiante, no Título VIII – Da Ordem Social, no Capítulo III – Da Educação, da Cultura e do Desporto, na Seção I – Da Educação” [...]. Assim sendo, “[...] temos uma regulamentação e especificação do direito à educação”. (p. 184)

Conforme já mencionado, uma das disposições importantes acerca da educação está prevista no art. 205 da CRFB/88. Não voltaremos a mencionar o seu teor, mas entendemos ser relevante, nesse ponto, trazer o dispositivo que vem na sequência dele, que é o art. 206, no qual se estabelece que:

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e **coexistência de instituições públicas e privadas de ensino**;

IV - **gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais**;

V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas;

VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;

VII - garantia de padrão de qualidade.

VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal.

IX - garantia do direito à educação e à aprendizagem ao longo da vida.

Parágrafo único. A lei disporá sobre as categorias de trabalhadores considerados profissionais da educação básica e sobre a fixação de prazo para a elaboração ou adequação de seus planos de carreira, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios). (grifamos) (BRASIL, 1988).

Esse art. 206 da CRFB/88 elenca uma série de princípios basilares, que são norteadores do ensino. Enfatizamos, dentre eles, a *coexistência de instituições públicas e privadas de ensino*, prevista no inciso III. Em algumas vezes, os defensores da educação domiciliar, ao realizarem uma interpretação bastante limitada/reduzida deste dispositivo, asseveram que se trata da liberdade educacional relativa à possibilidade de os pais decidirem qual a melhor educação a ser prestada aos seus filhos.

Nessa senda, “criam” a possibilidade de praticarem a *homeschooling*, não só com base no dispositivo, mas em outras legislações, declarações e tratados internacionais; temos ciência de uma tensão existente entre o público e o privado, entre o Estado e a família, com fulcro na liberdade *versus* obrigatoriedade, respaldas no direito e/no dever, os quais não serão evidenciados aqui, de modo específico, por não se tratarem do nosso objeto de pesquisa. No entanto, o art. 206 é bastante arguido para justificar a liberdade/direito da família (privada), em contraposição ao Estado (público), o que possibilitaria, em tese, a educação domiciliar, em detrimento da escolar.

No entanto, o intuito do legislador constituinte, com a tessitura deste inciso III do art. 206 da CRFB/88 foi assegurar a

[...] coexistência da prestação do ensino por instituições públicas e privadas encontra-se expressamente prevista no art. 206, III, da CF/1988. Com efeito, **o texto constitucional abriu o ensino à iniciativa privada, submetendo a atividade das instituições particulares de ensino à autorização e à avaliação de qualidade do Poder Público e à observância de normas gerais de educação** (art. 209, caput, I e II, e art. 206, VII, da CF/1988). A Constituição brasileira resguardou aos agentes privados, portanto, um papel expressivo no que concerne aos serviços educacionais. Cumpre notar que o papel da iniciativa privada amplia-se gradativamente de acordo com a progressão dos níveis de ensino. No ensino fundamental a oferta gratuita de ensino pelo Estado

é reputada obrigatória para todos aqueles que não tenham condições de custeá-lo (art. 208, I, da CF/1988); no ensino médio, colocando-se um passo atrás, a Constituição contempla a progressiva universalização do acesso, como um mandamento de otimização (inc. II); na esfera do ensino superior, por último, não há previsão acerca de uma oferta estatal universal. A iniciativa privada atua, em termos gerais, no espaço residual dessa presença do Estado: com efeito, no ensino fundamental e médio existe um claro predomínio de alunos que frequentam instituições públicas, ao passo que no ensino superior os alunos matriculados em entidades particulares superam, numericamente, os de universidades públicas. (gorifamos) (GORON, 2012, p. 193)

Assim sendo, o inciso III do art. 206 não se relaciona com a liberdade de escolha do tipo de educação (privada/domiciliar ou pública/escolar), mas nomeia a possibilidade de existirem escolas públicas e privadas. Em adição, Cury ((2006, p. 144-145) explica que:

Por sua vez, a educação escolar regular, enquanto gênero, divide-se em suas grandes 'espécies': as públicas e as privadas. A Constituição Federal, como posto no artigo 206, inciso III, reconhece a 'coexistência' entre estabelecimentos de ensino públicos e privados. Esse termo – coexistência –, como se verá, implica uma alteração significativa em nossa evolução histórica. A coexistência deve estar sob a lei, sob a regra (em latim regula), daí a denominação de regulares. E a regra é tanto a Constituição, enquanto Lei Maior, quanto as leis específicas da educação, como é o caso, entre outras, da LDB, da lei do Plano Nacional de Educação (nº 10.172/01) e até mesmo dos pareceres e resoluções dos órgãos normativos dos sistemas (Conselhos de Educação). As escolas públicas são oficiais por sua natureza jurídica e por seu caráter de serviço público próprio. Ligadas ao Estado, elas são 'dever' dos governos que o ocupam e tem nele sua autoridade, dentro do regime democrático e republicano. Mas esse dever não se funda em si próprio. Seu fundamento é o direito do estudante enquanto cidadão. Porque o estudante como cidadão tem esse direito é que o Estado se obriga a fornecer a educação escolar, satisfazendo um princípio maior que atinge a todos. A escola pública, por sua vez, dado nosso regime federativo composto por União, Estados, Distrito Federal e municípios, subdivide-se, de acordo com os respectivos sistemas administrativos de ensino, em municipal, estadual, distrital e federal. No caso das escolas particulares, a sua presença na organização da educação nacional foi variável, embora todas as constituições brasileiras as tenham reconhecido sob a figura da 'liberdade de ensino', de acordo com o artigo 209 da Constituição. Mas a liberdade de ensino, obedecendo à legislação educacional, tem no Estado seu poder fundante, concedente ou autorizatório da educação escolar. Isto conduziu a que a legislação brasileira impusesse um certo controle da liberdade de ensino, a depender de conjunturas históricas específicas. No caso dos regimes autoritários, por exemplo, ela também sofreu restrições no que concerne à liberdade de expressão, mantidas as

reservas gerais quanto à sua expansão.

Complementando esse quadro constitucional do direito à educação, temos o art. 208, o qual estabelece que: “O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de igualdade de condições para o acesso e permanência na educação básica obrigatória e gratuita dos **4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade**, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria.” (grifamos) (BRASIL, 1988)

Assim sendo, descreve-se a obrigatoriedade da educação básica para aqueles que possuem idades compreendidas entre 4 e 17 anos, de forma gratuita. Este dever pertence ao Estado, que deverá garantir condições para o acesso e permanência na escola. Noutra margem, no que se refere ao dever dos pais, é preciso analisar o art. 55 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – Lei nº 8.069/90: “Os pais ou responsáveis têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino.” (BRASIL, 1990)

Nota-se que o dever de matricular os filhos pertence aos pais. Complementando esse dispositivo, é forçoso analisar a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9394/96 - LDBEN), que foi publicada após o advento da CRFB/88: “Art. 6º. **É dever dos pais ou responsáveis** efetuar a **matrícula** das crianças na educação básica a **partir dos 4 (quatro) anos de idade.**” (grifamos) (BRASIL, 1996); e ainda: “Art. 4º. O **dever do Estado** com educação escolar pública será efetivado mediante a **garantia de: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade [...]**”. (grifamos) (BRASIL, 1996).

Nesse contexto, também é importante considerar o art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90): “**Aos pais incumbe o dever** de sustento, guarda e **educação dos filhos menores**, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.” (grifamos) (BRASIL, 1990)

Além da Constituição, do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, o Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei nº 2.848/40) também dispõe sobre o direito à educação, já que tipifica o crime de abandono intelectual, conforme veremos no próximo tópico, ocasião em que investigaremos se os aderentes da *homeschooling* podem incorrer nas sanções previstas no art. 246 de mencionado diploma legal.

3 A educação domiciliar e o crime de abandono intelectual previsto no Código Penal

Antes de dispormos sobre o crime de abandono intelectual previsto no Código Penal, é necessário compreendermos algumas nuances da educação domiciliar. Conforme já adiantado, não existe regulamentação para a prática no Brasil. O Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário nº 888.815/RS), em 2018, decidiu que a *homeschooling* não é inconstitucional, mas precisaria de uma regulamentação por lei federal. No ano de 2022, inclusive, foi aprovado na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei (PL) n. 3179/2012, apresentado pelo Deputado Lincoln Portela (PR/MG), e que busca regulamentar a educação domiciliar. Porém, desde então, o PL se encontra no Senado, para apreciação, sem conclusão. Em síntese, apesar dos avanços legislativos, especialmente, na última década, não há regulamentação para o movimento.

Boudens (2002, p. 10) assevera que o movimento *homeschooling* se trata de “**alternativa de educação formal**, ou, de ensino intencional e sistemático, caracterizado pelo desenvolvimento do currículo escolar fora da escola, em casa, com validade legal [...]”.

Analisando essas disposições, vemos que existem autores que tratam a educação domiciliar como uma “alternativa”. Outros consideram que consiste em uma “modalidade”. Contrariando essas exposições, entendemos que é apenas um movimento, o qual é heterogêneo, com grupos diversos (ressaltando que um grupo que tem crescido ultimamente é o cristão-conservador, por conta do governo do ex-presidente Bolsonaro, inclusive), e que pretende uma formalização legal para a prática. Logo, a educação domiciliar não é uma modalidade/alternativa, pois não existe essa possibilidade legal. Temos, na legislação, apenas a educação escolar e não outra modalidade que, no caso, para os *homeschoolers*, seria uma opção de escolha.

Vasconcelos e Kloh, que são autoras que se dedicam ao estudo da temática, ensinam que a tradução da expressão *homeschooling*

[...] para o português, não se pode dar de forma literal”, pois não significa escolarização em casa, mas sim “processos de escolaridade”, que acontecem “sob a responsabilidade dos familiares e sem a interferência direta do Estado”. A transposição do modelo americano para o Brasil encontrou, entretanto, desde suas primeiras experiências neste país, por volta dos anos 2000, uma majoritária oposição dos setores educacionais, ainda que sustentada por parlamentares e apoiada

por segmentos da população que já praticavam ou eram simpatizantes do homeschooling. (2020, p. 541).

Nota-se que a prática teve início, no Brasil, a partir dos anos 2000 e tem relação com a exclusão da interferência estatal direta no que denominam “processos de escolaridade”. Porém, conforme já observamos, o Estado possui dever educacional (assim com a família). E se trata de um dever solidário. Cada um possui as suas atribuições, mas não é possível excluir ou desconsiderar nenhuma das instituições.

Quando a família invoca para si, exclusivamente, o dever educacional (lembrando que aqui não estamos falando do dever familiar inerente à socialização primária, mas do dever de prestar a educação escolar), retirando os seus filhos da escola regular (instituições próprias) ou deixando de realizar a matrícula, a fim de praticar a educação domiciliar, uma discussão existente se refere à conduta prevista no art. 246 do Código Penal: “Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.” (BRASIL, 1940).

Primeiramente, é preciso considerar que, analisar a educação domiciliar à luz do crime de abandono intelectual não é uma tarefa fácil, afinal, o assunto é muito conflitante e desperta posicionamentos antagônicos, em razão da própria redação do dispositivo do Código Penal, que é bastante amplo, especialmente, no que se refere à expressão “deixar [...] de prover à **instrução primária** de filho e **idade escolar**.”

Tanto o art. 208 da CRFB/88, como também os artigos 4º e 6º da LDBEN, deixam claro que a obrigatoriedade escolar contempla as crianças e adolescentes com idades compreendidas entre **4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos**. Extrai-se que há uma obrigação dupla: dos pais/responsáveis e do Estado (a sociedade figura como colaboradora, mas a lei não estabelece as suas atribuições, logo, consideraremos somente os responsáveis em termos de obrigações legais).

No art. 6º da LDBEN há a evidente determinação que é “dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula” de crianças, na educação básica, a partir dos 04 (quatro) anos de idade (BRASIL, 1996). Já o art. 4º do mesmo diploma legal dispõe que “o dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos” [...] (BRASIL, 1996).

Com fulcro nesses dispositivos, é possível constatar que, além de estarem delimitados os deveres educacionais (que pertencem aos pais ou

responsáveis e ao Estado), esclarece-se também a expressão “idade escolar” prevista no CP, mas não explicitada no tipo penal. A idade escolar, então, seria de 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos. Ressalte-se, então, que uma interpretação do art. 246 do Código Penal, a fim de esclarecer quais são os sujeitos tutelados, deve considerar a CRFB/88 e a LDBEN/96.

Outro termo que merece relevo e que gera bastante divergência, previsto no art. 246 do CP, é o “instrução”. Entendemos que a expressão tem relação com a ideia de “instrução escolar”, ou seja, da instrução garantida pelo Estado (desde quando emergiu a forma escolar, no Império). Nessa direção:

O processo de apropriação pelo Estado da instrução pública e a própria concepção dos aspectos que englobariam o projeto centralizador têm como primeira tarefa, então, **o distanciamento da educação dos sujeitos das práticas exercidas até esse momento nas casas**, sob a exclusiva escolha e vigilância dos familiares e voltadas para **aprendizagens e compromissos bem mais restritos do que aqueles aos que o Estado aspirava**. Romper com o monopólio e isolamento das famílias em relação à formação de seus filhos é uma tarefa que vai exigir do Estado Imperial fundamentação e demonstração de legitimidade na condução de tal pleito. (grifamos) (VASCONCELOS, 2007, p. 36).

Logo, desde o Império, o termo “instrução” passou a ter incorporado à “escola”, gerando, assim, o uso da acepção “instrução escolar” (ou “instrução pública”, conforme extraímos do excerto acima). Nessa direção, a instrução pública, advinda da apropriação pelo estado da instrução antes praticada nas casas, tinha o intuito de alargar o ensino-aprendizagem que era fornecido no âmbito da educação doméstica (no Brasil de oitocentos), que passou a ser considerado limitado ou insuficiente. Assim sendo, entendemos que desde a estatização da educação, ocorrida no Império, deu-se início aos processos de obrigatoriedade da educação, no Brasil, por volta do ano 1930. Nessa direção:

A obrigatoriedade da educação escolar não é uma novidade. A Legislação Federal brasileira começou a regular a educação escolar a partir da década de 1930 e com a Constituição de 1934 instituiu o ensino primário obrigatório. Historicamente, porém, a legislação federal nunca havia sinalizado o interesse pela obrigatoriedade e universalização ao acesso da educação anterior ao que hoje é o ensino fundamental, isto é, a educação infantil não era alvo da obrigatoriedade. (BREDA, 2016, p. 9-10).

Apesar de essas construções teóricas colaborarem para o entendimento do tipo penal previsto no art. 246 do CP, ainda é necessário, a fim de elucidar as nuances da conduta delitiva que, no nosso ponto de

vista, possui elementos normativos e não é taxativa, devemos considerar outro artigo do ECA, que é o art. 55 (lembrando que o advento dessa lei precede ao da LDBEN). Dispõe o artigo 55 do ECA que: “Os **pais** ou responsável têm a obrigação de **matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino.**” (grifamos) (BRASIL, 1990).

Nesse íterim, acreditamos que o dever educacional dos pais ou responsáveis, previsto na LDBEN e no ECA, no que se refere à matrícula, exige que essa se dê na rede regular de ensino, ou seja, em instituições próprias. A CRFB/88 enfatiza, de modo mais assertivo, os deveres estatais, não prevendo a questão da matrícula, diretamente, nos estabelecimentos próprios. No entanto, quando preconiza sobre os princípios que norteiam o ensino, no art. 206, IV, há a menção de que ele deve ser gratuito e nos estabelecimentos oficiais: “Art. 206 - O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: [...] V - **gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;** [...]”. (grifamos) (BRASIL, 1988)

Portanto, em razão da hermenêutica e, em consonância com as normas e princípios do Direito, apesar de o CP de 1940 não dispor sobre a questão de a instrução estar relacionada aos espaços escolares, a CRFB/88 indicou, ainda que de modo tímido, que o ensino deve ocorrer nos “nos estabelecimentos oficiais”, sendo que as normas infraconstitucionais, mais recentes, que são o ECA (1990) e a LDBEN (1996), trouxeram que a matrícula deve se dar na “rede regular de ensino”, vindo a complementar tal preceito. Em síntese,

O **Código Penal Brasileiro** (Decreto-Lei 2.848/1940), tipifica, ainda, como já mencionado em momento anterior, o crime de **abandono intelectual**, deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar e, **há um entendimento no sentido de que a opção pelo ensino doméstico, contrária à legislação, incorre neste crime, apesar de seu conceito impreciso.** (grifamos) (SOUZA; CERQUEIRA, 2019, p. 9)

Por todo o exposto, em especial, com fulcro na interpretação sistemática das legislações (constitucional e infraconstitucional), entendemos que quando se pratica a educação domiciliar ou *homeschooling*, há a configuração do crime de abandono intelectual, previsto no art. 246 do CP. Imperioso ressaltar que, para essa incidência, é necessário o dolo específico (de deixar de prover a instrução escolar sem justa causa) e o crime é omissivo próprio (ou seja, somente os pais podem ser sujeitos ativos).

4 Considerações finais

O presente capítulo elegeu como temática a educação domiciliar e o abandono intelectual, objetivando investigar se os aderentes da *homeschooling* cometem o crime de abandono intelectual, à luz do art. 246 do Decreto-lei no 2.848/1940 (Código Penal Brasileiro).

Verificamos que o direito à educação recebeu considerável atenção do legislador constituinte, já que foram disciplinadas, na Carta Magna, diversas questões alusivas a esse direito subjetivo, que também consiste em um dever. Na Constituição, destacam-se, principalmente, os arts. 6º, 205, 206 e 208, os quais evidenciam, em apertada síntese, que a educação é um direito social, dever do Estado e da família, e que cabe ao Estado a garantia de igualdade de condições para o acesso e também de permanência na educação básica obrigatória dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, gratuitamente, em estabelecimentos oficiais.

Também enfatizamos as legislações infraconstitucionais, principalmente, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, publicadas após o advento da Constituição de 1988, e que trazem elementos não contemplados de modo direto pela CRFB/88, como, por exemplo, a questão da matrícula, que deve se dar na rede regular de ensino, por força do art. 55 da LDBEN.

Por fim, analisamos o Código Penal, objeto desse breve estudo, que tipifica, no art. 246, o crime de abandono intelectual. Apesar de o dispositivo trazer expressões amplas e imprecisas, dentre elas, “idade escolar”, verificou-se, por meio da Constituição e do ECA, que se trata da faixa etária compreendida entre 4 (quatro) e 17 (dezesete) anos, ficando bem esclarecida essa questão.

No entanto, o ápice da celeuma está no termo “instrução”, que era bastante utilizado no âmbito da educação doméstica oitocentista. Não obstante, a partir da estatização da educação e, posteriormente, com os processos de obrigatoriedade educacional, ocorrida, no Brasil, por volta do ano 1930, o termo foi surgindo acompanhado da expressão “escolar”.

Coadunando com essa perspectiva, temos o art. 55, do ECA que traz a questão da matrícula, a qual é indicada como obrigatoriedade dos pais. Preconiza-se, em adição, que esta deve ser feita na rede regular de ensino. Complementando, o art. 206 da CRFB/88 estabelece a questão da obrigatoriedade da gratuidade do ensino público, evidenciando os “estabelecimentos oficiais”.

Diante desses argumentos, consideramos que os praticantes da educação domiciliar ou *homeschooling* podem incorrer nas penas do crime de abandono intelectual, previsto no art. 246 do CP. Consideramos, para essa interpretação, além da doutrina, as legislações pátrias (constitucional e infraconstitucional).

Referências

BOUDENS, Emile. **Ensino em casa no Brasil**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2002. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/arquivos-pdf/pdf/200417.pdf>. Acesso em: 25 dez. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 18 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em: 20 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm. Acesso em: 14 fev. 2024.

BREDA, Bruna. O ensino obrigatório na legislação federal dos séculos XX e XXI. **Textura**, v. 18, n. 36, jan./abr. 2016, p. 9-21. Disponível em: <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/txra/article/view/1516/1451>. Acesso em: 10 jan. 2024.

CURY, Carlos Roberto Jamil. A educação escolar no Brasil: o público e o privado. **Trab. educ. saúde**, 4 (1), p. 143-158, março/2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/tes/a/rGyMFsTqfMRLgqjJkRrGnbx/#>. Acesso em: 02 fev. 2023.

GORON, Lívio Goellner. Serviços educacionais e direito do consumidor. **Direito & Justiça**, v. 38, n. 2, p. 192-199, jul./dez. 2012.

LUZ, Vaniele Medeiros. Entre o homeschooling e a frequência escolar: aspectos jurídicos. **Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina**, Ano IX, nº 18, Janeiro a Junho/2019, p. 177-189. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/334309897_ENTRE_O_HOMESCHOOLINH_E_A_FREQUENCIA_ESCOLAR_ASPECTOS_JURIDICOS/fulltext/5d23e53ba6fd2462cdfbb/ENTRE-O-HOMESCHOOLING-E-A-FREQUENCIA-ESCOLAR-ASPECTOS-JURIDICOS.pdf?origin=publication_detail. Acesso em: 10 jan. 2024.

SARI, M. T. A organização da educação nacional. In: LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito à educação: uma questão de justiça**. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUZA, Antonio Carlos Marques de; CERQUEIRA, Súsley Albuquerque. **O ensino doméstico ou *homeschooling* como crime de abandono intelectual no Brasil**. Disponível em: <https://estacio.periodicoscientificos.com.br/index.php/e-revistafacitec/article/view/1842/1477>. Acesso em: 12 fev. 2024.

VASCONCELOS, Maria Celi Chaves; KLOH, Fabiana Ferreira Pimentel. Uma produção que se intensifica: a educação domiciliar nas pesquisas acadêmicas. **Revista RBPAE**, v. 36, n. 2, p. 539-558, mai./ago. 2020.

VASCONCELOS, Maria Celi Chaves; KLOH, Fabiana Ferreira Pimentel. A educação doméstica no Brasil de oitocentos. **Revista Educação em Questão**, Natal, v. 28, n. 14, p. 24-41, jan./jun. 2007.

Capítulo 3

A SELETIVIDADE PENAL NA ABORDAGEM POLICIAL E AS IMBRICAÇÕES NAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA RELACIONADAS AOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS NA COMARCA DE PORTO SEGURO/BA

*Emerson da Silva Mendes¹
Thiago Trindade de Almeida²*

1 Introdução

O Sistema de Justiça Criminal (SJC) consiste numa estrutura de controle social institucionalizada, a qual, na prática, surge desde os processos de sujeição e atuação dos agentes policiais na percepção e apuração dos crimes, tendo em vista a prévia atividade legislativa na criação de leis penais (as quais institucionalizam o procedimento com a criação de infrações penais), passando pela fase da persecução penal e dos procedimentos de investigação criminal, alcançando as sentenças proferidas pelo Poder Judiciário até a fase de execução e cumprimento das penas impostas, em caso de condenação do suspeito (Zaffaroni e Pierangeli, 2015). Nas palavras de Nilo Batista (2011), o sistema penal consistiria no conjunto de instituições (policial, judiciária e penitenciária), as quais incubem-se de aplicar o Direito Penal.

Essas instituições atuantes dentro do sistema de controle social formal, ou seja, as instâncias presentes dentro do aparelho político do Estado (Almeida, 2023), como a polícia, os juízes, o Ministério Público e a administração das penitenciárias, acabam possuindo como características principais a discriminação, a seletividade penal (Pereira, 2016) e a repressividade (Batista, 2011), sendo estes elementos fundamentais à construção de um processo de estigma social (Goffman, 2004) e criação de

1 Advogado. Mestrando pelo Programa de Pós-graduação em Estado e Sociedade pela Universidade Federal do Sul da Bahia (PPGES/UFSB).

2 Advogado. Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Estado e Sociedade pela Universidade Federal do Sul da Bahia (PPGES/UFSB)

desvios secundários e carreiras criminosas dentro do SJC.

Todo esse sistema, portanto, acaba sendo regido por uma política criminal, a qual, segundo Juarez Cirino dos Santos (2012), pode ser entendida como um discurso oficial do Estado para o controle do crime e da criminalidade, utilizando-se do Direito Penal para construir um conjunto de normas definidoras de infrações penais, prescrevendo suas respectivas penas e estabelecendo princípios para interpretação e aplicação da legislação em matéria penal (Almeida, 2023).

Assim, diante de toda a estrutura que fundamenta e estabelece o SJC, o objetivo central do presente trabalho é analisar a aplicação da política criminal contra às drogas no momento da abordagem policial e, posteriormente, na audiência de custódia no município de Porto Seguro/BA. Segundo Nilo Batista (2011), a política criminal pode ser entendida como conjunto de princípios e recomendações que reformam ou transformam a legislação criminal, influenciando nos órgãos encarregados de sua aplicação, sendo as alterações impactadas, principalmente, pelo processo de mudança social, com reforço às antigas ou novas propostas de intervenção do Direito Penal.

Nesse cenário, após uma ruptura metodológica protagonizada pelos estudos do *Labelling Approach*, os quais proporcionaram uma mudança no paradigma criminológico, com o “[...] deslocamento do conceito de crime e de criminoso para as instituições que o produzem” (Santos, 2021, p. 169), trazendo implicações político-sociais à definição de crime (Baratta, 2002), as correntes da criminologia crítica acabaram produzindo estudos voltados ao questionamento do por quê e para quem são destinadas às legislações criminais (Batista, 2011), trabalhando com um enfoque macrossociológico da questão criminal, perpassando pela estrutura política, econômica e social (Becker, 2008; Batista, 2023), identificando que a criminalização de certas condutas são decisões com base em interações sociais e determinações de certos grupos hegemônicos.

Dentro desses questionamentos, percebe-se a seletividade como característica estruturante do exercício do poder penal, atuando, em primeiro plano, com a criminalização primária e a criação de leis penais que visam incriminar certas condutas e grupos específicos através da atuação do Poder Legislativo (Zaffaroni e Batista, 2017), escolhendo as pautas passíveis de criminalização mediante opção política, e, posteriormente, com a criminalização secundária, orientada pela aplicação das normas de maneira seletiva pelas agências de segurança pública, exercendo a ação

punitiva sobre pessoas concretas (Zaffaroni e Batista, 2017) e aprofundando as desigualdades sociais (Brandão, 2019).

Entre as agências responsáveis pela criminalização secundária, destaca-se a importância, primeiramente, da polícia como agência de controle formal capaz de tornar evidente uma parcela da criminalidade da sociedade. Trata-se, assim, da primeira agência do Estado em contato com o suspeito de uma infração penal, sendo a porta de entrada do suspeito no SJC (Almeida, 2023).

Conforme ressalta Louk Hulsman (2003), a criminalização aparente (e efetiva) é um evento excepcional, pois, em regra, as agências de controle formal não conseguem dar conta de todas as infrações penais ocorridas na sociedade. Diante das limitações instrumentais e operacionais das polícias, proporciona-se uma seletividade penal das condutas que serão apuradas e chegarão ao conhecimento do Poder Judiciário (Almeida, 2023). Ademais, elementos como raça, gênero e idade, acabam condicionando, por muitas vezes, a atuação dos agentes policiais, tendo em vista o estigma do elemento suspeito (Ramos e Musumeci, 2005) e o estereótipo de criminoso (Thompson, 2007).

Analisando sob o enfoque da atual política proibicionista às drogas, sabe-se que a proibição é um elemento importante na imposição de normas cunhadas pelas elites sociais, tendo como base os seus interesses, manifestando o autoritarismo a partir de legislações penais que criminalizam condutas massivamente praticadas, “[...] determinando o modo de vida com base em costumes, interesses e moralidades pertencentes apenas a uma parte da população” (Almeida, 2023, p. 24).

Não obstante, a criminalização das substâncias ilícitas são fundamentadas na construção de preconceitos e associações estigmatizantes, as quais vinculam determinadas drogas ilegais à pobreza e aos segmentos vulneráveis da sociedade. Como exemplo, destaca-se o processo de criminalização da maconha nos Estados Unidos da América (EUA), a partir da década de 1930, o qual surgiu com as campanhas de empreendedores morais (Becker, 2008) e a emergência de pânico morais³ (Garland, 2019),

3 O termo *moral panics* foi desenvolvido, primeiramente, por Jock Young, no ano de 1971. Todavia, foi na obra intitulada *Folk Devils and moral panics* (1972), de Stanley Cohen, que o termo começou a ser associado ao fenômeno criado pela mídia para produzir o sentimento de medo e ansiedade pública através da criação de uma questão-problema, explorando-a em sua extensão de forma desproporcional à sua ameaça ou, em certos casos, construindo ameaças fictícias. Nesse processo de pânico moral, as elites sociais, com receio da perda da hegemonia social, realizam esforços para levar uma conduta à tipificação penal, promovendo mudanças nas políticas legais (Garland, 2019), bem como incentivando a criminalização específica de

associados à Grande Depressão de 1929, aos discursos contra a imigração e à associação da planta com os imigrantes, principalmente os mexicanos, e com a criminalidade urbana (Fonseca, 2020). Assim, utilizando-se das mídias como veículo de propagação da desinformação dos potenciais efeitos nocivos das drogas e vinculação do uso de substâncias à criminalidade, criou-se uma política criminal contra as drogas voltada à criminalização de grupos sociais em situação de vulnerabilidade.

No Brasil, a produção legislativa voltada à política de proibição de drogas está ligada, principalmente, às Convenções e Conferências ocorridas no século XX, como a Conferência de Xangai (1909) e a Convenção de Haia (1912), influenciada, também, pelo contexto político mundial, pelo pânico moral das drogas (*drugs scares*) e pelas políticas criminais voltadas à repressão da produção, comércio e consumo de determinadas substâncias entorpecentes, como a maconha, a cocaína, o crack e a heroína.

Diante do contexto, nota-se que a campanha do pânico moral às drogas, entre outros fatores (como o surgimento das políticas de Tolerância Zero e do combate ao crime organizado), foi determinante para o aumento da repressão e do aprisionamento de pessoas em países que adotaram a política de guerra às drogas, como nos EUA e no Brasil, levando ao encarceramento em massa e à seletividade da população carcerária, predominantemente pobre, negra, jovem e masculina (Almeida, 2019; Wacquant, 2003; Calazans *et al.*, 2016; Lima; Sinhoretto; Bueno, 2015).

Conforme dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), entre os meses de janeiro a junho de 2023, o número de pessoas privadas de liberdade no Brasil alcançava o patamar de, aproximadamente, 649,5 mil presos (população carcerária) e 190 mil em prisão domiciliar (Brasil, 2023). Diante desse recorte, constata-se que 96,37% das pessoas presas no País são do sexo masculino, 41,10% possuem idade entre 18 e 29 anos e 65,72% foram identificados como pardos ou pretos (Brasil, 2023).

Quando analisada a incidência de tipos penais entre as pessoas privadas de liberdade em celas estaduais no Brasil, no primeiro semestre de 2023, verifica-se que 28,29% das pessoas presas, entre homens e mulheres, respondiam por crimes envolvendo a Lei de Drogas (Brasil, 2023). Diante deste panorama nacional, observa-se que o SJC é seletivo, sendo sua

certos grupos sociais, entendidos como sujeitos aptos a serem considerados como ameaça aos interesses coletivos (Almeida, 2023)

atuação percebida, majoritariamente, em determinados grupos sociais à margem do poder (Zaffaroni e Pierangeli, 2015). Essa seletividade, acaba evidenciada nas próprias características pessoais das pessoas abordadas e presas por supostas condutas criminosas, principalmente em virtude da discricionariedade presente na Lei de Drogas.

Diante das considerações acima, o presente estudo se propõe a analisar, de maneira específica, os elementos predominantes nas decisões policiais que fundamentam a distinção entre usuários e traficantes de drogas em Porto Seguro/BA, bem como verificar sob quais pressupostos os operadores do direito constroem suas manifestações em sede de audiência de custódia, no que toca aos delitos da lei de drogas. Assim, a metodologia aplicada consiste na revisão bibliográfica e documental, apresentando os dados colhidos no estudo de caso e nas incursões a campo realizadas pelos autores em distintos momentos durante a produção de suas Dissertações, submetidas ao Programa de Pós-graduação em Estado e Sociedade (PPGES), da Universidade Federal do Sul da Bahia (UFSB), ambas sob orientação do Prof. Dr. Herbert Toledo Martins, que, em conjunto e complementarmente, dialogam sobre o fenômeno analisado.

2 A Lei nº 11.343/06 e sua discricionariedade: quem são os usuários e traficantes de drogas no município de Porto Seguro/BA

A política proibicionista de drogas frequentemente é analisada em estudos acadêmicos através de um apanhado multidisciplinar, utilizando-se das áreas de Direito Penal, da Criminologia, da Sociologia Jurídica, entre outras, para entender os aspectos voltados à repressão e às políticas de controle do Estado na tentativa de combater o mercado ilícito de entorpecentes e o crime organizado que dele se sustenta, utilizando-se de um discurso formal à redução da criminalidade.

Todavia, sabe-se que a política de criminalização das drogas surgiu e se fundamenta em fatores socioeconômicos, políticos, morais e, sobretudo, racistas (Almeida, 2023), objetivando uma forma de controle social específica para uma parcela da sociedade que é, reiteradamente, estigmatizada e violentada, sendo construída uma imagem de inimigos públicos e condicionados a serem interpretados como uma classe perigosa (Christie, 1998; Martins e Rocha, 2021).

Nesse contexto, a Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas), para além

de uma legislação penal extravagante que define crimes e comina penas, surge, também, como uma política pública brasileira voltada à prescrição de medidas para prevenção do uso indevido de entorpecentes, à atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas ilícitas, estabelecendo, ainda, normas à repressão à produção não autorizada de substâncias ilegais e ao tráfico ilícito de drogas (Brasil, 2006).

Embora haja vários trabalhos acadêmicos de destaque que fazem severas críticas à Lei de Drogas no Brasil, bem como suas consequências à sociedade (como o encarceramento em massa, seletividade penal e estigma ao usuário, por exemplo), nesse primeiro momento o trabalho se propõe a realizar três críticas que são necessárias, junto com a análise do estudo de caso realizado na cidade de Porto Seguro/BA - entre os anos de 2020 e 2022, para entender a discricionariedade e seletividade existentes na prévia distinção entre usuários e traficantes de drogas na fase da abordagem policial (Almeida, 2023).

O primeiro ponto a ser destacado é a alteração proveniente da Lei nº 11.343/06, em comparação com a antiga Lei nº 6.368/76 (em matéria de narcóticos), com relação a distinção entre dependentes e usuários de drogas ilícitas, tendo fundamento em critérios médico-terapêuticos, e como esta distinção afeta, ou deveria afetar, na aplicação da legislação penal. Com o sancionamento da Lei de Drogas e a criação do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), o legislador pretendeu: a) agravar a punitividade para o crime de tráfico de drogas, aumentando sua pena base para 5 a 15 anos de reclusão; b) bem como deslocar a figura do usuário e dependente químico para o âmbito administrativo, descarcerizando a pena da infração prevista no art. 28, *caput*, da Lei nº 11.343/06 e promovendo políticas públicas voltadas à assistência médica e social (Campos, 2015). No entanto, a Lei de Drogas não faz menção aos critérios necessários para distinção entre usuários e dependentes de drogas, precisando recorrer aos estudos na área da saúde para caracterizá-los e distingui-los (Malbergier e Amaral, 2013).

Assim, entende-se por usuários de drogas as pessoas que são meras consumidoras das substâncias, fazendo uso de maneira esporádica, experimental ou até recreativa (Almeida, 2023). De outro lado, o dependente de drogas pode ser caracterizado por apresentar uma situação crônica que afeta sua condição física e psicológica, apresentando uma relação disfuncional com a substância que é reiteradamente consumida (Malbergier e Amaral, 2013). Diante deste aspecto, a distinção mostra-se eficaz no momento da correta aplicação da sanção penal, tendo em vista que,

ao dependente químico, será mais apropriado o tratamento especializado, disposto no art. 28, §7º, da Lei nº 11.343/06, em comparação às penas previstas nos incisos I, II e III, do mesmo dispositivo legal, as quais possuem um caráter socioeducativo.

O segundo ponto a ser analisado condiz com os critérios previstos na Lei nº 11.343/06, especificamente no art. 28, §2º, para distinção e prévia tipificação entre usuários e traficantes de drogas ilícitas. *A priori*, é importante destacar a existência de cinco verbos nucleares semelhantes na descrição dos dois tipos penais, a saber: *transportar, trazer consigo, adquirir, guardar, ter em depósito*. Desse modo, qualquer pessoa suspeita que estiver praticando um ou mais verbos acima descritos, poderá incorrer nos crimes de porte de drogas para consumo ou tráfico de drogas.

Neste caso, o primeiro elemento diferenciador para distinguir o usuário do traficante de drogas é a intenção (ou seja, o dolo) do agente. Embora seja um elemento subjetivo do tipo, o dolo de entregar a droga ilícita para terceiro, seja na forma gratuita ou onerosa, caracteriza o tipo criminal disposto no art. 33, *caput*, da Lei de Drogas (tráfico), enquanto o interesse de ter a droga para si e para o consumo próprio caracterizaria a infração penal prevista no art. 28, *caput*, da mesma legislação (porte para uso). Todavia, por ser de difícil percepção, surgem outros elementos que, em tese, seriam capazes de distinguir os usuários dos traficantes de drogas.

Ocorre que, analisando o disposto no art. 28, §2º, da Lei nº 11.343/06, percebe-se a utilização de critérios genéricos e majoritariamente subjetivos para distinção pelos agentes do SJC (Almeida, 2023). Em breve destaque, o agente, para determinar se a droga destinava-se para consumo pessoal, deverá analisar a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local e as condições da ação policial, as condições sociais e pessoais do agente, bem como os seus antecedentes criminais (Brasil, 2006). Assim, além de possibilitar uma aplicação distinta da lei em todo território brasileiro (trazendo uma insegurança jurídica na análise de cada caso), a legislação criminal em matéria de narcóticos promove uma seletividade dos sujeitos que serão previamente tipificados entre usuários e traficantes de drogas, diante de uma carga valorativa subjetiva.

No estudo realizado entre os anos de 2020 a 2022 (Almeida, 2023), observou-se uma filtragem social no momento da abordagem policial, sendo mais fácil uma pessoa abordada nos bairros periféricos serem previamente tipificadas como traficantes em comparação aos suspeitos abordados no centro da cidade de Porto Seguro/BA. Outrossim, percebe-se que a

juventude preta está mais passível de abordagem policial no município, sendo apenas 5,16% das pessoas heteroidentificadas como brancas entre as usuárias e traficantes.

Conforme afirma Campos (2015, p. 45), “[...] a pobreza, o desemprego, a falta de uma profissão, ou de ensino superior, são fatores que estão associados às circunstâncias de traficância”, criando um etiquetamento destinado às determinadas classes sociais mais vulneráveis, transformando sujeitos em alvos da atuação das agências de controle formal, em um claro exemplo de Direito Penal do Autor, onde julga-se o suspeito por suas características pessoais e condições socioeconômicas, ao invés da análise do fato que cometeu (Thompson, 2007).

O terceiro e último ponto refere-se à atuação da polícia, na sua função de efetuar o policiamento ostensivo e manter a ordem pública, visando a prevenção de crimes através da prática da abordagem policial. Nesse ponto, infere-se que, muitas vezes, a preservação da ordem pública, através das agências de controle formal, são realizadas pela presença de agentes policiais nas ruas das cidades, com o intuito de oferecer uma sensação de segurança às pessoas e aos seus patrimônios, tendo como a abordagem um dos seus principais métodos para prevenção e repressão de crimes.

No entanto, “[...] mesmo diante da possibilidade de qualquer cidadão ser abordado nas ruas, sabe-se que essa escolha não é aleatória” (Almeida, 2023, p. 16). Como apresenta Ramos e Musumeci (2005), a abordagem policial é seletiva e está baseada em critérios prévios e construídos de suspeição. Esses elementos estão ancorados em estigmas e estereótipos sociais fundados, muitas vezes, na aparência física do sujeito abordado, no local e no horário da abordagem, bem como em critérios subjetivos, como percepção da faixa etária, cor da pele, gênero e condição socioeconômica.

3 Após a porta de entrada: a audiência de custódia nos casos de tráfico de drogas em Porto Seguro/BA

Conforme visto em alhures, os crimes relacionados à Lei de Drogas figuram como a segunda maior causa de privação de liberdade no SJC do Brasil, ficando atrás apenas dos crimes contra o patrimônio (Brasil, 2023). Todavia, embora a política de criminalização às drogas seja um elemento importante no encarceramento, devido aos seus reflexos sociais,

as infrações previstas na Lei de Drogas são, em regra, de natureza não violenta (Wacquant, 2001)

Com o julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu o estado de coisa inconstitucional que se encontra o sistema carcerário brasileiro em decorrência da massiva violação aos Direitos Humanos. Como consequência, o STF deliberou que o Governo Federal e os demais órgãos, assim como o próprio Poder Judiciário, adotassem uma série de medidas com vistas a diminuir esse preocupante quadro de violações. Entre as medidas, ficou determinada a realização de audiências de custódia com vistas a analisar a legalidade da prisão em flagrante, com a necessidade da manutenção da custódia cautelar, bem como enfrentar um contínuo problema social, qual seja a violência policial. Este procedimento encontra arrimo no Pacto de San José da Costa Rica (Decreto nº 678/92) e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (Decreto nº 592/92), na Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e, mais recentemente, nos termos da Lei nº 13.964/2019.

Em virtude dos pactos internacionais incorporados à legislação brasileira, a audiência de custódia foi, recentemente, reconhecida pelo STF como direito subjetivo da pessoa presa, devendo ser realizada em todo o território nacional, mesmo em cenários adversos, como o da Pandemia da Covid-19, (*vide* Rcl 44456 AgR Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 08/04/2021, processo eletrônico DJE-069 divulg 12-04-2021 public 13-04-2021).

A comunicação da prisão à polícia judiciária é o que, necessariamente, faz surgir um Auto de Prisão em Flagrante (APF). Neste caso, as hipóteses da prisão em flagrante estão previstas no art. 302, do Código de Processo Penal (CPP). O rito para confecção do APF está descrito no art. 304 e seguintes, bem como as providências a serem adotadas pelo Poder Judiciário após o seu recebimento (*vide* art. 310, do CPP e resolução nº 213/2015, do CNJ).

É comum o custodiado, e/ou o familiar que o acompanha durante os itinerários até a conclusão da audiência de custódia, desconhecer a finalidade da realização deste ato pré-processual (Peixoto, 2020). Assim, incube ao(a) Magistrado(a) explicar ao custodiado, após a qualificação, o propósito daquela audiência, bem como os direitos que o assiste.

No que tocante as condutas tipificadas na Lei de Drogas e, mais especificamente, o perfil dos custodiados e as providências judiciais

adotadas, os dados derivados da análise dos APF referente ao primeiro semestre do ano de 2023 na Comarca de Porto Seguro/Ba, revelam que 52 pessoas foram autuadas por condutas tipificadas na Lei de Drogas sendo: todas de nacionalidade brasileira, em sua grande maioria homens (49), negros(as) (24 pardos e 14 pretos), solteiro(as) (31), sem informações em relação ao nível de escolaridade (43), bem como a profissão ou atividade laboral exercida (21).

No que tange a apreensão de drogas, a maconha foi a droga com maior incidência de apreensão, isolada ou cumulada, estando presente em 45 APF's, seguida da cocaína (33), crack (29), ecstasy (11) e outras em menor frequência. Apesar do art. 50, §1º, da Lei de Drogas, inferir que, para efeito da lavratura do APF e estabelecimento da materialidade do delito, é suficiente o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, os dados demonstram que os documentos, em pouquíssimas vezes apresentavam a quantidade em unidade de massa (grama (g), quilograma (kg)), sendo mais frequente a apresentação em unidade (tablete, buchas, pinos, pedras, comprimidos e etc), o que, por conseguinte, prejudica eventual aplicação do princípio da insignificância, bem como a distinção entre o porte para uso pessoal e o tráfico de drogas, por exemplo.

Em relação ao rito custodial, findada a qualificação do custodiado, assim como, concedida a palavra às partes para eventuais questionamentos, inicia-se a fase de requerimento, momento em que as partes poderão registrar quais providências/medidas entendem serem pertinentes e aplicáveis ao caso em testilha. Nesse ponto, observou-se que, em relação aos pedidos do Ministério Público, a conversão da prisão em flagrante para a prisão preventiva foi a medida que registrou maior frequência, tendo sido requerida em 42 dos 52 casos analisados. Outrossim, em relação aos pedidos do advogado e/ou defensor público, a concessão da liberdade provisória, com ou sem cautelares e/ou sem fiança, registrou maior frequência (22 dos 52 casos), seguido do pedido de relaxamento da prisão, tendo sido requerido em 19 casos. Em relação a decisão do Juízo, observou-se que a homologação da prisão em flagrante e a decretação da prisão preventiva registrou maior recorrência, tendo sido observada em 38 dos 52 casos, seguido da homologação e concessão da liberdade provisória (em 12 casos) e em apenas 02 casos observou-se o relaxamento da prisão em flagrante.

Em pesquisa realizada no Distrito Federal (DF), Moreira (2017 *apud* Ferreira, Filho e Rodrigues, 2023, p. 18), infere que, além de uma atuação mais rigorosa em relação aos delitos tipificados na lei de drogas, a relação estabelecida pelo Poder Judiciário em relação à pessoa custodiada

é comumente constituída de forma hierarquizada e sistematicamente atravessada por “sermões moralistas [...] que servem, muitas vezes, para mascarar o fundamento jurídico da decisão, dando-lhe um aspecto de reprimenda [...]”.

Outrossim, Peixoto (2020, p. 77) argumenta, no estudo realizado no município de Natal/RN, que, frequentemente os juizes convertiam a prisão em flagrante para a prisão preventiva, mesmo que ciente que tal medida se mostrava desproporcional diante, inclusive, de futura e eventual condenação penal, o que, por óbvio, demonstra explícita contrariedade ao princípio da homogeneidade. Ademais, construção argumentativa sob a lógica genérica da “necessidade da garantia da ordem pública” permeava e arquitetava toda a lógica hermenêutica das decisões, o que, por conseguinte, evidencia nítida contrariedade aos precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que exige que a decisão aporte fundamentação suficiente, clara e objetiva.

4 Considerações finais

Assim, através da noção de seletividade e sujeição policial existentes na atual política de drogas, bem como dos estudos realizados na cidade de Porto Seguro/BA, observa-se uma maior predisposição à tipificação por crime de tráfico de drogas às pessoas presas em flagrante nos bairros mais populares e periféricos da cidade, enquanto as pessoas abordadas com drogas no centro do município estavam mais sujeitas a serem previamente tipificadas como usuárias de entorpecentes (Almeida, 2023).

Analisando os critérios subjetivos previstos na Lei de Drogas, é possível verificar a existência de uma filtragem social no momento da abordagem policial, sendo predominante a população de pessoas heteroidentificadas como pretas e pardas pelos policiais nos documentos analisados. Outrossim, a idade também foi um fator determinante na abordagem, visto que a média entre as pessoas identificadas como usuárias foi de 25 anos e entre o universo de pessoas previamente tipificadas como traficantes foi de 24 anos. Logo, conclui-se que a juventude preta de Porto Seguro/BA está mais suscetível à abordagem policial.

Outrossim, os fatores econômicos, de escolaridade e profissional também foram analisados, sendo o desemprego e a falta de oportunidade as principais justificativas apresentadas pelos presos em flagrante como motivo para o ingresso no tráfico de drogas. Entre os critérios objetivos

adotados pelos policiais na prévia tipificação penal, percebe-se a menor concentração e pouca variedade de substâncias entre os usuários de drogas. Entre as pessoas tipificadas como traficantes, destacou-se a presença, em alguns casos, de armas de fogo, balanças de precisão, rádios comunicadores e coletes a prova de balas, além de embalagens para acondicionamento de drogas e máquinas de cartão (Almeida, 2023). Assim, o estudo proporcionou a análise de que, assim como acontece no cenário nacional, a abordagem policial está direcionada aos sujeitos que se amoldam ao estereótipo de criminoso, muito influenciado por questões socioeconômicas e, sobretudo, raciais.

Ademais, os documentos produzidos em sede policial e a palavra dos agentes de segurança pública tornam-se importantes balizas para a construção do modo de pensar daqueles que estão imbuídos na realização da audiência. Porém, em outro sentido se encontra a palavra do custodiado, uma vez que em nada ou pouco influi na realização do ato e/ou no modo de compreender os fatos, o que acaba por incrementar uma política de criminalização da pobreza, além de materializar um sistema de seletividade voltado especificamente às classes e grupos marginalizados, atribuindo um *status* de delinquente às pessoas pelo que elas são, mas não pelo que fizeram, fortalecendo a criminalização da população negra, jovem, pobre, residente na periferia e com baixa escolaridade.

Outrossim, compreender as dinâmicas e o *modus operandi* das audiências de custódia nos permite compreender quais as circunstâncias que preponderam em maior ou menor grau em (des)favor do custodiado. Assim observou que os Órgãos que compõem o SJC possuem uma predisposição em converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, sobretudo com arrimo em fundamentos genéricos, tais como a garantia da ordem pública e a gravidade abstrata do delito.

Por fim, apesar de não ter sido um fenômeno objeto da análise neste estudo, importa registrar que, diferentemente do preconizado nas razões de existir das audiências de custódia, a adoção da tecnologia e a realização deste ato por meio de sistema de videoconferência ressurgem o tão combatido distanciamento entre seus sujeitos, uma vez que, os detalhes, as nuances, os singelos gestos e a forma como o corpo fala torna-se invisíveis às lentes das câmeras.

Referências

ALMEIDA, Sílvio Luiz de. **Racismo estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen; Feminismos Plurais, 2019.

ALMEIDA, Thiago Trindade de. **Abordagem policial e a construção do sujeito criminoso: uma análise da política pública de repressão às drogas em Porto Seguro/BA**. 2023. 154 f. Dissertação (Mestrado em Estado e Sociedade) - Universidade Federal do sul da Bahia: Porto Seguro, 2023. Disponível em: https://sig.ufsb.edu.br/sigaa/public/programa/defesas.jsf?lc=pt_BR&id=225. Acesso em: 08 dez. 2023.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12ª Edição, revista e atualizada - Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti, **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, 5ª impressão, 2023.

BECKER, Howard Saul. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 2008.

BRANDÃO, Cláudio. **Poder e seletividade: os processos de criminalização na América Latina e os seus impactos na crise do discurso penal**. Caderno de Relações Internacionais, vol. 10, nº 18, 2019, p. 297-319. Disponível em: <https://revistas.faculdedamas.edu.br/index.php/relacoesinternacionais/article/view/1039/828>. Acesso em: 12 dez. 2023.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 12 de dez. 2023.

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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em 08 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Rcl 44456 AgR / SC -**

SANTA CATARINA. AG.REG. NA RECLAMAÇÃO Relator(a): Min. ROSA WEBER Julgamento: 08/04/2021 Publicação: 13/04/2021 Órgão julgador: Primeira Turma. DJe-069 DIVULG 12-04-2021 PUBLIC 13-04-2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur444010/false>. Acesso em: 12 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347.** Distrito Federal (DF). Relator: Min Marco Aurélio. 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 12 dez. 2023.

BRASIL. Secretaria Nacional de Políticas Penais. **Dados estatísticos do Sistema Penitenciário - Período de Janeiro a Junho de 2023.** Disponível em: <https://app.powerbi.com/vNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 02 jan. 2024.

CALAZANS, Márcia Esteves de; PIZA, Evandro; PRANDO, Camila; CAPPI, Ricardo. **Criminologia crítica e questão racial.** Cadernos do CEAS, Salvador, n. 238, 2016, p. 450-463. Disponível em: <https://cadernosdoceas.ucsal.br/index.php/cadernosdoceas/article/view/280/216>. Acesso em: 04 dez. 2023.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. **Pela metade:** as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo. 2015. 313 f. Tese (Doutorado em Sociologia) - Departamento de Sociologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2015. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-31072015-151308/pt-br.php>. Acesso em 04 jan. 2024.

CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime:** a caminho dos GULAGs em estilo ocidental. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FERREIRA, Costa Ferreira; AMARAL FILHO, Cristiano Moreira do; RODRIGUES, Kamila Mariana Martins. **Uma análise de conteúdo dos desafios das audiências de custódia no Distrito Federal.** Rev. Direito e Práxis., Rio de Janeiro, Ahead of Print, Vol. XX, N. X, 2023, p. 1-26. <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2023/69292>. Acesso em: 17 dez. 2023.

FONSECA, David. Pânicos morais e cruzadas simbólicas: Reefer Madness e os filmes de propaganda. In: MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina; DUARTE, Evandro Piza [coord.]. **Criminologia & Cinema:** memória e verdade. Coleção Criminologia, Direito Penal e

Política Criminal. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2020. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=785074>. Acesso em: 04 dez. 2023.

GARLAND, David. **Sobre o conceito de pânico moral**. Delictae Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito, v. 4, n. 6, 2019, p. 36-78. Disponível em: <https://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/90/61>. Acesso em: 13 dez. 2023.

HULSMAN, Louk. **Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal**. Revista Verve, n. 03, 2003, p. 190-219. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/view/4942/3492>. Acesso em 07 dez. 20.

LIMA, Renato Sérgio de; SINHORETTO, Jacqueline; BUENO, Samira. **A gestão da vida e da segurança pública no Brasil**. Revista Sociedade e Estado - v.30, n. 1, 2015, p. 123-144. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/se/v30n1/0102-6992-se-30-01-00123.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2023.

MALBERGIER, André; AMARAL, Ricardo Abrantes do. **Dependência química**. São Luís/MA: Universidade Federal do Maranhão, 2013. Disponível em: <https://ares.unasus.gov.br/acervo/html/ARES/2046/3/Mod%2003%20UNIDADE%2001.pdf>. Acesso em 19 dez. 2023.

MARTINS, Herbert Toledo; ROCHA, Rosilene Oliveira. **Cem anos de proibicionismo no Brasil**: uma análise neo-institucionalista das políticas sobre drogas. v. 15, n. 2. São Paulo: Revista Brasileira de Segurança Pública, 2021, p. 112-129. Disponível em: <https://www.anpocs.com/index.php/encontros/papers/43-encontro-anual-da-anpocs/st-11/st11-9/11684-cem-anos-de-proibicionismo-no-brasil-uma-analise-neo-institucionalista-das-politicas-sobre-drogas/file>. Acesso em: 08 abr. 2023.

PEIXOTO, Lênora Santos. **Pelo menos agora eu posso falar, só não sei se vão me ouvir**: uma etnografia das audiências de custódia por crimes de tráfico de drogas / Lênora Santos Peixoto. - 2020. 201f.: il. Dissertação (mestrado) - Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes, Programa de Pós-graduação em Antropologia Social, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, 2020. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/handle/123456789/32115?mode=full>. Acesso em 04 jan. 2024.

PEREIRA, Larissa Urruth. **Habitus Policial**: uma análise sobre os processos de sujeição criminal e seletividade penal na Polícia Civil. 2016. 144 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Pontifícia

Universidade Católica do Rio Grande do Sul: Porto Alegre, 2016.

RAMOS, Silvia; MUSUMECI, Leonarda. “**Elemento suspeito**”. A abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro. Coleção Segurança e cidadania, vol. 02. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?** O crime e o criminoso: Entes Políticos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

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

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro:** parte geral. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

O PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NO PROCESSO PENAL EM FACE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Antonio Donizetti de Resende¹

1 Introdução

O processo penal deve observar tanto as normas infraconstitucionais quanto as constitucionais, dentre elas, as estabelecidas nas convenções e nos tratados internacionais, ratificados e em vigor no Estado brasileiro (art. 5º, §§ 2º e 3º, da CF/88 c/c o art. 1º, inciso I, do CPP “Código de Processo Penal”). O processo penal é o meio pelo qual a jurisdição estatal se manifesta em matéria de direito penal.

A Jurisdição refere-se ao poder-dever de o Estado-Juiz aplicar o direito ao caso concreto. Em regra, a jurisdição é exercida pelo Poder Judiciário, mas, como determina a Constituição, também a exercem o Senado Federal, ao processar e julgar, privativamente, nos crimes de responsabilidade (art. 52, inciso I, da CF/88), o Presidente da República, Vice-Presidente da República e os Comandantes da Marinha, Exército e Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; também compete ao Senado Federal processar e julgar (art. 52, inciso II, da CF/88) os Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal, membros do Conselho Nacional de Justiça, membros do Conselho Nacional do

1 Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Itaúna. Mestre em Engenharia Geotécnica pela Universidade Federal de Ouro Preto. Pós-Graduado *lato sensu* - Especialista em Engenharia Rodoviária pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Pitágoras/Divinópolis. Especialista em Engenharia de Segurança do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Processual Constitucional pela Faculdade de Pará de Minas. MBA em Mercado de Capitais e Derivativos pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Engenharia Civil pela Fundação de Ensino e Tecnologia de Alfenas. Bacharel em Direito pela Faculdade Pitágoras/Divinópolis. Advogado. E-mail: resende36@yahoo.com.br.

Ministério Público, o Procurador Geral da República, o Advogado Geral da União nos crimes de responsabilidade.

Como visto, a jurisdição é exercida, em regra, pelo Poder Judiciário. Mas, o direito ao duplo grau de jurisdição não se encontra taxativamente positivado na Constituição Federal de 1988. A constituição estabelece sobre o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório (art. 5º, incisos LIV e LV, da CF/88), no entanto, a própria CF/88 admite julgamentos em apenas uma instância em virtude da função ocupada pela autoridade, são os chamados foros por prerrogativa de função. Por exemplo, por força do art. 102, *caput*, inciso I, alínea “b” da CF/88, compete ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, cabendo-lhe, processar e julgar, originalmente, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente da República, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador Geral da República. Nesses casos não ocorrerão o chamado duplo grau de jurisdição. Com isso, tanto a jurisprudência do STF, quanto boa parte da doutrina entendem que o referido instituto (duplo grau de jurisdição) pode ser suprimido em alguns casos concretos, pois não está estabelecido taxativamente na Constituição Federal de 1988.

O Estado brasileiro promulgou pelo Decreto Presidencial nº 678/92 a ratificação da adesão (Decreto Legislativo nº 27/92) à CADH “Convenção Americana sobre Direitos Humanos”, além disso, reconheceu a competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Decreto nº 4.463/02). Dessarte, em conformidade com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (art. 8º, item 2, alínea “h” da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa; assim, durante o processo, toda pessoa, em plena igualdade, tem o direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

O Estado brasileiro poderá ou não ser julgado e condenado pela corte Interamericana de direitos Humanos por desconsiderar o referido instituto (art. 8º, item 2, alínea “h” da CADH), que estabelece sobre o duplo grau de jurisdição? Para responder (objeto do estudo) o questionamento supra a pesquisa adotou a hipótese que prevê a punição do Estado brasileiro, por ignorar, conforme relatado na sequência, no caso denominado Mensalão (Ação Penal 470/MG), o referido instituto da norma convencional.

Assim, após compilar um banco de dados normativos,

jurisprudenciais e doutrinários sobre o tema, utilizou-se do método teórico-bibliográfico indutivo, o que possibilitou responder o questionamento supra.

2 O princípio do duplo grau de jurisdição no processo penal e os direitos fundamentais dos jurisdicionados

Na esfera criminal, o processo penal é o meio pelo qual se manifesta a jurisdição, por esse motivo deve ser analisado pela perspectiva de sua finalidade, com a solução do problema apresentado e a concretização do Direito. Com isso, deve-se observar os procedimentos – rito processual - que constituem a forma de desenvolvimento do processo penal, delimitando os caminhos a serem seguidos na apuração jurisdicional do caso concreto. Assim, tais procedimentos deverão sempre estar adequados ao devido processo legal e, conseqüentemente, aos princípios constitucionais. Com isso, garantir, dentro de uma maximização possível, a realização da Justiça Penal.²

Com a devida observação dos princípios constitucionais, conforme estabelece o art. 1º, inciso I, do CPP, o processo penal reger-se-á, em todo o território brasileiro pelo Código de Processo Penal, Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, ressalvados: os tratados, as convenções e regras do direito internacional.

Ora, por certo que o Código de Processo Penal se aplica no território brasileiro, em matéria criminal, e por certo também que (nas hipóteses específicas do dispositivo legal) não se aplica aos eventuais procedimentos previstos em tratados e convenções internacionais. [...]. A norma processual penal prevista em Tratado e/ou Convenção internacionais cuja vigência tenha sido regularmente admitida no país tem aplicação independentemente do Código de Processo Penal. [...]. Toda a matéria atinente aos foros privativos por prerrogativa de função encontra-se na atual Constituição da República, seja em relação aos crimes comuns, seja em relação aos chamados crimes de responsabilidade. [...]. Não se aplica aos crimes militares, porquanto estes se encontram submetidos ao Código de Processo Penal Militar e respectiva legislação específica. [...]. A Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67) prevê procedimento específico (art. 40 e art. 42 e seguintes). Mas não só ela; diversas outras que lhe seguiram também adotaram procedimentos específicos, como, por exemplo, a Lei dos Juizados Especiais Criminais (lei nº 9.099/95), a Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06) etc. {...}. Merecedor de registro também

2 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012, p. 785.

a nova regra constitucional constante da citada Emenda Constitucional nº 45, segundo a qual o Brasil se submeteria à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a cuja tenha aderido (art. 5º, § 4º, CR).³

A Jurisdição é uma função típica exercida através do processo, em regra, pelo Poder Judiciário. Haja vista que, excepcionando os casos previstos na legislação, a autotutela é vedada no ordenamento jurídico pátrio. Com isso, os princípios da jurisdição penal são constituídos pela investidura, inércia da jurisdição, inafastabilidade (indeclinabilidade) da jurisdição e pelo princípio do juiz natural. Ou seja, exceto algumas exceções previstas no ordenamento jurídico brasileiro, só exercem a jurisdição aqueles - juízes, desembargadores e ministros - devidamente investidos na função jurisdicional do Poder Judiciário. Mas, para o exercício da jurisdição o Estado-Juiz deverá ser previamente provocado pelas partes (princípio da inércia processual ou de jurisdição - art. 2º do CPC/15). Isso significa que o Poder Judiciário não pode exercer de ofício uma ação penal. Ou seja, o Poder Judiciário deve ser previamente provocado pelas partes, que no processo penal será o Ministério Público e/ou o querelante. A inafastabilidade da jurisdição encontra-se estabelecida no citado art. 5º, inciso XXXV, da CF/88, pois, como evidenciado, o Poder Judiciário não poderá se esquivar da prestação jurisdicional, também se encontra assegurado no art. 5º inciso XXXIV, alínea "a", da CF/88 que: para promover a defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder, independentemente do pagamento de taxas, está garantido a todos o direito de petição aos Poderes Públicos. Já o princípio do juiz natural, que objetiva resguardar a imparcialidade do juízo (art. 5º, inciso LIII, da CF/88), estabelece que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente. Mas, é oportuno observar que a jurisdição estatal é una, mas por conveniência prática foi fracionada e classificada pela doutrina em jurisdição: penal e civil; especial e comum; superior e inferior; e, de direito ou equidade.

A jurisdição do Estado, como expressão do poder soberano deste, a rigor não comporta divisões ou classificações, pois falar em diversas jurisdições de um só e mesmo Estado significaria afirmar a existência, no seio deste, de uma pluralidade de soberanias, o que não se admite. A jurisdição Estatal é, em si mesma, tão unitária e indivisível quanto o próprio poder do Estado soberano. A doutrina, todavia, fazendo embora tais ressalvas, costuma falar em espécies de jurisdição, como se esta, realmente, comportasse classificação em categorias. Costuma-

3 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012, p. 2-4.

se classificar a jurisdição nas seguintes espécies: a) pelo critério do seu objeto, jurisdição penal ou civil; b) pelo critério dos organismos judiciários que a exercem, especial ou comum; c) pelo critério da posição hierárquica dos órgãos dotados dela, superior ou inferior; d) pelo critério da fonte do direito com base no qual é proferido o julgamento, jurisdição de direito ou de equidade.⁴

Mas, a jurisdição possui algumas limitações – competência jurisdicional absoluta e relativa - impostas pelo próprio Estado. Arguição de incompetência do juízo (arts. 108 e 567 do CPP). No processo penal (art. 69 do CPP) a competência jurisdicional será determinada: pelo lugar da infração; domicílio ou residência do réu; natureza da infração; distribuição; conexão ou continência; prevenção e prerrogativa de função. A competência absoluta decorre em razão da matéria e pela prerrogativa de função, já a competência relativa refere-se ao território. O art. 70, *caput*, do CPP adotou a teoria do resultado. A competência será, em regra, determinada pelo lugar da consumação da infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar que for praticado o último ato de execução. Quando for incerto o limite territorial entre duas ou mais jurisdições ou quando incerta a jurisdição por ter sido a infração consumada ou tentada nas divisas de duas ou mais jurisdições, a competência firmar-se-á pela prevenção (art. 70, § 3º, do CPP).

Como o direito material penal se rege estritamente pelo princípio da territorialidade, as respectivas decisões e sanções penais são impostas através do processo penal e a jurisdição penal tem limites que correspondem precisamente aos de aplicação da própria norma penal material.⁵ Antonio Carlos Marcato observa que, ao exercer em concreto a jurisdição, o Poder Judiciário, imparcialmente, visando assegurar a tutela abstrata positivada no ordenamento jurídico impõem às partes o efetivo cumprimento das normas que regulam o litígio judicial. Além disso, a jurisdição também é instrumental, pois, exercitando-a no processo, o Estado-juiz confere concretude e efetividade à tutela abstrata, genericamente prevista no ordenamento jurídico positivo.⁶

No entanto, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias acrescenta que

4 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 176-177.

5 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 185.

6 MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos especiais**. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 5.

não é somente a obediência ao princípio da reserva legal que permitirá o exercício constitucionalizado da função jurisdicional e a consequente decisão vinculada ao Estado Democrático de Direito. Adiciona-se a esse *desideratum* a garantia do devido processo constitucional, que não pode ser prescindida.⁷ Ou seja, o direito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, incisos LIV e LV, da CF/88) não podem ser olvidados.

Nestes termos, conforme estabelece o art. 564, incisos I, II, III (alíneas “n”, “o”, “p”) e IV, do CPP, a nulidade ocorrerá: por incompetência, suspeição ou suborno do juiz; por ilegitimidade de parte; e, por falta das fórmulas ou termos seguintes: o recurso de ofício, nos casos em que a lei o tenha estabelecido; a intimação, nas condições estabelecidas pela lei, para a ciência de sentenças e despachos de que caibam recursos; no STF e nos Tribunais de Apelação, o quórum legal para o julgamento; e, por omissão de formalidades, que constitua elemento essencial ao ato. Mas, ainda persistem algumas divergências na doutrina sobre a obrigatoriedade da apreciação e julgamento do mérito em mais de um grau de jurisdição tanto no processo cível quanto penal.

O duplo grau de jurisdição foi previsto expressamente no art. 158 da Constituição brasileira de 1.824. As demais Cartas republicanas, inclusive a CF de 1988 (art. 5º, LIV, LV, LVI, §§ 2º e 3º), não o contemplam de forma explícita, o que propicia divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca não somente de sua existência, como também do seu *status* constitucional. [...]. É preciso destacar, contudo que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (22.11.1969), ratificada pelo Brasil (Decreto n. 678, de 6.11.1992), assegura, no art. 8º (Garantias Judiciais) [...] a toda pessoa o direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.⁸

Alexandre de Moraes (extrato infra) compreende que o princípio do duplo grau de jurisdição é implicitamente indicado pela Constituição Federal de 1988, mas não é, taxativamente, obrigatório.

A constituição Federal consagra como regra a importância de os julgamentos ocorrerem ordinariamente, em duas instâncias. A primeira, monocrática, e a segunda, colegiada. [...]. Portanto, o importante princípio do duplo grau de jurisdição é indicado por nosso texto constitucional, sem, contudo, ser taxativamente obrigatório. Menciona a Constituição Federal a existência de juízes e Tribunais, bem como

7 DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 164.

8 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 727.

prevê a existência de alguns recursos (ordinários constitucionais, especial, extraordinário), porém não existe a obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição. Dessa forma, há competências ordinárias em que não haverá o chamado duplo grau de jurisdição, como, por exemplo, nas ações de competência originária dos Tribunais, em que não haverá possibilidade de reanálise do mérito.⁹

Renato Saraiva¹⁰ também reconhece que o duplo grau de jurisdição é inerente e aplicável a todo o ordenamento jurídico brasileiro, mas não é absoluto. Justifica, afirmando que o STF, embasando-se no art. 102, inciso I, alínea “b” da CF/88, decidiu que esse instituto não é uma garantia constitucional com previsão assegurada na Constituição Federal de 1988, pois não há vedação legal sobre a existência de processos administrativos ou judiciais com uma única instância de julgamento.

O citado art. 102, *caput*, inciso I, alínea “b” da CF/88 estabelece que: compete ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, cabendo-lhe, processar e julgar, originalmente, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente da República, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador Geral da República. Assim, os juristas: Luiz Guilherme Marinoni; Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, na sequência, questionam sobre a relevância do referido princípio do duplo grau de jurisdição para o direito processual brasileiro.

A necessidade de duplo grau, como elemento para o exercício da jurisdição, ainda é inexplicavelmente priorizada no direito brasileiro. Supõe-se. Ao que tudo indica, que dois juízos repetitivos sobre o mesmo mérito seja uma garantia imprescindível ao litigante e para a qualidade da prestação jurisdicional. Chega-se a entender que o duplo grau é garantia constitucional, diante de a Constituição delinear estrutura do Poder Judiciário, prevendo Tribunais, Cortes Supremas e recursos. [...]. Por outro lado, a norma constitucional que afirma que “os litigantes, em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV, da CRFB), também não garante o recurso de apelação pelo simples fato de que o recurso não é sempre inerente ao contraditório e à ampla defesa. [...]. O recurso pode ou não ser inerente ao contraditório e à ampla defesa exatamente porque estas garantias constitucionais devem ser densificadas pelo legislador de acordo com as situações de direito material. [...]. Lembre-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, diante do art. 8º, 2,

9 MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação Constitucional**. 9. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2013, p. 238.

10 SARAIVA, Renato. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2012, p. 39.

h, da Convenção Americana, que consagrou o direito de “toda pessoa acusada de delito” recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior, entende que o duplo grau é garantia indispensável apenas nos casos de natureza penal. [...]. Portanto, cabe deixar claro que a jurisdição não necessita ser exercida mediante dois juízos repetitivos sobre o mérito. A jurisdição não só pode, como em alguns casos, deve ser prestada com apenas um único juízo.¹¹

Tal fato, é incompatível com os princípios do processo constitucional e convencional, pois, limita o contraditório, mitiga a ampla defesa e fere o devido processo legal, constitucional e convencional. Todavia, apesar dos questionamentos sobre o instituto do duplo grau de jurisdição na esfera cível, os retrocitados autores admitem que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, embasada no art. 8º, item 2, alínea “h”, da CADH, considera indispensável a aplicação do citado instituto no processo penal.

Já Carlos Henrique Bezerra Leite compreende que o duplo grau de jurisdição deve ser observado em ambos os processos, penal e civil, incluindo o processo do trabalho. Para embasar o seu entendimento, ressalva os estabelecimentos do art. 102, inciso I, da CF/88 e cita a decisão do Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, no HC n. 88.420/PR.

Assim, podemos dizer que duplo grau de jurisdição é um direito humano conferido a toda pessoa de interpor recurso das decisões judiciais para um juiz ou um tribunal superior. Ademais, em nosso sistema, é também um direito fundamental, já que recepcionado pelos §§ 2º e 3º, do art. 5º, da CF/1988. Embora humano e fundamental, o direito de recorrer não é absoluto. O STF (HC n. 88.420/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª T., DJe-032 divulg. 6.6.2007, publ. 8.6.2007) já deixou assentado que o “acesso à instância recursal superior consubstancia direito que se encontra incorporado ao sistema pátrio de direitos e garantias fundamentais [...]. Ainda que não se empreste dignidade constitucional ao duplo grau de jurisdição, trata-se de garantia prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos, cuja ratificação pelo Brasil deu-se em 1992, data posterior à promulgação do Código de Processo Penal [...]. A incorporação posterior ao ordenamento brasileiro de regra prevista em tratado internacional tem o condão de modificar a legislação ordinária que lhe é anterior”. Idêntico raciocínio há que ser aplicado aos sistemas recursais do processo civil e do processo do trabalho, pois ambos são anteriores à vigência doméstica do referido Tratado de Direitos Humanos. É preciso advertir, todavia, que a competência originária do STF (CF, art. 102, I) revela que há

11 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 112-114.

juízos sem duplo grau de jurisdição.¹²

O instituto do duplo grau de jurisdição, apesar de se constituir em uma garantia processual, ainda causa controvérsias na doutrina, pois, conforme exposto, para alguns juristas esse instituto consiste em um direito humano conferido a toda pessoa para interpor recurso (apelação) das decisões judiciais para um juízo ou um tribunal superior, mas, para outros, a necessidade do duplo grau, como elemento para o exercício da jurisdição, ainda é inexplicavelmente priorizada no direito brasileiro. Consideram que a jurisdição não só pode, como em alguns casos, deve ser prestada em apenas um único juízo.

Nesse mesma linha de entendimento, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar atribuem o *status* de lei ordinária à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, e afirmam que o duplo grau de jurisdição não se aplica em todos os casos, nem mesmo no processo penal.

Esse princípio assegura a possibilidade de revisão das decisões judiciais, através do sistema recursal, onde as decisões do juízo *a quo* podem ser reapreciadas pelos tribunais. É uma decorrência da própria estrutura do Judiciário, vazada na Carta Magna que, em vários dispositivos, atribui competência recursal aos diversos tribunais do país. Todavia, interessa sublinhar que o duplo grau de jurisdição não é princípio contemplado na Constituição, haja vista que processos existem sem que esse duplo grau incida, a exemplo daqueles de competência originária do Supremo Tribunal Federal. O duplo grau de jurisdição não é um enunciado normativo que incide indistintamente em todos os processos penais. Por sua vez, o Pacto de São José da Costa Rica, em seu art. 8º, 2, h, dispõe acerca do direito de recorrer das decisões judiciais. Entendemos que o referido Pacto, neste ponto, é recebido como lei ordinária, já que o direito ao recurso não pode ser enquadrado como expressão de direito fundamental, encontrando-se, por consequência, fragilizado, dentro das várias exceções existentes no sistema de decisões simplesmente irrecorríveis. Sob outro prisma, as garantias do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/1988), do contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral” (art. 5º, LV, CF/1988), não implica no reconhecimento da existência do princípio do duplo grau de jurisdição a nível constitucional. É de se notar, de mais a mais, que esse princípio subsiste respaldado na tradição de uma política legislativa com raízes iluministas e que permeia a cultura forense brasileira.¹³

12 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 727.

13 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 66-67.

Como relatado, alguns juristas entendem que o duplo grau de jurisdição não está assegurado a todos os jurisdicionados e também não se aplica a todos os casos, nem mesmo na esfera penal. Esses juristas sustentam o seu entendimento, nas disposições constitucionais que atribuem a determinadas autoridades o direito de serem processadas e julgadas originalmente em apenas uma instância, o chamado foro por prerrogativa de função, previsto *u.g.* no art. 102, inciso I, alínea “b”, da CF/88, competência originária do Supremo Tribunal Federal. Mas, não se pode fazer uma analogia extensiva do referido instituto. A Constituição Federal é taxativa ao estabelecer quais são as modalidades de crimes – comuns e de responsabilidade - e quais os jurisdicionados que deverão ser julgados originariamente pelos tribunais superiores e pelo STF.

Porém, embasando-se nos comandos normativos da CADH, a jurisprudência predominante na CIDH “Corte Interamericana de Direitos Humanos” não se alinha com os referidos entendimentos. Além disso, como determina o art. 26, da Convenção de Viena, ratificada pelo Estado brasileiro, em 14 de dezembro de 2009, pela promulgação do Decreto nº 7.030/09, todo tratado internacional em vigor obriga as partes - *pacta sunt servanda* - e deve ser cumprido por elas de boa-fé. O art. 27, também da referida Convenção de Viena, estabelece que um Estado não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Segundo, o art. 68, item 1, da CADH os Estados-partes têm a obrigação de respeitar e fazer cumprir a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Com isso, os tratados internacionais sobre direitos humanos instituem direitos e deveres *jus cogens* para os Estados que os ratificaram. Já a Corte Interamericana de Direitos Humanos dispõe da competência jurisdicional, consultiva e contenciosa, sobre todos os Estados-partes e tem como objetivo principal (artigos: 1º, 2º, 29 e 62, item 1, da CADH) à aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos. Para isso, a CIDH utiliza-se do controle de convencionalidade (concentrado e difuso) das normas domésticas dos respectivos Estados-membros.

O Brasil, em 22 de novembro de 1969, ratificou a adesão à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, pelo Decreto Legislativo nº 27, de 25 de setembro de 1992 e promulgou a referida ratificação à Convenção através do Decreto Presidencial nº 678, em 06 de novembro de 1992. Além disso, em 03 de dezembro de 1998, com o Decreto Legislativo nº 89, o Brasil aprovou a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Mas, os tratados internacionais sobre direitos humanos - ratificados

pelo Estado brasileiro antes da EC nº 45, de 2004 - que adentraram o ordenamento jurídico brasileiro por força do no art. 5º, § 2º da CF/88 (normas materialmente constitucionais, deveriam servir de paradigma para o controle difuso de convencionalidade, em qualquer juízo ou tribunal), pois os referidos tratados internacionais não foram ratificados conforme estabelece o art. 5º, § 3º da CF/88 (votados em dois turnos e nas duas casas do Congresso Nacional com coro qualificado de três quintos dos votos dos seus membros), neste caso os tratados internacionais sobre direitos humanos são consideradas (hierarquicamente) equivalentes às emendas constitucionais (normas formais e materialmente constitucionais, paradigmas para o controle de convencionalidade concentrado no STF e difuso, em qualquer juízo ou tribunal)

Apesar das disposições positivadas no art. 5º, § 2º da CF/88, o entendimento jurisprudencial do STF, em princípio, atribuía aos referidos tratados internacionais (caso da CADH) sobre direitos humanos o *status* equivalente às normas ordinárias. Isso pode ser constatado no julgamento do Supremo Tribunal Federal, do Recurso ordinário em HC nº 79.785-7/RJ, de 29 de março de 2000, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence. Esse recurso pleiteava junto ao STF, justamente, o reconhecimento do direito ao duplo grau de jurisdição processual (em âmbito penal) em favor da Ré (recorrente) Jorgina Maria de Freitas Fernandes, que não possuía o direito ao foro por prerrogativa de função, mas, mesmo assim, foi julgada e condenada em processo de competência originária do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por figurar no processo (conexão processual) um Juiz de Direto como corréu. Assim, além da decisão do HC nº 79.785-7/RJ considerar a hierarquia da CADH (jurisprudência do STF) equivalente à legislação ordinária, o referido acórdão do Supremo Tribunal Federal negou provimento ao recurso, por considerar que o duplo grau de jurisdição estabelecido no art. 8º, item 2, alínea “h”, da CADH, não é vinculante, portanto, o citado instituto do direito internacional não é aplicável ao referido caso concreto, objeto do recurso (HC nº 79.785-7/RJ), desse modo, o recurso em HC nº 79.785-7/RJ não foi provido pelo STF.¹⁴

Contudo, com o do Decreto nº 4.463/02, de 8 de novembro de 2002, o Estado brasileiro promulgou a declaração de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos,

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 79.785-7/RJ, 29 de março de 2000. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Pub. DJ. 22.11.2002. Ementário nº 2092-2. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102661>. Acesso em 9 abr. 2022.

mas, com reserva de reciprocidade. Como determina o art. 62, item 1, da CADH, a partir da referida data o Estado brasileiro encontra-se obrigado a observar a competência e, conseqüentemente, a jurisprudência da CIDH. A forma da Corte exigir o cumprimento dessa obrigação funda-se no controle de convencionalidade, que consiste na verificação da compatibilidade vertical material das normas domésticas dos Estados-membros com os tratados internacionais sobre Direitos Humanos ratificados e em vigor em âmbito interno e internacionalmente. Destarte, a jurisprudência da CIDH determina que todos os Estados-partes devem realizar o controle de convencionalidade para assegurar que nenhuma norma do direito doméstico ignore e descumpra os estabelecimentos positivados na CADH.

No entanto, em de 3 de dezembro de 2008, para dirimir a controvérsia sobre a prisão do depositário infiel, o Supremo Tribunal Federal decidiu no RE nº 466.343/SP sobre a impossibilidade da referida prisão, mas também mudou o seu entendimento jurisprudencial majoritário sobre a hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos, adentrados ao ordenamento jurídico brasileiro, antes da EC nº 45, por força do art. 5º, § 2º da CF/88, como ocorrido com a CADH, anteriormente considerados equivalentes a legislação ordinária, agora, após a referida decisão, foram considerados com o *status* de supralegalidade, inferiores à Constituição Federal, mas, superiores às leis ordinárias.¹⁵ Assim, toda norma infraconstitucional do direito interno que se apresentar antinômica à Convenção Americana sobre Direitos Humanos no controle de supralegalidade sofrerá o efeito paralisante e não produzirá nenhum efeito jurídico. Já os tratados internacionais sobre direitos humanos que forem ratificados pelo Brasil (após a EC nº 45) e votados conforme estabelece o art. 5º, § 3º da CF/88 serão hierarquicamente equivalentes às emendas constitucionais; e os demais tratados internacionais comuns, segundo entendimento jurisprudencial do STF, possuem *status* equivalente às leis ordinárias, portanto não podem servir de paradigma para a o controle de convencionalidade, mas deveriam servir de referencial para o controle de supralegalidade, por serem, segundo o art. 27 da Convenção de Viena (o Estado não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado internacional) e o art. 98 do CTN (os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha),

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 466.343/SP**, de 03 de dezembro de 2008. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Relator Ministro Cezar Peluso. Publicação: D.je. 05.06.2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>. Acesso em 22 nov. 2023.

hierarquicamente superior a legislação. Mas, a jurisprudência do STF não entende dessa forma, como exposto, o STF atribui aos referidos tratados o *status* equivalente as leis ordinárias, desse modo não são paradigmas para nem para o controle de convencionalidade e nem para o controle de supralegalidade.

Em outras palavras, se os tratados de direitos humanos têm “*status* de norma constitucional”, nos termos do art. 5º, § 2º, da CF/1988, ou se são “equivalentes às emendas constitucionais”, pois aprovados pela maioria qualificada prevista no art. 5º, § 3º, da mesma Carta, significa que podem eles ser paradigma para o controle das normas infraconstitucionais no Brasil. Ocorre que os tratados internacionais comuns (que versam temas alheios aos direitos humanos) também têm *status* superior aos das leis internas. Se bem que não equiparados às normas constitucionais, os instrumentos convencionais comuns têm *status* supralegal no Brasil, por não poderem ser revogados por lei interna posterior, como estão a demonstrar vários dispositivos da própria legislação infraconstitucional brasileira, dentre eles o art. 98 do CTN. Neste último caso, tais tratados (comuns) também servem de paradigma ao controle das norma infraconstitucionais, por estarem situados acima delas, com a única diferença (em relação aos tratados de direitos humanos) que não servirão de paradigma do controle de convencionalidade (expressão reservada aos tratados com nível constitucional), mas do controle de supralegalidade das normas infraconstitucionais. Isso tudo somado demonstra que, doravante, todas as normas infraconstitucionais que vierem a ser produzidas no país devem, para a análise de sua compatibilidade com o sistema do atual Estado Constitucional e Humanista de Direito, passar por dois níveis de aprovação: (1) a Constituição e os tratados de direitos humanos (material ou formalmente constitucionais) ratificados pelo Estado; e (2) s tratados internacionais comuns também ratificados e em vigor no país. No primeiro caso, tem-se o controle de convencionalidade das leis; no segundo, o seu controle supralegalidade.¹⁶

Não obstante, conforme exposto a seguir, o Estado brasileiro (STF), indiferentemente do entendimento jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos, não realiza o controle de convencionalidade, como deveria.

No julgamento da Ação Penal nº 470/MG, Mensalão, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, realizada em 17 de dezembro de 2012, o STF não observou o direito ao duplo grau de jurisdição, previsto no art.

16 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano** – Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 6-5.

8º, item 2, alínea “h” da CADH¹⁷, que estabelece: toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa; durante o processo toda pessoa, em plena igualdade, tem direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. Haja vista que todos os réus da Ação Penal nº 470/MG, com ou sem o direito ao foro por prerrogativa de função, foram julgados em uma única instância no STF.

Valerio de Oliveira Mazzuoli,¹⁸ adverte que, em flagrante violação à regra do duplo grau de jurisdição, prevista na CADH, de trinta e cinco réus da AP nº 470, apenas três detinham, à época, o foro por prerrogativa de função e poderiam ser julgados em única instância pelo STF, entretanto, todos foram julgados em instância única.

Caso semelhante ocorreu no Estado da Venezuela. Oscar Enrique Barreto Leiva, agente público, que não possuía o direito ao foro por prerrogativa de função, em virtude da conexão processual foi julgado e condenado pelo Tribunal Supremo de Justiça da Venezuela em uma única instância, juntamente com o Ex-Presidente da Venezuela Carlos Andrés Péres e outros réus que, diferentemente de Barreto Leiva, detinham o foro por prerrogativa de função. Oscar Enrique Barreto Leiva foi condenado a um ano e dois meses de prisão por crime de peculato durante a sua gestão, em 1989, no Ministério da Previdência da Venezuela. Mas, recorreu à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que admitiu a queixa e levou o caso a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O Estado da Venezuela foi julgado e condenado pela mencionada CIDH, em 17 de novembro de 2009, por violar o art. 8º, item 2, alínea “h” da CADH, que estabelece sobre o duplo grau de jurisdição.

Conforme evidenciado supra, no julgamento da Ação Penal nº 470/MG (Mensalão) o Estado brasileiro não realizou o controle de convencionalidade e ignorou o direito ao duplo grau de jurisdição, estabelecido no referido art. 8º, item 2, alínea “h” da CADH, inclusive para os réus que não possuíam o foro por prerrogativa de função. Destarte, como ocorreu com o Estado venezuelano, *Caso Barreto Leiva vs Venezuela*, no caso similar, Mensalão, Ação Penal nº 470/MG, descumprimento do

17 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 470/MG**, de 17 de dezembro de 2012. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, Revisor: Ministro Ricardo Lewandowski. DJe. 22 de abril de 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur228572/false>. Acesso em 22 nov. 2023.

18 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018 a, p. 192.

duplo grau de jurisdição, o Estado brasileiro, caso seja denunciado na referida Comissão Interamericana de Direitos Humanos e admitido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, também poderá ser julgado e condenado, como ocorreu no supracitado caso venezuelano.

Mas, alguns avanços em favor do direito internacional já podem ser observados no Estado brasileiro, *v.g.*, no julgamento do HC 77.631-5/SC¹⁹, prisão por dívida (inadimplemento tributário), o Ministro Celso de Melo, em seu voto, considerou, em 19 de agosto de 1998, que a CADH possuía status de lei ordinária. Porém, no julgamento do HC 87.585-TO²⁰, prisão do depositário infiel, ocorrida em 03 de dezembro de 2008, o Ministro Celso de Melo mudou o seu entendimento sobre o *status* normativo da CADH no ordenamento jurídico brasileiro, considerando-a como um estatuto revestido de hierarquia constitucional. Com isso, propôs que se realizasse o controle de constitucionalidade e convencionalidade das normas infraconstitucionais domésticas.

Outro exemplo que retrata à referida evolução encontra-se evidenciado no voto (vencido) do Vogal, Ministro Edson Fachin, no Julgamento do HC n° 141.949/DF, ocorrido em 13 de março de 2018²¹. O Ministro Edson Fachin advertiu, em seu voto no HC n° 141.949/DF, que à semelhança do art. 331 do Código Penal, os arts. 299 e 300 do Código Penal Militar (tipificação do crime de desacato contra militar no exercício da função ou em razão dela) ferem os princípios da liberdade de expressão e pensamento, positivados no art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Portanto são, igualmente, inconventionais, porque violam o direito à liberdade de expressão, princípio garantido constitucional e convencionalmente.²²

Contudo, o entendimento jurisprudencial do STF e de alguns juristas, se embasam no art. 102, inciso I, alínea “b”, da CF/88 e insistem em considerar sobre a não obrigatoriedade da aplicação dos estabelecimentos

19 BRASIL Supremo Tribunal Federal. **HC n° 77.631-5/SC**, de 19 de agosto de 1998. Voto do Ministro Celso de Melo. Prisão por dívida - inadimplemento de débito tributário. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho80883/false>. Acesso em 12 nov. 2023.

20 BRASIL Supremo Tribunal Federal. **HC n° 87.585/TO**, de 3 de dezembro de 2008. Voto do Relator: Ministro Celso de Mello. Prisão do depositário infiel. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>. Acesso em 12 nov. 2023.

21 BRASIL Supremo Tribunal Federal. **HC n° 141.949/DF**, de 13 de março de 2018. Voto do Vogal: Ministro Edson Fachin. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur383886/false>. Acesso em 12 nov. 2023.

22 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018 a, p. 205.

do art. 8º, item 2, alínea “h” da CADH. Assim, defendem que o duplo grau de jurisdição no processo penal não é uma garantia constitucional, pois não há previsão expressa na Constituição Federal de 1988 que restrinja a existência de processos judiciais em uma única instância de julgamento.

3 Considerações finais

O entendimento de parte da doutrina e da jurisprudência do STF (*Habeas Corpus* nº 79.785-7/RJ e Ação Penal nº 470/MG), não considera a aplicação do instituto (princípio) do duplo grau de jurisdição como obrigatório no processo penal, pois, não há previsão assegurada na Constituição Federal de 1988, não há vedação legal (art. 102, inciso I, alínea “b”, da CF/88) sobre a existência de processos judiciais em uma única instância de julgamento no ordenamento jurídico brasileiro.

O referido entendimento, jurisprudencial e doutrinário, desconsiderou: o Decreto Legislativo nº 27, de 25/09/1992, que ratificou a adesão à Convenção Americana sobre Direitos Humanos; o Decreto Presidencial nº 678, em 06/11/1992, que promulgou a referida ratificação e os estabelecimentos do art. 5º, § 2º, da CF/88, que recepcionou a Convenção Americana de Direitos Humanos. Além disso, também se ignorou: o Decreto Legislativo nº 89, de 03/12/1998, que aprovou a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da CIDH, o Decreto Presidencial nº 4.463/02, de 08/11/2002, que promulgou a declaração de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo Estado brasileiro, e ainda o Decreto nº 7.030/09, que promulgou a ratificação da Convenção de Viena pelo Estado brasileiro. Isso, porque o art. 26 da Convenção de Viena estabelece que todo tratado internacional em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé; e o art. 27, também da referida Convenção, determina que o Estado não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado internacional.

Com isso, a jurisprudência da Corte Interamericana sobre Direitos Humanos também não é observada, pois desconsiderou-se os estabelecimentos do art. 8º, item 2, alínea “h” da CADH e, conforme restou demonstrado, não se realizou o controle de convencionalidade nos casos concretos citados alhures. Portanto, não admitir, em virtude da conexão processual, o direito ao duplo grau de jurisdição a qualquer jurisdicionado, que não detenha o foro por prerrogativa de função, julgar e condená-lo em uma única instância, sem respeitar o seu direito de recorrer a outro juízo

ou tribunal superior é uma afronta aos direitos humanos positivado na Convenção Americana de Direitos Humanos, portanto o Estado brasileiro pode ser julgado e condenado pela CIDH pelo descumprimento das normas da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 470/MG**, de 17 de dezembro de 2012. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, Revisor: Ministro Ricardo Lewandowski. DJe. 22 de abril de 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur228572/false>. Acesso em 22 nov. 2023.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. **HC nº 77.631-5/SC**, de 19 de agosto de 1998. Voto do Ministro Celso de Melo. Prisão por dívida - inadimplemento de débito tributário. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho80883/false>. Acesso em 12 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 79.785-7/RJ**, 29 de março de 2000. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Pub. DJ. 22.11.2002. Ementário nº 2092-2. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102661>. Acesso em 9 nov. 2023.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. **HC nº 87.585/TO**, de 3 de dezembro de 2008. Voto do Relator: Ministro Celso de Mello. Prisão do depositário infiel. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>. Acesso em 12 nov. 2023.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. **HC nº 141.949/DF**, de 13 de março de 2018. Voto do Vogal: Ministro Edson Fachin. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur383886/false>. Acesso em 12 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 466.343/SP**, de 03 de dezembro de 2008. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Relator Ministro Cezar Peluso. Publicação: D.je. 05.06.2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>. Acesso em 22 nov. 2023.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015.

DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2012.

MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos especiais**. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018 a, p. 205.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano – Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 3-56.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação Constitucional**. 9. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

SOARES, Carlo Henrique. Tempestividade jurisdicional e procedimental no Código de Processo Civil brasileiro. In: OMMATI, José Emílio Medauar; DUTRA, Leonardo Campos Victor (Coord.). **Teoria crítica do processo: contributos da Escola de Mineira de Processo para o constitucionalismo democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 49-84.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2012.

BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS: ANÁLISE COMPARATIVA BRASIL E PORTUGAL

Carlos Magno Alhakim Figueiredo Júnior¹

James Ricardo Ferreira Piloto²

Cássius Guimarães Chai³

1 Introdução

O presente trabalho tem foco no tema do branqueamento de capitais, popularmente conhecido como lavagem de dinheiro (termo brasileiro), por ser esse, um fenômeno com crescente relevância jurídico-penal, econômica, política e social em âmbito internacional. Crime típico daquelas situações em que se busca um meio de ocultar dinheiro de atividades criminosas.

É relevante destacar que a doutrina possui diversas concepções definidoras do crime de branqueamento de capitais, na tentativa de aí incluir as suas características essenciais inibindo a camuflagem de situações que se enquadram nesse tipo de crime. E ainda que a legislação criada para combater a criminalidade crescente, também possui um caráter preventivo e punitivo. Esta pesquisa aborda a questão do Direito Comparado em relação as legislações que dispõem sobre o branqueamento de capitais. Buscando investigar em que medida legislação portuguesa em comparação

1 Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais na Faculdade de Direito de Vitória. Mestre em Gestão Social, Educação e Desenvolvimento Regional pela Faculdade Vale do Cricaré. Tabelação de Notas e Registrador Civil no município de São Mateus-ES, email: carlosmaf@gmail.com ; Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9125051543722257>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9840-4681>.

2 Doutorando em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa. Mestre em Direito pela Universidade Portucalense Infante D. Henrique. Graduado em Direito pela Faculdade do Maranhão e em Engenharia Mecânica pela Universidade Federal do Pará. Correio eletrônico jpiloto@uol.com.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9336353799312089>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2524-8729>.

3 Pós-doutor. Doutor em Direito Constitucional (UFMG/Cardozo School of Law/CAPES). Professor Associado UFMA (DEDIR/PPGDIR/CCSO) e (PPGAERO/UFMA). Professor Permanente FDV (PPGD). DGP/CNPq Cultura, Direito e Sociedade (UFMA), Jurisdição e Hermenêutica Constitucional (DGP/CNPq/FDV). Cassius.chai@ufma.br e cassius.chai@fdv.br Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5893-3901>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7954290513228454>.

com a Brasileira influenciam no combate aos crimes de lavagem de capital.

Ocorre que, com a globalização e avanço das tecnologias de informação e comunicação, aumentou o número de casos criminosos envolvendo montantes financeiros elevados onde os indivíduos tentam tomar posse desses valores de forma indevida. De tal modo não é apenas em Portugal, mas a partir da globalização, em todo o mundo, onde há livre circulação de capitais, ocorrem situações que oportunistam a circulação indevida de bens e capitais financeiros. O que motiva a constatare curiosidade epistemológica do tema. Sendo o Direito Comparado, aqui pesquisado, a parcela da ordem jurídica que auxiliará na compreensão do tema, com base em uma pesquisa bibliográfica, com base em documentos, legislações, teorias e doutrinas, encontradas em livros, dissertações e artigos.

2 Legislação portuguesa: branqueamento de capitais

Em Portugal, a criminalização do branqueamento de capitais iniciou-se pelo Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro, conhecido como Lei de Drogas, transportou para ordenamento jurídico interno a Convenção de Viena, que criminalizou o branqueamento de capitais, tendo como único crime antecedente, o tráfico de entorpecentes. (AZAMBUJA, 2013). O objetivo do Decreto era criminalizar o branqueamento de capitais proveniente, principalmente, do tráfico internacional de drogas. (SCHORSCHER, 2012). No mesmo ano, surge, o Decreto-Lei n.º 313/93, de 15 de setembro, que é o deslocamento para o ordenamento português da Diretiva 91/308/CEE, sobre a precaução do emprego do complexo financeiro para efeitos de branqueamento de capitais, que determina sanções quando se está diante da transgressão da lei. (SOUSA, 2015)

O Decreto-Lei, acima citado, foi alterado pelo Decreto-Lei n.º 325/95, de 2 de dezembro, e aumentou a criminalização do crime de lavagem de capitais que fossem derivados de outros crimes que não o tráfico de drogas e alargou o rol de entes sujeitos aos deveres de prevenção e repressão deste crime. Na sequência, o Decreto-Lei sofreu alterações em virtude da Lei n.º 65/98, de 2 de setembro, do Decreto-Lei n.º 275-A/2000, de 9 de outubro, da Lei n.º 104/2001, de 25 de agosto e do Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17 de dezembro. (CARVALHO, 2016). O Decreto-Lei n.º 325/95, trouxe progresso para Portugal pois inseriu mais crimes no rol antecedente e começou a penalizar o branqueamento de capitais oriundos de crimes de terrorismo, tráfico de armas, extorsão de

fundos, rapto, prostituição, corrupção e outros crimes presentes na Lei nº 36/94 de 29 de setembro. Posteriormente, a Lei 65/98, de 2 de setembro alargou o rol do Decreto-Lei nº 325/95 para a inclusão das infracções de tráfico de menores e de pessoas, prostituição de menores e fraude fiscal e pela Lei nº 10/2002. (AZAMBUJA, 2013)

O surgimento da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro de 2002, foi de extrema relevância, devido à atualização da lei antecedente, especificando o regime de colheita de provas, quebra do sigilo profissional e perda de bens oriundos de alguns crimes para o Estado. Tal lei tem sido alterada ao longo dos anos, e, a Lei n.º 30/2017, de 30 de maio é a mais atual. Mas, antes de adentrar na Lei supra citada, vale ressaltar que no ano de 2002, surge também a Instrução n.º 24/2002, do Banco de Portugal, que fixa o princípio da territorialidade previsto no Decreto-Lei n.º 313/93, de 15 de setembro, determinando que as normas de prevenção e de repressão do crime em questão são aplicadas às demais agências e o relatório enviado por estas agências, situadas em território português, e com sede em outro Estado-membro da União Europeia, com o propósito de ter o informe dos parâmetros adoptados na agência para a prevenção do crime de branqueamento de capitais. (SOUSA, 2015).

Com a promulgação da Lei n.º 11/2004, tem-se o deslocamento da Diretiva 2001/97/CE e a atualização do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro. E como principais mudanças vê-se a seleção de um novo nome para o tipo ilícito: branqueamento de vantagens de proveniência ilícita. (SOUSA, 2015). A Lei n.º 11/04, de 27 de março foi de extrema importância para o país, pois foi em virtude desta Lei que o crime de branqueamento passou a constar do Código Penal Português, no artigo 368.º - A. Esta lei, também, trouxe um detalhamento dos deveres que entidades financeiras e não financeiras deveriam cumprir, além de aumentar o rol de pessoas que deveriam cumprir estes deveres e definiu as penalidades correspondentes ao descumprimento da Lei.

As instituições de crédito e de pagamento tiveram o Aviso n.º 11/2005, do Banco de Portugal, de 21 de julho direcionado a elas e este aviso era sobre as regras de abertura de contas de depósitos bancários, para que houvesse mais cuidado com a identificação da clientela. (BANCO DE PORTUGAL, 2005). O aviso é revogado pelo Aviso n.º 5/2013, do Banco de Portugal. A instrução 26/2005 tinha como objetivo transformar os mecanismos preventivos da utilização do sistema financeiros português em sistemas mais eficazes e ainda ressaltava a importância de conhecer profundamente seu cliente, a fim de evitar a concretização de tais crimes.

(BANCO DE PORTUGAL, 2005). Esta instrução foi revogada pela Instrução n.º 3/2007, do Banco de Portugal.

No dia 15 de junho de 2017, entrou em vigor o Decreto-Lei n.º 61/2007, que desloca o Regulamento n.º 1889/2005 da CE, de 27 de outubro, e trata da importância de declarar o transporte de dinheiro, igual ou superior a 10.000€, que entre ou saia do território português, independentemente de onde veio e para onde vai. (SOUSA, 2015). Com o surgimento da Lei n.º 25/2008, que tem como objetivo trazer para o ordenamento jurídico português a Diretiva 2005/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro, e a Diretiva 2006/70/CE, da Comissão, de 1 de agosto, tratativas relacionadas a evitar a utilização do sistema financeiro e outros mecanismos, para lavagem de dinheiro e de incentivo financeiro ao terrorismo (SOUSA, 2015), esta lei tornou-se de muita valia e tem sido objeto de atualizações, sendo que a última atualização foi com a Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto.

O Regulamento n.º 1781/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de novembro foi transposto pela lei n.º 125/2008, de 21 de julho. Este regulamento é sobre informações do requerente, que devem seguir as transferências de valores (SOUSA, 2015). O Aviso n.º 5/2008, do Banco de Portugal, que trata da eliminação da duplicidade dos requerimentos dos relatórios para o Banco de Portugal e para a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários por meio do encontro da sua estrutura, conteúdo e prazo de reportes e remodela as exigências do controle interno das instituições sujeitas à supervisão. No ano de 2012 esse aviso é atualizado, com o objetivo de dar mais independência e amplificar as informações prestadas ao Banco de Portugal no Relatório de Prevenção do Branqueamento de Capitais e Financiamento do Terrorismo de modo a garantir o cumprimento dos deveres assumidos pela Lei n.º 25/2008. Aviso este que, por sua vez, também é alterado pelo Aviso n.º 2/2014, do Banco de Portugal. (SOUSA, 2015).

A Lei n.º 25/2008, de 5 de junho reestruturou o ordenamento jurídico português de precauções e punições do combate à lavagem de dinheiro de origem criminosa, surgindo um aglomerado de regras e procedimentos administrativos legislam sobre um conjunto promissor de entidades públicas e pessoas privadas como maneira de estares ativamente prevenindo quanto ao crime de branqueamento de capitais. É a Lei vigente na luta contra o Branqueamento de Capitais e do Financiamento ao Terrorismo, no território português (CARVALHO, 2016). A Portaria n.º 41/2009, de 13 de janeiro traz uma lista dos países ou jurisdições que

tem regimes jurídicos equivalentes ao de Portugal sobre os procedimentos impostos em matéria de prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento ao terrorismo e a respectiva vigilância. (SOUSA, 2015).

O Aviso n.º 5/2013, de 18 de dezembro, do Banco de Portugal, esclarece sobre as obrigações oriundas da Lei n.º 25/2008 aos destinatários do Aviso n.º 5/2013: as instituições de crédito, sociedades financeiras, instituições de pagamento e instituições de moeda eletrônica com sede em Portugal e as sucursais de entidades estrangeiras localizadas, em Portugal, sem esquecer as entidades prestadoras de serviços postais que ofereçam ao público serviços financeiros relacionados com matérias referentes à supervisão do Banco de Portugal. (BANCO DE PORTUGAL, 2013).

A Lei n.º 55/2015, de 23 de junho, dispõe sobre mais uma alteração à Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, que fixa critérios de combate à criminalidade organizada e econômico-financeira, para que envolva todos os crimes relacionados com o terrorismo, fazendo apenas uma mudança ao art.º 1.º acrescentando à alínea b) ao Terrorismo e às organizações terroristas o terrorismo internacional e o financiamento do terrorismo (LEI N.º 55/2015)

Este crime está retratado no CP português, art.º 368.º - A. Segundo o n.º 1 é culpado quem participe, sob qualquer forma, nos crimes de “lenocínio, abuso sexual de crianças ou de menores dependentes, extorsão, tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, tráfico de armas, tráfico de órgãos ou tecidos humanos, tráfico de espécies protegidas, fraude fiscal, tráfico de influência, corrupção e demais infrações ... e dos factos ilícitos típicos puníveis com pena de prisão de duração mínima superior a seis meses ou de duração máxima superior a cinco anos, [...]”. (SOUSA, 2015, p. 5).

Um aspecto interessante da Lei portuguesa de lavagem de capitais é a barreira que se impõe no tocante à pena da ocultação ao máximo da censura prevista para o crime anterior. Desta forma, em Portugal, acentua-se o caráter acessório do branqueamento em relação ao crime que realmente produziu os valores ilícitos. (LAUFER, 2012). A evolução legislativa apresentada se deve ao fato de que com o desenvolvimento de novas tecnologias, a capacidade da criminalidade também evoluiu, fazendo-se com que os Estados procurem sempre estar atualizados com as técnicas utilizadas pelos criminosos para inserir valores e bens ilícitos como lícitos na economia. Essencial, portanto, a análise da evolução legislativa de Portugal para que se proceda à comparação com o Brasil.

3 Legislação brasileira: lavagem de capitais

No Brasil somente em 1998 criou-se uma Lei para regulamentar e criminalizar a prática do branqueamento de capitais, denominada lavagem de dinheiro no ordenamento jurídico brasileiro, em 3 de março de 1998 é promulgada a Lei nº 9.613/98 que sofreu alterações em 2002 e 2003. Segundo Azambuja (2013, p. 75-76) após a participação da Brasileiras na Assembleia Geral da OEA, onde foi aprovado o Regulamento Modelo sobre Delitos de Lavagem de Dinheiro Relacionados com o Tráfico Ilícito de Drogas e Delitos Conexos, produzidos pela CICAD, onde fica aconselhado que todos os Estados-Membros adequem suas legislações. Após 1994, igualmente no âmbito da OEA, o Brasil apresentou um plano de Ação que visava a ratificação da Convenção de Viena e sancionar como ilícito penal a lavagem de dinheiro proveniente de crimes graves. Pressionado internacionalmente, o Brasil assinou a Declaração de Princípios relativos à tipificação do delito e regras processuais especiais, durante a Conferência Ministerial sobre a lavagem de Dinheiro e Instrumentos do Crime realizada em Buenos Aires, em 2 de dezembro de 1995.

Certo é que, no Brasil, a legislação promulgada para a prevenção e o combate à lavagem de dinheiro também seguiu a estratégia político-criminal internacional, revela Schorscher (2012, p. 58). “Buscando estabelecer uma regulamentação mais rigorosa do que já então encontrada na tipificação dos crimes de receptação e favorecimento para aqueles delitos tidos como caracteristicamente transnacionais e particularmente nocivos”. Esta Lei foi de grande importância para o sistema legislativo brasileiro no que se refere ao crime de lavagem de dinheiro haja vista que apresentou em seu bojo mais de uma espécie delitiva demonstrando a intenção do legislador em ampliar a incidência do crime ao máximo de condutas possíveis.

A Lei Brasileira nº 9.613/98 tipificou a lavagem de dinheiro com base nas orientações do Direito Internacional. “O tipo básico da lavagem de capitais (artigo 1º), apenado com três a dez anos de reclusão, é previsto como a conduta de “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, Direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente” dos crimes antecedentes” (LAUFER, 2012 p. 95). Todavia, na visão de Laufer (2012) é importante ressaltar que diferentemente do que ocorre nas legislações examinadas no tópico anterior, a Lei 9.613/98 não previu a modalidade culposa da lavagem de dinheiro, o que implica, segundo o artigo 18, parágrafo único, do Código Penal, que a punibilidade só estará presente em caso de dolo,

direto ou eventual.

Outro ponto relevante foi a Lei Brasileira n° 12.683 que alterou a Lei 9.613/98 e proporcionou a criação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF – um órgão interno do Ministério da Fazenda, criado para coordenar e propor mecanismos de cooperação e de troca de informações que viabilizem ações rápidas e eficientes no combate ao branqueamento de capitais, com o intuito de disciplinar, examinar, aplicar penas administrativas e identificar casos suspeitos de atividades ilícitas ligadas a lavagem de dinheiro, sem prejuízo da competência de outros órgãos.

Este é o sistema preparado pelo legislador brasileiro, afirma Laufer (2012), foi criado para em atendimento aos tratados internacionais assinados pelo país, incriminar a lavagem de capitais como delito autônomo e combatê-lo em cooperação com os órgãos internacionais – principalmente o GAFI. Notadamente, percebe-se que o legislador brasileiro, seguindo as diretrizes da Convenção de Viena e outros tratados internacionais, abriu, na legislação, espaço para a inserção de outros delitos não alistados na lista, quando praticados por organizações criminosas.

Em 2012, a Lei n° 9.613, de 1998, foi alterada pela Lei n° 12.683, de 2012, que, trouxe importantes avanços para a prevenção e combate à lavagem de dinheiro, dentre as quais, a extinção do rol taxativo de crimes antecedentes, admitindo-se agora como crime antecedente da lavagem de dinheiro qualquer infração penal, e, ainda, a inclusão das hipóteses de alienação antecipada e outras medidas assecuratórias que garantam que os bens não sofram desvalorização ou deterioração. Em vista disso, a Receita Federal, destaca Barros (2007) tem apertado o cerco contra investidores estrangeiros sediados em “paraísos fiscais”, obrigando-os a pagar impostos em implicações de renda fixa (títulos) e variável (ações e fundos de investimentos), exigência que não se aplica aos demais investidores estrangeiros.

Quanto ao ordenamento jurídico brasileiro, percebe-se que a legislação que rege o mercado financeiro procura ser rígida, sendo que atualmente, a lei de lavagem de dinheiro apresenta uma característica intervencionista, o que dificulta a ação dessa prática pelo país, inibindo que investidores estrangeiros criminosos queiram levar seus investimentos, frutos de crimes diversos, para o país.

4 Análise comparativa do branqueamento de capitais: Portugal, Brasil

A globalização, fenômeno irreversível que permeia relações comerciais, econômicas, sociais e financeiras em todas as partes do mundo, também está presente nos atos praticados pelas pessoas que usam os recursos financeiros de forma especulativa, inclusive desenvolvendo práticas que contrariam as regras postas nos diversos países.

O fenômeno da globalização e a consequente abertura e expansão dos mercados que passaram se organizar de forma a quebrar barreiras alfandegárias e a abolir fronteiras outrora fechadas, bem como a facilidade dos meios de transportes e das comunicações à distância, permitam não só uma repercussão nos procedimentos lícitos, como também nas práticas criminosas.

Este fenômeno de proporções mundiais entende que a criação de um mercado onde não há fronteiras permite que os criminosos tirem partido das fragilidades do sistema internacional, aproveitando a vulnerabilidade dos países mais fracos. Segundo Carli (2006, p. 62) “[...] se não podemos mais falar em fronteiras ou espaços para a lavagem de dinheiro, isso implica em um aumento de dificuldade em detectar e impedir a prática”.

Nesse contexto, na visão de Rodrigues (2016) o branqueamento surgiu como uma das consequências mais influenciadas por este processo globalizado. Como já foi dito anteriormente, no capítulo 1, com o desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação de massa, alteraram-se as noções de tempo e espaço da sociedade contemporânea, vivemos no mundo da simultaneidade proporcionada pelas tecnologias.

Devido a globalização o problema do branqueamento de capitais atinge níveis internacionais, o que provoca o debate sobre as diferentes aplicações do Direito em relação a tipificação e sanção deste crime, conforme mostra a tabela abaixo.

Tabela 1 - Comparação da legislação de Portugal e Brasil sobre Branqueamento de Capitais

	Portugal	Brasil
Código Penal	Art.º 368.º -A	-
Lei em vigor	Lei n.º 118/2015	Lei n. 12.683/2012
Definição de branqueamento de capitais	Operação de conversão ou transferência de vantagens, por si ou por terceiro, direta ou indiretamente, com o fim de dissimular a sua origem ilícita, ou de evitar que o autor ou participante dessas infrações seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reação criminal”, e quem “dissimular a verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou titularidade das vantagens, ou os direitos a ela relativos	Forma de ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.
Sanção pela prática do branqueamento de capitais	2 - 12 anos	3 - 10 anos, advertência, e/ou multa, bloqueio de bens, cassação ou suspensão do registro.
Obrigação de comunicar	Sim	Sim
Sanção pela não comunicação	Sanções pelo não cumprimento Coima entre 50 000€ e 5 000 000€ e possível interdição/ inibição das funções até 3 anos	Multa.
Prazo da conservação de documentos	7 anos	Mínimo de 5 anos
Comunicação de transações	Em caso de suspeita, e em caso de transações de elevado risco com montantes = 5 000€	Devem ser comunicadas ao COAF todas as operações e propostas mencionadas no artigo 11 da Lei nº 9.613, de 1998, observadas as orientações contidas nos normativos específicos emitidos pelos órgãos reguladores das respectivas pessoas físicas e jurídicas sujeitas à referida Lei.
Vigilância reforçada para pessoas politicamente expostas (fora do território)	Sim	Sim

Casinos: identificação dos clientes na compra/venda de fichas de jogos superiores a:	2 000 €	-
Obrigação de identifica�o do beneficiário efetivo	Sim	Sim
Apreensão do produto do branqueamento de capitais	Sim	Sim
Obrigatoriedade de declarar movimentos transfronteiras	10 000€ (art.º 3 Decreto-Lei n.º 61/2007, de 14 de março)	I – Qualquer opera�o que envolva o pagamento ou recebimento de valor igual ou superior a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) ou equivalente em outra moeda, em espécie, inclusive a compra ou venda de bens móveis ou imóveis que integrem o ativo das pessoas jurídicas de que trata art. 1.º; II – Qualquer opera�o que envolva o pagamento ou recebimento de valor igual ou superior a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), por meio de cheque emitido ao portador, inclusive a compra ou venda de bens móveis ou imóveis que integrem o ativo das pessoas jurídicas de que trata o art. 1.º; III - qualquer das hipóteses previstas na Resolu�o COAF n.º 15, de 28.3.2007; e IV – Outras situa�oes designadas em ato do Presidente do COAF

Fonte: autoria dos pesquisadores.

A tipifica o do crime de branqueamento de capitais no C digo Penal n o acontece nos Estados pesquisados. No Brasil, a tipifica o apresentada nos decretos, segundo doutrinadores, n o se enquadra no Art. 366 do C digo de Processo Penal.   correto afirmar, com base nos dados da tabela, que a primeira similaridade percept vel nesses Estados   a evolu o da legisla o que atua na preven o e combate dos crimes de branqueamento de capitais. No que se relaciona com o conceito de branqueamento de capitais adotados pelos Estados, o ideal seria que todos

adotassem a orientação da GAFI, que conceitua a lavagem de dinheiro como o processo que tem por objetivo disfarçar a origem criminosa dos proveitos do crime. Laufer (2012) considera relevante citar que de maneira bastante parecida com a lei portuguesa, o legislador brasileiro também estipulou um aumento de pena para a hipótese de o crime ser cometido de forma habitual ou por intermédio de organização criminosa.

De forma parecida com o *Money Laundering Control Act*, a lista de crimes antecedentes da Lei brasileira (artigo 1º, incisos I a VIII) é fechada, ao contrário do que ocorre em Portugal (LAUFER, 2012). O primeiro crime prévio, sintomaticamente, é o tráfico de drogas, mas a enumeração ainda inclui o terrorismo (ainda não definido nem apenado no ordenamento brasileiro) e seu financiamento, o contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção, a extorsão mediante sequestro, os crimes contra a administração pública.– inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos –, todos os delitos contra o sistema financeiro nacional (Lei n. 7.492/86), os crimes praticados por organização criminosa, bem como os crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira (arts. 337-B, 337-C e 337-D do Código Penal).

É interessante destacar que existem países como a Suíça que segundo Sousa (2015) a evasão fiscal não é um crime, ao contrário de Portugal e Brasil, o que leva a que os pedidos de cooperação internacional em relação a estes casos acabam por não ser respondidos. Para evitar esta falta de cooperação, a Suíça já tem acordos com alguns países o que também permite que no fim de um processo o dinheiro confiscado acabe por ser devolvido ao país onde o crime foi praticado (Jeanneret et al., 2003). Fica evidente com a pesquisa, que a constante inovação da tecnologia e a mudança de estratégia dos criminosos dificulta a tipificação dos crimes e a apreensão dos criminosos, deixando a sociedade cada vez mais descrente da justiça.

5 Considerações finais

A globalização é considerada a mola impulsora para a evolução da criminalidade organizada, segundo os doutrinadores pesquisados. Fica também evidente que o desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação contribuíram, significativamente, para aumentar o número de organizações criminosas para atuarem no branqueamento de

capitais em todo o mundo. Isso porque contribuiu com o aparecimento novas formas criminais emergiram caracterizadas por não se limitarem a fronteiras e espaços físicos limitados, o que faz necessário cada vez mais, em contrapartida, a evolução dos meios de combate a crimes desta natureza.

Devido a sua indispensabilidade de recursos para que se mantenham ativos, as organizações criminosas que auferem lucros ilícitos necessitam inquestionavelmente desses meios ardilosos para tornarem este capital “lícito” para terem recursos suficientes para se manterem atuantes e até mesmo expandirem seus negócios.

De tal modo, mister que as nações, se fortifiquem e se armem juridicamente na luta contra o branqueamento de capitais deve ser no âmbito legislativo e de cooperação a um nível internacional. Pois a falha na eficácia de uma política interna atuante atingiria tanto a estabilidade quanto a credibilidade dos sistemas econômicos e financeiros dos países envolvidos, atuando firmemente por todas as fases da lavagem/branqueamento de ocultação, dissimulação e integração. O branqueamento de capitais, mesmo diante da complexidade de tomar uma definição só para tratar da questão em todos os países, arrisca-se a conceituá-lo como o processo de depuração de um dinheiro ilícito em lícito. Porém conclui-se que o branqueamento de capitais está longe de comportar uma definição unânime a nível internacional. Visto que em alguns países, acentuam a importância da integração desses capitais em atividades econômicas lícitas.

Em relação ao estudo do Direito Comparado das legislações de Portugal, e Brasil, é notório que os esforços dos Estados são centralizados tanto em evolução da legislação nacional bem, como em melhorar os instrumentos jurídicos internacionais – pactos, tratados, acordos internacionais – que possam dar alguma mais efetiva resposta à criminalidade.

Referências

AZAMBUJA, Sofia Alves de Matos. **Braqueamento de capitais.**

Dissertação de mestrado. Universidade autónoma de Lisboa. Lisboa. 2013.

BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de capitais:** crimes, investigação, procedimento penal e medidas preventivas. 5 ed. Curitiba: Juruá. 2017.

Banco de Portugal. **Aviso n.º 11/2005 do Banco de Portugal, de 21 julho**. [Consult. 15 novembro 2023], disponível em <https://www.bportugal.pt/aviso/112005>

Banco de Portugal. **Aviso n.º 5/2013 do Banco de Portugal, de 18 de dezembro**. [Consult. 15 novembro 2023], disponível em <https://www.bportugal.pt/aviso/52013>

BANCO DE PORTUGAL. **Branqueamento de Capitais e financiamento do terrorismo**. [Consult. 16 novembro 2023]. Disponível em <https://www.bportugal.pt/page/branqueamento-de-capitais-e-financiamento-do-terrorismo>.

CARLI, Carla Veríssimo de. **Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso**. [Consult. 12 novembro 2018]. Dissertação de Mestrado. Faculdade de direito da Pontifícia Universidade Católica do rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2006. Disponível em <http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4797/1/385247.pdf>

CARVALHO, Ana Margarida Marques Mateus de. **Branqueamento de capitais**. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito. Universidade Católica Portuguesa. Escola de Lisboa. Lisboa. 2016.

INSTRUÇÃO n.º 26/2005 do Banco de Portugal. [Consult. 16 novembro 2023]. Disponível em <https://www.bportugal.pt/instrucao/262005-1>

LAUFER, Christian. **Da lavagem de dinheiro como crime de perigo: bem jurídico tutelado e seus reflexos na legislação penal brasileira**. Dissertação de Mestrado. Universidade do Paraná. Curitiba. 2012.

Lei n.º 25/2008 de 5 de junho. **Diário da República n.º 108 -I Série**. [Consult. 16 novembro 2023]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=991&tabela=leis

Lei n.º 55/2015 de 23 de junho. **Diário da República n.º 120 -Série I**. [Consult. 16 novembro 2023]. Disponível em https://dre.pt/home/-/dre/67541736/details/maximized?p_auth=u6EReWnj

MASCIANDARO, Donato. (2007). **Economics of money laundering: A primer**. [Consult. 15 novembro 2023]. Paolo Baffi Centre Bocconi University Working Paper 171, (pp. 1-22). Disponível em <http://www2.econ.uu.nl/users/unger/papers/Masciandaro.pdf>

RODRIGUES, Lilian. **Problemáticas em torno do crime de branqueamento**. [Consult. 11 novembro 2023]. Revista Jurídica

Portucalense. nº 20. Porto. 2016. Disponível em www.revistas.rcaap.pt/juridica/article/download/9742/7506

SCHORSCHER, Vivian Cristina. **A criminalização da lavagem de dinheiro: críticas penais.** Tese de doutorado. Faculdade Direito da USP. São Paulo. 2012.

SOUSA, Adriana Raquel da Costa e. **Branqueamento de capitais: enquadramento legal e análise comparativa.** Dissertação de Mestrado. Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto. Instituto Politécnico do Porto. Porto. 2015.

XIMENES, Julia Maurmann; CALAHORRO, Augusto Aguilar Calahorro. (Orgs.). **Direito constitucional europeu.** [Consult. 11 novembro 2023]. Brasília: IDP, 2014. Disponível em <http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal-de-ebooks>.

DIREITO PENAL E SOCIEDADE DE RISCOS: REFLEXÕES E DESAFIOS

Vivalde Levesse Ferreira Júnior¹

1 Introdução

Neste capítulo, busca-se identificar as principais características da sociedade do risco desenhadas pelo sociólogo alemão Ulrich Beck e apontar a influência que esse modelo de organização social exerce sobre o direito penal, sobretudo no tocante à problemática da criação de novos bens jurídicos de caráter supraindividual, responsáveis pela expansão do Direito Penal.

A grande preocupação é demonstrar que o anseio por segurança, diante dos novos riscos, implica na criação de uma relação completamente oposta entre garantias e efetividade, o que se expressa por meio da tese de que o endurecimento das leis é fundamental para garantir a segurança dos cidadãos, ainda que, ao final, isso implique em sacrifício de garantias penais e processuais dos acusados pela prática de delitos que coloquem em risco a sociedade como um todo.

Com fundamento nessa discussão sobre o tema, procura-se respostas a alguns questionamentos: i) O direito penal pode ser utilizado como instrumento de resolução dos novos problemas apresentados pela sociedade de risco? ii) Sua dogmática atual é compatível com as modificações propostas pela doutrina? iii) A expansão que está acontecendo dentro e fora do tipo penal encontra-se em harmonia com o sistema garantista?

O registro das respectivas respostas, aliado à análise de temas correlatos, será objeto de análise nos tópicos subsequentes.

2 A sociedade de risco

A “sociedade de risco” é um termo empregado para descrever o modo pelo qual a sociedade moderna se organiza em resposta ao risco. Como dito,

¹ Delegado de Polícia Civil em Minas Gerais. Pós Graduado em Ciências Criminais pela PUC/MG. E-mail: vivaldelf@gmail.com

o termo foi criado por Ulrich Beck, em seu livro *Risikogesellschaft*, onde o autor explica as origens e as consequências da degradação ambiental no centro da sociedade moderna.

Todavia, é cediço que os riscos inerentes à sociedade não estão ligados apenas à degradação do meio ambiente, mas também outros aspectos como a manipulação genética, aos riscos nucleares, entre outros, e tais ameaças colocam em perigo a própria existência da humanidade.

O modelo de sociedade, desenvolvido após a Revolução Industrial, é comumente intitulado de sociedade do risco. Isso acontece porque vivemos um momento em que a economia rapidamente sofre variações e a sociedade passa por constantes avanços tecnológicos, proporcionando, por um lado, conforto e bem estar e, por outro, apresenta um aspecto negativo, qual seja o incremento dos riscos a que estamos submetidos.

Nesse contexto, para Jesús-Maria Silva Sánchez:

[...] a sociedade atual aparece caracterizada, basicamente, por um âmbito econômico rapidamente variante e pelo aparecimento de avanços tecnológicos sem paralelo em toda a história da humanidade. O extraordinário desenvolvimento da técnica teve, e continua tendo, obviamente, repercussões diretas em um incremento do bem-estar individual. Como também as têm a dinâmica dos fenômenos econômicos. Sem embargo, convém não ignorar suas consequências negativas [...] (SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal na sociedade pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 28-29).

Como se vê, quanto mais se desenvolve o processo de modernização, mais evidenciada fica a sociedade de risco. Os fenômenos provocados pela sociedade de risco produzem ameaças que questionam e, também, destroem as bases da sociedade industrial.

Abram-se parênteses para compreender sobre o que Ulrich Beck denominou de “modernização reflexiva”, tema bastante presente nos tempos atuais.

Para ele, a modernidade reflexiva pode ser compreendida como o período no qual a sociedade se encontra em risco em razão da constante evolução técnica da fase anterior (modernidade simples). Vale dizer, a reflexividade significa que a civilização colocou em perigo a si mesma, pois o progresso desencadeou uma produção de novos riscos que se revestem de uma importância inédita e particular.

Assim, esse processo de modernidade reflexiva é, efetivamente,

um confronto das bases traçadas durante o período industrial com as consequências da própria modernização. Esse embate, todavia, não foi advindo de uma necessidade de oposição ao modelo industrial, mas do seu próprio desenvolvimento desmedido, que provocou efeitos e ameaças que não puderam ser assimilados pela racionalidade da época industrial.

O sociólogo Ulrich Beck identificou, na atual civilização, a existência de três espécies de riscos:

- a. Os riscos de perigos globais: Estão vinculados à destruição ecológica causada pelo alto desenvolvimento industrial como, por exemplo, a destruição da camada de ozônio, o efeito estufa, os efeitos da manipulação genética, a manipulação da energia nuclear, etc.
- b. Os riscos que derivam da pobreza: Relacionam-se à destruição ecológica advinda do subdesenvolvimento e riscos de um processo não concluído de industrialização. Tais riscos podem ser exemplificados ao mencionar os perigos originários da utilização de tecnologia ultrapassada, como a forma de produção que gera elevado índice de poluentes, os acidentes em usinas atômicas e químicas em países subdesenvolvidos.
- c. Riscos das armas de alto poder destrutivo: Tais armas químicas, biológicas e nucleares escaparam das antigas estruturas de controle das superpotências e tornaram-se uma ameaça destrutiva muito presente. Em razão dessas circunstâncias, teme-se, além dos riscos de conflito militar entre países, os riscos advindos do terrorismo.

É evidente que o fato de se viver em uma sociedade denominada de risco significa que os descontrolados avanços econômicos e tecnológicos e da ciência no geral, apesar de proporcionarem maior facilidade para a vida humana, ameaçam a sua própria existência.

Vivencia-se um sentimento de permanente insegurança originada justamente em decorrência dos avanços e produtos decorrentes da ciência, que transformam a novidade em realidade, submetendo a população a perigos até então desconhecidos e que fogem do controle da capacidade humana.

Todos esses pontos abordados exerceram bastante influência sobre a evolução do Direito Penal, estimulando-o a criar uma situação expansionista para que se alcance o controle da criminalidade e proporcione à população a segurança tão almejada.

3 A influência da sociedade de risco no Direito Penal

O alemão Ulrich Beck apresentou relevantes questionamentos acerca da sociedade de risco e muitos deles nortearam e embasaram diversos trabalhos de doutrinadores do direito penal, criando-se a denominada expressão “Direito Penal do Risco”.

A finalidade do direito penal ligado ao risco é a proteção dos bens jurídicos de caráter supraindividual ou transindividuais, como a criminalização de condutas relacionadas à proteção de dados, a ameaça à natureza, os perigos da tecnologia genética, ao consumidor, ao patrimônio público, dentre outros. Antes buscava apenas a tutela de bens jurídicos de caráter individual, como a vida, o patrimônio, a honra etc.

Nesse sentido, verifica-se uma ampliação do conceito de bem jurídico, que passa a abranger não somente os delimitados bens jurídicos individuais, mas também os imprecisos bens jurídicos de caráter difuso.

O professor Jesús-Maria Silva Sanchez, do mesmo modo, alerta para a proteção de bens jurídicos supraindividuais:

[...] Assim, a combinação da introdução de novos objetos de proteção com antecipação das fronteiras da proteção penal vem propiciando uma transição rápida do modelo “delito de lesão de bens individuais” ao modelo “delito de perigo (presumido) para bens supraindividuais, passando por todas as modalidades intermediárias. Os legisladores, por razões como as expostas, promulgaram e promulgam numerosas novas leis penais, e as respectivas *rationes legis*, que obviamente não deixam de guardar relação – ao menos indireta – com o *contexto* ou prévias da fruição de bens jurídicos individuais mais clássicos, são elevadas de modo imediato á condição de bens penalmente *protegiáveis* (dado que estão *protegidos*). Assim, junto aos delitos clássicos, aparecem outros muitos, no âmbito socioeconômico de modo singular, que recordam muito pouco aqueles. Nesse ponto, a doutrina tradicional do bem jurídico revela – como mencionado anteriormente – que, diferentemente do que sucedeu nos processos de despenalização dos anos 60 e 70, sua capacidade crítica no campo dos processos de criminalização como os que caracterizam os dias atuais – e certamente o futuro – é sumamente débil (SÁNCHEZ, Jesús- María Silva, op. cit., p. 113) .

Por certo, para a proteção penal desses novos bens jurídicos, foi necessária a operacionalização da tutela penal de maneira distinta do paradigma tradicional, afastando-se, cada vez mais, a necessidade da presença de efetivas lesões ao bem jurídico para a criminalização de condutas apenas supostamente perigosas.

Observa-se, com o aparecimento de novos riscos, que a punição

de condutas que lesionem a bens jurídicos passou para a sanção de ações referentes à transgressão a uma norma organizativa, sem a necessidade de uma lesão em concreto ao bem jurídico. Essas normas traduzem-se em proibições com finalidade autônoma, que vedam ações humanas não por serem lesivas a um bem, mas quando possam dificultar o alcance de um determinado objetivo pelo Estado.

Assim, a proteção de bens jurídicos de natureza supraindividual, além de confrontar com a noção clássica individualista de bem jurídico, provoca a substituição da tutela de bens concretos para a proteção de funções, instituições e modelos de organização, sobrando ao Direito Penal ser um reforço às normas e funções administrativas.

Nessas circunstâncias, os tipos penais passaram a ser criados não como uma descrição a um fato, mas sim a partir da violação de regras técnicas e burocráticas da administração do bem, ou seja, tipificam comportamentos que se supõem nocivos e desviantes menos pelo impacto que causam e mais por significarem uma violação ao padrão de segurança estabelecido.

Desse modo, o injusto estará muito mais ligado ao desvalor da ação que viola o *standard* de segurança do que ao desvalor do resultado – que se torna cada vez mais difícil de identificar e mensurar.

Todos esses questionamentos ocorrem porque o Direito Penal da Sociedade do Risco se mostra voltado à ideia de segurança, tendo como função evitar a prática de condutas que possam gerar riscos. Entende-se que a ‘sociedade do risco’ ou ‘da insegurança’ conduz, pois, ao ‘Estado vigilante’ ou ‘Estado da prevenção’, ainda que, nesse contexto policial-preventivo, a barreira de intervenção do Estado nas esferas jurídicas dos cidadãos se adiante de modo substancial.

Portanto, se adentra no campo dos delitos de perigo, sobretudo aos de perigo abstrato. Por esses motivos, o problema da tutela preferencial dos bens supraindividuais não reside tanto na eleição desses bens para a atual configuração do (hipertrofiado) Direito penal, senão sobretudo na forma (a técnica) da tutela, excessivamente adiantada (v.g.: perigo abstrato, infração de mera desobediência etc.)

4 A tensão entre o Direito Penal da sociedade de risco e o paradigma penal clássico

O Direito Penal constitui-se um importante instrumento com vistas à proteção de bens jurídicos de maior envergadura no seio social. Na medida em que surgem novos bens jurídicos a serem protegidos, nasce, de outro lado, a necessidade de expansão desse mecanismo, com o objetivo de promover sua efetiva proteção por meio da introdução e aplicação de novas normas penais com maior vigor.

Começando das premissas político-criminais em questão, pode-se identificar, como objeto do problema, a tensão entre a adequação do direito penal ao novo modelo de sociedade de risco e a ameaça aos princípios e garantias penais presentes no modelo clássico.

A adoção, na esfera penal, desses bens jurídicos supraindividuais em detrimento à repressão pontual de lesões concretas a bens jurídicos individuais, abala tanto a noção clássica de bem jurídico quanto aos princípios de índole liberal, como os da lesividade ou ofensividade, da subsidiariedade, da intervenção mínima, da fragmentariedade.

Essa forma de atuação afasta-se do ideal clássico da necessidade de dano a um bem efetivamente representado e, por consequência, da noção segundo a qual a tutela penal somente deve intervir quando se revelar socialmente necessária à comunidade.

A estrutura da imputação presenciada na nova sociedade de risco, baseada em delitos que não exigem resultado, está bastante distante do postulado tradicional da necessária danosidade a bens concretamente representados e relacionados a pessoas.

Nota-se, então, uma alteração no eixo de proteção jurídico-penal, passando de uma vertente voltada à tutela de bens jurídicos de titularidade individualizada e de conteúdo concreto em direção a outro modelo relacionado à proteção penal direcionada a bens de titularidade abstrata, de conteúdo mais amplo.

As peculiaridades dos bens jurídicos supraindividuais com conteúdo vago e de titularidade difusa exigem, de certo modo, o emprego de técnicas de incriminação em esferas anteriores ao dano e ao próprio perigo, como nos casos de delitos cumulativos e de perigo abstrato, havendo uma inequívoca tendência de adiantamento da resposta penal. A esse respeito assevera Machado:

[...] Verifica-se, desde logo, que a combinação entre a tutela penal dos

bens jurídicos supraindividuais e o avanço da intervenção estatal a esferas anteriores ao dano agrava as contradições ligadas à necessária ofensividade das condutas típicas. Isso porque a nebulosidade do objeto de proteção e da titularidade de tais bens jurídicos conjuga-se à falta de concreção lesiva dos tipos penais que prescindem de uma consideração posterior do resultado [...] (MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do Risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político criminais*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2005, pp. 162/163).

Baseando-se nos conceitos citados, observa-se que, pelos crimes de perigo abstrato, é punida a simples realização de uma conduta reputada perigosa, ainda que não exista a configuração de um efetivo perigo ao bem jurídico. No caso dos delitos cumulativos, as condutas são punidas não por sua lesividade, mas em razão da finalidade de evitar a sua hipotética realização massiva e generalizada, cujo montante com um todo resultaria perigoso ao bem em jogo.

A atuação de forma ampla e indeterminada dessas estruturas incriminadoras não exige a ocorrência da lesão ou ameaça concreta ao bem jurídico, o que provoca uma dificuldade em delimitar o objeto de proteção ou de estabelecer um patamar de risco penalmente relevante, fato que se contrapõe, evidentemente, aos princípios tradicionais da intervenção mínima, da *ultima ratio* e ao da proporcionalidade, ante à dificuldade de formação de um adequado juízo de equilíbrio entre a importância do bem tutelado, a gravidade da lesão perpetrada e a pena a ser aplicada.

Nessa esteira, alguns doutrinadores defendem um novo direito penal capaz de enfrentar a criminalidade advinda da sociedade do risco. A este respeito afirma Gemaque:

[...] Esse modelo clássico de direito penal serviu durante a fase pré e recém-industrial, perdendo, contudo, eficácia, após a Segunda Guerra Mundial, principalmente depois do advento da revolução tecnológica e da sociedade pós-moderna, após o que se exige uma atuação mais efetiva de um novo direito penal mais preparado para enfrentar a criminalidade organizada e difusa que existe atualmente. É necessário que um novo direito penal seja construído, diferentemente daquele oriundo do positivismo jurídico, ou seja, um direito penal moderno e inerente a um sistema aberto para fazer frente à criminalidade da sociedade do risco [...] (GEMAQUE, Sílvio César Arouck. “Limites do direito penal na moderna sociedade de riscos”. In: *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, v. 2, n. 8, jul/set, 2003, p. 41).

Contrariamente a constatação anterior e posicionando-se, de modo irreduzível, contra a adequação de princípios e garantias penais à sociedade

do risco, entende Garcia que: “[...] *nenhuma justificativa se mostra razoável para diminuir, ainda que minimamente, a proteção à dignidade da pessoa humana por meio da relativização dos princípios e direitos norteadores de um sistema criminal democrático [...]*” (GARCIA, 2005, p. 102).

As mencionadas mudanças, de caráter paradigmático, proporcionam um sério questionamento acerca da subsistência da função de garantia desempenhada pelo bem jurídico, enquanto instituto legitimador e limitador da intervenção penal.

5 O Direito Penal de duas velocidades

As primeiras noções sobre as velocidades do direito penal foram criadas pelo professor espanhol Jesús-María Silva Sánchez em sua obra “A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais”, para aprofundar nos problemas da expansão do Direito Penal moderno.

As bases pelas quais se denominam “velocidades” guardam relação com o tempo que o Estado leva para punir o autor de uma infração penal, contemplando diferentes direitos penais coexistentes, aplicáveis a situações diversas. A ideia de velocidades proposta por Silva Sánchez abarca diferentes ritmos de responsabilização criminal, de acordo com a gravidade do crime, objetivando alcançar um sistema mais próximo do ideal.

Invocando-se os ensinamentos de Jesús-María Silva Sánchez, tem-se, a princípio, que o Direito Penal divide-se em dois grandes blocos distintos de ilícitos: o primeiro das infrações penais cominadas com penas de prisão e, o segundo, daqueles que se vinculam aos gêneros diversos de sanções penais. Trata-se, pois, de um modelo dualista de sistema penal, denominado de Direito Penal de duas velocidades.

O debate entre a doutrina tradicional e a ampliação da tutela jurisdicional penal encontra no referido doutrinador uma posição intermediária entre as duas correntes.

O autor lança uma visão de expansão do direito penal de forma moderada, denominando-a de velocidades do Direito Penal. Inicialmente, ele se contrapõe a alteração do sistema tradicional do denominado Direito Penal Clássico, mas defende a tese de flexibilização da ciência penal, propondo uma modulação dual para o sistema penal.

Ele faz a sua abordagem adotando a teoria de “ponto médio” entre as duas correntes, sob o argumento de que a sociedade de risco atual não

se mostra disposta a aceitar a conservação de um direito penal mínimo. Por outro lado, ele também não adere à concepção de implementação de um Direito Penal Máximo (amplo e flexível), até porque o Estado tem capacidade para proporcionar uma jurisdição penal em que se possa assegurar a sua funcionalidade, sendo suficientemente garantista.

Partindo dessas premissas, o autor propõe a divisão do direito penal em dois modelos dogmáticos e políticos-criminais, o direito penal de primeira e de segunda velocidade.

O primeiro modelo, denominado de direito penal de primeira velocidade ou direito penal nuclear, seria responsável pela tutela dos bens jurídicos que possibilitem a aplicação da pena privativa de liberdade. Essa vertente, mesmo aberta à criminalização dos novos riscos, é reservada para os delitos que exigem a manutenção dos princípios clássicos e respectivas regras de imputação e processuais penais.

De outro lado, o direito penal de segunda velocidade ou periférico tem como finalidade salvaguardar as condutas de menor potencial ofensivo, abrangendo, portanto, a maioria das demandas da sociedade de risco. Essa segunda velocidade do direito penal expansivo possibilita a flexibilização dos princípios do direito penal liberal, viabilizando a absorção dos novos delitos pela lei penal. Logo, a proteção de bens jurídicos supraindividuais acontece na zona periférica, pois se limita a sanções de cunho patrimonial ou restritiva de direitos.

Destarte, a proposta defendida por Silva Sánchez permite a harmonização do caráter garantista do direito com penal com as exigências sociais constantes da sociedade do risco. Contempla-se, assim, ao mesmo tempo, a flexibilização do modelo clássico da lei penal com o propósito de incluir as novas demandas, assegurando uma tutela eficaz aos bens jurídicos supraindividuais implementados pela sociedade do risco e a conservação das estruturas do modelo tradicional do direito penal.

Alguns doutrinadores, ainda, acrescentam uma terceira velocidade, o direito penal do inimigo, pela qual se busca a aplicação ao delinquente da pena privativa de liberdade e, concomitantemente, a relativização das garantias penais e processuais penais.

O direito penal de terceira velocidade diz respeito, portanto, a uma mistura entre as características referentes às velocidades anteriores. Por consequência, há a utilização da pena privativa de liberdade (típico da 1ª velocidade) com a flexibilização de garantias penais e processuais penais (como ocorre na 2ª velocidade).

Essa questão guarda uma estreita relação com o Direito Penal do Inimigo, teoria desenvolvida pelo catedrático professor alemão Günther Jakobs.

A tese desenvolvida por Jésus-Maria Silva Sanchez busca o equilíbrio entre o modelo clássico do direito penal, respeitando-se as garantias penais e, ao mesmo tempo, a adequação à nova sociedade do risco, moderna, globalizada e carente de segurança.

As velocidades do direito penal devem ser utilizadas de acordo com o grau da punição a ser imposta pelo Estado, de modo a permitir o controle social e a manutenção das estruturas tradicionais do direito penal, com a possibilidade de respostas diversas para cada tipo de demanda a ser solucionada.

Como ponto de reflexão sobre as perspectivas do direito penal na sociedade de risco, cria-se o debate entre a estabilização do direito penal do risco e a afronta de princípios e garantias penais de caráter liberal. A partir dessa premissa, notam-se duas manifestações: dos que defendem a funcionalização do direito penal e aqueles que se apegam aos princípios do direito penal como *ultima ratio*.

Conclusão

Ao longo desse estudo, partindo da ideia proposta por Ulrich Beck, verificam-se dois modelos de modernização, quais sejam da *modernização simples*, havida no período industrial, e a denominada *modernização reflexiva* que, por sua vez, vem dissolvendo contornos da sociedade industrial e, na medida em que esse processo avança, faz-se surgir a sociedade mundial do risco.

A ação humana, muita das vezes anônima, demonstra-se capaz de provocar riscos globais a serem efetivados em tempo e lugar largamente distanciados da ação que lhes deu origem ou que para eles contribuiu, podendo apresentar potencial destrutivo avassalador.

Com o surgimento dos novos riscos, criou-se uma dimensão ainda mais explosiva, ensejando sensações de incerteza incontrolláveis produzidas pela globalização. O aumento dos riscos transformou-se claramente em uma crescente demanda social por segurança, sobretudo no aspecto normativo-penal.

Nada obstante, a proposta apresentada pelo movimento jurídico-penal, fomentada pela sociedade mundial do risco, é a chamada expansão

do direito penal, cujo pensamento é completamente diferente daquele estabelecido pelo modelo penal liberal, sendo um de seus desdobramentos o conceito de bem jurídico supraindividual e a proteção penal a esferas anteriores ao dano e ao próprio perigo, com a utilização dos crimes de perigo abstrato e dos delitos cumulativos.

Destarte, o maior desafio instaurado nesse trabalho, a partir da ideia de direito penal na sociedade de risco, diz respeito à necessidade de equilibrar os anseios de uma política criminal protetiva contra os riscos, com a preservação das liberdades e garantias penais liberais, bem como possíveis riscos de uma expansão desenfreada do direito penal com pena privativa de liberdade, sem a observância das garantias penais clássicas.

Referências

- BARATTA, Alessandro. Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica. Pena y Estado, Barcelona, n. 1, 1991.
- BECK, Ulrich. O que é globalização? Equívocos do globalismo, respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- BICUDO, Tatiana Viggiani. “A globalização e as transformações no direito penal”. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 23, julset, pp. 97109, 1998.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. “Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco”. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 61, pp. 44121, 2006.
- CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coord.). Direito Penal e Funcionalismo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- COSTA, José de Faria. “O fenômeno da globalização e o direito penal econômico”. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 34, abrjun, pp. 925, 2001.
- DE GIORGI, Rafaella. “O risco na sociedade contemporânea”. In: Revista Sequência. Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, n. 28, 1994.

DIAS, Jorge de Figueiredo. “O direito penal entre a ‘sociedade industrial’ e a ‘sociedade de risco’”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 33, pp. 3966, 2001.

GEMAQUE, Sílvio César Arouck. “Limites do direito penal na moderna sociedade de riscos”. In: *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, v. 2, n. 8, pp. 137149, julset, 2003.

GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1991.

HASSEMER, Winfried. “Perspectivas de uma moderna política criminal”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 8, outdez, pp. 4151, 1994.

JAKOBS, Günter. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Madrid: Civitas, 1996.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do Risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2005.

Capítulo 7

A ESSÊNCIA AUTORITÁRIA DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

Fernanda Arruda Leda Leite¹

Paulo Thiago Fernandes Dias²

Sara Alacoque Guerra Zaghout³

1 Introdução

Promulgada em 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil reinstituiu o regime democrático no país, ainda que no plano formal, após um longo e traumático período autoritário, amplamente conhecido pelos inúmeros casos de violação aos direitos humanos (Santos, 2021).

Repleta de dispositivos voltados à consagração de direitos fundamentais e coletivos, a Constituição da República também se notabiliza pela opção política pelos chamados mandados de criminalização, a fim de que o Poder Legislativo legisle em matéria penal, tornando crimes as condutas mencionadas no texto constitucional.

Especial atenção foi dada aos crimes de perigo abstrato,

- 1 Doutoranda em Direitos Humanos (PPGIDH/UFG), com período de investigação em estágio doutoral no Centro de Investigação da Escola de Criminologia, Crime, Justiça e Segurança Pública da Faculdade de Direito da Universidade do Porto - Portugal (CJS - UP). Mestra em Direito e Instituições do Sistema de Justiça (PPGDIR/UFMA - Bolsista CAPES). Graduada em Direito (UFMA - Bolsista CNPQ). Advogada (OAB/MA). Professora de Direito Processual Civil e de Teoria Geral do Processo (UNICEUMA/IMPERATRIZ). E-mail: fernanda.arruda@ceuma.br
- 2 Advogado. Doutor em Direito Público (PPGD/UNISINOS). Mestre em Ciências Criminais (PPGCRIM/PUCRS). Bacharel em Direito (ICJ/UFPA). Professor de Direito Penal e de Direito Processual Penal (UNICEUMA/IMPERATRIZ). Líder do grupo de pesquisa “Instituições do Sistema de Justiça e Dignidade da Pessoa Humana (dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/5436723442142911)”, vinculado à UNICEUMA/IMPERATRIZ. Professor substituto no Centro de Ciências Humanas, Sociais e Letras (UEMASUL). E-mail: paulothiagof@gmail.com
- 3 Advogada. Doutoranda em Direito Público (PPGD/UNISINOS – Bolsista CAPES). Mestra em Ciências Criminais (PPGCRIM/PUCRS). Bacharela em Direito (FACIMP). Professora de Direito Constitucional e de Direito Administrativo (UNICEUMA/IMPERATRIZ). Pesquisadora integrante do grupo de pesquisa “Instituições do Sistema de Justiça e Dignidade da Pessoa Humana (dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/5436723442142911)”, vinculado à UNICEUMA/IMPERATRIZ. E-mail: sah.alacoque@hotmail.com

especialmente no que diz respeito aos delitos de tráfico de drogas e a outros, inclusive considerados hediondos. Por conta disso, logo em 1990, o Estado brasileiro aprovou a Lei nº 8.072 (Brasil, 1990), com vistas à promoção de tratamento criminal mais severo aos responsáveis pela prática de tais delitos atroztes (mencionados em rol taxativo no corpo dessa lei).

Nos termos da Lei dos Crimes Hediondos (Brasil, 1990), as seguintes infrações penais devem receber tratamento penal mais grave, pelo simples fato de serem considerados hediondos ou equiparados a hediondos pela legislação: epidemia com resultado morte; falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais; posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido; comércio ilegal de armas de fogo; tráfico internacional de arma de fogo, acessório ou munição; organização criminosa, quando direcionado à prática de crime hediondo ou equiparado e o tráfico de drogas (previsto na lei nº 11343/2006).

Essa agenda criminalizante está associada a todo um movimento de expansão do Direito Penal, notadamente no que diz respeito à opção política pela repressão às infrações penais que, supostamente, ofendem bens jurídicos imateriais ou transindividuais, a exemplo do meio ambiente, da saúde coletiva, etc.

Referido movimento expansionista não ocorreu de forma exclusiva no Brasil⁴. Ao contrário, o Brasil é que se viu, por conta de seu

4 Movimento legislativo esse que não é recente. Basta conferir o conjunto de normas penais aprovado durante e pelo (o) Estado Novo, particularmente, a chamada Lei de Contravenções Penais, para atestar que essa associação do Direito Penal como instrumento de proteção de bens jurídicos não individuais ou difusos já se fazia presente. Termos como paz pública, incolumidade pública, fé pública, polícia de costumes, organização do trabalho e administração pública constam do Decreto-Lei 3688/1941 como objetos jurídicos supostamente protegidos pelos tipos penais ali mencionados. Algo semelhante também observado no texto original do Código Penal – Decreto-Lei 2848/1940 que considerava delitos graves como estupro, atentado violento ao pudor e corrupção de menores como ofensivos aos costumes. Trata-se de mais um paralelismo entre os Códigos Penais brasileiro (1941) e italiano (1930), explicitando a natureza autoritária de referidos diplomas legais. “Assim, o estupro é um delito contra a ‘moralidade pública e os bons costumes’ e não um delito contra a liberdade sexual da pessoa; a moralidade sexual não está tutelada como um sentimento de recato que deva ser respeitado, mas como um elemento da nacionalidade, como um valor do organismo social. O aborto não é um delito contra a pessoa, e sim ‘delito contra a saúde e a integridade da estirpe’, que é bem jurídico da ‘nação’. No aborto, o que passa a primeiro plano é o interesse demográfico do Estado, o que se põe de manifesto ao tipificar conjuntamente o aborto, a esterilização, a propaganda neomalthusiana e o contágio venéreo. Algo análogo sucede com os delitos contra a religião, em que se chega a sancionar a blasfêmia. A incriminação não se funda na liberdade de cultos, e sim na agressão ao Estado mediante o ataque à ‘sua’ religião, a tal ponto que se diminui a pena quando o delito é cometido contra um ‘culto admitido’ que não seja a religião do Estado. Não se protege o sentimento religioso dos homens, apenas se protege o Estado em ‘sua’ religião”

constitucionalismo tardio, seguindo a corrente desse avanço do Direito Penal para a proteção de valores ou interesses que, tradicionalmente, não mereciam a sua devida atenção. Em outras palavras, trata-se de um movimento que veio de fora para dentro. “Assistimos ao advento de uma nova forma de sociedade, que assumiu o significado de uma ‘ruptura epocal’ com um passado ainda recente, face à ameaça global causada por novos e grandes riscos, por ‘riscos globais [...]’” (Dias, 2003, p. 1124).

Entretanto, mirando a realidade brasileira, é preciso adotar uma postura crítica em relação aos chamados crimes de perigo abstrato, seja em razão da sua procedência, seja por conta da sua essência que, a despeito do avançar dos tempos, não se modificou.

Além disso, tendo-se em mente apenas o crime de tráfico de drogas, associado à proteção do bem jurídico da saúde coletiva, observa-se que a sua reconfiguração pela Lei nº 11343/2006 promoveu uma verdadeira explosão da população carcerária no Brasil de 2006 para os dias atuais (2023).

Outro fator conhecido, e cada dia mais grave, é a superpopulação prisional. A taxa de aprisionamento chegou à marca de 352 pessoas presas por 100 mil habitantes. Isso reflete um déficit de vagas que, em junho de 2019, era de 312.125. Como estamos tendo um crescimento de 34 mil presos, chegando até 8,3% ao ano, este déficit pode ser ainda maior. Ainda sobre a taxa de aprisionamento, vale destacar seu crescimento descontrolado: no ano de 2000, eram 137,1 pessoas presas para cada 100 mil habitantes, enquanto em 2016 contabilizaram-se 352 pessoas presas por 100 mil habitantes (DEPEN, 2018, p. 12). Países como Japão, Dinamarca e Holanda possuem índices notáveis, com taxas de violência baixas. Suas taxas penitenciárias variam de 50 a 60 presos por 100 mil habitantes (Torquato; Barbosa, 2020, p. 253).

Ademais, sequer a promessa de tratar o usuário de drogas como pessoa usuário do sistema de saúde e não do sistema penal foi cumprida pelo Estado com a aprovação da Lei de drogas. Este ato normativo apenas elevou a “[...] pena de prisão para o traficante, reinvestindo-o, dessa forma, na velha figura do ‘inimigo público’, símbolo do mau, que necessita de mais punição” (Campos, 2018, p. 32).

Ainda no exemplo do crime de tráfico de drogas, prende-se a pessoa que comercializa uma substância proibida pelo Estado, ante à suposta ofensa a um bem jurídico coletivo. Mais. A ofensa ao referido bem jurídico é presumida e o é de forma abstrata. Com isso, além de não evitar a prática de novas infrações penais dessa natureza, a criminalização das condutas em

tela serve apenas para superlotar o sistema carcerário.

Mas aqui surge um problema: pode-se arguir a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, especialmente daqueles mencionados na Constituição da República? Seguramente que não⁵. Mas nada impede a doutrina de exercer o seu papel fundamental, qual seja, o de doutrinar (Streck, 2012). Eis, portanto, o propósito deste trabalho: apontar para a gênese inquisitória dos crimes de perigo abstrato, em que pese a sua ampla aceitação pelo Estado brasileiro.

2 A procedência inquisitória dos crimes de perigo abstrato

Associado à ideia de que o Direito Penal funcionava como escudo para a proteção de bens jurídicos, uma quantidade considerável de tipos penais foi criada para fins de referida tutela. Fala-se da criação de tipos penais (em regra, crimes de perigo abstrato) para a proteção da paz pública, da saúde coletiva, dos bons costumes, dentre outros. “Por outra parte, el principio de protección de bienes jurídicos exige preguntar si el derecho penal está realmente en situación de proteger los bienes jurídicos, ayudando, así, a una crítica empírica del derecho penal” (Hassemer, 1999, p. 7).

Aliás, vale lembrar que essa justificativa de criação de tipos penais para a salvaguarda de interesses, valores ou bens jurídicos evidencia a presença da ideologia da defesa social nesse modelo de política criminal, vendendo ainda a falsa percepção de aplicação igualitária da norma penal (Andrade, 1994). Afinal, como disserta Mezger (1958, p. 128), a concepção de perigo serve ainda para a definição das medidas seguranças cabíveis em face das pessoas que, por conta de seus comportamentos, colocam em risco a segurança pública, dando margem à uma atuação direcionada e seletiva do sistema criminal (contra os alvos tradicionais, os perigosos de sempre).

O ponto que ora se levanta, diz respeito à necessidade de lesão ao bem jurídico para que se justifique a realização do poder de punir. Referida lesão não pode ser presumida, mas real, pois “a necessidade de

5 Ainda que não seja interessante defender a inconstitucionalidade de normas constitucionais, os crimes de perigo abstrato apresentam inequívoca desconsideração do princípio da lesividade. Dado que, “por efeito do princípio da lesividade, não se pode admitir uma criminalização de conduta que não tenha um mínimo de substrato empírico, o que fundamenta a atipicidade de lesões insignificantes do bem jurídico. Tampouco se pode acolher uma forma de criminalização por simples comportamento ou violação de um dever geral, com a qual se delimitam as incursões legislativas na criminalização de delitos de perigo abstrato ou de delitos omissivos sem a correspondência da omissão à produção do resultado por ação” (Tavares, 2018, p. 73).

um bem jurídico ofendido é um limite ao poder punitivo, tanto que o malabarismo de concebê-lo como um bem jurídico tutelado converte-o em uma legitimação do poder punitivo” (Zaffaroni, 2018, p. 20).

Entretanto, nos crimes de perigo abstrato, a consumação ocorre, independentemente, da ocorrência do resultado, que resta presumido. “En estos casos el momento consumativo coincide con el de la acción propiamente dicha: no es preciso esperar para que el resultado *peligro* se produzca” (Balestra, 1998, p. 213). Fato observado nas reformas penais operadas pelo regime nazista na Alemanha, durante o III Reich, quando “[...] a diferenciação entre tentativa e consumação perde relevância, porque a vontade criminosa já está expressa na tentativa” (Ambos, 2020, p. 77).

Diante disso, considera-se que a criação indiscriminada de crimes de perigo abstrato, por sua raiz histórica autoritária, evidencia a própria natureza discriminatória da política criminal proporcionadora do expansionismo do sistema penal (Gomes Filho, 2019, p. 175).

Sobre os denominados delitos de perigo abstrato, cuja criminalização parte de uma configuração desmaterializada (Callegari; Andrade, 2011, p. 24) de bem jurídico, os valores individuais perdem em prestígio para os interesses do Estado. Em face dessa concepção, não importa se o fato é lesivo ou potencialmente lesivo a interesse concreto (vida, liberdade, propriedade, saúde, etc) da pessoa, mas se há ali uma conduta presumidamente ofensiva aos interesses do Estado, justificando a incidência da norma penal. Essa premissa foi consagrada no Código Penal fascista de 1930 (Ferrajoli, 2014, p. 430), contando com expressivo apoio de Vincenzo Manzini, para quem o Direito Penal possui como uma de suas características a possibilidade de legitimar valores que, sob outra perspectiva, possuiriam característica meramente ética (Gloeckner, 2018, p. 197).

Por esse raciocínio, Manzini (1948, p. 21) pontua que o Estado (em alusão ao regime fascista italiano de 1930) é o sujeito passivo de todo e qualquer tipo de delito, haja vista o seu interesse maior pela proteção das objetividades jurídicas atreladas aos delitos.

Analisando as alterações promovidas pelo Estado fascista italiano na legislação criminal, Ferrajoli (2010, p. 37) destaca essa reconfiguração do bem jurídico, que passaria não mais a proteger valores individuais, associados a pessoas, mas os interesses estatais, coletivizados, superando, ainda que em parte, a perspectiva liberal anterior.

Assim, condutas que atentam contra o sentimento nacional e contra a prática da blasfêmia passavam a justificar a incidência da norma penal

(Manzini, 1948, p. 99-100). Afirma-se com segurança que tipos penais de perigo abstrato são incompatíveis com um desenho democrático de Direito Penal, já que “[...] condutas meramente imorais, por mais escandalosas, não autorizam a intervenção penal, tampouco presunções legais de lesão ou de perigo de lesão podem vigor em caráter absoluto” (Queiroz, 2020, p. 103).

Em sentido contrário, parcela da doutrina considera que não se pode, de forma peremptória, considerar os crimes de perigo abstrato como inconstitucionais, pois tais criminalizações seriam legítimas nos casos em que “[...] a conduta do agente, pelo menos, gere um potencial perigo ou revele uma ameaça real ao bem jurídico” (Martinelli; Bem, 2020, p. 200).

Esses crimes têm, por excelência, natureza preventiva, pois reprimem condutas sem que haja necessidade de produção de uma lesão concreta ao bem juridicamente tutelado e, ao que se nota, estão frequentemente estruturados sobre a crença de que com isso se propicia uma proteção mais efetiva de bens jurídicos supraindividuais. Ideia esta que parece se justificar quando se tem em mente que a manutenção de um direito penal que age apenas após a lesão ou efetiva colocação em perigo de bens jurídicos não condiz com a realidade que apresenta-se a nós, mormente porque as consequências de se aguardar a ofensa de certos bens poderiam ser catastróficas (Giuliani, 2014, p. 106)

Pensa-se de forma diferente, o importante é discutir se as demandas por criminalização buscam consagrar uma concepção monista estatal de bem jurídico, a exemplo do Código Penal fascista de 1930. Pois o que se logra proteger é a pessoa ou o Estado? Quem sofre restrição em parcela de sua liberdade com a criminalização de condutas: a pessoa ou o Estado? Não há uma desvirtuação do princípio da ofensividade (acompanhado da premissa da proteção exclusiva de bens jurídicos), para fins de justificação do expansionismo penal (Gomes, 2007, p. 478-479)?

A ofensa presumida a bens jurídicos que, como regra, expressam a sobreposição dos interesses do Estado em face dos interesses individuais é uma característica marcante de legislações penais autoritárias, a exemplo do Código Penal fascista de 1930 (Zaffaroni; Pierangeli, 2006, p. 287). Ainda sobre o Código Penal Rocco, neste particular, destaca-se que ele se notabilizou pela “[...] centralização estrutural da proteção jurídica ao Estado, a escolha de seus elementos como bens jurídicos tutelados e a definição das condutas puníveis [...]” (Dal Ri Junior; Gouveia, 2019, p. 229).

Ainda com Dal Ri Junior e Gouveia (2019, p. 236), essa concepção de Direito Penal consagra a criação de bens jurídicos meta-individuais, com

vistas à punição do indivíduo, por condutas presumidamente perigosas, para a proteção do ente estatal (então detentor do monopólio da aplicação da lei penal). Não sem razão, Ernesto Führer (2005, p. 115) se refere aos crimes de perigo abstrato como de plástico ou vazios, que não servem para proteger e muito menos ofender bens jurídicos. E em face da ausência de conteúdo, Führer (2005, p. 116) aponta que tais tipos penais raramente são respeitados pelas pessoas, a exemplo da contravenção que proíbe a prática do jogo do bicho. Ora, “en los delitos abstractos de peligro, la posibilidad de la lesión de un bien jurídico pasa tan a segundo plano que estos delitos se agotan en una ‘simple desobediencia’” (Kaufmann, 1977, p. 15).

Da sua parte, Bottini (2013, p. 225) advoga pela compatibilidade constitucional dos tipos penais de perigo abstrato se: a) o princípio da dignidade da pessoa humana servir como parâmetro para referida tipificação; b) se o elemento normativo da periculosidade, sujeito à valoração judicial, for elevado à condição de categoria típica.

Essa periculosidade do comportamento não deve ser confundida com a exigência de lesão e nem mesmo de existência de perigo concreto, haja vista que a constatação de que essa “[...] materialidade é a única forma de compatibilizar a técnica legislativa de descrição de uma mera conduta típica com o princípio de exclusiva proteção aos bens jurídicos, consagrado pela dogmática penal” Bottini (2013, n/p).

Logo, nos termos dessa reconfiguração teórica proposta por Bottini (2013, p. 225), caberá ao Judiciário, à luz do caso concreto, aferir que “[...] esta periculosidade não está no enunciado descritivo do comportamento desvalorado, mas na estrutura profunda da sentença gramatical, que fundamenta a tipicidade objetiva e estrutura toda a ação penalmente relevante”.

Ademais, em breve investigação sobre o tema, é forçoso reconhecer que parcela do Judiciário, inclusive no âmbito dos Tribunais Superiores, vem se orientando por esse posicionamento, acerca da constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, há algum tempo (Brasil, 2019), especialmente nos problemáticos casos de posse de munição ou de arma desmuniçada (Nestler, 2000, p. 65).

Entretanto, e com a devida vênia, a proposição de Bottini, descrita acima, não merece prosperar, posto que essa atuação do intérprete, com vistas à comprovação da periculosidade da conduta, caso a caso, terá como consequência a ampliação da atuação discricionária (e, invariavelmente, autoritária) do Judiciário, dado que a própria concepção de legalidade

ficaria comprometida.

Importa também observar a experiência italiana durante o regime fascista quando, no Código Rocco, permitiu-se, em relação aos crimes políticos, criados para a proteção da personalidade do Estado, que fossem edificados de forma casuística, ferindo frontalmente qualquer resquício de segurança jurídica (Nunes, 2010).

Veja-se o exemplo da legislação penal que criminaliza o tráfico de drogas no Brasil. A Lei nº 11.343/2006 que, dentre outras matérias, conta com hipóteses penais de repressão e punição ao tráfico de drogas (como também ao usuário, ainda que com sanções distintas da privativa de liberdade), consagra tipos penais de perigo abstrato, pois, em termos ilustrativos, ela (lei) presume a ofensa à saúde pública quando, uma pessoa doa substância definida como droga para alguém (pouco importando a quantidade e a natureza da droga). Consagra-se, por consequência, um tipo penal, no qual não existe ofensividade causal, mas tão somente jurídica, sendo o resultado de natureza normativa, desprovido de dano empírico (Batista, 1997, p. 144/145).

Ocorre que, de forma intencional ou não, optou-se, no campo da criminalização primária, pela aposta na discricionariedade (não só do Judiciário), em cada caso, para que se promova a distinção entre usuário e traficante. Assim, cabe aos julgadores tal definição, inclusive, pela interpretação do que seria pouca ou considerável quantidade de droga, além da própria noção de periculosidade da conduta, já que, no plano normativo legal, optou-se pela ausência de maiores critérios distintivos a respeito.

Discricionariedade essa que leva à desproporcionalidade no exercício do poder punitivo, posto que, “o corolário da ausência de critérios quantitativos para distinguir o considerável do irrisório é a produção de resultados altamente desproporcionais – principalmente o fato de que quantidades ínfimas de droga resultem em penas elevadas” (Semer, 2019, p. 244).

Mais. Os crimes de perigo abstrato são incompatíveis com um desenho constitucional, democrático e social de Estado, inclusive por questões históricas (genéticas, inclusive), pois, mesmo sem qualquer demonstração empírica da possibilidade de mulheres (consideradas bruxas) voarem, tal superstição foi adotada como fundamento para puni-las (Kramer; Sprenger, 2015, p. 228). Havia, portanto, uma presunção abstrata de tal possibilidade: as bruxas voavam. E com base em tal abstração, os

horrores da Santa Inquisição foram justificados contra as mulheres (bruxas voadoras) acusadas, dentre outras crendices, de pacto com o demônio. Eis, portanto, um dos fatores históricos que serviram de fundamento para a criação de crimes de perigo abstrato (Tavares, 2020).

Há que se superar a opção política pelos crimes de perigo abstrato no sistema jurídico brasileiro, considerando, diante do que se expôs, e para além da inobservância do princípio da ofensividade, que “o sistema jurídico-penal tenta assegurar, através de muitos caminhos principiológicos e pragmáticos, que os casos jurídico-penais sejam decididos de acordo com a lei comum e não de acordo com a vontade particular do juiz criminal” (Hassemer, 2005, p. 359).

3 Considerações finais

Esta investigação discorreu de forma crítica sobre a opção política pelos chamados crimes de perigo abstrato, notadamente a partir de 1988, quando interesses e valores coletivos passavam a ser constitucionalizados pela Constituição da República.

Conforme narrado alhures, a partir de 1988, no Brasil, verificou-se a opção pela redundância, uma indiscutível ida ao passado, dado que a utilização de infrações penais para punir delitos sem vítima real ou material já havia sido adotada no passado, especialmente no período mais cruel da Santa Inquisição contra as mulheres.

Tomando, especificamente, o caso do crime de tráfico de drogas (Lei 11343/2006), o que se constata é justamente a falência desse tipo de ilícito penal. E em todos os aspectos. Seja pela violação ao princípio da lesividade. Seja pelo caos perpetrado no âmbito do Sistema Penal e Carcerário. Seja no que toca à sua absoluta ineficácia, no sentido da repressão do crime em si.

Sobre a questão da eficácia desse tipo de conduta, cuja lesão é presumida pelo mero comportamento, como se pode explicar, mesmo com a aprovação da Lei dos Crimes Ambientais, os lamentáveis crimes praticados em Brumadinho (Vale do Rio Doce) e mais recentemente em Maceió (Braskem)?

Sabe-se que referidas infrações penais contam, ainda que de forma genérica, com previsão constitucional. Entretanto, o que se busca, com as críticas aqui delineadas, para além do diagnóstico da ilegitimidade e da essência autoritária dos crimes de perigo abstrato, manter aberta a discussão sobre esse tipo de delito, a fim de que se estabeleça um debate

mais qualificado e menos reducionista sobre a matéria penal. Pois, como vem sendo demonstrado nos últimos anos no Brasil, não se justifica mais a criminalização de condutas, especialmente por meio de tipos penais abstratos, apenas pela simples associação a um bem jurídico imaterial ou coletivo. É preciso conter essa sanha punitivista, reduzindo-se o estrago que se fez no estudo do bem jurídico e na própria noção do papel do Direito Penal, enquanto *ultima ratio* do ordenamento jurídico brasileiro.

Referências

AMBOS, Kai. **Direito penal nacional-socialista**: continuidade e radicalização. São Paulo: Tirant lo blanch, 2020.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática e sistema penal**: em busca da segurança jurídica prometida. Florianópolis, 1994. f. 231. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Faculdade de Direito, Florianópolis, 1994.

BALESTRA, Carlos Fontan. **Derecho penal**: introducción y parte general. Buenos Aires: Abelardo-Perrot, 1998.

BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 5, n. 20, p. 144/145, out./dez. 1997. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=18351. Acesso em: 23 nov. 2023.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BOTTINI, Pierpaolo. Crimes de perigo abstrato não são de mera conduta. **Consultor Jurídico**, 2 **Consultor Jurídico**, São Paulo, 9 maio. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-mai-29/direito-defesa-crimes-perigo-abstrato-nao-sao-mera-conduta#:~:text=Em%20s%C3%ADntese%2C%20o%20crime%20de,les%C3%A3o%20nem%20de%20perigo%20concreto>. Acessado em: 13 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus n. 127.573. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Coator: Relator do HC 318936 do Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 11 de novembro de 2019. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, p. 5, 11 nov. 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751457286>. Acesso em: 13 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso ordinário em habeas corpus n. 146.081. Agravante: Defensor Público-Geral do Estado do Mato Grosso do Sul. Agravado: Ministério Público Federal. Rel. Min. Rosa Weber. Brasília, DF, 09 nov. 2017. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, p. 3, 10 nov. 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14080671>. Acesso em: 19 dez. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 de dez. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.072/1990, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.072%2C%20DE%2025%20DE%20JULHO%20DE%201990.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20crimes%20hediondos,Federal%2C%20e%20determina%20outras%20provid%C3%Aancias. Acesso em: 14 de dez. 2023.

CALLEGARI, André Luís; ANDRADE, Roberta Lofrano. Sociedade do risco e direito penal. In: CALLEGARI, André Luís (org.). **Direito penal e globalização**. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2011.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. O novo nem sempre vem: lei de drogas e encarceramento no Brasil. In: **Boletim de Análise Político-institucional**, n. 18, dezembro 2018. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/8219-181206bapi18cap3.pdf> Acesso em 19 dez. 2023.

DAL RI JUNIOR, Arno; GOUVEIA, Kristal Moreira. A função da “personalidade do Estado” na elaboração penal do fascismo italiano: laesae maiestas e tecnicismo-jurídico no Código Rocco (1930). **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 40, n. 81, p. 229, jun. 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2019v40n81p226>. Acesso em: 12 nov. 2023.

D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O papel do direito penal na protecção das gerações futuras. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, n.esp,

p. 1123-1138, 2003. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=6571. Acesso em: 19 dez. 2023.

DIAS, Paulo Thiago Fernandes; ZAGHLOUT, Sara Alocoque Guerra. A aplicação do *in dubio pro societate* nos feitos cíveis e criminais e o (des) prestígio à presunção de inocência. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 27, n. 322, p. 12-14, set.. 2019. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=153017. Acesso em: 25 out. 2023.

DOTTI, René Ariel. A anarquia das convicções. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 9, n. 35, p. 16, out./dez. 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Ensayo sobre la cultura italiana del siglo XX**. México D.C: Universidad Autónoma de México, 2010.

FRAGOSO, Christiano Falk. **Autoritarismo e sistema penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **História do direito penal**. São Paulo: Malheiros, 2005.

GIULIANI, Emília Merlini. A função crítica do bem jurídico supraindividual frente à intervenção penal. In: **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 6, n. 11, p. 101-120, jul./dez. 2014.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**. Florianópolis: Empório do Direito: Tirant lo Blanch, 2018. v. 1.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 23, n. 117, p. 273, nov./dez. 2015. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=128096. Acesso em: 13 dez. 2023.

GOMES FILHO, Dermeval Farias. **Dogmática penal**. Salvador: Juspodivm, 2019.

GOMES, Luiz Flávio. O princípio da ofensividade como limite do *ius puniendi*. In: GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Direito penal**. Introdução e princípios fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad**. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

JAKOBS, Günther. **Proteção de bens jurídicos?** Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2018.

KAUFMANN, Armin. **Teoría de las normas**. Buenos Aires: Depalma, 1977.

KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2015.

LOPES, Luciano Santos. Da periclitacão da vida e da saúde. In: QUEIROZ, Paulo (coord.). **Direito penal**: Salvador: Juspodivm, 2020. v. 2: parte especial.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado del derecho penal**. Buenos Aires: Ediar, 1948. t. 1.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho penal**. T. 2. Buenos Aires: Ediar, 1948.

MARTINELLI, João Paulo; BEM, Leonardo Schmitt de. **Direito penal: lições fundamentais**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

MEZGER, Edmund. **Derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958.

NESTLER, Cornelius. El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo (dir.). **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Comares, 2000.

NUNES, Diego. **O percurso dos crimes políticos durante a Era Vargas (1935-1945): do direito penal político italiano ao direito da segurança nacional brasileiro**. 2010. f. 81. Dissertação (Mestrado em Teoria, Filosofia e História do Direito) -- Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2010.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**. Parte geral. Salvador: Juspodivm, 2020.

SAMPAIO, Denis. A “jurisdificação” da expansão do direito penal. Redução da carga probatória do injusto pelo moderno modelo incriminador. In: SAMPAIO, Denis; FACCINI NETO, Orlando (org.). **Temas criminais**. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2014.

SANTOS, Myrian Sepúlveda dos. Memória e ditadura militar. Lembrando as violações de direitos humanos. In: **Tempo Social**, revista de sociologia da USP, v. 33, n. 2, p. pp. 289-309. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://www.scielo.br/j/ts/a/5g5n4wdd8syJwfDvHHfpghM/?format=pdf&lang=pt>. Acesso 12 dez. 2023.

SEMER, Marcelo. **Sentenciando tráfico**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

SILVA-SÁNCHEZ, Jesus-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: Dilemas da crise do direito. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 49, n. 194, abr./jun. 2012.

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

TAVARES, Juarez. O nascimento da criminologia crítica - Eugenio Raúl Zaffaroni e Juarez Tavares Porto Alegre: (PPGCRIM/PUCRS, 25 ago. 2020. 1 vídeo (1h46m). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=xke0rDhbmOY&t=4s>. Acesso em: 12 dez. 2023.

TORQUATO, Cristiano Tavares; BARBOSA, Liliane Vieira Castro. O sistema penitenciário brasileiro e o quantitativo de servidores em atividade nos serviços penais: avanços e desafios. In: **Revista Brasileira de Execução Penal**, Brasília, v. 1, n. 2, p. 251-272, jul./dez. 2020.

WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência e prisões cautelares**. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1: Parte geral, p. 288.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Prefácio. In: TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria geral do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

Capítulo 8

PSICOLOGIA APLICADA AO INTERROGATÓRIO POLICIAL

Karen Hellen Esteves de Avelar¹

1 Introdução

O presente artigo científico elucida a aplicação da psicologia forense, mais especificamente como deve ser feita a análise da comunicação não verbal humana no curso do interrogatório policial, com vistas a reconhecer as incongruências entre a comunicação verbal e não verbal do investigado e utilizar técnicas para que se possa dele extrair a verdade dos fatos.

Durante o interrogatório, o investigado não consegue controlar certos comportamentos conhecidos como linguagem não verbal, que depende e diverge de acordo com o indivíduo ou o grupo.

Assim, o problema que se vislumbra é a necessidade de extração da verdade no interrogatório policial por meio da análise da coerência entre a comunicação verbal e a não verbal do investigado, sendo válidas as técnicas de interrogatório, recheadas de dicas psicológicas, com o objetivo de se atingir tal fim, respeitando sempre os princípios éticos constitucionais.

A análise da comunicação não verbal do comportamento humano compreende o campo de pesquisa especialmente das ciências da comunicação e psicologia, que há décadas possui um acervo de estudos que tem contribuído muito para os profissionais envolvidos na área de segurança pública, no sentido de agregar conhecimentos que aprimorem sua competência na observação da comunicação no contexto criminal.

No mesmo sentido, porém um pouco mais amplo, a psicologia

1 Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora, iniciando sua carreira profissional como advogada em causas de cidadãos carentes enquanto, concomitantemente, se preparava para o concurso de Delegada de Polícia, tomando posse nesse cargo em 2013. Pós graduada em Direito Público Material, Ciências Criminais, Investigação Criminal e Psicologia Forense, além de ser uma estudiosa das relações humanas e neurociência. Formada em Coaching Integral Sistêmico e Análise de Perfil Comportamental pela Febracis – maior Instituição de Coaching da América Latina. Membro da Associação Brasileira de Mulheres de Carreiras Jurídicas. E-mail: karenhellen520@gmail.com

aplicada ao interrogatório, tema deste trabalho, é um dos ramos da psicologia forense, também conhecida por psicologia criminal, psicologia policial, entre outras denominações, cujo objetivo visa estudar e analisar o comportamento criminoso sob o ponto de vista psicológico, colaborando para um desempenho mais competente e consciencioso dos profissionais diretamente ligados à realização do interrogatório policial.

O objetivo do presente estudo é despertar a curiosidade sobre a pluralidade dos conhecimentos a serem oferecidos no campo da comunicação não verbal, possibilitando ao operador do Direito que atua na persecução criminal, mais especificamente no ato do interrogatório policial, ampliar sua visão do assunto e aprofundá-lo com leituras complementares, com vistas a desenvolver uma melhor acurácia no reconhecimento das incongruências emocionais do emissor que interage, identificando, em tais contradições, pontos quentes de um discurso ou contexto que precisa ser melhor investigado.

2 Do Interrogatório Policial

2.1 Conceito de Interrogatório

Segundo Silva (2004, p. 765) interrogatório provém do latim *interrogatorius*, de *interrogare* (perguntar, interrogar, inquirir), literalmente, significa a soma de perguntas ou indagações promovidas pelo juiz, no curso de um processo, a uma das partes litigantes, ao acusado ou, mesmo, a pessoas estranhas. Compreende-se nele, no entanto, as perguntas e as respostas, e não apenas aquelas.

Conceito mais amplo e mais completo é o extraído da apostila do Curso de Formação de Investigadores de Polícia Civil 2016 que aduz que interrogar é examinar formal e oficialmente, através do uso da pergunta e da persuasão, com a finalidade de induzir alguém a revelar uma informação oculta que, se bem trabalhada, levará à confissão.

Os processualistas Távora e Alencar (2009, p. 346) conceituam interrogatório sob o enfoque da persecução penal da seguinte maneira:

O interrogatório é a fase da persecução penal que permite ao suposto autor da infração esboçar a sua versão dos fatos, exercendo, se desejar, a autodefesa. Terá o imputado contato com a autoridade, o que lhe permite indicar provas, confessar a infração, delatar outros autores, apresentar as teses defensivas que entenda pertinente, ou valer-se, se lhe for conveniente, do direito ao silêncio.

2.2 Finalidade do Interrogatório Policial

Sobre a finalidade do interrogatório, Carvalho (2004 *apud* MORAES, 2012) indica que ele possui três objetivos:

A finalidade do interrogatório é tríplice: a) facultar ao magistrado o conhecimento do caráter, da índole, dos sentimentos do acusado: em suma, compreender-lhe a personalidade; b) transmitir ao julgador a versão, que, do acontecimento, dá, sincera ou tendenciosamente, o inculpado, com a menção dos elementos, de que o último dispõe, ou pretende dispor, para convencer da idoneidade da sua versão; c) verificar as reações do acusado, ao lhe ser dada diretamente, pelo juiz, a ciência do que os autos encerram contra ele.

2.3 Distinção entre Interrogatório e Entrevista

O delegado da Polícia Civil de Minas Gerais, Marcelo Couto, no artigo intitulado Entrevistas e Interrogatórios na Investigação Criminal, no qual faz um interessante estudo sobre a metodologia conhecida como Técnica Reid (uma das técnicas de interrogatório policial), didaticamente enumera as características dos institutos – entrevista e interrogatório –, traçando as principais diferenças. Assim distingue o nobre colega:

2.3.1 Características do interrogatório

- O interrogatório é persuasivo, na medida em que objetiva convencer o suspeito a contar a verdade, levando-o eventualmente a uma confissão;
- O interrogatório é acusatório, pois somente através de uma confrontação direta o investigador pode vencer a resistência que o suspeito naturalmente oferece antes de admitir sua culpa;
- O interrogatório deve ser realizado somente após atingido um razoável nível de suspeição, pressupondo, assim, uma quantidade suficiente de evidências em desfavor do suspeito, evidências essas que podem ser colhidas, principalmente, através de entrevistas prévias;
- O interrogatório deve ser realizado somente em ambiente controlado;
- O interrogatório deve ser registrado por escrito somente depois que o suspeito já estiver comprometido com uma versão definitiva de suas declarações.

2.3.2 Conceito de entrevista

A entrevista pode ser compreendida como um processo de comunicação em que deve haver uma correspondência mútua entre os envolvidos, e que o entrevistador tenta obter informações do entrevistado. Existem dois tipos de entrevista policial: a ostensiva, em que o entrevistador não omite a sua condição de policial e a encoberta, em que o entrevistador omite sua condição de policial.

A entrevista policial é o procedimento clássico de levantamento de informações, cuja finalidade aponta para a coleta de dados ou a reconstituição de fatos que sejam relevantes para o esclarecimento de circunstâncias ou elucidação de um crime. Sendo assim, é uma conversa livre entre o investigador e a parte, podendo tratar-se de testemunha, vítima ou investigado, produzida durante toda a investigação policial. Ela tem por objetivo reunir o máximo de informações possíveis sobre um fato em apuração e precede ao depoimento formal.

2.3.3 Características da entrevista

- A entrevista é informativa, pois visa a extrair o máximo de informações do entrevistado, seja ele uma testemunha ou um suspeito;
- A entrevista compreende uma abordagem não-acusatória do entrevistado, de modo que o investigador assume uma postura neutra e objetiva, procurando estabelecer o *rapport* necessário para facilitar a obtenção de informações;
- A entrevista pode ser realizada a qualquer momento durante a investigação, sempre que se mostrar oportuna, porém mostra-se mais eficaz se realizada na cena do crime, logo após o ocorrido;
- A entrevista pode ser realizada em qualquer ambiente, seja na cena do crime, na delegacia, na residência do entrevistado etc., justamente porque o investigador recorre a ela sempre que precisar aproveitar uma oportunidade para obter informações relevantes. Sendo ocasional, não é preparada, e o entrevistado tende a se comprometer mais com a veracidade e relevância de qualquer conversa, dando respostas mais sinceras ou menos cautelosas do que se houvesse aviso prévio;

- A entrevista é fluente, isto é, parte de alguns tópicos predeterminados pelo investigador, mas, dependendo das respostas do entrevistado, pode desenvolver assuntos variados;
- A entrevista deve ser acompanhada de anotações simultâneas desde o início, porém não ostensivas. Ao final, deve ser elaborado um relatório da entrevista, contendo todas as informações relevantes, as impressões causadas pelo entrevistado e qualificação das pessoas citadas.

2.4 Análise e Dicas Comportamentais quando da Realização do Interrogatório e/ou da Entrevista

Em geral, as pessoas discorrem com fluência sobre aquilo que conhecem. Relutâncias inesperadas que cortam o fluxo de uma exposição, silêncios, denominações vagas, particularmente quando coincidem com desvios de olhar e certos movimentos das mãos, indicam que se tangenciam questões sensíveis, por algum motivo. Pode não ser conveniente, por exemplo, diante de uma resposta como - “foram...vários os agressores”, perguntar, de imediato, - “quantos eram?”, mas fica-se sabendo que há um problema aí, porque, muito provavelmente, o entrevistado terá como especificar melhor a informação, o que pode se dar quando do interrogatório.

Outro ponto importante é manter o comando da conversa, impedindo que ela se desvie do tema, seja por digressões do entrevistado, seja pela discussão da validade ou oportunidade da entrevista mesma. A melhor estratégia, quando isso acontece, é apresentar nova pergunta, mudando o assunto, para retornar posteriormente ao ponto problemático. Não se deve questionar mais do que o necessário nem insistir em linhas de questionamento que se constatarem improdutivas.

Espera-se do entrevistador/interrogador discrição e atuação dirigente - é essa a conduta profissional. A atitude de compreensão e respeito deve marcar a atividade do entrevistador/interrogador, com a preocupação de não evidenciar reações, como impaciência, discordância ou simpatia entusiasmada. O interlocutor pode ser malcriado ou tentar intimidar, devendo o perscrutador não se irritar nem se deixar intimidar.

Quanto ao tempo da entrevista ou interrogatório, concordo com Gordon Pask (*apud* LAGE, 2001), um dos teóricos modernos da conversação humana. Toda conversa parte de um desacordo ou bifurcação:

os conceitos e ideias vão sendo esclarecidos em seu curso e, quando esse processo chega ao fim, isto é, quando há consenso – não quanto ao assunto, mas quanto ao que o interlocutor está dizendo –, é hora de parar.

2.5 Questões Adjacentes ao Interrogatório

2.5.1 A argumentação

Argumento, segundo a obra Vocabulário Jurídico de De Plácido e Silva (2004, p. 132), provém do latim *argumentum*, de *arguere* (convencer, arguir, refutar, afirmar, declarar). É o vocábulo que se usa para designar o raciocínio ou arazoado, seja escrito ou oral, por meio do qual se quer tirar a consequência de uma ou mais proposições, isto é, em virtude do qual se procura provar, mostrar ou evidenciar a veracidade, a procedência ou exatidão da afirmação feita. Trata-se, portanto, do raciocínio que se utiliza para demonstrar ou comprovar uma proposição ou para convencer outra pessoa daquilo que se afirma ou se nega.

Segundo Perelman e Tyteca, em sua obra clássica sobre o assunto, citados pela estudiosa delegada de polícia Águeda Bueno do Nascimento, toda argumentação visa à adesão dos espíritos e, por isso mesmo, pressupõe a existência de um contato intelectual. Eles ainda asseveram:

Quando se trata de argumentar, de influenciar, por meio do discurso, a intensidade de adesão de um auditório a certas teses, já não é possível menosprezar completamente, considerando-as irrelevantes, as condições psíquicas e sociais sem as quais a argumentação ficaria sem objeto ou efeito.

Tomando por base a explanação acima, a linguagem jurídica e o Inquérito Policial, forjado a partir dessa linguagem, são espaços em que essa argumentação ganha destaque especial, inclusive pelo fato de instrumento, por meio da investigação, trazer traços de acusação, defesa e decisão (2005, p. 17 *apud* NASCIMENTO, 2012).

Enquanto uma atividade discursiva, a argumentação persegue a racionalidade e o ideal da verdade, visando à explicação dos fenômenos e dos problemas que interessam aos homens. Entretanto, como ressalta Charaudeau (1994) *apud* Emediato (2008), trata-se de um ideal, pois, mesmo quando tais fenômenos são passíveis de uma explicação universal, eles são, todavia, percebidos através de filtros da experiência individual e social das pessoas, experiência determinada pelo tempo, no espaço e na

cultura, assim como também de filtros relativos às operações tipicamente mentais dos seres humanos que formam esquemas explicativos. Isso faz com que a busca da verdade seja, de fato, uma busca daquilo que seria mais verdadeiro (e não a verdade em si). Trata-se, por conseguinte, da busca do verossímil, ou seja, daquilo que se apresenta como sendo mais aceitável por todos ou pela maioria.

Um outro aspecto a ser considerado na argumentação é que nem sempre o sujeito que argumenta se baseia em princípios éticos rígidos capazes de mantê-lo no seu compromisso com o “mais verdadeiro”. O sujeito que argumenta pode estar mais interessado em fazer prevalecer suas intenções de influência que em discursar a favor da verdade. Isso ocorre porque uma outra finalidade, não menos importante que a busca da verdade, parece interessar aos homens: a busca da influência, que visa ao ideal de persuasão, consistindo em trazer o outro para o seu universo de crenças, fazê-lo partilhar seus valores, seus princípios de explicação, seus ideais e opiniões. Daí existirem duas grandes categorias de argumentação: a demonstrativa e a retórica.

Pela **argumentação demonstrativa**, num interrogatório, por exemplo, o interrogador deve ocupar-se mais com os fatos e verdades já conhecidas sobre um crime ou um delito do que com outros elementos atenuantes e condicionantes de ordem moral ou social. Os fatos e verdades constituem provas documentais e suficientes para se provar a culpabilidade de alguém, pois a lei não abre exceções sobre circunstâncias sociais ou morais. De outro lado, a ciência, para elaborar e validar as suas teses, utiliza verdades preexistentes e teses já aceitas pela comunidade científica como ponto de partida e como fundamentação. A verdade, sendo uma propriedade da proposição (já que é aceita como tal), independe da opinião dos homens e é por isso considerada impessoal e demonstrativa. Ela também é considerada objetiva, ou seja, descarta a subjetividade das opiniões pessoais.

A **argumentação retórica**, por sua vez, filia-se a uma corrente não necessariamente racional, pois visa a trazer o outro para dentro de seu universo de discurso, sem seguir lógicas de raciocínio explícitas, com o objetivo de persuadir o interlocutor através de estratégias de sedução e de persuasão que podem ser construídas através do apelo aos valores e às crenças das pessoas. O objetivo da argumentação retórica não é, como na demonstração, provar a verdade da conclusão a partir da verdade das premissas, mas de transferir, sobre as conclusões, a adesão acordada às premissas.

Contrariamente à argumentação demonstrativa, o conceito de verdade não é tão importante para a retórica. Esta se preocupa mais particularmente com o conceito de adesão. A retórica se define como a arte de persuadir, e ela pode ser considerada como o lugar de encontro entre o homem e o discurso. As opiniões interessam mais à retórica do que a própria verdade. Assim, se a argumentação demonstrativa se apoia em fatos e verdades, a argumentação retórica se apoia melhor em valores, crenças e lugares comuns. Em um interrogatório, por exemplo, buscar-se-ia conseguir a adesão do interrogado apoiando-se nas crenças e nos valores dele. Muitas pessoas ficam mais vulneráveis a revelar a verdade quando são trabalhados suas crenças e valores, chegando a desprezar os fatos. Exemplo disso são argumentos do tipo: legítima defesa da honra, o criminoso foi vítima da desigualdade social...

O discurso construído durante os interrogatórios policiais pretendem-se, por pertencerem ao discurso jurídico, perfazerem-se como neutros. A neutralidade sempre foi a tônica do discurso jurídico. Todavia, para os estudiosos da linguagem e, especialmente, do discurso, é impossível, na construção de qualquer texto manter a neutralidade.

O sujeito está inserido em um mundo, em uma cultura, possui valores, sentimentos, crenças. Tudo isso gera seu discurso, seu posicionamento. É desnecessário afirmar que o discurso jurídico, por mais que se baseie em leis, não está imune aos valores culturais do sujeito que o emite. A lei prescreve o norte, a base, mas os argumentos para se subsumir o fato a essa lei estarão, necessariamente, imbuídos de valores e crenças do sujeito.

Especialmente durante a construção dos **interrogatórios policiais**, o operador do direito utiliza de estratégias de aproximação ou de distanciamento com seu interlocutor. Muitas vezes, ele quer ser confiável a ponto de se tornar confidente daquele que inquire. Os aspectos puramente jurídicos e legais tornam-se, dessa feita, bastante insuficientes para o sucesso da entrevista.

A interação face a face é *sui generis* e requer do orador (policial) a utilização de vários argumentos para conseguir uma construção eficaz de um diálogo que se pretende verdadeiro. Disso emerge a importância dos estudos sobre retórica.

Discute-se, sob esse aspecto, o modelo da racionalidade demonstrativa, a que os juristas pensam que estão sempre adstritos e que querem fazer com que seu público acredite que nela está alicerçado seu

discurso.

Sob essa perspectiva e em se tratando de discurso jurídico, vale ressaltar a Nova Retórica de Chaim Perelman (2000, *apud* NASCIMENTO, 2012), definida por ele como a lógica dos juízos de valor. Para Perelman, a retórica não se limita a convencer, o que se pode fazer usando raciocínios lógicos. Tem por objetivo persuadir, afetar a vontade, o que exige a utilização de argumentos de natureza não lógica, que envolvam inclusive sentimentos, pois o mero convencimento pode não ser suficiente para levar à ação que se tem por objetivo, inclusive durante o interrogatório.

Relativamente ao discurso jurídico, a teoria da argumentação de Perelman oferece meios para superar o positivismo, impondo aos operadores do direito a necessidade de justificarem argumentativamente as suas opções que implicam valores.

Se um operador do direito, com poder decisório, baseia sua opção valorativa exclusivamente na autoridade que ele detém e porque assim está positivado, demonstra não respeitar as opiniões e valores diferentes daquelas pessoas que deverão obedecer à sua deliberação. Segundo a teoria de Perelman, para que uma decisão judicial seja legítima e aceita pelas pessoas, faz-se mister que os operadores do direito convençam a população de que as suas escolhas valorativas são as melhores, não bastando demonstrar que estão apenas respaldadas em lei.

Desse modo, toda a argumentação construída pelo operador do direito na produção do Inquérito Policial deve se dar no sentido de convencer os seus interlocutores e a sociedade de que a decisão a ser tomada no final do caderno investigativo estará respaldada na justiça, naquilo que é melhor para todos e não exclusivamente no mandamento legal.

O livro **Argumentar em situações difíceis** traz um método original por meio de três habilidades aplicáveis a qualquer área da vida, como, por exemplo, nos casos de manipulação, desinformação, discussão com alguém que tem ponto de vista completamente oposto ao nosso, situações essas muito prováveis de ocorrerem durante um interrogatório policial. As três habilidades podem ser assim resumidas:

1. **Objetivação:** consiste em objetivar as próprias emoções, em controlá-las, em representá-las interiormente para obter uma maior perspectiva. Possibilita, em uma situação difícil, que o acontecimento seja visto de uma perspectiva “exterior”. A objetivação não diz respeito apenas à vítima, mas também ao próprio agressor, e pode ajudá-lo a dominar sua violência. No que diz respeito ao interrogatório, a objetivação chama a

atenção do interrogador para a necessidade do distanciamento emocional do interrogado, ainda quando provocado por este.

Não se trata simplesmente de “conter as próprias emoções”, mas de transformá-las em instrumento para conhecer melhor a situação difícil em que o indivíduo (interrogado) se encontra: objetivar significa conhecer, e conhecer possibilita agir melhor, como, por exemplo, descrevendo interiormente os elementos chave de uma situação que está sendo vivida (o ato do interrogatório) e não julgando os outros (o interrogado).

2. **Escuta ativa:** saber escutar ativamente, buscando compreender verdadeiramente, é uma habilidade que se encontra no cerne de todos os métodos para tentar sair de uma situação difícil. Essa habilidade leva em conta o outro e seu ponto de vista, em escutar e manifestar empatia com o interrogado. Isso não significa que adotemos o ponto de vista do outro, mas simplesmente que busquemos estabelecer uma melhor relação com ele. Quando buscamos nos colocar no lugar dele, compreendemos melhor seu ponto de vista e, sobretudo, ficamos em uma melhor posição para nos relacionar, argumentar, e talvez, até mesmo, convencer o outro a renunciar uma violência (em qualquer de seus vieses) que ele traria em si e cujos efeitos poderiam nos atingir.

Não é possível convencer os outros com os motivos que nos convenceriam. Única solução: escutar o outro, encontrar o motivo que o convencerá. É isso que tornará possível encontrar o bom argumento, aquele que toca o outro e faz com que ele aceite o ponto de vista do interlocutor. Tudo isso não só sem violência, mas também fazendo com que a violência seja contida.

Objetivar o medo e propor ao outro uma maneira de exercer seu poder de um outro modo permitirão que este também objetive sua busca de poder. A objetivação mostra ao agressor que ele foi ouvido e compreendido. A ideia é evidentemente transformar o poder do agressor em força ou, em outras palavras, guardar toda força que é o motor desse poder para colocá-la a serviço de uma outra ação que não venha a provocar domínio. A vantagem da argumentação, quando podemos usá-la em uma situação difícil como essa, é que ela não só diminui o impacto da agressão, mas também tem uma pequena possibilidade de transformar interiormente o agressor.

3. **Argumentação:** A objetivação é um pré-requisito que não pode ser dispensado, a escuta é uma disposição necessária para que um vínculo possa ser criado, mas a afirmação argumentada do próprio ponto de vista

constitui a ação decisiva e, no interrogatório, fará com que as soluções encontradas convenham à investigação, na medida do possível. Ela não só permite que o próprio ponto de vista seja afirmado, mas ainda traz a esperança de convencer o outro, como é frequentemente necessário, a renunciar à violência no sentido mais amplo, que é exatamente o que torna o interrogatório difícil.

2.5.2 A manipulação

A manipulação é um fenômeno perturbador, pois age sob o manto da dissimulação. Para ser eficaz, ela deve ser oculta dos olhos daqueles que a sofrem. A manipulação é uma violência que priva as suas vítimas de seu direito à liberdade de escolha e, quando se dão conta do ocorrido, produz nelas um sentimento de frustração que pode ferir sua própria identidade. A vítima da manipulação é levada a fazer uma escolha que de outra forma não teria feito, e por boas razões.

Também aqui os recursos da discrição são poderosos. O interrogador deve se portar de modo mais neutro possível e se perguntar, por exemplo, o que o interrogado está fazendo, observar as palavras que ele usa e os gestos que ele faz. Em resumo, olhar o interrogatório de fora como se ele não estivesse envolvido e fosse contá-lo à outra pessoa. Por exemplo, por meio da técnica de sincronização, considerada pelo autor do livro mencionado, Philippe Breton, como uma técnica de manipulação. Cria-se uma emoção, no caso, uma sensação de bem-estar, de concordância, de cumplicidade, de fusão, que irá gerar no alvo o seguinte pensamento: “Essa pessoa é igual a mim, e então seu ponto de vista pode se tornar o meu”. A técnica consiste em imitar o comportamento do outro como se estivéssemos na frente de um espelho, independentemente do conteúdo da nossa fala, sem que ele perceba. Depois de um certo tempo, a situação se desanuvia e o outro faz exatamente o que desejamos dele...

O que geralmente falta àquele que é manipulado é a afirmação de seu ponto de vista, pois na maioria das vezes o manipulador joga com a ambivalência daquele que deseja manipular e a desvalorização do ponto de vista inicial que ele tem. Nas três habilidades mencionadas, depois que a discrição nos permitiu um afastamento da emoção provocada pelas manobras do outro, a escuta permite observar com precisão as técnicas que o outro utiliza. A reafirmação, a seguir, do próprio ponto de vista assinala o fracasso da tentativa. Reconhecer *a posteriori* que fomos enganados requer uma introspecção humilde e difícil.

Ao contrário das três habilidades propostas, que visa a convencer o outro, respeitando-o, a manipulação visa a ampliar a emoção, a paralisar a escuta e a fazer emergir um desejo oculto, como meio de desviar o interlocutor de seu ponto de vista inicial.

A manipulação “afetiva” apela para a emoção para melhor nos ludibriar. Já a manipulação “cognitiva”, conhecida como desinformação, consiste em perturbar a escuta e a recepção que temos de uma mensagem correta, truncando o seu raciocínio. Trata-se de uma mentira calculada cujo objetivo é construir uma informação crível, mas totalmente falsa, com o objetivo de fazer com que tomemos uma decisão equivocada. Seus efeitos são violentos e podem ser devastadores. Isso explica que seja usada – e considerada – como uma “arma de guerra”. Uma desinformação bem-sucedida pode, em situações de conflito armado, levar um dos protagonistas a tomar uma decisão que o colocará em situação de fraqueza e o levará a ter pesadas perdas materiais e humanas.

Um dos meios mais eficazes proposto por Breton para lutar contra a desinformação é, inicialmente, submeter ao questionamento crítico *todas as informações que validem demais uma hipótese*, quando nos encontramos no contexto de um conflito aberto. Trata-se de objetivar sua posição e dizer a si mesmo que, quaisquer que sejam os fatos, eles devem ser considerados como fatos, ou seja, devem ser acompanhados por provas verificáveis. Mais ainda: quanto mais os fatos nos confortam em nossa opinião, mais eles devem ser verificados. Isso requer que estejamos especialmente atentos à escuta interior e ao efeito que os fatos têm sobre nós.

Uma das técnicas da desinformação consiste exatamente em transformar fatos em provas, o que pressupõe que eles não sejam verificados. Portanto, devemos desconfiar das provas. A prova provoca um sentimento de fusão que é um tipo de violência cognitiva que paralisa o raciocínio habitual.

Atualmente, a Internet é um excelente recurso para a desinformação, devido à dificuldade de verificar os fatos. O exemplo a seguir, extraído do livro de Breton, relembra a desventura de alguns internautas decididos a lutar contra o racismo na rede:

A partir de 1999, mensagens racistas e incitações ao homicídio inundaram a Internet, partindo de sites como SOS-Racille ou Amisraelhai. Alguns internautas se uniram no — “Grupo V8” para encontrar esses sites.

Um dos membros do V8, Stéphane, foi o primeiro a atacar, com sucesso, esses sites. A resposta, sob forma de desinformação, foi

imediate, sem dúvidas com o objetivo de depreciá-lo aos olhos dos investigadores policiais do OCLCTIC (Escritório Central de Luta contra a Criminalidade Ligada às Tecnologias de Informação e de Comunicação), que já não viam com bons olhos as atividades do V8, cujos membros eram vistos como — “amadores”.

O processo foi simples, mas eficaz, o computador de Stéphane começou a enviar e-mails, evidentemente assinados por ele, para sites com anúncios de pedofilia, como, por exemplo, — “Homem bonito, gentil e meigo, procura rapazes entre dez e quatorze anos...” O resultado não tardou: os policiais apareceram em sua casa e ele foi considerado suspeito de pedofilia. Vários pilares da rede V8 foram desmantelados desse modo.

3 Análise Psicológica na Comunicação não Verbal

Este capítulo foi baseado eminentemente na obra “Comunicação não verbal na interação humana”, 1999, de Mark L. Knapp e Judith A. Hall.

O termo “não verbal” é comumente usado para descrever todos os eventos da comunicação humana que transcendem as palavras escritas ou faladas. Ao mesmo tempo, deve-se notar que esses eventos e comportamentos não verbais podem ser interpretados por signos verbais.

A importância da comunicação não verbal é inegável em termos quantitativos. Birdwhistell, uma autoridade em comportamento não verbal, apresenta alguns dados surpreendentes sobre a quantidade de comunicação não verbal que ocorre em nosso dia-a-dia. Segundo suas estimativas, uma pessoa comum fala apenas um total de 10 a 11 minutos diariamente, sendo que a sentença falada padrão leva apenas 2,5 segundos. Além disso, em conversa normal entre duas pessoas, os componentes verbais provavelmente carregam menos de 35% do significado social da situação; mais de 65% é transmitido por canais não verbais.

Knapp e Hall (1999, pp. 40, 41 e 133) trazem ainda exemplos de situações criminológicas relativas à comunicação não verbal:

O desejo de identificar “tipos” criminosos tem sido objeto de estudo há séculos. Já que parece improvável que alguém se confesse um criminoso ou um criminoso em potencial, indicadores não-verbais tornam-se particularmente importantes. Houve época em que se acreditava ser possível identificar um criminoso por seus traços faciais ou calombos na cabeça. Nos últimos anos, os cientistas vêm se utilizando do conhecimento do comportamento não verbal para examinar tanto atos criminosos quanto a arena de julgamento da culpa ou da inocência, a

sala do tribunal.

Um estudo analisou a aparência e os movimentos de pessoas que passavam por uma das áreas de maior número de assaltos na cidade de Nova York (Grason e Stein, 1981). Em seguida, pedia-se a assaltantes que vissem os filmes das vítimas potenciais e indicassem a probabilidade de um assalto. Além de descobrir que pessoas de idade são alvos preferidos, os pesquisadores descobriram que as vítimas potenciais andavam de modo diferente, ora com passadas largas, ora curtas, nunca médias. As partes do corpo não pareciam se mover em sincronia, ou seja, pareciam menos graciosos e fluidos nos movimentos. Outros estudos tentaram identificar as características não-verbais que os estupradores usavam para selecionar suas vítimas. Alguns estupradores buscavam mulheres que demonstram passividade, falta de confiança e vulnerabilidade; outros preferem o oposto, desejando “colocar uma mulher orgulhosa no seu devido lugar”. A conclusão parece recomendar uma conduta pública não-verbal que seja confiável sem ser agressiva (Myers, Templer e Brown, 1984).

[...]

Quando uma pessoa acusada é submetida a julgamento, podem-se perceber diversas fontes de sinais não-verbais (Peskin, 1980; Stefano, 1977; Pryor e Buchanan, 1984). Juízes têm sido alertados para minimizar possíveis sinais de parcialidade na voz e na postura. A pesquisa sugere que atitudes e sinais não-verbais dos juízes podem influenciar o resultado de um julgamento (Blanch, Rosenthal e Cordell, 1985).

[...]

O estudo do comportamento não-verbal também pode mostrar-se importante no processo de seleção do júri. Um advogado pede a um possível jurado que olhe para seu cliente e então pergunta: “Diga-me se você poderia vê-lo como inocente”. Ao mesmo tempo, perscruta a fisionomia do possível jurado para identificar reações favoráveis ou desfavoráveis. Outros advogados restringem-se a observar tremores das mãos durante o processo de seleção do júri antes do julgamento.

[...]

Os advogados há muito perceberam que a maneira de se vestir de seu cliente pode ter um impacto sobre os julgamentos feitos pelo juiz e/ou júri. Alguns réus foram até encorajados a usar uma aliança de noivado falsa para afastar algum preconceito contra pessoas solteiras.

A aparência e a roupa também são parte dos estímulos não verbais totais que influem nas reações interpessoais, e sob algumas condições são os principais determinantes dessas reações. A atratividade física pode ter relação com o fato de uma pessoa ser capaz de persuadir ou manipular

outras, pode determinar o julgamento de um réu como culpado ou inocente, pode até ter efeito sobre a capacidade de um prisioneiro para reforçar o comportamento antissocial, responsável por sua prisão, dentre outras influências que fogem ao tema deste artigo. Knapp e Hall (1999, p. 110) apresentam exemplos das situações acima mencionadas:

São os juízes e jurados influenciados pela aparência de uma pessoa? [...] A evidência de que réus atraentes recebem sentenças mais leves é superior à que liga atratividade a culpa ou inocência. Embora grande parte da pesquisa esteja baseada nos resultados de júris e casos simulados, Stewart (1980) avaliou a atratividade de 67 réus verdadeiros. Os réus menos atraentes foram acusados de crimes mais sérios e receberam condenações mais longas, mas a atratividade não afetou significativamente julgamentos de condenação ou de absolvição.

Obviamente, a atratividade de um réu raramente é avaliada isoladamente no tribunal, e outros fatores interagem com ela; por exemplo, o grau de arrependimento expresso pelo réu, o grau de compromisso dos jurados com a imparcialidade, o empenho com que os jurados “discutem” o caso, a semelhança percebida entre jurados e réu, verbalizações do réu, e a natureza do crime que está sendo examinado. Em alguns crimes, o uso da atratividade pelo réu pode agravar sua situação, como quando usada para cometer uma fraude. No crime de estupro, a relativa atratividade da vítima e/ou a do réu podem influenciar o júri. Vítimas de estupro atraentes podem aparecer mais sujeitas a sofrer o ataque (Seligman, Brickman e Koulack, 1977; Jacobson, 1981).

Em alguns casos de pessoas condenadas à prisão, parece que seu comportamento anti-social (*sic*) seria abrandado por mudanças radicais na aparência. Foi relatado, por exemplo, que uma mulher de dezenove anos com um rosto “tão deformado que as criancinhas fugiram dela chorando” atirou um tijolo na janela de um banco e ficou esperando que a polícia viesse prendê-la. “Eu estava até me arriscando a morrer para conseguir um rosto melhor”, disse ela. O juiz ordenou que fosse feita uma extensa cirurgia plástica (“Atiradora do tijolo deformada”, 1975). O mesmo raciocínio deu início a um maciço programa de cirurgia plástica para reparar narizes, remover tatuagens, esticar peles flácidas, disfarçar cicatrizes feias, eliminar orelhas de abano, e remover outras deformidades de condenados no reformatório do Estado de Kentucky (Watson, 1975, p. A-8). As autoridades daquela instituição raciocinaram que a exposição constante ao ridículo social e a discriminação na contratação para trabalho podem levar a um sentimento de rejeição e frustração que se manifesta como comportamento anti-social (*sic*). Programas semelhantes efetuados por médicos nas universidades de Virgínia e Johns Hopkins não mostraram alterações significativas no comportamento de condenados após mudanças em sua aparência. Obviamente, a aparência é apenas um fator a contribuir para o comportamento anti-social (*sic*). Para alguns, todavia, ele pode ser o

mais importante.

Grande parte de nosso comportamento não verbal caracteriza-se pela mudança de atitude e pelo movimento corporal durante uma conversa, mas alguns dos sinais não verbais emitidos pelas particularidades individuais que trazemos para cada interação permanecem relativamente imutáveis, como: cor da pele, corte de cabelo, traços faciais, altura, peso, estilo de vestuário, entre outros. Eles influenciam a percepção que outras pessoas têm de nós e a maneira pela qual se comunicam conosco.

Os anéis nos dedos de um homem, as mangas de seu paletó, suas botas, as joelheiras em sua calça, as calosidades de seu indicador e polegar, sua expressão facial, os punhos de sua camisa — cada uma dessas coisas revela plenamente a profissão de um homem. É quase inconcebível que tudo isso reunido não pudesse esclarecer, em cada caso, o competente investigador. (*Sherlock Holmes*)

Como as palavras, os signos não verbais têm múltiplos usos e significados; como as palavras, muitos signos não verbais têm significados denotativos e conotativos. Somente pelo exame do contexto da interação somos capazes de avaliar com alto grau de confiança o modo como comportamentos específicos funcionam, podendo eles exercerem uma única função ou serem multifuncionais. Por exemplo: olhar para o chão pode refletir tristeza em uma situação e submissão ou falta de envolvimento em outra; o modo como tornamos claro ao outro que queremos continuar a falar pode expressar também nossa necessidade de dominação do outro e até mesmo nosso estado emocional.

O objetivo da explanação acima é conscientizar sobre os inúmeros estímulos não verbais que são produzidos e com os quais nos defrontamos nos diálogos cotidianos. Há de se ponderar, no entanto, que a comunicação não verbal não pode ser analisada isoladamente do processo total de comunicação. Comunicação verbal e não verbal são inseparáveis e, portanto, devem ser tratadas como uma unidade.

3.1 Os Efeitos da Face na Comunicação Humana

Não existem gestos universais. Pelo que sabemos, não há uma expressão facial, atitude ou posição corporal que transmita o mesmo significado em todas as sociedades. *R.L. Birdwhistell.*

Nossas faces são também usadas para facilitar e inibir as reações na interação diária. Partes da face são usadas para:

- Abrir e fechar canais de comunicação;

- Complementar ou qualificar respostas verbais e/ou não verbais;
- Substituir o discurso.

Os comportamentos podem, é claro, servir a várias funções simultaneamente. Por exemplo, um bocejo pode substituir a mensagem falada “Estou entediado” e servir para fechar os canais de comunicação ao mesmo tempo.

Outro aspecto importante de nossas expressões faciais é que nem sempre retratamos estados emocionais “puros” ou únicos, nos quais, por exemplo, todas as partes de nossa face mostram apenas raiva. Em vez disso, a face transmite múltiplas emoções. Essas são chamadas de *misturas de emoções*, que podem aparecer na face de muitas maneiras:

- Uma emoção é mostrada em determinada área facial, enquanto outra é transmitida numa área diferente; por exemplo, as sobrancelhas se erguem, indicando surpresa, e os lábios se apertam, indicando raiva.
- Duas emoções diferentes aparecem em certa parte da face; por exemplo, uma sobrancelha se ergue demonstrando surpresa, e a outra permanece baixa, revelando raiva.
- Uma demonstração facial é produzida por ação muscular associada a duas emoções, não contendo, porém, nenhum elemento específico.

Existem pessoas cuja face é inexpressiva mesmo diante de uma forte emoção provocada por alguma situação à sua volta, bem como existem pessoas cuja face é extremamente expressiva, mesmo sem grandes alterações no ambiente. O que talvez não saibamos é que essas diferenças, além de sensíveis e duradouras, estão associadas a alterações no funcionamento físico. Os “internalizadores” (as pessoas inexpressivas) têm pouca expressão manifesta na face, mas experimentam alta reatividade fisiológica (como alteração dos batimentos cardíacos e reação eletrodérmica); os “externalizadores” (as pessoas expressivas) mostram o padrão oposto. (BUCK, SAVIN, MILLER e CAUL, 1972; LANZETTA e KLECK, 1970; NOTARIUS e LEVENSON, 1979 *apud* KNAPP e HALL, 1999, p. 281). Muitas teorizações acerca desse relacionamento apontaram para fatores ligados à aprendizagem; por exemplo, a noção de que a sociedade encoraja as pessoas a suprimir suas reações emocionais, e de que os indivíduos que assim procedem devem “experimentar suas emoções” ou excitações de algum outro modo, talvez pela ativação do sistema nervoso. Nesse caso, pode-se dizer que ocorre uma “descarga”: a emoção é solta quer externa,

quer internamente.

3.2 Entendendo as Emoções a partir da Metodologia FACS

Segundo os policiais civis Wagner de Oliveira e Lilian das Graças Silva, conteudistas do curso “Análise Facial das Emoções Aplicada à Investigação Policial” promovido pela Acadepol/MG no corrente ano, atualmente, a metodologia que permite com maior rigor científico a codificação da expressão das emoções na face é a metodologia *FACS* (*Facial Action Coding System*), desenvolvida em sua primeira edição em 1978 por Paul Ekman e Wallace Friesen e que mais tarde teve uma segunda edição em 2002. Recentemente, de 2016 a 2021, foi atualizada pelo Ph.D Freitas Magalhães, fundador e diretor do laboratório de Expressão Facial da Universidade Fernando Pessoa, em Portugal, reconhecido mundialmente como especialista em expressão facial das emoções.

O *FACS* é um mapa da face humana codificado em 44 unidades de ação (AUS) que são movimentos musculares representantes das sete emoções humanas básicas e suas variedades. As emoções básicas são também consideradas “universais”, pois estão presentes em todas as culturas: mesmo que um ser humano tenha sido criado completamente isolado, ele experimentará essas emoções da mesma forma que os outros. São elas: alegria, desprezo, nojo, tristeza, medo, surpresa e raiva, sendo que há dissenso sobre a surpresa e o desprezo. Abaixo, pode-se observar a tabela com a prototipagem das sete emoções básicas:

Emoções	AUS	Descritivo
Alegria	6+7+12+25+47	“Pés de galinha”, bochechas salientes, olhos em “órbita”, midríase.
Tristeza	1+3+4+15+48	Pálpebras descaídas, perda de foco nos olhos, cantos da boca ligeiramente para baixo, miose.
Raiva	3+4+5+7+10+26+47	Sobrancelhas franzidas, contração da glabella, olhos brilhantes, lábios fechados, contração do temporal e midríase.
Medo	1+2+4+5+20+21+25+47	Sobrancelhas levantadas, pestanas superiores levantadas, pestanas inferiores tensas, lábios ligeiramente esticados em direção as orelhas, midríase.
Nojo	3+7+10+21+25+48	Nariz franzido, lábio superior levantado, miose.
Surpresa	1+2+5+8+25 ou 26	Sobrancelhas levantadas, olhos abertos, boca aberta, contração temporal.
Desprezo	9+10+41+61 ou 62	Lábios esticados e levantados apenas num dos cantos da boca

*Fonte: Adaptado do Manual F-M FACS 3.0 - Ph.D Freitas Magalhães, 2018.

Já as emoções “secundárias” ou “sociais” variam conforme a cultura de origem e os significados pessoais. Por variarem, não permitem sua identificação e diferenciação facial.

O principal objetivo ao se utilizar a metodologia *FACS* é que o policial identifique durante o interrogatório/entrevista quais das sete emoções básicas a pessoa estaria demonstrando na face em um determinado momento e perceber eventuais incongruências emocionais entre o discurso falado e o que se apresenta na face. A partir de então, verificam-se os pontos que devem ser destrinchados na narrativa apresentada e percebem-se quais argumentos apresentam maior probabilidade de serem verdadeiros ou falsos.

Não há técnica perfeita que substitua a capacidade do profissional no interrogatório/entrevista, e “certezas absolutas” não encontram um bom amparo na ciência. No entanto, acredita-se que a utilização dessa metodologia pode contribuir de forma significativa em vários aspectos do interrogatório/entrevista, trazendo para a investigação policial uma técnica com um rigor científico mais elaborado que contribui para uma maior credibilidade na elucidação dos fatos.

3.2.1 Linhas de base e regras de exibição

A **linha de base** é a maneira como a face do indivíduo se comporta em seu estado habitual. À vista disso faz-se necessário observar se o sujeito possui tiques, assimetrias, paralisias ou outras características particulares que possam alterar a percepção da emoção na face. Conhecer o padrão de movimentos habituais em situações corriqueiras nos permite distinguir melhor o que está diferente no indivíduo e o que é “normal” em seu funcionamento, sob pena de interpretarmos erroneamente determinados comportamentos.

Outro conceito relevante é o de **regras de exibição**: a exibição das expressões faciais sofre interferência na intensidade, contexto e duração em que aparecem, ainda que as emoções básicas sejam natas a qualquer ser humano. Fatores como idade, gênero e contexto influenciam onde, em que intensidade e quais gatilhos desencadeiam as emoções. Isto posto, a consideração desses dois conceitos é indispensável para uma observação mais acurada da expressão emocional na face quando do interrogatório/entrevista policial.

3.2.2 Diligência na interpretação da análise de credibilidade

A análise do comportamento não verbal (credibilidade) é mais útil para gerar perguntas eficientes do que respostas. O papel do profissional de segurança pública não é trazer respostas, porque muitas vezes isso não é possível com as informações que se têm. O método mais eficaz para se descobrir algo é induzir a pessoa a falar: quanto mais informações se obtiver, maiores são as evidências que nos aproximam da verdade. E as evidências são encontradas no campo das emoções por meio da análise de credibilidade.

A análise das AUS (unidades de ação) contrastadas com a fala do interrogado num determinado momento, gera, para o analista uma ligação de “relação” e não ligação de “causação”. Por isso não podemos nunca afirmar que o interrogado/entrevistado está mentindo, mas sim que seu comportamento não é esperado. Pode ser que quando nervosa, a pessoa realmente aja daquela forma, ou pode ser também que a pessoa tenha uma condição psicológica emocional psicopatológica, dentre outras hipóteses. Com essa cautela, podem-se ter linhas de investigação mais eficientes.

O comportamento emocional não esperado chama a atenção para uma investigação mais detalhada sobre aquele ponto, mas não é que necessariamente esteja ocorrendo uma mentira. Enfim, a percepção de uma incoerência joga luz para que se possa encontrar mais elementos que estão por trás do discurso, mas não significa que seja realmente uma mentira.

Com essa informação, pode-se conduzir uma investigação de forma mais coercitiva, fazer um interrogatório melhor, de modo a conduzir uma confissão ou chegar a evidências materiais que nem se esperava encontrar.

3.3 *Distinção entre Emoção e Sentimento*

Antônio Damásio, neurocientista português, pesquisador e referência mundial na neurobiologia das emoções, apresenta a seguinte distinção entre emoções e sentimentos quando de sua entrevista transcrita e publicada no site *Fronteiras do Pensamento* em 2015:

Antônio Damásio: A emoção é um programa de ações, portanto, é uma coisa que se desenrola com ações sucessivas. É uma espécie de concerto de ações. Não tem nada a ver com o que se passa na mente.

É despoletada pela mente, mas acontece com ações que acontecem dentro do corpo, nos músculos, coração, pulmões, nas reações endócrinas. Sentimentos são, por definição, a experiência mental que nós temos

do que se passa no corpo. É o mundo que se segue (à emoção). Mesmo que se dê muito rapidamente, em matéria de segundos, primeiro são ações e pode-se ver sem nenhum microscópio. Você pode me ver tendo uma emoção, não vê tudo, mas vê uma parte. Pode ver o que se passa na minha cara, a pele pode mudar, os movimentos que eu faço etc... enquanto o sentimento você não pode ver.

O sentimento eu tenho e você não sabe se eu tenho ou não tenho. E se você tiver um sentimento de profunda tristeza, mas se me quiser enganar, e quiser comportar-se como se estivesse alegre, vai me enganar mesmo, porque eu não posso saber o que está dentro da sua cabeça, posso adivinhar, mas é diferente.

Isso é uma diferença fundamental. É a diferença entre aquilo que é mental e aquilo que é comportamental. É uma reação inata, o sistema de reações é inato e desencadeado por um determinado processo, geralmente um processo intelectual, uma coisa que se percebe, se ouve, que se vê, etc e depois acontece dentro do corpo dessa forma complexa. Essa é a grande diferença. E como é evidente, é mais fácil perceber o que se passa objetivamente do que perceber uma coisa que se passa dentro da mente de outrem. Portanto, este é um aspeto de grande êxito para a neurociência, mas que ainda está em curso. Se você me entrevistar daqui 10 anos, vai ver incríveis desenvolvimentos, que vão acontecer neste espaço de tempo. [...].

Logo, as emoções são automáticas imediatas e impossíveis de serem controladas e isso permite que um observador treinado possa perceber características na face que distingue uma emoção de outra, mesmo que o indivíduo tente falsear o que está expressando.

3.4 Tornando-se um Observador da Comunicação não Verbal

O estudo da comunicação não-verbal como uma habilidade interpessoal representa um recurso significativo na investigação do comportamento social humano. (*H.S Friedman*)

Observadores eficazes provavelmente tiveram uma variedade de experiências educacionais e pessoais. Essa base experimental os auxilia no processamento de complexos e transitórios estímulos em curso e na colocação de observações isoladas em sua perspectiva adequada. Em outros termos, o observador deve ter as habilidades necessárias para um trabalho lento, cuidadoso, detalhado e a capacidade de vislumbrar as linhas unificadoras de amplos conceitos que unam as muitas observações isoladas. Ambos os requisitos sugerem uma necessidade de paciência e perseverança. E, finalmente, se as pessoas quiserem ser observadoras eficazes, também devem mostrar alguma habilidade na auto-percepção – ver e aceitar tanto

as qualidades positivas como as negativas em si mesmas. Nem todos concordarão com o último ponto. É verdade que não sabemos se os que são melhores na compreensão de si mesmos são também os melhores na compreensão dos outros, ou aqueles que são hábeis em observar e interpretar o comportamento de amigos são igualmente aptos em processos semelhantes com estranhos.

Outro modo de considerar observadores bem-sucedidos é olhar para a informação que eles buscam e obtêm. A luta que segue pode ser útil para observadores de qualquer transação humana. Obviamente, por vezes, algumas das informações contribuirão para observar tendências, mas a lista pode ser necessária num ponto determinado para interpretar integralmente as observações: 1) descobrir sobre os participantes – idade, sexo, posição ou status, relação um com outro, história anterior e características semelhantes; 2) descobrir sobre o local da interação – tipo de ambiente, relacionamento dos participantes com o ambiente, comportamento esperado neste ambiente e assim por diante; 3) descobrir sobre os propósitos da interação – objetivos ocultos, compatibilidade dos objetivos e assim por diante; 4) descobrir sobre o comportamento social – quem faz o que ou com quem, forma do comportamento, sua necessidade, para quem ele é dirigido, o que dá início a ele, objetivo aparente do comportamento, efeito sobre os outros interagentes e assim por diante; 5) descobrir qual a frequência e a duração desse comportamento – quando ele ocorre, quando dura, se é recorrente, frequência da recorrência, o quanto tal comportamento se revela típico etc.

3.4.1 Comunicando nossa identidade

Knapp e Hall (1999, pp. 383 e 384) lecionam que a aparência e o comportamento revelam informações significativas sobre a identidade das pessoas – quem elas são ou, em muitos casos, quem elas gostariam de ser. A identidade inclui os atributos sociais, a personalidade de uma pessoa, as atitudes e os papéis que ela considera autodefinidores. Desse modo, ser um oficial de polícia é um papel que tende a estar profundamente ligado à autodefinição. E ser um suspeito preso já representa um papel mais efêmero, mas pode estar ligado ao autoconceito no caso de um criminoso de carreira. Algumas vezes, torna-se difícil dizer se o comportamento reflete emoções e papéis transitórios ou faz parte da descrição da identidade. Uma postura encurvada ou desafiadora de um suspeito pode ser ambas as coisas.

As pessoas têm grande necessidade de expressar sua identidade: aspectos de identidade como idade, ocupação, cultura e personalidade são

expressos pela roupa e por comportamento não verbal. A comunicação de identidade é, em parte, autovalidante. Mostramos para nós mesmos o sentido de quem somos. Também damos a conhecer nossa identidade a outras pessoas – tanto para nosso grupo (para obter solidariedade e assinalar inclusão) como para os que não pertencem ao grupo (para enfatizar que eles não são um de nós).

Michael Argyle (1988 *apud* KNAPP e HALL, 1999, p. 384) sugeriu que as pessoas querem saber sobre os atributos sociais dos outros igualmente, talvez para ajudar a manter a crença de que o mundo é um lugar previsível. Sinais quanto à identidade dos outros também nos auxiliam a decidir como agir em relação a eles. Às vezes é difícil ter provas diretas e concretas da identidade dos outros, por isso as pessoas costumam confiar em sinais e gestos. Em relação à classe social, por exemplo, o modo de alguém se vestir nos revela muita coisa, assim como outros bens como carros, canetas, pastas, maquiagem e joias. Algumas vezes, as pessoas orquestram seus pertences materiais para apresentar uma “versão melhorada de si” e alcançar aceitação ou aprovação.

3.4.2 A falibilidade da percepção humana

Sobre essa temática, os fatores a seguir expostos são alguns dos que podem contribuir para estabelecer diferenças na percepção, aspectos que os observadores bem-sucedidos devem levar em consideração.

Primeiramente, precisamos reconhecer que nossas percepções são estruturadas por nosso próprio condicionamento cultural, educação e experiências pessoais. Os adultos ensinam às crianças o que julgam ser dimensões críticas dos outros mediante o assunto sobre o qual escolhem falar e fazer observações. Assim, formamos associações que inevitavelmente entraram em nossas observações. Desta forma as expectativas e os estereótipos podem algumas vezes ser úteis, mas, em alguns casos, impedem observações acuradas.

Devemos ter consciência também de que algumas vezes projetaremos nossas próprias qualidades no objeto de nossa própria atenção – afinal, se elas são parte de nós, devem ser verdadeiras sobre os outros. Algumas vezes essa projeção tem origem menos no desejo de nos adularmos do que numa visão distorcida do mundo, como o exemplo dos valentões ou de outras pessoas agressivas que veem os outros como hostis e ameaçadores. Revertemos os processos algumas vezes quando queremos nos ver como

únicos, por exemplo: “Eu sou uma pessoa racional, mas muitas pessoas não são”. Essa interação entre nossas próprias necessidades, desejos ou até estados emocionais temporários e o que vemos nos outros às vezes nos faz ver apenas o que queremos ou a não perceber o que pode ser óbvio por outras pessoas. Esse processo é conhecido como percepção seletiva.

Para mostrar as revoluções mentais que podemos realizar na perseguição da percepção seletiva, vamos presumir que observamos uma mãe batendo em seu filho – mãe que foi anteriormente percebida como incapaz de tal ato. Podemos ignorar o estímulo: “Ela é uma mãe maravilhosa, de modo que não pode ter batido em seu filho”. Podemos reduzir a importância da informação contraditória: “Crianças podem ser exasperantes, e é compreensível que os pais têm de ‘ser duros’, por vezes _ além disso, não foi um tapa muito forte”. Podemos mudar o significado da inconsistência: “Não podia ser um tapa, porque a criança teria recuado e chorado mais forte _ deve ter sido um ‘tapa de amor’”. Podemos reinterpretar traços observados anteriormente para ajustar a informação contraditória: “Penso que ela é uma pessoa enérgica, responsável e generosa, mas pode ser geniosa e excessivamente punitiva”. Assim, não é incomum que as pessoas distorçam observações que contradizem o que acreditam ser verdade para que “façam sentido” para elas. Quando os adultos observam animais ou bebês é difícil resistir a análises profundamente enraizadas na atividade humana adulta. Devido a essas tendências relativas à percepção, é importante que os observadores confrontem suas percepções com os relatos independentes de outros _ ou verifiquem a consistência de suas próprias observações em vários pontos diferentes durante um extenso período de tempo.

Devemos também reconhecer que nossas percepções serão influenciadas pelo que escolhemos observar. Provavelmente não usamos os mesmos critérios para nossos amigos, pais e estranhos. A familiaridade pode tanto ajudar a observação como criar “ruído” observacional, mas de qualquer maneira afeta nossas percepções. Além disso, alguns fenômenos nos deixam travados na observação de um determinado tipo de comportamento – nós o focalizamos bem de perto, mas deixamos passar comportamentos simultâneos que ocorrem em outra parte qualquer. Pode ocorrer que o comportamento que enfatizamos seja mais importante, mais ativo ou simplesmente mais interessante. Ou que monitoremos um comportamento divergente mais de perto do que o comportamento normativo ou esperado.

Ao observar uma conversação, é possível não estarmos atentos a

tudo enquanto ela acontece. Em alguns momentos, olharemos, veremos e interpretaremos um determinado conjunto de sinais, e a ele reagiremos; outras vezes os mesmos sinais passarão despercebidos ou não serão considerados. Em algumas ocasiões, os observadores se transformarão em vítimas da tendência natural de seguir as alternâncias no uso da palavra, visando ao orador e deixando passar outros eventos não verbais associados ao não falante. E, é claro, alguns fenômenos são tão complexos, tão pequenos ou tão frequentes que a fadiga do observador se torna uma grande preocupação.

Mesmo que duas pessoas observem o mesmo evento e lhe atribuam significados semelhantes, elas podem expressar suas observações diferentemente. Outros podem suspeitar, então que os dois observadores veem duas coisas diferentes. É a distinção entre descrever uma expressão facial, como felicidade, alegria, encanto, prazer ou diversão, ou pode ser a diferença entre dizer “Ela bateu nele” *versus* “Ela o empurrou” ou então descrever uma garota como “agressiva”, mas um menino como “exibicionista” mesmo quando eles apresentam comportamentos semelhantes. Assim, a linguagem que usamos para expressar nossas percepções pode ser uma variável importante no julgamento da acuidade dessas percepções.

Knapp e Hall (1999, p. 471) chamam a atenção ainda para o fato de que em certos casos, observaremos alguma característica do comportamento de outra pessoa que influenciará nossas percepções daquilo que se segue. E por vezes o último ato de alguém nos levará a reanalisar e a reinterpretar todo comportamento anterior a ele. Devemos ainda nos preocupar com as descrições factuais, não avaliadas, do comportamento e com as interpretações que damos a essas descrições: um observador bem-sucedido se atenta para não confundir a descrição pura com inferências ou interpretações sobre o comportamento.

Outra valiosa lição a ser extraída refere-se ao problema das explicações simplistas para atos comportamentais complexos. Quando alguém parece evitar contato visual, é muito tentador anotar que isso sugere que o indivíduo está escondendo algo. Devemos estar constantemente prevenidos contra essas simples demonstrações de causa e efeito do comportamento observado. Apenas após considerar o contexto total do evento podemos começar a fazer deduções sobre a razão pela qual tal comportamento ocorreu. Mesmo assim, só relatamos com graus variados de probabilidade, nunca com certeza absoluta.

Quando observadores desejam fazer interpretações dos

comportamentos observados, é preciso usar de considerável cautela. Algumas vezes, enfrentamos a questão de saber se um comportamento é atribuível à personalidade de uma pessoa ou a algo na situação imediata. Podemos procurar uma causa situacional para algum comportamento “indesejável”, mas, se não encontrarmos uma explanação plausível, poderemos atribuir o comportamento à personalidade do indivíduo até com mais confiança. Devemos, contudo, reconhecer que podemos ter deixado passar a causa situacional, sendo incapazes de ver a situação como o participante a vê. Se errarmos em alguma direção, estaremos mais sujeitos a atribuir ações e disposições duradouras dos outros e minimizar nossas demandas situacionais.

Assim, Kapp e Hall (199, p. 472) concluem que um bom observador deve ter em mente que a descrição factual de um comportamento é apenas um dos aspectos a serem considerados em sua análise.

4 Conclusão

A literatura sobre o tema dessa monografia nos fornece um embasamento teórico e técnico face à problemática da extração da verdade no interrogatório policial por meio da análise da coerência entre a comunicação verbal e não verbal do investigado, sendo válidas as técnicas de interrogatório, recheadas de dicas psicológicas com o objetivo de se atingir tal fim, respeitando sempre os princípios éticos constitucionais.

Interrogar é examinar formal e oficialmente, através do uso da pergunta e da persuasão, com a finalidade de induzir alguém a revelar uma informação oculta que, se bem trabalhada, levará à confissão.

A dimensão não verbal da comunicação envolve todas as manifestações não expressas por palavras, cuja significação está vinculada ao contexto em que ocorrem: a avaliação do que foi dito e como foi dito traz elementos importantes para a investigação (interrogatórios) ou para a fase processual (depoimentos em audiência).

A análise da comunicação não verbal do investigado somada à aplicação da metodologia *FACS* (*Facial Action Coding System*), entremeadas que são de dicas psicológicas, poderá levar ao ápice do ato com a obtenção da confissão que, se tomada de forma legítima, servirá como arcabouço de futuras condenações quando corroboradas com as demais provas colhidas nos autos de inquérito policial.

A partir do estímulo gerado pela contextualização dos conhecimentos

no ramo da psicologia forense, mais especificamente da comunicação não verbal humana, objetivou-se trazer uma reflexão para uma análise mais acurada do comportamento do investigado, especialmente durante o interrogatório policial, habilitando o operador do direito a utilizar as técnicas de interrogatório policial (que podem ser objeto de outro artigo científico) não de forma mecânica/automática, mas sim atentando-se para os aspectos psicológicos que as acompanham com o escopo de extrair a verdade que subjaz à versão do investigado e, em última instância, a confissão, respeitando sempre os princípios éticos constitucionais.

Referências

BRETON, Philippe. **Argumentar em situações difíceis**. Tradutora: Sônia Augusto. Barueri, SP: Manole, 2005.

COUTO, Marcelo Augusto. **Entrevista e Interrogatório na Investigação Policial (Técnica Reid)**. Belo Horizonte: 2012.

FERREIRA, Daniel Barcelos; FERREIRA, Elenice Cristine Batista e OLIVEIRA, Luciano Vidal Ferreira de. **Investigação Criminal**. Belo Horizonte, 2016 (Apostila do Curso de Formação de Investigadores de Polícia Civil 2016 _ Academia de Polícia de Minas Gerais).

GOMES, Amintas Vidal. **Manual do Delegado _ Teoria e Prática**. 7. ed. rev. atual. e ampl./ Rodolfo Queiroz Laterza. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

KNAPP, Mark L. e HALL, Judith A. **Comunicação não-verbal na interação humana**. Tradução de Mary Amazonas Leite de Barros. São Paulo: JSN Editora, 1999.

LIMA, Renata de Oliveira e BRAILE, Bianca Landau. **Aspectos práticos e formais do interrogatório**. Belo Horizonte: 2012.

NASCIMENTO, Águeda Bueno do. **Organização Argumentativa da Entrevista Policial**. Belo Horizonte: 2012.

OLIVEIRA, Wagner de e SILVA, Lilian das Graças. **Análise facial das emoções aplicada à investigação policial**. Belo Horizonte: 2022

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: 2004.

TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito**

Processual Penal. 3 ed. rev. atual. e ampl. Bahia: Juspodivm, 2009.

DAMÁSIO, António. Emoção ou sentimento? Mental ou comportamental? António Damásio explica a organização afetiva humana. **Fronteiras do pensamento.** Disponível em: <https://www.fronteiras.com/leia/exibir/emocao-ou-sentimento-mental-ou-comportamental-antonio-damasio-explica-a-organizacao-afetiva-humana/>. Acesso em: 31 mai 2022.

PIRES, Sergio Fernandes Senna. Análise do comportamento não verbal. **Instituto Brasileiro de Linguagem Corporal.** Disponível em: <https://ibralc.com.br/analise-comportamento-nao-verbal/>. Acesso em: 28 mai. 2022.

PIRES, Sergio Fernandes Senna. O que é Comunicação Não Verbal? **Instituto Brasileiro de Linguagem Corporal.** Disponível em: <http://ibralc.com.br/comunicacao-nao-verbal/>. Acesso em: 22 nov. 2015.

PIRES, Sergio Fernandes Senna. A mentira e três coisas que você precisa saber. **Instituto Brasileiro de Linguagem Emocional.** Disponível em: <https://ibralc.com.br/mentira-e-tres-coisas-que-voce-precisa-saber/>. Acesso em: 29 mai 2022.

Capítulo 9

A TIPICIDADE PENAL DA FALSIDADE DA DECLARAÇÃO RACIAL EM CONCURSO PÚBLICO

Chrysty Britto dos Reis Colombo Sarnaglia¹

1 Introdução

A igualdade racial, pensada atualmente sob a forma de equidade ou igualdade material, é um dos direitos fundamentais garantidos a brasileiros e estrangeiros pela República Federativa do Brasil, conforme previsto no art. 5º, caput, da Constituição de 1988. Para garantir a eficácia desse princípio, o Estado adota políticas públicas de promoção da igualdade racial – à luz da Lei 12.288/2010 -, como a reserva de vagas em concursos públicos para candidatos pretos e pardos.

A reserva de vagas a candidatos pretos e pardos é uma forma de compensar a discriminação racial historicamente sofrida por esses grupos, que mesmo após a abolição da escravidão, posicionam-se na base da pirâmide socioeconômica do Brasil. Para que essa política pública seja eficaz, é necessário que a declaração racial dos candidatos seja condizente com a realidade racial do candidato.

Nesse cenário, a devida efetivação das cotas raciais ainda enfrenta grandes desafios. Um problema constatado pelas associações em defesa do povo negro é exatamente a fraude nas autodeclarações, que permite que pessoas brancas se beneficiem das cotas, em especial nos concursos públicos cujas vagas disponibilizam altos salários a servidores e membros de poder.

Para tentar evitar possíveis fraudes que impossibilitem a aplicação das cotas da maneira que o legislador as objetivou, o Supremo Tribunal Federal através da Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) 41, além de declarar a constitucionalidade da Lei de Cotas, considerou o procedimento

¹ - Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Especialização em Direito Judiciário pela Faculdade São Geraldo, especialização em Direito Penal pelas Faculdades Integradas de Jacarepaguá e especialização em Ministério Público e a Defesa da Ordem Jurídica pela FDV. Graduado em Direito pela Universidade Vila Velha. Lattes iD <http://lattes.cnpq.br/9113492193935430>. Orcid iD <https://orcid.org/0000-0002-4796-9543>. chrystysarnaglia@gmail.com.

de heteroidentificação como legítimo, desde que sejam observados princípios e critérios para se respeitar o princípio da dignidade humana, em especial que a autodeclaração do candidato seja condizente com o seu fenótipo.

Defende-se neste artigo que a falsidade da declaração racial à comissão de heteroidentificação, com o ensejo de obter vaga de cotista, é uma conduta que pode ser tipificada como crime de falsidade ideológica, previsto no artigo 299 do Código Penal, quando configurado o elemento subjetivo (dolo) com a finalidade específica de fraudar as normas editalícias do concurso público a partir da inserção de informação falsa no certame.

A falsidade da declaração racial em concurso público pode gerar diversos prejuízos aos candidatos que realmente preenchem os requisitos para concorrer a vagas reservadas. Esses candidatos podem perder a oportunidade de ser aprovados no concurso, o que pode prejudicar sua carreira profissional e pessoal e faz com que se perpetue o racismo institucional.

Ante o parco material bibliográfico sobre a temática, pelo método dedutivo, destrincha-se a estrutura dos elementos que compõe o tipo penal previsto no artigo 299 do Código Penal para fins de averiguação da hipótese apresentada.

2 O sistema de cotas em concursos públicos e criação da comissão de heteroidentificação

O sistema de cotas raciais para concursos públicos entrou em vigor no dia 10 de junho de 2014, através da promulgação da Lei 12.990, que visa atenuar a desigualdade racial que ainda atinge a sociedade no âmbito laboral.

Após a publicação da Lei 12.990/2014, houve a necessidade de se regulamentar a forma de inserção dos negros, pelas cotas raciais, nos concursos públicos. Em 10 de abril de 2018 foi publicada a Portaria Normativa nº 04 pelo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão através da Secretaria de Gestão de Pessoas. Essa Portaria – assim como a Lei – foi considerada legítima pelo Supremo Tribunal Federal na ADC 41:

[...] a fim de garantir a efetividade da política em questão, também é constitucional a instituição de mecanismos para evitar fraudes pelos candidatos. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios

subsidiários de heteroidentificação (e.g., a exigência de autodeclaração presencial perante a comissão do concurso), desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa. (BRASIL, 2017, p.2)

O procedimento de heteroidentificação possui a finalidade de garantir que as vagas disponibilizadas para pretos e pardos nos concursos públicos sejam efetivamente ocupadas por estes, na medida em que, a autodeclaração de forma isolada não conseguiria gerar esta garantia, posto que para a sua presunção é válida tão somente a declaração do indivíduo sobre a sua raça. Em consonância com a lei de cotas para concursos públicos, a portaria expõe no seu artigo segundo que para concorrer às vagas disponibilizadas aos negros nos concursos públicos, o candidato deve primeiramente se autodeclarar quando for realizar a sua inscrição observando os critérios estabelecidos pelo IBGE de raça e cor (Portaria Normativa nº4, de 6 de abril de 2018). No ato da inscrição o candidato que autodeclarar-se negro poderá optar entre concorrer as vagas de ampla concorrência ou concorrer pelo sistema de reserva de vagas.

A oportunidade dada ao candidato em optar por concorrer ou não à reserva de vagas aparece como sendo mais um requisito para que o candidato cumpra com os critérios que assegurem a possibilidade em se pleitear a vaga via reserva racial, visto que, para além de autodeclarar-se, o candidato também precisa demonstrar interesse de forma expressa, em campo específico no ato da inscrição, em concorrer à cota racial.

Após preenchidos esses requisitos, o candidato autodeclarado negro, que porventura, consiga passar no concurso público, terá que se submeter ao procedimento de heteroidentificação. O legislador procurou estabelecer um método em que as instituições que apliquem as cotas raciais consigam de forma objetiva classificar os indivíduos que desejam concorrer à reserva racial de vaga, conforme disposto no artigo 9º da portaria “Art. 9º - A comissão de heteroidentificação utilizará exclusivamente o critério fenotípico para aferição da condição declarada pelo candidato no concurso público.” (Portaria Normativa nº4, de 6 de abril de 2018).

Diante da criação desse critério, necessário se avaliar o conceito de fenótipo:

Fenótipo é um importante conceito adotado em Genética e costuma ser definido como o conjunto de características observáveis de um organismo. Nesse sentido, incluem-se nesse conjunto as características morfológicas e fisiológicas de um indivíduo (SANTOS, 2021)

Assim, extrai-se que o critério fenotípico é utilizado para determinar

as características gerais de um indivíduo se subdividindo em espécies cuja característica está ligada entre as especificidades que se deseja estudar. No que tange as cotas raciais o legislador estabeleceu que o critério utilizado deverá ser o fenotípico que está relacionado as características físicas dos candidatos.

Temos que o método de heteroidentificação busca identificar de forma padronizada (e com a intenção de sanar as questões de aplicação objetiva das cotas raciais) a partir de estereótipos se o indivíduo seria ou não negro, para que a partir dessa constatação pudesse atribuir ao candidato a possibilidade e concorrer as vagas pelo sistema de cotas.

Portanto, para além da autodeclaração como critério de aplicação das cotas para concursos públicos, as bancas se utilizam de comissões de heteroidentificação para ratificar as declarações raciais dos candidatos ou para constatar as hipóteses de declarações falsas, circunstância a qual gerará apenas a inaptidão da pessoa a concorrer às vagas reservadas às cotas raciais, conforme previsto no parágrafo único, do artigo 2º, da Lei 12.990/14.

Ocorre que a forma com que essa fase do concurso público tem sido gerida pelas bancas organizadoras tem causado indignação nas entidades que defendem os direitos do povo negro. Segundo constatado pelo Frei David Santos (2023)², diretor da Educafro³, a fraude nas autodeclarações, com as posteriores ratificações pelas comissões de heteroidentificação, permitem que pessoas brancas se beneficiem das cotas, em especial nos concursos públicos cujas vagas disponibilizam altos salários a servidores e membros de poder.

A correta aplicação da lei de cotas está intimamente ligada a transformação da sociedade e ao correto reconhecimento de quem é verdadeiramente negro no país e, conseqüentemente, apto a gozar de tal benefício sem violar o que dispôs legislador. Por esse motivo, diante da gravidade da ação fraudulenta protagonizada por pessoa que está indiferente com as mazelas sofridas secularmente pelo povo negro no Brasil, constitui medida de Justiça a eficaz punição do candidato que insira declaração racial

2 Conforme vídeo extraído do site oficial da Educafro, intitulado: Intervenção da Educafro Brasil no seminário do Ministério da Gestão de como deve ser o concurso público daqui para frente! 1º de dezembro de 2023. Disponível em: <https://educafro.org.br/site/2023/12/01/intervencao-da-educafro-brasil-no-seminario-do-ministerio-da-gestao-de-como-deve-ser-o-concurso-publico-daqui-para-frente/>. Acesso em: 19 dez. 2023.

3 [...] “associação civil sem fins lucrativos, sediada em São Paulo, com a missão de auxiliar jovens negros e pobres a cursar o ensino superior e a ingressar no mercado de trabalho, oferecendo, gratuitamente, cursos pré-vestibulares, profissionalizantes e bolsas de estudos” (SARNAGLIA, 2023, p. 103/104)

falsa, no documento de inscrição, com fins de se beneficiar ilegalmente do sistema de costas nos concursos públicos.

3 A estrutura do tipo penal do crime de falsidade ideológica e a conduta de fraude na declaração racial em concurso público

O crime de falsidade ideológica, previsto no artigo 299 do Código Penal, está contido no Capítulo III, Da Falsidade Documental, compondo um dos Crimes Contra a Paz Pública (Título IX). Assim prevê o dispositivo legal em seu preceito primário:

Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

Interpretando as elementares desse tipo penal, Nucci esclarece que a declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita constitui hipótese de valoração jurídica, “pertinente ao conteúdo esperado do documento” (2019, p. 654), sendo o objeto material o documento público ou particular e objeto jurídico é a fé pública (2019, p. 657). O agente, portanto, faz com que o documento, público ou privado, seja ideologicamente falso, a partir de um ato formal, pois insere declaração falsa, diversa daquela que deveria ser escrita.

Somando-se à configuração dos elementos subjetivos que serão vistos a seguir, o crime de falsidade ideológica exige que o agente realize a conduta (objetiva) de inserir dados em documento público ou particular, de modo que altere a verdade sobre fato juridicamente relevante.

No caso da falsidade da declaração racial, a conduta criminosa consiste em declarar falsamente a raça do candidato em documento público (ficha de inscrição para ingresso em certame público), circunstância que possui a potencialidade de alterar a ordem classificatória para a nomeação/investidura de candidatos a certo cargo ofertado em concurso público.

A declaração racial é um ato formal do candidato, pois é realizada em um formulário próprio, que é exigido pelo edital do concurso como requisito de ingresso no certame. Nesse momento, a declaração racial é exigência formal determinada pela própria Lei 12.990/14 (art. 2º), sendo condição para o candidato se beneficiar da reserva de vagas. A declaração racial tem como objeto um fato juridicamente relevante, pois é utilizada

para aferição da elegibilidade do candidato à reserva de vagas e, como visto no item anterior, a reserva de vagas é uma medida de política pública que tem como objetivo promover a igualdade racial e a falsidade da declaração racial altera a verdade sobre a raça do candidato. Sob essa perspectiva, a raça é uma questão de avaliação objetiva, que pode ser aferida por critérios também objetivos. Como também visto no item anterior, os critérios utilizados para aferição da raça são: autodeclaração do candidato e análise fenotípica do candidato.

Relativamente aos requisitos subjetivos, segundo Rogério Greco, para que ocorra a infração penal do art. 299 do CP, exige-se que a falsidade ideológica tenha a finalidade de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante (2022, p. 1399). Assim, para a configuração desse crime é necessário que o agente preencha os seguintes elementos subjetivos: dolo, que é a vontade livre e consciente de realizar a conduta criminosa; e finalidade específica, que é a intenção de prejudicar um direito ou interesse alheio.

No caso da falsidade da declaração racial, o dolo do agente se manifesta na intenção de se beneficiar maliciosamente da reserva de vagas em concurso público, sabendo que não preenche os requisitos para concorrer a essas vagas. Representação exemplar desse evento criminoso, sob essa ótica, seria a declaração racial de pessoa branca, quando do preenchimento da inscrição do certame público, passando-se como pessoa negra em razão de um dos seus pais ser negro, por não aceitar o critério exclusivo de análise fenotípica pela comissão de heteroidentificação como condicionante única para a avaliação racial.

Já relativamente à finalidade específica, que seria a intenção de prejudicar um direito ou interesse alheio, na hipótese em estudo - da possível prática do delito de falsidade da declaração racial - essa intenção do agente é prejudicar os candidatos que realmente preenchem os requisitos para concorrer a vagas reservadas para pretos e pardos. Aqui, o candidato branco tem a plena consciência de que preencherá uma vaga destinada a candidatos negros, violando toda uma luta pelo combate ao racismo institucional e à promoção de equidade de oportunidades a um grupo racial excluído por séculos dos quadros mais relevantes do serviço público.

Sob o aspecto institucional, modulador de rotinização e coordenação de comportamentos humanos, o racismo representa o resultado da forma de funcionamento das próprias instituições que passaram a atuar diante do contexto histórico brasileiro, em uma dinâmica que confere desvantagens

e privilégios com base na raça, direta ou indiretamente (ALMEIDA, 2019, p. 23).

Em sendo o racismo uma forma de exercício do poder, sob este aspecto institucional, a sua versão ganha tons de habitualidade da hegemonia na organização política e econômica de certa sociedade, na forma da criação de parâmetros raciais para agir ou deixar de agir. Institucionalizando os interesses dominantes, voltados à manutenção da forma estratificada do controle da população, o qual conserva a discriminação e a concessão de vantagens ao grupo de pessoas que ocupa este local de poder, não se permite espaço a mudanças de forma natural ante a discrepante desigualdade pré-existente.

Por essas razões expostas, conclui-se que é possível o enquadramento típico criminal da conduta de falsidade da declaração racial em concurso público, no delito previsto no artigo 299 do Código Penal, quando o agente não beneficiário das cotas raciais possui a finalidade específica de burlar as regras do edital que direcionam percentual de vagas exclusivamente a pessoas componentes de grupos raciais historicamente marginalizados, pois se trata de declaração falsa prestada em documento público (ficha de inscrição em concurso público) com o fim de prejudicar relevante direito alheio em benefício próprio, que também possui o condão de perpetuar o racismo institucional existente no país.

4 Conclusão

O direito à igualdade (material ou à equidade) é um princípio constitucional (art. 5º, caput, CRFB/88) que deve ser promovido pelo Estado a todos os cidadãos de forma que inviabilize o tratamento desigual em qualquer dimensão nas camadas sociais e raciais.

Tendo em vista esta função estatal, temos que, historicamente, este princípio fundamental não foi respeitado de forma devida pelas instituições públicas, o que justifica medidas para que se reequilibre as condições básicas dos indivíduos que possuem estas diferenças, com a finalidade de conceder a estes bases iguais, para que o tratamento possa ser efetivamente igual entre os indivíduos. À luz do novo sentido dado a igualdade, o material (ou equidade), deve o Estado procurar medidas que reinsiram os negros na sociedade e nas instituições públicas, uma vez que estes foram segregados em diversas áreas estudantis e profissionais por séculos, o que inviabiliza que estes consigam acesso a direitos básicos para uma vida digna.

As ferramentas oriundas das ações afirmativas, mais especificamente as cotas raciais pra universidades e para concursos públicos, estão integralmente ligadas ao sentido de igualdade disposto pela CRFB/88, tendo em vista que são ferramentas temporárias que visam sanar as desigualdades sociais geradas por anos de segregação histórica.

Por tudo quanto foi dito, a aplicação das cotas raciais deve observar critérios cuja eficácia seja realizada conforme os objetivos do legislador, qual seja: em benefício do povo negro. Para tanto o reconhecimento de critérios de heteroidentificação, a partir de preceitos objetivos – como a análise fenotípica –, que evitem possíveis fraudes nas autodeclarações raciais, é circunstância salutar para se trazer lisura na disputa por vagas no concurso público.

Observou-se que a fraude na declaração racial em concurso público configura o crime de falsidade ideológica, previsto no art. 299 do Código Penal, quando o agente não beneficiário das cotas possui a finalidade específica de burlar as regras editalícias relacionadas à exclusiva destinação racial das vagas, pois se trata de declaração falsa prestada em documento público com o fim de prejudicar direito alheio.

Quando configurada a conduta delituosa, o maior prejudicado desta ação, que pode ser delituosa, é o grupo de candidatos que realmente preenchem os requisitos para concorrer a vagas reservadas, que continuaram excluídos por mais uma forma de perpetuação do racismo institucional.

Referências

- ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo estrutural**. Coleção Feminismo Plurais (Selo Sueli Carneiro). São Paulo: Sueli Carneiro, Pólen, 2019.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Secretaria de Editoração e Publicações - SEGRAF, 1988. p.
- BRASIL. Lei nº 12.228, de 20 de julho de 2010. **Estatuto da Igualdade Racial**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm. Acesso em: 11 de dez. de 2023.
- BRASIL. Lei nº 12.990, de 09 de junho de 2014. **Lei de reserva de vagas para candidatos negros**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12990.htm. Acesso em: 30 de nov. de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41**. Relator: Roberto Barroso, 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>. Acesso em: 15 de dez. de 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 30 de nov. de 2023.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **RECOMENDAÇÃO Nº 41, DE 9 DE AGOSTO DE 2016**. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Recomendacoes/RECOMENDAO_41.pdf. Acesso em: 24 de nov. de 2023.

EDUCAFRO. **Intervenção da Educafro Brasil no seminário do Ministério da Gestão de como deve ser o concurso público daqui para frente!** 1º de dezembro de 2023. Disponível em: <https://educafro.org.br/site/2023/12/01/intervencao-da-educafro-brasil-no-seminario-do-ministerio-da-gestao-de-como-deve-ser-o-concurso-publico-daqui-para-frente/>. Acesso em: 19 dez. 2023.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: volume 3: parte especial: artigos 213 a 361 do código penal**. 19. ed. Barueri [SP]: Atlas, 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito parte especial: arts. 213 a 361 do código penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SANTOS, Vanessa Sardinha dos. DIFERENÇA ENTRE GENÓTIPO E FENÓTIPO; BiologiaNet. Disponível em: <https://www.biologianet.com/genetica/diferenca-entre-genotipo-fenotipo.htm> Acesso em 22 de nov. de 2023.

SARNAGLIA, Chrysty Britto dos Reis Colombo Sarnaglia. **A história de vida do Frei David Santos e a atuação da Educafro pela desinvisibilização do povo negro** – Londrina, PR: Thoth, 2023.

POLÍTICAS DE REDUÇÃO DA LETALIDADE POLICIAL: REPERCUSSÕES DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NA VIOLÊNCIA LETAL INSTITUCIONAL NO BRASIL

Vitor Hugo Souza Moraes¹

Daniela Ferreira dos Reis²

Cássius Guimarães Chai³

Cristina Rezende Eliezer⁴

1 Introdução

O processo de escravização do povo negro e o regime militar brasileiros enraizaram na estrutura do sistema jurídico e político brasileiro a naturalização da repressão institucional as populações

- 1 Advogado (OAB/MA). Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão (PPGDIR/UFMA). Gerente de Programa da American Bar Association Rule of Law Initiative (ABA-ROLI). Assessor de Políticas Públicas no Instituto Sociedade, População e Natureza (ISPN). Professor da UFMA e CEST. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Direito, Cultura e Sociedade (DGP/CNPq/UFMA) e associado ao Instituto de Pesquisa em Direitos Humanos na Amazônia (IPDHA). E-mail: vitorhugosmoraes@gmail.com
- 2 Advogada (OAB/MA). Mestre em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas – PPGDH/UFPB. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Direito, Cultura e Sociedade (DGP/CNPq/UFMA). Coordenadora-geral na Secretaria de Acesso à Justiça do Ministério da Justiça e Segurança Pública – MJSP. E-mail: daniela.reisfr@gmail.com
- 3 Professor Permanente PPGD/FDV Direitos e Garantias Fundamentais. Professor Associado da Universidade Federal do Maranhão. Membro do Ministério Público do Estado do Maranhão. E-mail: cassiuschai@gmail.com. Orcid: 0000-0001-5893-3901.
- 4 Advogada (OAB/MG). Doutoranda em Educação pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas (BOLSISTA CAPES). Mestra em Educação pela Universidade Federal de Lavras - UFLA/MG. Pós-Graduada Lato Sensu em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes - UCAM/RJ. Atua desde 2017 como Membro e Professora da Comissão OAB Vai à Escola, da Seção Minas Gerais. Atualmente é Professora Assistente no curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas Arcos. Membro do Conselho Editorial da Editora Dialética. Coordenadora-geral da Rede de Egressos do PPGE - UFLA. Coordenadora do Projeto PUC'blica - PUC Minas. Pesquisadora no Grupo de Pesquisa Currículo Crítico, Educação Transformadora: políticas e práticas (CNPq) - PUC Minas. Membro da Associação Brasileira de Currículo - ABDC. Parecerista na Revista Arquivo Brasileiro de Educação - Pós-graduação em Educação (PUC Minas). Acadêmica na Academia Formiguense de Letras (AFL).

periféricas. Mesmo a dura repressão da ditadura militar, não foi suficiente para incidir na alteração da estrutura da Polícia Militar, que permaneceu praticamente inalterada na Constituição Federal de 1988 com o legado de violência e letalidade policial.

A incapacidade do Estado Brasileiro em reestruturar a força policial de herança autoritária e do racismo estrutural, e a repercussão dos sucessivos crimes policiais impunes e o crescimento gradual dos números de violência policial, sobretudo perpetrados em face de comunidades periféricas, inclusive com agravamento da vulnerabilidade no período da pandemia do COVID-19, são objeto de decisões e recomendações da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que reconhecem a responsabilização objetiva, medidas de não repetição e a reparação de violações de direitos fundamentais.

Dentro desse contexto, nos debruçamos sobre as repercussões do Caso Favela Nova Brasília *vs* Brasil, que recomendou a eliminação urgente dos “autos de resistência” no país, tendo em vista que eles favorecem a impunidade policial e a abertura jurídica para o uso da força e a discussão da atuação dos agentes de segurança pública no Rio de Janeiro objeto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 635, cujo julgamento no Supremo Tribunal Federal (STF), determina a implementação progressiva das garantias de não repetição ditadas pela Corte IDH.

Desse modo, busca-se, em âmbito geral, analisar a efetividade dessa recomendação da Corte Interamericana no Brasil. Em termos específicos, este trabalho primeiramente discute o contexto da violência e da letalidade policial, a partir das reflexões da necropolítica e o Estado de Exceção, relacionando-o com o sistema de segurança pública brasileiro.

Em seguida, preocupa-se em tecer um panorama sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a natureza jurídica de suas recomendações à luz da concepção da internacionalização dos direitos humanos e do princípio da convencionalidade e o Caso Favela Nova Brasília. Por fim, reflete-se sobre as possíveis repercussões e efeitos das decisões da CIDH, a partir da análise do cumprimento da APDF nº 635.

Para pavimentar a investigação proposta, são revisados referenciais teóricos sobre o tema e os dados públicos sobre segurança pública, valendo-se de uma estratégia metodológica qualitativa tanto bibliográfica quanto documental. Ademais, a análise indutiva é utilizada para compreender que a análise objetiva dos dados permite uma perspectiva macro do problema e das constatações encontradas.

2 Estado de exceção a autos de resistência: expressões da violência letal institucional no Brasil

O Estado de exceção, inicialmente, era entendido como a suspensão ou derrogação de uma parcela da ordem constitucional e por um período provisório (BERCOVICI, 2008, p. 42). O propósito do estado de exceção, nesse contexto, é a defesa da própria ordem constitucional, de modo que, quando pretende ser permanente, leva em direção a uma ruptura em direção à ditadura, o que deve ser freado.

Com o avançar do século XX, Giorgio Agamben, aponta a ideia de estado de exceção, como resposta a conflitos extremos, dará lugar ao que o autor chama de “guerra civil legal”, que encontra no Estado nazista o seu exemplo mais proeminente. A partir do nazismo o que se tem é o “deslocamento de uma medida provisória e excepcional para uma técnica de governo” (AGAMBEN, 2012, p. 13), de modo que o estado de exceção passa a se apresentar como um paradigma de governo dominante na política contemporânea que leva a um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo, entre Estado de Direito e Estado de polícia.

De acordo com Agamben, o estado de exceção não é exterior, nem interior ao ordenamento jurídico, uma vez que a suspensão da norma não significa sua abolição. O que opera em torno do estado de exceção é, na verdade, a criação de um “vazio de direito” (AGAMBEN, 2012, p. 17), isto é, “uma zona de anomia em que todas as determinações jurídicas – e, antes de tudo, a própria distinção entre público e privado – estão desativadas” (AGAMBEN, 2012, p. 78). Para o autor, a história do século XX demonstrou que esse espaço juridicamente vazio irrompeu suas limitações espaciais e temporais de modo a confundir-se com o ordenamento jurídico “normal” e, de forma mais drástica, esse espaço vazio de direito passou a ser essencial à ordem jurídica em um movimento de relação necessária (e impensável) entre o direito e a anomia.

Esse espaço de indefinição entre a exceção e o direito vai levar a uma das principais características do estado de exceção (a separação entre lei e “força de lei”), gerando duas situações diferentes. Em primeiro lugar, o estado de exceção define um “estado de lei” em que a norma está em vigor, mas não se aplica, ou seja, não tem “força”. Em segundo lugar, atos que não tem valor de lei adquirem sua força. Daí que, para Agamben, “o estado de exceção é um espaço anômico onde o que está em jogo é uma força de lei sem lei” (AGAMBEN, 2012, p. 61). Nesse sentido, o que importa não é a

existência de uma lei positivada, mas sim a possibilidade de aplicar a “lei”, ainda que não positivada, ou de deixar de aplicá-la ainda que positivada e em pleno vigor.

A utilização da força é, assim, intrínseca à aplicação da lei, levando à questão sobre como delimitar o uso da força na aplicação da lei. Pode-se dizer, em decorrência disto, que, em última análise, a ideia de “força de lei” diz respeito também às relações entre direito e violência, ou seja, sobre como delimitar o uso da violência legítima e ilegítima, como separar uma da outra. Ocorre que, como afirma Agamben, cabe ao soberano a definição sobre a distinção entre o legítimo e o ilegítimo, ou seja, acerca do ponto de diferença entre violência e Direito, “o limiar em que a violência transpassa em direito e o direito em violência” (AGAMBEN, 2010, p. 38).

Nesse sentido, esclarece-se que, conforme as reflexões de Bussinger, Lorenzoni e Salvador (2023), o soberano, para Agamben, é aquele que administra entre a normalidade e a exceção, decidindo pelos momentos em que age sob a regência legal, e quando age contra a lei (mas com força da lei), conforme os interesses da governabilidade.

O soberano, portanto, define aquilo que é legítimo a partir de sua própria perspectiva, o que significa que o uso da força legítimo o é porque é legitimado por ele próprio. Vale ressaltar, aqui, que seja o soberano o Estado ou o povo, a conclusão é a mesma. O primeiro age em nome das “razões de Estado”, em seu próprio benefício e com vistas à manutenção de sua própria integridade; o segundo confere o respaldo político necessário para sustentar o uso ilegítimo da força – afinal, “direitos humanos para humanos direitos” -, uma vez que, como aponta Bercovici, seria o povo o responsável pelo exercício de um “controle popular do estado de exceção” (BERCOVICI, 2008, p. 41). O estado de exceção, assim, traz à luz o nexo entre violência e Direito.

A análise do estado de exceção por Agamben revela essa relação entre violência e Direito, ainda, a partir da condição de “matáveis” daqueles que são excluídos ou não contemplados pela vida política. Em Agamben, o estado de exceção dos excluídos configura-se em um estado de “matabilidade” no qual resta ao excluído a existência biológica – a “vida nua”, sobre a qual o soberano tem o direito de vida ou de morte. Soberana, nesse sentido, “é a esfera na qual se pode matar sem cometer homicídio e sem celebrar um sacrifício, e sacra, isto é, “matável” e sacrificável, é a vida que foi capturada nesta esfera” (AGAMBEN, 2010, p. 38).

Tal narrativa, longe de se limitar à atuação policial, vai encontrar

respaldo no próprio discurso jurídico produzido pelas agências judiciais, em especial o Ministério Público e o Poder Judiciário, no qual a atuação letal é distorcida para dar lugar à defesa do interesse público, de modo a ampliar ainda mais o espaço de indeterminação entre a exceção e a norma.

A exceção, na verdade, se confunde de vez na estrutura do ordenamento jurídico enquanto a violência da atuação policial passa a ser contemplada pelo discurso jurídico. O ordenamento jurídico passa, assim, a conter o seu contrário, isto é, a suspensão dos direitos e a admissão de uma violência não regulada por lei (mas com força de lei), de modo que o estado de exceção passa a se tornar parte da estrutura jurídico-política.

Esse discurso jurídico que passa a contemplar a exceção pode ser identificado, por exemplo, no contexto dos “autos de resistência” no Rio de Janeiro, dispositivo⁵ de controle social das classes excluídas e indesejadas consideradas “matáveis”⁶.

Os “autos de resistência” é como se registravam os homicídios praticados por policiais durante as operações, em atos da polícia judiciária, pressupondo que os disparos de arma de fogo foram praticados diante de causas de exclusão de ilicitude, comumente legítima defesa, exercício regular do direito ou estrito cumprimento do dever legal. Em São Paulo, a mesma categoria era nomeada “resistência seguida de morte”. Em outros estados, costuma ser descrito como “resistência em situação de confronto” ou, simplesmente, “resistência”.

Na prática, a utilização dessas categorias passou a acobertar excessos no uso da força letal, sobretudo envolvendo uma banalização da utilização dos “autos de resistência” para ocultar execuções sumárias. A base legal que fundamentava o registro dos homicídios como “atos de resistência” era interpretado a partir do Código de Processo Penal, em seu artigo 292:

Se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinação por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto suscrito também por duas testemunhas”.

5 Segundo Giorgio Agamben, dispositivo pode ser compreendido como “qualquer coisa que tenha de algum modo capacidade de capturar, orientar, determinar, interceptar, modelar, controlar e assegurar os gestos, as condutas, as opiniões e os discursos dos seres viventes” (AGAMBEN, 2009: 40).

6 Aqui, cabe fazer uma breve considerações sobre a ideia de Foucault sobre poder. Por meio do discurso e ordens a ele relacionadas, pode-se entender a atividade jurisdicional, nesse ponto, como exercício pela manutenção de poder. No âmbito penal e sob a perspectiva da criminologia crítica, observa-se uma seletividade penal (CHAI; COSTA, 2016, p. 83-104) que, segundo a presente análise, isenta os policiais.

É possível observar, a partir da análise dos casos relativos aos “autos de resistência”, que estes buscam fundamento em dois discursos antagônicos. De um lado, a existência de provas suficientes, com claros indícios de autoria e materialidade do crime de homicídios, permitindo a responsabilização criminal dos policiais envolvidos. De outro lado, a inexistência de tais provas por supostas deficiências no processo de investigação, ensejando, assim, o arquivamento dos inquéritos policiais (ZACCONE, 2013, p. 87).

O marco legal aberto pelos “autos de resistência” se caracteriza como um dos pressupostos fundamentais do Estado de exceção como paradigma de gestão na política de segurança pública. A abolição provisória da distinção entre poder legislativo, executivo e judiciário é uma das características essenciais do Estado de exceção, cuja tendência é se transformar em prática duradoura de governo.

Agamben (2012) se pergunta sobre o significado do “agir politicamente”, entre o direito público e o fato político e entre a ordem jurídica e a vida, pois no Estado de exceção encontra-se sua estreita relação com a guerra civil, a insurreição e a resistência. A “guerra civil legal”, como oposto do estado normal, se encontra numa zona de indecisão quanto ao Estado de exceção, é a resposta imediata do poder estatal aos conflitos internos mais extremos, como, por exemplo, o modelo de segurança hegemônico no Rio de Janeiro, fundamentado na letalidade como critério de eficiência (AGAMBEN, 2012, p. 130-131).

Percebe-se que a utilização da classe “autos de resistência” é uma face da violência institucional e do racismo entremeado em ações das forças de segurança pública, constatando-se, ainda, que as vítimas dos homicídios justificados nos autos são, em grande maioria, negros (STREVA, 2017). As contribuições de Mbembe (2011) iluminam a compreensão sobre o biopoder moderno, sendo produto do mundo colonial e da sociedade racializada herdada do colonialismo. Logo, analisar a violência institucional brasileira também perpassa por análise do próprio racismo, já que a raça é um elemento importante do estado biopolítico, “sendo considerada a primeira síntese entre massacre e burocracia da racionalidade ocidental moderna” (STREVA, 2017; MBEMBE, 2011).

Assim, as reflexões demonstram que o estado de exceção relaciona o direito e a violência (institucional) por meio dos “autos de resistência”, dando bases à “matatabilidade” de indivíduos específicos e racializados,

operando por um dispositivo biopolítico⁷. A lógica do Estado é possui dois lados paradoxais, sendo que, para garantir a segurança, a proteção e a vida da população, esse mesmo Estado relativiza e até naturaliza a eliminação de sujeitos não tutelados pela ordem jurídica, não-sujeitos de direitos, atribuindo-lhes uma identidade social nociva ao indivíduo morto, legitimando o seu assassinato sob a lógica de uma sujeição criminal após a morte.

3 A atuação da CIDH no combate à violência letal institucional e seus efeitos no Brasil: Caso Favela Nova Brasília

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) existe desde 1959, instituída pela Resolução VIII do 5.º Encontro de Consulta de Ministros de Relações Exteriores, realizado em Santiago, no Chile, e é principal órgão de caráter autônomo da Organização dos Estados Americanos (OEA), representando todos os países-membros⁸.

Em seu procedimento, a Comissão aprecia petições com denúncias ou queixas de violação dos direitos humanos, havendo a possibilidade de se requerer, ao Estado denunciado, todas as informações inerentes ao caso. Após tentativas de autocomposição, caso não haja solução pacífica, voluntária e consensual para o conflito, a Comissão emite um relatório ao país-membro alvo da denúncia com suas recomendações para solução do impasse, que deverá ser resolvido em, no máximo, três meses. O mecanismo atua na defesa e proteção de direitos humanos de todos os países que compõem a OEA (Organização dos Estados Americanos), ainda que não sejam signatários da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Os países-membros podem ser responsabilizados

7 O conceito de biopoder, segundo Agamben (2004), remete aos termos gregos *zoe* e *bios*, ou seja, à distinção que a cultura grega fazia entre as duas dimensões da vida humana. A *zoe* é entendida como a vida regida pelas leis da espécie, submissa à natureza que define o seu modo de ser, por isso uma vida natural. É ela que regula a vida do corpo, a natureza dos instintos, os desejos, as necessidades fisiológicas, o desenvolvimento biológico – existindo independente da vontade humana e aquém da liberdade e da cultura. Já a *bios* não é mera vida natural, ela transcende a *zoe*, na medida em que é uma vida historicamente elaborada e que não se desenvolve conforme determinações da natureza, mas a partir da potencialidade criativa humana, construída pela práxis dos sujeitos. Entretanto, a partir do “nascimento da biopolítica” os fenômenos próprios à vida da espécie humana adentram na ordem do saber e do poder, no campo das técnicas políticas.

8 Compõe-se de sete membros independentes que atuam de maneira pessoal, eleitos pela Assembleia Geral, com mandatos de quatro anos, só podendo haver reeleição uma vez. Importante salientar que os mesmos não representam nenhum país particularmente (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011).

internacionalmente por crimes cometidos contra os direitos humanos protegidos pela Convenção, porém apenas os Países que ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos terão deveres “legais” de cumprir a condenação (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011). Nessa estrutura, cabe à Comissão fazer recomendações e requisitar informações aos Governos dos Estados para a adoção de medidas preventivas, bem como realizar estudos e relatórios para instrução dos casos (GOMES; PIOVESAN, 2000, p.34).

No que tange especificamente à Corte Interamericana de Direitos Humanos, criada através do Pacto de mesmo nome, é um órgão que possui caráter jurisdicional autônomo com a incumbência de interpretar os dispositivos constantes na Convenção Americana de Proteção dos Direitos Humanos.

A Corte, formada por sete juízes que possuem um mandato de seis anos, tem competência consultiva, no que tange às situações referentes à interpretação dos dispositivos da Convenção Americana de direitos humanos (e outros Tratados que versem sobre matéria atinente aos Direitos Humanos), e competência contenciosa, que se faz ativa nas situações onde há violação dos Direitos Humanos (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011).

As sentenças proferidas pela Corte obrigam seus Estados signatários a repararem o dano sofrido pelo reclamante, e podem gerar, inclusive, o pagamento de indenizações em razão da natureza de órgão judiciário internacional. A decisão da Corte tem força jurídica vinculante e obrigatória, cabendo ao estado seu imediato cumprimento, e valerá como título executivo em caso da determinação indenizatória-pecuniária, conforme os procedimentos internos relativos à execução de sentença desfavorável ao Estado (MAZZUOLI, 2007, p. 732; GOMES, PIOVESAN, 2000, p. 45).

Há, na geopolítica moderna, um enorme esforço coletivo para promover a proteção dos direitos humanos e, com isso, os acordos firmados através dos Tratados Internacionais têm suas eficácias cada vez mais cobrados. Os tratados vêm em auxílio dos cidadãos dos Estados de modo dinâmico e concreto, muito além da ideia meramente abstrata da aplicação de normas internacionais. Existe um reconhecimento tácito global — e explícito, nas Convenções e tratados — de que a soberania de nenhum país pode sobrepujar os direitos humanos violados de quem quer que seja, não se trata mais, como outrora, de assunto exclusivo das nações, isoladamente.

O rompimento das barreiras jurídicas entre os Estados promoveu

a coexistência de um sistema de proteção dos direitos fundamentais com o sistema de proteção internacional dos direitos do homem (LASCALA, 2010). Muito embora a Carta das Nações Unidas, ideologicamente, tenha consagrado uma pretensa “equidade dos Estados”, tanto nas cooperações internacionais quanto na resolução pacífica de conflitos, os interesses políticos de superpotências acabam manipulando a desenvoltura internacional, impedindo a plena concretização dos propósitos internacionais estabelecidos pela Carta.

Dessa forma, a “soberania” tem sido usada como subterfúgio para, convenientemente, atender aos interesses políticos e econômicos dos principais atores da política internacional e das super-potências mundiais, de maneira que os países mais fortes e desenvolvidos não sofram nenhuma intervenção, subvertendo-se assim o princípio de “soberania” como forma de se manter a impunidade na infame prática dos crimes humanitários (CAMPOS, 2008).

Ademais, conforme aduz Chai e Chaves (2015), os tratados de Direitos Humanos nos quais o Brasil é signatário, sejam aqueles com “status” de normas constitucionais, ou os “equivalentes” a emendas constitucionais, formam um “bloco de convencionalidade” do qual a jurisdição brasileira deve utilizar para aplicação do controle de convencionalidade. Assim, demonstra-se que o controle não se trata apenas de uma teoria abstrata do Direito Internacional, mas um mecanismo potencialmente eficaz para a proteção e efetivação dos direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio.

Nesse contexto, cabe analisar o emblemático caso da Favela Nova Brasília *vs* Brasil, para entender a posição da CIDH em relação à letalidade policial. O caso surge por denúncia realizada para solicitar providências ao Estado brasileiro frente à demora na investigação e punição dos responsáveis pelas “execuções extrajudiciais” — os autos de resistência — nas operações policiais do Rio de Janeiro.

Os peticionários, Centro pela Justiça e Direito Internacional e Human Rights Watch Americas, denunciaram o cometimento de violências de cunho físico, moral e sexual pela força policial do Rio de Janeiro. Os fatos teriam ocorrido em duas operações realizadas de forma arbitrária e desproporcional, em 18 de outubro de 1994 e em 08 de maio de 1995, resultando na execução sumária, pelos agentes da polícia, de 26 pessoas, além de três ocorrências de abusos sexuais contra jovens. Nos dois episódios, os óbitos foram registrados como “autos de resistência

com morte de opositores”, artifício comumente utilizado para eximir da responsabilidade e garantir a impunidade dos agentes estatais (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2017).

Em 2011, a CIDH emitiu o Relatório de nº 141/11, concluindo pela responsabilidade do Estado em razão das omissões e ações de patrocínio das instituições estatais para manutenção da violência sistemática. O Relatório também denuncia a falta de mecanismos adequados de responsabilização de agentes públicos e a ampla impunidade dispensada aos responsáveis pelo crime. Ademais, constata que as investigações tiveram o objetivo de desqualificar e criminalizar as vítimas, em um franco processo de revitimização, razão pela qual a principal recomendação estava associada à realização da investigação completa, imparcial e efetiva das violações perpetradas, devendo o Estado considerar os vínculos existentes entre os crimes, direitos humanos e o padrão de uso excessivo da força letal pela polícia.

Constando-se o descumprimento das medidas, o caso foi remetido à Corte, que em 2017 sentenciou o Brasil com diversas obrigações às vítimas, dentre as quais destaca-se a obrigação de investigar e punir os agentes públicos que agiram de maneira omissa ou negligente, e que contribuíram para a impunidade dos responsáveis no caso; e a obrigação de garantir o tratamento psicológico e psiquiátrico das vítimas (CIDH, 2017).

Nesta, mesmo que se entenda que no Brasil há políticas públicas de saúde através do Sistema Único de Saúde, no caso em questão, pela instrução da Defensoria Pública do Estado do São Paulo, a Corte reconheceu que o SUS não possui um tratamento especializado e adequada às violações sofridas pelas famílias, inclusive com a menção a garantia de que tratamentos devem ser prestados em centros escolhidos pelas vítimas (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2017).

Em relação às medidas de satisfação, o Brasil realizou a publicação da sentença, porém não adotou nenhuma ação para a realização do ato público de reconhecimento de responsabilidade e placas comemorativas, em razão de divergências com a família das vítimas (RÉU BRASIL, 2021). Especialmente considerando o contexto da política brasileira no período de 2018 até 2022, marcada pelo discurso fascista e violento da Presidência da República, que manteve uma política de autorização das mortes pela polícia e flexibilização do acesso às armas de fogo.

As considerações da Corte apontam para a ausência de políticas públicas e a proteção judicial no Brasil que promovam o controle, acesso e

a garantia de direitos em relação à segurança pública.

As garantias de não repetição exploraram importantes indicadores, como a necessidade de parâmetros de atuação conjunta da Polícia, do Ministério Público, do Poder Judiciário, dos Institutos de Perícia e de outros órgãos envolvidos na investigação de crimes cometidos por violência policial; a criação/efetivação das Comissões de Controle Externo no âmbito do Ministério Público e de Varas Especializadas para julgar crimes decorrentes de violência policial; e a criação, no âmbito do Poder Executivo estadual de todos os Estados, de uma Comissão Especial de Redução da Letalidade em Ações Policiais.

Uma das importantes requisições da Corte foi que o Brasil se abstenha de classificar as mortes cometidas pela polícia como “autos de resistência” ou “resistência seguida de morte”, mas que seja uniformemente implementada a designação de “homicídio decorrente de intervenção policial”, para excluir da conotação dada classificação que a culpa da morte era da própria vítima (CIDH, 2017, p. 80).

Nesse sentido, a acertada decisão da Corte determinou que o Estado brasileiro retirasse as categorias e readequasse os registros de homicídios resultantes de intervenção policial. Além de eliminar os autos de resistência, o governo brasileiro deveria adotar medidas que permitam que vítimas de delitos ou seus familiares participem de maneira efetiva e formal da investigação criminal efetuada pela polícia ou pelo Ministério Público.

Em cumprimento à referida recomendação efetuada no Relatório n.º 141/11 da CIDH, a Secretaria de Direitos Humanos emitiu a resolução n.º 8/2012, determinando a mudança da expressão “auto de resistência” e “resistência seguida de morte” para “lesão corporal ou homicídio decorrente de intervenção policial”. Além disso, a Portaria Conjunta n.º 02/2015 do Departamento de Polícia Federal e do Conselho Superior de Polícia determinam que os “autos de resistência” passarão a denominar-se “lesão corporal ou homicídio decorrente de oposição à intervenção policial”.

A mudança terminológica para os crimes cometidos por policiais dá certa eficácia à recomendação da CIDH, ao menos para garantir o seu cumprimento formal. Contudo, a efetividade do propósito da recomendação é controversa, tendo em vista que não houve nenhuma relação entre a referida alteração e os índices de violência institucional que, a propósito, continuam a crescer, assim como a impunidade dos agentes. Segundo o relatório Justiça em Números, é notável a curva ascendente

de crimes policiais, como o caso do acréscimo de 19,6% dos homicídios cometidos nas operações policiais no ano de 2018, em relação ao ano anterior (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2019, p. 66).

Na contramão desses números, o mesmo documento demonstra que, embora as taxas de homicídio tenham aumentado consideravelmente nos últimos anos, a impunidade dos policiais à responsabilização dos crimes de maior gravidade ainda é “abissal” (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2019, p. 169).

4 ACP da Maré e ADPF das Favelas

O Caso Favela Nova Brasília trouxe reivindicações direcionadas a melhoria da prestação jurisdicional em relação ao controle da atuação da Segurança Pública. Enquanto os movimentos e organizações sociais também passaram a provocar ações no judiciário que pudessem estabelecer controle sobre a letalidade policial.

A Ação Civil Pública da Maré, processo n.º 0215700-68.2016.8.19.0001, ajuizada em 2016, ganha destaque em razão da mobilização realizada através da Rede da Maré, na qual a Defensoria Pública, Ministério Público, moradores e representantes de instituições e organizações atuantes para medidas de criação de protocolos para as operações policiais na Maré.

Dentre os pedidos concedidos em sede liminar, ainda que somente parcialmente cumpridos, foi determinado a criação de um plano de redução de riscos e danos para o enfrentamento das violações de direitos humanos decorrentes de intervenções dos agentes de segurança pública no Complexo das Favelas da Maré, a observância das disposições das Leis n.º 5.588/2009, 5.443/2009 e 7.385/2016, com a presença obrigatória de ambulâncias em todas as operações policiais realizadas no Complexo da Maré, na forma da lei, bem como a instalação de forma gradual de equipamentos de vídeo e de áudio, além de sistema de localização por satélite (GPS) nas viaturas das Polícias Militar e Civil, incluindo transmissão e armazenamento das mídias por até 2 (dois) anos na viaturas utilizadas no Complexo de Favelas da Maré (ACP, 2017)⁹.

Mesmo os procedimentos tendo sido concedidos em caráter

⁹ <https://www.jusbrasil.com.br/processos/247044282/processo-n-021XXXX-6820168190001-do-tjrj>

precário, os dados do Boletim Direito à Segurança Pública na Maré no 3 (Redes de Desenvolvimento da Maré, 2019), demonstram que em razão das medidas aplicadas, houve uma redução no volume de operações policiais entre 2017 e 2018, o que resultou em menos dias sem aula e sem atendimento nos postos de saúde e menos confrontos armados, mortos e feridos¹⁰.

Quando comparados os anos de 2017 e 2018, percebeu-se uma redução de 61% nas operações policiais, de 43% nos confrontos entre os grupos armados, de 71% dos dias sem aula e de 76% dos dias sem atendimento nos postos de saúde. Em julho de 2019, atendendo à solicitação do governador Wilson Witzel, uma juíza decidiu pela suspensão dos efeitos da ACP da Maré, restabelecidos um mês depois pelo desembargador Jessé Torres. A tabela 1 apresenta os dados anuais do monitoramento realizado na Maré (HIRATA, 2021, p.24).

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no âmbito da sentença e dos relatórios de monitoramento¹¹ do caso Favela Nova Brasília, foi provocado a produzir ações e relatórios visando cumprir as determinações da Corte, além da obrigatoriedade de monitoramento, e elaborou um Sumário Executivo para consolidação de dados e estudos relacionados à temática da letalidade policial e indicadores de controle da atuação policial¹².

A repercussão desses entendimentos foram manifestados no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 16 nº 635, na qual o Supremo Tribunal Federal ordenou uma medida cautelar que instruiu um “duplo controle” administrativo e judicial das operações dos agentes de segurança pública durante a pandemia¹³.

Baseando-se nos elementos de violação generalizada de direitos humanos, omissão estrutural dos três poderes e a necessidade de solução complexa que exija a participação de todos os poderes, a ADPF ajuizada pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro e pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB) em 2019 viabilizou em medida cautelar do Ministro Edson Fachin restrições para a realização das operações policiais no Rio durante o período da pandemia, sob o risco da saúde e salubridade pública.

A cautelar restringiu operações com uso de helicópteros, veículos

10 <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/5118-mare.pdf>

11 https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/escritos/favela_nova_brasilia_vs_brasil/Favela_20220810_CNJ.pdf

12 [https://www.cnj.jus.br/gt-policia-cidada-entrega-relatorio-sobre-situacao-da-letalidade-policial-no-rio-de-janeiro/#:~:text=O%20relat%C3%B3rio%20acerca%20da%20letalidade,feira%20\(28%2F3\).](https://www.cnj.jus.br/gt-policia-cidada-entrega-relatorio-sobre-situacao-da-letalidade-policial-no-rio-de-janeiro/#:~:text=O%20relat%C3%B3rio%20acerca%20da%20letalidade,feira%20(28%2F3).)

13 https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/favela_nova_25_11_21_por.pdf

blindados e drones, permitido apenas após o preenchimento de protocolos justificadores; realização de operações em favelas apenas em ocasiões de urgência e após prestar informações ao Ministério Público do Rio de Janeiro, sobre detalhes e justificativas para a ação policial.

Em medida cautelar de 2022, o plenário do STF determinou que o Estado do Rio de Janeiro elaborasse plano visando à redução da letalidade policial e ao controle de violações de direitos humanos pelas forças de segurança com a descrição das medidas e a previsão dos recursos necessários para a sua implementação (STF, 2022).

Além disso, inovou ao trazer a obrigatoriedade da instalação de equipamentos de GPS e sistemas de gravação de áudio e vídeo nas viaturas policiais e nas fardas dos agentes de segurança em cumprimento da Lei Estadual nº 5.588/2009, que já determinava a instalação de câmeras e outros sistemas de monitoramento.

Em atenção a medida da Corte, sobre a obrigatoriedade da divulgação de relatórios anuais com dados sobre o número de policiais e civis mortos durante operações e ações policiais, criou o Observatório Judicial sobre Polícia Cidadã, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça (STF, 2022).

O plenário avançou ainda na proteção aos domicílios, determinando que as buscas domiciliares, no caso de cumprimento de mandado judicial, devem ser realizadas somente durante o dia, vedando-se o ingresso forçado a domicílios à noite. Essas buscas devem ser justificadas e detalhadas por meio da elaboração de auto circunstanciado (STF, 2022).

Na ADPF nº 635 foi reconhecida a relevância 96 temática da sentença internacional no Caso Favela Brasília, ao afirmar o Ministro Gilmar Mendes que a condenação refere-se não apenas a violações às regras mínimas de uso da força, mas também à ausência de protocolos para o uso da força e à fiscalização adequada. No entanto, o Ministro Relator Edson Fachin estabeleceu falha no cumprimento do Estado brasileiro das determinações da Corte, especialmente no que concerne a programas efetivos na redução da letalidade policial.

Os números do monitoramento da violência armada da Redes de Desenvolvimento da Maré também sofreram um impacto significativo após a liminar do ministro Edson Fachin. Ao comparar os meses de junho e julho de 2019 e 2020, percebeu-se que em junho de 2020, após a liminar, o número de operações policiais caiu 75%, resultando na diminuição de cinco mortes, em junho de 2019, para nenhuma, em junho de 2020. Em

julho de 2020, o impacto foi ainda maior, não havendo nenhuma operação e nenhuma morte no período, em contraste com as cinco operações policiais realizadas no mesmo mês em 2019 e as seis mortes delas decorrentes. A partir dessas comparações, é possível estimar que a liminar que restringiu as operações policiais no período de pandemia da Covid-19 contribuiu para salvar onze vidas de moradores da Maré.

Como apontamento para futuras investigações, cabe destacar que os perfis das operações policiais na Maré, depois da vigência da ACP, e na região metropolitana do Rio de Janeiro, depois da ADPF no 635, passaram a apresentar características específicas: presença predominante de batalhões e delegacias especializadas – como o Batalhão de Operações Policiais Especiais (BOPE) e a CORE – em detrimento de batalhões de área; aumento das motivações de mandado de busca e apreensão e diminuição das de repressão ao tráfico de drogas e armas; e, finalmente, aumento da razão entre o número de operações policiais e o de mortos/feridos e redução da razão entre o número de operações e prisões e apreensões. No seu conjunto, essas características apontam uma maior especialização dos grupamentos que realizam as operações, como também uma interface maior com o poder judicial. Entretanto, em que pese a diminuição muito significativa do volume total de mortos, feridos, prisões e apreensões, as operações policiais tendem a apresentar uma probabilidade maior da ocorrência de mortos e feridos e menor de prisões e apreensões quando feitas as suas razões. Estas características são importantes elementos a serem analisados em estudo específico, com vistas ao aperfeiçoamento dos mecanismos de contenção dos efeitos de violência e da eficiência policial para proposições futuras.

5 Conclusões

Este trabalho busca fazer uma análise crítica dos efeitos da recomendação da Corte Interamericana de Direitos Humanos no direito brasileiro, especificamente quanto à recomendação para abolir os “autos de resistência” do sistema jurídico-penal pátrio, proferida no âmbito do julgamento do caso *Favela Nova Brasília vs Brasil*.

Observa-se, inicialmente, que a internacionalização dos direitos humanos e a jurisdição que a Corte exerce sobre o direito brasileiro fortalece a convencionalidade das decisões e a necessidade de vinculação das normativas internacionais ao sistema de justiça brasileiro. Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal e a doutrina consolidam a ideia de

vinculação de normas internacionais ao Brasil, especialmente sobre aquelas em que o Brasil é signatário.

Sob um olhar mais analítico à atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos envolvendo o Estado brasileiro, percebe-se o volumoso número de casos envolvendo violência letal intencional por parte de agentes públicos. Nessa seara, analisa-se especificamente a recomendação quanto o termo “autos de resistência” no direito brasileiro.

A análise bibliográfica e documental permite perceber que a institucionalização dos “autos de infração” surgiu como um meio de despenalizar, indiretamente, os policiais que cometem excessos em suas atividades de campo. Após a recomendação da Corte, o Estado brasileiro aboliu formalmente o termo dos documentos públicos, dando eficácia à medida proposta pelo organismo internacional. Entretanto, observa-se, em contraposição, que os registros de homicídios por policiais apenas assumiram nova roupagem e, na prática, os índices de violência e impunidade continuam a crescer no país.

Diante dessa realidade, o objetivo do trabalho foi alcançado ao se confirmar a hipótese de que, embora atendida a recomendação da Corte Interamericana, a efetividade da medida de extinção dos “autos de resistência” fica comprometida em razão do modo de funcionamento do próprio sistema de segurança público brasileiro.

Por fim, as constatações expostas permitem uma reflexão do *modus operandi* do direito brasileiro em um paralelo com a teoria de Estado de Exceção de Giorgio Agamben, de modo que a letalidade policial e o favorecimento da impunidade pode ser entendida como uma expressão da biopolítica e do homo sacer no país.

Referências

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO (AGU). **Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em: http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTextoThumb.aspx?idConteudo=113486&ordenacao=1&id_site=4922. Acesso em: 21 jun. 2020.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2012.

ANISTIA INTERNACIONAL. **“Você matou meu filho”**: Homicídios cometidos pela Polícia Militar na cidade do Rio de Janeiro. Brasil, 2015.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BICUDO, H. **Estratégias para a promoção da punibilidade das violações dos direitos humanos**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/heliobicudo/artigo05.htm>. Acesso em: 12 jul. 2020.

BUSSINGER, Elda Coelho de Azevedo; LORENZONI, Lara Ferreira; SALVADOR, Raíssa Lima e. Secreto y estado de excepción: la prohibición constitucional de ocultar los actos de la administración pública en el Estado Democrático de Derecho brasileño. **Revista observatório de la economia latinoamericana**, Curitiba, v. 21, n. 2, p. 756-766. 2023. Disponível em: <https://ojs.observatoriolatinoamericano.com/ojs/index.php/olel/article/view/331/265>. Acesso em: 20 mai. 2023.

CAMPOS, I. Z. A. A evolução histórica internacional dos Direitos Humanos e a questão da relativização da soberania estatal. **Jus Vigilantibus**, 2008. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/34672/3>. Acesso em: 13 jun. 2020.

CHAI, Cássius Guimarães; CHAVES, Denisson Gonçalves. **O controle de convencionalidade das leis no contexto jurídico brasileiro**. In: Bruno Manoel Viana De Araujo, Kiwonghi Bizawu, Margareth Anne Leister. (Org.). XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS II. 1ed. Belo Horizonte: Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara, 2015, v. 1, p. 601-621.

CHAI, Cássius Guimarães; COSTA, Alaíde Sampaio. Seletividade e imunização penal a partir da fragilização das instituições do sistema de justiça. **Revista Paradigma**, v. 25, p. 83-104, 2016.

CNJ. **Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números – 2019**. Brasília: CNJ, 2019.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil** (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Sentença de 16 de fevereiro de 2017. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_esp.pdf. Acesso em: 12 jun. 2020.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. Edição XII. São Paulo, 2019.

GOMES, Luís Flávio; PIOVESAN, Flávia. **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 34-45.

MAGALHÃES, J. C. **O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional**: uma análise crítica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 102 apud MAZ- ZUOLI, Valério de Oliveira. Sentenças Internacionais no Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www2.correioweb.com.br/cw/EDICAO_20021014/sup_dej_141002_49.htm. Acesso em: 15 jun. 2020.

MAZZUOLI, Valerio. de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 732.

MBEMBE, Achille. **Necropolitics**. Translated by Libby Meintjes. Public Culture. Durham: Duke University Press, 2003.

MISSE, Michel. **“Autos de resistência”**: Uma análise dos homicídios cometidos por policiais na cidade do Rio de Janeiro. Núcleo de Estudos da Cidadania, Conflito e Violência Urbana da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2011.

SILVA, A. F. D. da. **Direito Processual Internacional**: efeitos internacionais da jurisdição brasileira e reconhecimento da jurisdição estrangeira no Brasil. Rio de Janeiro: Villani, 1971. p. 171 Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6491. Acesso em: 28 jun. 2020.

STREVA, Juliana Moreira. Autos de resistência, biopolítica e colonialidade: racismo como mecanismo de poder. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 138. ano 25. p. 237-267. São Paulo: Ed. RT, dez. 2017. p. 237-267. Disponível em: <https://sites.usp.br/pesquisaemdireito-fdrp/wp-content/uploads/sites/180/2017/01/karina-lima.pdf>. Acesso em: 20 mai 2023.

VERANI, Sérgio. **Assassinatos em nome da lei**: uma prática ideológica do direito penal. Rio de Janeiro: Aldebará, 1996.

ZACCONE, Orlando. **Indignos de vida**: A forma jurídica da política ideológica do direito penal. Rio de Janeiro. 2013. 176f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal Fluminense, Departamento de Ciência Política, 2013.

O SERIADO DE TELEVISÃO *BLACK BIRD* E AS CONFISSÕES SECUNDÁRIAS

Helena Zanotti Vello Corrêa¹

Américo Bedê Freire Júnior²

1 Introdução

As chamadas confissões secundárias se distinguem de um testemunho sobre o fato criminoso, constituindo, na verdade, um testemunho acerca das declarações incriminatórias associadas ao evento delituoso e emitidas pelo suspeito, conforme conceitua Lima. (2023)

No contexto do sistema processual brasileiro, desponta um fenômeno jurídico intrigante: as denominadas confissões secundárias, também conhecidas como indiretas. Embora o termo não figure amplamente nos precedentes judiciais nacionais, expressões como “confissão informal” ou “confissão extrajudicial” frequentemente emergem em decisões judiciais. O artigo em análise, de autoria de George Marmelstein Lima, empreende uma investigação minuciosa sobre o tratamento, a admissibilidade e a valoração dessas confissões secundárias no contexto jurídico brasileiro.

Tanto a confissão do próprio suspeito, disciplinada nos arts. de 197 a 200 do Código de Processo Penal Brasileiro, quanto a confissão secundária não gozam de presunção total de veracidade. Cabe ao juiz realizar uma apreciação meticulosa, confrontando a confissão com as demais provas do processo. A análise busca verificar a compatibilidade entre a confissão e as evidências apresentadas, considerando a coerência como elemento fundamental na determinação da veracidade e da relevância da confissão.

No entanto, a literatura jurídica tem centrado sua atenção predominantemente nas confissões primárias, relegando as nuances e as implicações das confissões secundárias a segundo plano. Essas confissões referem-se aos relatos de testemunhas que ouviram o suspeito admitir a

1 Faculdade de Direito de Vitória- Vitória/ES, Brasil. helenavello28@gmail.com. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/4082231762817786>.

2 Faculdade de Direito de Vitória- Vitória/ES, Brasil. bedejunior@hotmail.com. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/0136827472164962>.

autoria de um crime, não representando uma admissão direta de culpa. Em muitos casos, envolvem informantes com motivações questionáveis, como a busca de vantagens jurídicas ou financeiras (Lima, 2023). O autor enfatiza que a confissão secundária é uma prova testemunhal que não possui natureza jurídica de confissão, de forma que está sujeita a requisitos de admissibilidade e valoração.

A prática das confissões secundárias no contexto brasileiro é observada em diversas situações, desde abordagens policiais até colaborações premiadas, frequentemente envolvendo informantes e agentes infiltrados. Lima destaca a ausência de uma regulamentação específica para a valoração dessas confissões no sistema jurídico brasileiro, gerando divergências nas interpretações dos tribunais e nas decisões conflitantes.

Diante desse cenário, este artigo busca analisar a relação entre a série *Black Bird*, lançada pelo serviço de *streaming* Apple TV + em 2022, e o dilema das confissões secundárias nos tribunais brasileiros, à luz do trabalho de George Lima. A narrativa fictícia da série, baseada em fatos, oferece um terreno fértil para reflexões sobre os desafios éticos e jurídicos associados às confissões secundárias. A conexão entre a trama fictícia e a prática jurídica real destaca a necessidade de reformas e padrões mais rigorosos para orientar a obtenção e admissibilidade dessas confissões. Essa análise crítica contribui para uma compreensão mais profunda das complexidades éticas e legais envolvidas, objetivando equilibrar a eficácia investigativa com a preservação dos direitos e da justiça.

Assim, o presente estudo intentou responder ao seguinte problema de pesquisa: como as confissões secundárias são tratadas no sistema jurídico brasileiro e qual é a relação entre a série *Black Bird* e o dilema das confissões secundárias nos tribunais brasileiros, à luz do artigo *Uso da “secondary confession evidence” no combate ao crime organizado?*

2 Das confissões indiretas no sistema processual brasileiro sob a perspectiva do artigo *Uso da “secondary confession evidence” no combate ao crime organizado*

No âmbito do sistema processual brasileiro, emerge um fenômeno jurídico intrigante: as chamadas confissões secundárias ou indiretas. Embora o termo não seja amplamente difundido nos precedentes judiciais nacionais, expressões corretas como “confissão informal” ou “confissão extrajudicial” frequentemente aparecem em decisões judiciais.

O artigo escrito por George Marmelstein Lima que ora se analisa faz uma investigação detalhada sobre o tratamento, a admissibilidade e a valoração dessas confissões secundárias no contexto jurídico brasileiro.

Antes de adentrarmos na complexidade das confissões secundárias, é imperativo compreender o contexto das confissões primárias, cujo poder persuasivo do convencimento do juízo é considerável devido à admissão direta de culpa pelo próprio suspeito.

Fricker (2023), em seu artigo intitulado *Institutionalized Testimonial Injustices: The Construction of a Confession Mith (Injustiças testemunhais institucionalizadas: a construção do mito da confissão)*, aborda a ideia de que há a crença comum de que pessoas não admitem a autoria de crimes que não cometeram. Por outro lado, trata-se de uma falácia, pois deixa de considerar que a confissão pode ter ocorrido devido a coações ou com outros intuitos, como acobertar outra pessoa, entre outros fatores.

A confissão do próprio suspeito, disciplinada nos arts. de 197 a 200 do Código de Processo Penal Brasileiro, assim como a confissão secundária, não possui presunção total de veracidade, cabendo ao juiz realizar uma apreciação meticulosa, confrontando a confissão com as demais provas do processo. A análise consiste em verificar a existência de compatibilidade ou concordância entre a confissão e as evidências apresentadas, uma vez que a coerência entre esses elementos desempenha um papel fundamental na determinação da veracidade e da relevância da confissão.

No entanto, a literatura jurídica tem se concentrado predominantemente nas confissões primárias, negligenciando as nuances e as implicações das confissões secundárias. A confissão secundária refere-se ao relato de uma testemunha que ouviu o suspeito admitir a autoria de um crime. Essa forma de evidência difere substancialmente das confissões primárias, não representando uma admissão direta de culpa pelo suspeito, mas sim um testemunho do que foi ouvido, de forma que é comum que essas confissões secundárias envolvam informantes com motivações questionáveis, como a busca de vantagens jurídicas ou financeiras (Lima, 2023).

No contexto brasileiro, a prática das confissões secundárias é observada em diversas situações, desde abordagens policiais até colaborações premiadas, frequentemente por meio de informantes e agentes infiltrados. Sobre as confissões indiretas no sistema jurídico brasileiro, Lima (2023, p. 223) afirma:

No Brasil, apesar de não ter “nome próprio”, a confissão secundária é praticada em muitos contextos. A situação mais comum ocorre em abordagens policiais, em que o suspeito admite informalmente a prática do delito. Nessa situação, saca o suspeito se retrate antes de a confissão ser registrada, a única forma de comprovar essa admissão de culpa é por meio do testemunho do policial. Se o policial afirmar, em juízo, que presenciou o réu “confessando, tem-se um típico caso de confissão secundária, que costuma ser chamada, na jurisprudência, de confissão informal ou confissão indireta.

No entanto, o sistema jurídico brasileiro enfrenta desafios substanciais na compreensão e no tratamento adequado dessas confissões, resultando em decisões judiciais conflitantes e falta de uniformidade interpretativa. Quanto às controvérsias sobre a aceitação ou não dessa espécie de confissão pelos tribunais, ao analisar as decisões versando sobre o tema, Lima (2023, p.226-227) constatou:

Os pontos de controvérsia, nos debates judiciais sobre esse tema, costumam girar em torno das seguintes questões: (a) a confissão indireta pode ser admitida como prova incriminatória?; (b) em caso positivo, qual o seu valor probatório?; (c) ela é suficiente para, isoladamente, gerar um juízo condenatório?; (d) caso a confissão indireta seja usada como prova incriminatória, deve ser considerada como atenuante (art. 65, inciso III, *d*, do Código Penal), ainda que não reiterada em juízo?; (e) caso não seja admitida, deve ser tratada como uma prova ilícita capaz de invalidar as provas dela derivadas?

A valoração das provas no processo penal brasileiro é uma questão problemática. O art. 93, inciso IX, da Constituição Federal (Brasil, 1988) exige que as decisões judiciais sejam motivadas, portanto, fundamentada pelos julgadores. O termo “*standard*” probatório refere-se a um critério que determina o grau necessário de confirmação e segurança, no contexto de um processo específico, para que um juiz possa aceitar determinada declaração factual como comprovada (Szesz, 2022). Sobre *standards* probatórios, Caio Badaró Massena afirma:

Portanto, os *standards* de prova são regras que determinam o grau de confirmação que uma hipótese deve atingir, a partir das provas, para poder ser dada como provada e têm como função distribuir o risco de erro entre as partes (BADARÓ MASSENA, 2021, p. 1637).

Gustavo Badaró também ressalta a ausência de normas que indiquem o método de valoração de prova a ser escolhido pelo julgador, com exceção de casos específicos em que o legislador, por acreditar ter maior risco de erro em determinado tipo de prova, determina que tal confissão, em isolado, não é o suficiente para uma condenação:

Não há, em dispositivos legais, a indicação de qual o melhor método de valoração da prova. A busca por um método racional se dá a partir de discussões epistemológicas. O que se poderá encontrar em dispositivos legais são situações pontuais em que o legislador, ciente da maior fragilidade ou potência de erro de um determinado meio de prova, mesmo em abstrato, estabelece a sua insuficiência para, isoladamente, fundamentar uma condenação. O legislador interfere, então, na liberdade de valoração do julgador — e conseqüentemente, no emprego de métodos puramente racionais —, para estabelecer o que é insuficiente para considerar um fato provado.⁸⁶ É o que prevê, por exemplo, o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/2013: “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”. (BADARÓ, 2018, p. 67-68).

Não há, no ordenamento jurídico brasileiro, regulamentação específica para a valoração da confissão secundária no sistema jurídico, criando um cenário desafiador, suscetível a interpretações diversas. A falta de diretrizes claras pode resultar em discrepâncias na forma como os tribunais interpretam e consideram a confissão secundária, o que pode gerar decisões judiciais inconsistentes e injustas.

A pesquisa realizada por Lima para escrever o texto ora analisado chegou à conclusão de que, por vezes, as decisões judiciais dos tribunais brasileiros não utilizam o termo “confissões secundárias”, entretanto, ao buscar nos julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, constatou-se a recorrência dessas confissões em diferentes contextos, especialmente na guerra de combate às drogas, em que as abordagens policiais frequentemente resultam em admissões informais de culpa por parte dos suspeitos a autoridade policial.

Por sua vez, as decisões judiciais sobre confissões secundárias estão longe de serem uniformes ante a lacuna jurídica que regulamente a questão, que acaba ficando à mercê da interpretação e da valoração das provas, realizada por cada julgador ao efetuar o seu pronunciamento judicial. A divergência de abordagens e entendimento expressos pelos tribunais cria um cenário jurídico complexo, em que algumas decisões enfatizam a confiabilidade da palavra dos policiais, atribuindo-lhes alta força probatória, enquanto outras adotam uma atitude mais garantista, destacando a importância de respeitar princípios fundamentais do devido processo legal, como o direito ao silêncio e o uso de advogados.

A análise dessas abordagens revela um espectro diversificado de interpretações legais em relação às confissões secundárias nas decisões analisadas por Lima. Algumas decisões adotam uma postura mais combativa, confiando na imparcialidade e no treinamento dos policiais,

considerando o testemunho em juízo como prova significativa. Outras, por sua vez, adotam uma abordagem mais garantista, considerando as falhas do sistema punitivo e os potenciais vícios de agentes estatais, resultando, em alguns casos, na anulação de condenações baseadas exclusivamente em confissões secundárias (Lima, 2023). Assim, conclui:

Entre esses dois polos, há decisões que admitem a validade da confissão indireta, atribuindo-lhe, contudo, um valor probatório mais baixo, entendendo que não pode servir como elemento isolado para justificar a condenação, mas pode ser utilizada como prova de corroboração, ocasião em que gera até mesmo o direito à atenuante da confissão, ainda que tenha havido retratação em juízo (LIMA, 2023, p. 229-230).

Uma pesquisa realizada por Flaviane Baldasso e Gustavo Noronha de Ávila, que analisaram, em 437 acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o fenômeno das falsas memórias em matéria de prova testemunhal, chegou à seguinte conclusão:

A prova testemunhal constitui-se em elemento de convicção fundamental na formação do convencimento do julgador. Independente do delito cometido e da forma como foram tomadas as declarações das testemunhas e, também, das vítimas, a situação com a qual se depara o magistrado, na maioria dos casos, é a de que o processo penal está instruído basicamente com a prova oral. O juízo final, assim, fica submetido essencialmente à palavra de pessoas que tenham presenciado ou vivenciado o fato delituoso, que se substancia, geralmente, em um evento traumático (BALDASSO; ÁVILA, 2018, p. 404).

Logo, no geral, os testemunhos têm grande peso na construção do entendimento do magistrado no âmbito judicial, evidenciando a necessidade de cautela ao valorá-los, tendo em vista a natureza subjetiva da percepção humana. A busca pela verdade deve ser equilibrada com uma compreensão da vulnerabilidade inerente às testemunhas, reconhecendo-se a possibilidade de distorções de memória, influências externas e até mesmo falsas memórias. Nesse contexto, a aplicação da cautela na valoração dos testemunhos é essencial para garantir que o sistema de justiça promova decisões fundamentadas, equitativas e alinhadas aos princípios fundamentais do processo legal.

Uma vez que as confissões secundárias tenham sido admitidas, Lima propõe critérios para sua valoração, quais sejam, (a) o contexto em que a confissão informal teria ocorrido, averiguando-se uma possível coação; (b) a interpretação apropriada das palavras ditas pelos interlocutores é crucial para compreender o significado real do diálogo; (c) a confiabilidade da testemunha deve ser avaliada, abrangendo suas intenções, motivos para

testemunhar, integridade moral e imparcialidade em relação à questão em pauta; e (d) a credibilidade do testemunho deve ser analisada em termos de sua coesão, consistência e plausibilidade, a fim de determinar sua confiabilidade (Lima, 2023).

Dessa forma, o tratamento das confissões secundárias nos tribunais brasileiros reflete não apenas a dificuldade da busca pela verdade processual, mas também os desafios inerentes à aplicação do Direito em um contexto marcado por complexidades sociais, econômicas e políticas, em especial ante a lacuna jurídica sobre a questão, que fica sujeita à discricionariedade de cada julgador.

3 Da relação da série *Black Bird* e a confissão secundária no sistema jurídico brasileiro

Passa-se à análise da série *Black Bird*, lançada pelo sistema de *streaming* Apple TV + no ano de 2022, confrontando-a com o dilema das confissões secundárias nos tribunais brasileiros, sob o aspecto do artigo *Uso da “secondary confession evidence” no combate ao crime organizado*, escrito por George Lima.

O programa americano de televisão mergulha nos meandros das confissões secundárias, explorando dilemas éticos e desafios inerentes. É um enredo baseado em fatos, focalizado na história de Larry Hall e Jimmy Keene, desenvolvendo uma narrativa que vai além da ficção, pois conecta-se a questões jurídicas contemporâneas.

O personagem Jimmy Kenne, inicialmente encarcerado por tráfico de drogas nos Estados Unidos da América, se vê diante de uma encruzilhada: colaborar com as autoridades em troca de benefícios legais ou cumprir uma sentença de dez anos na prisão. Assim, a narrativa se desenvolve evidenciando a complexidade do uso de informantes no campo da investigação criminal, um tema que ressoa globalmente, inclusive nos sistemas jurídicos brasileiros.

O personagem Larry Hall é suspeito de sequestro e assassinato de 14 (quatorze) meninas, e Jimmy concorda em colaborar com os policiais em troca de redução de sua pena, com o objetivo de obter informações sobre os crimes supostamente cometidos por Larry e não resolvidos. A missão de Keene, infiltrando-se na cela de Larry Hall para obter informações na investigação dos crimes que ele supostamente cometeu, lança luz sobre o dilema ético subjacente a acordado desse tipo.

No contexto brasileiro, os acordos de delação premiada apresentam semelhanças, levantando indagações sobre a delicada fronteira entre cooperação voluntária e coação. A complexidade da situação também emerge ao questionar-se a validade do testemunho fornecido por indivíduos com interesse manifesto em obter benefícios em troca de sua colaboração (Lima, 2023). Esse cenário suscita debates intensos nos círculos jurídicos, pois a busca pela verdade colide com a necessidade de garantir a integridade e a imparcialidade dos depoimentos em um sistema legal que objetiva equilibrar justiça e recompensas.

Em certo momento, Jimmy depara com um mapa de Larry com diversos pontos pintados em vermelho e acredita que os pontos assinalados seriam os locais onde Larry escondeu os corpos de suas vítimas, sendo que esse mapa seria uma prova material dos crimes que ele teria cometido, já que indicaria onde estariam escondidos os corpos de suas supostas vítimas.

Assim, Jimmy tenta convencer Larry a enviar o mapa às famílias das supostas vítimas como forma de permitir que os pais finalmente encontrem os corpos de suas filhas, entretanto ele não concorda e a discussão entre os dois fica mais acalorada, passando para o embate físico que força os guardas da prisão a intervir para separá-los.

Com isso, Jimmy não consegue pegar o mapa com a suposta localização de onde estariam escondidos os restos mortais vítimas, o que impossibilita que a busca pelos corpos seja efetiva. No entanto, embora a investigação de Jimmy não tenha possibilitado que provas materiais dos crimes sejam encontradas, suas informações clarificam que Larry tinha conhecimento de detalhes cruciais relacionados ao caso Jessica Roach (uma das meninas que havia desaparecido), que apenas o verdadeiro assassino poderia saber.

A decisão do personagem Keene de testemunhar contra Hall, mesmo sem evidências materiais e substanciais dos delitos, com base única e exclusivamente nas informações que ele teria confidenciado enquanto estavam presos juntos, destaca um dilema comum em casos de confissões secundárias. Nos tribunais brasileiros, em que há divergência de posicionamento e entendimento na jurisprudência, além de lacuna jurídica que regulamente a questão, a validade de testemunhos como o prestado por Jimmy pode ser um ponto de contestação.

Na legislação brasileira, por escolha do legislador, há um impedimento de ordem jurídica que obsta a atribuição de validade probatória a um depoimento de colaborador, que deve ser considerado um

meio de obtenção da prova e não uma prova em si, assim como dispõe o art. 3-A da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013 (Lima, 2023).

Traçando uma relação entre o testemunho de Jimmy Keene em desfavor de Lary Hall em *Black Bird* e a norma supramencionada, pode-se pressupor que, pelo ordenamento jurídico brasileiro, o testemunho não seria aceito como prova. A correlação reforça a ideia de que o sistema jurídico brasileiro preconiza uma postura cautelosa em relação a testemunho de colaboradores como meio de prova, demandando uma análise criteriosa e um embasamento probatório mais sólido, via de regra.

Essa ponderação é essencial para garantir que o processo judicial permaneça fundamentado em evidências robustas e que a busca pela verdade não comprometa a integridade e a justiça do sistema legal.

O desafio da admissibilidade do testemunho baseado em confissões secundárias, como evidenciado na série *Black Bird*, lança luz sobre dilemas cruciais no âmbito jurídico. Quando Jimmy testemunha contra Larry, ele se torna um pivô na construção do caso, influenciando diretamente na decisão do tribunal, de forma que seu depoimento tem grande valor na valoração das provas exercida pelo julgador. No entanto, a fragilidade desse testemunho se revela na ausência de evidências materiais concretas que corroborem as revelações feitas por Larry na prisão.

Lima ressalta ainda que a principal dúvida quanto à validade da confissão secundária é ela assemelhar-se ao testemunho “por ouvir dizer”, entretanto não se confundem, pois a confissão indireta envolve uma declaração supostamente realizada pelo próprio suspeito a um terceiro que testemunha o que ouviu em juízo, tratando-se das próprias palavras de uma das partes do processo, o que se excepciona ao testemunho “por ouvir dizer”, tornando-se admissível.

A validade do testemunho pode ser comprometida pela natureza das circunstâncias em que as confissões secundárias são obtidas. A coerção, a pressão psicológica e os incentivos pessoais de Jimmy para garantir benefícios legais podem levantar dúvidas sobre confiabilidade do testemunho, visto que a falta de evidências tangíveis pode gerar ceticismo quanto à veracidade das confissões.

Neste ponto, é importante trazer à luz o disposto no Código de Processo Penal sobre a necessidade de exame de corpo de delito para crimes que deixem vestígios, *in verbis*:

Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a

confissão do acusado (Brasil, 1941).

Portanto, via de regra, a confissão não supre a necessidade de exame de corpo de delito, excetuando os casos em que não é possível a realização do exame por desaparecimento dos vestígios, hipótese em que é permitida a utilização de prova testemunhal para suprir a sua ausência, conforme previsto no art. 167 do mesmo diploma legal.

O presente estudo não pretendeu se aprofundar na análise da necessidade ou não de encontrar um cadáver para comprovação de um homicídio, entretanto há de se ressaltar, na forma dos dispositivos legais acima mencionados, a excepcionalidade da prova testemunhal e da confissão (mesmo a direta) para os crimes que deixem vestígios, evidenciando a primordialidade de buscar provas materiais para comprovações desses delitos, evitando basear-se única e exclusivamente em provas como testemunhos e confissões.

A história fictícia de *Black Bird* oferece uma plataforma intrigante para reflexões profundas sobre a aplicação prática dessas estratégias na realidade jurídica. A série serve como um espelho para examinar o modo como táticas, a exemplo da infiltração prisional, podem impactar as narrativas jurídicas. Essa análise destaca a necessidade premente de salvaguardas legais rigorosas para garantir a validade, a ética e a justiça no processo.

A interconexão entre a narrativa fictícia e a prática jurídica do mundo real destaca a importância de questionar a admissibilidade de evidências obtidas por meio de métodos potencialmente coercivos. A falta de regulamentações claras em relação a confissões secundárias abre espaço para debates sobre a integridade do sistema legal. A série proporciona uma lente crítica para examinar como as estratégias investigativas, quando não devidamente controladas, podem distorcer a verdade e comprometer os princípios fundamentais da justiça.

Portanto, ao ter refletido sobre a conexão entre a trama do seriado da Apple TV + e a realidade jurídica, constata-se a imperativa necessidade de reformas e padrões mais rigorosos para orientar a obtenção e a admissibilidade de confissões secundárias. Essa análise crítica contribui para uma compreensão mais profunda das complexidades éticas e legais envolvidas nesse cenário, enfatizando a importância de balancear estratégias investigativas eficazes com a preservação dos direitos e da justiça.

4 Considerações finais

Em conclusão, confissão secundária não possui natureza jurídica de confissão e se caracteriza como prova testemunhal que está sujeita a requisitos de admissibilidade e valoração. George Marmelstein Lima explora a distinção entre os dois institutos jurídicos, ressaltando que, em razão da natureza testemunhal da confissão indireta, é necessária uma análise mais cuidadosa quanto à sua origem, coerência e confiabilidade no contexto jurídico brasileiro. A análise aprofundada das confissões secundárias no contexto jurídico brasileiro, conforme delineado no artigo de Lima, revela uma paisagem complexa e desafiadora. A ausência de uma legislação específica para orientar a valoração dessas confissões contribui para decisões judiciais discrepantes e interpretações contraditórias nos tribunais do país. A lacuna normativa reflete não apenas a necessidade urgente de uma regulamentação clara, mas também destaca a complexidade inerente à aplicação do Direito em um cenário marcado por nuances sociais, econômicas e políticas.

Além disso, é crucial reconhecer que a ausência de regulamentação específica não apenas impacta os réus, mas também coloca em xeque a confiabilidade do sistema judicial aos olhos da sociedade. A falta de clareza normativa gera desconfiança e pode minar a credibilidade do processo legal como um todo. Portanto, a iniciativa proposta por Lima de desenvolver parâmetros claros e consistentes para lidar com as confissões secundárias não é apenas uma medida técnica, mas uma resposta direta à necessidade de preservar a integridade do sistema judiciário e manter a confiança pública nas instituições.

A série *Black Bird* proporciona uma janela intrigante para a reflexão sobre a interseção entre a narrativa fictícia e a realidade jurídica. Ao explorar os dilemas éticos em torno das confissões secundárias, a trama destaca a necessidade crítica de salvaguardas legais robustas para garantir a validade, a ética e a justiça no processo. A falta de regulamentações claras abre espaço para debates acerca da integridade do sistema legal, especialmente no que diz respeito à valoração de provas como depoimentos obtidos por meio de estratégias investigativas complexas, como a colaboração de informantes.

A série destaca o delicado equilíbrio entre a busca pela verdade processual e a necessidade de proteger os direitos individuais e a integridade do sistema legal. O personagem Jimmy em *Black Bird*, ao decidir testemunhar contra Larry Hall, ilustra vividamente o dilema comum em casos de confissões secundárias. A fragilidade desses testemunhos,

muitas vezes obtidos sob circunstâncias coercitivas ou com motivações questionáveis, ressalta a importância de critérios rigorosos para avaliar a confiabilidade dessas confissões.

A conexão entre a narrativa fictícia e a prática jurídica do mundo real sublinha a necessidade de reformas e padrões mais rigorosos no tratamento das confissões secundárias nos tribunais brasileiros. Essa análise crítica contribui para uma compreensão mais profunda das complexidades éticas e legais envolvidas, enfatizando a importância de balancear estratégias investigativas eficazes com a preservação dos direitos fundamentais e da justiça.

Ademais, ao discutir a problemática das confissões secundárias, é essencial considerar a dimensão ética envolvida nesse processo. A série *Black Bird* oferece uma perspectiva vívida sobre as complexidades morais enfrentadas pelos personagens quando confrontados com a pressão para confessar crimes que não cometeram. Isso ressalta a necessidade de uma abordagem jurídica que não apenas respeite os direitos dos réus, mas também leve em consideração as implicações psicológicas e éticas associadas a tais situações. Ao formular uma legislação específica, o Brasil teria a oportunidade não apenas de reforçar a proteção dos direitos individuais, mas também de abordar de maneira mais holística as questões éticas que permeiam as confissões secundárias.

A necessidade de uma legislação específica para as confissões secundárias não deve ser encarada apenas como uma resposta aos desafios imediatos, mas como um investimento no fortalecimento do sistema jurídico a longo prazo. A ambiguidade normativa que permeia esse tema não apenas cria oportunidades para interpretações díspares, mas também abre espaço para potenciais abusos e inconsistências nas decisões judiciais. Ao trazer luz a esse debate, a série *Black Bird* não apenas fornece uma narrativa envolvente, mas também destaca a urgência de estabelecer salvaguardas legais que garantam a justiça e a equidade em todos os casos que envolvem confissões secundárias.

Portanto, diante do exposto, conclui-se ser imperativo que o sistema jurídico brasileiro avance na regulamentação das confissões secundárias, estabelecendo critérios claros e diretrizes que orientem a sua obtenção e admissibilidade. Essa medida não apenas promoverá a coerência e a uniformidade nas decisões judiciais, mas também fortalecerá a confiança na integridade do processo legal, garantindo assim um equilíbrio adequado entre a eficácia investigativa e a proteção dos direitos individuais.

Referências

- BADARÓ MASSENA, Caio. Prisão preventiva e standards de prova: propostas para o processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 7, n. 3, p. 1631-1668, set./dez. 2021. DOI: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i3.617>. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/617>. Acesso em: 25 nov. 2023.
- BADARÓ, Gustavo. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr. 2018. DOI: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.138>. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/138>. Acesso em: 25 nov. 2023.
- BALDASSO, Flaviane; ÁVILA, Gustavo Noronha de. A repercussão do fenômeno das falsas memórias na prova testemunhal: uma análise a partir dos julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 371–409, jan./abr. 2018. DOI: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.129>. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/129>. Acesso em: 25 nov. 2023.
- BLACK Bird. Direção: Michael R. Roskam. Produção: Dennis Lehane, Taron Egerton, Michael R. Roskam, Richard Plepler, James Keene. Apple TV +. 2022. 8 episódios. Disponível em: <https://tv.apple.com/us/show/black-bird/umc.cmc.30gx1y8nwthdkrvhqu156p3>. Acesso em: 05 fev. 2023.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, 1988. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 nov. 2023.
- BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 25 nov. 2023.
- BRASIL. *Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013*. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infiltrações penais correlatas e o procedimento criminal [...]. Brasília, DF, 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 25 nov. 2023.

FRICKER, Miranda. Injustiças testemunhais institucionalizadas: a construção do mito da confissão. Tradução de Natalia von Rondow e Michael Guedes *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 39-64, jan./abr. 2023. DOI: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i1.820>. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/820>. Acesso em: 25 nov. 2023.

LIMA, George Marmelstein. Uso da “secondary confession evidence” no combate ao crime organizado. *Revista Judicial Brasileira*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 219-269, jan./jul. 2023. DOI: <https://doi.org/10.54795/rejub.n.1.184>. Disponível em: <https://revistadaenfam.emnuvens.com.br/renfam/article/view/184/52>. Acesso em: 25 nov. 2023.

SZESZ, André. O *standard* de prova para condenação por crimes sexuais: é viável e eficaz a flexibilização da exigência de corroboração probatória em crimes dessa espécie com o objetivo de redução da impunidade? *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 8, n. 2, p. 1007-1041, maio/ago. 2022. DOI: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i2.705>. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/705>. Acesso em: 25 nov. 2023.

A FALIBILIDADE DO “MENSAGEIRO DA VERDADE”: UMA BREVE ANÁLISE DA CRENÇA E DA JUSTIFICAÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL NA BUSCA PELA VERDADE NO PROCESSO PENAL

César Augusto Godinho da Silva e Assis¹

Alexandre de Castro Coura²

1 Introdução

O estudo do Processo Penal é, invariavelmente, ligado à inquirição da verdade, um conceito central, mas enigmaticamente complexo, essencial para a administração da justiça. A verdade no contexto jurídico vai além da mera coleta de provas; ela envolve a interpretação de evidências dentro de um quadro legal e moral que é tanto influenciado pela história quanto pela filosofia. Este artigo visou desvendar, ainda que brevemente, as camadas multifacetadas da verdade no processo penal, explorando como diferentes teorias, percepções e práticas se entrelaçam na busca incessante de uma aplicação justa da lei.

A discussão sobre o que constitui a verdade no âmbito penal é repleta de nuances e complexidades. Abordagens como a teoria da correspondência, com raízes na filosofia aristotélica, e as contribuições de pensadores, como Alfred Tarski e Karl Popper, fornecem um alicerce teórico robusto para esta análise. Por outro lado, a influência de crenças

1 Doutorando e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV), com área de concentração em Direitos e Garantias Fundamentais. Professor. Advogado. <https://orcid.org/0000-0003-0202-0710> E-mail: cezargodinho3@gmail.com

2 Pós-doutor, visiting scholar na American University Washington College of Law e Visiting foreign judicial fellow no Federal Judicial Center, em Washington D.C. Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Ex-professor Adjunto de Direito material e processual penal na Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professor de Teoria dos Direitos Fundamentais no PPGD da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Líder do Grupo de Pesquisa Hermenêutica Jurídica e Jurisdição Constitucional (CNPq/FDV). Promotor de Justiça no Espírito Santo. <https://orcid.org/0000-0001-7712-3306> E-mail: acastrocoura@gmail.com

e justificações no processo penal destaca o papel humano e subjetivo na interpretação e accertamento dos fatos, lançando luz sobre as limitações e desafios na busca pela verdade.

A metodologia adotada para este estudo envolveu uma abordagem multidisciplinar, combinando análise jurídica, teoria do conhecimento e filosofia. O trabalho se baseou em uma extensa revisão bibliográfica, englobando literatura especializada em direito penal, filosofia e epistemologia, além da análise de um caso judicial em que a teoria da verdade foi desafiada, para permitir uma compreensão mais rica da epistemologia aplicada ao processo penal em um contexto real.

2 Qual verdade interessa ao processo penal?

A investigação de provas e a análise a respeito da ocorrência de fatos que interessam à aplicação do Direito, se vista sob a perspectiva da Teoria do Conhecimento, ganha especial relevância quando se verifica que existem pelo menos quatro importantes correntes teóricas acerca da verdade, além do ceticismo e do relativismo. É natural que seja assim, já que o acesso do sujeito cognoscente à realidade não possibilita a compreensão do todo, mas tão somente de parte dela, de modo que suas impressões sempre serão provisórias e imperfeitas, passíveis de aperfeiçoamentos decorrentes de novos exames e novas análises daquela mesma realidade (MACHADO SEGUNDO, 2014, p. 198).

No processo penal, a teoria que se aplica é a da “verdade como correspondência” (conformidade, adequação), que é a teoria do conhecimento mais antiga, com origem na formulação aristotélica da metafísica, de que uma afirmação só é verdadeira se afirma que o que é, é, ou que o que não é, não é. Nesse mesmo sentido, a falsidade de uma afirmação se verifica quando se diz que o que é, não é, ou que o que não é, é. (ABE, 1991, p. 161).

Para essa corrente, a verdade de uma proposição consiste em sua relação com o mundo, isto é, em sua correspondência com os fatos ou estado de coisas, de modo que as afirmações serão verdadeiras ou falsas em função de as coisas serem realmente como elas dizem que são. É dizer, um juízo ou uma sentença serão verdadeiros se, e somente se, refletirem a realidade, se o que ela afirma de fato é³. Assim, por essa teoria, a hipótese

3 Por isso, na Idade Média, os Escolásticos afirmavam que a verdade seria a adequação entre pensamento e realidade.

P é verdadeira se e somente se corresponde a um fato. A falha desta teoria estaria em comparar planos heterogêneos, já que postula uma relação entre linguagem e realidade: de um lado, o linguístico, do outro, o não-linguístico⁴.

Adicionalmente, Alfred Tarski introduziu uma abordagem semântica à teoria da verdade como correspondência, estabelecendo o princípio matemático não como uma definição de verdade, mas como uma condição suficiente que deve ser atendida por qualquer definição que se pretenda aceitável, a saber: *X* é verdade se *P*, e somente se *P*. A ideia de Tarski foi a de considerar o conceito de verdade como uma relação entre sentenças de uma linguagem e a estrutura na qual esta linguagem está interpretada, de modo que não haveria sentido falar em verdade ou falsidade de uma sentença a não ser que se saiba exatamente a que linguagem essa sentença pertence e de que modo a linguagem está interpretada (ABE, 1991, p. 161).

Baseando-se na fórmula de Tarski, a hipótese “todo favelado é traficante” será verdadeira se e somente se todos os ditos “favelados” forem traficantes. Igualmente, a hipótese “Se *A* matou *B*, certamente ele matou *C*, que acompanhava *A*”, somente será verdadeira se e somente se *A* realmente matou *B* e *C*. É dizer, há uma condição de suficiência, de modo que o que se segue a “se e somente se” é uma situação real com a qual a sentença verdadeira em questão deve ter uma relação adequada, de correspondência.

Não obstante, Moser, Mulder & Trout (2009, p. 75) sustentam que um aparente problema epistemológico confronta qualquer definição que caracterize a verdade como uma relação entre uma afirmação (ou crença), de um lado, e o mundo, de outro. Segundo os referidos autores, o grande problema é que não parecemos estar em condições de julgar, de maneira não circular, se a afirmação se relaciona ao mundo de maneira adequada.

Assim, é que, com fundamento na abordagem semântica de Tarski acerca da teoria da correspondência, especialmente ao problema

4 Sobre o tema, Moser, Mulder & Trout (2009, p. 74) esclarecem “Apesar de seu forte apelo intuitivo, a definição da verdade como uma correspondência enfrenta algumas dificuldades. O primeiro problema é que é difícil definir exatamente em que consiste a relação de correspondência entre uma afirmação (ou crença) e o mundo. Segundo uma hipótese, a correspondência seria uma espécie de retrato do mundo. Sob esse aspecto, as afirmações verdadeiras retratam com exatidão o estado das coisas. Essa interpretação é plausível, pelo menos no que diz respeito às afirmações que descrevem diretamente um estado de coisas, como a localização de um objeto. [...] A ideia da correspondência como um retrato se mostra insuficiente em muitos casos. Pense nas afirmações sobre o que aconteceria numa determinada situação que não corresponde aos fatos.”

da circularidade, Karl Popper adotou a teoria correspondentista⁵ sob a perspectiva da falibilidade humana, propondo um conceito de verdade provisória.

Segundo Popper, há um problema de acesso do ser humano à realidade, e isso se dá em razão da falibilidade natural do conhecimento humano, de maneira que, ainda que se busque o conhecimento verdadeiro, deve-se levar em conta a possibilidade de alcançar não a verdade propriamente dita, mas, sim, uma verdade que corresponda melhor aos fatos, é dizer, que mais se aproxime da realidade, que seja mais verossímil (POPPER, 2016, p. 183).

No campo do processo penal, há divergência doutrinária entre os que acreditam ser a verdade algo de menor importância e aqueles que creem que a verdade interessa ao processo. Aury Lopes Júnior (2019), por exemplo, considera que a busca da verdade pelo Estado é tomada como uma ambição “distorcida e perigosa”, pois, guardando a solução de conflitos individuais como prioridade, a verdade não teria lugar de importância no processo penal. Acerca desse posicionamento doutrinário, Ronald Gomes Lopes e João Maurício Adeodato (2023, p. 102) fazem as seguintes críticas:

Como é possível observar, esse argumento utiliza-se do símbolo (*pathos*) negativo sobre tudo aquilo que se reporte ao termo inquisitivo. Destaca, por outro lado, as benesses da democrática verdade livre e consensual, o “garantismo adversarial”. Para estes, qualquer atitude epistêmica capaz

5 Diversamente da teoria da correspondência, os teóricos coerentistas comparam enunciados com enunciados, e não linguagem e realidade ou proposição e mundo. Assim, a verdade seria relativa, na medida em que conjuntos de crenças seriam, no limite, apenas relativos uns aos outros, eis que a verdade como coerência seria uma relação entre afirmações. A verdade como coerência define que uma afirmação só é verdadeira se guarda relação adequada com algum sistema de outras afirmações. Essa relação adequada é a denominada “coerência”. Nesse sentido, ABE (1991, p. 162) explica que, para essa corrente, não se pode comparar uma sentença à realidade para sabermos se a sentença é verdadeira ou falsa, notadamente porque, embora a realidade afete o sujeito cognoscente, e, através da experiência, este possa testar uma sentença, só se poderia comparar sentenças com certas sentenças, tendo em vista que a experiência do sujeito se reduz a sentença de determinados tipos. Com isso, consistindo a verdade em relações de coerência num conjunto de crenças, a hipótese *P* é verdadeira se e somente se é coerente com um sistema de proposições ou crenças. O grande problema, como já adiantado, é que a verdade como coerência acaba se tornando relativa, notadamente no momento da escolha do sistema com o qual uma afirmação tem que ser coerente. Ou seja, escolhido o sistema *Q*, as afirmações só serão verdadeiras em relação a este. Se esse sistema provém do conjunto de crenças de determinados indivíduos, a verdade será relativa a estes. Outros indivíduos, dotados de outros sistemas de crenças, só poderão aceitar afirmações que tenham coerência com seus sistemas pessoais, e, conseqüentemente, aceitarão como verdadeiras afirmações diferentes, ainda que conflitantes. Qualquer que seja a solução adotada, o fato de não definir a verdade como uma determinada relação com o mundo propositivo, mas sim como uma interligação sistemática entre várias afirmações, é a marca registrada do coerentismo (MOSER, MULDER & TROUT, 2009, p. 78).

de conferir, ainda que mínima, atividade probatória ao juiz, representa o genérico e simbólico resquício totalitário.

Em outra perspectiva, Gustavo Badaró (2019, p. 65-66) considera que o processo acusatório também é um processo que busca a verdade, não somente com a finalidade de esclarecer os fatos, mas, especialmente, como condição de uma sentença justa. Segundo explica o autor, a finalidade de buscar a verdade, no processo acusatório, se dá por um modelo dialógico de acerto dos fatos, exigindo-se uma clara distinção entre as funções de juiz e acusador, além da preservação da paridade de armas entre este e a defesa.

Com isso, garantidas as posições dos sujeitos processuais, o juiz teria poderes instrutórios, em caráter subsidiário ou suplementar, para determinar *ex officio* a produção de provas que se mostrem necessárias para o acerto dos fatos. No entanto, o autor reconhece expressamente que legitimar poderes instrutórios ao juiz, no processo penal, é prejudicial⁶ ao acusado (BADARÓ, 2019, p. 67).

Sobre a importância da verdade para o processo, Alexandre Coura (2007) considera que a racionalidade é requisito essencial para que se tenha uma justa decisão. Nas palavras do autor, quando se lida com “o problema da racionalidade da tarefa de julgar” num Estado Democrático de Direito, os pressupostos deste atraem a necessidade de que todas as decisões judiciais cumpram critérios de “certeza jurídica e aceitabilidade racional”.

É bem verdade que um réu o qual, de fato, seja inocente, possa ter interesse na produção de todas as provas úteis ao alcance da dita “verdade real”, contudo, dado o princípio da não culpabilidade, estando o réu privilegiado por esse estado processual fictício, compreende-se que cabe a ele e ao órgão acusador a atividade probatória, especialmente considerando que, ainda que a busca da verdade interesse ao processo penal, esta só será alcançada de forma provisória ou aproximada, justamente em razão da natural falibilidade do conhecimento humano, conforme Popper afirmou.

A verdade importa, sim, ao processo penal, notadamente a que mais corresponda à realidade dos fatos, mas isso não quer dizer que tenham que ser reconhecidos poderes instrutórios ao juiz⁷, circunstância que fatalmente

6 É que vigora no processo penal brasileiro o princípio segundo o qual todo acusado, até prova em contrário, deve ser considerado inocente, de modo que se o órgão acusador não se desincumbir de seu ônus e não produzir prova suficiente para superar esse estado fictício inicial de inocência do acusado, a solução imposta é a absolvição.

7 Na verdade, a preocupação quanto à atividade de julgar deve se voltar ao controle das crenças

levará, em certa medida, à violação ou mitigação do direito que tem o acusado de ser presumido inocente, bem como à não aceitação da decisão.

3 O papel das crenças e das justificações na busca da verdade no processo penal

Juízes e testemunhas, assim como qualquer outro ser humano, não são seres pulverizados e isolados do mundo. Naturalmente, eles têm diversas crenças, sejam elas morais, políticas, teleológicas, dentre outras. O certo é que a crença sempre decorrerá de um estado de coisas, ou seja, da representação que o sujeito cognoscente faz da realidade experimentada ou remotamente percebida. Dessa forma, é correto afirmar que a crença faz parte do elemento subjetivo do conhecimento, na medida em que sempre decorrerá de um estado de representatividade, composto por intenção e significação. Moser, Mulder & Trout (2009, p. 48-50) dizem que, por essa razão, as crenças são como um mapa mental pelo qual retratamos o mundo que nos cerca e nele navegamos.

Há um consenso na epistemologia de que as crenças são estados que contêm informações, estados de um tipo especial, e que estas informações contidas na crença dependem do modo pelo qual elas são representadas no mundo (MOSER, MULDER & TROUT, 2009, p. 52). Assim, se uma crença representa o mundo exatamente como ele é, ela é verdadeira ou factual. Se, pelo contrário, representa incorretamente o mundo, ela é falsa.

A questão é que as crenças não são transparentes, e podem turvar o conhecimento de quem as intui. Nesse sentido, enquanto estados de disposição, as crenças podem não ser imediatamente acessíveis à introspecção, sobretudo porque podemos ter estados mentais inconscientes. Por outro lado, as crenças acessíveis à consciência têm uma potencial relação de inferência com uma enorme gama de outras crenças, ou seja, podem ter relação com uma série de outras crenças a respeito de praticamente qualquer tema (MOSER, MULDER & TROUT, 2009, p. 56-57).

Tome-se como exemplo a crença de uma testemunha que, tendo presenciado um crime de roubo, ao ser colocada frente a frente, em

do juiz e, sobretudo, à justificação de suas escolhas, visando dar maior racionalidade à atividade jurisdicional, especialmente no que tange à consideração de um fato narrado por uma testemunha como sendo verdadeiro, sob pena de conceder à esta a comenda de “mensageira da verdade”, o que é, absolutamente, irreal e ilusório. É porque que, também, essa mesma preocupação deve existir em relação aos relatos das testemunhas, que não são neutras e podem, mesmo que inconscientemente, relatar fatos que nunca aconteceram na realidade.

audiência, com um réu, diz ter certeza ser este o indivíduo que cometeu o ilícito. Pode ser que, realmente, seja o réu que tenha cometido o roubo? É claro que sim, mas não há como negar que as circunstâncias que envolveram esse ato de reconhecimento possam ter conduzido a testemunha a, inconscientemente, ter o réu como a representação do indivíduo que, de fato, cometeu o crime, representando falsamente a realidade. Do ambiente no qual foi feito o reconhecimento ao fato de o acusado estar sentado no banco dos réus, existem *N* circunstâncias que possam ter conduzido essa testemunha a relatar uma falsa crença, que pode até ser muito sincera, mas não guardar qualquer relação com a realidade⁸.

Nesse sentido, Ávila, Gauer & Filho (2012, p. 7170-7171) lecionam que a falsificação de memórias é mais frequente do que se pensa, visto que as pessoas, além de tenderem a recordar fatos que podem ser verdadeiros apenas em parte, estão susceptíveis a rememorar fatos totalmente falsos.

Assim, embora a crença, inevitavelmente, faça parte de um subjetivismo (da testemunha; do juiz etc) que terá reflexos na busca da verdade no processo penal, tem-se que a verossimilhança de uma hipótese não pode ser alcançada exclusivamente com base numa simples intuição, sobretudo porque crenças são representativas, podem não ser transparentes, e implicam disposições que não são imediatamente acessíveis à introspecção e à intuição⁹. Não obstante, a crença exerce grande influência no processo penal atualmente, sobretudo pelo fato de o compromisso da testemunha de dizer a verdade significar, na prática, neutralidade cognitiva, como se tudo aquilo que a testemunha relatasse representasse fielmente a realidade dos fatos.

Nesse sentido, a justificação complementa a “verdade” e a “crença”, na medida em que irá exigir do sujeito cognoscente que suas crenças, ainda

8 A memória não possui um grau absoluto de confiabilidade que possa fazer concluir que tudo aquilo que uma testemunha relate rememorar corresponda à verdade. Além de poder apresentar falhas na aquisição e na retenção, a memória está sujeita a um constante processo de remodelação, de maneira que, ainda que formada, uma recordação pode ser submetida a inúmeras e sucessivas “revisões, alterações e reconfigurações” (BENFORADO, 2015, p. 117). É dizer, a lembrança que uma testemunha diz ter, por mais sincera que seja, pode, na maioria das vezes, não corresponder ao que, de fato, aconteceu na realidade. É factível, portanto, que no sobredito exemplo a testemunha afirme com veemência a lembrança da autoria do crime, sem, contudo, incorrer em falso testemunho, já que ela pode ter tido uma falsa memória, que, por sua vez, consiste exatamente na recordação distorcida de fatos ou mesmo de fatos que não ocorreram (STEIN & NEUFELD, 2008, p. 540).

9 Segundo Moser, Mulder & Trout (2009, p. 61): “Uma das causas desse limite imposto à introspecção deriva do fato de que nós somos capazes de processar uma quantidade limitada de informações num tempo determinado, ao passo que são muitos os acontecimentos interiores e exteriores que competem pela nossa atenção.”

que verdadeiras, sejam justificadas em “indícios suficientes”, ou seja, em provas.

Não basta à testemunha ou ao juiz intuïrem a existência de determinado fato com base em suas crenças. A verdade de uma hipótese não pode ser obtida num processo de achismo. No sobredito exemplo, ainda que a testemunha confie estar relatando uma crença verdadeira ao apontar o réu como sendo o autor do roubo, isso não basta para se ter conhecimento sobre o fato. Caso não haja uma justificação epistêmica acerca daquilo que a testemunha diz ter rememorado como verdade, não haverá conhecimento, ainda que esta esteja compromissada¹⁰.

Também é, absolutamente, factível que um juiz condene um indivíduo por um triplo homicídio fundamentando a decisão no relato e reconhecimento de pessoas feitos pela única sobrevivente do fato, como no caso do americano Kevin Strickland, que passou 43 anos na prisão por erro judicial. Eis outra crença justificada, porém, falsa¹¹.

Dada essa falibilidade, não há como partir da generalização de que a testemunha, somente pelo fato de prestar compromisso, fala sempre a verdade¹² e que seu relato corresponde exatamente ao evento fático

10 Ainda que assim seja, podem existir crenças falsas e justificadas, circunstância que também não levaria ao conhecimento sobre a realidade. Por exemplo, é plenamente possível que a testemunha relate que viu o indivíduo *A* esfaquear e ceifar a vida de *B*, e, como justificação epistêmica (prova), apresente um vídeo que realizou por seu celular, não saiba que, na realidade, o indivíduo da filmagem (autor do crime) era o irmão gêmeo do réu que, sequer, estava no local dos fatos no dia do cometimento do crime. Eis uma crença justificada epistemicamente, porém, falsa.

11 Conforme reportagem do jornal “El País” (2021), em 25 de abril de 1978, três jovens na casa dos 20 anos (Sherrie Black, Larry Ingram e John Walker) foram mortos a tiros em uma casa de um bairro operário de Kansas City. Dois condenados pelo crime, Vincent Bell e Kim Adkins, declararam-se culpados, e juraram que Kevin Strickland não tinha nada a ver com o crime. Os familiares tinham corroborado seu álibi daquela noite. Não adiantou. O processo foi fundamentado, basicamente, no depoimento da única sobrevivente do ataque a tiros, Cynthia Douglas, que ficou ferida e, mais tarde, se retratou alegando pressões policiais. Ela tinha conseguido identificar apenas dois dos agressores e, 24 horas depois do ataque, ainda em estado de choque, pois teve que se fingir de morta para evitar que a matassem, foi colocada diante de uma fileira de suspeitos, entre eles, Kevin Strickland, que a polícia tinha ido buscar em sua casa naquela manhã em que ele iria cuidar de sua filha. Douglas o conhecia do bairro, apontou para ele, e a vida de Strickland passou a ser a vida do prisioneiro 36.922.

12 O ex-presidente do Departamento de Psicologia de Havard, Daniel L. Schacter, compara a forma como as memórias são tratadas como “álbuns de família”. De acordo com Schacter (*apud* BENNETT, 2015, p. 7), parece haver uma crença de que as memórias sejam como instantâneos de álbuns de família, que, se armazenadas adequadamente, poderiam ser recuperadas precisamente na mesma condição em que foram guardadas. Na mesma linha, a professora Jennifer S. Bard (2012, p. 3), da faculdade de direito da Universidade de Cincinnati, afirma que “enquanto concebermos o cérebro como uma câmera digital onde as informações dos sentidos são armazenadas intactas para a recuperação futura, continuaremos a supervalorizar o papel da memória”.

investigado, de modo a alcançar a suficiência probatória necessária para legitimar a condenação penal. E isso não significa que a prova testemunhal seja inútil à busca da verdade, mas que a “automaticidade de sua força probante no momento da valoração e da decisão sobre os fatos” deve ser excluída (FERNANDES, 2019, p. 129).

Não obstante, atualmente, a testemunha é tratada como a “mensageira da verdade” no processo penal, de forma que se presumem verdadeiras as suas declarações sempre que não houverem motivos que suscitem dúvidas sobre os seus relatos. Essa tradição presuntivista decorre da generalização segundo a qual a “experiência geral da humanidade” demonstra que, no maior número de casos, “o homem é verídico” (MALADESTA, 2013, p. 371).

Isso ocorre porque o sistema de justiça brasileiro ainda confia na percepção, na memória e nos julgamentos humanos como suficientes à formação do convencimento que legitimará o julgamento acerca dos fatos. Assim, na perspectiva do direito brasileiro, convencimento é conhecimento, e este pode ser acessado por intermédio das crenças de uma testemunha.

O relato testemunhal ganha o contorno de verdade no momento em que o depoente presta o compromisso de dizê-la, porque fala “sob a palavra de honra”, na forma do artigo 203 do Decreto-Lei nº 3.689/1941 (Código de Processo Penal). Confia-se tanto nas memórias da testemunha que, se não for possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir o conhecimento que demandaria a prova técnica (art. 167, CPP). Para o atual sistema, a testemunha é tão confiável que pode manifestar suas apreciações pessoais na forma da exceção do artigo 213 do CPP, sem que isso seja interpretado como algo que, potencialmente, poderá prejudicar o réu.

Um bom exemplo é o caso real, julgado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais¹³, no qual o réu foi condenado com base na prova testemunhal, argumentando o juízo que “em sede de crimes patrimoniais, que geralmente são praticados na clandestinidade, configura-se preciosa a palavra de testemunhas e vítima para o reconhecimento dos autores do roubo.” O detalhe é que a testemunha que embasou essa condenação, juntamente com o depoimento da vítima, sequer estava no local dos fatos.

Crítico de posturas como a adotada pelo Tribunal de Justiça de

13 TJMG - Apelação Criminal 1.0209.07.066052-4/001, Relator(a): Des.(a) Doorgal Borges de Andrada, 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 06/12/2023, publicação da súmula em 13/12/2023.

Minas Gerais, Vitor de Paula Ramos (2021, p. 104-105) defende que a crença da testemunha não transmite conhecimento, e que, por essa razão, ela não pode ser suficiente numa investigação epistêmica, já que inicialmente não é justificada. O autor explica que, como conhecimento é uma crença formada a partir de um processo suficientemente confiável, não sendo a crença justificada epistemicamente, não há como dizer que esta seja um instrumento infalível para a transmissão do conhecimento. Contudo, o autor reconhece que o presuntivismo (ou não reducionismo) é o paradigma atualmente adotado no processo judicial brasileiro. Segundo explica, o presuntivismo parte de máximas que são epistemicamente irracionais, embora considerados atualmente (*idem*, p. 130).

Não há como, portanto, não perceber o alto valor que é conferido às crenças apresentadas por uma testemunha no processo penal, mas, junto a estas, deve-se sempre exigir que sejam apresentadas justificações epistêmicas suficientes a corroborar o relato, superando o atual modelo (presuntivista) no sentido de que “deve-se acreditar verdadeiro o relato testemunhal até que sejam suscitadas dúvidas”, para passar à aplicação de um modelo não presuntivista, descartando a presunção apriorística de que todo relato testemunhal corresponde ao fato investigado.

Para tanto, a doutrina tem formulado *standards* (FERNANDES, 2019, p. 132), dentre os quais acreditamos serem imprescindíveis a observância de quatro deles em qualquer análise de prova testemunhal: (i) a credibilidade do depoente; (ii) a confiabilidade da versão; (iii) o filtro de falsas memórias; (iv) o modo de coleta dos depoimentos¹⁴.

4 Conclusão

Ao explorar as profundezas da verdade no contexto do processo penal, este estudo destaca a complexidade e a natureza multifacetada da busca pela verdade na justiça criminal. As discussões teóricas, desde a teoria da correspondência até as abordagens semânticas de Tarski e a visão falibilista de Popper, revelam que a verdade é um conceito dinâmico, sujeito a diversas interpretações e perspectivas. Em um sistema em que a verdade é fundamental para a justiça, a compreensão de que ela pode ser

¹⁴ Fernandes (2019, p. 132-133) apresenta outros quatro parâmetros para analisar a prova testemunhal, no caso, afeta ao reconhecimento de pessoas, quais sejam: (1) o modo de realização do reconhecimento de pessoas e (in)existência dos fatos que minimizam sua precisão; (2) a ineficiência da repetição do reconhecimento de pessoas; (3) a excepcionalidade do *hearsay statement*, e; (4) a existência de um contraditório efetivo na produção da prova.

provisória e aproximada, mas, ainda assim, essencial, é um aspecto crítico.

A análise deste artigo também demonstra que, no processo penal, a verdade não é apenas uma questão de evidência objetiva, mas é fortemente influenciada pelas crenças e justificações dos envolvidos. Juízes, testemunhas e advogados trazem suas interpretações e preconceitos para o processo, moldando a narrativa e a percepção aceda dos fatos. Portanto, a busca pela verdade não é apenas uma jornada rumo ao conhecimento factual, mas, também, uma luta para entender e mitigar a subjetividade humana aplicada ao processo. O problema da subjetividade e da falibilidade na busca pela verdade é agravado no processo penal, em que, como Aury Lopes Júnior (2019) argumenta, a verdade pode ser vista como uma ambição “distorcida e perigosa”.

Além disso, os desafios práticos da aplicação dessas teorias no processo penal revelam que, embora a verdade seja um ideal, a realidade do seu alcance é frequentemente limitada pela falibilidade humana e pelas limitações do sistema judicial. As questões, vez ou outra, levantadas em casos judiciais reais, em que crenças justificadas se provaram falsas, sublinham a necessidade de um escrutínio contínuo e rigoroso das provas e testemunhos.

Em conclusão, por este estudo reitera-se que a verdade no processo penal é um conceito em constante evolução, moldado tanto por fundamentos teóricos quanto pela prática judicial, mesmo porque, frise-se, os pressupostos do Estado Democrático de Direito atraem a necessidade de que todas as decisões judiciais cumpram critérios de “certeza jurídica e aceitabilidade racional” (COURA, 2007). Embora possa nunca ser alcançada em sua forma pura, a busca pela verdade permanece um pilar central da justiça penal, exigindo um equilíbrio cuidadoso entre evidências objetivas e interpretações subjetivas. O desafio para o sistema de justiça criminal é manter uma postura crítica e reflexiva, reconhecendo as limitações e buscando constantemente aprimorar sua abordagem na busca pela verdade e justiça.

Referências

ABE, Jair Minoro. **Verdade Pragmática**. Artigos. Estudos Avançados. Volume 5 (1991), p. 161-171.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. GAUER, Gabriel José Chittó. FILHO, Luiz Alberto Brasil Simões Pires. **“Falsas” Memórias E Processo Penal:**

(Re)Discutindo o Papel da Testemunha. RIDB, Ano 1 (2012), n. 12.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BENFORADO, Adam. **Unfair: The New Science of Criminal Injustice.** Extra Libris, 2015, tradução livre.

COURA, Alexandre de Castro. **Para uma análise crítica da vedação constitucional de provas ilícitas: contribuições para garantia dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito.** 2007. Tese. (Doutorado em Direito Constitucional) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007.

FERNANDES, Lara Teles. **Standards probatórios e epistemologia jurídica: uma proposta interdisciplinar para a valoração do testemunho no processo penal.** 2019. 260 f.: Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2019.

LOPES, Ronald Gomes. ADEODATO, João Maurício. **As verdades e finalidades do processo penal e os sofismas da tese de relação intrínseca entre *adversarial system* e garantismo.** v. 8, n. 2 (2023). p. 97-123. Revista Direito & Dialogicidade. ISSN: 2178-826X. Universidade Regional do Cariri. Disponível em <http://revistas.urca.br/index.php/DirDialog/article/view/1367> Acesso em 11 de dezembro de 2023.

LOPES JÚNIOR, Aury. O problema da verdade no processo penal. **In Verdade e prova no processo penal, estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo/** Ada Pellegrini Grinover [et. al.]; coordenador PEREIRA, Flávio Cardoso, -1. ed. –Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Epistemologia Falibilista e Teoria do Direito.** Revista do Instituto de Direito Brasileiro da Universidade de Lisboa. Ano 3. 2014, n. 1.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal.** Tradução de J. Alves de Sá. Servanda Editora: Campinas, 2013.

MARS, Amanda. **Recém-libertado após passar 43 anos na prisão por erro judicial: “Não sei falar com pessoas”. Caso Kevin Strickland.** Jornal “EL PAÍS”. Internacional. Estados Unidos. Kansas City

(Missouri, EUA) – 5 DIC 2021. Disponível em <https://brasil.elpais.com/internacional/2021-12-05/recom-libertado-apos-passar-43-anos-na-prisao-por-erro-judicial-nao-sei-falar-com-pessoas-normais.html> Acesso em 19 de dezembro de 2023.

MINAS GERAIS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Apelação Criminal 1.0209.07.066052-4/001**, Relator(a): Des.(a) Doorgal Borges de Andrada, 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 06/12/2023, publicação da súmula em 13/12/2023. Disponível em <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/ementaSemFormatacao.jsp?numero=undefined> Acesso 23 de dezembro de 2023.

NELSON, Kally J.; LANEY, Cara; BOWMAN-FOWLER, Nicci; KNOWLES, Eric D.; DAVIS, Deborah; LOFTUS, Elizabeth F. **Change Blindness Can Cause Mistaken Eyewitness Identification**. Legal and Criminological Psychology, Vol. 16, 2011. Tradução livre.

POPPER, Karl. **Verdade e Aproximação da Verdade**. In MILLER, David (org). Textos Escolhidos Popper. Editora Puc Rio, 2016: Rio de Janeiro.

RAMOS, Vitor de Paula. **Prova testemunhal: Do subjetivismo ao Objetivismo, do Isolamento Científico ao Diálogo com a Psicologia e a Epistemologia**. Coleção Raciocínio probatório. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

STEIN, Lilian Milnitsky, NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Georgen. **O efeito da sugestão de falsa informação para eventos emocionais: quão suscetíveis são nossas memórias?** Maringá. Psicologia em Estudo, Maringá, v. 13, n. 3, 2008.

FIXAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL: UMA GARANTIA CONSTITUCIONAL

Thiago Ferreira da Silva¹

1 Introdução

Os princípios da legalidade e da individualização da pena incidem nas fases de aplicação da pena, especificamente esses princípios devem ser observados de modo a oportunizar maior adequabilidade e proporcionalidade entre os elementos do tipo penal e a conduta criminosa.

Assim, todos os fatores relevantes da conduta penal e também processual penal devem ser considerados, ainda que nem sempre venham favorecer o autor do delito, uma vez que uma pena justa é aquela que é necessária.

Ao aplicar a pena, observados os critérios de cada fase da dosimetria, quais sejam: as circunstâncias judiciais, as atenuantes e agravantes e as causas de aumento e diminuição de pena, a quantidade da pena a ser aplicada deve corresponder a uma análise criteriosa e individualizada dos requisitos.

Contudo, o problema reside na segunda fase da dosimetria quando a incidência de alguma circunstância atenuante importar em redução da pena para abaixo do mínimo legal. O Superior Tribunal de Justiça não permite, que nesse momento de fixação da pena, esta seja reduzida ou majorada fora dos limites legais, conforme entendimento sumulado de nº 231, aprovado em 1999.

Tal entendimento, portanto, tem fundamento baseado no texto original do Código Penal de 1940, e desde a reforma de 1984 que o amparo legal da súmula foi retirado. A mitigação da referida fixação da pena fere

1 Advogado. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). Pós-Graduado em Direito Processual Penal pela Anhanguera-Uniderp (LFG). Pós-Graduado em Direito Público com Ênfase em Gestão Pública pelo Instituto Damásio de Direito. E-mail: thiagoferreira.minas@hotmail.com.

princípios constitucionais caros ao Direito Penal.

Pretende-se demonstrar que o enunciado da súmula é inadequado, consubstanciado numa política criminal atrasada, sem qualquer respaldo jurídico, num nítido contrassenso penal, especialmente por ferir princípios constitucionais, conseqüentemente maculada pelo vício da inconstitucionalidade.

2 Os princípios da individualização da pena e da legalidade estrita como alicerces para a fixação da pena

Tanto a individualização da pena quanto a legalidade estrita são princípios expressos na Constituição Federal de 1988, nos termos do artigo 5º, incisos XXXIX e XLVI.

Em matéria penal, deve-se observar a legalidade em sentido estrito para definir crime ou cominar pena, pois qualquer outra fonte normativa que não a lei gera vício de inconstitucionalidade.

Segundo Nucci (2010, p. 81), “A legalidade em sentido estrito ou penal guarda identidade com a reserva legal, vale dizer, somente se pode considerar crime determinada conduta, caso exista previsão em lei. O mesmo se pode dizer para a existência da pena”.

Portanto, “o termo lei, nessa hipótese, é reservado ao sentido estrito, ou seja, norma emanada do Poder Legislativo, dentro da sua esfera de competência. No caso penal, cuida-se de atribuição do Congresso Nacional, como regra”. (NUCCI, 2010, 81-82).

O princípio da legalidade em Direito Penal é inegociável, uma vez que ele estabelece os limites frente ao poder punitivo do Estado.

Busato (2020, p. 19) diz que o referido princípio é “um limite formal e básico da composição do Estado Democrático de Direito”, e o evidencia da seguinte forma: “A organização fundamental do modelo de Estado composto a partir do modelo constitucional se dá através de um postulado básico: a submissão à regra da lei”. Prossegue dizendo que

Esse princípio condiciona a atuação do Estado durante todo o processo criminal impondo-lhe, antes de tudo, um limite formal que é a necessidade de pautar sua intervenção pelo mecanismo legislativo. Assim, **tanto os delitos quanto as penas, os procedimentos de atribuição de responsabilidade e da forma de cumprimento dos castigos, devem resultar todos submetidos à lei.** As exigências que derivam da *lex previa*, *lex scripta*, *lex stricta* e da *lex certa* constituem um conjunto prévio de limites contrapostos à vocação arbitrária do Estado.

(BUSATO, 2020, p. 19).

Esse princípio, portanto, não deixa espaço para o Estado atuar onde não tenha previsão legal, inclusive, conforme destacado, tem incidência nos procedimentos em que se atribui a cominação da pena.

Novelino destaca ainda que “a legalidade é uma garantia que visa a proteção de direitos fundamentais ligados a valores diversos, em especial, à liberdade, propriedade e segurança jurídica”. (NOVELINO, 2013, p. 542).

Convém dizer, portanto, que o referido princípio trata de uma garantia individual, é cláusula pétrea, e tais garantias servem como mecanismos na preservação de direitos.

Esse é inclusive o objetivo do princípio da legalidade:

O Princípio da legalidade tem como objetivo limitar o Poder do Estado impedindo sua utilização de forma arbitrária. Para isso a Constituição confere ao Legislativo, órgão máximo de expressão de vontade popular, a função precípua de criar leis, as quais devem ser pautadas pelo critério da razoabilidade e elaboradas com conformidade com os preceitos constitucionais. (NOVELINO, 2013, p. 542).

Não pode o Estado, principalmente através do Poder Judiciário, por meio de critérios metajurídicos, limitar sem qualquer amparo legal direitos garantidos constitucionalmente e contrários à disposição legal. As hipóteses e os limites são encontrados na lei ordinária, bastam que sejam observados sem arbitrariedade.

Não menos importante, está o princípio da individualização da pena, que tem força no momento em que o juiz estabelece o cálculo da pena, conforme determina o artigo 68 do Código Penal.

Como bem observa Bitencourt, “a individualização da pena – uma conquista do iluminismo – ganhou assento constitucional (art. 5º, XLVI, da CF), constituindo uma das chamadas garantias criminais repressivas, e, como tal, exige absoluta e completa fundamentação judicial” (BITENCOURT, 2010, p. 672).

Como diria Nelson Hungria “o que se pretende é a individualização racional da pena, a adequação da pena ao crime e à personalidade do criminoso, e não a ditadura judicial, a justiça de cabra-cega [...]” (HUNGRIA, 1943, p. 10).

A individualização da pena, por todo o exposto, evita principalmente uma fixação da pena à la carte, sem critérios pré-estabelecidos, uma vez que exige o desenvolvimento de um raciocínio lógico na valoração da pena.

Nesse sentido, mais uma vez Bitencourt:

Assim, todas as operações realizadas na dosimetria da pena, que não se resumem a uma simples operação aritmética, devem ser devidamente fundamentadas, esclarecendo o magistrado como valorou cada circunstância analisada, desenvolvendo um raciocínio lógico e coerente que permita às partes acompanhar e entender os critérios utilizados nessa valoração. (BITENCOURT, 2010, p. 672).

Assim, é através dos princípios em análise que se possibilita visualizar que a fixação da pena é estritamente consubstanciada na legalidade, e o desrespeito aos limites legais, bem como as hipóteses que alteram esses limites ferem a garantia individual.

Ao deixar de observar hipóteses legais de atenuação da pena, o aplicador do direito impossibilita de adequar o caso concreto a individualização da pena em todas as suas nuances, e por consequência estabelece critérios que não são condizentes com a sistemática penal e constitucional.

3 A possibilidade de fixação da pena privativa de liberdade abaixo do mínimo legal

O Código Penal em seu artigo 53 prevê que “as penas privativas de liberdade têm seus limites estabelecidos na sanção correspondente a cada tipo legal de crime”.

Todavia, os limites das penas estabelecidos nos preceitos secundários de cada tipo penal podem sofrer alterações. Como bem aponta Masson (2021, p. 410), “o legislador previu seus limites mínimo e máximo, podendo haver alteração para mais ou para menos, a depender da existência de causas de aumento ou diminuição da pena”.

Apesar de ter limites estabelecidos na cominação da pena privativa de liberdade, a possibilidade de fixa-las para aquém do mínimo e além do máximo nada mais é do que uma interpretação sistemática do Código Penal, que estabelece as circunstâncias agravantes e atenuantes da pena.

Para melhor compreensão da fase em que situa a possibilidade de redução da pena para abaixo do mínimo legal, é importante entender quais são as fases da dosimetria, e para isso deve-se ater ao que dispõe o artigo 68 do Código Penal: “A pena base será fixada atendendo ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e aumento”. (BRASIL,

2022).

Observe-se que a primeira fase é compreendida pela análise do artigo 59 do CP, ou seja, as circunstâncias judiciais, já na segunda fase temos a análise das circunstâncias atenuantes e agravantes que, via de regra, estão previstas nos artigos 61 e 65 do mesmo diploma legal, na terceira e última fase, o juiz fará a análise das causas de diminuição e aumento de pena, que estão previstas na parte especial do Código Penal bem como em legislações penais esparsas.

Conforme explica Paulo Busato, “fixada a pena-base, o juiz deverá passar a aplicação das circunstâncias agravantes e circunstâncias atenuantes elevando ou decrescendo a quantidade da pena-base, sem, no entanto, poder ultrapassar os limites mínimo e máximo da pena” (2020, p. 688). É o que estabelece a súmula 231, STJ: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

A razão para a mitigação da redução da pena a quem do mínimo legal, segundo a doutrina adepta a essa possibilidade, está na ideia de que:

[...] embora as circunstâncias obriguem o juiz a alterar a pena, não há *quantum* previamente delimitado. Assim, caso fosse a interpretação, restaria a fixação da pena colocada completamente à mercê do juiz para uma redução até uma pena nula ou um aumento até uma pena ilimitada. (BUSATO, 2020, p. 688).

Outra parte da doutrina, no entanto, está no sentido de que seja permitida a transposição do limite mínimo, e um dos fundamentos está no que dispõe o artigo 65 do Código Penal, ao qual estabelece um rol de possibilidades que sempre atenuam a pena.

Desta feita, o advérbio sempre é que motiva a fundamentação com base na legalidade de fixar a atenuante mesmo que enseje uma redução além do mínimo legal estabelecido.

Busato (2020, p. 688) ao citar os argumentos favoráveis à redução abaixo do limite mínimo, cita, por exemplo, Juarez Cirino dos Santos, que defende a hipótese da seguinte forma:

[...] se sustenta que em qualquer circunstância a pena deverá ser atenuada diante da existência de exigência específica do art. 65 do Código Penal, que utiliza o advérbio *sempre* para determinar a redução penal, razão pela qual sua não utilização violaria o princípio da legalidade.

Isso porque, quando na primeira fase da dosimetria a pena é estabelecida no mínimo legal, uma vez que todas as circunstâncias judiciais são favoráveis ao réu, na segunda fase o juiz observará se há hipóteses que

atenuam ou aumentam pena, e caso houver alguma circunstância atenuante para ser aplicada nesse momento, conseqüentemente demandaria uma redução da pena para além daquele mínimo legal. Assim, uma vez reconhecida a circunstância atenuante e não aplicada pelo magistrado em razão da pena ficar aquém do mínimo estabelecido para aquele tipo penal, caracterizado está a ilegalidade na aplicação da pena.

Ou seja, existe um direito consubstanciado no reconhecimento de alguma conduta do réu que o beneficia com uma atenuante da sua pena, mas que não pode ser utilizada porque sua pena já está no patamar mínimo.

Conforme vimos, nos termos da súmula nº 231, do STJ, a pena não pode ficar aquém do mínimo legal na segunda fase da dosimetria. Somente na hipótese de atenuantes ou agravantes, que são analisadas na terceira fase da dosimetria, é que há possibilidade de fixar a pena aquém ou além dos limites mínimos e máximos da pena, mas a essa altura o réu já teria sido prejudicado por não ter reconhecido a seu favor uma possibilidade de redução de pena legalmente prevista e mitigada em razão de questões subjetivas e arbitrárias.

Com efeito, não há óbice no texto atual do Código Penal, bem como em legislação esparsa, que impossibilite o reconhecimento de qualquer atenuante, ainda que isso possa significar uma pena inferior ao mínimo cominado no tipo penal.

Nesse sentido, além de ferir os princípios da legalidade estrita e individualização da pena, segundo Cezar Roberto Bitencourt, pena aquém do mínimo legal trata-se de garantia constitucional:

O entendimento contrário a redução da pena para aquém do mínimo cominado partia de uma interpretação equivocada, que a dicção do atual art. 65 do Código Penal não autoriza. Com efeito, esse dispositivo determina que as circunstâncias atenuantes “sempre atenuam a pena”, independentemente de se encontra no mínimo cominado. (2010, p. 674 – 675).

Para Carlos Caníbal em “Pena aquém do mínimo – uma investigação constitucional-penal”, também com fundamento no art. 65, destaca que: “se trata de norma cogente por dispor o Código Penal que ‘são circunstâncias que sempre atenuam a pena’...e – prossegue – norma cogente em direito penal é norma de ordem pública, máxime quando se trata de individualização constitucional da pena”.

Bitencourt, no mesmo sentido, é irretocável quando afirma que há violação dos princípios da individualização da pena e da legalidade estrita:

A previsão legal, definitivamente, não deixa qualquer dúvida sobre sua obrigatoriedade, e eventual interpretação diversa viola não apenas o princípio da individualização da pena (tanto no plano legislativo quanto judicial) como também o princípio da legalidade estrita. (2010. p. 675).

A súmula se revela um contrassenso legal, uma vez que dispõe de um conteúdo genérico e contrapõe ordem expressa de lei infraconstitucional. Mesmo que se tratar de circunstância relevante (art. 66, CP) não se reconhece sua aplicação por mero capricho jurisprudencial consubstanciada numa política criminal de encarceramento.

Fica claro ao analisar a exposição de motivos do Código Penal – Parte Geral, após a reforma penal de 1984 (Lei nº 7.209/84), que a intenção do legislador foi abranger e precisar os critérios que envolvem a individualização da pena.

Conforme se retira do item 50 da referida exposição de motivos, a depender do nível de censura da conduta criminosa, os critérios de aplicação da pena mudam, isso porque “[...] Preferiu o Projeto a expressão “culpabilidade” em lugar de “intensidade do dolo ou grau de culpa”, visto que graduável é a censura, cujo índice, maior ou menor, incide na quantidade da pena”. (BRASIL, 2022).

Já no item 55, a reforma procurou beneficiar aquele que contribui com a justiça, veja: “Beneficia-se como, estímulo à verdade processual, o agente que confessa espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime, sem a exigência, em vigor, de ser a autoria “ignorada ou imputada a outrem”. (BRASIL, 2022).

Daí imagina-se a situação esdrúxula em que o réu confessa a prática do crime espontaneamente, confissão essa que é utilizada como prova pelo magistrado para a solução do crime, mas que ao fixar a pena na segunda fase da dosimetria, não se aplica a atenuante pelo fato de haver entendimento sumulado do STJ que simplesmente impede que a pena seja fixada abaixo do mínimo legal.

A referida súmula desestimula que o acusado colabore com a verdade processual porque não receberá benefício algum, contrário, portanto, a intenção do legislador exposta no item 55 da exposição de motivos da parte geral do Código Penal.

Dessa forma, o art. 65 do Código Penal torna-se, na verdade, letra morta da lei ao não possibilitar a atenuação da pena sempre que ocorrer alguma das circunstâncias ali previstas.

Não por menos, Bitencourt (2010, p. 675) aduz que:

O equivocado entendimento de “circunstância atenuante” não pode levar a pena para aquém do mínimo cominado ao delito partiu de *interpretação análoga* desautorizada, baseada na proibição que constava no texto original do parágrafo único do art. 48 do Código Penal de 1940, não repetido, destaca-se, na Reforma Penal de 1984 (Lei nº 7.209/84).

O referido dispositivo de 1940 previa o seguinte: “Se o agente quis participar de crime menos grave, a pena é diminuída de um terço até a metade, não podendo, porém, ser inferior ao mínimo da cominada ao crime cometido”. (BITENCOURT, 2010, p. 675). Dessa forma, esse dispositivo disciplinava uma causa especial de diminuição de pena.

Além do mais, não se trata de interpretação analógica porque simplesmente não tem lei para ser interpretada, não há lei que discipline especificamente a impossibilidade de redução da pena inferior ao limite mínimo estabelecido.

[...] a não aplicação do art. 65 do Código Penal, para evitar que a pena fique aquém do mínimo cominado, não configura, como se imagina, interpretação analógica, mas verdadeira analogia – vedada em direito penal – para suprimir um direito público subjetivo, qual seja a obrigatória (circunstância que sempre atenua a pena) atenuação de pena. (BITENCIURT, 2010, p. 675-676).

Por fim, “a súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, *venia concessa*, carece de adequado fundamento jurídico, afrontando, inclusive, os princípios da individualização da pena e da legalidade estrita” (BITENCOURT, 2010, p. 677).

Perceba-se, portanto, que o entendimento exposto na súmula 231 do STJ merece ser revisado, uma vez que se trata de entendimento firmado com fundamento anterior à Constituição Federal de 1988, ou seja, em dispositivo do texto original do Código Penal que previa uma atenuação especial da pena, revogado pela então Reforma Penal de 1984.

Os fundamentos que se apresentam favoráveis a manutenção da súmula carecem de respaldo jurídico. Não há lei que proíba a redução da pena aquém do mínimo legal e assim, por conseguinte, não faz sentido falar em interpretação analógica, pois na verdade, o que se fez é uma integração da norma jurídica.

4 Considerações finais

É inarredável de que a aplicação do entendimento sumulado nº 231 do Superior Tribunal de Justiça nos dias atuais viola princípios constitucionalmente consagrados, e por isso deve ser ao menos revista pelo Tribunal.

O contexto de criação da súmula, que foi aprovada em 1999, já nasceu equivocado e desde a Reforma Penal de 1984 foi completamente superado, uma vez que tirou a limitação especial de diminuição de pena estabelecida no parágrafo único do artigo 48, na hipótese em que o agente queria participar de crime menos grave. O conteúdo da súmula em nada coaduna com a Constituição Federal de 1988, uma vez que mitiga garantias individuais.

Além do mais, por não haver qualquer espécie normativa que proíba ou limita a redução da pena nesse cenário, trata-se de direito público subjetivo do réu em ter sua pena reduzida quando o contexto fático estiver inserido nas hipóteses de circunstâncias legais aplicadas na segunda fase da dosimetria da pena.

Possibilitar a redução da pena privativa de liberdade a ponto que permita ficar abaixo do mínimo estabelecido não quer dizer que haverá uma situação em que a pena chegue a ser nula, ou do contrário, que isso importe em aumento até uma pena ilimitada, pois na verdade, busca-se aplicar direitos legalmente previstos e não a impunidade ou excessiva punição.

Fato é que a aplicação da súmula é inadequada e ultrapassada, é uma mutação de entendimento sem amparo jurídico que a sustente, e, por isso, deve ser cancelada, porque sua manutenção não contribui para a dogmática penal, tampouco para a política criminal, uma vez que esta se ocupa com as formas de controle e combate à criminalidade.

Não se pode fazer uma análise perfunctória e subjetiva da súmula a ponto de entender que, mesmo que as circunstâncias obriguem o juiz a alterar a pena, não teria *quantum* previamente delimitado.

Trata-se de argumento simplista, que não se sustenta, pois antes de não conferir o direito de ter a pena atenuada está a base do Estado Democrático de Direito, que é a submissão daquilo que a lei prevê.

Por fim, não se deve confundir os sentidos de quantificação das penas previstos em cada tipo penal, os limites fixados servem para conter a pretensão punitiva do Estado e não para punir ainda mais o indivíduo,

suprimindo a possibilidade de reconhecimento de um direito, deve-se buscar a aplicação de uma pena justa e individualizada.

Referências

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal: parte geral**. 15 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Vade Mecum RT** – 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

BUSATO, P.C. **Direito Penal: parte geral**, volume 1. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2020.

CANIBÁL, C. R. L. **Pena aquém do mínimo – uma investigação constitucional penal**, Revista Ajuris, Porto Alegre, v.77, p.82.

HUNGRIA, N. **O arbítrio judicial na medida da pena**. Revista Forense, n.90, 1943.

NOVELINO, M. **Manual de direito constitucional**. 8 ed., ver. e atual. São Paulo: Método, 2013.

MASSON, C. **Código Penal comentado**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.

NUCCI, G. S. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2010.

CORRUPÇÃO PÚBLICA COMO ILÍCITO PENAL DE NATUREZA DIFUSA: OS RISCOS DA IMPUNIDADE DA CRIMINALIDADE DE PODER

Gustavo Senna¹

Felipe Mafezoni Senna²

Vitor Mafezoni Senna³

1 Introdução

Em resumo, quando a corrupção se torna uma possibilidade certa, os incentivos, tanto de funcionários como de cidadãos, são desviados para atividades socialmente improdutivas, conquanto pessoalmente lucrativas. Funcionários passam cada vez mais tempo buscando meios de conseguir propinas e extorquir dinheiro, em vez de se esforçarem para cumprir seus deveres públicos. Os cidadãos também investem suas energias na busca de favores ilícitos, aumentando suas vendas não pela atividade produtiva, mas por meio de suborno, desonestidade e tramas (KLITGAARD, 1994, p. 60).

O fenômeno da corrupção não é um ilícito comum, daqueles que atingem bem jurídicos de forma individual, sendo suas consequências deletérias incomensuráveis. Como efeito, os atos de corrupção acabam comprometendo a concretização das prestações sociais assumidas pelo Estado, fazendo com que essas obrigações fundamentais para a pessoa humana fiquem apenas na promessa, o que é ainda mais grave nos países periféricos como o Brasil em que a desigualdade social é muito presente.

Portanto, a corrupção pública representa um risco para a própria democracia, na medida em que acaba por provocar um desencantamento

1 Mestre e Doutorando em Direitos Fundamentais na Faculdade de Direito de Vitória (FDV/ES). Professor de Processo Penal da FDV/ES. Professor e coordenador do Curso de Pós-Graduação em Ciências Criminais da FDV/ES. Promotor de Justiça no ES. E-mail: gustavosennamiranda@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7482433414102791>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5600-3310>.

2 Acadêmico em Direito da FDV. E-mail: femafezoni@gmail.com.

em relação às suas promessas, em especial da erradicação da desigualdade.

Para melhor demonstrar a natureza difusa dos ilícitos de corrupção em terras brasileiras basta mirar a Constituição Federal de 1988, que promoveu uma profunda mudança no eixo do constitucionalismo com relevantes inovações voltadas para um Estado Democrático e de Direito, preocupado com o destino do povo e com uma carga axiológica calcada em princípios que incorporam um componente de transformação, inspirados principalmente nas reformas democráticas provenientes dos movimentos sociais dos anos 80.

Desse modo, é fundamental que o desempenho da função pública seja encarado como um poder/dever do agente público, que não tem aptidão para optar por seu exercício ou não, sendo impróprio falar-se aqui em discricionariedade, uma vez que o agente não tem disponibilidade dele. Assim, é correto afirmar que o agente tem o poder porque tem que cumprir um dever, dever esse de finalidade legal e de interesse da coletividade, e nunca pessoal. Sair ou dar as costas para esse caminho traçado pela Constituição Federal de 1988 configura patente desvio e desrespeito aos princípios tão caros para o aprimoramento da democracia, podendo provocar a sua degeneração.

Por isso, lamentavelmente, ainda é preciso falar sobre corrupção pública, o que de modo algum quer significar um discurso populista ou político-conservador, uma vez que os dados revelam que no Brasil a corrupção persiste, como não deixa dúvida o Índice de Percepção da Corrupção divulgado pela ong Transparência Internacional relativo ao ano de 2022, no qual o Brasil registrou apenas 38 pontos e ficou em 94º lugar entre 180 países no *ranking* mundial da corrupção (BRASIL, 2023).

De igual forma, muito menos é desconsiderado aqui o entendimento de que o melhor remédio para o enfrentamento da corrupção é a prevenção, conforme destaca acertadamente Hassemer (2008, p. 312-313). Porém, ainda que sejam adotadas medidas preventivas, por representar um ataque intolerável aos direitos fundamentais, os atos de corrupção merecem e devem também ser enfrentados por meio do sistema de justiça criminal, uma vez que a esfera extrapenal, apesar de importante, revela-se insuficiente e deficiente para seu enfrentamento.

Portanto, o enfrentamento dos ilícitos penais de corrupção é um verdadeiro imperativo categórico, que deve ser levado a sério para a saúde da própria democracia, sendo um equívoco demonizar tal enfrentamento em virtude de eventuais erros ou abusos cometidos por agentes responsáveis

por sua repressão. E quando se fala aqui em ilícitos penais de corrupção pública queremos nos referir aos diversos tipos penais previsto no Código Penal e na legislação extravagante, como por exemplo os crimes contra a administração pública, os crimes licitatórios etc., ilícitos que atingem o direito fundamental à boa gestão pública.

Desde já é importante destacar que obviamente não compactuamos com abusos cometidos por agentes públicos responsáveis pela investigação, repressão e julgamento em relação aos atos de corrupção, uma vez que numa democracia constitucional os fins jamais podem justificar os meios, sendo correta nesse ponto a seguinte advertência de Martins (2013, p. 105) de que

[...] é falsa a ideia de que o Estado de direito seja salvo por cada vez que o sistema penal pune um poderoso ou um convicto corrupto; por mais que custe à chamada “opinião”, o Estado de direito só é salvo de cada vez que um poderoso ou um convicto corrupto são punidos no decurso de um devido processo legal; o contrário disto é populismo puro.

Nessa linha, o presente artigo tem por objetivo demonstrar o que consideramos como dois dos mais importantes aspectos dos ilícitos penais que podem ser caracterizados como espécies do gênero corrupção pública: i) a sua natureza difusa – que é importante para diferencia-los da grande maioria dos denominados crimes de massa, como os delitos patrimoniais, contra a integridade física etc., o que é fundamental para uma adequada compreensão do fenômeno; ii) a particularidade dos sujeitos ativos de tais ilícitos penais, que muito embora possam ser cometidos por servidores públicos do mais baixo escalão, frequentemente são também perpetrados por agentes públicos do mais alto escalão, os detentores de poder político que se aliam com particulares detentores do poder econômico, o que acaba por acarretar consequências devastadoras para os direitos humanos, em especial diante da escandalosa impunidade que gravita em torno de tais delitos.

2 O caráter difuso dos ilícitos penais de corrupção pública

Para um Estado que se diz Democrático e de Direito como o brasileiro, que anuncia a semente popular de seu poder, só pode ser o povo o destinatário de toda atividade pública, pois é ao povo que deve a administração pública servir na busca do bem-estar social. Portanto, os agentes públicos, no exercício do mandato, cargo, emprego ou função pública, atuam em nome do povo, sendo inconcebível que venham a valer-

se de seus ofícios para satisfação de interesses pessoais, numa total inversão de valores.

Desse modo, não resta dúvida que quando aquele que tem por função servir o público se utiliza dela para satisfazer interesses particulares acaba por atingir interesse de toda coletividade, causando vários reflexos deletérios na sociedade. Esses reflexos permitem chegar à conclusão de que os ilícitos de corrupção são inegavelmente de natureza difusa, uma vez que atingem vítimas indeterminadas. Por isso, é equivocado pensar que a corrupção atinge apenas os interesses diretos da administração, pois se trata de um ilícito que gera lesões que extrapolam tais interesses, repercutindo seriamente na vida dos cidadãos, como bem observa Alan (2015, p. 157):

O fenômeno da corrupção se reveste de lesividade que transcende o simples ferimento dos interesses da administração. Há uma gama enorme de outros interesses também lesados e que devem ser tomados em consideração. Nesse contexto, a despeito da tradição apontar a necessidade de prejuízo patrimonial, é bastante comum a ocorrência de casos categorizados como “corruptos” e cuja lesividade é de outra ordem. Os atos de corrupção não são revestidos de simples ilegalidade, mas de características que fazem ver verdadeira subversão do exercício do poder, ao ponto de serem considerados atos a comprometer a própria legitimidade do direito e da democracia.

Logo, os ilícitos de corrupção pública acabam por privar milhões de pessoas de suas necessidades básicas, de sua dignidade. Assim, é inquestionável que se trata de um problema em que a relação com os direitos humanos se agudiza. Não por outro motivo que Oliveira (2004, p. 428) destaca que se “entendermos os direitos humanos como aqueles bens da vida consagrados nas Constituições e que permitem uma vida digna, inequívoca a conclusão de que a corrupção impede a plena preservação dos direitos sagrados do indivíduo”, arrematando que a “consequência evidente da corrupção é a agressão aos direitos humanos. Na medida em que os recursos públicos são desviados para [...] deturpação de qualquer espécie, o lesado não é o governo, mas o ser humano”.

Não bastasse, os ilícitos de corrupção pública comprometem também seriamente a legitimidade do direito e da democracia, já que a corrupção, falando de forma metafórica, acaba se revelando como um terrível monstro, tal como o “Cérberus” da mitologia grega (BUFINCH, 2002), uma vez que condena as pessoas - em especial os mais vulneráveis e necessitados - a viver eternamente no pior dos infernos - o “reino de Hades” -, do qual não conseguem sair. Inferno que na modernidade não se limita ao reino das almas, pois incide na vida terrena, de uma triste

realidade nua e crua facilmente observada em diversos cantos do Brasil, com pessoas ainda vivendo em condições subumanas, sem qualquer expectativa ou esperança.

Desse modo, a corrupção inegavelmente condena os cidadãos a viver um verdadeiro suplício, pagando por erros que não cometeram. Uma vida nua, como o *homo sacer* da modernidade, valendo-se aqui, por analogia, da construção clássica de Agamben (2010), lembrada de modo muito feliz por Furlan (2014, p. 55):

O cidadão comum acaba sendo colocado na posição de *homo sacer*, ora considerado um ser matável e insacrificável. Matável porque a lei não o protege ou o faz de forma ineficaz. Insacrificável porque, embora insignificante, não há interesse em sujeita-lo ao sacrifício letal dos mecanismos formais de eliminação padronizada do sistema. A lógica da corrupção desvaloriza o ser humano, tornando-o um anônimo. Desse modo, o cidadão é colocado na posição de pária social (membros de uma classe social desprezada), de uma vida nua, sem a proteção do direito.

Tal percepção não é uma visão apologética, uma vez que a comprovação sobre os devastadores efeitos da corrupção para a vida dos cidadãos está ao alcance dos olhos, bastando abri-los para enxergar o mundo real no qual a corrupção se coloca como um dos obstáculos mais terríveis para a concretização dos objetivos estratégicos do Estado Democrático de Direito, comprometendo seriamente a legitimidade da própria democracia, uma vez que o cidadão passa a perder a fé na própria democracia, sendo desse modo terreno fértil para o florescimento de tendências autoritárias e populistas.

Portanto, os ilícitos de corrupção pública configuram espécie de crimes que atenta fortemente contra os direitos humanos, sendo oportuno aqui lembrar lição de Piovesan (2012, P. 44), ao dizer “que não há direitos humanos sem democracia, tampouco democracia sem direitos humanos. Vale dizer, o regime mais compatível com a proteção dos direitos humanos é o democrático”.

E essa vinculação da corrupção com os direitos humanos é fundamental para o seu adequado enfrentamento, segundo mencionado pelo Conselho Internacional de Políticas de Direitos Humanos (CIPDH), para o qual tal identificação “puede convencer a los actores claves (funcionarios públicos, parlamentarios, jueces, fiscales, abogados, empresarios, banqueros, contadores, los medios de comunicación y el público en general) para encaren con mayor rigor la corrupción” (2009, p. 25). Trata-se, como já destacado, de um problema de ação coletiva, uma vez

que seu enfrentamento requer esforços coletivos potentes e coordenados, não só por parte de órgãos e instituições estatais, mas também de diversos setores da sociedade civil.

Diante disso, é um grande equívoco falar que a corrupção é uma espécie de “ilícito sem vítima”, não restando dúvida que além de ser um fenômeno antigo e que desafia as democracias modernas, tem o efeito perverso de condenar milhões de pessoas de carne e osso à condição de pária social, verdadeiros *homo sacer* da modernidade. Assim, na verdade, pode facilmente ser concluído que a corrupção gera uma macrovitimização que vulnera os direitos de toda coletividade, de vítimas difusas que em muitos casos sequer possuem consciência de sua vitimização devido à capacidade de ocultamento que dispõem os agentes corruptos, em especial quando são detentores de poder político, o que é denominado por alguns como “criminalidade governativa” (DÍEZ-PICAZO, 2000a).

Não bastasse, entender a corrupção como ilícito de natureza difusa é de suma importância, uma vez que através de tal entendimento é possível pensar em estratégias mais adequadas para seu enfrentamento, tanto no aspecto preventivo como no repressivo, o que reclama um olhar diferenciado da legislação e de seus interpretes.

Com efeito, em relação ao aspecto repressivo, considerando a complexidade que envolve os ilícitos de corrupção, se se pretende que sua repressão seja de fato eficiente, não há como continuar a utilizar apenas os velhos e ultrapassados métodos de investigação. E isso de modo algum representa uma visão arbitrária e ilegítima típica de um direito e um processo penal do inimigo, cujo termo, aliás, vem sendo vulgarizado, conforme alerta Donini (2010, p. 244-245):

Actualmente está en curso un debate muy ideológico sobre el termo del enemigo, que corre el riesgo de inundar jurídicamente esta temática como ha sucedido con la emergencia. Cada nueva ley un poco dura, un poco repressiva (¿y el Derecho penal no lo es a menudo por definición?) corre el riesgo de ser etiquetada como Derecho del enemigo. [...] Como se há subrayado en varias ocasiones, el Derecho penal en sí mismo corre siempre el riesgo de ser excluyente. Es necesario por tanto que el uso de esta categoría sea más supervisado. De lo contrario tendrían razón los que proponen que no debe ser utilizada, por poco científica, y esta manera, por demás, se cierre el passo a describir y comprender de manera clasificadora algunos fenómenos muy reales.

Muito menos quer significar uma espécie de “direito penal *ad hoc*”, que seria inaceitável conforme alerta González (2000, p. 204-205), uma vez que uma legítima intervenção em relação ao enfrentamento da

corrupção depende necessariamente do respeito às garantias constituídas como limite à atividade estatal. Assim, mitigar tais garantias em prol de uma suposta eficiência representaria em verdade no triunfo da corrupção que se pretende combater, uma vez que o seu germe destrutivo acabaria por perverter o sistema criminal, numa lógica autoritária e antidemocrática de que os fins justificam os meios.

Portanto, o que defendemos é a necessidade da existência de formas democráticas e adequadas para enfrentar um fenômeno que não pode ser visto como um ilícito individual do tipo “Tício x Caio” dos tradicionais manuais. Nesse ponto, aliás, são acertadas as observações de Díez-picazo (2000b, p. 29), quando diz que “modalidades diferentes de criminalidad requieren estrategias distintas de represión, que determinen no solo el grado deseable de discrecionalidad en la actividad de acusación sino también los aspectos organizativos”, o que é ainda mais reforçado se levarmos em conta que a corrupção é uma das faces perversas da criminalidade de poder, como será visto no próximo ponto.

3 A corrupção pública e a criminalidade de poder: no reino da impunidade

[...] não são só os ladrões, diz o Santo, os que cortam bolsas ou espreitam os que se vão banhar, para lhes colher a roupa; os ladrões que mais própria e dignamente merecem este título, são aqueles a quem os reis encomendam os exercícios e legiões, ou o governo das províncias, ou a administração das cidades, os quais já com manha, já com força, roubam e despojam os povos. Os outros ladrões roubam um homem, estes roubam cidades e reinos: os outros furtam debaixo do seu risco, estes sem temor, nem perigo; os outros, se furtam, são enforcados, estes furtam e enforcam (VIEIRA, 1964, p. 69).

De certa forma, não há como discordar da lição contida na epígrafe que abre o presente ponto, que é parte do “Sermão do bom ladrão”, escrito em 1655 pelo Padre Antônio Vieira, porque muito pior que o ladrão, o criminoso comum da conhecida criminalidade de massa ou de rua, é o corrupto, o dilapidador dos cofres públicos, da moral administrativa, uma vez que com sua conduta ilícita acaba atingindo o direito de um número indeterminado de pessoas, impossibilitando investimentos em diversas áreas e projetos sociais, como os relativos à segurança pública, ao combate à fome e ao desemprego, à educação, à moradia, à saúde, à construção e reforma de escolas, hospitais etc.

Valendo-se das lições de Ferrajoli, não resta dúvida de que em muitos

casos os ilícitos de corrupção pública se inserem dentro da denominada criminalidade de poder, que vem a ser um dos principais inimigos das democracias contemporâneas, uma vez que solapam os direitos humanos, sendo inegavelmente também um dos fatores que contribuem para a crise das democracias e do próprio direito. Nas palavras do pensador italiano:

La criminalidad que hoy más atenta contra los bienes y derechos fundamentales no es la vieja criminalidad de subsistencia, debida a sujetos individuales principalmente marginados. La criminalidad que más amenaza a los derechos, la democracia, la paz y el futuro mismo de nuestro planeta es actualmente la *criminalidad del poder*, un fenómeno ya no marginal ni excepcional como la criminalidad tradicional, sino inserto en el funcionamiento normal de la sociedad. Distinguiré, esquemáticamente, dos formas de criminalidad del poder, unidas por su carácter *organizado*: a) la de los poderes abiertamente criminales, ya sea de tipo político y terrorista, o de tipo económico y mafioso; b) la de los crímenes de los poderes, bien de los grandes poderes económicos, o de los poderes públicos (FERRAJOLI, 2011, p. 352).

De fato, os ilícitos que gravitam em torno da corrupção pública não raramente envolvem os detentores do poder político, que comumente se aliam aos detentores do poder econômico, o que além de provocar efeitos devastadores à democracia e aos direitos humanos, em vista das características dos sujeitos ativos, costuma ser um terreno fértil para a impunidade, o que, aliás, é uma das características mais relevantes e preocupantes sobre o fenômeno. Nessa senda vale destacar Pegorato (1999, p. 6) que, em lição ainda atual, observa:

Actualmente la característica más relevante de la corrupción es la impunidad, porque le problema si bien parece pertenecer a la incapacidad del sistema legal-penal, excede ese ámbito y pasa a las instituciones en conjunto: la conducta corrupta es algo así como la punta de un iceberg y sus partes sumergidas son las instituciones del estado, en especial el sistema penal. Los funcionarios públicos, sem electos o nombrados por otros de mayor jerarquia en la administración pública, actúan en la realidad como miembros pertenecientes a una 'corporación' o un 'estamento' y se saben investidos de un fuero especial como es la impunidad. La corrupción como conducta no sería sólo explicada por la utilidad económica que representa para el actor sino que hay que incluir esa conducta en la red de relaciones sociales entretejidas con la vida política y con el arte de gobernar, la dinámica social de la lucha por el poder y los vínculos y conflictos sociales y políticos. En este entretejido se incluye la impunidad.

E essa realidade é presente no Brasil. Com efeito, um simples olhar crítico para o sistema carcerário brasileiro em relação ao percentual de condenações relativas aos condenados criminalmente por crimes que

gravitam em torno da corrupção é suficiente para perceber que algo não vai muito bem, pois é irrefutável a constatação de que existe sim impunidade em relação aos atos de corrupção. Logo, falar em impunidade em relação a tais ilícitos penais é necessário e legítimo, uma vez que punir adequadamente os atos de corrupção pública, por tudo que foi dito, é inegavelmente um *standard* humanitário.

Por óbvio que não se nega a importância de casos de corrupção que tiveram grande destaque na mídia nacional, como os casos Mensalão e Lava Jato, cujos erros cometidos – os quais, registre-se, condenamos - não podem retirar a relevância que tiveram para o desvelamento da corrupção governativa no Brasil. Contudo, esses casos não podem levar à falsa percepção de que finalmente o sistema de justiça criminal está sendo menos seletivo e atingindo igualmente a criminalidade de poder político e econômico.

Realmente, é preciso chamar a atenção e desconstruir essa impressão muitas vezes influenciada por um populismo penal, que “es una actitud radicalmente pragmática ante los problemas político-criminales, a los que concibe como fáciles de resolver, mediante una rígida voluntad” (ELBERT, 2009, p. 34). Sim, porque ainda está longe o dia em que de fato os criminosos poderosos também ocuparão, em larga escala, o banco dos réus, o que decorre de variados fatores, inclusive de regras penais e processuais que acabam por imunizar a criminalidade de poder, bastando citar, para exemplificar, regras como a do foro por prerrogativa de função e da imunidade parlamentar prisional (sobre o tema: SENNA, 2019).

Assim, criticando essa tendência ilusória, são certas as observações de Zaffaroni (2012, p. 421) a respeito dos “presos VIPs”. Segundo o penalista, em relação ao criminoso de poder, “a criminologia midiática o exhibe como a cara negativa do *self man*, pretendendo fazer-nos crer que a sociedade é igualitária e a mobilidade vertical ilimitada: assim como o engraxate pode chegar à gerente de banco, o poderoso pode acabar no cárcere”.

Trata-se, evidentemente, de um a venda de ilusão, uma vez que a punição no âmbito penal não atinge o andar de cima com a mesma eficácia que atinge a criminalidade do andar de baixo, em especial as práticas corruptas perpetradas pelos governantes. Infelizmente, o que se nota é uma persistente e terrível seletividade no sistema penal que atinge mais fortemente a classe baixa, que é inegavelmente uma constatação inequívoca diante dos dados estatísticos relacionados à condenação dos agentes

responsáveis pela denominada “criminalidade dourada” (VERSELE, 1978, p. 21), sendo aqui perfeitamente cabível a divisão feita por Schünemann (2009, p. 13-40) de um direito penal da classe baixa e um direito penal da classe alta.

Aliás, como já destacado, uma simples visita ao sistema prisional brasileiro é suficiente para confirmar essa afirmação, o que também pode ser demonstrado empiricamente. Com efeito, conforme dados extraídos da Secretaria Nacional de Políticas Penais (SENAPPEN – antigo DEPEN) ao longo dos anos até os dias atuais os crimes que mais são objeto de pena no Brasil são os delitos patrimoniais (furto e roubo em sua grande maioria), seguido do tráfico ilícito de entorpecentes e porte ilegal de armas, conforme dados consolidados de 2023. Apesar do crescimento em relação ao volume de condenados por crimes de corrupção e peculato, a população carcerária relativa a tais ilícitos ainda é tímida, pois representa menos de 1% do total de condenados cumprindo pena no Brasil (SINDESPEN, 2023).

E esse percentual é ainda mais reduzido se for levado em conta os chefes do executivo estadual e municipal. Essa, aliás, não é uma realidade apenas no Brasil, sendo forte sua incidência na América Latina, como se pode extrair das observações de Lois (2011, p. 139):

Em síntesis, de lo observado y plasmado precedentemente podemos reafirmar que el delito de robo es aquel por el cual, en el sistema de la Capital Federal, se condena y encarcela a la mayor cantidad de personas, tratándose en su casi totalidad de sujetos de condición sociocultural baja; es decir, de individuos con escasos o carentes recursos económicos. [...] Frente a ello, uno de los delitos de menor registro, y casi nula condena, son los denominados ‘delitos económicos’, y sobre todo cometidos contra la Administración Pública, o por funcionarios perteneciente a ella o empresarios privados em connivencia con aquéllos.

Esses dados levam à inexorável conclusão por parte de muitos especialistas de que há um excesso de direito penal para os pobres e uma falta de direito penal para os poderosos (ELBERT; BALCARCE, 2009, p. 95-96). Isso também foi percebido em clássico estudo de Foucault (1997, p. 238), como se pode notar pela fala do pensador quando destaca que a criminalidade de necessidade ou de repressão “mascara com brilho que lhe é dado e a desconsideração de que é cercada, outra criminalidade que é às vezes causa dela, e sempre a amplificação. É a delinquência de cima, exemplo escandaloso, fonte de miséria e princípio de revolta dos pobres”.

Desse modo, a conclusão inexorável é que a propalada igualdade,

conforme vem sendo denunciado pela criminologia crítica, não existe em matéria penal e não passa de um mito, pois “o direito penal é o direito desigual por excelência” (BARATTA, 1999, p. 162), notadamente quando comparada com a punição dos crimes de corrupção pública perpetrados pelos detentores de poder político e econômico. Correto, portanto, Galeano (1999, p. 207), que com sua pena crítica e poética indaga e responde: “somos todos iguais perante a lei. Perante que lei? Perante a lei divina? Perante a lei terrena, a igualdade de desigualdade o tempo todo e em todas as partes, porque o poder tem o costume de sentar-se num dos pratos da balança da justiça”. Com efeito, como observa Neuman (2005, p. 4-5), “los controles formales del poder punitivo estatal (ley penal, policía, justicia, administración carcelaria y poscarcelaria) centran deliberadamente su mira en la parte más débil de la delincuencia”, chamados por López Rey de “criminalidade del pobre diablo” (apud NEUMAN, 2005, p. 5), os ladrões de garrafas e galinhas.

Portanto, essa desigualdade deve ser denunciada e rechaçada, sendo inconcebível uma postura de indiferença diante de uma política criminal injusta e opressiva apenas para os pobres, os quais, aliás, são os que mais sentem os efeitos nefastos dos atos de corrupção pública. Daí porque os ilícitos penais relativos aos atos de corrupção pública merecem ser levados a sério, sem populismo ou tendências autoritárias, mas também sem posturas que tendem a ser generalizantes e que, por meio de sofismas e argumentos retóricos, buscam demonizar todos que se preocupam com o enfrentamento desse que é um dos maiores inimigos da democracia e dos direitos humanos.

4 Considerações finais

La corrupción mata. La cantidad de dinero robado cada año con la corrupción es 80 veces más de lo que hace falta para alimentar a la gente que pasa hambre en el mundo. Al menos 870 millones de personas van a dormir con hambre todas las noches, muchas de ellas niños. La corrupción les niega el derecho a la comida y en algunos casos, el derecho a la vida (PILLAY, 2013)

A epígrafe que abre essas Considerações finais faz parte do discurso proferido pela Alta Comissária da ONU para os Direitos Humanos, Navy Pillay, no âmbito da 22ª Sessão do Conselho de Direitos Humanos da ONU, iniciada em fevereiro de 2013. Ela continua atual, pois de fato são alarmantes os custos sociais causados pela corrupção no mundo. Em vista

da erosão que causa aos direitos fundamentais não é incorreto dizer que ela provoca mortes. Sim, não se trata de uma fala apologética ou populista como retórica para justificar uma punição a qualquer custo. É apenas um alerta sobre um fato incontestável: a corrupção mata, mata silenciosamente.

E não é tarefa fácil dimensionar os seus custos sociais, em especial porque o fenômeno se alimenta das sombras, notadamente quando praticado pela criminalidade de poder, que em geral não deixa rastro ou, em linguagem processual, não deixa provas, sendo muitas das vezes fundamental para a sua elucidação que alguém que integre o grupo corrupto denuncie o esquema de corrupção.

Daí porque não é compreensível que certos posicionamentos na atualidade tendem a demonizar o discurso de enfrentamento da corrupção, bem como de importantes instrumentos necessários para o seu adequado enfrentamento como, por exemplo, o instituto da colaboração premiada, influenciando inclusive na edição de atos administrativos que repercutem fortemente no direito, bastando lembrar aqui o recente Decreto nº 11.846, de 22 de dezembro de 2023, que concede o indulto natalino, mas que no § 4º do seu art. 1º dispõe que “ O disposto neste Decreto não alcança as pessoas que tenham celebrado acordo de colaboração premiada, na forma prevista na Lei nº 12.850, de 2013” (BRASIL, 2013).

Como compreender tal exclusão? Em vista dos erros cometidos no bojo da conhecida operação Lava Jato, que inclusive teria atingido o atual presidente da República? Queremos crer que essa previsão não seja motivada por sentimento de vingança, o que é incompatível com a postura de um chefe máximo da nação numa democracia constitucional. Mas não há como deixar de criticar a referida exclusão, pois é como se fosse um réquiem para o instituto da colaboração premiada, que é um instrumento de investigação relevantíssimo para o enfrentamento da corrupção pública cometido pela criminalidade de poder.

Ora, se erros e injustiças foram cometidos no decorrer da referida operação eles devem ser denunciados, os atos violadores de garantias fundamentais anulados e os responsáveis pelos desvios adequadamente punidos, como já foi feito em alguns casos, inclusive em relação ao atual presidente, cuja eleição livrou o país de um período de trevas e de gravíssimos recuos democráticos. Porém, isso não o imuniza de críticas e constrangimentos por eventuais equívocos, pois a crítica e o dissenso são fundamentais para o aprimoramento da própria democracia.

Também é importante lembrar que não se pode jogar fora um

instrumento por sua má utilização. Um serrote, por exemplo, não se torna dispensável porque quem faz uso dele tenta serrar algo com o lado invertido dos seus dentes. De igual forma a colaboração premiada, se foi mal utilizada o problema está em que a operou. E a mesma lógica deve ser aplicada em relação ao enfrentamento da corrupção pública por meio do sistema de justiça criminal.

O que é fundamental é aprimorar esse enfrentamento, pois o crime – e, também, a corrupção – sempre existirá numa sociedade de seres imperfeitos como nós humanos, mas jamais pode ser admitido em níveis intoleráveis, pois isso pode levar à degeneração da democracia e do direito, com sério comprometimento para os direitos humanos. Então deve ser ressaltado mais uma vez que punir efetivamente os ilícitos penais de corrupção pública é um *standard* humanitário. Contudo, sem jamais esquecer que o melhor caminho ainda é – e sempre será - a prevenção.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua I. 2 ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

ALAN, José Alexandre da Silva Zachia. **A corrupção e a tutela penal dos bens coletivos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

BRASIL. **Transparência Internacional**. Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>. Acesso em 26 dez 2023.

BRASIL. Decreto 11.846, de 22/12/2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato_2023-2026/2023/decreto/d11846.htm. Acesso em: 27 dez 2023.

BULFINCH, Thomas. **O livro de ouro da mitologia**: histórias de deuses e heróis. 2 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

DÍEZ-PICAZO, L. M. **La criminalidad de los gobernantes**. Barcelona: Biblioteca de Bolsillo, 2000.

DÍEZ-PICAZO, Luis María. **El poder de acusar**: Ministerio Fiscal y Constitucionalismo. Barcelona: Ariel, 2000.

- DONINI, Massimo. **El derecho penal frente a los desafíos de la modernidade**. Lima: Ara: 2010.
- ELBERT, Carlos A.; BALCARCE, Fabián I. **Exclusión y castigo en la sociedad global**. Buenos Aires: BdeF, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. Principia iuris. **Teoría del derecho y la democracia**. 2. Teoria de La democracia. Madrid: Trotta, 2011.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: histórias da violência nas prisões**. 16 ed. Petrópolis: Vozes, 1997.
- FURLAN, Fabiano Ferreira. **A corrupção política e o Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte, 2014.
- GALEANO, Eduardo. **De pernas pró ar: a escola do mundo ao avesso**. Porto Alegre: L&PM, 1999.
- GONZÁLEZ, Joaquín. **Corrupción y justicia democrática**. Madrid: Clamores, 2000.
- HASSEMER, Winfried. **Direito Penal: Fundamentos, estrutura, política**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.
- KLITGAARD, Robert E. **A corrupção sob controle**. Tradução Octávio Alves Velho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.
- LOIS, Adrián J. García. **La selectividad del sistema penal: Presupuestos teóricos – Delitos e institutos del derecho penal y procesal penal**. Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2011.
- MARTINS, Rui Cunha. **A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal**. São Paulo: Atlas, 2013.
- NEUMAN, Elías. **Los que viven del delito y los otros: La delincuencia como industria**. Tercera edición. Bogotá: Temis, 2005.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. A corrupção como desvio de recursos públicos (a agressão da corrupção aos direitos humanos). **Revista dos Tribunais** nº 820, fevereiro de 2004, Ano 93, São Paulo: RT.
- PEGORATO, Juan S. **La corrupción como cuestión social y como cuestión penal**. Delito y sociedad. Buenos Aires, Año 8, n. 13,1999.
- PILLAY, Navy. In Nações Unidas. Disponível em: <https://news.un.org/es/story/2013/03/1266631>. Acesso em 27 dez 2023.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional:** um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta.** ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral? Traducción de Lourdes Baza. *In* Obras. Tomo II. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009.

VIEIRA, Pe. António. **O Sermão do bom ladrão.** In: Vieira, Pe António. Obras escolhidas: Sermões (III), v. V. Lisboa: Sá da Costa, 1964.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos:** Conferências de Criminologia Cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012.

ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E LAVAGEM DE DINHEIRO: APONTAMENTOS DE *LEGE LATA* E *LEGE FERENDA* SOBRE OS DENOMINADORES COMUNS DA CRIMINALIDADE CONTEMPORÂNEA

Thales Dyego de Andrade¹

1 Introdução

Em agosto de 2023, completou-se uma década da publicação da Lei n.º 12.850/2013 – a Lei das Organizações Criminosas, que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal relacionado a esta grave forma de criminalidade contemporânea.

Entre erros e acertos, a nova legislação parece sinalizar importante tentativa legislativa de adequar o funcionamento do sistema penal brasileiro perante as complexas expectativas sociais da sociedade atual. Entretanto, somente a partir de uma compreensão holística do momento contemporâneo (ou pós-moderno) será possível a criação de normas jurídicas que, para além de meras declarações de vontade, tragam mudanças concretas e significativas na tanto mais virtual realidade.

É inegável que a criminalidade organizada é o denominador comum de toda a criminalidade contemporânea que, diferentemente de outrora, não é mais necessariamente marcada pelos delitos de sangue, senão pela criminalidade do poder, que se utiliza dos intensos avanços tecnológicos para escapar das regulamentações estatais.

Aliás, no contexto pós-moderno o próprio Estado não mais detém a capacidade de agir – ou a titularidade do poder político – de outrora, do que deflui tanto a necessidade de preenchimento jurídico no âmbito internacional – *locus* principal da criminalidade atual –, como a imposição

¹ Advogado Criminalista. Doutorando em Ciências Criminais na PUCRS. Mestre em Direito pela UFMA. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela PUCRS e Direito Público pela PUCMinas. Diretor Acadêmico da Faculdade Florence/MA.

de deveres de colaboração a particulares, que devem ganhar protagonismo enquanto mecanismos integrantes do sistema de prevenção a tais crimes.

A despeito das tentativas de adoção de leis que encampem avançados preceitos na legislação e tratados internacionais, há que se ressaltar que, para se combater o crime organizado, o próprio direito deve organizar-se, o que implica necessária revisitação de noções basilares de direito penal, bem assim uma reestruturação legislativa que possa unificar, em um só diploma, o combate a toda a criminalidade contemporânea.

Por essas razões, é imperioso refletir-se sobre a temática, contextualizando-a no momento contemporâneo e verificando os possíveis desenvolvimentos legislativos que podem contribuir para o enfrentamento das mais avançadas formas de criminalidade, cujo *modus operandi* inova e se renova a cada momento.

2 As organizações criminosas e a lavagem de dinheiro no centro do contexto criminal contemporâneo

O atual momento da contemporaneidade (o momento pós-moderno) é marcado pela globalização, assim compreendida como a integração, a nível global, dos sistemas políticos, econômicos e mesmo culturais de diversas sociedades, contexto em que o avanço tecnológico, especialmente no que diz respeito às comunicações e meios de transporte, é uma das principais causas desse processo de integração que traz reflexos contundentes em diversos campos da vida, inclusive no próprio direito.

Caracterizando-se por um “vazio de direito público à altura dos novos poderes e dos novos problemas”², a globalização interfere no sistema jurídico das mais diversas formas. De um lado, permite maior influência de critérios políticos e econômicos em questões jurídicas. Isso se dá, em parte, porque o Estado-nação se encontra com seu agir limitado a determinado território, afinal sua produção jurídica somente se estende na medida de sua soberania.

Enquanto isso, as relações sociais e de poder desenvolvem-se em um ambiente comunicacional que independe de quaisquer territórios, o que termina por enfraquecer a capacidade de agir dos Estados, especialmente diante da magnitude dos novos poderes econômicos. Em outras linhas, outrora as normas jurídicas produzidas por determinado Estado abrangiam

2 FERRAJOLI, Luigi. Criminalidad y globalización. *ITER CRIMINIS – Revista de Ciencias Penales*. Núm. 1, Tercera época, Tlalpan, México, 2005, p. 71-88.

quase que a completude das relações sociais e de poder ligadas a interesses daquele Estado, eis que tudo ocorria em seu próprio território. A partir do momento em que tais relações desenvolvem-se para além de fronteiras territoriais, naturalmente grande parte daquelas interações fogem ao controle estatal.

De outro lado, a globalização permite que novas e mais organizadas formas de criminalidade se desenvolvam massiva e crescentemente, sobretudo porque, se grande parte das interações sociais fogem ao controle do Estado-nação, que fica com sua capacidade de agir reduzida, ainda não se pode considerar que exista um direito penal internacional desenvolvido o suficiente para responder às novas, mais organizadas e tecnologicamente elusivas formas de criminalidade no contexto pós-moderno.

Portanto, esta nova compreensão do espaço-tempo na era contemporânea³, com as interações sociais e as trocas comerciais e de informações não mais tendo as grandes distâncias como obstáculo e durando muito menos tempo em virtude do avanço tecnológico dos meios de comunicação, é terreno fértil para o avanço da criminalidade e importante obstáculo à eficiência dos sistemas jurídico-penais.

É nesse contexto de dinamismo social que emergem novos mecanismos que se pretendem hábeis ao enfrentamento das formas de criminalidade, cujo *modus operandi* difere sobremaneira do paradigma liberal sobre o qual os sistemas penais se erigiram, com o homicídio sendo o crime paradigmático para a teoria do delito do direito penal clássico, crime no qual se identifica características diversas dos crimes enfrentados no contexto contemporâneo.

A título de exemplo, o delito de homicídio possui clara determinação acerca dos sujeitos do crime (ativo e passivo), do resultado naturalístico (morte), do nexos de causalidade a ligar conduta-resultado e quanto ao bem jurídico individual tutelado (vida humana). Já no momento pós-moderno, há inúmeros crimes cuja conduta do sujeito ativo se torna difusa no contexto das organizações criminosas, esfumando-se o nexos de causalidade, tornando o resultado naturalístico de difícil identificação (ou mesmo dispensável para a consumação do delito) e tutelando bens jurídicos coletivos/difusos⁴.

3 HARVEY, David. **Condição pós-moderna**: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. 15. Ed. Rio de Janeiro: Edições Loyola, 2006, p. 256.

4 D'ÁVILA, Fábio. A crise da modernidade e as suas consequências no paradigma penal. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, v. 8., n. 98, p. Encarte AIDP, jan. 2001.

Em virtude dessa inadequação do paradigma penal dominante ante as novas formas de criminalidade, pode-se afirmar que o direito (penal) se encontra em um estado de crise – seja no sentido de anomia, seja no sentido etimológico latino de mudança súbita. Fato é que, atualmente, a forma criminosa que traz maior danosidade social e risco à democracia não é mais aquela da “criminalidade de rua”, mas a dita criminalidade do poder, marcada pela organização que, não obstante possa se apresentar de diversas formas – como quase tudo quanto seja fruto da pós-modernidade –, costuma apresentar-se *(i) de forma declaradamente aberta*; e/ou *(ii) como criminalidade resultante do poder político-econômico*⁵.

A criminalidade do poder que se apresenta *(i) de forma declaradamente aberta* engloba grupos criminosos autodeclarados, isto é, as facções criminosas ou a criminalidade organizada propriamente dita, contemplando formas criminais que não são novas, mas com *modus operandi* evoluído. É o caso dos grupos terroristas, máfias (na Europa) ou “comandos” (no Brasil). Trata-se de forma criminosa longeva que com a globalização desenvolveu-se qualitativa (eficiência para ocultar-se da lei) e quantitativamente (valores jamais vistos antes).

Os danos sociais causados por essa modalidade criminosa são imensuráveis, na medida em que tais grupos costumam valer-se de indivíduos pertencentes a classes desfavorecidas e que se encontram praticamente em um espaço vazio de direitos, explorando-os e transformando-os em engrenagens da empreitada criminosa e, assim, gerando imensa criminalidade reflexa.

É o que ocorre, no Brasil, com as organizações criminosas voltadas ao tráfico de drogas e ao uso de adolescentes e jovens adultos enquanto “mulas” e que, nessa atividade, terminam por praticar inúmeros outros delitos para garantir a eficiência da mercancia. Noutros países, tem-se as questões imigratórias e o terrorismo resultante de fundamentalismo religioso. “Em todos os casos, a pequena delinquência é diretamente promovida pelas organizações criminosas, que exploram as condições de miséria, necessidade e marginalidade social da mão de obra que trabalha para elas.”⁶

Pela imensa lesividade social de tal forma criminosa, cujas conseqüências não se consegue mensurar precisamente, premente a busca

5 FERRAJOLI, Luigi. Criminalidad y globalización. *ITER CRIMINIS – Revista de Ciencias Penales*. Núm. 1, Tercera época, Tlalpan, México, 2005, p. 71-88.

6 FERRAJOLI, Luigi. Criminalidad y globalización. *ITER CRIMINIS – Revista de Ciencias Penales*. Núm. 1, Tercera época, Tlalpan, México, 2005, p. 71-88. p.75

de respostas eficazes.

Por outro lado, a criminalidade organizada que se apresenta (*ii*) como *criminalidade resultante do poder político-econômico*, manifesta-se por meio de atos de corrupção e desvios institucionais geralmente relacionados a (*ii.i*) *danos sociais de caráter difuso*, utilizando-se da desregulação forçada de determinados setores e de pressões econômicas como *modus operandi* (*v. g.* danos ambientais, garimpo, flexibilizações trabalhistas)⁷⁸ ou a (*ii.ii*) *criminalidade dos poderes públicos*, que se caracteriza pela corrupção (*bribery*), em geral relacionadas à apropriação da coisa pública ou seu uso/exploração para fins privados (desvios de finalidade).

A despeito da grande amplitude de condutas que podem se encaixar no espectro da criminalidade do poder, pode-se afirmar que todas possuem como denominadores comuns o fato de serem uma criminalidade altamente organizada e de possuírem, como objetivo último, lucros vultosos. Por esse motivo, é imperioso que os ordenamentos jurídico-criminais contemporâneos contemplem robustos e eficientes mecanismos legislativos capazes de responder às expectativas sociais e jurídico-constitucionais relacionadas ao enfrentamento das organizações criminosas e à prevenção da lavagem de dinheiro – ainda que não necessariamente mecanismos de natureza penal.

Nesse contexto, deve-se refletir acerca dos impactos das leis aprovadas no Brasil, eis que se está a pouco mais de uma década após o advento da Lei n.º 12.850/2013, principal diploma legislativo brasileiro relacionado às organizações criminosas, e da Lei n.º 12.683/2012, norma que inseriu o Brasil dentre as legislações de terceira geração relacionadas à lavagem de dinheiro, passando a admitir qualquer infração penal como antecedente da lavagem.

7 Exemplo que aqui se mostra pertinente, embora não esteja ligado diretamente ao Brasil, é aquele no qual grandes conglomerados econômicos fazem pressões sobre determinados países, em geral da Ásia, para que flexibilizem suas regras trabalhistas e tributárias, a fim de que tais empresas lá se instalem, ocorrendo espécie de “licitação” na qual os licitantes são Estados e quem escolhe as melhores condições são as empresas.

8 Esta situação é emblemática no que se refere ao enfraquecimento da capacidade de agir do Estado-nação no contexto político-econômico pós-moderno.

3 Evolução da política criminal referente às organizações criminosas e à lavagem de dinheiro no Brasil

3.1 Histórico legislativo brasileiro de enfrentamento às organizações criminosas

Diante de toda essa fluidez e da ameaça grave que as organizações criminosas representam à sociedade e à democracia por conta de tudo quanto já se relatou, em especial o seu grau de influência dentro do próprio Estado, diversas foram as tentativas legislativas brasileiras para o enfrentamento do problema.

O problema é mundial e nomes como os das máfias italianas *Cosa Nostra* (Sicília), *Camorra* (Nápole) e *N'drangheta* (Calábria), da japonesa *Yamaguchi Gumi* (*Yakuza*), da chinesa *Triade*, dos cartéis mexicanos de Sinaloa e Jalisco, e colombianos, de Medellín, Cali, Norte del Valle e de la Costa, são conhecidos não somente pela execução de uma plêiade de crimes ligados ao tráfico, mas por sua penetração no seio estatal.

O crime organizado no Brasil, possivelmente iniciado com o bando de Lampião e, posteriormente, com a exploração dos jogos de azar pelos chamados “bicheiros”, desenvolveu-se de forma estruturada e “profissionalizou-se” principalmente a partir da década de 1980, com a criação do Comando Vermelho (CV), inicialmente no Presídio de Ilha Grande (Angra dos Reis/RJ), expandindo-se para todo o estado do Rio de Janeiro, todo o país e países circunvizinhos ao Brasil; e da década de 1990, com a fundação do Primeiro Comando da Capital (PCC), nas penitenciárias paulistas, atingindo hoje um quantitativo estimado de trinta mil membros espalhados por Brasil, Paraguai, Bolívia, Colômbia e Venezuela⁹.

No direito brasileiro, as associações criminosas (grupos menos organizados) não foram previstas como tipo penal nos códigos de 1830 e 1890, surgindo somente com o código de 1940 quando apareceu na forma criminosa de “quadrilha ou bando”. Quanto aos grupos organizados, a primeira lei brasileira com tal previsão foi a Lei n.º 9.034/1995, que dispôs sobre meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, mas que, repleta de conceitos abertos, não

9 ESTADÃO. **Maior investigação da história do crime organizado denuncia 175 do PCC.** Disponível em: <https://www.estadao.com.br/sao-paulo/maior-investigacao-da-historia-do-crime-organizado-denuncia-175-do-pcc/>. Acesso em: 29 de mar. de 2023.

trazia um conceito acerca do que propriamente seriam tais organizações, tampouco um tipo penal autônomo.

A lacuna perdurou bastante tempo e levou aplicadores do direito a adotarem a conceituação constante da Convenção de Palermo – postura de duvidosa constitucionalidade, ante às noções de legalidade estrita imanentes ao direito penal, bem assim ao fato de que a convenção se destinava exclusivamente à criminalidade transnacional, e não ao direito penal interno¹⁰. Não obstante, a Recomendação n.º 3/2006 do Conselho Nacional de Justiça, bem como a Quinta Turma¹¹ e a Sexta Turma¹² do Superior Tribunal de Justiça chegaram a encampar tal entendimento, ainda que, posteriormente, o Supremo Tribunal Federal tenha entendido que tal exegese viola o art. 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal (princípio da legalidade)¹³.

A relevância dessa controvérsia se dava por conta de, ao tempo, estar vigente a Lei n.º 9.613/1998 (Lei de Lavagem de Capitais) em sua redação original, antes da alteração de 2012. Assim, enquanto legislação de segunda geração, era menos ampla e restringia o rol de crimes antecedentes que poderiam ensejar a imputação posterior por lavagem, contendo o rol dos crimes antecedentes no seu art. 1º e, especificamente no inciso VII, continha a expressão “*praticado por organização criminosa*”.

Logo, como a lei antilavagem então vigente não conceituava o que era organização criminosa, tampouco as normas internas relativas ao enfrentamento de tais grupos criminosos, tinha-se norma penal em branco cujo complemento não existia no direito interno, somente no âmbito internacional, de modo que a conduta de integrar organização criminosa ficava inviabilizada enquanto crime antecedente para fins de lavagem.

Sem revogar as disposições da Lei n.º 9.034/1995, adveio a Lei n.º 12.694/2012 dispondo sobre o processo e julgamento colegiado em primeiro grau para crimes praticados por organizações criminosas, além de trazer, pela primeira vez, um conceito delimitado de organização criminosa.

10 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 291 e ss.

11 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Habeas Corpus n.º 77.771/SP. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Julgado em 30 de maio de 2008. **Diário da Justiça Eletrônico** de 22 de setembro de 2008.

12 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Habeas Corpus n.º 138.058/RJ. Relator: Ministro Haroldo Rodrigues – Desembargador convocado do TJ/CE. Julgado em 22 de março de 2011. **Diário da Justiça Eletrônico** de 23 de maio de 2011.

13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Habeas Corpus n.º 96.007/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em 12 de junho de 2012. **Diário da Justiça Eletrônico** de 08 de fevereiro de 2013.

No entanto, foi a Lei n.º 12.850/2013, que trouxe uma sistematização mais definida acerca dos mecanismos de enfrentamento à criminalidade organizada, inclusive com nova conceituação, bem como maior amplitude de tipificações, especialmente no que tange aos sujeitos ativos do crime.

Em suma, a nova definição de organização criminosa, trazida pela Lei n.º 12.850/2013, difere da anterior definição da Lei n.º 12.694/2012 em três pontos principais. Primeiro, configurou-se em *novatio legis in mellius* – de aplicação retroativa, portanto – no que tange ao número de sujeitos necessários para a caracterização do delito: antes, exigia-se o mínimo de três pessoas, com a atual lei, exige-se quatro pessoas, funcionando o tipo penal de associação criminosa (art. 288 do CP) de soldado de reserva em caso de grupos criminosos organizados compostos por somente três pessoas.

Segundo, anteriormente, a legislação de 2012 previa que o grupo criminoso deveria ter como objetivo obter vantagem de qualquer natureza pela prática de crimes cujas penas máximas *in abstracto* fossem iguais ou superiores a quatro anos. Já a legislação atual, de 2013, exige a finalidade especial de obtenção de qualquer vantagem mediante a prática de quaisquer infrações penais (e não mais somente crimes) com penas máximas superiores a quatro anos (retirou o termo “iguais ou”).

Terceiro, a principal diferença entre as duas legislações diz respeito à tipificação propriamente dita. É dizer: a norma trazida pela Lei n.º 12.694/2012 não se caracterizava como um tipo penal, consubstanciando-se em norma penal de cunho explicativo e que definia o conceito de organização criminosa. Tratava-se, ali, de verdadeiro *modus operandi* que trazia consequências mais gravosas ao acusado. Já a nova lei traz um tipo penal autônomo, cuja pena é de reclusão, de três a oito anos.

Por fim, importante ressaltar, que, na linha do que se disse *supra*, a criminalidade organizada é um denominador comum dos principais crimes surgidos no contexto pós-moderno. Com isso, sobreleva que as disposições constantes na Lei n.º 12.850/2013 não se restringem às hipóteses de crimes envolvendo organizações criminosas, especialmente no que tange aos meios de obtenção de prova e técnicas especiais de investigação ali previstos, conforme dicção expressa do art. 1º, §2º do diploma.

Deste modo, também se encontram no espectro de abrangência as infrações penais previstas em tratados ou convenções internacionais quando, iniciada a execução no país, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente (alínea “a”); além de se aplicar também às organizações terroristas, entendidas como aquelas voltadas para a prática

dos atos de terrorismo, conforme definidos na Lei n.º 13.260/2016 (alínea “b”).

Veja-se que ambas as alíneas trazem hipóteses de crimes cujo *modus operandi* difere contundentemente do clássico delito-paradigma de homicídio, havendo similitudes patentes entre a verificação dos elementos do delito entre tais hipóteses e os crimes de organização criminosa e lavagem de capitais.

3.2 Histórico legislativo brasileiro acerca da lei de lavagem de dinheiro e sua contextualização no direito comparado

É intuitiva a ideia de que, no contexto econômico vigente no mundo, a criminalidade organizada orienta-se para o lucro e a obtenção de vantagem financeira. O combate à chamada lavagem de dinheiro baseia-se na ideia de que “o crime não deve compensar”, razão pela qual o delito busca punir o agente que oculta ou dissimula a origem ilícita de bens, direitos ou valores, dando-os ares de licitude. “Lavando-os”.

Embora não se possa olvidar que a criminalização da lavagem, na forma como hoje tipificada no Brasil, possui contornos pouco delimitados, especialmente com uma indesejável indeterminação quanto aos limites materiais do ilícito-típico (o que permite uma abertura do tipo que pode se adaptar a quaisquer situações, a depender dos interesses em jogo¹⁴), objetiva-se aqui tão somente uma análise fenomenológica do tipo penal no país e como o Estado brasileiro está a tentar enfrentar a criminalidade organizada e a consequente lavagem.

Ainda que se reconheça que as previsões normativas relacionadas à lavagem de dinheiro na legislação brasileira careçam da melhor técnica legislativa e que foram fruto de pressões externas – o que de certa maneira instrumentalizou a teoria do delito a partir de critérios político-criminais –, não se pretenderá aqui adentrar neste tema, limitando-se o presente estudo a apontamentos de cunho legislativo.

Feita a pontuação, a fim de se compreender o contexto legislativo brasileiro, há que se destacar a existência de três gerações de leis de lavagem no direito comparado. *Ab initio*, a lavagem de capitais é um crime considerado parasitário, isto é, depende da existência de um crime

14 D’ÁVILA, Fábio Roberto. O problema da autonomia na lavagem de dinheiro. Breves notas sobre os limites materiais do ilícito-típico à luz da legislação brasileira. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, v. 18, n. 74, p. 51-79, jul/set 2019.

antecedente para também existir. Afinal, o que se busca é dar ares lícitos a valores de origem ilícita, valores estes oriundos da prática de um crime anterior, portanto.

Assim, as legislações de primeira geração surgiram logo após a Convenção de Viena de 1988 e traziam apenas o tráfico de drogas como crime antecedente. Não muito tempo após a entrada em vigor de tais normas, percebeu-se que os grupos criminosos estavam a dissimular a origem ilícita de valores obtidos de diversas infrações penais, não somente o narcotráfico. Esse foi o contexto em que surgiram as legislações de segunda geração, que trouxeram um rol taxativo contendo a lista de crimes antecedentes que poderiam dar origem à posterior lavagem.

Originalmente, a Lei n.º 9.613/1998 era uma legislação de segunda geração. Em seu texto original, previa como crimes antecedentes o tráfico de drogas, o terrorismo e seu financiamento, o contrabando ou tráfico de armas, munições e material destinado à sua produção, a extorsão mediante sequestro, crimes contra a administração pública envolvendo práticas de concussão (exigência de vantagem), crimes contra o sistema financeiro nacional e crimes praticados por organizações criminosas.

Já as legislações de terceira geração – a exemplo da atual redação da Lei n.º 9.613/98 – trazem uma amplitude bastante abrangente quanto às infrações antecedentes, de modo que quaisquer delitos podem figurar em tal posição. Além do Brasil – onde até mesmo as contravenções penais podem figurar como infrações antecedentes (*v. g.* “jogo do bicho”) –, é o que ocorre nas atuais legislações da Espanha e da Argentina.

Caracterizando-se em *novatio legis in pejus*, tal legislação rodeia-se de duvidosa constitucionalidade ao permitir que infrações penais com penas ínfimas possam ensejar um crime parasitário cuja pena é de três a dez anos, o que não somente viola a proporcionalidade, como pode se apresentar em caráter antinômico a institutos como o da prescrição, por exemplo.

Afinal, o art. 58 da Lei de Contravenções Penais, que considera a exploração do “jogo do bicho” como passível de pena máxima de prisão simples de um ano (prescrevendo em, no máximo, quatro anos), pode servir de infração antecedente para a lavagem de capitais que prescreve em dezesseis anos. O *post factum*, além de punível, é mais grave que o ilícito original. O parasita, maior que o hospedeiro. O acessório, maior que o principal.

Fato é que a Lei nº 9.613/98 é válida e eficaz, a despeito de inúmeras

outras inconformidades, tais como a perversão de garantias processuais com as técnicas *follow the money* e a institucionalização do confisco e respectiva inversão do *in dubio pro reo*, a excessiva abertura do tipo penal submetendo a legalidade estrita a critérios de política criminal desde a criação à aplicação da norma, o fato de que a abertura para quaisquer infrações antecedentes dificulta a própria definição do conteúdo do tipo, que fica sujeito a contingências e vai de encontro à própria Convenção de Palermo, que restringe a lavagem a infrações antecedentes graves.

A lei brasileira em muito foi influenciada pelas disposições constantes da Convenção de Viena (Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópica, de 1988), que traz em si a tensão de diversos Estados ante o crescente mercado relacionado ao tráfico de drogas, cujos rendimentos financeiros cresceram em progressão geométrica nas décadas anteriores, não sofrendo nenhum abalo por políticas duras como a *war on drugs* (1971).

Embora se reconheça a necessidade de prevenir e punir a dissimulação e ocultação de valores oriundos de práticas criminosas, não se pode deixar de observar que a criminalização da lavagem de dinheiro se apresenta como um dos principais símbolos das dificuldades enfrentadas pelo Estado-nação no contexto contemporâneo, principalmente porque representa a tentativa de coibir um crime anterior, contra o qual o Estado se mostrou ineficiente, a partir da punição de fatos posteriores à sua prática, ainda que ligados a ela.

Inclusive, trata-se, na espécie, de criminalização heterodoxa de *post factum*, violando uma das máximas da teoria do delito segundo a qual sempre que o fato posterior se relacionar ao mesmo bem jurídico e à mesma vítima do fato originário, restará absorvido por este, eis que o bem jurídico já fora violado em sua integralidade. Com efeito, destaca-se que o pensamento doutrinário majoritário considera que o crime não tutelaria o mesmo bem jurídico do crime antecedente, havendo quem pugne estar tutelada a administração da justiça¹⁵, a ordem econômico-financeira¹⁶ (posição majoritária) ou ambos (pluriofensividade).

Antes de se adentrar à interface entre a legislação atinente à lavagem de dinheiro e às organizações criminosas, há que se destacar que a Lei

15 BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro**. Aspectos penais e processuais penais. 5ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2022, p. 91.

16 CALLEGARI, André Luís. **Lavagem de dinheiro**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 82.

n.º 9.613/1998, após as alterações trazidas pela Lei n.º 12.683/2012, trouxe considerável fortalecimento a medidas de controle administrativo sobre setores normalmente utilizados quando da prática de lavagem de capitais, tais como instituições financeiras, bolsas de valores, companhias seguradoras, mercado imobiliário, dentre outras fiscalizadas pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), órgão vinculado ao Banco Central do Brasil, cuja finalidade é disciplinar e aplicar penas administrativas, sendo a unidade financeira de inteligência brasileira.

4 Desenvolvimentos legislativos necessários na interface entre os crimes de lavagem de dinheiro e organização criminosa

Não obstante os esforços empreendidos pelo Estado brasileiro em diversas legislações para combater as novas formas de criminalidade, identifica-se diversas dificuldades que necessitam de melhor resolução a fim de que se tenha maior eficiência no enfrentamento de tais condutas.

Frente à crise pela qual passa o direito penal, especialmente pela inadequação do paradigma penal clássico aos crimes contemporâneos e pelo vazio de direito público ocasionado pela globalização, desenvolvimentos legislativos são necessários.

Primeiramente, tendo em vista que a criminalidade organizada e o alcance global de suas ações são denominadores comuns dos crimes contemporâneos, imperioso se torna que o combate a tal criminalidade também seja global e organizado. A esse respeito, diversos instrumentos internacionais surgiram principalmente a partir da década de 1980 – a exemplo das Convenções de Viena, Palermo e Mérida.

Com efeito, tais normas internacionais representam muito mais uma recomendação ou imposição aos Estados signatários no que tange à criação de normas internas, do que propriamente um reforço ao direito internacional. Se a globalização é caracterizada pelo vazio de direito público no âmbito internacional, mais eficiente seria se o combate a tais normas também ocorresse diretamente no direito internacional, especialmente com o aumento das competências do Tribunal Penal Internacional para o julgamento de tais crimes, para muito além dos crimes contra a humanidade¹⁷.

Em segundo plano, novamente reforçando-se o caractere organizado

17 FERRAJOLI, Luigi. Criminalidad y globalización. *ITER CRIMINIS – Revista de Ciencias Penales*. Núm. 1, Tercera época, Tlalpan, México, 2005, p. 71-88. p.83

da criminalidade contemporânea, para que se tenha um adequado enfrentamento a tais formas avançadas de criminalidade, há que se adotar um modelo racionalizado de direito penal interno, a começar pela superação da ideia segundo a qual o direito penal seria uma panaceia para todos os males, restringindo-o àquelas situações nas quais, de fato, outros ramos jurídicos não consigam solucionar adequadamente os conflitos. Reforço da ideia de intervenção mínima e de direito penal enquanto instrumento de *ultima ratio*.

Com este resgate, problemas como a possibilidade de qualquer infração poder ser antecedente de lavagem, a despeito de sua gravidade, não ocorreriam e tais condutas de menor ofensividade não adentrariam na esfera do ilícito-típico, tornando a aplicação da norma mais racional, eficiente e legítima. Da mesma forma, revisitar-se a ideia de *ultima ratio* implicaria na despenalização de todas as contravenções, o que também ajudaria a contornar as dificuldades trazidas pela excessiva abertura da nova redação da Lei n.º 9.613/1998.

Além disso, adotando-se um programa mais restrito de direito penal, um programa de *ultima ratio* (ou *extrema ratio*), reduzir-se-iam as expectativas sociais na capacidade preventiva do direito penal e da pena, fato que vem comprometendo a sua legitimidade nas últimas décadas. “Com isso o Direito Penal pode se concentrar em servir por longo prazo aos seus elementos irrenunciáveis: uma resposta proporcional, constante e justa às lesões mais graves aos bens jurídicos...”¹⁸

Quer-se com isso dizer que, com a retirada de diversos instrumentos, mecanismos e responsabilidades (ou de diversas expectativas) da seara penal, o que decorreria do mencionado reforço à noção de intervenção mínima, ter-se-ia um combate mais eficaz em termos preventivos. É o que ocorre, por exemplo, com os chamados *gatekeepers* e os programas de *compliance* relacionados, especialmente, à lavagem de dinheiro.

Conforme se disse alhures, o Estado-nação isoladamente considerado é incapaz de combater grande parte das práticas ilícitas contemporâneas, pois, para além do acentuado caráter transnacional dos delitos, diversas interações sociais ocorrem em ambientes privados de acesso bastante restrito e, na maior parte das vezes, virtuais. Deste modo, é imperioso, no âmbito de todos os crimes organizados, “o reconhecimento da incapacidade do Poder Público para prevenir ou investigar tal delito

18 HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – UFRGS**, volume 1, número 1, 2013. p. 37-46. p. 44.

sem a *colaboração* das instituições privadas que atuam nos setores mais sensíveis à prática do crime.”¹⁹

Logo, a expansão das previsões legislativas relacionadas à colaboração compulsória de agentes privados – os *gatekeepers* – é medida que pode se mostrar sobremaneira eficiente no enfrentamento de tais condutas, mormente por sua maior eficiência quanto à sua prevenção, política de caráter administrativo (não penal, portanto) que pode se intensificar, inclusive, com a exigência de programas de *compliance* por agentes privados que, a depender de suas ações ou omissões podem ser responsabilizados – *in casu*, por se defender o reforço da intervenção mínima e pelas dificuldades imanentes à questão relacionada ao dolo eventual do *compliance officer*, crê-se ser a responsabilização administrativa mais adequada que a criminal.

Para além das questões aqui citadas, relativas à substância das legislações, há que se refletir acerca da necessidade de uma reforma estrutural no que diz respeito ao direito penal. Fala-se, aqui, daquilo que Ferrajoli chama de “reserva de código”²⁰, que se consubstanciaria na concentração de todos os crimes em um só diploma legislativo – em um só código, e não mais no código e em leis esparsas e, principalmente, na exigência de quórum qualificado para alteração das disposições constantes neste código.

Isto é, tal qual as emendas constitucionais, que exigem o quórum de três quintos nas duas casas legislativas, a exigência de um quórum qualificado para a criação de crimes e a alteração de normas penais daria a estabilidade necessária a ramo contundente como o penal. “Não se trataria de uma simples reforma dos códigos. Se trataria mais de uma recodificação de todo o Direito penal à base de uma meta-garantia contra o abuso da legislação especial e excepcional.”²¹ Para além da já citada refundação da intervenção mínima, refundar-se-ia a própria ideia de legalidade penal.

É bem verdade que tal modificação seria difícil no contexto brasileiro, mas se crê possível pelo menos a unificação das legislações relacionadas à criminalidade organizada. Deste modo, ter-se-ia único diploma regulamentando questões relacionadas às organizações criminosas, à lavagem de dinheiro, ao terrorismo, dentre outras infrações penais que

19 BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro**. Aspectos penais e processuais penais. 5ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2022, p. 36.

20 FERRAJOLI, Luigi. Criminalidad y globalización. **ITER CRIMINIS – Revista de Ciencias Penales**. Núm. 1, Tercera época, Tlalpan, México, 2005, p. 71-88. p. 85.

21 FERRAJOLI, Luigi. Criminalidad y globalización. **ITER CRIMINIS – Revista de Ciencias Penales**. Núm. 1, Tercera época, Tlalpan, México, 2005, p. 71-88. p. 85.

possuam o caractere comum da organização e da elevada danosidade social.

Com isso, seriam reduzidas diversas antinomias que hoje representam elevada quantidade de processos nos tribunais brasileiros – o que compromete mais ainda a legitimidade do direito penal, ante à demora nos julgados –, como é o caso, por exemplo, da discussão que já se mencionou *supra* acerca da (a)tipicidade da conduta de lavagem de valores oriundos de organização criminosa no período anterior a 2012.

É o que ocorre também na discussão sobre a (in)existência de *bis in idem* quando da punição do agente pelo delito de integrar organização criminosa (art. 2º, *caput* da Lei n.º 12.850/2013) e de lavagem de capitais majorada cometida por intermédio de organização criminosa (art. 1º, §4º da Lei n.º 9.613/1998). No caso, a circunstância “integrar organização criminosa” poderia ser valorada duas vezes de forma negativa, uma para reconhecer a consumação do tipo da Lei n.º 12.850 e a outra para majorar o delito da Lei n.º 9.613/98?

Como se vê, inúmeros desenvolvimentos legislativos são necessários para que se tenha um completo, adequado e eficiente enfrentamento à criminalidade organizada contemporânea, tanto no Brasil, como no mundo.

5 Conclusão

A Lei n.º 12.850/2013 simbolizou relevante avanço no tratamento jurídico das organizações criminosas no Brasil, principalmente ao trazer um tipo penal autônomo relacionado à conduta de integrar organização criminosa, bem como ao inovar no que tange a novos meios de obtenção de prova relativos aos crimes ali previstos – e mesmo outros.

Com efeito, a própria lei, logo em seu art. 1º, §2º, ao estender a aplicabilidade de seus dispositivos às organizações terroristas e a infrações transnacionais (“previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente”) reconhece, implicitamente, a necessidade de um tratamento unificado à criminalidade contemporânea (criminalidade do poder).

Logo, a criação de um Código Penal que abranja todos os crimes e que somente possa ser alterado por quórum qualificado ou, pelo menos, a criação de um diploma único referente à criminalidade contemporânea, unindo as disposições relativas às organizações criminosas e à lavagem de

dinheiro, é medida que se faz premente para melhor enfrentamento de tais condutas de elevada danosidade social e periclitantes para a própria democracia.

Com um histórico de erros e acertos, a recente legislação brasileira de um lado carece de delimitação material a todos os tipos que prevê, cujos elementos do ilícito-típico apresentam-se esfumaçados e indeterminados a ponto de malferir a estrita legalidade característica do direito penal democrático, a exemplo do que ocorre com o próprio delito de lavagem e com a conceituação de atos terroristas. Problema que possivelmente é potencializado pelas disposições demasiadamente esparsas tanto topográfica como temporalmente.

De outro lado, por surgir de forma menos racional e mais reativa – inclusive a pressões internacionais –, a legislação padece de antinomias e de déficit de efetividade, posto que as alterações não são propriamente pensadas e fruto de um debate devidamente maduro acerca do tema, surgindo muitas das vezes como legislações que mais desejam dar uma satisfação à sociedade diante da crescente criminalidade e do notável enfraquecimento estatal.

Necessário, portanto, revisitar-se a legislação brasileira de combate à criminalidade contemporânea tanto no aspecto de sua substância, com melhor definição de conceitos e menor indeterminação, como no aspecto de sua forma, com a reorganização normativa que, se não abranger todos os delitos previstos no país, que pelo menos unifique os delitos marcados pelos comuns denominadores da criminalidade organizada e da lavagem de dinheiro.

Referências

ALMEIDA, Daniel Blume Pereira de. *A soft law* no combate à corrupção luso-brasileira. **Revista Internacional de Direito Público**, ano 4, número 7, jul/dez de 2019, p. 43-67.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro**. Aspectos penais e processuais penais. 5ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2022, p. 91.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Habeas Corpus n.º 77.771/SP. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Julgado em 30 de maio de 2008. **Diário da Justiça Eletrônico** de 22 de setembro de 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Habeas Corpus n.º 138.058/RJ. Relator: Ministro Haroldo Rodrigues – Desembargador convocado do TJ/CE. Julgado em 22 de março de 2011. **Diário da Justiça Eletrônico** de 23 de maio de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Habeas Corpus n.º 96.007/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em 12 de junho de 2012. **Diário da Justiça Eletrônico** de 08 de fevereiro de 2013.

CALLEGARI, André Luís. **Lavagem de dinheiro**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 82.

D'ÁVILA, Fábio. A crise da modernidade e as suas consequências no paradigma penal. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, v. 8., n. 98, p. Encarte AIDP, jan. 2001.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. O problema da autonomia na lavagem de dinheiro. Breves notas sobre os limites materiais do ilícito-típico à luz da legislação brasileira. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, v. 18, n. 74, p. 51-79, jul/set 2019.

ESTADÃO. **Maior investigação da história do crime organizado denuncia 175 do PCC**. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/sao-paulo/maior-investigacao-da-historia-do-crime-organizado-denuncia-175-do-pcc/>. Acesso em: 29 de mar. de 2023.

FERRAJOLI, Luigi. Criminalidad y globalización. **ITER CRIMINIS – Revista de Ciencias Penales**. Núm. 1, Tercera época, Tlalpan, México, 2005, p. 71-88.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural**. 15. Ed. Rio de Janeiro: Edições Loyola, 2006, p. 256.

HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – UFRGS**, volume 1, número 1, 2013. p. 37-46. p. 44.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 291 e ss.

PRISÃO OBRIGATÓRIA IMEDIATA NO JÚRI: PROBLEMÁTICA

Charley Teixeira Chaves¹

1 Introdução

Anova redação do art. 492 do CPP, do pacote anticrime (Lei n. 13.964/2019), traz uma inconstitucionalidade, bem como várias antinomias com artigos do CPP, artigos incluídos pela própria lei n. 13.964/2019. Também apresenta uma desproporcionalidade (princípio da igualdade – art. 5º, CRFB/88) com crime com pena superior a 15 anos não julgado no Tribunal do Júri.

O art. 492, do CPP, trabalha o cumprimento imediato da pena e não cautelaridade da prisão preventiva, quando no tribunal do Júri a condenação a uma pena igual ou superior a 15 anos de reclusão, determinará a EXECUÇÃO PROVISÓRIA das penas.

2 Critério indutivo: julgados do STJ e do STF

O julgamento do Suprema Tribunal Federal das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) n. 43, 44 e 54, acabou com a possibilidade da prisão após confirmação em segunda instância, quando não transitado em julgado, isto é, com recurso ainda. Interpretação conforme o dizeres expresso da Constituição da República.

Como se lê, o art. 5º, LVII, da CRFB/88, dispõe **claramente** que

1 Doutor, Mestre e Especialista em Direito Processual pela PUC Minas. Avaliador do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (Sinaes – BASis - MEC). Docente em faculdades: PUC Minas (Arcos, Betim, Barreiro, Coração Eucarístico e Praça da Liberdade), IEC PUC Minas, FAMINAS-BH, ASA de Brumadinho, FASPI, FPL, NOVOS HORIZONTES, Mérito Online, Professor Visitante do Curso de Direito da Universidade Federal de Lavras – UFLA etc. Ex-diretor acadêmico e ex-coordenador de curso de direito da FASPI. Ex-coordenador de curso de direito da FAMINAS-BH. Ex-assessor de Juiz do TJMG. Membro da Academia de Direito Processual Democrático – ACADEPRO. Membro da Comissão de Direito Processual Civil da OAB/MG - 2022/2024. Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/MG - 2022/2024. Revisor da revista De Jure do Ministério Público de Minas Gerais. Autor de diversos artigos e diversos livros jurídicos. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9540786558735514>

“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Antes, em 2016 o tribunal mudou, equivocadamente, sua jurisprudência (repercussão geral) que afirmava ser possível a prisão em segunda instância, o que fez os ministros passarem a decidir de formas distintas quanto ao tema. Desconsiderando que o problema focal da impunidade ligada a morosidade não justifica apresentar uma **mutação constitucional** (diga-se radical frente a precisão do texto) do conteúdo do art. 5º, LVII, da CRFB/88, ou seja, permitir a prisão antecipada da pena sem fundamento na cautelaridade. Ademais, o texto constitucional é blindado pelas **cláusulas pétreas** (CRFB/88, arts. 5º, LVII, 60, §4º).

A morosidade do julgador “judiciário” não poderia ser elemento de punição ou solução da impunidade decorrente da demora do julgamento. A prisão cautelar é sempre excepcional em caráter da urgência.

As ADC’s, ns. 43, 44 e 54, tinham por objeto a discussão acerca da possibilidade da prisão após confirmação em segunda instância. Apesar da existência de jurisprudência do STF com repercussão geral.

O STF já havia declarado a inconstitucionalidade da execução antecipada da pena em 2009, seguindo termos da própria Constituição².

O ministro Marco Aurélio, relator das ADCs 43, 44 e 54, reconheceu a inconstitucionalidade da antecipação da pena, declarou em seu voto que

[...] a Carta Federal consagrou a **excepcionalidade da custódia no sistema penal** brasileiro, sobretudo no tocante à supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória. A regra é apurar para, em execução de título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, prender. [...] Ao editar o dispositivo em jogo, o Poder Legislativo, mediante a lei 12.403/11, limitou-se a concretizar, no campo do processo, garantia explícita da lei Maior, adequando-se à compreensão então assentada pelo próprio Supremo.³ Grifo nosso.

2 MOREIRA, Leopoldo Gomes; SCHMITT, Oilson Nunes dos Santos Hoffmann. **O julgamento das ADCs 43, 44 e 54 pelo STF e a PEC 5/19 acerca da possibilidade da prisão em 2ª instância**. Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/315161/o-julgamento-das-adcs-43-44-e-54-pelo-stf-e-a-pec-5-19-acerca-da-possibilidade-da-prisao-em-2--instancia>. Acesso em: 15 de janeiro de 2024.

3 MOREIRA, Leopoldo Gomes; SCHMITT, Oilson Nunes dos Santos Hoffmann. **O julgamento das ADCs 43, 44 e 54 pelo STF e a PEC 5/19 acerca da possibilidade da prisão em 2ª instância**. Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/315161/o-julgamento-das-adcs-43-44-e-54-pelo-stf-e-a-pec-5-19-acerca-da-possibilidade-da-prisao-em-2--instancia>. Acesso em: 15 de janeiro de 2024.

O ministro Marco Aurélio afirmou que o artigo 283 do CPP está de acordo com a Constituição, votando contra prisão automática quando existir recurso pendente. Com esse entendimento, se tornou pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no sentido de que é **ilegal a execução provisória da pena como decorrência automática da condenação proferida pelo Tribunal do Júri**. Nesse sentido, precedentes das duas Turmas criminais que compõem este Superior Tribunal:

HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. CONDENAÇÃO PROFERIDA PELO TRIBUNAL DO JÚRI. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO. 1. Após o julgamento da Suprema Corte das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54, houve alteração legal no art. 492, inc. I, alínea e, do CPP, em que é determinado que o Juiz Presidente do Tribunal de Júri proferirá sentença que, em caso de condenação, “mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos”. 2. Contudo, é pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que é ilegal a execução provisória da pena como decorrência automática da condenação proferida pelo Tribunal do Júri. 3. Habeas corpus concedido para obstar as execuções provisórias das penas impostas aos pacientes. (STJ - HC: 623107 PA 2020/0289796-1, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 15/12/2020, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/12/2020).

No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. PRISÃO AUTOMÁTICA DECORRENTE DE CONDENAÇÃO PROFERIDA POR TRIBUNAL DO JÚRI. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE FUNDAMENTOS CONCRETOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 1. O decreto de prisão, *in casu*, está calcado, exclusivamente, no entendimento de que seria possível a execução provisória da pena, ante o veredicto condenatório proferido pelo Tribunal do Júri. 2. No âmbito desta Corte Superior, é ilegal a prisão preventiva, ou a execução provisória da pena, como decorrência automática da condenação proferida pelo Tribunal do Júri. Precedentes. 3. A compreensão do Magistrado, ainda que calcada em precedente oriundo da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não foi endossada pelo Plenário daquela Corte. Nesse toar, cabe salientar que existe precedente posterior da Segunda Turma do STF julgando pela impossibilidade da execução provisória da pena, mesmo em caso

de condenação pelo Tribunal do Júri (STF: HC n. 163.814/MG, Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 19/11/2019). Vale ressaltar, ainda, que a referida decisão da Primeira Turma do STF foi tomada antes do resultado das ADCs n. 43/DF, n. 44/DF e n. 54/DF, julgadas em 7/11/2019. 4. Por outro lado, consta dos autos que o paciente estava solto desde 7/12/2010, ou seja, por mais de 8 anos, não tendo sido apresentado nenhum fato novo ou contemporâneo que justifique o seu encarceramento. 5. No mais, também é da nossa jurisprudência que não cabe ao Tribunal a quo acrescentar motivação em decisão que pecou por sua carência. Como vem dizendo o Ministro Marco Aurélio, o *habeas corpus* **não é ação de mão dupla, decorrendo dessa premissa a impossibilidade de órgão julgador vir a suplementar, em termos de fundamentos, o ato atacado** (STF: HC n. 109.678/PR, Primeira Turma, DJe 8/11/2012). 6. Ordem concedida, confirmando-se a liminar, para assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação, ressalvada a existência de motivos concretos, novos ou contemporâneos que justifiquem a necessidade da prisão preventiva. (STJ - HC: 538491 PE 2019/0303438-6, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 04/08/2020, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/08/2020) Grifo Nosso.

Nesse tema problema, encontra-se em discussão, no Supremo Tribunal Federal, o RE 1.235.340, com repercussão geral reconhecida, em que se discute, à luz do art. 5º, inciso XXXVIII, alínea c, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), se a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução de pena imposta pelo Conselho de Sentença, sob a relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso.

Do mesmo modo, está em plena vigência o art. 492, I, e, do CPP.

Consoante alguns votos que está sendo desenhada no julgamento do RE 1.235.340/STF, **na modalidade de controle difuso**, essa execução provisória, em condenações decorrentes do júri com pena superior a 15 anos de reclusão, não contraria o que foi julgado pelo STF nas ADCs 43, 44 e 54, em face da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, ponderando, ainda, que o princípio da presunção de inocência pode ser mitigado se ponderado com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes⁴. Essa compreensão do pensamento desconstrucionista tem diversas aporias, como veremos.

O seguinte acórdão é bem reflexivo:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. HOMICÍDIO

4 STJ - HC: 623107 PA 2020/0289796-1, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 15/12/2020, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/12/2020.

QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. PRISÃO AUTOMÁTICA DECORRENTE DE CONDENAÇÃO PROFERIDA POR TRIBUNAL DO JÚRI. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE FUNDAMENTOS CONCRETOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. O decreto de prisão, *in casu*, está calcado, exclusivamente, no entendimento de que seria possível a execução provisória da pena, ante o veredicto condenatório proferido pelo Tribunal do Júri.
2. No âmbito desta Corte Superior, é ilegal a prisão preventiva, ou a execução provisória da pena, como decorrência automática da condenação proferida pelo Tribunal do Júri. Precedentes.
3. A compreensão do Magistrado, ainda que calcada em precedente oriundo da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não foi endossada pelo Plenário daquela Corte. Nesse toar, cabe salientar que existe precedente posterior da Segunda Turma do STF julgando pela impossibilidade da execução provisória da pena, mesmo em caso de condenação pelo Tribunal do Júri (STF: HC n. 163.814/MG, Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 19/11/2019).

Importante avisar, ainda, que a referida decisão da Primeira Turma do STF foi tomada antes do resultado das ADCs n. 43/DF, n. 44/DF e n. 54/DF, julgadas em 7/11/2019.

Todavia, como aconteceu **antes** do controle abstrato *erga omnes* (ADCs 43, 44 e 54), quando a jurisprudência do **controle difuso** do STF (repercussão geral) permitia a prisão provisória quando do julgamento da segunda instância, se repete no presente contexto do julgamento do RE 1.235.340/STF, que se trata de **modalidade difusa**. O que pode repetir no questionamento da repercussão geral -modalidade difusa, sem a proteção *erga omnes* do controle concentrado, ou seja, o que aconteceu no passado, quando os ministros passaram a decidir de formas distintas quanto ao tema da repercussão geral - modalidade difusa, por não se tratar de modalidade concentrada (controle de constitucionalidade concentrado *erga omnes*), pode se repetir no presente caso.

Na época, a discussão da prisão automática após segunda instância com base em repercussão geral **não** impediu os ministros divergirem da modalidade difusa, já que **constitucionalmente** não tem efeito *erga omnes* ou vinculante. Por isso, o tema foi julgado pelo controle de constitucionalidade ADC. Nesse sentido, os ministros, no tema abordado, afirmaram e julgaram contra as decisões difusas ou de repercussão geral.

3 Tema problema

O art. 492 do CPP da prisão imediata conflita com o julgamento do STF. O Supremo Tribunal Federal nas ADCs ns 43, 44 e 54, decidiu pela constitucionalidade do artigo 283 do CPP, (*erga omnes*) vinculante, só admite prisão cautelar (prisão em flagrante e preventiva) e após o trânsito em julgado da condenação. Logo, enquanto não transitar em julgado a decisão, apenas poderia se falar em prisão cautelar (arts. 312, 313 e 315 do CPP), nunca em prisão imediata.

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019).

A *soberania dos veredictos* do tribunal do júri por ser norma constitucional deve se harmonizar com a presunção de inocência (CRFB/88, art. 5º, LVII), bem como o direito de recorrer como direito supralegal⁵ e constitucional no processo penal.

Portanto, a *soberania dos veredictos* não impede o recurso e nem a revisão criminal. Conforme explicado no livro *O Povo e o Tribunal do Júri*⁶, a soberania impede que a decisão de mérito seja feita por outro juízo que não sejam os jurados. Não se extrai da soberania dos veredictos a imediata execução de condenação imposta pelo corpo de jurados, caso contrário o raciocínio deveria alcançar os recursos e a revisão criminal dos processos julgados no tribunal do júri.

Nesse sentido, a soberania não seria absoluta. Caberia recurso. Também, caberia revisão não analisada por um conselho de sentença (júri). A soberania consiste em impedir que o mérito seja decidido pelo julgador togado⁷. Apenas os sete jurados ou um novo conselho de sentença em caso

5 Supralegalidade - Recurso Extraordinário nº. 349.703-1.

CADH: 8º Garantias judiciais

[...]

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...]

h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

6 CHAVES, Charley Teixeira. **O povo e o tribunal do júri**. Belo Horizonte: 2.ed. Editora D'Plácido, 2020.

7 Constitucional traz exceções (afastamento do Tribunal do Júri). Por exemplo: art. 96, inciso III, da Constituição República, os juízes de Direito e os membros do Ministério Público dos estados devem ser julgados pelos seus próprios Tribunais de Justiça, mesmo que a infração penal seja praticada em outra unidade da Federação. Arts. 102, I, alínea "b", 105, I, alínea "a", 108,

de recurso provido poderia decidir o mérito. **A prisão provisória tem que ser fundamentada, pertence ao juiz togado o ato de fundamentar, não se trata de mérito é um instrumento processual (art. 315, §1º, CPP, c/c, art. 93, IX, CRFB/88).**

A *presunção de inocência* (artigo 5º, inciso LV e LVII, CRFB/88) e a Convenção Americana de Direitos Humanos, em razão do direito de recurso do condenado (artigo 8.2.h), vedam a execução imediata das condenações.

CRFB/88, art. 5º, LVII – “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

O recurso não é impunidade. A morosidade que gera impunidade. Recurso tem limitação e prazo. Morosidade está no julgamento e não na utilização dos recursos.

Ademais, acreditar que a decisão dos jurados está imune a falibilidade é desconhecer a problemática da íntima convicção presente no Júri. Não se pode normalizar ou romantizar a íntima convicção. Defendemos a inconstitucionalidade da certeza moral do julgador, vide o livro *o Povo e o Tribunal do Júri*⁸.

Portanto, a prisão imediata ofende: o princípio da presunção de inocência, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (CRFB/88 art. 5º, LVII), razão pela qual toda medida cautelar há de exigir cautelaridade, especialmente a prisão preventiva. Viola o princípio da isonomia, já que condenações por crimes com pena mínima superior a 15 anos, fora do procedimento do Tribunal do Júri, não tem a mesma aplicação, por exemplo: latrocínio art. 157, §3º, CP, pena **mínima de 20 anos** de reclusão, o Crime de extorsão mediante sequestro com resultado morte, pena **mínima de 24 anos**, art. 159, §3º, CP.

A presunção de inocência, o princípio da isonomia e o direito recursal não admitem tal exceção, razão pela qual a prisão preventiva exige sempre cautelaridade, conforme arts. 312, 313, §2º, CPP, bem como deve ser fundamentada (art. 315, §1º, CPP, c/c, art. 93, IX, CRFB/88).

Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

inciso I, alínea “a”, ambos da CRFB/88.

8 CHAVES, Charley Teixeira. **O povo e o tribunal do júri**. Belo Horizonte: 2.ed. Editora D'Plácido, 2020.

§ 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (grifo nosso).

Como é óbvio, a exceção no tribunal do júri está em manifesta contradição com o novo art. 313, §2º, que diz: “Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena.”

Logo, é inconstitucional a prisão imediata quando cabível recurso. Esse entendimento conflita com diversos artigos: 283, 313, §2º, 312, 315, art. 387, §1 CPP.

O STJ já firmou entendimento no sentido da inconstitucionalidade da prisão imediata no tribunal do júri:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. EXECUÇÃO IMEDIATA OU PROVISÓRIA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA PARA A PRISÃO PROVISÓRIA. ART. 492, I, E, DO CPP. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO À CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA. NÃO OCORRÊNCIA. INTERPRETAÇÃO CONFORME. DESNECESSIDADE. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Na hipótese, a determinação da expedição do mandado de prisão após a condenação pelo Tribunal do Júri, fundamenta-se em decorrência exclusiva da condenação do paciente pelo Conselho de Sentença. Não se declinou, contudo, qualquer motivação concreta para necessidade da prisão. Em consulta ao sítio do Tribunal de origem, observou-se que a fase ordinária ainda não tinha sido concluída. 3. É cediço que o Supremo Tribunal Federal, julgando definitivamente as Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54, decidiu pela constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, firmando nova orientação, erga omnes e com efeito vinculante, no sentido de que a execução da pena privativa de liberdade só poderá ser iniciada após o trânsito em julgado da condenação. 4. Menciona-se, ainda, que houve alteração da lei, após o julgamento da Suprema Corte, no art. 492, inc. I, alínea e, do CPP, em que é determinado que o Juiz Presidente do Tribunal de Júri proferirá sentença que, em caso de condenação, “mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos”. 5. Contudo, o entendimento predominante na

Quinta e Sexta Turmas desta Corte segue a diretriz jurisprudencial de que não se admite a execução imediata de condenação pelo Tribunal do Júri, sob pena de afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência. Precedentes. 6. *In casu*, expeciona-se o art. 97 da Constituição de República, tendo em vista que não houve juízo de inconstitucionalidade, mas apenas interpretação conforme. **Ora, a interpretação desta Corte é que, a prisão antes de esgotados todos os recursos cabíveis, apenas poderá ocorrer por decisão individualizada, com a demonstração da existência dos requisitos para a prisão preventiva, previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, sob pena de violação ao princípio da presunção de inocência.** 7. Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg no RHC: 130301 MG 2020/0170540-2, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 14/09/2021, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/09/2021) (grifo nosso)

Por fim, a gravidade abstrata do crime não seria fundamento para a decretação e manutenção de prisão preventiva, muito menos para cumprimento imediato da prisão. Não cabe fundamentação genérica art. 315, §1º, do CPP. Conforme entendimento do STJ:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE ABSTRATA. 1. A validade da segregação cautelar está condicionada à observância, em decisão devidamente fundamentada, aos requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal, revelando-se indispensável a demonstração de em que consiste o *periculum libertatis*. 2. No caso, o decreto de **PRISÃO PREVENTIVA É GENÉRICO**, nele não havendo nenhuma menção a fatos que justifiquem a imposição da prisão cautelar. Carece, portanto, de fundamentação concreta, pois se limita a invocar a gravidade abstrata da conduta atribuída ao agente, elemento ínsito ao tipo penal em tela e insuficiente para a decretação ou manutenção da prisão preventiva, sob pena de se autorizar odiosa custódia ex lege. 3. Ademais, a quantidade não exacerbada de droga apreendida - 20g (vinte gramas) de cocaína - não é suficiente para demonstrar a periculosidade do paciente ou a gravidade concreta da conduta, mormente se consideradas as circunstâncias pessoais favoráveis do agente. 4. Ordem concedida. (STJ - HC: 549531 SP 2019/0361867-3, Relator: Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Data de Julgamento: 11/02/2020, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/02/2020) (grifo nosso).

É inconstitucional o cumprimento imediato da pena fora da cautelaridade e pendente de recurso. Esse entendimento conflita (antinomia infraconstitucional) com diversos artigos: 283, 313, §2º, 312, 492, *d*, 387, §2º, ambos do CPP:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da

ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Art. 313.

§ 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que:

d) observará as demais disposições do art. 387 deste Código;

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

§ 1º O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta.

O art. 492, I, *e*, CPP, redação incluída pela Lei nº 13.964, de 2019, conflita diretamente (antinomia), além da Constituição (art. 5º, LVII, CRFB/88⁹) e dos direitos humanos (art. 8. 2¹⁰), com os artigos 283, 312, 313, §2º e art. 315, §1º, ambos do CPP, incluídos pela mesma lei, qual seja, Lei nº 13.964, de 2019. Além da inconstitucionalidade e dos conflitos legislativos comentados, o art. 492, *d*, do CPP, determina aplicação do art. 387, §1º, CPP, ou seja, com recurso deve fundamentar a prisão cautelar e não antecipação de cumprimento de pena.

9 CRFB/88, Inciso LVII do art. 5º, na espécie direito fundamental individual, pelo qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

10 A Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que adentrou no direito brasileiro em 1992 com a promulgação do Decreto nº 678, e foi considerado pelo Supremo Tribunal Federal norma suprallegal, também prevê o instituto em estudo nos seguintes termos: “Artigo 8. 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

4 Conclusão

Diante de todas aporias apresentadas, das antinomias infraconstitucionais, é forçoso reconhecer inconstitucional o cumprimento imediato da pena, no procedimento do Tribunal do júri, fora da cautelaridade e sem transitar em julgado. Esse entendimento conflita (antinomia infraconstitucional) com diversos artigos 283, 313, §2º, 312, 315, 492, *d*, 387, §2º, ambos do CPP.

Logo, a soberania dos veredictos não impede o recurso (modelo democrático de testificação das decisões) e nem a revisão criminal. Conforme explicado outrora, a soberania impede que a decisão de mérito seja feita por outro juízo que não sejam os jurados. Não se extrai da soberania dos veredictos a imediata execução de condenação imposta pelo corpo de jurados, caso contrário o raciocínio deveria alcançar os recursos e a revisão criminal dos processos julgados no tribunal do júri.

Nesse contexto, a SOBERANIA NÃO SERIA ABSOLUTA. Caberia recurso. Também, caberia revisão não analisado por um conselho de sentença (júri). A soberania consiste em impedir que o mérito seja decidido pelo julgador togado. Apenas os sete jurados ou um novo conselho de sentença em caso de recurso provido poderia decidir o mérito. A prisão provisória tem que ser fundamentada, pertence ao juiz togado, não se trata de mérito, sendo um instrumento processual (art. 315, §1º, *c/c*, art. 387, §1, do CPP, *c/c*, art. 93, IX, CRFB/88).

A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (artigo 5º, inciso LV e LVII, CRFB/88) e a Convenção Americana de Direitos Humanos, em razão do direito de recurso do condenado (artigo 8.2.h), vedam a execução imediata das condenações.

CRFB/88, art. 5º, LVII – “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Viola o PRINCÍPIO DA ISONOMIA, já que condenações por crimes com pena mínima superior a 15 anos, fora do procedimento do Tribunal do Júri, não tem a mesma aplicação, por exemplo: latrocínio art. 157, §3º, CP, pena mínima de 20 anos de reclusão, o Crime de extorsão mediante sequestro com resultado morte, pena mínima de 24 anos, art. 159, §3º, CP.

A presunção de inocência, o princípio da isonomia e o direito recursal não admitem tal exceção, razão pela qual a prisão preventiva EXIGE SEMPRE CAUTELARIDADE, conforme arts. 312, 313, §2º,

CPP, bem como deve ser fundamentada (art. 315, §1º, c/c, art. 387, §1, do CPP, c/c, art. 93, IX, CRFB/88).

O argumento da grande quantidade de “recursos como provocador da morosidade”, conseqüentemente impunidade, não é justificável para mutação constitucional de um texto **claro** protegido pelas **cláusulas pétreas** (CRFB/88, arts. 5º, LVII, 60, §4º).

Verifica-se que a morosidade está na conclusão de julgamento ou de despacho pelos julgadores. O Advogado/Promotor tem prazo para manejar o recurso, sob pena de intempestivo. Os prazos são dilatados pelos julgadores e não pelos advogados e promotores. A demora está com os julgadores (prazos impróprios). Assim, não é justificável criar mecanismo antecipador da pena ao argumento de impunidade enquanto a morosidade é um fato real que **não pode ser normalizado** pelos operadores do direito.

O RECURSO NÃO É IMPUNIDADE. Recurso é um modelo de testificação democrático. A MOROSIDADE que GERA IMPUNIDADE. O Recurso tem limitação e prazo. A Morosidade está no julgamento e não na utilização dos recursos. A prisão antecipada sem fundamentação na cautelaridade não poderia ser a solução para o grande problema do julgador ou judiciário, qual seja, **morosidade** que é conhecida e a grande, não única, causadora da impunidade no Brasil!

Referências

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto Lei no 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 19 de setembro de 2023.

STF: **HC** n. 163.814/MG, Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 19/11/2019).

STJ - **HC**: 549531 SP 2019/0361867-3, Relator: Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Data de Julgamento: 11/02/2020, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/02/2020.

STJ - **HC**: 538491 PE 2019/0303438-6, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 04/08/2020, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/08/2020.

STJ - **HC**: 623107 PA 2020/0289796-1, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 15/12/2020, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/12/2020.

STJ - **AgRg no RHC**: 130301 MG 2020/0170540-2, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 14/09/2021, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/09/2021.

CHAVES, Charley Teixeira. **Ministério Público como instituição permanente popular**: os sujeitos processuais no direito democrático. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

CHAVES, Charley Teixeira. **Teoria Geral dos Recursos**: um direito constitucional democrático. 3 ed. Belo Horizonte: Arraes, 2020.

CHAVES, Charley Teixeira. **O povo e o tribunal do júri**. Belo Horizonte. 2. ed. Editora D'Plácido, 2020.

CHAVES, Teixeira Chaves. **Processo constitucional**. 5. ed. Belo Horizonte: Editora D'plácido, 2020.

CHAVES, Teixeira Chaves. **Exclusão do inquérito policial diante da violação dos princípios: da imparcialidade, do contraditório, da ampla defesa, da isonomia e da prova ilícita**. Direito e processo [recurso eletrônico]: mo(vi)mento em debate / organizadoras: Cristina Rezende Eliezer, Pauliana Maria Dias, Poliana Myriam Felipe Rodrigues de Santana. - Santo Ângelo: Metrics, 2021.

CHAVES, Charley Teixeira. **Inconstitucionalidades/ ilegalidades do Código de Processo Penal**. 1. ed. -Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.

MOREIRA, Leopoldo Gomes; SCHMITT, Oilson Nunes dos Santos Hoffmann. **O julgamento das ADCs 43, 44 e 54 pelo STF e a PEC 5/19 acerca da possibilidade da prisão em 2ª instância**. Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/315161/o-julgamento-das-adcs-43--44-e-54-pelo-stf-e-a-pec-5-19-acerca-da-possibilidade-da-prisao-em-2--instancia>. Acesso em: 15 de janeiro de 2024.

A RACIONALIDADE DO HABEAS CORPUS COLETIVO Nº 143.641/SP DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DA DOCTRINA DE RONALD DWORKIN: SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PELA DOMICILIAR E O DIREITO DAS MULHERES

Lara Carrera Arrabal Klein¹

Graziela Maria Deprá Bittencourt Gadelha²

Cássius Guimarães Chai³

1 Introdução: a questão semântica

Desvelar o alcance da regra prevista no artigo 318 do Código de Processo Penal a partir do novo contorno hermenêutico atribuído pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus Coletivo nº 143.641/SP constitui tarefa própria ao Juiz Hércules dworkiniano. A clareza da redação do artigo mencionado é apenas aparente

1 Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (TJES). E-mail: lara.arrabal@gmail.com.

2 Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Espírito Santo (MPES). Membro da Comissão de Crimes e Criminologia Crítica da Associação Brasileira das Mulheres de Carreira Jurídica (ABMCJ) no Espírito Santo. Subcoordenadora do Núcleo de Proteção de Direitos Humanos do Ministério Público do Estado do Espírito Santo (NPDH-Norte). E-mail: grazidbittencourt@hotmail.com.

3 Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor Associado da Universidade Federal do Maranhão (PPGDIR e PPGAERO) Professor Permanente da Faculdade de Direito de Vitória (PPGD/FDV). Pesquisador G20 Research Center on International Cooperation Beijing College of Criminal Law, the Normal University of Political Science and Law of Beijing Ibero-american Observatory of Health and Citizenship. Membro da International Association of Political Science, International Association of Constitutional Law, International Law Association, Law and Society Association, Association Française de Sciences Politiques, Ratio Legis UAL, European Society of International Law, International Association of Prosecutors, International Association of Penal Law, International Society of Criminology, ABEC, Academia Brasileira de Direito Internacional, IBCCrim. Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. Escola Nacional do Ministério Público. Escola Superior do Ministério Público do Estado do Maranhão. E-mail: cassiuschai@gmail.com.

quando preconiza que poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar, suscitando no caso concreto profundas discussões e distintas soluções.

Por guarnecer direitos humanos garantidos tanto na ordem internacional, quanto no plano interno, a questão proteção de grávidas, puérperas, gestantes ou mulheres responsáveis pelos cuidados de crianças de tenra idade, nos termos do ECRIAD ou deficientes, alinhando-se também às regras de proteção à Primeira Infância, demanda especial atenção do intérprete. Qualquer atividade hermenêutica açodada visando esvaziar a discricionariedade do magistrado à luz do caso concreto, frente às condições firmadas no Habeas Corpus nº 143.641/SP do Supremo Tribunal Federal compromete a integridade e a coerência do sistema jurídico.

À luz da racionalidade do HC mencionado, o rumo hermenêutico da substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar das mulheres ganhou contorno distinto da literalidade do artigo 318 do Código de Processo Penal. Como fora identificado pelo Ministro-relator Ricardo Lewandowski, a proposta das autoras da demanda e *amici curiae* está na semântica da expressão “poderá”, constante do caput do artigo 318, para que seja lida “deverá”, no propósito de que seja afastada a discricionariedade do magistrado. O julgamento desvela que o Brasil ignora falhas estruturais de acesso à justiça, revelando a necessária discussão judicial para que possa irradiar sua luz a casos similares, a partir da racionalidade identificada nos moldes da teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin.

Partiu-se da hipótese inicial de que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do emblemático *writ*, atribuiu à regra jurídica novo contorno hermenêutico, impondo-se uma força cogente na substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar diante da condição subjetiva da paciente. A partir disto questionou-se, como extrair sua melhor luz hermenêutica? Não parece ser à moda “tudo ou nada”.

O artigo utilizou o método hipotético-dedutivo e, como procedimento, a pesquisa bibliográfica e documental, sendo que, no primeiro tópico apresentou o HC nº 143.641/SP com destaque para a base normativa e principiológica identificada no voto conduto do Relator. Em seguida, enfrentou a discussão sobre a composição das decisões judiciais posteriores ao precedente firmado, para o fim de que seja assegurada equidade aos casos similares. Para tanto, foram apresentadas a etimologia da expressão teia inconsútil e a refutação de argumentos de política nas acepções de Ronald Dworkin.

2 HC nº 143.641/SP e sua força gravitacional à luz da doutrina de Ronald Dworkin

Para solução de um caso difícil (*hard case*), na nomenclatura de Ronald Dworkin, o juiz, a quem associa a figura mitológica de Hércules, deve encontrar, “no caso anterior, um arranjo canônico de palavras, usará suas técnicas de interpretação de lei para decidir se a regra que essas palavras compõem abarca ou não um caso novo” (Dworkin, 2020, p. 173). Preocupa-se a balizada doutrina com a força gravitacional do precedente, identificando a atração dos princípios firmados na decisão anterior aos casos semelhantes para o fim de resultar uma solução equânime ao caso concreto. Vejamos:

A força gravitacional de um precedente pode ser explicada por um apelo, não à sabedoria da implementação de leis promulgadas, mas à equidade que está em tratar os casos semelhantes do mesmo modo. Um precedente é um relato de uma decisão política anterior, o próprio fato dessa decisão, enquanto fragmento da história política, oferece razão para se decidir outros casos de maneira similar no futuro. (Dworkin, 2020, p. 176).

Dworkin insiste, portanto, na força gravitacional do precedente sobre as decisões posteriores para que sua luz possa refletir nos casos semelhantes. Na análise do caso concreto, “Hércules deve perguntar-se qual sistema de princípios foi estabelecido” (Dworkin, 2020, p. 166).

No julgamento do HC 143.641/SP, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, em 20 de fevereiro de 2018, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, por votação unânime, conheceu do *writ* coletivo e, prosseguindo no julgamento do mérito, por maioria, conferiu *in totum* à ordem, para o fim de determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as gestantes, puérperas, ou mães de crianças de até 12 (doze) anos de idade incompletos e com deficiência sob sua guarda, excetuando as hipóteses de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça contra seus ascendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, a serem fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício. Outrossim, estendeu a ordem, de ofício, às demais gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, como também às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições previstas acima.

Sublinha-se dentre os argumentos apresentados no voto do Ministro-relator, como *ratio decidendi*, a deficiência de caráter estrutural no sistema

prisional brasileiro, em que mulheres grávidas e mães de crianças cumprem prisão preventiva em situação degradante. Lado outro, no julgamento da ADPF nº 347 MC/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou o sistema carcerário como “estado de coisa inconstitucional”, agravado pela “cultura do encarceramento”, segundo o qual se revela pela imposição exagerada de prisão provisória a mulheres pobres e vulneráveis (Brasil, 2020). Neste, o voto condutor aprofunda que houve um aumento da população carcerária feminina de 576%, no interstício entre 2000 e 2014 (Brasil, 2014, p. 10). Dados sobre infraestrutura relativa à maternidade no interior dos estabelecimentos prisionais, obtido junto à mesma fonte estatística, revelaram, em destaque, que nos estabelecimentos femininos, “apenas 34% dispõem de cela ou dormitório adequado para gestantes, apenas 32% dispõem de berçário ou centro de referência materno infantil e apenas 5% dispõem de creche” (Brasil, 2014, p. 18-19); “nos estabelecimentos mistos, apenas 6% das unidades dispõem de espaço específico para a custódia de gestantes, apenas 3% dispõem de berçário ou centro de referência materno infantil e nenhum dispõe de creche” (Brasil, 2014, p. 18-19). Aponta, ainda, como dado fundamental, o fato de que 68% das mulheres estão presas por crimes relacionados ao tráfico de entorpecentes, delitos que, na maior parte, não envolvem violência ou grave ameaça à pessoa, cuja autoria recai, não raro, sobre a parcela mais vulnerável da sociedade, especialmente sobre pequenos traficantes, quase sempre mulheres. A todas essas informações agrega, ainda, como fator inquietante, o fato de o Brasil não ter sido capaz de garantir cuidados relativos à maternidade nem mesmo às mulheres que não estão em situação prisional, à semelhança do caso “Alyne Pimentel” (Brasil, 2018, p. 35).

Sucessivamente aos argumentos já espostos, no voto condutor foram destacadas as sete recomendações feitas ao Brasil pela Organização das Nações Unidas, sendo cinco delas referente às políticas públicas de saúde. O compromisso com a saúde maternal é dado como uma das prioridades em distintos países, conforme consta do Objetivo de Desenvolvimento do Milênio – ODM nº 5 (melhorar a saúde materna) e do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável – ODS nº 5 (alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas), ambos os documentos subscritos pela Organização das Nações Unidas (Portal ODS, 2021).

No direito interno, destacam-se o artigo 5º, incisos II, XLI, L, XLVIII, e XLIX, da Constituição da República e a Lei nº 11.942/2009, responsável por promover substancial mudança na Lei de Execução Penal, citando o art. 42 inserido na legislação especial. Somam-se aos argumentos

apresentados pelo Relator pesquisas científicas que apontam a realidade em que vivem mulheres presas, a ausência de cuidado pré-natal e demais recursos médicos adequados. Em vista das narrativas apresentadas nos estudos realizados, reconhecendo que há um descumprimento sistemático de regras constitucionais, convencionais e legais destinadas aos direitos das presas e de seus filhos, clama o relator à tarefa de o Tribunal “exercer a função típica de racionalizar a concretização da ordem jurídico-penal de modo a minimizar o quadro de violações a direitos humanos que vem se evidenciando, na linha do que já se decidiu na ADPF 37” (Brasil, 2018, p. 20).

Alinhado ao já decidido em sede de Repercussão Geral nº 423, no RE nº 641.320/RS, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal consagrou o entendimento de que o estabelecimento prisional não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, conforme as Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras (Regras de Bangkok). O entendimento defendido é condizente com a jurisprudência da Suprema Corte em dar azo ao cabedal normativo exposto.

Como ponto nodal, o voto condutor ocupa-se de apontar a preocupação com a primeira infância. O Ministro Ricardo Lewandowski traz a lume a dicção do artigo 227 da Constituição Federal e sua análise junto ao artigo 5º, XLV, do mesmo diploma, assentando o entendimento de que, no caso das mulheres presas, a privação da liberdade e suas nefastas consequências alcançam os nascituros e aquelas que o geram. Indica serem evidentes os impactos perniciosos da prisão da mulher e da posterior separação de seus filhos no bem-estar físico e psíquico das crianças, além de violações a que estão sujeitas as crianças que nascem no cárcere. Acrescenta, ainda, que o legislador tem se apresentado sensível a essa realidade, como sói evidenciado com a edição do Estatuto da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016), responsável por alterações substanciais do Estatuto da Criança e do Adolescente, em destaque artigo 7º e 8º (Brasil, 2018).

Tomados esses apontamentos, o julgamento em referência destinou-se a fincar os parâmetros para substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar nas hipóteses de gestantes, puérperas e mães de crianças de até 12 (doze) anos de idade, e de pessoas com deficiência, lançando novo contorno hermenêutico ao artigo 318 do Código de Processo Penal. A partir do julgamento do Habeas Corpus nº 143.641/SP, a ilação conferida pelo precedente traz o viés impositivo da norma. Ao acolher a proposta das autoras, o Ministro Lewandowski apropria-se do entendimento de que

expressão semântica “poderá o juiz” deve ser lida e aplicada na acepção “deverá”, desnudando margem de discricionariedade (forte) na decisão judicial em casos semelhantes.

Nesses termos, a compreensão hermenêutica do artigo 318 do Código de Processo Penal pelo Supremo Tribunal Federal a partir do *hard case* (HC nº 143.641/SP) é no sentido de aclamar o direito de a mulher ter a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar. Estatui, ainda, que para apurar a situação de guardiã dos filhos da mulher presa, dever-se-á dar credibilidade à palavra da mulher. Excetuam-se casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício.

Pensando tais argumento à luz da teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin, a ausência de uma regra clara a definir o que sejam “situações excepcionalíssimas” não confere, por si só, ao magistrado a “discricionariedade forte” preconizada pelo positivismo para a solução de casos difíceis. Para Dworkin, cumpre ao juiz desvelar a resposta correta ao caso em julgamento, descortinando a racionalidade do direito, o qual é preexistente. Portanto, refuta o pensamento da escola positivista, que preconiza que, diante da inexistência de uma regra de direito clara, o juiz tem o “poder discricionário para decidir de uma maneira ou de outra” (Dworkin, 2020, p. 127).

Termos outros, no *hard case* apresentado, ainda que inexistente uma regra impositiva a definir as situações excepcionalíssimas que justifiquem a manutenção do cárcere privado, em detrimento da substituição pela prisão domiciliar, cumpre ao intérprete encontrar a resposta correta à luz do fio condutor já inaugurado na decisão predecessora (HC nº 143.641/SP), não lhe sendo atribuída a função de criação/invenção do direito *pós factum*, para “decidir de uma maneira ou de outra”. E, neste pensar, clama pela coerência na aplicação do direito, a partir da apropriação dos fundamentos de regras e princípios já firmados no precedente para que sejam tratados com equidade os casos futuros. Neste sentido, destacamos:

Hércules concluirá que sua doutrina da equidade oferece a única explicação adequada da prática do precedente em sua tonalidade. Extrairá algumas outras conclusões sobre suas próprias responsabilidades quando da decisão de casos difíceis. A mais importante delas determina que ele deve limitar a força gravitacional das decisões anteriores à extensão dos argumentos de princípio necessário para justificar tais decisões. (Dworkin, 2020, p. 177)

No precedente apresentado, o Min. Relator Ricardo Lewandowski faz o questionamento em seu voto, “quais devem ser os parâmetros para a substituição de que trata a lei?” (Brasil, 2018, p. 55), no claro propósito de que seja engendrada uma solução coletiva diante dos problemas estruturais das penitenciárias brasileiras e da incompatibilidade com o desenvolvimento saudável dos filhos que expectam ou desfrutam da primeira infância. A força gravitacional do precedente, ao que restou evidenciado, é pela concessão da substituição da prisão preventiva pela domiciliar, tendo como princípio condutor o bem-estar físico e psíquico da criança, preservando da vida intrauterina ao pós-nascimento até os 12 anos de idade.

Fincadas as bases argumentativas da decisão antecedente e definindo-se os limites de sua força gravitacional, a inovação do argumento e seu viés político para solução distinta de casos semelhantes comprometem o sistema como integridade, rompendo a linha interpretativa inaugurada na decisão piloto (anterior), o que será objeto de investigação no próximo tópico.

3 Teia inconsútil *versus* emendas e costuras dos casos práticos

Dworkin sugere, metaforicamente, a construção da decisão judicial como uma “teia inconsútil”. A primeira conclusão é de que “a força gravitacional de um precedente se define pelos argumentos de princípios que lhe dão sustentação” (Dworkin, 2020, p. 180). Sugere, ainda, uma segunda conclusão: “Hércules deve supor que sua comunidade compreende, ainda que talvez não o admita explicitamente, que é preciso ver as decisões judiciais como instâncias justificadas por argumentos de princípio, e não por argumentos de política” (Dworkin, 2020, p. 180). A teia inconsútil está na construção de uma decisão sem tramas ou emendas, cuja fundamentação não interrompa o fio argumentativo iniciado na decisão antecedente. Dworkin não considera satisfatório o argumento político contra a força gravitacional do precedente, como a argumentação de que “os tribunais ocupariam melhor seu tempo, caso servissem a uma ou outra meta que tenha sido relativamente negligenciada” (Dworkin, 2020, p. 180).

Pela pesquisa OBSERVA, publicada em 2022, com a Coordenação da Rede Nacional da Primeira Infância e a ANDI – Comunicação e Direitos, é possível identificar as variáveis que influenciam a substituição ou não da prisão domiciliar no país, nas condições firmadas pelo HC Coletivo nº 143.641/SP, com o fim de desvelar as resistências institucionais na

aplicação da medida. Utilizando a metodologia qualitativa de investigação, foram realizadas entrevistas com magistrados e magistradas da Justiça Estadual das Varas Criminais, Varas da Infância e Juventude e outras varas especializadas em crimes relacionados à Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006), com a condicionante de serem os entrevistados atuantes nas Audiências de Custódia e Apresentação. O estudo desvelou que “algumas juízas e juízes têm ancorado suas decisões naquilo que consideram externalidades negativas do HC Coletivo nº 143.641/SP” (ANDI, 2022, p. 12). Dos argumentos apresentados estão “efeitos danosos para a sociedade e para as próprias crianças, como a impunidade, a desqualificação da ação policial e o agenciamento de mulheres por grupos criminosos” (ANDI, 2022, p. 12).

Lista-se na pesquisa, individualmente, os argumentos apresentados pelos operadores do direito, doravante entrevistados, que refutam a aplicação do precedente (HC nº 143.641/SP), sob argumentos como a sensação de impunidade, o aliciamento de mulheres grávidas ou mães, o risco à integridade da criança, a premissa de que a Polícia e a Justiça solta, além do estado de coisas inconstitucional (ANDI, 2022, p. 15). Não se desconhece a relevância social dos argumentos apresentados. Todavia, é ponto de questionamento o fato de que somente um dos argumentos listados se volta ao princípio que deu curso ao precedente, qual seja, a preocupação com a proteção integral da criança e do adolescente. Os demais argumentos já foram refutados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC nº 143.641, em especial, nas antíteses suscitadas pelo Ministério Público.

Nos termos da doutrina de Ronald Dworkin, compreende-se a coerência nas decisões judiciais quando demonstrado que o princípio utilizado no caso em concreto é compatível com os princípios firmados no precedente. Destacam-se os ensinamentos do autor ao discorrer textualmente sobre argumentos de princípios.

Um argumento de princípio pode oferecer uma justificação para uma decisão particular, segundo a doutrina da responsabilidade, somente se for possível mostrar que o princípio citado é compatível com decisões anteriores que não foram refeitas, e com decisões que a instituição está preparada para tomar em circunstâncias hipotéticas. Isso é dificilmente surpreendente, mas o argumento não se sustentaria se os juízes fundamentassem suas decisões como argumentos de política. (Dworkin, 2020, p. 138).

Essas ilações são relevantes para a coerência no sistema jurídico, no sentido de tratar com equidade os casos semelhantes. No caso de *writ* coletivo

em análise, há de se questionar os argumentos que resistem à substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, consistentes na impunidade, na desqualificação da ação policial, no agenciamento de mulheres por grupos criminosos, na repressão do crime. Tais argumentos são compatíveis com o precedente? Respondendo negativamente, evidencia-se que esta racionalidade é consistente porque se convola em argumentos de política, não de princípios. Malgrado haja uma convicção íntima do magistrado na aplicação do Direito que entenda ser a (melhor) política criminal ao caso sob julgamento, a teoria de Ronald Dworkin (2020, p. 184) “diz respeito ao que a lei ou o precedente exigem, embora ao tomar suas decisões o juiz evidentemente deixe transparecer suas convicções intelectuais e filosóficas”.

Nesses termos, não cabe afastar a aplicação do precedente pela íntima convicção de atingir um bem-comum. O autor discorre que “é muito diferente de supor que essas convicções têm alguma força independente no argumento, simplesmente pelo fato de serem suas convicções” (DWORKIN, 2020:184). O objetivo é satisfazer ao requisito de que para casos semelhantes sejam engendradas soluções equânimes.

Para mitigar decisões conflitantes, Dworkin assevera que a decisão deve ser fundamentada em princípios abstratos e concretos que possam justificar de forma coerente todos os casos em iguais condições. Isso se torna possível reconhecendo a força gravitacional do precedente.

O leitor entenderá agora por que chamei nosso juiz de Hércules. Ele deve construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas. (Dworkin, 2020, p. 182).

Com vistas a assegurar a equidade aos casos futuros, cumpre lançar mão da aplicação coerente do direito reivindicado. À luz do precedente firmado, a aplicação coerente da substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar está na proteção da criança diante do seu estado inquestionável de vulnerabilidade, sendo essa a decisão política tomada pela Corte Suprema a partir de base principiológica e de regras previstas no direito interno e internacional. A refutação inconsistente do precedente está em romper o fio argumentativo estabelecido no julgamento. Lado outro, se a decisão é pautada na mesma base principiológica, ainda que seja pela não concessão do benefício, não se revela contrária ao julgamento antecedente, ao revés, reconhece sua força gravitacional.

Como consta do voto condutor, Ministro Ricardo Lewandowski,

no julgamento do HC em exame: “se o juiz entender que a prisão domiciliar se mostra inviável ou inadequada em determinadas situações, poderá substituí-la por medidas alternativas arroladas no já mencionado artigo 319” (BRASIL, 2018:33). Resta evidente a discricionariedade do magistrado para, em situações excepcionálíssimas, denegar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, justificável, frisa-se, pela mesma base principiológica guarneçada no precedente.

Na teoria do Direito como Integridade, Dworkin reconhece ser inevitável que decisões díspares venham a ocorrer no mundo jurídico, não obstante estejam as partes posicionadas em condições fáticas semelhantes, ao discorrer: “O direito pode não ser uma teia inconsútil, mas o demandante tem o direito de pedir a Hércules que o trate como se fosse” (Dworkin, 2020, p. 182).

Tomadas essas premissas, há de se reconhecer o bem-estar físico e psíquico das crianças à hipótese excepcionálíssima a justificar a substituição ou não da prisão preventiva de mulheres gestantes, puérperas, ou mães de crianças de até 12 (doze) anos de idade incompletos e com deficiência sob sua guarda, estendendo-se o benefício às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional.

4 Considerações finais

A partir da racionalidade dworkinana, é possível vislumbrar ter o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do emblemático *writ* coletivo, atribuído novo contorno hermenêutico à regra jurídica prevista no artigo 318 do Código de Processo Penal. No dizer de Dworkin, o rumo hermenêutico enuncia uma razão que conduz o argumento em certa direção, mas, ainda assim, necessita de uma decisão particular. Reconhecendo o caso particular apresentado como *hard case*, justifica-se que a gestante ou mãe de criança de até 12 anos de idade incompletos seja mantida acautelada no estabelecimento prisional, sendo que o julgador tem a discricionariedade (fraca), diante do artigo 318 do Código de Processo Penal, de balizar as peculiaridades do caso concreto e externar suas razões em coerência com o direito já preestabelecido.

Como Hércules, figura mitológica utilizada por Dworkin, a tarefa do juiz é demonstrar que a decisão é compatível com os princípios estabelecidos, equânime, permitindo que a decisão seja como uma “trama”, que não apresenta emendas, promovendo a interpretação do caso sem que

interrompa o fio argumentativo inaugurado na decisão predecessora. A decisão com argumento(s) de política sobre o caso apresentado, de não conceder a prisão domiciliar, é fator que interrompe o fio condutor que inaugurou a decisão precedente. Forma-se, ao invés de uma “teia inconsútil”, uma trama com emendas e fissuras. O gravame é extremo ao considerarmos que mulheres em condições semelhantes apresentam tratamentos díspares.

Não obstante o HC Coletivo nº 143.641/SP, a substituição da prisão preventiva de mulheres pela custódia domiciliar foi indeferida em cerca de metade das solicitações realizadas, nos termos da pesquisa desenvolvida pelo Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos (CADHu) junto ao Superior Tribunal de Justiça. Diante da discricionariedade do magistrado para, em situações excepcionalíssimas, denegar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, a justificativa deve retomar a mesma base principiológica guarnecida no precedente, do qual evidencia-se o bem-estar físico e psíquico das crianças cujas mães estão encarceradas, diante da análise de cada caso concreto.

Nessa senda, o alinhamento da decisão ao precedente firmado no HC analisado não se contenta com convicções íntimas do bem comum, requerendo uma análise casuística de que as circunstâncias do caso concreto evidenciem que a criança estar-se-á em situação de vulnerabilidade ainda maior se guarnecida com a mãe em ambiente domiciliar, equação esta a demandar um juízo cauteloso que promova a interdisciplinaridade com a equipe técnica no caso posto a julgamento.

Referências

ALBUQUERQUE, Aline S. de Oliveira; BARROS, Julia Schirmer. Caso Alyne Pimentel: uma análise à luz da abordagem baseada nos direitos humanos. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Fortaleza, v. 12, n. 12, 11-22, 2012.

ANDI – Comunicação e Direitos. *A aplicação do Direito à prisão domiciliar de mulheres gestantes ou mães cumprindo prisão preventiva*. Brasília, 2022. Disponível em: https://omlpi-strapi.appcivico.com/uploads/Relatorio_OSF_26jan2022.pdf. Acesso em: 06 maio 2022.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional; Ministério da Justiça. *Infopen Mulheres 2014: levantamento nacional de informações penitenciárias*. Brasília, jun. 2014. Disponível em: <http://antigo.depen>.

gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/relatorio-infopen-mulheres.pdf. Acesso em: 06 maio 2022.

BRASIL. Lei nº 13.257, de 08 de março de 2016. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e outros. *Diário Oficial da União*, Brasília, 09 mar. 2016b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm. Acesso em: 06 maio 2022b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 143.641*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 20 fev. 2018. Órgão julgador: Segunda Turma. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748401053>. Acesso em: 06 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Referendo em Tutela Provisória Incidental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF*. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 18 mar. 2020. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753146163>. Acesso em: 06 maio 2022.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes. 2019.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo, Martins Fontes: 2020.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). O Judiciário no enfrentamento à violência contra as mulheres. *Revista Em Questão – Evidências para políticas públicas*, Brasília, n. 1, mar. 2021. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/5376-pb1ipeadivulgacao.pdf>. Acesso em: 06 maio 2022.

ODM, ODS, hein? *Portal ODS* [online], Paraná, 2021. Disponível em: <https://portalods.com.br/odm-ods-hein/>. Acesso em: 06 maio 2022.

OS OBJETIVOS de Desenvolvimento do Milênio. *ODM BRASIL* [online]. Brasília. Disponível em: <http://www.odmbrasil.gov.br/os-objetivos-de-desenvolvimento-do-milenio?msclkid=8126ff79ce8611ec9f1432e81a137b04>. Acesso em: 06 maio 2022.

SGARBI, Adrian. *Clássicos de Teoria do Direito*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

SENTENCING À BRASILEIRA: A NECESSIDADE DE DISCUSSÃO SOBRE A PROCEDIMENTALIZAÇÃO DA APLICAÇÃO DA PENA

Antonio Henrique Graciano Suxberger¹

1 Introdução

Muito já se produziu sobre a individualização da pena no Brasil a partir do que seja a construção de uma sanção penal necessária e suficiente à culpa penal. Mas como realizar essa individualização a partir dos fazeres jurisdicionais? Considerando que o processo penal de conhecimento se ocupa da definição da culpa do acusado e apenas acidentalmente da individualização da pena, é possível assegurar qualidade decisória à aplicação da pena?

O presente artigo problematiza a *procedimentalização* da aplicação da pena no Brasil: o modo como realizamos a aplicação da pena atende aos reclamos de uma justiça penal confiável e de uma agenda de alternativas ao uso desmedida da privação da liberdade? É possível materializar alternativas à privação de liberdade, reservando-a aos casos em que ela seja efetivamente inafastável, sem que haja um procedimento específico de aplicação da pena?

Para tanto, apresentarei, sinteticamente, o percurso da aplicação da pena pelo juízo criminal, indicando a diferenciação do fazer jurisdicional a partir da competência do juízo criminal em face do juízo da execução da pena. Na sequência, revisitarei, a partir dos documentos normativos a que o Brasil se encontra vinculado, as alternativas à privação de liberdade. Enfim, indicarei os pontos de preocupação para a procedimentalização específica da aplicação da pena no Brasil.

Metodologicamente, o artigo se vale de pesquisa exploratória – em

1 Doutor e Mestre em Direito. Pós-doutor. Professor titular do programa de mestrado e doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília (CEUB) e dos cursos de especialização da Fundação Escola Superior do MPDFT. Promotor de justiça no Distrito Federal. E-mail: antonio.suxberger@ceub.edu.br

documentos normativos e julgados que se apresentam como precedentes no tema – e revisão da literatura. A partir de procedimento dedutivo, a pesquisa é do tipo jurídico-projetiva, pois busca detectar tendências futuras para implementação de institutos jurídicos (GUSTÍN; DIAS, 2010, p. 29). A moldura teórica refere-se à relação entre o Direito e as políticas públicas, especialmente a institucionalidade da ação do Estado (como o Estado realiza suas ações).² Espero que o trabalho interesse aos campos do Direito Penal e do Direito Processual, especificamente aos que se debruçam sobre o tema das políticas penais do Estado.

2 Desenvolvimento

Como se realiza a aplicação da pena no Brasil? Usualmente, a resposta a essa pergunta envolve comentários e anotações aos dispositivos de lei que tratam sobre o tema. A seguir, proponho caminho distinto: abordar sinteticamente a proceduralização da individualização da pena pelo juiz da causa (juízo de conhecimento) e pelo juiz responsável pela execução da pena aplicada (juízo de execução).

2.1 A aplicação da pena: o resultado de um processo que não se ocupa da pena, mas unicamente da culpa

Usualmente, a aplicação da pena é tema pertencente e ao campo do Direito Penal. Na formação do jurista, é estudado após a abordagem da teoria do delito. Nos manuais e textos que integram a formação do bacharel em Direito, isto é, que compõe a biblioteca de referência dos cursos em graduação em Direito no Brasil, a temática da aplicação da pena é estudada a partir da abordagem do Código Penal, em seu Título V (“Das Penas”), que reúne os artigos 33 a 95. Ali se estudam as espécies de pena, a cominação das penas, a aplicação das penas e institutos como a suspensão condicional da pena (*sursis*), livramento condicional, além dos efeitos da condenação e a reabilitação do condenado.

A prática da aplicação da pena, contudo, em relação ao seu

2 A disposição de competências, relações intersetoriais, tarefas entre os atores e gestores da política pública: são esses os componentes de definição de boa parte do funcionamento da ação pública do Estado (*policy*). A abordagem de tais elementos autoriza compreender o êxito ou fracasso da ação estatal. Daí a importância, para a abordagem Direito e políticas públicas, de analisar as limitações e possibilidades criadas para a política pública a partir de seu desenho jurídico-institucional (DALLARI BUCCI; SOUZA; 2022, p. 9).

procedimento e ao ato processual que a formaliza, é apresentada no Direito Processual Penal, quando se estuda o tema da sentença penal (Título XII do Livro II do Código de Processo Penal). O Código diz que, no mesmo ato que conclui e formaliza a culpa do acusado, o juiz “aplicará as penas de acordo com essas conclusões” (inciso III do art. 387).

Normativamente, a procedimentalização da pena é lacônica. Resume-se a um capítulo próprio da sentença proferida pelo juiz criminal que previamente concluiu pela culpa do acusado diante da imputação que lhe tenha sido formalizada em ação penal. Depois de um processo extensivo, exauriente (*full trial*), que prioriza a confrontação da hipótese acusatória em instrução probatória, o ato de aplicar a pena é resolvido num capítulo da sentença penal condenatória. Parece claro que a institucionalização da aplicação da pena refletirá esse laconismo normativo na previsão desse procedimento.

Destaco este ponto: a aplicação da sanção penal — com a fixação do tipo de pena, qual o regime de seu cumprimento e a sua mensuração — é ato realizado no mesmo documento que formaliza a culpa do acusado. Cuida-se de um capítulo próprio no ato formalizado por escrito e, espere-se, devidamente fundamentado: a sentença.

Quando o juiz aplica a pena, parte das balizas do preceito sancionatório do próprio tipo penal (mínimo e máximo da reprimenda, tipo de pena cominada). Porém, mais que isso, observa balizas mandatórias para essa mensuração. Destaco as principais: penas privativas de liberdade superiores a 8 anos observarão regime fechado para início de cumprimento da pena; penas superiores a 4 anos observarão, pelo menos, o regime semiaberto para início de cumprimento de pena. O condenado reincidente, independentemente do quanto de tempo previsto para a infração penal, segundo a literalidade do texto legal, iniciará sua pena com recolhimento a prisão. Isso porque, para ele, o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade é, no mínimo, o semiaberto.

A *conversão* da pena privativa de liberdade em penas restritivas de direitos (alternativas) é tarefa privativa da sentença — não há conversão de pena privativa de liberdade em penas alternativas no curso da execução da pena. É preciso que a sentença condenatória desde logo traga essa possibilidade. Objetivamente, a conversão ocorre para penas de até 4 anos e desde que o fato criminoso não envolva violência contra a pessoa; se o crime é culposo, a conversão poderá ocorrer independentemente da quantidade de tempo. Do ponto de vista subjetivo, a conversão só alcança

o acusado que não seja reincidente em crime doloso e, caso a caso, quando “a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente” (inciso III do art. 44 do Código Penal).

Os regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade são diferenciados pela natureza do estabelecimento em que a pena será cumprida (art. 33, § 1º, do Código Penal). O detalhamento desses estabelecimentos e dos eventuais benefícios que possam incidir no curso do cumprimento da pena é tema tratado na Lei de Execução Penal.

No Brasil, portanto, o curso da execução penal, ao menos do ponto de vista do ofício jurisdicional, não permite revisitar a pena. A competência do juízo de execução abrange a decisão sobre incidentes, aplicação de benefícios e unificação de reprimendas; não há possibilidade de alteração do título executivo dessa pena. Esse tema é restrito ao juízo de conhecimento.

Toda a intervenção interdisciplinar para individualização da pena só ocorre no curso da execução. A Comissão Técnica de Classificação – expressão da Lei de Execução Penal que abrange os serviços colocados à disposição do juízo de execução para auxiliá-lo na individualização da pena – só atua na execução. O juiz, ao aplicar a pena após a condenação, pouco ou nada tem sobre o acusado. Afinal, o processo não se ocupou da pessoa (nem poderia), mas do fato que se imputou a ela. O aporte, então, para amparar a individualização da pena só chega quando ela já foi definida.

Assim, tem-se que a pena é estabelecida após um procedimento que não teve por objeto, propriamente, a aferição da censura do fato criminoso ou a consideração das condições particulares do acusado. A preocupação central do processo consiste no juízo de culpa (absolvição ou condenação), e não propriamente sobre como a pena deve ser individualizada ao caso. Essa matéria não poderá ser revisitada ou revista pelo juízo de execução da pena. As competências jurisdicionais são sucessivas, e não concorrentes, quando nos referimos à fixação da sanção penal ao caso concreto.

2.2 A ausência de sentencing no Brasil

A sentença é o ato último que culmina o processo penal de conhecimento. O procedimento (comum ou especial) ocupa-se precipuamente do confronto da hipótese acusatória e da formação de culpa. Não é exagero dizer que a produção de prova e a procedimentalização do

que se dirige à decisão, eleição e mensuração da pena são *acidentais*.

No curso da execução penal, a lei determina a *classificação* do sentenciado. Essa classificação, realizada a partir de abordagem interdisciplinar (espera-se), deve “orientar a individualização da execução penal” (art. 5º da Lei de Execução Penal). Reunir elementos fáticos e informações para a mensuração da pena, na modelagem institucional brasileira, é tarefa que só ocorre no curso da execução.

O Código de Processo Penal, para prevenir litígio cível e atender aos mandamentos de atenção à vítima, prevê que a sentença condenatória “(...) fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido” (inciso IV do art. 387). Mas, não raro, esse comando é frustrado porque o processo pouco ou nada cuida dessa mensuração de dano. Além disso, o juízo de conhecimento, por especialização, não cuida das condições e estruturas para a aplicação da pena. Pouco ou nada sabe da situação dos estabelecimentos para cumprimento da reprimenda ou dos serviços para a implementação da sanção. A decisão de individualização da pena deveria ser mais bem construída a partir de procedimento próprio que se ocupasse exclusivamente disso, inclusive para eleger o tipo de reprimenda ao caso, e não apenas mensurá-la.

A figura do *sentencing* – nomenclatura presente internacionalmente para nominar o procedimento de escolha e mensuração da pena – em geral observa procedimentalização própria, a fim de que a pena resulte da consideração de elementos informativos específicos para a individualização. Quando se relega a eleição e dosimetria da pena a um capítulo da sentença condenatória, fica difícil (senão, impossível) cumprir o mandato constitucional de individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da Constituição).

O falso cognato entre as palavras em português (sentença) e em inglês (*sentence*) parece conduzir a uma má institucionalização da pena no Brasil. A expressão *sentence* e sua derivação *sentencing* referem-se à punição que um juiz impõe a um indivíduo que tenha praticado crime e seja censurável por isso. Não se confunde com o ato que formaliza essa conclusão de culpa – em português, a sentença; em inglês, *conviction*. *Sentencing*, então, não se refere à sentença, mas à aplicação da pena.

O *sentencing* brasileiro resume-se a um capítulo da sentença. O processo que permite a prolação da sentença pouco se ocupa do que sejam os elementos a serem considerados para a construção dessa pena. Essa assertiva não se refere ao que delimita previamente o legislador: a)

privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) penas restritivas de direitos; e) suspensão ou interdição de direitos. É curioso – ou verdadeiramente bizarro – que a determinação de classificação do preso, de que resultará “um programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório” (art. 6º da Lei de Execução Penal), ocorra somente quando a pena já tiver sido eleita, mensurada e tornada definitiva. O que resta a individualizar depois disso?

Em regra, o juízo da condenação pouca atenção dá às consequências do crime e a própria situação da vítima, para a individualização da pena. A consequência é brutal: toma-se a participação da vítima no processo penal unicamente como meio de prova (meio de prova suspeito ou defeituoso, diga-se, porque haverá quem diga que a participação da vítima se destina a fins divergentes daqueles que orientam a justiça penal).³

As penas são mal implementadas no Brasil. Essa conclusão refere-se tanto a eventual *brandura* do que (e de quem) deva ser apenado com rigor quanto ao *excesso* de penação daquilo (e de quem) se resolveria de maneira mais branda. Trata-se de um problema institucional e normativo. O déficit ou má escolha normativa não é causa nem consequência da má institucionalização da pena no Brasil: são dois elementos indissociáveis que guardam relação simbiótica, de interdependência e correlação. Não há como discutir boa política penal sem que a equação considere igualmente o modo como o sistema de justiça conforma o próprio ato que escolhe e mensura a pena (a sentença).

Os últimos anos foram marcados pela intensa discussão sobre a conformação institucional do juiz das garantias, como medida de desejado aprimoramento do processo decisório do juiz criminal quando aprecia a culpa do acusado. Mas o que dizer do necessário aprimoramento do ato que aplica a pena? Ou, mais que isso, da necessidade de um procedimento qualificado que ampare essa ou aquela conclusão quanto ao que seja a pena adequada e necessária no caso concreto?

Na ausência de elementos informativos e de boa institucionalidade para a individualização da pena, o controle da qualidade da pena aplicada esvazia-se na argumentação jurídica abstrata ou “universal” (a mesma fundamentação é observada, indistintamente, nas sentenças e acórdãos

3 A vítima no processo penal deve ser considerada, tanto no plano normativo quanto no plano institucional, como destinatária da ação do Estado que realiza a justiça criminal. Confira-se, especificamente sobre esse ponto, trabalho de minha autoria em que sustento as distintas dimensões de compreensão jurídica da vítima pelo sistema de justiça criminal (SUXBERGER, 2023).

condenatórios de fatos e pessoas radicalmente diferentes).

A distinção procedimental do juízo de culpa em face do juízo de aplicação da penal (*sentencing*) poderia trazer aprimoramento normativo à política penal no Brasil? A resposta é afirmativa. E essa conclusão deriva da possibilidade de inserção de uma série de providências de fomento às alternativas penais.

2.3 O que o *sentencing* permitiria, se presente no Brasil?

As Regras de Tóquio, expedidas pelas Nações Unidas em 1990 (BRASIL, 2016), formalizam as Regras Mínimas Padrão das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade. Deixo de discorrer sobre a importância desse documento para a conformação normativa das políticas penais. A necessidade de considerá-las, sem maior esforço argumentativo, decorre do reconhecido estado de coisas inconstitucional do sistema prisional. Na expressão do Supremo Tribunal Federal:

Há um estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, responsável pela violação massiva de direitos fundamentais dos presos. Tal estado de coisas demanda a atuação cooperativa das diversas autoridades, instituições e comunidade para a construção de uma solução satisfatória (BRASIL, 2023).

Essa constatação determina a observância de documentos normativos na seara internacional que materializam a compreensão de dignidade humana na implementação das penas. As Regras de Tóquio, então, embora formalizadas há mais de três décadas, ainda carecem de implementação na realidade brasileira.

O documento normativo das Nações Unidas “(...) enunciam uma série de princípios básicos que visam promover o uso de medidas não privativas de liberdade, assim como garantias mínimas para os indivíduos submetidos a medidas substitutivas ao aprisionamento” (BRASIL, 2023, seç. I, item 1.1). Dividem suas disposições em providências: anteriores ao julgamento⁴; próprias do estágio de processo e condenação; dirigidas ao estágio de aplicação das penas; e inseridas no estágio de execução das medidas não privativas de liberdade.

⁴ Apenas para que se tenha a ilustração, a previsão normativa dos institutos de *diversion*, que evitam a judicialização do caso penal (como ocorre com o acordo de não persecução penal e a transação penal), encontra-se justamente nesse ponto das Regras de Tóquio – especificamente na Seção II, item 5.1. Para entender essa gênese normativa da legislação brasileira a partir do documento das Nações Unidas: SUXBERGER, 2019, p. 73.

Quando mencionam a aplicação das penas, prescrevem que o juízo de mensuração da pena deve contar e considerar o que nomina de “relatórios de inquéritos sociais” (BRASIL, 2016, seç. III, item 7):

Quando for possível obter relatórios de inquéritos sociais, a autoridade judiciária pode utilizar um relatório preparado por um agente ou organismo competente e autorizado. Este relatório deverá conter informações sobre o meio social do infrator que possam explicar os padrões de infração e infrações atuais. Deve conter também informações e recomendações pertinentes para fins de fixação da pena. Os relatórios deste tipo deverão ser concretos, objetivos e imparciais e as opiniões pessoais deverão ser claramente indicadas como tais.

A recomendação considera a utilidade das *surveys* (expressão para denominar os inquéritos sociais) para individualizar a pena. Sobre os tipos de pena aplicáveis, confira-se o rol apresentado pelas Regras de Tóquio:

(a) Sanções verbais, como a censura, a repreensão e a advertência; (b) Acompanhamento em liberdade antes da decisão do tribunal; (c) Penas privativas de direitos; (d) Sanções econômicas e pecuniárias, como multas e multas diárias; (e) Ordem de confisco ou apreensão; (f) Ordem de restituição à vítima ou indenização desta; (g) Condenação suspensa ou suspensão da pena; (h) Regime de experiência e vigilância judiciária; (i) Imposição de prestação de serviços à comunidade; (j) Envio a um estabelecimento aberto; (k) Prisão domiciliar; (l) Qualquer outra forma de tratamento não institucional; (m) Uma combinação destas medidas. (BRASIL, 2016, seç. III, item 8.2)

No Brasil, a escolha do tipo de pena é feita pelo legislador – portanto, abstratamente e considerando unicamente o crime (e não a pessoa do delinquentes). Ao juiz resta quantificar a reprimenda. Mas mesmo essa determinação não é tão clara. Veja-se a recente inserção do confisco alargado na legislação brasileira: refiro-me à previsão do art. 91-A do Código Penal, inserido pela Lei nº 13.964/2019. Ali, há a previsão de que, quando a condenação for superior a 6 anos de reclusão, o juiz poderá decretar “(...) a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito.”

No entanto, o que seria uma medida de maior rigor penal resulta numa previsão frustrada. Basta verificar que tal providência, segundo o próprio Código Penal, deve ser indicada e detalhada no momento de ajuizamento da ação penal (“A perda prevista neste artigo deverá ser requerida expressamente pelo Ministério Público, por ocasião do oferecimento da denúncia, com indicação da diferença apurada” - § 3º do art. 92-A do Código Penal). Ainda, na sentença condenatória, “o juiz deve

declarar o valor da diferença apurada e especificar os bens cuja perda for decretada” (§ 4º do art. 92-A do Código Penal).

O processo penal se dirige a solucionar a culpa criminal do acusado, com procedimento atento às garantias do contraditório e da ampla defesa. A quantidade da pena é resultado dessa culpa. É difícil destinar o esforço institucional do Estado (investigação, acusação, decisão) no curso do processo de conhecimento para apurar incremento patrimonial ilícito do acusado. A figura do confisco se amolda exatamente ao procedimento de aplicação da pena (*sentencing*), ou seja, seu momento é após a definição de culpa.

Sem exagerou ou pessimismo, a inserção legislativa do confisco alargado está fadada à inefetividade. Afinal, cuida-se de previsão dirigida a um *sentencing* ausente no procedimento de apenação.

O resultado dessa ausência é uma pena mal individualizada. Nossos parâmetros normativos não respeitam a distinção jurisdicional do processo que resolve a culpa em relação ao processo de aplicação da pena. Por um lado, essa lacuna frustra a demanda (lídima) de resposta severa do Estado a crimes graves. Por outro lado, resulta na construção da pena como monólogo de privação de liberdade, ainda que dirigida a fatos que admitiram resposta alternativa.

2.4 A urgência do tema

A urgência na fixação de um procedimento próprio para a individualização da pena no Brasil é tema abrangido pela determinação de providências dirigidas ao estado de coisas inconstitucional do sistema prisional. Além disso, é tema que igualmente deveria se apresentar como alternativa à ausência de uma política pública dirigida às vítimas de crimes em geral.

Na ausência de um debate legislativo sério sobre o tema, multiplicam-se soluções jurisprudenciais que, verdadeiramente, deveriam orientar práticas institucionais. Veja-se um exemplo para ilustrar essa assertiva.

O tema da insignificância em crimes patrimoniais sem violência ocupa o Supremo Tribunal Federal (STF) há décadas. A par do debate sobre a dignidade constitucional dessa discussão, é evidente o esforço do Tribunal em construir precedente no tema. O esforço esbarra na dificuldade de tratar o tema como inserido no Direito Penal dogmático, quando em

verdade ele melhor se amoldaria à institucionalização da própria resposta penal do Estado.

De modo mais simples: a resposta a infrações insignificantes, quando o legislador prevê crimes abstratamente, melhor atende ao que seja a resposta do Estado ao caso, e não ao debate que revisita o caráter criminoso da conduta. Afinal, nem todo crime corresponde a uma resposta formalizada do Estado em processo, sentença e pena. Há alternativas que operam justamente na decisão de judicialização de casos (discricionariedade persecutória) e na eleição da pena aplicável.

O STF, iterativamente, afirma que a insignificância só tem lugar quando presentes quatro condições que o tribunal nomina como objetivas: “(a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada” (BRASIL, 2014, p. 10 - por todos). Ao citar tais condições, o Tribunal sempre anota a necessidade de criteriosa análise de cada caso, “a fim de evitar que sua adoção indiscriminada constitua verdadeiro incentivo à prática de pequenos delitos patrimoniais” (BRASIL, 2014, p. 11).

Da leitura, poder-se-ia inferir que, a multirreincidentes, então, não haveria possibilidade de se reconhecer insignificância. Certo...mas não. O próprio STF, em precedente de seu pleno, anota que em ações insignificantes, como medida de política criminal, dever-se-ia processar e condenar o acusado, mas, na imposição da pena, admitir a fixação do regime inicial para cumprimento da pena aberto. Vale registrar a literalidade das teses aprovadas, porque elas inequivocamente contrariam a literalidade do texto do Código Penal:

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;
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. (BRASIL, 2015).

O STF não declarou a inconstitucionalidade do enunciado do Código Penal contrariado pela decisão – limitou-se a dizer que “paralisaria” a sua incidência. Essa categoria, de discutível juridicidade, desvela o descompasso entre aquilo que deveria ser solucionado do ponto de vista institucional e, na ausência dessa possibilidade, resulta na prática de

ilegalidade (formal) pelas instituições (no caso, o STF).

Vale aclarar: nessa consideração, não vai uma crítica de erro ou acerto da decisão do STF. A discussão é outra: tivéssemos um procedimento específico para aplicação da pena, a consideração do regime aberto para pena poderia ser ato judicante devidamente informado pela concreta e individualizada situação do acusado. Diante da nossa realidade normativa, o que temos é outra coisa: uma previsão abstrata que muitas vezes não guarda justiça ao caso concreto e um juízo individualizando reprimendas sem a possibilidade de que isso seja resultado de uma cognição abalizada e específica.

3 Conclusão

A ausência de procedimentalização do *sentencing* no Brasil materializa óbice à implementação da individualização da pena. O comando constitucional de individualização da reprimenda – inciso XLVI do art. 5º – enumera as espécies de sanção penal ao legislador ordinário. Mas, igualmente, deveria ensejar compreensão segundo a qual essa individualização reclama procedimento próprio.

Para boa modelagem institucional da individualização da pena, a lei ordinária deveria estabelecer procedimento que tome esse tema como objeto principal. Essa necessidade decorre da urgência de especialização jurisdicional e do esclarecimento do papel das partes cooperativamente, para constituir a resposta penal necessária e adequada ao caso. Isso permitiria não apenas o incremento de uma agenda de alternativas penais, mas igualmente a construção de sanções verdadeiramente adequadas aos casos mais graves e que reclamam ação específica do Estado (por exemplo, ações reparatórias a vítimas e sanções dirigidas ao incremento patrimonial do condenado).

A formalização do *sentencing* no Brasil é tema que deve ser inserido na urgência fixada a partir do reconhecimento do estado inconstitucional de coisas do sistema prisional. Afinal, a má política penal em alguma medida é resultado dessa ausência de procedimentalização da construção da pena no caso concreto.

Referências

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Regras de*

Tóquio: regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38-2.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2023. (Série Tratados Internacionais de Direitos Humanos).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 (ADPF 347 MC)*. Distrito Federal. Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. Redator para acórdão: Min. Luís Roberto Barroso. Julgamento em 4 out. 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=773553256>. Acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Habeas Corpus nº 122.547*. Minas Gerais. Primeira Turma. Rel. Min. Luiz Fux. Julgamento em 19 ago. 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6707406>. Acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Habeas Corpus nº 123.108*. Minas Gerais. Primeira Turma. Rel. Min. Luiz Fux. Julgamento em 19 ago. 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10175198>. Acesso em: 20 jan. 2024.

BUCCI, Maria Paula Dallari; SOUZA, Matheus Silveira de. A abordagem Direito e políticas públicas: temas para uma agenda de pesquisa. *Sequência (Florianópolis)*, v. 43, 2022. Disponível em: <http://www.scielo.br/j/seq/a/VZ9b5j6chf7tPL3RB3qXsxh/>. Acesso em: 12 jul. 2022.

GUSTÍN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Acordo de não persecução penal: o exercício da ação penal e a questão prisional como problema público*. Brasília: Fundação Escola, 2019.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Os sentidos normativos da vítima: da invisibilidade à destinatária de políticas públicas. In: RIBEIRO, CARLOS VINÍCIUS ALVES; FELIX, JULIANA NUNES; SOUZA, MARCELO WEITZEL RABELLO DE (Org.). *Os direitos das vítimas: reflexões e perspectivas – Volume 1*. Brasília: ESMPU, 2023. p. 183–210. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books-esmpu/os-direitos-das-vitimas-reflexoes-e-perspectivas-2013-volume-1>. Acesso em: 10 ago. 2023.

A RESISTÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO E DOS TRIBUNAIS EM RECONHECER A CONTINUIDADE DELITIVA NA EXECUÇÃO PENAL E A DICOTOMIA COM A HABITUALIDADE CRIMINOSA

Marianna Zacharias Rocha Coelho¹

1 Introdução

O Instituto da continuidade delitiva, previsto no artigo 71 do Código Penal brasileiro, representa uma faceta complexa e multifacetada do direito penal. Este conceito, embora frequentemente aplicado durante o processo de conhecimento, encontra uma aplicabilidade particular no âmbito da execução penal. Na prática forense, não é raro que um indivíduo cometa múltiplas infrações penais, que, devido a desafios inerentes à persecução criminal, resultem em inquéritos e processos judiciais autônomos, levando a múltiplas condenações. Essa fragmentação processual muitas vezes obscurece a possibilidade de reconhecimento da continuidade delitiva, uma figura processual penal que visa a unificação dos processos para um julgamento conjunto.

No entanto, a realidade jurídica apresenta uma significativa resistência tanto por parte do Juízo da Execução Penal quanto dos tribunais superiores em reconhecer e aplicar a continuidade delitiva em fase de execução penal. Essa resistência não apenas contradiz a lógica jurídica subjacente ao instituto, mas também revela uma dicotomia problemática entre a interpretação da continuidade delitiva e a percepção de habitualidade criminosa. A relevância deste tema reside na sua capacidade de influenciar diretamente a dosimetria penal, uma vez que a aplicação do princípio da

¹ - Advogada, graduada em Administração de Empresas pela Fundação Getúlio Vargas – FGV. Mestre em Direito Empresarial pela Universidade de Coimbra – Portugal. Docente na Faculdade Anhanguera Educacional e no Curso Direção concursos. João Carlos Torres Quirino - Advogado. MBA em direito empresarial do Trabalho pela Fundação Getúlio Vargas - FGV. Membro das comissões da OAB/JF de Direito consumidor, Mediação, Assuntos Criminais. Mais 10 anos de experiência na área de empresarial e trabalhista.

continuidade delitiva pode resultar na consideração de múltiplos crimes como uma única infração, impactando diretamente na pena aplicada. Portanto, é imperativo explorar e entender as razões, as implicações e as possíveis soluções para este desafio jurídico que se apresenta na execução penal no Brasil.

2 Desenvolvimento

2.1 *Conceituação e Importância do Instituto da Continuidade Delitiva*

A continuidade delitiva, conforme estabelecida no artigo 71 do Código Penal, é um conceito jurídico que aborda a prática de dois ou mais crimes sob circunstâncias semelhantes, considerando-os como uma extensão contínua do primeiro delito cometido. Esta disposição legal fundamenta-se na teoria da ficção jurídica, que permite a interpretação de uma série de infrações penais como se fossem uma única, com o objetivo de aplicar uma penalidade mais justa e proporcional. A relevância desse instituto no processo penal brasileiro é inegável, principalmente na fase de dosimetria da pena, onde pode resultar na aplicação da pena de um único crime, sendo esta, em casos de crimes idênticos, a do delito mais grave, acrescida de um sexto a dois terços.

Essa abordagem tem implicações significativas na execução penal. A continuidade delitiva busca uma compreensão mais humanizada e justa da conduta criminosa, evitando penalidades excessivas por crimes que, embora distintos em sua ocorrência, compartilham uma natureza e contexto similares. Este entendimento é crucial, especialmente em casos onde a fragmentação processual resulta em múltiplas condenações, o que pode levar a penas desproporcionalmente severas se a continuidade delitiva não for considerada.

O jurista Rogério Greco, ao discutir a continuidade delitiva, destaca a importância de entender essas múltiplas ações como parte de um contexto unificado, que reflete mais precisamente a intenção e a gravidade da conduta do agente. A adoção da teoria da ficção jurídica pelo Código Penal brasileiro representa um esforço em equilibrar a necessidade de punir o crime com a busca pela justiça penal que não apenas pune, mas também ressocializa.

Porém, a aplicação desta teoria enfrenta desafios significativos, especialmente quando se trata da execução penal. A resistência em

reconhecer a continuidade delitiva nessa fase do processo penal, como será explorado nas próximas seções, reflete um conflito entre a interpretação legal e a prática judiciária, que necessita de uma análise cuidadosa e crítica.

2.2 Análise Jurisprudencial e Doutrinária

A interpretação e aplicação do instituto da continuidade delitiva são temas de intensos debates doutrinários e jurisprudenciais. A divergência de opiniões entre juristas e a variação nas decisões judiciais refletem a complexidade inerente ao tema.

2.2.1 Divergências Doutrinárias

No cenário doutrinário, a discussão sobre o que constitui “crimes da mesma espécie” ilustra bem essas divergências. Enquanto uma corrente, representada por Damásio Evangelista de Jesus, sustenta que crimes da mesma espécie são aqueles previstos no mesmo tipo penal, outra corrente, defendida por Guilherme de Souza Nucci, argumenta que crimes da mesma espécie são aqueles que afetam o mesmo bem jurídico.

Essas interpretações distintas têm implicações significativas na aplicação prática da continuidade delitiva, pois a escolha de uma ou outra perspectiva pode alterar drasticamente o entendimento sobre a conexão entre os delitos cometidos pelo mesmo agente.

2.2.2 Posicionamentos Jurisprudenciais

Jurisprudencialmente, a resistência em reconhecer a continuidade delitiva durante a execução penal é evidente. Muitos tribunais, incluindo o Supremo Tribunal Federal (STF), tendem a adotar uma interpretação mais restrita do instituto. Decisões judiciais frequentemente destacam a necessidade de uma conexão subjetiva entre os atos criminosos, além dos critérios objetivos estabelecidos pelo artigo 71 do Código Penal. Essa abordagem tende a favorecer a interpretação de crimes reiterados como manifestações de habitualidade criminosa, em detrimento da configuração de continuidade delitiva.

Este cenário revela uma certa relutância em aplicar a teoria da ficção jurídica na fase de execução penal, o que, por sua vez, pode resultar em penas mais severas e, possivelmente, desproporcionais. A hesitação

dos tribunais em reconhecer a continuidade delitiva nesta etapa do processo penal sugere uma interpretação mais punitiva do direito penal, contrastando com a intenção original do legislador de mitigar a severidade das penas em casos de crimes continuados.

2.3 Requisitos para a Configuração da Continuidade Delitiva

A configuração da continuidade delitiva, conforme delineada no artigo 71 do Código Penal, requer o preenchimento de critérios específicos. Esses critérios, embora aparentemente claros em sua formulação legal, são frequentemente objeto de interpretações variadas na prática jurídica.

2.3.1 Pluralidade de Ações ou Omissões

O primeiro e mais evidente requisito é a existência de mais de uma ação ou omissão. Isso implica uma série de comportamentos que, embora distintos, são unificados sob o conceito de continuidade delitiva. Essa pluralidade de atos deve ser analisada não apenas em sua forma, mas também em seu contexto e intenção.

2.3.2 Crimes da Mesma Espécie

O entendimento de “crimes da mesma espécie” é talvez o aspecto mais debatido. Conforme citado anteriormente, a doutrina se divide entre uma interpretação mais restrita, focada na identidade dos tipos penais, considera que apenas os delitos previstos no mesmo tipo penal podem constituir a continuidade delitiva. Por outro lado, uma visão mais ampla sugere que delitos que atingem o mesmo bem jurídico, ainda que tipificados de forma distinta, podem ser considerados da mesma espécie. Esta abordagem mais ampla permite uma maior flexibilidade na aplicação do instituto, possibilitando uma interpretação que melhor reflète a realidade multifacetada da conduta criminoso.

2.3.3 Condições de Tempo, Lugar, Maneira de Execução e Outras Semelhantes

Além da pluralidade de ações e da identidade de crimes, o artigo 71 do Código Penal exige que os delitos compartilhem condições

semelhantes de tempo, lugar, maneira de execução, entre outras. Esta exigência busca estabelecer um nexo entre os crimes que transcenda a mera coincidência temporal ou espacial. É essencial que haja um padrão ou uma relação contextual que una os delitos, conferindo-lhes uma qualidade de continuidade.

2.3.4 Unidade de Desígnios

Embora a legislação brasileira tenda a adotar uma abordagem objetiva, baseada nos critérios mencionados acima, a jurisprudência frequentemente pondera sobre a necessidade de uma “unidade de desígnios” ou um propósito comum subjacente aos atos criminosos. Esta análise subjetiva pode ser crucial na distinção entre uma prática habitual de crimes e a continuidade delitiva.

Estes requisitos, embora claros em teoria, apresentam desafios significativos na prática jurídica, particularmente na fase de execução penal. A interpretação e aplicação destes critérios têm implicações diretas na justiça e proporcionalidade das penas impostas, destacando a importância de uma análise cuidadosa e contextualizada de cada caso.

2.4 A Resistência na Execução Penal e seus Impactos

A fase de execução penal revela uma resistência significativa em reconhecer e aplicar o instituto da continuidade delitiva. Essa resistência tem implicações profundas, tanto na eficácia do sistema de justiça penal quanto na vida dos condenados.

2.4.1 Resistência do Juízo e dos Tribunais

A prática jurídica demonstra que, mesmo diante de casos que aparentemente preenchem os requisitos para a continuidade delitiva, juízes e tribunais hesitam em aplicar o instituto na execução penal. Essa hesitação muitas vezes decorre da preocupação em não mitigar as penas de indivíduos considerados habitualmente criminosos. Tal postura reflete um dilema entre a aplicação estrita da lei e a percepção de justiça no tratamento de reincidentes ou de indivíduos com múltiplas condenações.

2.4.2 Impactos na Dosimetria da Pena

A resistência em aplicar a continuidade delitiva na execução penal pode levar a penas mais severas, resultando em uma punição que não reflete adequadamente a natureza e o contexto dos crimes cometidos. Esta abordagem pode ser vista como uma falha do sistema em reconhecer a dinâmica e a complexidade do comportamento criminoso, levando a um tratamento penal que pode ser desproporcionalmente punitivo.

2.4.3 Necessidade de uma Abordagem Equilibrada

É essencial que o sistema de justiça penal busque um equilíbrio entre a interpretação estrita da lei e a realidade prática dos casos criminais. Uma abordagem mais equilibrada permitiria uma aplicação mais justa da continuidade delitiva, reconhecendo as nuances dos atos criminosos e garantindo que as penas sejam proporcionais e justas. Tal abordagem não apenas beneficia os condenados, mas também reforça os princípios de justiça e equidade que são fundamentais para um sistema de justiça penal eficaz.

3 Conclusão

O estudo do instituto da continuidade delitiva no contexto da execução penal brasileira revela uma complexa interação entre teoria jurídica e prática judiciária. Enquanto a legislação estabelece critérios claros para a aplicação deste instituto, a prática nos tribunais e no juízo da execução frequentemente diverge, refletindo uma tendência à resistência em sua aplicação. Esta resistência, embora fundamentada na precaução contra a leniência excessiva com criminosos habituais, pode resultar em penas desproporcionais e, por vezes, injustas.

A análise apresentada demonstra a necessidade de uma interpretação mais equilibrada e contextualizada da continuidade delitiva. O reconhecimento adequado desse instituto pode contribuir significativamente para a justiça e a proporcionalidade das penas, alinhando o sistema penal com seus objetivos de justiça, ressocialização e prevenção da criminalidade.

A jurisprudência e a doutrina devem, portanto, continuar a dialogar e a refletir sobre essas questões, buscando soluções que harmonizem a

aplicação da lei com as realidades complexas do comportamento humano. Somente através de uma abordagem mais integrada e humanizada, o direito penal poderá efetivamente cumprir seu papel na sociedade contemporânea, equilibrando a necessidade de punir com a busca incessante pela justiça e equidade.

Referências

ANDREUCCI, R. A. Comentários ao projeto de código penal: parte geral. São Paulo: J. de Oliveira, 2001.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

CÂMARA, L. A. **Estrutura e fundamentos do crime continuado**. 2001. 366f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2001.

COSTA JUNIOR, P. C. da. **Curso de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRECO, R. Código penal comentado. Niteroi/RJ: Impetus, 2011.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 19. ed. Niterói/RJ: Impetus, 2017.

NORONHA, E. M. Direito penal: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1986.

NUCCI, G. S. **Manual de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, G. S. Código penal comentado. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

SANTOS, J. C. dos. Direito penal: a nova parte geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris; Curitiba: ICPC, 1985

STF. <https://jurisprudencia.stf.jus.br/>. Acesso em: 17 de dezembro de 2023.

BULLYING: O ENSINO DO DIREITO NA ESCOLA COMO FORMA DE COMBATE EFETIVO

Ingrid Kety de Sales Castor¹

1 Introdução

A palavra “bullying” é um termo em inglês que deriva de “bully” e significa “valentão ou valentona” e se tornou um problema social com maior percepção no ambiente escolar já que as partes envolvidas em sua maioria são crianças e adolescentes e a escola é o local onde elas passam boa parte do tempo.

Todavia, embora o *bullying* tenha ganhado uma atenção maior no meio escolar, tal prática pode ocorrer em outros ambientes como clubes, condomínios, agremiações recreativas e internet (cyberbullying).

O *bullying* é um ato ou conjunto de atos de violências intencionais e repetitivas que pode ser praticado por uma ou mais pessoas contra um indivíduo ou mais com objetivo de “ferir-lo(s)”. Para sua caracterização, além da intencionalidade e repetição é preciso que haja uma relação de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas.

A Lei Federal nº 13.185 que instituiu o programa de combate ao *bullying*, o conceituou como “intimidação sistemática” e o definiu como um “ato de violência física ou psicológica, intencional e repetitivo que ocorre sem motivação evidente”. (BRASIL, 2015)

E, como é de conhecimento geral, violência por si só é uma forma de crime. E apesar da Lei de combate a intimidação sistemática definir o fenômeno do *bullying* como uma forma de violência, somente em 2024 houve alteração do Código Penal brasileiro com inclusão do artigo 146-A para criminalizar ou “regular” em norma penal própria o que já era

1 Especialista em Direito Civil Aplicado pela Puc Minas; Docência com Ênfase em Educação Jurídica pela Faculdade Arnaldo e Direito, Inovação e Tecnologia pela ESA/MG. Advogada e Professora na Rede Batista de Educação e no Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Salgado de Oliveira (Centro Universo Belo Horizonte). Professora voluntária e membro do Direito na Escola. Endereço eletrônico: ingrid.castor@yahoo.com.br

considerado crime.

Além disso, é preciso lembrar que os autores e vítimas de bullying são, em sua maioria, crianças e adolescentes que são pessoas consideradas inimputáveis pela legislação penal já que os menores de 18 anos não recebem aplicação da norma penal, mas sim do Estatuto da Criança e Adolescente em se tratando de atos infracionais.

Deste modo, endurecer regras com objetivo de uma mudança comportamental decorrente de um fenômeno social enfrentado pela sociedade brasileira há muitos anos é pouco efetivo. Educar e conscientizar as pessoas sobre seus direitos, deveres e consequências de seus atos é o caminho mais eficiente para uma sociedade livre de *bullying*.

2 *Bullying*: quando a “brincadeira” se torna crime

A lei de combate ao *bullying*, além de defini-lo como uma ou mais formas de violência também apontou como requisito a necessidade de existência de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas, ou seja, sempre há um mais forte e outro mais fraco que torna a relação desequilibrada e injusta.

Geralmente, o *bullying* ocorre entre o público infanto-juvenil por se tratarem de pessoas ainda em processo de desenvolvimento físico, moral e emocional que podem encontrar desafios na construção de suas relações interpessoais nos ambientes que costumam frequentar com seus pares.

O *bullying* não é, nem de longe, uma brincadeira. E o que o difere de outros acontecimentos do cotidiano é a intenção violenta e repetida do agente com objetivo de causar angústia em quem recebe as agressões gratuitas.

É preciso muito cuidado para não chamar de “*bullying*” as brincadeiras próprias da idade infanto-juvenil ou situações envolvendo algum conflito que sob um viés psicopedagógico são considerados normais e saudáveis para o desenvolvimento de crianças e adolescentes.

De igual forma, também é preciso muita cautela para não banalizar atitudes que são consideradas criminosas e que se repetidas e intencionais podem evoluir para uma forma de intimidação sistemática.

As brincadeiras são, em sua maioria dos casos, consentidas pelas partes. E quando há brincadeira, todos se divertem. Ou nos casos em que

se gerou algum desconforto ou excesso de um dos envolvidos, logo se resolve com um pedido de desculpas.

As intimidações sistemáticas não. Estas são atitudes previamente pensadas e praticadas repetidas vezes contra uma mesma pessoa ou grupo de forma intencional, ou seja, há desejo de causar dor a outrem e o “alvo” é sempre o mesmo. Neste contexto, se houve intenção repetitiva de machucar outrem, a “brincadeira” ou atitude que “parecia” ser se torna crime.

3 Formas de intimidações sistemáticas (*bullying*)

A Lei nº 13.185 que instituiu o programa de combate à intimidação sistemática no Brasil definiu o “bullying” como atos de violências intencionais e reiteradas que vão de “piadinhas” maldosas e/ou preconceituosas a ataques físicos e/ou psicológicos.

A legislação em comento em seu artigo 3º classificou em 08 (oito) as formas de violência tidas como intimidações sistemáticas, são elas: verbal, moral, sexual, social, psicológica, física, material e virtual.

As violências verbais e morais descritas nos incisos I e II do artigo 3º da Lei de combate ao *bullying* descreve as ações de intimidação sistemática que se enquadram nos artigos 138 ao 145 do Código Penal que dispõe sobre os crimes contra a honra.

- Verbal: insultar, xingar e apelidar pejorativamente.
- Moral: difamar, caluniar, disseminar rumores.

Já o inciso III, prevê a intimidação sistemática de forma sexual que tem amparo da norma penal na proteção diante dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, ambos previstos nos artigos 213 ao 218.

- Sexual: assediar, induzir e/ou abusar.

No que se refere a violência social prevista no inciso IV do artigo 3º da Lei 13.185/15, que envolve segregação e isolamento (ou cancelamento) social, tais atos de violência encontram correspondência na Lei nº 9.455/1997 que dispõe sobre os crimes de tortura e até mesmo na Lei nº 7.716/1989, quando se tratar de isolamento ou exclusão por motivo de preconceito ou discriminação por raça ou cor.

- Social: ignorar, isolar e excluir.

No inciso V do mesmo artigo, a violência psicológica também é descrita como uma forma de *bullying* e encontra correspondência nos artigos

147 e 147-A do Código Penal que prevê os crimes de ameaça e perseguição e ainda na Lei nº 9.455/1997 que define os crimes de tortura.

- Psicológica: perseguir, amedrontar, aterrorizar, intimidar, dominar, manipular, chantagear e infernizar.

As práticas de *bullying* em sua forma física envolvem agressões corporais que podem resultar nas variações do crime de lesão corporal definidas no artigo 129 do Código Penal Brasileiro.

- Física: socar, chutar, bater.

O inciso VII já dispôs sobre a violência material (ou patrimonial). Este tipo de intimidação sistemática envolve dano ao patrimônio da vítima e tal ato pode encontrar correspondência nos crimes de furto, roubo, extorsão e dano patrimonial previstos nos artigos 155, 157, 158 e 163 da norma penal.

- Material: furtar, roubar, destruir pertences de outrem.

A intimidação sistemática de forma virtual, também conhecida como *cyberbullying*, prevista no inciso VIII são os atos de violência que ocorrem em ambiente digital e podem ser quaisquer das outras formas de *bullying* já mencionadas, porém praticadas na internet.

Esta forma de *bullying* é ainda mais perigosa devido à dificuldade de se mensurar o alcance de pessoas no meio virtual em caso de superexposição das partes que podem trazer prejuízos irreparáveis à vítima.

- Virtual: depreciar, enviar mensagens intrusivas da intimidade, enviar ou adulterar fotos e dados pessoais que resultem em sofrimento ou com o intuito de criar meios de constrangimento psicológico e social.

As formas de se praticar a intimidação sistemática, como tecnicamente é chamado o *bullying* pela legislação que o instituiu em 2015, são meramente exemplificativas e não taxativas, podendo existirem outras se a motivação da conduta do agente for intencional, repetitiva, sem fundamento evidente com objetivo de causar dor/angústia na vítima nos casos em que há relação de desequilíbrio entre as partes envolvidas.

Para todas as formas descritas na norma de combate ao *bullying* há previsão legal correspondente na legislação criminal brasileira.

Portanto, se toda forma de violência e intimidações sistemáticas tem correspondência na norma penal, pode-se afirmar que o *bullying* e o *cyberbullying* muito antes de serem “criminalizados pela Lei nº 14.811” que alterou o Código Penal já eram considerados crimes pela sociedade e

própria legislação penal brasileira.

4 Criminalização do *bullying*

O *bullying* é um fenômeno social que ocorre em relações com desequilíbrio de forças e presença repetitiva, gratuita e intencional de uma ou mais formas de violências nos mais variados ambientes (escolar, clubes, agremiações, internet, condomínios, entre outros).

Por muito tempo o *bullying* foi atribuído tão somente ao público infanto-juvenil devido à ausência de formação emocional completa próprias da idade e do processo de desenvolvimento das pessoas com menos de 18 anos.

A norma penal, em seu artigo 27, considerou as pessoas com menos de 18 (dezoito) anos como inimputáveis, ou seja, isentas de pena sob a ótica do Código Penal justamente por serem pessoas em processo de desenvolvimento, mas não ignorou que a norma especial atribuísse uma penalidade adequada ao agente: “Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”. (BRASIL, 1.940).

Assim, mesmo se tratando de uma legislação de proteção especial para o público infanto-juvenil, coube ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), aplicar as medidas necessárias como consequências para os atos definidos como crimes quando cometidos por crianças ou adolescentes.

É importante lembrar que por força legal, pessoas com menos de 18 anos não cometem crimes. Com isso, “a conduta definida como crime ou contravenção penal na legislação brasileira é considerada como um ato infracional quando praticada por criança ou adolescente”. (CASTO; ROCHA, 2024).

A Lei nº 14. 811 publicada no início de 2024 alterou o Código Penal Brasileiro, incluindo no capítulo dos crimes contra a liberdade individual da legislação penal o artigo 146-A com dois “novos” crimes:

Intimidação sistemática (*bullying*)

Art. 146-A. Intimidar sistematicamente, individualmente ou em grupo, mediante violência física ou psicológica, uma ou mais pessoas, de modo intencional e repetitivo, sem motivação evidente, por meio de atos de intimidação, de humilhação ou de discriminação ou de ações verbais, morais, sexuais, sociais, psicológicas, físicas, materiais ou

virtuais:

Pena - multa, se a conduta não constituir crime mais grave.

Intimidação sistemática virtual (cyberbullying)

Parágrafo único. Se a conduta é realizada por meio da rede de computadores, de rede social, de aplicativos, de jogos **on-line** ou por qualquer outro meio ou ambiente digital, ou transmitida em tempo real:

Pena - reclusão, de 2 (dois) anos a 4 (quatro) anos, e multa, se a conduta não constituir crime mais grave.

A norma que também trouxe alterações para o ECA surgiu como mais uma forma de garantia de proteção de crianças e adolescentes o que reforça que o *bullying* e *cyberbullying* ainda tem como principais vítimas estas pessoas em processo de forma moral, emocional e física.

E embora a alteração legislativa tenha atribuído à norma penal a criminalização do *bullying* e do *cyberbullying*, não podemos nos esquecer que o Código Penal não tem aplicabilidade sobre crianças e adolescentes quando estas forem autoras dos referidos crimes, já que foram consideradas inimputáveis pela própria norma penal.

Assim, se o *bullying* ou *cyberbullying* for praticado por crianças e adolescentes, a norma que tratará das consequências cabíveis é o ECA e não o Código Penal, devendo serem aplicadas as medidas de proteção nos casos em que houver violação de direitos de criança ou adolescente e medidas socioeducativas aos adolescentes que cometerem ato infracional e não as penas previstas no artigo 146-A.

Cabe dizer que a nova legislação que objetiva instituir novas medidas de proteção de crianças e adolescentes não trouxe solução para erradicar um problema social grave e com grande raiz presente por gerações em nossa sociedade, além de deixar uma lacuna no artigo 146-A quanto a possibilidade de adultos também serem considerados vítimas de *bullying*.

O *bullying*, apesar de ter ganhado uma lei para chamar de sua em 2015 e ser criminalizado em 2024, não é um problema ou crime novo na sociedade brasileira. E tal problema e “crime” até então só ocorria entre o público infanto-juvenil e seus respectivos pares com os olhares da sociedade mais atentos e voltados para o ambiente escolar como “único local” para suas práticas.

Apesar de ser este um grande desafio para as escolas, as intimidações sistemáticas podem ocorrer em qualquer lugar/ambiente e deve ter atenção e olhar de toda sociedade o que inclui a família/responsáveis e o próprio

Estado.

A Escola desempenha um papel fundamental no processo de educar para a cidadania, a partir do ensino de seus conteúdos programáticos e ainda dos princípios e valores como o respeito, ética, regras, cooperação e tolerância para construção e fortalecimento das relações interpessoais e vivência em coletividade.

A construção de uma sociedade melhor e formação moral de um indivíduo depende de fatores multidisciplinares, por não se tratar de competência exclusiva das Escolas. A efetivação das políticas públicas e investimentos nas áreas de segurança e Educação por parte do Estado é um dos caminhos para uma sociedade melhor.

A Educação e conscientização de todos (dentro e fora da escola) é o caminho para se combater o *bullying* e suas formas.

6 Conclusão

O *bullying*, além de crime, é um problema social que deve ser tratado com grande importância por todos, o que envolve o Estado, a família, a escola e a sociedade. Por se tratar de um problema antigo que contribui para a desigualdade, preconceito e violências que podem causar evasão escolar quando ocorrido neste ambiente, depressão e prejuízos no desenvolvimento psíquico, social, pedagógico e moral dos envolvidos deve ser amplamente combatido.

Neste artigo, objetivou-se conceituar o termo *bullying*, apresentar suas formas com as correspondências na norma penal e outras legislações correlatas, esclarecer sobre a isenção de penas às pessoas com menos de 18 (dezoito) anos e apontar uma crítica à efetividade da norma que apenas o criminalizou e não trouxe soluções para sua erradicação.

Assim, verificou-se que tal fenômeno está enraizado na sociedade e que é preciso muito mais que novas normas para o combate efetivo deste tipo de violência, não podendo o foco ser restringido tão somente às punições que já existiam para as formas de intimidações sistemáticas previstas.

Deste modo, apenas criminalizar o *bullying* como meio de endurecer regras não promove mudanças de comportamentos que maculam a sociedade há muitos anos, sendo muito mais eficiente para o público infanto-juvenil, investir em conscientização e educação sobre direitos e obrigações ainda no seio escolar.

Assim, destaco a importância do trabalho realizado pelo Programa Direito na Escola, que desde a sua criação tem como objetivo ensinar a ciência do direito, na educação básica, como forma de contribuir para a formação cidadã do indivíduo e prepará-lo para viver em sociedade com a conscientização de seus direitos e deveres.

A formação para a cidadania é o ponto principal para a construção de um mundo melhor e uma sociedade mais justa e equilibrada. E a capacitação dos profissionais já prevista na Lei 13.185 somadas a obrigatoriedade do ensino da ciência do direito ainda na educação básica favorece a efetividade desta construção e auxilia as escolas com as dinâmicas de combate ao *bullying* e prevenção de outros problemas.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988.**

Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 08 de dezembro de 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 07 de dezembro de 1.940.

Código Penal. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em 10 de dezembro de 2023.

BRASIL. **Lei nº 7.716**, de 05 de janeiro de 1.989.

Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm Acesso em 10 de dezembro de 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.455**, de 07 de abril de 1.997.

Define os crimes de tortura e dá outras providências. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9455.htm Acesso em 10 de dezembro de 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm Acesso em: 08 de dezembro de 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.185, de 06 de novembro de 2015.** Institui o

Programa de Combate à Intimidação Sistemática (Bullying). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13185.htm Acesso em 15 de janeiro de 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.811, de 12 de janeiro de 2024.** Institui

medidas de proteção à criança e ao adolescente contra a violência nos estabelecimentos educacionais ou similares, prevê a Política Nacional de Prevenção e Combate ao Abuso e Exploração Sexual da Criança e do Adolescente e altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e as Leis nºs 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), e 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2024/lei/114811.htm Acesso em 16 de janeiro de 2024.

BULLYING. Disponível em <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/educacao-semanal/bullying> . Acesso em 12 de dezembro de 2023.

BULLYING. Disponível em <https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/bullying.htm#:~:text=Normalmente%2C%20chamamos%20de%20bullying%20o,o%20ato%20como%20ass%C3%A9dio%20moral>. Acesso em 12 de dezembro de 2023.

BULLYING e Violência Escolar Suas consequências e como combatê-las. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/blog/bullying-e-violencia-escolar> . Acesso em 05 de janeiro de 2024.

CASTOR, I. K. S.; ROCHA, V. A. Estatuto da Criança e do Adolescente Direitos e Deveres não são brincadeira. 2. ed. 2024. Direito na Escola.

DICIONÁRIO MICHAELIS. Disponível em <https://michaelis.uol.com.br/moderno-ingles/busca/ingles-portugues-moderno/bully/> Acesso em 08 de dezembro de 2023.

ESPECIALISTAS INDICAM FORMAS DE COMBATE A ATOS DE INTIMIDAÇÃO. Disponível em <http://portal.mec.gov.br/component/tags/tag/34487>. Acesso em: 08 dez. 2023.

PROVA PENAL DIGITAL: AUTENTICIDADE E CONFIABILIDADE À LUZ DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Diego Guimarães Ribeiro¹

Cássius Guimarães Chai²

1 Introdução

Trata-se de pesquisa científica reflexiva delimitada ao alcance e as limitações das provas penais digitais sob o enfoque dos direitos e garantias fundamentais vigentes no ordenamento jurídico, sobretudo no direito processual penal brasileiro.

É importante ressaltar que muito embora a estrutura do processo penal pátrio ter sido edificada com espeque em um conjunto de instrumentos e conceitos que fazem deferência ao princípio da verdade real ou absoluta, o que muitas vezes conduz a uma investigação desmedida e curvada a eventuais ilegalidades com o escopo de alcançar à confissão, esse mito está superado pois, o que se busca, atualmente no processo penal, é o julgamento justo ao acusado.

No que diz respeito à verdade real, Jardim (2018) destaca com perspicácia que se mostra destituído de sentido imaginar que através dos meios de prova e da dialética do processo, possa o julgador alcançar a verdade absoluta dos eventos situados no passado, que culminaram nos atos ilícitos e relevantes para o julgamento, cuja apreciação crítica se submetem para se promover a pretensão punitiva estatal.

Sob este prisma, o autor elucida que compreendemos de maneira

1 Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Mestre em Segurança Pública pela Universidade Vila Velha - UVV. Procurador-Geral de Itapemirim/ES. E-mail: dgrguimaraes@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5267958851526690>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7923-9772>.

2 Professor permanente do PPGD FDV. Professor Associado da Universidade Federal do Maranhão (PPGDIR e PPGAERO). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais e pela Cardozo School of Law - Yeshiva University (2006). Promotor de Justiça do Ministério Público do Maranhão. E-mail: cassiuschai@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7954290513228454>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5893-3901>.

inadequada o *princípio da verdade real* como uma proposição elementar e fundamental na qual o juiz criminal apenas pode considerar como verdadeiros os fatos que estejam regularmente demonstrados nos autos do processo.

Nessa perspectiva, as provas têm por função a reconstrução dos fatos e de suas circunstâncias da maneira mais fidedigna o possível da realidade. No ordenamento jurídico vigente a Constituição Federal garante “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988), todavia, a própria Carta Magna encerra limites ao direito ao inadmitir as provas obtidas por meios ilícitos.

De acordo com Rangel (2019, p. 741):

Meios de prova são todos aqueles que o juiz, direta ou indiretamente, utiliza para conhecer da verdade dos fatos, estejam eles previstos em Lei ou não. Em outras palavras, é o caminho utilizado pelo magistrado para formar a sua convicção acerca dos fatos ou coisas que as partes alegam.

Nesse viés, não obstante a ampla aquiescência da legislação acerca das espécies de provas, cumpre chamar a atenção para o fato de que o sistema processual adotado permite ao julgador apreciar livremente as provas produzidas pelas partes e decidir a causa de acordo com o seu livre convencimento, exigindo-se tão somente fundamentação e motivação para tanto.

Neste contexto, evidencia-se uma preocupação corpulenta da doutrina e da jurisprudência voltada a obtenção da *verdade real* por meio dos fatos demonstrados no processo, ou seja, por meio da prova documental, da prova pericial, do exame de corpo de delito, do interrogatório, da confissão, da palavra do ofendido, da prova testemunhal, do reconhecimento de pessoas ou coisas, da acareação e outros meios de prova.

Essas espécies de prova muitas vezes não são contraditadas, haja vista a pouca incidência de produção fraudulenta, com vistas a iludir o julgador ou ludibriar o sistema, em especial diante da possibilidade impugnação jurídica ou pericial com grande probabilidade de êxito e cujos reflexos penais podem ser calamitosos ao infrator.

Todavia, há de se ressaltar que estamos no século XXI, onde, de acordo com as palavras de Zaniolo (2021), a revolução tecnológica e econômica impulsiona a humanidade a uma novel fase, na qual claramente as empresas e os indivíduos atuam mundialmente, através de uma profusão

plataformas de comunicação, colaboração e inovação, de tal sorte que o formato digital se faz onipresente nos mais inusitados tipos de atividades, no qual o direito também está diretamente imbricado.

Conforme dito alhures, a estrutura do processo penal pátrio direciona-se ao princípio da verdade real ou absoluta, contudo, para tanto não se restringe a produção probatória ao uso dos meios de prova previstos na legislação.

Surge então o instituto da prova digital, que “é o meio de demonstração de fato ocorrido por meios digitais ou que, embora tenha ocorrência fora deles, esses possam servir para demonstração do próprio fato” (THAMAY, 2020, p. 33).

No tocante à temática, Carvalho (2009, p. 87) leciona que:

[...] o registro de um fato, originariamente, por meios eletrônicos ou tecnológicos, documentado sob a forma digital, através de codificação binária, capaz de ser traduzido para uma linguagem inteligível ao homem, dotado de abstração quanto ao meio em que ocorreu o fato objeto do registro e a respectiva forma de armazenagem, presente a portabilidade do código binário para suporte material diverso, conservando a integridade original do registro, sua autenticidade e possibilidade de utilização sob a forma de pelo menos outra mídia que não a originalmente obtida.

É importante destacar que a utilização desse meio probatório, em especial no processo penal, demanda a estrita observância de sua autenticidade, sua integridade e a preservação da cadeia de custódia, de modo que a claudicância de qualquer destes fatores pode resultar na imprestabilidade da prova (THAMAY, 2020).

Isto porque é cediço que o âmbito onde se desenvolvem as atividades em formato digital é multifacetado, muitas vezes desprovido da autoria e da transparência que reclama o processo penal justo. Ademais, anote-se que é evidente a possibilidade manipulação de dados digitais. Acerca do assunto Sydow (2021, pp. 125-126) defende que:

Desse modo, seria possível dizer que o princípio da manipulação seria aquele a partir do qual se deve sempre considerar que os elementos informáticos admitem modificações de ordem ideológica ou formal, de modo a comprometer a veracidade direta ou indireta de seu conteúdo; sendo assim, é necessário que se sigam protocolos de verificação de integridade e autenticidade dos elementos informáticos para que se possa considerá-los (juridicamente falando) como capazes de demonstrar um fato.

O meio informático tem o condão de gerar dúvida presumida no que

se refere ao seu conteúdo, mas também de gerar dúvidas no que se refere à sua forma. E isso se dá porque ele permite a manipulabilidade ideológica e formal de seus documentos.

A manipulação ideológica é a modificação indevida do conteúdo representado em um elemento informático verdadeiro. Já a manipulação formal, seria a manipulação do próprio elemento que pode ou não conter elemento ideologicamente verdadeiro.

Ocorre que nem sempre a comprovação da manipulação dos dados pode ser feita pela parte contrária, seja por falta de acesso a elementos essenciais, seja por falta de aptidão e/ou capacidade técnica para tanto. Quanto ao tema vale mencionar os escólios de Ramos (2021, pp. 40-41):

O alcance do contraditório em relação ao documento juntado é, entretanto, em geral limitado ao próprio documento e o seu conteúdo, possibilitada a contraprova. A parte tem direito a falar sobre o conteúdo, sobre a forma, sobre consequências lógicas e jurídicas etc., ou mesmo a possibilidade de fazer provas destinadas a contrapor a prova apresentada. Juntado o documento, abre-se vista para a parte contrária, nos termos do art. 436 ou 437, §1º. do CPC brasileiro, e essa se manifesta.

A juntada de um documento, todavia, não confere qualquer “acesso” para a parte contrária. Se alguém junta, por exemplo, uma fotografia afirmando se tratar da rua em que o acidente ocorreu, a parte contrária pode manifestar-se no sentido de a foto não ser atual. Entretanto, se o objeto da fotografia é, suponha-se, o saguão de um edifício, a juntada não confere acesso da parte contrária ao local fotografado. Se o objeto do documento é um *print* de uma tela retirada do sistema do Hospital, isso não confere à parte contrária o direito de acesso ao *software*.

Desta forma, ante a admissível hipótese de fragilidade e vulnerabilidade das provas digitais, revela-se fundamental a estrita observância de sua autenticidade, integridade e da preservação da cadeia de custódia, todavia, em tempos de recorrentes invasões de sistemas e manipulações de dados digitais/informáticos, muitas vezes sequer detectados pelos melhores dispositivos de segurança das redes que monitoram os tráfegos de dados, em que garantia poderá se sustentar o processo penal de que os elementos probatórios digitais que se irão se submeter à apreciação do juízo e orientar seu convencimento permanecem inalterados e intactos?

2 Provas Digitais

A priori convém registrar que a constante evolução da eletrônica e da informática na atualidade arquitetou novas alcunhas no imaginário

social como “sociedade da informação”, “sociedade em rede” e “sociedade da vigilância”, desencadeando um processo investigativo e gradual de evolução ou transformação da Inteligência Artificial (NETTO, 2021, p. 36).

Desta forma, a acelerada evolução da tecnologia e da expansão da internet têm transformado a sociedade de forma dinâmica de tal sorte que atualmente vivemos em uma sociedade arraigada em manifestas mudanças comportamentais e sociais, com significativa integração e manipulação da informação, o que reclama a necessidade de regulamentação por meio do Direito Digital (PIMENTEL, 2018).

Segundo Pinheiro (2021) o Direito Digital é uma evolução do próprio Direito, constituindo um conglomerado jurídico composto por todos os princípios fundamentais e institutos que estão em vigor e capaz de inserir no ordenamento jurídico vigente novos institutos e elementos.

No que diz respeito às provas no processo penal, a prova pode ser entendida como a atividade, os meios ou instrumentos utilizados ou o resultado final, engendrados pelos sujeitos processuais com o escopo de tornar evidente uma afirmação ou existência de um fato visando promover o exercício da tutela jurisdicional (MOUGENOT, 2019).

Com efeito, tendo em vista que o sistema normativo que estabelece o campo das ciências processuais penais pátrias promove a liberdade como um dos pilares que projetam a edificação dos valores fundamentais do processo penal brasileiro, é necessária a imposição de mecanismos de limitação mais hirtos à prova penal como instrumento para aplacar a opressão do Estado e o abuso do poder oculto sob o manto da busca da verdade (TAVARES, 2020).

No que diz respeito à temática, Tavares (2020, p. 21) leciona que:

No Estado Democrático de Direito, como a prova no âmbito judicial está submetida a limitações e, mesmo no plano empírico, é sempre contingente, a busca dessa “verdade” é um objetivo simbólico, serve como limite externo contra a opressão, nada valendo como argumento de justificação para atos ilegais e abusivos. Pode-se dizer, então, que a prova é o instrumento de busca da verdade possível e juridicamente admissível no processo.

Quanto à prova digital, esta conceitua-se como qualquer tipo de informação de valor comprovável armazenada ou transmitida em formato binário ou digital (RODRIGUES, 2009).

Em adição, infere-se que a prova digital é constituída por qualquer tipo de informação que tenha valor probatório e que seja armazenada

em bases de dados online ou offline, sob a forma binária ou digital (RODRIGUES, 2011).

Neste contexto, a prova digital pode ser definida como toda informação admissível, autêntica e concreta que possa ser extraída de um dispositivo eletrônico ou de uma rede de comunicações (RAMOS, 2014).

Desta forma, denota-se que a essência da prova digital não escapa da ideia central do conceito de prova materializado através de um instrumento capaz de demonstrar a existência de um fato, ou seja, a prova digital nada mais é do que um recurso jurídico pelo qual se apresenta a ocorrência ou não de determinado fato através de meios digitais (THAMAY e TAMER, 2020).

3 Marco legal e a produção das provas digitais

Segundo Lara (2021, p. 19) “no âmbito jurídico, a inclusão da tecnologia é recente, mas já constitui fato notório e de grande relevância social, principalmente no que diz respeito ao uso da inteligência artificial nos procedimentos que compõem o processo”.

No cenário nacional, a utilização de provas digitais se mostra prevista de forma tímida no Código de Processo Civil, na Consolidação das Leis do Trabalho e demais legislações esparsas.

Convém salientar o Marco Civil da Internet – Lei nº 12.965/2014 –, legislação cujo objetivo precípuo é o de regular as relações sociais entre os usuários de internet, bem como a proteção jurídica e técnica dos dados relacionados aos registros de conexão e acessos às aplicações de internet visando uma garantia à implementação dos direitos fundamentais (GONÇALVES, 2017).

De acordo com Barreto (2016, p. 29) o Marco Civil da Internet “trouxe conceitos e procedimentos, propondo-se a acabar com a ausência de disciplina legal no ciberespaço”.

Não obstante as normativas alhures delineadas, o uso de provas digitais ainda possui amparo legal na Constituição da República e na Lei nº 9.784/1999 (Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal), Lei nº 12.527/2011 (Lei de acesso a informações) e Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais).

Com efeito, não se pode olvidar que para o êxito do direito como instrumento de controle da conduta social dos indivíduos é necessário que o processo em ele é aplicado desempenhe seu mister de produzir a verdade

das proposições aludidas aos fatos que se pretende provar (FERRER-BELTRÁN, 2022).

Todavia, é importante registrar que qualquer prova, seja ela digital ou não, deve ser produzida segundo as normas constitucionais e infraconstitucionais que permeiam a matéria para que seja tida como lícita e válida, podendo, portanto, ser admitida no bojo processual, de tal sorte que qualquer inobservância das regras postas poderá ocasionar a ilicitude da prova.

4 Autenticidade, integridade e vulnerabilidade

No que tange os documentos eletrônicos, compete ao Instituto Nacional de Tecnologia a atribuição de integridade, autenticidade e aptidão jurídica de qualquer documento eletrônico com o escopo de conferir validade para produzir efeitos no território nacional, contudo, é importante ressaltar que nem toda prova eletrônica é reconhecida legalmente porque a confiabilidade de sua prática é interrogada por parte da doutrina (ALVES, 2020).

A aludida competência foi instituída por meio da Medida Provisória n. 2.200-2/2001, que criou a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-BRASIL – e estabeleceu o regramento jurídico para a validação dos documentos eletrônicos no território nacional, tendo em sua composição uma autoridade estatal e uma rede de autoridades certificadoras (TEIXEIRA, 2022).

Segundo Houaiss (2009) a integridade é o estado ou característica daquilo que está inteiro, que não sofreu qualquer diminuição e a autenticidade pode ser definida como qualidade, condição ou caráter de autêntico e verdadeiro. A autenticidade na acepção jurídica do vocábulo seria a propriedade daquilo a que se pode atribuir fé e legitimidade.

A autenticidade da prova digital se relaciona com o agente responsável pela concepção da evidência, ou seja, trata-se de uma qualidade que oblitera toda e qualquer proposição eficaz e elaborada de dúvida no que tange à autoria ou a participação do agente produtor do fato, garantindo, assim, o perfeito e indiscutível conhecimento acerca de sua produção (THAMAY e TAMER, 2020).

Segundo Pinheiro (2021, p. 134) “a autenticidade é a capacidade de identificar e reconhecer formalmente a identidade dos elementos de uma comunicação eletrônica ou comércio”.

Com efeito, em se tratando de provas digitais a serem utilizadas em processo penal, o requisito da autenticidade reclama uma maior atenção tendo em vista estarmos tratando de situações que podem dar causa a privação da liberdade do indivíduo.

Tanto que o art. 235 do código de processo penal pátrio prevê a necessidade de submissão de documentos a exame pericial quando a sua autenticidade for contestada (BRASIL, 1941).

Neste sentido Thamay e Tamer (2020, p. 44):

Na esfera criminal a questão ganha contornos ainda mais sensíveis. Como sabido, a individualização da conduta e a premissa de pessoalidade são pressupostos absolutamente fundamentais de formação da imputação acusatória e da formação da culpabilidade, o que não poderia ser diferente. Nessa perspectiva, assegurar a autenticidade sobre o fato digital ou a autoria sobre o fato criminoso é imprescindível, inclusive considerando o postulado necessário do *in dubio pro reo*.

Ainda no que diz respeito a autenticidade, a lei federal nº 14.063/2020, que dispõe sobre o uso de assinaturas eletrônicas, em seu art. 4º, inciso I, classifica com assinatura eletrônica simples aquela que permite identificar o seu signatário e que anexa ou associa dados a outros dados em formato eletrônico do signatário.

Com relação a questão, a incerteza da autoria de quem é o agente responsável pelo fato digital (autenticidade) provoca uma evidente insegurança jurídica, em particular diante de possíveis desvios de conduta ocasionado pelo excessivo anonimato (PINHEIRO, 2021).

A integridade é o atributo relacionado ao fato de que as provas digitais fornecidas sejam íntegras e não foram alteradas, não apenas quando de sua apresentação, mas durante o curso processual, ou seja, os elementos de informação devem ser e se manter íntegros não podendo sofrer qualquer modificação em suas características originais durante todo o *iter processual* (NASCIMENTO e TREMEL, 2020).

Sobre a integridade dos documentos digitais Thamay e Tamer (2020, p. 45) lecionam que:

A *dois*, por integridade deve ser entendida a qualidade da prova digital que permite a certeza com relação à sua completude e não adulteração. A prova digital íntegra é aquela isenta de qualquer modificação em seu estado ou adulteração desde o momento da realização do fato até a apresentação do resultado prova. Prova digital íntegra, portanto, é aquela não modificada ou adulterada, apta, portanto, a demonstrar a reprodução do fato em sua completude e integridade.

É importante registrar que a utilização de provas digitais é autorizada pela lei brasileira, “desde que respeitados alguns padrões técnicos para sua coleta e armazenamento, com o objetivo de resguardar sua integridade, validade e/ou licitude” (ALVES, 2020, p. 106).

De acordo com o inciso II, do art. 4º, da lei federal nº 14.063/2020, a comprovação da integridade pode ser feita através de assinatura eletrônica avançada, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento (BRASIL, 2020).

Quanto ao tema Teixeira (2022, p. 201) assim destaca:

Tendo em vista o uso maciço da Tecnologia da Informação e a possibilidade de seu uso para fins fraudulentos, busca-se a todo momento criar ferramentas que possam dar segurança às relações estabelecidas com suporte eletrônico. Entre essas ferramentas, desenvolveu-se um método pelo qual seria possível identificar o autor e garantir a integridade dos dados transmitidos. Trata-se da assinatura digital e certificação eletrônica.

Sob essa premissa e diante da facilidade que manipulação de dados, Militão (2012, pp. 258-259) assim ressalta:

A manipulação informática, que é a forma mais frequente de execução desses crimes, consiste na modificação de dados, podendo ocorrer na fase de integração de novos dados e de tratamento destes (manipulação de input) ou na fase de saída dos mesmos, por alteração dos resultados (manipulação de output).

Já a espionagem informática, também chamada “furto de dados”, traduz-se no acesso a dados armazenados ou na utilização destes sem o conhecimento e contra a vontade, ainda que tão-só presumida, do seu titular.

Por último, a sabotagem informática consiste na corrupção, destruição ou qualquer outra forma de danificação de sistemas informáticos ou dados.

Finalmente, a vulnerabilidade é uma qualidade ou estado do que é ou se encontra vulnerável, ou seja, frágil. Com efeito, diante da constante evolução tecnológica conclui-se que a prova digital é titubeante e não oferece uma estabilidade inviolável (MILITÃO, 2012).

Desta forma, presume-se que a prova digital é frágil e volátil, podendo ser facilmente manipulada a qualquer tempo, de tal sorte que diante a possibilidade de ser facilmente contaminada em razão do elevado grau de vulnerabilidade a erros, sua administração e utilização deve ser dotada de extrema austeridade (BADARÓ, 2021).

Neste sentido, Militão (2012, p. 261) preceitua *in verbis*.

Assim, conclui-se que se está perante uma prova «fragmentária, dispersa, frágil, volátil, alterável, instável, apagável e manipulável, invisível e especialmente dispersa» (Rodrigues, 2011: 29). Sendo, por isso, extremamente difícil, complexo e, até, aleatório detectar, preservar, apreender, analisar, tratar, garantir a fiabilidade, assegurar a compreensibilidade e apresentar em julgamento as provas digitais.

Por derradeiro, quanto a precariedade das provas digitais convém ressaltar o juízo perfilhado por Alves (2020, p. 137):

A prova no meio digital, além de volátil, é bastante variada, podendo ser arquivos digitais, registros de servidores, históricos de navegação, fotos, vídeos, e-mails, entre outros. Por causa de suas particularidades, caso esta não seja prontamente preservada, pode ser rapidamente danificada, alterada ou até suprimida, impedindo qualquer investigação ou identificação do autor do delito.

Desta forma, diante da evidente vulnerabilidade das provas digitais é necessária a adoção de tecnologias de segurança voltadas a empregar os meios necessários para buscar evitar eventuais violações em razão das particularidades referentes às provas no meio digital (TEIXEIRA, 2022).

5 Fatos, provas e direitos e garantias fundamentais

É cediço que o cenário tecnológico emergente vem ocupando atualmente um lugar de forma maciça e abusiva em todas as atividades da sociedade atual e, não diferente, conquistando seu espaço também no Direito.

Sobre o tema é importante salientar que a revolução tecnológica possui como características principais a diminuição das distâncias, a extinção das fronteiras do mundo virtual, a multiplicidade de receptores e a instantaneidade, motivo pelo qual nasce a necessidade de regulamentação jurídica das novéis relações oriundas desta supervalorização da informação e do conhecimento (BARRETO, 2016).

Evidencia-se ainda que com o crescimento da tecnologia a utilização de meios digitais e, conseqüentemente, de provas digitais, vem sendo cada vez mais empregada nas instruções processuais, sobretudo no processo penal, o que reclama um estudo mais aprofundado sobre a temática.

Sabe-se que independente do procedimento adotado na tentativa de buscar verdade mais próxima à real, nenhuma delas escapa a necessidade de corroboração com as demais provas e elementos de informação colhidos no curso do processo para impulsionar uma condenação, ou seja, não podem ser utilizadas de forma isolada.

Por outro lado, diante deste cenário excepcional de incerteza acerca da possível autenticidade e da integridade das provas digitais, bem como da manifesta vulnerabilidade das mesmas, se apresenta no panorama atual um conflito aparente entre a confiabilidade da prova penal digital e a preservação dos direitos e das garantias fundamentais dos indivíduos.

Desta forma, não obstante a validade da prova digital, sua principal característica é se tratar de um objeto imaterial, cuja manipulação e alteração pode ser facilmente levada a efeito por um *expert*, revelando-se incontroverso que seu epílogo se acotovela diretamente aos direitos e garantias fundamentais, sendo relevante a pesquisas para fins práticos e intelectuais com vistas a assegurar uma satisfatória interpretação das normas processuais penais com estrita observância das regras constitucionais.

Assim, em meio destes movimentos de transformação e aperfeiçoamento desenvolvidos contínua e regularmente, questões como inteligência artificial, desinformação, vazamentos, manipulação de dados, etc. são desafios a serem solucionados pelas ciências jurídicas de agora em diante (MARTINS e LONGHI, 2021).

Com efeito, tendo em vista a fragilidade dos sistemas de segurança e o fato de que a falta de proteção se apresenta como o obstáculo hercúleo no trajeto da tecnologia, surge a importância da proteção dos dados binários (MARTINS e LONGHI, 2021).

Desta forma mostra-se essencial e necessário investigar e esquadriñar minuciosamente as provas digitais sob a ótica da autenticidade e confiabilidade à luz dos direitos e garantias fundamentais, sobretudo se a sua utilização não fere os princípios constitucionais vigentes, posto que “no ciberespaço, há razoáveis e fundadas preocupações quanto à autenticidade dos documentos telemáticos e quanto à sua integridade” (ARAS, 2015 *apud* MILITÃO, 2012, p. 264).

Assim sendo, muito embora as assinaturas eletrônicas previstas na lei federal nº 14.063/2020 possam conferir certa autenticidade e integridade aos documentos eletrônicos, a internet não é autenticada automaticamente de modo que a definição de autoria fica no campo da presunção, hipótese que não é admitida no Direito Penal – campo onde não se admitem presunções –, em particular quando se admite a possibilidade de condenação (MILITÃO, 2012).

6 Considerações finais

Em síntese, o exame pormenorizado da prova penal digital sob a ótica dos direitos e garantias individuais permite revelar um cenário complexo e desafiador no contexto jurídico contemporâneo. A constante evolução e mutação tecnológica que agasalham a sociedade moderna demandam uma normatização dinâmica capaz de equilibrar, no mundo das tecnologias de informação e comunicação, a utilização responsável desse tipo de prova garantindo-se sua autenticidade e integridade, via reflexa, salvaguardando os direitos fundamentais dos cidadãos.

Toda prova por natureza não é absoluta e tem os seus limites. Com relação a prova digital não é diferente. A autenticidade, integridade e confiabilidade do elemento probatório digital constitui a pedra de toque que assegura a integridade do processo penal, de tal sorte que a cadeia de custódia intacta revela um potencial pressuposto de admissibilidade da prova digital no processo penal sob a ótica dos três pilares anteditos.

A garantia de observância dos referidos pilares – autenticidade, integridade e confiabilidade –, sobretudo diante da facilidade que manipulação de dados, constitui-se como garantidor para que a tecnologia não comprometa a correta aplicação da lei.

Com efeito, face aos variados desafios identificados, em especial a vulnerabilidade e a facilidade de manipulação digital, a utilização deste meio probatório reclama uma utilização com limites e prudência, visando promover a justiça sem violar ou comprometer as garantias individuais, respeitando a essência dos direitos fundamentais.

Referências

BARRETO, Alessandro Gonçalves. **Manual de investigação cibernética à luz do Marco Civil da Internet** / Alessandro Gonçalves Barreto / Beatriz Silveira Brasil. - Rio de Janeiro: Brasport, 2016.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de out. de 1941. **Código de Processo Penal**, Rio de Janeiro, RJ, out 1941.

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

CARVALHO, Paulo Roberto de Lima. **Prova cibernética no processo penal**. Curitiba: Juruá, 2009.

COSTA JÚNIOR, Ivan Jezler. **Prova penal digital: tempo, risco e busca telemática** / Ivan Jezler Costa Júnior. Florianópolis [SC]: Tirant Lo Blanch, 2019.

FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração Racional da Prova** / Jordi Ferrer-Beltrán; (tradução Vitor de Paula Ramos). 2. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

GONÇALVES, Victor Hugo Pereira. **Marco civil da internet comentado** / Victor Hugo Pereira Gonçalves. São Paulo: Atlas, 2017.

JARDIM, Afrânio Silva. **O princípio da verdade real no processo penal: Uma explicação necessária**. Empório do Direito, 2018. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/o-principio-da-verdade-real-no-processo-penal-uma-explicacao-necessaria>. Acesso em 5 jan 2022.

LARA, Marcelo D'Angelo (org.). **Discussões sobre direito penal na contemporaneidade** / organização Marcelo D'Angelo Lara. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

RAMOS, Vitor de Paula. **Prova documental - Do Documento aos Documentos. Do suporte à informação** / Vitor de Paula Ramos. - Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

RODRIGUES, Benjamim Silva. **Da prova penal: Tomo IV – Da prova-eletrónico-digital e da criminalidade informático-digital**. Lisboa: Rei dos Livros, 2011.

SYDOW, Spencer Toth. **Curso de Direito Penal Informático** / Spencer Toth Sydow. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

THAMAY, Rennan. **Provas no direito digital: conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie** / Rennan Thamay e Maurício Tamer. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ZANIOLO, Pedro. **Crimes Modernos: O Impacto da Tecnologia no Direito** / Pedro Zaniolo. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

A NECESSÁRIA RETROATIVIDADE DO §5º DO ART. 171 DO CÓDIGO PENAL COM A ALTERAÇÃO DADA PELA LEI 13.964/2019

Carlos Avelino Laborne da Silva Caiafa¹

Maércio Herculano Dias²

1 Introdução

Recentemente, polêmicas recaíram sobre a Lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019, chamada popularmente de Pacote Anticrime. O diploma tem em seu art. 1º o objetivo de aperfeiçoar a legislação penal e processual penal. Assim, o fez, alterando vários dispositivos no âmbito do direito penal e processual penal, bem como legislações especiais.

Contudo, não é possível, neste curto espaço, tratar todas as mudanças promovidas pelo novel diploma. Desta forma, trataremos aqui apenas da alteração promovida no Código Penal, com a inserção do §5º no art. 171, cuja redação é a seguinte:

Art. 171 [...] *omissis*;

§ 5º Somente se procede mediante representação, salvo se a vítima for:

I - a Administração Pública, direta ou indireta;

II - criança ou adolescente;

III - pessoa com deficiência mental; ou

IV - maior de 70 (setenta) anos de idade ou incapaz. (NR).

Antes da alteração trazida pelo denominado Pacote Anticrime, a Ação Penal que tratava do delito de estelionato, era de iniciativa pública e

1 Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduando em Advocacia Criminal pela Escola Superior da Advocacia/MG. E-mail: carloslaborne.caiafa@gmail.com

2 Bacharel em Direito pela Bacharel em Direito pela Faculdade de Estudos Administrativos de Minas Gerais (Fead-MG). Advogado militante. Especialista em Direito Processual Civil pelo CAD/FUMEC. Autor do livro “Participação e Legitimação: por uma construção democrática das decisões judiciais” - Editora Dialética/SP. Secretário-Geral da Comissão de Isonomia e Porte de Armas do Advogado da OAB, seccional Minas Gerais. E-mail: maerciodias@gmail.com.

incondicionada à representação. Logo, o Ministério Público poderia atuar de ofício, sem que necessitasse da manifestação expressa da vítima para que pudesse o eventual autor do crime ser processado pela eventual conduta criminosa.

Com o advento da alteração legislativa, o Ministério Público depende da representação da vítima, a qual conta com o prazo decadencial de 06 (seis) meses a partir do conhecimento da autoria, nos termos do que prevê o art. 103 do Código Penal, veja-se:

Art. 103 - Salvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai do direito de queixa ou de representação se não o exerce dentro do prazo de 6 (seis) meses, contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do § 3º do art. 100 deste Código, do dia em que se esgota o prazo para oferecimento da denúncia. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Importante mencionar o que ocorre com o decurso do prazo previsto. A decadência constitui causa de extinção da punibilidade, nos termos do art. 107 do mesmo diploma legal: “Extingue-se a punibilidade: [...] IV - pela prescrição, **decadência** ou preempção” (grifos nossos).

Nesse prisma, é de se entender, portanto, que qualquer norma que afeta a punibilidade do agente, ou dificulte a persecução penal, é norma de cunho material, portanto, retroativa para beneficiar o réu.

Essa contextualização é extremamente relevante para a compreensão do objeto do presente estudo. Uma vez alterada a Ação Penal de determinado crime, constitui-se como normal mista e, portanto, quando benéfica ao réu, deve retroagir, nos termos previstos pelo art. 5º, XL da Constituição Federal, que diz: “Art. 5º - **XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;**”.

Ora, essa retroação, além de constitucional, é uma garantia fundamental de todo aquele que se vê acusado por um crime, seja de qual natureza for. Princípio corolário do Direito Penal e uma importante ferramenta de regulação dos abusos estatais no exercício do dever punitivo.

Não sem razão, vem insculpido no art. 2º do Código Penal, em seu parágrafo único que trazemos à baila aqui:

Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - **A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por**

sentença condenatória transitada em julgado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) (grifos nossos).

Não se pode, portanto, abdicar desta garantia fundamental, pois acarretaria grave prejuízo ao acusado e à própria ação penal, eventualmente em curso, pois eivada por completo e com patente nulidade.

A nova norma, tem impacto na punibilidade do crime, e, portanto, trata-se de norma penal ou ao menos mista, necessariamente retroativa. Sob pena de afronta à Constituição Federal e ao próprio Código Penal, mas o tema, que já foi objeto de debate na doutrina e na jurisprudência, é mais desafiador do que pode parecer.

2 Alteração de ações penais na história da legislação penal brasileira

A lei 9.099/95, conhecida como Lei dos Juizados Especiais, transformou as lesões corporais leves (art. 129, *caput*, CP) e culposas (art. 129, *caput*, *c/c* art. 14, CP) em crimes de ação penal pública condicionada a representação.,

Art. 88. Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.

Ocorre que, a própria Lei trouxe a solução, em uma norma de transição, prevista no art. 91 do referido diploma:

Art. 91. Nos casos em que esta Lei passa a exigir representação para a propositura da ação penal pública, o ofendido ou seu representante legal será intimado para oferecê-la no prazo de trinta dias, sob pena de decadência.

Verdade é que, apesar deste dispositivo, prevendo um prazo específico para que a vítima sanasse a falta de representação nos autos de inquérito, houve um ponto controverso, sobre o qual foi necessário demandar ao próprio Supremo Tribunal Federal. Tal ponto foi o artigo 90 da Lei 9.099/95: “As disposições desta Lei não se aplicam aos processos penais cuja instrução já estiver iniciada”.

Ante o artigo exposto, pode até parecer que a controversa é resolvida de plano, mas não se pode ignorar a existência de uma garantia fundamental que permite a retroatividade de legislação penal mais benéfica ao réu. E desta forma, foi ajuizada a ADI (Ação Direta e Inconstitucionalidade) n. 1719 no Supremo Tribunal Federal.

O julgamento se deu em plenário ficando decidido que as normas de direito material seriam retiradas da exceção feita pelo art. 90, da Lei 9.099/95, por ter claramente cunho material, sendo, portanto, uma garantia constitucional que retroagissem:

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. JUIZADOS ESPECIAIS. ART. 90 DA LEI 9.099/1995. APLICABILIDADE. **INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA EXCLUIR AS NORMAS DE DIREITO PENAL MAIS FAVORÁVEIS AO RÉU.** O art. 90 da lei 9.099/1995 determina que as disposições da lei dos Juizados Especiais não são aplicáveis aos processos penais nos quais a fase de instrução já tenha sido iniciada. Em se tratando de normas de natureza processual, a exceção estabelecida por lei à regra geral contida no art. 2º do CPP não padece de vício de inconstitucionalidade. Contudo, **as normas de direito penal que tenham conteúdo mais benéfico aos réus devem retroagir para beneficiá-los, à luz do que determina o art. 5º, XL da Constituição federal. Interpretação conforme ao art. 90 da Lei 9.099/1995 para excluir de sua abrangência as normas de direito penal mais favoráveis ao réus contidas nessa lei.**

(ADI 1719, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 18/06/2007, DJe-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 DJ 03-08-2007 PP-00029 EMENT VOL-02283-02 PP-00225 RB v. 19, n. 526, 2007, p. 33-35)

Portanto, restou decidido que, apesar do art. 90 prever a não incidência da lei nas ações que tiverem a instrução iniciada, o Pleno do Supremo Tribunal Federal entendeu que inclusive nos casos de instrução iniciada, deve-se retroagir a norma. Sendo, portanto, norma mista, com cunho material, devendo retroagir para beneficiar o réu, dando caráter de prossequibilidade ao art. 91 da Lei 9.099/95.

Outra lei causou polêmica ao entrar em vigor, alterando a ação penal, foi a Lei 12.015/2009, que alterou a ação penal do crime de estupro. Diferente da Lei 9.099/95, e consoante à Lei 13.694/2019, não apresentou uma norma de transição, para determinar sobre as ações e inquéritos em curso.

A ausência de norma de transição ou explicação legislativa, deu margem ao debate sobre a retroação ou não, bem como sobre o momento da retroatividade e seus limites. Novamente discutindo-se se a instrução em curso seria alcançada.

O doutrinador Paulo Rangel, se manifestou sobre o tema, posicionando-se de acordo com a Lei 9.099/95, bem como a ADI 1719, julgada pelo Supremo Tribunal Federal:

Se há nos autos manifestação de vontade da vítima nesse sentido, suprida estará a representação. **Do contrário, não havendo manifestação de vontade da vítima dever-se-á, no prazo decadencial de 30 dias, aplicado analogicamente o art. 91 da lei 9.099/95, ser chamada a se manifestar.** Tal exigência começa a partir da entrada em vigor da lei 12.015/09, 10 de agosto de 2009, devendo o Estado intimar a vítima para se manifestar, em 30 dias. (RANGEL, 2009, p. 304).

Além de Paulo Rangel, outros doutrinadores se manifestarem, inclusive sobre o limite da retroatividade, nos casos de normas penais mistas ou híbridas, como é o caso, em que possui cunho processual e material.

Qual o prazo para esta representação (agora uma verdadeira condição específica de “prossequibilidade”)? Deveria a nova lei ter estabelecido um prazo para tais hipóteses, em uma disposição de caráter transitório. Não o fez. **Logo, há uma lacuna a ser preenchida e duas normas que podem ser utilizadas por analogia: o art. 88 da lei 9.099/95, que passou a exigir representação para as lesões leves e culposas, e o seu art. 91, in verbis: “nos casos em que esta Lei passa a exigir representação para a propositura da ação penal pública, o ofendido ou seu representante legal será intimado para oferecê-la no prazo de trinta dias, sob pena de decadência”.** (MOREIRA, 2009).

Ademais, o limite para a retroatividade seria tão somente o trânsito em julgado, não o oferecimento da denúncia, como veremos entendimento a seguir. Neste sentido, leciona o mesmo doutrinador Rômulo de Andrade Moreira.

Ressalve-se, **apenas, a coisa julgada como limite a tudo quanto foi dito, pois se já houve o trânsito em julgado, não se pode cogitar de retroatividade havendo processo findo, além do que, contendo a norma caráter também processual, só poderia atingir processo não encerrado, ao contrário do que ocorreria se se tratasse de lei puramente penal** (lex nova que, por exemplo, diminuísse a pena ou deixasse de considerar determinado fato como criminoso), hipóteses em que seria atingido, inclusive, o trânsito em julgado, por força do art. 2º, parágrafo único do Código Penal. (MOREIRA, 2009).

Certo de que a norma mista pode retroagir até o trânsito em julgado, em razão de demonstrar-se como condição de prossequibilidade, não afeta a pena, mas tão somente a punibilidade. Descabe, portanto, a hipótese de revisão criminal, para os casos em que não se viu a representação, pois transitado em julgado.

3 Do *Habeas Corpus* 573.093/SC pelo Superior Tribunal de Justiça e a limitação à retroatividade da lei mais benéfica e decisões judiciais

Em julgamento de *Habeas Corpus*, n. 573.093/SC, o Superior Tribunal de Justiça, através do ministro Reynaldo Soares da Fonseca, em decisão de medida liminar, entendeu pela não retroação da lei, sob fundamento que a retroatividade alcançaria apenas aqueles processos em fase de investigação. Porquanto, o oferecimento de denúncia seria ato jurídico perfeito.

PRETENDIDA APLICAÇÃO DA REGRA DO § 5º DO ART. 171 DO CÓDIGO PENAL, ACRESCENTADO PELA LEI N. 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME). ATO JURÍDICO PERFEITO. OMISSÃO INDIRETA NO CONFIGURADA.EIVA INEXISTENTE. A transformação da ação penal nos crimes de estelionato contemplados no art. 171 do Cód. Penal, operada através da Lei n. 13.964/19, malgrado ostente natureza penal, porquanto tem potencial efeito extintivo da punibilidade, não atinge o ato jurídico perfeito e acabado. Distinta interpretação implica na indevida amplificação dos efeitos do novo comando legal, com a subversão da natureza jurídica da representação, convolada que restaria em condição de prosseguibilidade. EMBARGOS REJEITADOS.

Não se transcreve aqui o inteiro teor da decisão, pela existência de outras teses que fogem ao tema aqui proposto. Contudo, a íntegra da decisão pode ser vista no sítio eletrônico do próprio Superior Tribunal de Justiça, conforme referência que se encontra neste trabalho.

Acerca da possibilidade de retroatividade da lei mais benéfica até o trânsito em julgado, o relator se manifestou da seguinte forma:

De fato, em que pese o novo comando normativo tenha conteúdo penal, uma vez que seus efeitos podem afetar o direito punitivo estatal, é certo que não pode atingir o ato jurídico perfeito e acabado. Do contrário, estar-se-ia conferindo efeito distinto ao estabelecido na nova regra, transformando-se a representação em condição de prosseguibilidade e não procedibilidade, o que evidentemente não é possível por via de interpretação. (Grifos nossos).

Tal entendimento foi referendado pelo doutrinador Rogério Sanches Cunha, inclusive citado na decisão do Ministro Relator do *Habeas Corpus* mencionado:

se a inicial (denúncia) já foi ofertada, trata-se de ato jurídico perfeito, não sendo alcançado pela mudança. Não nos parece correto o entendimento de que a vítima deve ser chamada para manifestar seu

interesse em ver prosseguir o processo. Essa lição transforma a natureza jurídica da representação de condição de procedibilidade em condição de prosseguibilidade. A lei nova não exigiu essa manifestação (como fez no art. 88 da Lei 9.099/1995) (Pacote anticrime: Lei 13.964/2019 – Comentários às alterações do CP, CPP e LEP. Salvador: Editora JusPODIVM, 2020, p. 65).

O doutrinador, merece respeito, mas neste caso, merece discordância seu entendimento, considerando que, apesar de não haver a exigência da representação, essa exigência é implícita quando se fala de ação penal pública condicionada à representação. Não há outra forma de existir esse tipo de ação penal.

A decisão traz o ponto controverso do presente trabalho, que é exatamente o momento da retroatividade da lei mais benéfica, no caso, o §5º do art. 171 do Código Penal.

Ademais, por homenagem ao debate proposto, deve-se mencionar que a 5ª Turma, onde tramitou o *Habeas Corpus* aqui mencionado, decidiu por unanimidade não conhecer do pedido. Assim, endossando o entendimento que alude à não retroatividade do §5º do art. 171, do Código Penal, aos processos com instrução iniciada. Respeitosamente, discordamos do entendimento tanto do Ministro Relator, ao indeferir a medida liminar requerida, como da 5ª Turma ao denegar o *Habeas Corpus*.

Não se pode deixar de ressaltar, entretanto, juízes que se posicionaram, corajosamente, ao enfrentar a matéria, e neste ponto, traz-se ao debate decisão proferida pelo magistrado Rodrigo Foureaux, Juiz de Direito da Comarca de Cavalcante-GO, no processo n. 56632-63.2019.8.09.0031. O magistrado entendeu pela retroatividade, com o prazo de 06 (seis) meses:

[...] A PARTIR DO MOMENTO EM QUE UM CRIME DEIXA DE SER PERSEGUIDO POR AÇÃO PÚBLICA INCONDICIONADA E PASSA A SER DE NATUREZA PÚBLICA CONDICIONADA, A ALTERAÇÃO LEGISLATIVA PASSA A TER NATUREZA HÍBRIDA, POIS POSSUI REFLEXOS PENAIS (CAUSA EXTINTIVA DE PUNIBILIDADE, ART. 107, IV, DO CP) E DEVE RETROAGIR PARA BENEFICIAR O REU (ART. 5, XL, DA CF), NÃO OBEDECENDO AO ATO JURÍDICO PERFEITO. COMO A LEI N. 13.964/19, NESTE PONTO, DEVE RETROAGIR, POR POSSUIR TAMBÉM NATUREZA PENAL E NÃO SO PROCESSUAL -, A REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO DEIXA DE SER, ESPECIFICAMENTE, NESSAS SITUAÇÕES EM QUE HOVER PROCESSOS EM TRÂMITE, CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE E SE TORNA CONDIÇÃO DE PROSEGUIBILIDADE. A CONDIÇÃO DE

PROSSEGUIBILIDADE TRATA DA NECESSIDADE DE SE IMPLEMENTAR UMA CONDICAÇÃO PARA QUE O PROCESSO PENAL, JÁ INICIADO, CONTINUE. DESSA FORMA, IMPLEMENTADA A CONDICAÇÃO DE PROSSEGUIBILIDADE NESTA DATA (23/01/2020), INTIME-SE A VÍTIMA PARA QUE MANIFESTE INTERESSE EM REPRESENTAR EM DESFAVOR O ACUSADO. [...]

O entendimento do douto magistrado é da necessária retroatividade, mas não se utilizou de interpretação da Lei 9.099/95, por ter o legislador optado pelo silêncio, quanto ao tema do prazo para manifestação da vítima.

O entendimento do Juiz Rodrigo Foureaux é o que mais se assemelha à proposta trazida, entendendo que, de fato, o silêncio do legislador não pode ser preenchido por analogia de outra legislação, mas sim pelo Código Penal que trata do tema, prevendo prazo para a representação.

4 Entendimentos dos atores processuais, Defensoria Pública e Ministério Público

Para facilitar o entendimento sobre as matérias, o Conselho Nacional de Procuradores Gerais e entre as várias do Brasil, a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, editaram teses, denominadas de enunciados, para nortear o entendimento de seus servidores sobre os temas da nova legislação.

Sobre o tema aqui abordado, especificamente, ambos se manifestaram, o Conselho Nacional de Procuradores Gerais, editou o enunciado n. 4, que dispõe:

ENUNCIADO 4 (ART. 171, parágrafo 5º, do CP – ART. 91 da Lei 9.099 c/c art. 3º do CPP) - Nas investigações e processos em curso, o ofendido ou seu representante legal será intimado para oferecer representação no prazo de 30 dias, sob pena de decadência.

Em contrapartida, a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais editou o enunciado n. 6, que contém a tese:

Enunciado 6: O artigo 171, §5º, do CP, por possuir reflexos de natureza penal, aplica-se aos fatos ocorridos anteriormente à sua vigência, operando-se a decadência na hipótese de a ação penal ter se iniciado sem a manifestação da vítima e já houver transcorrido o prazo de seis meses contados da data em que o ofendido tomou conhecimento da autoria.

Deve-se dizer aqui, que não coadunamos com nenhum dos entendimentos, apesar de ambos terem respaldo para sustentação

técnica, uma vez que elaborados por profissionais de altíssima qualidade, acreditando que a retroatividade é necessária inclusive quando já deflagrada a ação penal, contando com o prazo decadencial de 06 (seis) meses.

Porém, é de se reconhecer que, por se tratar de garantia fundamental, ter casos semelhantes na jurisprudência brasileira, bem como várias manifestações sobre o tema, não é um tema definido.

5 Conclusão

Apesar de todos os entendimentos aqui elencados serem do mais alto nível profissional e técnico, fato é que não se pode aplicar todas as teses de forma indistinta, mas aquela que melhor se amolda ao nosso direito.

Assim pensando, coaduna-se melhor com os argumentos perpetrados, o entendimento de que a representação, quando já deflagrada a ação penal, torna-se condição de prosseguibilidade, e, portanto, deve retroagir até o trânsito em julgado. Quando em fase policial, deve ser intimada a vítima para continuidade do inquérito, sob pena de eventual trancamento, em razão da decadência.

Ademais, se entende mais plausível, o prazo de 06 (seis) meses, considerando que o Código Penal trata do tema em seu art. 103 e, a Lei 13.964/2019 não trouxe elucidação sobre esse prazo. Neste ponto, prevalece o disposto no Código Penal, em razão do princípio da especialidade.

O Superior Tribunal de Justiça, através da sua 5ª Turma se manifestou, em que pese nossa discordância. Contudo, fazemos uma crítica ao indeferimento da medida liminar pleiteada, uma vez que suscitou a não manifestação da jurisprudência. Neste ponto, os entendimentos não podem ser decididos de acordo com um Tribunal, mas sim de acordo com o que os operadores do Direito exercem nas suas vidas profissionais.

A classe da advocacia deve se posicionar quanto ao tema, bem como aqueles que são promotores de justiça, defensores públicos e juízes de direito, para que então a jurisprudência seja uma construção de todos e não apenas o entendimento de uma Turma ou Tribunal, como se viu no julgamento do *Habeas Corpus* nº 573.093/SC.

Diante do exposto, conclui-se pela retroatividade da necessária representação para a Ação Penal do crime de Estelionato, até o trânsito em julgado, como garantia fundamental de todo acusado ou investigado, à luz da Constituição Federal, Código Penal e de Processo Penal e princípios que os regem.

Referências

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

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm; Acesso em: 10 jan. 2024.

BRASIL, **Código Penal Brasileiro**, Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm; Acesso em: 15 jan. 2024.

BRASIL, **Lei nº 13.964**, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm; Acesso em: 30 jan. 2024.

BRASIL, Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm; Acesso em: 12 jan. 2024.

CUNHA, Rogério Sanches. Pacote anticrime: Lei 13.964/2019 – Comentários às alterações do CP, CPP e LEP. Salvador: Editora JusPODIVM, 2020, p. 65.

ENUNCIADOS CONSELHO NACIONAL DOS PROCURADORES GERAIS. **Ministério Público**. https://www.cnpq.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_E_nunciados.pdf acessado em 20 de maio de 2020.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Ação penal nos crimes contra a liberdade sexual e nos delitos sexuais contra vulnerável: a lei nº 12.015/09. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2239, 18 ago. 2009.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STJ. *HABEAS CORPUS*: 573.093/SC. Relator: Reynaldo Soares da Fonseca. DJ: 17/04/2020. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=108536791&tipo_documento=documento&num_registro=202000865090&data=20200417&formato=PDF. Acesso em: 14 maio. 2020.

<https://www.tjgo.jus.br/index.php/processo-fisico/primeiro-grau> - acessado em 10 de junho de 2020. Autos n. 56632-63.2019.8.09.0031.

UMA ABORDAGEM DESCOMPLICADA SOBRE A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA

Denilson Abreu Romano¹

Debora Raquel da Silva Romano²

1 Introdução

O Propósito central deste capítulo é constatar que no cenário intrincado do sistema jurídico, a prescrição da pretensão punitiva emerge como um fenômeno complexo, regulamentado pelos artigos 109 e 110 do Código Penal. Essa construção legal estabelece limites temporais ao direito do Estado de punir, alertando para a perda desse direito em caso de inércia na aplicação de sanções penais dentro de prazos fixados por lei.

Nesse sentido, o presente estudo busca uma análise simplificada das diversas facetas da prescrição da pretensão punitiva, transcendendo os aspectos penais e processuais para adentrar o âmago da justiça e do sistema jurídico. A compreensão desses mecanismos temporais torna-se fundamental para preservar os princípios da legalidade e justiça, proporcionando um exame das modalidades que ocorrem antes do trânsito em julgado, retroativamente e de forma superveniente.

Desse modo, ao analisarmos casos específicos e exceções, como nos crimes de racismo e ações de grupos armados contra a ordem constitucional,

1 Advogado Criminalista; Sócio no escritório Romano Advogados; Membro da Comissão Estadual de Direitos Humanos da OAB/MG Gestão 2016/2018; Conselheiro Subseccional OAB/MG Subseção Juiz de Fora Gestões 2016/2018 – 2022/2024; Delegado da Caixa de Assistência dos Advogados OAB/MG Subseção Juiz de Fora Gestão 2019/2021; Presidente da Comissão OAB vai á escola OAB/MG Subseção Juiz de Fora Gestão 2013/2015; Membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB/MG Subseção Juiz de Fora Gestão 2010/2012; Membro da Comissão de Defesa das Prerrogativas dos Advogados Gestão 2013/2015; Membro do Conselho Municipal de Execuções Penais de Juiz de Fora/MG pela OAB/MG Subseção Juiz de Fora Gestão 2016/2018; Membro da Comissão OAB vai á escola da OAB/MG Subseção Juiz de Fora Gestões 2016/2018 – 2019/2021 – 2022/2024; Autor de Livro Jurídico; email:denilsonrnm@gmail.com

2 Advogada Criminalista; Sócia no escritório Romano Advogados; Membro da Comissão da Mulher Advogada da OAB/MG Subseção Juiz de Fora Gestão 2022/2024; Membro da Comissão Direito na Escola da OAB/MG Subseção Juiz de Fora Gestão 2022/2024; Membro da Comissão OAB Jovem da OAB/MG Subseção Juiz de Fora Gestão 2022/2024; Autora de Livro Jurídico; email:romanoraquel2@gmail.com

ressaltamos as nuances dos artigos do Código Penal que regem a prescrição. O objetivo é fornecer ao leitor um estudo de fácil entendimento, não apenas apresentando conceitos, mas também exemplos, provocando reflexões acerca da função do tempo na administração da justiça penal. Convidamos os leitores a questionar e refletir sobre este tema crucial, lançando luz sobre a dinâmica da ordem jurídica contemporânea.

2 Prescrição da pretensão punitiva

O direito de punir o responsável pela prática de um crime ou uma contravenção penal, aplicando-lhe uma pena ou medida de segurança é do Estado, sendo ele o titular exclusivo de tal direito. No entanto o direito de punir é limitado, encontrando barreiras penais, processuais e ainda limites temporais, devendo o Estado aplicar a sanção penal no prazo legalmente fixado, sob pena de em sua inércia perder o direito de punir.

A prescrição da pretensão punitiva do Estado está prevista no art. 109 e no art. 110 parágrafos 1º e 2º do Código Penal, sendo causa extintiva da punibilidade conforme art. 107, inciso IV do Código Penal.

Ao aprofundarmos no estudo da prescrição da pretensão punitiva, podemos dizer que em virtude do decurso de certo espaço de tempo, o Estado perde o seu *ius puniendi*, justificando-se o instituto pelo desaparecimento do interesse estatal na repressão do delito.

Praticado o crime ou a contravenção penal, nasce neste momento para o Estado a pretensão de apurar e punir o autor do delito. Dessa forma, como a pretensão deve ser exercida dentro de determinado lapso temporal, podemos dizer que escoado o prazo do Estado de punir em determinado espaço de tempo previsto pela lei, ocorra após a prescrição à extinção da punibilidade.

É importante mencionar que nem todas as infrações prescrevem. Segundo a nossa Constituição Federal, são imprescritíveis o racismo (art. 5º, XLII, CF) e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático (art. 5º, XLIV, CF).

Antes de aprofundarmos o estudo nos próximos subtítulos, devemos conhecer os artigos 109 e 110 do Código Penal, que nos traz os limites legalmente previstos.

Prescrição antes de transitar em julgado a sentença

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo

máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: (Caput com redação dada pela Lei nº 12.234/2010)

I – em 20 (vinte) anos, se o máximo da pena é superior a 12 (doze);

II – em 16 (dezesseis) anos, se o máximo da pena é superior a 8 (oito) anos e não excede a 12 (doze);

III – em 12 (doze) anos, se o máximo da pena é superior a 4 (quatro) anos e não excede a 8 (oito);

IV – em 8 (oito) anos, se o máximo da pena é superior a 2 (dois) anos e não excede a 4 (quatro);

V – em 4 (quatro) anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano. (Redação dada pela Lei 12. 234/2010)

Prescrição depois de transitar em julgado a sentença final condenatória

Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

Importante destacarmos as causas interruptivas da prescrição previstas no art. 117 do CP, sendo causas que provocam o reinício da contagem do prazo prescricional. O prazo que vinha correndo recomeça a correr do zero.

Art. 117 – O curso da prescrição interrompe-se

I – pelo recebimento da denúncia ou da queixa;

II – pela pronúncia;

III – pela decisão confirmatória da pronúncia;

IV – pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis;

V – pelo início ou continuação do cumprimento da pena;

VI – pela reincidência.

3 Das espécies de prescrição da pretensão punitiva

Diferente da prescrição da pretensão executória, que existe isoladamente, a prescrição da pretensão punitiva é subdividida em três espécies:

- a. Prescrição da pretensão punitiva em abstrato ou propriamente dita;
- b. Prescrição retroativa;
- c. Prescrição intercorrente.

O marco divisório entre os dois grandes grupos é o trânsito em julgado da condenação para ambas as partes (acusação e defesa), antes dele, teremos a prescrição da pretensão punitiva, ao contrário do que ocorre na prescrição da pretensão executória, que se dá após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória para o Ministério Público ou para o querelante, e igualmente para a defesa.

4 Prescrição da pretensão punitiva em abstrato ou propriamente dita

Disciplinada no art. 109, caput, do Código Penal: “Art. 109 do CP – “A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime”.

Nessa espécie de prescrição, não há trânsito em julgado para a acusação nem para a defesa, devendo levar em consideração o máximo da pena privativa de liberdade cominada ao delito.

Imagine a seguinte situação: crime de furto. Pedro furtou um celular de uma loja no interior de um Shopping em 10/01/2005. A denúncia foi oferecida pelo Ministério Público em 01/02/2005 e recebida em 10/02/2005, mas ainda até a data de 20/05/2014 não existe uma sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação. Como ainda não se sabe com certeza qual irá ser a penal concretamente fixada, deve-se tomar por base a pena máxima abstrata prevista para o delito. Houve a prescrição?

1ª etapa – Primeiramente deve-se encontrar a pena que servirá como base de cálculo da prescrição. Consideramos a pena máxima em abstrato. Ex:

Furto simples

Art. 155 – Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena – Reclusão, de um a quatro anos, e multa.

2ª etapa – Descobrimo a pena máxima cominada, deve ser usado o lapso temporal estabelecido pelo Código Penal. Se a pena é de 4 anos, o prazo prescricional será de 8 anos.

Conclusão: Houve a prescrição da pretensão punitiva em abstrato ou propriamente dita, pois se passaram mais de 8 anos entre a data do recebimento da denúncia que ocorreu em 10/02/2005 e a data sem prolação de sentença condenatória em 20/05/2014.

5 Prescrição da pretensão punitiva retroativa

Disciplinada no art. 110, § 1º do Código Penal:

Art. 110, § 1º do CP – “A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa”.

A prescrição retroativa é aplicada com base na pena concreta. Aqui já foi imposta uma pena (não há trânsito em julgado da condenação para ambas as partes), a diferença, portanto, é que a “base de cálculo” para se calcular a prescrição não é mais a pena máxima em abstrato, mas sim a pena concretamente aplicada em sentença ou acórdão condenatório, com trânsito em julgado para a acusação (aqui não houve recurso da acusação ou houve recurso da acusação, mas foi improvido).

A Súmula 146 do Supremo Tribunal Federal diz: “A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação”.

Na hipótese de recurso por parte da acusação, e um possível sucesso em seu recurso com o aumento da pena, pode ser que mude o prazo prescricional na nossa tabela:

Imagine a seguinte situação: receptação. João praticou um crime de receptação em 20/05/2012, cuja a pena é de 1 a 4 anos. A denúncia foi oferecida pelo Ministério Público em 08/10/2012 e recebida em 15/10/2012. Com a instrução encerrada, a sentença condenando João em 2 anos foi publicada em 17/11/2016. Após ser intimado da sentença o Ministério Público não recorreu da condenação, ocorrendo desta forma o trânsito em julgado para a condenação. Houve a prescrição?

1ª etapa – Primeiramente deve-se encontrar a pena que servirá como base de cálculo da prescrição. Consideramos a pena aplicada em

concreto, e não a pena máxima prevista. Ex:

Receptação simples

Art. 180 – Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa fé, a adquira, receba ou oculte:

Pena – Reclusão de 1(um) a 4(quatro) anos, e multa

2ª etapa – Descobrimo a pena aplicada, deve ser usado o lapso temporal estabelecido pelo Código Penal. Se a pena aplicada é de 2 anos, o prazo prescricional será de 4 anos.

Conclusão: Houve a prescrição da pretensão punitiva retroativa, pois se passaram mais de 4 anos entre a data do recebimento da denúncia que ocorreu em 15/10/2012 e a data da prolação da sentença condenatória em 17/11/2016.

6 Prescrição da pretensão punitiva superveniente, intercorrente ou subsequente

Aqui nesta modalidade de prescrição, existe um prazo para os tribunais julgarem os recursos (não há trânsito em julgado para ambas as partes). Inicia-se o prazo a partir da publicação da sentença condenatória ou acórdão condenatório, até o trânsito em julgado para a defesa. Daí o nome: superveniente (posterior à sentença).

Neste tipo de prescrição é necessário o trânsito em julgado para a acusação no tocante à pena imposta (a acusação não recorreu, ou recorreu, mas foi improvido).

Nos termos da Súmula 146 do Supremo Tribunal Federal “A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação”. Portanto a prescrição superveniente é calculada com base na pena concreta, e não mais podendo levar e consideração a pena máxima em abstrato.

Dois motivos podem levar a prescrição superveniente, o primeiro na demora da intimação do réu da sentença condenatória, conforme descreve o art. 392 do CPP, e o segundo motivo é referente á demora no julgamento do recurso da defesa, exemplificando: Intimado o réu, recorreu, foi superado o prazo prescricional e o Tribunal ainda não julgou o seu recurso.

Imagine a seguinte situação: apropriação indébita. Leonardo

praticou um crime de Apropriação indébita em 10/05/2018, cuja a pena é de 1 a 4 anos. A denúncia foi oferecida pelo Ministério Público em 10/06/2018 e recebida em 15/06/2018. Com a instrução encerrada, o Estado condena Leonardo a 1 ano de prisão, sendo a sentença publicada em 05/11/2019. Após, serem intimados da sentença o Ministério Público não recorreu da condenação, mas a defesa sim, ocorrendo desta forma o trânsito em julgado para a acusação. Qual será o prazo para os tribunais julgarem os recursos da defesa?

1ª etapa – Primeiramente deve-se encontrar a pena que servirá como base de cálculo da prescrição. Consideramos a pena aplicada em concreto, e não a pena máxima prevista. Ex:

Apropriação indébita

Art. 168 – Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção:

Pena – reclusão de 1(um) a 4(quatro) anos, e multa.

2ª etapa – Descobrimo a pena máxima aplicada, deve ser usado o lapso temporal estabelecido pelo Código Penal. Se a pena é de 1 ano, o prazo prescricional será de 4 anos. Esse é o prazo para julgar os recursos!

Conclusão: Houve a prescrição da pretensão punitiva superveniente, pois se passaram mais de 4 anos entre a data da publicação da sentença condenatória que ocorreu em 05/11/2019 e a data do prazo final para os tribunais julgarem os recursos da defesa em 06/11/2023.

7 Considerações finais

Diante do exposto, a prescrição da pretensão punitiva revela-se como um intrincado mecanismo temporal que delimita o exercício do direito estatal de punir. O Estado, detentor exclusivo do *ius puniendi*, encontra-se sujeito a restrições legais, processuais e temporais que condicionam a sua atuação no processo penal.

A prescrição, delineada nos artigos 109 e 110 do Código Penal, surge como um instrumento que visa equilibrar o poder punitivo estatal, assegurando que a persecução penal seja efetiva e justa. Ao se deparar com o decurso do tempo, o Estado perde gradativamente o seu direito de punir, culminando na extinção da punibilidade.

A análise das diferentes modalidades de prescrição da pretensão punitiva revela a complexidade desse instituto jurídico. Seja na prescrição

em abstrato, retroativa ou superveniente, a aplicação das normas estabelecidas pelo Código Penal demanda uma cuidadosa avaliação dos elementos temporais e das peculiaridades de cada caso.

Destaca-se ainda que, apesar da prescritibilidade da maioria das infrações, a Constituição Federal resguarda a imprescritibilidade de determinados crimes, como o racismo e as ações de grupos armados civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático.

Conclui-se, portanto, que a prescrição da pretensão punitiva representa não apenas um limite temporal ao poder punitivo estatal, mas também um mecanismo essencial para a garantia da justiça e da proporcionalidade no sistema penal. A sua correta compreensão e aplicação são fundamentais para assegurar um equilíbrio entre a necessidade de punição e o respeito aos direitos fundamentais do indivíduo, consolidando assim a busca por uma justiça efetiva e equitativa.

Referências

CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

GREGO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 20ª Edição, 2018.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Parte Geral**. São Paulo: Editora Método, 17ª Edição, 2023.

SALIM, Alexandre; TRIGUEIROS, Arthur; TÁVORA Nestor. **Vade Mecum Penal**. São Paulo: Editora Jus Podivm, Editora Armador, 7ª Edição, 2023.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2021.

ANÁLISE QUANTO AOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO CRIMINAL EM FACE DO PARADIGMA CRIMINOLÓGICO DO ETIQUETAMENTO SOCIAL (LABELLING APPROACH)

Sergio Alves Pereira¹
Cássius Guimarães Chat²

1 Introdução

A presente pesquisa foi desenvolvida junto ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Vitória (PGD/FDV), na área de concentração Direitos e Garantias Fundamentais, na linha de pesquisa Sistema de Justiça e Concretização dos Direitos Fundamentais. Tem como tema central analisar, problematizando, a natureza e os propósitos do instituto da (re)socialização dos apenados quanto à sua função preventiva e (re)educativa dentro do modelo criminológico tradicional vigente no sistema penal brasileiro.

O marco teórico adotado repousa em saberes criminológicos e saberes jurídico-penais, essenciais para uma reflexão quanto à legitimidade constritiva das liberdades pelo sistema penal e quanto aos motivos da produção legislativa penal, que desenham os critérios para se traçar o comportamento socialmente adequado.

Assim, a pesquisa está conduzida sob o enfoque teórico da reação social, ou seja, quanto à negação dos efeitos preventivos e (re)socializadores da pena privativa de liberdade, ou seja, o paradigma criminológico do

1 Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Espírito Santo, Brasil - Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória – FDV; ORCID 0000-0002-4561-9320E-mail: spereira@mpes.mp.br

2 Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Espírito Santo, Brasil - Mestre e Doutor em Direito Constitucional – UFMG (Cardozo School of Law). Mestre e Doutor pela Universidade do Porto (POR). Pós-Doutor. Editor Revista Diálogos Críticos e KoAn Books (Prefixo DOI. 10.55658). ORCID 0000-0001-5893-3901cassiuschai@gmail.com

Labelling Approach (Teoria da Rotulagem, ou Etiquetamento Social), de cuja percepção se extrai a hipótese de descompasso entre os processos criminalizadores primário e secundário, as causas da criminalidade e a reação social, a partir do enunciado “[...] o *status* social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinquência [...]”.

O *Labelling Approach* está modelado por duas correntes da sociologia americana. A primeira remonta à direção da psicologia social e da sociolinguística inspirada em George H. Mead (1934), e comumente indicada como “interacionismo simbólico”. A segunda, a “etnometodologia”, é inspirada pela sociologia fenomenológica de Alfred Schutz (1962).

Nesse propósito, a pesquisa traz elementos de reflexão quanto aos resultados alcançados no tratamento penal tradicional, sua compatibilidade com os direitos e garantias fundamentais e os efeitos primários e secundários da pena, além de sugerir, como resultados esperados, medidas que possam contribuir no aperfeiçoamento do sistema punitivo.

A pertinência do tema decorre do persistente contexto do sistema penitenciário brasileiro, em que se constatam prisões superlotadas, condições precárias de salubridade, alimentação escassa e de qualidade questionável. Esses são alguns dos aspectos que afetam negativamente o tratamento penal disponibilizado pelo Estado na (re)educação de apenados. O cenário reproduz um ambiente de beligerância que desfavorece a reintegração das pessoas presas ao convívio social.

Nota-se, ainda, que a legislação processual penal brasileira (BRASIL, 1940) e as alterações que se seguiram não se mostraram eficazes nesse transcurso de mais de oitenta anos de vida, seja na funcionalidade e nos desenhos institucionais do sistema punitivo no modelo atual, caracterizado por sua lentidão e indefinição, seja pela percepção de sua incapacidade de adotar instrumentos que possam, de maneira efetiva, inibir a prática criminosa e (re)socializar o criminoso.

A percepção social de impunidade decorre de um sistema normativo em que as penas previstas não são as efetivamente cumpridas (saídas temporárias, remição, livramento, indulto etc.), apontando, nessas observações empíricas, causas de aumento da criminalidade, além da insuficiência da norma como fator inibitório de condutas delitivas.

Quadra registrar que é dever do Estado prestar assistência à pessoa presa, sendo que assistência deve ser entendida como aquela que fornece

apoio jurídico, educacional, social, religioso, material e à saúde, de forma que permita a coexistência social através de sua inclusão em atividades produtivas, que lhe forneçam condições de uma vida digna em sociedade.

As Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (Regras de Nelson Mandela) já em sua primeira regra, orienta como o sistema de justiça criminal deve ser pautado na estruturação do tratamento penal, vejamos:

Regra 1: Todos os reclusos devem ser tratados com o respeito inerente ao valor e dignidade do ser humano. Nenhum recluso deverá ser submetido a tortura ou outras penas ou a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes e deverá ser protegido de tais atos, não sendo estes justificáveis em qualquer circunstância. A segurança dos reclusos, do pessoal do sistema prisional, dos prestadores de serviço e dos visitantes deve ser sempre assegurada.

Nesse mesmo diapasão, a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/94) prevê:

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

Art. 11. A assistência será:

- I - material;
- II - à saúde;
- III - jurídica;
- IV - educacional;
- V - social;
- VI - religiosa.

É diante da realidade do sistema punitivo nacional que se problematiza a eficácia da pena privativa de liberdade no modelo do sistema penal brasileiro, muito influenciado em atender a um discurso orientado por criminologias funcionalistas, fortemente guiado por valores patrimonialistas, e distanciado da compreensão do direito enquanto integridade.

O direito em sua integridade é sustentada por Ronald Dworkin, orientada em dois cânones interpretativos centrais (adequação e justificação), bem como em exigências de integridade (integridade na concepção de equidade, integridade na concepção de justiça e integridade na concepção de devido processo legal adjetivo).

A pesquisa utilizará por fonte a obra do Professor Frank Schmalleger, *Criminology Today an Integrative Introduction* e de Alessandro Baratta, “Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal”. Assim, serão expostos elementos essenciais para uma reflexão sobre a legitimidade do sistema penal quanto aos motivos da produção legislativa penal e os critérios para se traçar o comportamento socialmente adequado, além do desempenho dos órgãos administrativos e judiciais encarregados de sua aplicação.

Assim, a identificação das origens do comportamento desviante sob o enfoque da criminologia crítica ganha importância para a adoção de estratégias a serem implementadas pelo Estado frente aos resultados alcançados, com o objetivo para uma correta condução de políticas públicas e até, em situações pontuais, para a tomada de decisão por parte dos operadores do sistema de justiça.

2 Breve cenário do sistema penitenciário brasileiro

O Departamento Penitenciário Nacional (Depen), órgão subordinado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, é o responsável por acompanhar a fiel aplicação das normas de execução penal em todo território nacional; inspecionar e fiscalizar periodicamente os estabelecimentos e serviços penais; assistir tecnicamente as Unidades Federativas na implementação dos princípios e regras estabelecidos na Lei de Execução Penal. (BRASIL, 2022).

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNCP), instituído pela Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), em seu artigo 64, é integrado por profissionais da área jurídica, professores e representantes da sociedade civil. É através dele que o Estado, no âmbito criminal e penitenciário, implementa política criminal e principalmente penitenciária e estipula metas e prioridades da política a ser executada através do Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

Esse Plano, elaborado a cada quatro anos, tem por objetivo “[...] propor diretrizes da política criminal quanto à prevenção do delito, administração da Justiça Criminal e execução das penas e das medidas de segurança” e “contribuir na elaboração de planos nacionais de desenvolvimento, sugerindo as metas e prioridades da política criminal penitenciária” (BRASIL, 2022).

Dessa forma, à vista dessa estrutura administrativa, soma-se um consistente conjunto de instrumentos normativos, preceitos constitucionais

e tratados internacionais norteados pelo princípio da dignidade humana, que regem as regras mínimas a serem aplicadas ao tratamento penal. Trata-se da implementação da efetiva proteção social à pessoa presa, agente impositivo caracterizador do Estado Democrático de Direito.

Apesar desses atos normativos e de variados instrumentos de gestão, o quadro do sistema penitenciário brasileiro é bastante caótico. O próprio Depen, em relatório público (BRASIL, 2019a), assim descreveu o quadro do sistema penitenciário brasileiro:

[...] diante da complexidade dos problemas que marcam o sistema penitenciário brasileiro, não é possível pautar a ação do Estado em soluções simples, as inúmeras mazelas que identificamos em nossas prisões não decorrem, unicamente da ausência de políticas públicas para a construção de estabelecimentos penais, é preciso ampliar os instrumentos que permitam a implementação de projetos e ações que possam representar alternativas à gestão prisional tradicional, onde seja possível conciliar com equilíbrio direitos e deveres fundamentais à nossa sociedade, como segurança, prevenção, dignidade da pessoa humana, punição e ressocialização.

Ao analisar o sistema penitenciário nacional, assim registra o atual Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária (BRASIL, 2019b, p. 82):

Não obstante a sua inovação e sua preocupação com o adequado arranjo do sistema punitivo, constituindo-se, na época, em importante instrumento de avanços e modernidade, os tempos revelam, malgrado a sua incompleta implementação, a necessidade de redesenho dos institutos e das regras para afeiçoar-se ao novo contexto social, político e jurídico.

De acordo com dados fornecidos pelo Depen, o Brasil possuía uma população carcerária, até junho de 2019 (BRASIL, 2019c), de 773.151 pessoas presas. Conforme levantamento de Custos Prisionais realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a partir da análise de informações obtidas via Lei de Acesso à Informação (LAI) em 22 estados, foi apurado que, em média, o custo mensal é de R\$2,1 mil por pessoa presa, com variações em gastos de até 340% entre unidades da federação. Consta ainda, no referido estudo, que, na análise ponderada, quando se considera o gasto pela população prisional de cada estado, o valor médio é de 1,8 mil (BRASIL, 2021).

Conforme registra Zaffaroni (2010, p. 104), em artigo que estuda o ambiente prisional:

O número de presos de um país não é condicionado pelo crescimento

da criminalidade. Cada país tem o número de presos que decide ter, selecionados entre as populações que politicamente decidem direcionar o aparato punitivo. Essa definição não é um processo coeso e planejado, resultado de uma mente que arquiteta meticulosamente as formas de se punir e excluir os mais pobres e vulneráveis – a penalização da pobreza não é, portanto, fruto de um “plano” deliberado, executado por governantes malévolos e onipresentes”. Seu sentido está relacionado então, com as relações sociais desiguais que, em processos complexos e não homogêneos, informam as diversas agências do sistema penal, cujo resultado final funciona aos interesses das classes, é uma política criminal encarceradora e excludente.

A tutela dos Direitos Humanos é fundamento do princípio da dignidade da pessoa humana taxativamente exposto no texto constitucional brasileiro de 1988, em seu artigo 1º, inciso II, sustentáculo do Estado democrático de Direito. Assim, o tratamento penal aplicado à pessoa presa deve abrigar procedimentos orientados pelas garantias constitucionais e pelas demais normas vigentes, além dos acordos e tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

O processo criminal, instrumento de que se vale o Estado a fim de verificar a existência ou não de um crime, deve se mostrar capaz de propiciar ao investigado as garantias individuais e constitucionais. O Relatório “Justiça em números”, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2019), aponta para o aumento de 0,7% dos casos pendentes criminais em relação ao ano de 2017.

Nesse diapasão escreve Cássius Guimarães Chai (2014, p. 161):

A sociedade brasileira, até então descrita em Gilberto Freyre como aquela tensionada nas forças aristocráticas com suas resultantes políticas de exclusão e de favores, vê-se confrontada com novas semânticas para ancestrais direitos, dentre estes o da propriedade mitigado pela função social e à vida digna no contexto de uma sociedade de riscos afirmada como democrática nos enfrentamentos cotidianos de concretizar uma sociedade justa e solidária em contraposição às restrições do acesso ao capital e da pálida intenção de uma afirmação de que todos são livres e são iguais.

A construção de um processo penal célere, moderno, efetivo e plural é cada vez mais premente. O Brasil é apontado em todos os índices medidores de violência como um dos países mais violento do planeta, com uma produção processual criminal gigantesca. Assim, a legitimação do processo penal só poderá ocorrer com uma visão constitucional desse instrumento, de forma a alcançar a efetivação dos direitos fundamentais. Por isso os princípios constitucionais, como o da presunção de inocência,

do juiz natural e da vedação à utilização de provas ilícitas, devem ser rigorosamente observados para que o processo alcance sua legitimidade.

Mais do que nunca, assim, o Direito surge como aparato de transformação social. O julgador deve estar atento às mudanças, às transformações e, principalmente, à realidade que se apresenta. É fundamental fixar que, no direito penal, o bem jurídico afetado é indisponível, sendo relacionado diretamente com a liberdade da pessoa.

No tocante ao tema, assinala Cássius Chai (2014, p.163):

Tocante à categoria dos direitos humanos, o texto originalmente sancionado pelo Congresso Nacional Constituinte em 1988 fez nascer e nutrir divergência sobre a natureza deontológica das normas internacionais de proteção aos direitos humanos, pois o então aprovado art. 5.º, § 2.º dispunha que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluiriam outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil fosse parte.

Esta abertura de sentido decorrente do regime político e dos princípios expressos ou não, provocou o surgimento de teorias como dos poderes implícitos, da competência implícita, da norma constitucional implícita, visando, por uma interpretação extensiva, emprestar fundamento e validade a argumentos protetivos de direitos humanos e de garantias, mas sempre sob perspectiva constitutiva de norma fundamental”.

O sistema penitenciário brasileiro nos revela um cenário catastrófico diante dos direitos e garantias constitucionais. Ao se referir a esse perfil do tomador de decisão, no que tange ao poder discricionário estritamente ligado a uma capacidade de julgar e não a um ato de rotina, automatizado, de mera repetição e de aplicação legal, assim se manifesta Dworkin (2010, p. 53-54):

O poder discricionário de um funcionário não significa que ele esteja livre para decidir sem recorrer a padrões de bom senso e equidade, mas apenas que sua decisão não é controlada por um padrão formulado pela autoridade particular que temos em mente quando colocamos a questão do poder discricionário. Sem dúvida, esse último tipo de liberdade é importante; é por isso que falamos de um sentido forte de poder discricionário. Alguém que possua poder discricionário nesse terceiro sentido pode ser criticado, mas não por ser desobediente, como no caso do soldado. Podemos dizer que ele cometeu um erro, mas não que tenha privado um participante de uma decisão que lhe era devida por direito, como no caso de um árbitro esportivo ou de um juiz de uma exposição.

Dessa forma, conforme o pensamento de Dworkin, o direito é um sistema composto de regras e princípios, circunstâncias que desatrelam o

juiz do estrito conteúdo das regras para a tomada de suas decisões, agindo de forma adequada ligado à norma, mas voltado ao caso concreto e à realidade que se apresenta, dentro do poder de atuação conferido ao magistrado para a completude do sistema jurídico.

Torna-se inarredável de apreciação, por parte do julgador, a análise da varáveis dos contextos social, político e cultural, pois são elementos essenciais, a fim de que o ideal de justiça aplicado a cada caso seja o adequado ao momento específico, de forma a se protegerem os direitos fundamentais. Tanto a lei como os princípios passam por uma análise de contextualização constitutivos do processo interpretativo, o qual resultará na identificação efetivamente concreta da norma jurídica.

Nesse sentido tem se orientado o STF em suas decisões, como a Súmula Vinculante nº. 56/2016, sobre a questão de vagas em estabelecimentos penais: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”.

A decisão vem ao encontro dos dados apontados pelo Departamento Penitenciário Nacional, que nos revelam uma situação alarmante quanto a violações aos direitos e garantias individuais existentes no sistema penitenciário brasileiro.

Diante do grave quadro de violação a direitos que caracteriza o sistema penitenciário, o Estado brasileiro vem sendo demandado na Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual tem competência para conhecer caso relativo à interpretação e aplicação dos dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

A intervenção da corte se dá com o objetivo de preservar a dignidade da pessoa humana. Assim, vem adotando medidas em face do Estado brasileiro na área prisional, no sentido de que assegure à pessoa custodiada o gozo do seu direito resguardado pela CADH.

As unidades de custódia brasileiras que atualmente vêm sendo acompanhadas pela Corte Interamericana, por adotarem práticas violadoras dos direitos humanos, são quatro: Unidade Socioeducativa do estado do Espírito Santo (UNIS); Complexo Penitenciário de Pedrinhas, no Estado do Maranhão; Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (IPPSC), no Estado do Rio de Janeiro e o Complexo Penitenciário de Curado, Estado de Pernambuco.

Enfim, o contexto do sistema penitenciário brasileiro reproduz um

ambiente de constantes conflitos, o qual desfavorece a reintegração das pessoas presas ao convívio social. E a reflexão, embora sendo objeto de vários estudos, resguarda, lamentavelmente, sua importância e atualidades diante desse fenômeno de encarceramento em massa que se tornou domesticamente em uma tradição de descuido e de naturalização de violências institucionais no seio do sistema de segurança pública e política criminal nacional.

Torna-se, pois, premente que mecanismos de prevenção e punição ao crime e ao comportamento desviante sejam construídos, para que o sistema penitenciário brasileiro deixe de ser um “Estado de Coisas Inconstitucionais”, conforme posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ADPF nº 347/DF. Min, Rel. Min Marco Aurélio, 9.9.2015; RE nº 592.581, Rel. Min. Ricardo Lewandovski.

3 O comportamento criminoso, a ligação entre as teorias e as políticas criminais

Diante da realidade do sistema punitivo brasileiro é que se problematiza a eficácia da pena privativa de liberdade no nosso modelo de sistema penal. Este direcionado a atender o discurso midiático, influenciado por ações funcionalistas, de valores patrimoniais oitocentistas. Forjadas como adequadas ao convívio social. Porém, distanciadas da compreensão do direito enquanto integridade.

Em decorrência da relevância desse tema integra o sistema constitucional brasileiro como preceito fundamental, nesse sentido anota Cássius Chai (2004, p.117):

é toda norma constituída validamente ante a concorrência de todos os interesses individuais, difusos e coletivos, em um processo discursivo democraticamente instituído. É mais do que princípio fundamental e garantia constitucional. É a soma de ambos com os direitos humanos [...] e no âmbito institucional relaciona-se com o dever, na perspectiva da moralidade política, e a possibilidade do cidadão em resistir aos abusos e às indiferenças decorrentes do exercício ou do exercente das funções do poder (autoridade/decisão) da administração pública. Certamente que seu conteúdo se dá apenas no caso concreto.

A aplicação do direito em sua integridade é tese sustentada por Ronald Dworkin, conforme registrado no tópico anterior, com arrimo em dois cânones interpretativos centrais (adequação e justificação), bem como em exigências de integridade (integridade na concepção de equidade,

integridade na concepção de justiça e integridade na concepção de devido processo legal adjetivo).

Na busca de uma resposta, através dos saberes criminológicos e os saberes jurídico-penais, principalmente com relação à criminologia crítica, é que procuraremos conhecer os elementos essenciais que caracterizam o comportamento criminoso ou, ainda melhor, o comportamento desviante.

No final da Idade Média e início da Moderna, volta-se a dar importância aos conceitos de crime e criminoso, de forma a separar o delito da prática do pecado, dada a estreita ligação entre Estado, Direito e Igreja.

A partir das novas pesquisas criminológicas, o crime passa a ser tratado como fenômeno social, e pode existir ou não conforme as relações culturais existentes em determinado contexto social, ou seja, dentro de uma relatividade social. Conforme registra o professor Frank Schmalleger (2016 p. 18): “A relatividade social significa que os eventos sociais são interpretados de maneira diferente de acordo com as experiências culturais e os interesses pessoais do iniciador, do observador ou do destinatário desse comportamento”.

Um exemplo disso é que, no Brasil, a mulher na condução de um veículo automotor está perfeitamente inserida em nosso contexto social, mas, em alguns países do Oriente Médio, essa postura poderá indicar uma conduta criminosa, a qual será punida com uma pena extremamente rigorosa.

Daí a relevância das teorias da criminologia, pois elas nos possibilitarão traçar modelos que permitam uma melhor compreensão do comportamento criminoso, ou desviante, de forma a subsidiar a construção de estratégias destinadas a enfrentar este angustiante fenômeno social que é o crime.

O século XVIII e princípios do século XIX foram épocas em que se desenvolveram muitas teorias sobre o crime, sobre o direito penal e sobre a pena nos diversos países europeus. Ganham destaque a obra de Jeremy Bentham, na Inglaterra; de Anselm von Feuerbach e Franz von Liszt, na Alemanha; de Cesare Beccaria e da Escola Italiana de direito penal por Cesare Lombroso, Enrico Ferri, Raffaele Garofalo, a qual tanto influenciou a construção do direito, principalmente no Brasil.

Com o propósito de individualizar os fatores determinantes do comportamento criminoso é que surge a Escola Clássica da criminologia, cujas teorias foram conduzidas sob o paradigma de que o direito penal e a pena eram considerados não como meio para intervir sobre o sujeito

delinquente, mas sobretudo como instrumento legal para defender a sociedade do crime.

Nas palavras de Alessandro Baratta: “Os limites da cominação e da aplicação da sanção penal, assim como as modalidades de exercício do poder punitivo do Estado, eram assinalados pela necessidade ou utilidade da pena e pelo princípio da legalidade”.

A aplicação dos paradigmas quanto ao comportamento criminoso defendidos pela Escola Clássica resultou numa formulação pragmática dos pressupostos a serem aplicados na teoria jurídica do delito e da pena, bem como para o processo, assentada no princípio utilitarista e sobre as ideias do contrato social e da divisão de poderes, de forma que a atuação do julgador deve estar obediente não ao executivo, mas à lei. A obra que bem representa esse período foi escrita por Cesare Beccaria em 1764, *Dei delitti e delle pene*.

Nesse contexto, se extrai uma visão rigorosamente jurídica do delito, em que Carrara (*apud* BARATTA, 2014, p. 36) descreve da seguinte forma: “[...] o delito não é um ente de fato, mas um ente jurídico”. “O delito é um ente jurídico porque sua essência deve consistir, indeclinavelmente, na violação de um direito”.

Desse pensamento, resulta a Escola Positiva, em que o delito encontra sua expressão como ente jurídico, formando-se um sistema penal baseado na “objetividade” do delito. Os expoentes dessa fase são: Césare Lombroso (*L'uomo delinquente - 1876*), Enrico Ferri (*Sociologia criminale-1900*) e Raffaele Garófalo (*Criminologia – 1905*).

A Escola Positiva passava a explicar a criminalidade na “diversidade” ou anomalia dos autores de comportamentos criminalizados. A pena como meio de defesa social não tem o condão apenas repressivo de forma a isolar o criminoso do convívio social, mas caráter curativo e reeducativo. Sobre esse período, assim registra Baratta (2014, p. 38):

A responsabilidade moral é substituída, no sistema de Ferri, pela responsabilidade “social”. Se não é possível o delito ao ato livre e não condicionado de uma vontade, contudo é possível referi-lo ao comportamento de um sujeito: isto explica a necessidade de reação da sociedade em face de quem cometeu um delito.

Assim, tanto na Escola Clássica da Criminologia quanto na escola positiva, apesar das concepções diferentes quanto ao homem e à sociedade, encontramos, salvo exceções, a presença da afirmação de uma ideologia da defesa social, conforme registra Baratta (2014).

A criminologia, dos anos 30 em diante, instalou uma “crise” nas teorias da Escola Clássica, ou seja, não fazia mais sentido as pesquisas científicas serem realizadas baseadas nas características biológicas e psicológicas que venham a distinguir os sujeitos “criminosos” dos indivíduos “normais”. Ocorre, assim, o encontro da criminologia com a teoria social da criminalidade, em que o conceito de defesa social ganha nova compreensão.

Dessa maneira, o crime passa a ser considerado uma forma de comportamento aprendido. As perspectivas biológicas, em que se acreditava que o delito surgia da livre vontade do indivíduo, foram prontamente abandonadas, prevalecendo, assim, as teorias do processo social e algumas outras de concepção patológica da criminalidade, nas quais são consideradas as condições subjetivas da pessoa, de forma a se levar em consideração a personalidade, a sua história biológica e psicológica, além da totalidade natural e social em que se insere sua existência.

Referindo-se sobre o comportamento criminoso, Baratta destaca que: “A consideração do crime como um comportamento definido pelo direito, e o repúdio do determinismo e da consideração do delinquente como um indivíduo *diferente*, são aspectos essenciais da nova criminologia”.

O ambiente social ao qual as pessoas são expostas durante todo seu período de formação ganha destaque como influenciador do comportamento criminoso, o que o torna formador de um novo paradigma. Pois, com os avanços dos estudos científicos, verificou-se que o comportamento de qualquer tipo é resultado de uma interação entre características genéticas, hormonais e outras características biológicas de um indivíduo. O que torna quase impossível identificar característica biológica que seja apenas compartilhada por criminosos.

A função da pena deixa de estar voltada exclusivamente para a defesa social, entendida aqui como instrumento retributivo pelo princípio de talião, ou seja, de prevenção geral à sociedade, mas também de recuperar o criminoso para que possa retornar ao convívio social.

À vista disso, diante da falência do atual sistema punitivo, é que se faz uma reflexão quanto à legitimidade do sistema penal sobre os motivos da produção legislativa penal e os critérios para se traçar o comportamento socialmente adequado, além do desempenho dos órgãos administrativos e judiciais encarregados de sua aplicação. Assim, as teorias sociais extraídas do desenvolvimento da sociologia criminal norte-americana nos conduzem a uma análise crítica do pensamento penalístico atual.

As teorias do processo social são estruturadas na ideia de que o comportamento criminoso é aprendido em um processo de interação com o grupo a que determinada pessoa pertence. Daí a grande importância das instituições sociais, tais como a família, a espiritualidade, o casamento, a escola, o trabalho, pois transmitem valores e normas a seus membros e comunicam suas visões de mundo, além de padrões de comportamentos aceitáveis.

Sob as perspectivas das teorias sociológicas da criminalidade, os elementos que influenciam para ensejar o comportamento criminoso são permanentemente ativos, abertos e contínuos ao longo da vida de uma pessoa. E as escolhas criminosas tendem a persistir, porque são reforçadas pela reação da sociedade com aqueles que ela identificou – rotulou – como criminosos.

Por mais que o Estado atue no sentido de aprimorar o tratamento penal a ser dispensado à pessoa presa, o processo de reinserção na sociedade é bastante complexo e demanda tempo e valores culturais. Torna-se fundamental um novo olhar para o ser humano, com o envolvimento da sociedade e instituições diante dessa mudança de paradigma quanto ao que vem a ser defesa social.

Nesse contexto, a Teoria da Reação Social vem questionar os efeitos preventivos e (re)socializadores da pena privativa de liberdade, ou seja, vem no sentido de ser aplicado o paradigma criminológico *Labelling Approach*.

Ao se questionar a eficiência do atual modelo punitiva do sistema de justiça criminal, novos paradigmas passam a nortear a Ciência Penal. Nessa orientação, assim se manifesta

Na medida em que o Estado aparece como componente fundamental do pilar da regulação ao mesmo tempo em que o reconhecimento do homem como sujeito de direito e os Direitos Humanos aparecem como uma exigência fundamental do pilar da emancipação, o projeto da modernidade de equilibrar o poder monumental do Estado centralizado com a subjetividade atomizada dos indivíduos livres e iguais perante a lei e de cuja tentativa a teoria política liberal aparece como máxima expressão.

O sentido de defesa social que justifica o poder punitivo do Estado, dessa forma assume um significado às avessas, ou seja, não se trata de realizá-lo ou solucionar os conflitos a eles relativos, mas de impedir a sua violação ali onde intervenha a violência punitiva institucionalizada, assim, a dualidade regulação/emancipação se traduz na exigência de um controle penal com segurança jurídica individual (ANDRADE, Vera Regina Pereira

de. 2015, p.35-36)

O *Labelling Approach* está modelado por duas correntes da sociologia americana. A primeira remonta à direção da psicologia social e da sociolinguística inspirada em George H. Mead (1934) e é comumente indicada como “interacionismo simbólico”. A segunda, a “etnometodologia”, é inspirada pela sociologia fenomenológica de Alfred Schütz (1962).

Orientados por esse modelo é que, no próximo tópico, analisaremos os efeitos da condenação criminal e sua influência no comportamento desviante e, assim, sugeriremos estratégias a serem implementadas pelo Estado para uma correta condução de políticas públicas e até, em situações pontuais, a tomada de decisão para os operadores do sistema de justiça.

4 Efeitos da condenação criminal em face do paradigma criminológico do *labeling approach*

Diante dos avanços quanto ao estudo do comportamento criminoso, a resposta da sociedade ao egresso do sistema prisional passou a ganhar destaque na criminologia, sendo denominada *Labelling Approach* ou Teoria da Rotulagem. Através de sua aplicação, torna-se perfeitamente verificável o processo através do qual uma pessoa passa a ser vista como criminoso, juntamente com a imposição da sociedade do rótulo “criminoso”, sendo esses fatores significativos para a reiteração criminosa.

A Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984, p. 2), em seu art. 10, prevê que:

Art. 10º A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

A assistência deve ser entendida como aquela que fornece apoio jurídico, educacional, social, religioso, material e à saúde, de forma que, através do tratamento penal a ser dispensado à pessoa presa, permita-se a sua ressocialização através de sua inclusão em atividades produtivas que lhe forneçam condições de uma vida digna em sociedade.

A legislação processual penal brasileira (BRASIL, 1940) e as alterações que se seguiram não se mostraram eficazes nesse transcurso de mais de oitenta anos de vida quanto à reintegração do egresso ao convívio social. Seja ainda na aplicação do sistema punitivo no modelo atual,

caracterizado por sua lentidão e indefinição, seja pela percepção de sua incapacidade em adotar instrumentos que possam, de maneira efetiva, inibir a prática criminosa e (re)socializar o criminoso.

Conforme se extrai dos ensinamentos do professor Schmallegger (2016), as teorias do processo social da causação do crime, e a Teoria da Rotulagem é uma delas, assumem que todos têm o potencial de violar a lei e que a criminalidade não é uma característica humana inata. Muito pelo contrário, o comportamento criminoso é aprendido na interação com os outros, e o processo de socialização é a principal rota pela qual pode ocorrer a aprendizagem e permanecem ativos, abertos ao longo da vida de uma pessoa.

Nesse contexto, as instâncias oficiais de controle (polícia, estabelecimentos prisionais, magistratura, legislação) são as responsáveis por consolidarem as ações do Estado, ou seja, o tratamento penal a ser dispensado à pessoa presa, de forma a se alcançar a efetividade da pena privativa de liberdade diante do seu fim retributivo e de prevenção à prática delitiva.

No processo de retorno ao convívio em sociedade, os pares, os grupos de trabalho e os grupos de referência com os quais o egresso se identifica são instituições fundamentais para se alcançarem resultados positivos, afastando-o das escolhas criminosas, pois, no transcorrer desse novo convívio é que se podem transmitir valores e padrões aceitáveis ao convívio social. Nesse processo, a contribuição da sociedade ocorrerá através de uma mudança cultural no que se refere àquele recém-saído do sistema prisional.

A Teoria da Rotulagem, também chamada de teoria da reação social, refere-se ao comportamento da sociedade em relação ao criminoso que retorna ao seu convívio, após o tratamento penal. Essa teoria vê nas respostas negativas e na limitação de oportunidades fatores que fazem emergir o comportamento criminoso, sendo obstáculos para um novo curso em suas vidas, ou seja, a sociedade parece nunca esquecer.

Em geral, a reação social para com aquele que veio a praticar um crime é de que o Estado sempre adote medidas mais restritivas, um endurecimento, cuja presença mais potente na vida do egresso do sistema prisional seja a presença policial. O egresso recebe uma marca da qual jamais conseguirá se livrar, rótulo de pessoas ruins, propensas à prática de crimes.

Pela Teoria da Rotulagem, o comportamento criminoso surge

como meio de defesa desse desajuste ao convívio social. Segundo Howard Becker, que publicou a pesquisa “Studies in the sociology of deviance” (*apud* SCHMALLEGER, 2016, p. 196): “O desvio torna-se uma profecia autorrealizável, assim, rotular é uma causa de crime na medida em que as ações da sociedade ao definir o infrator como desviante empurram a pessoa ainda mais na direção do desvio contínuo”.

No final dos anos 60 e início dos 70, passamos por um período em que ocorreu a crise do Estado de Bem-estar Social e, especialmente, da Criminologia e de mudanças significativas em suas teorizações. Isso influenciou o sistema penal e as políticas criminais alternativas, principalmente nos Estados Unidos, país que passava pelas lutas de reconhecimento da igualdade de direitos de negros e das mulheres, além das manifestações contrárias à guerra do Vietnã.

Nesse contexto de embate contra o autoritarismo, de efervescência acadêmica e de ruptura com a velha ordem vigente, ocorreram novas interações sociais entre grupos distintos e, por consequência, novas formas de conflitos, o que veio a exigir também da Criminologia formas alternativas de atuação e afastamento de comportamentos condescendentes com violações e discriminações sociais, mantenedoras do *status quo* e a serviço do poder estabelecido.

Desses acontecimentos, surge o *Labelling Approach*, de forma a implicar em uma mudança cultural, ou seja, de postura frente ao que vem a ser “defesa social”, tratamento penal e ressocialização. Passou-se à consciência de que o indivíduo é moldado, dia a dia, de acordo com suas interações com o meio em que habita e com os demais sujeitos.

Sendo assim, os teóricos do *Labelling Approach*, influenciados pela perspectiva interacionista e pela etnometodológica (estudo empírico das atividades cotidianas), focaram seus estudos nos processos de criminalização decorrentes do exercício do controle social e de suas consequências negativas, o que é a inovação trazida por essa teoria.

A teoria da Rotulagem caracteriza-se em razão do comportamento criminoso ser decorrente do poder de definição de que dispõem os grupos sociais e as instâncias de controle. Identificada por uma rotulagem, de forma que o *Labelling Approach* se apresenta com uma postura contestatória de todo o sistema social, político e criminal.

O *Labelling Approach* fez a passagem do paradigma etiológico, traçado pela Escola Positiva, para o paradigma da reação social defendido pela criminologia crítica. Diante dessa nova postura, ganha importância

revisitar o conceito de crime, em que a reação social (causas) ao desvio se torna fundamental para a caracterização do fato típico, pois nenhum comportamento humano é totalmente fechado, imutável, estando aberto a interpretação, negociação e interação.

Verifica-se, assim, que, como parte da atividade humana, a qualificação do comportamento criminoso modifica-se em diferentes contextos sociais, os quais exercem influência e o transformam.

A teoria do *Labelling Approach* inova ao nos trazer um conceito sociológico de crime, considerando-o como um fenômeno social e todos estão sujeitos a praticá-lo, porém com uma única diferença de ter sido rotulado pela sociedade e suas instituições.

Dessa forma, o envolvimento da comunidade é fundamental na busca por encontrar soluções para a criminalidade e contribuir para se criar um espaço de convívio social que gere oportunidades a todos, uma sociedade plural.

5 Considerações finais

Os dados obtidos na presente revelam o sistema punitivo brasileiro, está impregnado de violações generalizadas de direitos fundamentais no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica de todos os cidadãos, e não apenas em relação ao custodiado, à luz teórica de uma criminologia crítica alinhada à proteção dos direitos humanos.

O sistema de Justiça Criminal carece de mecanismos que permitam viabilizar as diretrizes constitucionais (art. 5.º, XLVII e XLIX, da CF/88), bem como a Lei de Execução Penal (lei 7.210/84) e atingir seus objetivos de redução dos índices de violência, ampliação da sensação de segurança, diminuição da impunidade e difusão de uma cultura de paz.

O sistema punitivo atual vê-se todo permeado pelas diretrizes da escola clássica da criminologia, ou seja, sem considerar as consequências da rotulação do indivíduo condenado (efeitos primários e secundários), o que acaba por colocar em xeque o tratamento penal aplicado à pessoa presa.

As desigualdades geradas no processo social influenciam, fundamentalmente, no sistema de justiça criminal. As relações de poder, as desigualdades na persecução penal, o processo de criminalização, os problemas decorrentes de sua intervenção e as influências negativas que geram ficam bem evidenciadas na Teoria da Rotulagem (*Labelling Approach*).

As políticas públicas de enfrentamento à criminalidade construídas na concepção ultrapassada de “defesa social”, em que se orienta dentro de um processo de “amigo x inimigo”, com medidas de encarceramento em massa, são fatores geradores de beligerância entre as instituições do sistema de justiça e as comunidades desprestigiadas de ações sociais por parte do Estado. O atual modelo de enfrentamento à criminalidade acaba por funcionar como barreira à ressocialização.

Isso decorre do processo de formação de identidade, ou seja, como o egresso passa a se enxergar e é enxergado, ao retornar ao convívio social. A autoestima, o pagamento de sua dívida com a sociedade, face ao cumprimento da pena, que deviam funcionar como inibidores de uma carreira criminosa, passam a funcionar como um rótulo de “produto perigoso”.

O sistema de justiça no modelo atual proporciona a estigmatização do egresso do sistema prisional, por melhor que seja o tratamento penal dispensado no transcorrer do cumprimento da pena, devido ao comportamento de rejeição da sociedade.

Na Criminologia atual, o crime passou a ser entendido como um comportamento; o criminoso passou a ser compreendido como pessoa e, assim, um igual aos demais da sociedade, sendo o rótulo de criminoso uma imposição do corpo social, resultante de um comportamento desviante, segundo as regras traçadas pela sociedade. O que resta evidenciado é que, no atual contexto do sistema punitivo brasileiro, a pena não cumpre seu papel de prevenção ao crime, mas é fator gerador do comportamento criminoso.

O tratamento penal, salvo algumas raríssimas exceções, se desvirtuou em sua finalidade, em contribuir no processo de ressocialização e passou a estar focado em um forte rigor disciplinar, voltado para as questões de segurança das unidades prisionais, o que torna o ambiente prisional ainda mais tenso e beligerante, de forma a replicar o sentimento de “vingança” prevalente na sociedade, descuida da atenção ao egresso e seu convívio no grupo social a que está inserido. Circunstâncias que desatendem diretrizes normativas da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Foi o que veio a acontecer em 22 de novembro de 2018, no Estado do Rio de Janeiro, com relação ao Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho em que, por descumprimento às recomendações daquela corte à República Federativa do Brasil, no ano de 2017, para que o estabelecimento adotasse, de imediato, todas as medidas que fossem necessárias para

proteger eficazmente a vida e a integridade pessoa das pessoas privadas de liberdade no IPPSC, requereu, com base do art. 63.2 da que o Estado Brasileiro adotasse medidas para cumprimento da resolução e colocou o estabelecimento prisional em acompanhamento, a fim de se verificar o cumprimento.

Fato da mesma monta ocorreu em audiência convocada para o dia 02 de junho de 2021, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em que o Estado brasileiro teve que se posicionar com relação aos Complexos Penitenciário de Curado (PE), Complexo Penitenciário de Pedrinhas (MA), Unidade de Internação Socioeducativa (UNIS/ES). Na unidade prisional de Curado a intervenção decorre de superlotação extrema, o que traz uma série de consequências como a impossibilidade de aplicação de qualquer tipo de projeto que viabilize o tratamento penal. Em Pedrinhas no Maranhão decorre também pelo descontrole e uso de armamentos menos letais, com várias denúncias de maus tratos e uma série de violações a direitos e garantias individuais.

Faz-se mais que necessária a adoção de uma política criminal que garanta o pleno gozo e exercício dos Direitos Humanos, por mais que sofra influência das percepções da sociedade, muitas vezes contaminadas por falsas notícias, o Estado brasileiro tem que primar por uma melhor qualificação do profissional que atua no sistema prisional e de segurança pública, de forma que se adote medidas que visem a redução de danos, o que abrange a adoção de estratégia pertinente para diminuir a violência, gerar na sociedade a percepção punitiva pelo desvio comportamental e preservar direitos e garantias fundamentais.

Referências

ADPF nº 347/DF. Min, Rel. Min Marco Aurélio, 9.9.2015; RE nº 592.581, Rel. Min. Ricardo Lewandovski.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão de Segurança Jurídica.** Do controle da violência à violência do controle penal. 3ª Edição. Ed. Livraria do Advogado Ltda. Porto Alegre RS. 2015. Disponível em: A Ilusão de Segurança Jurídica: Do Controle da Violência à Violência do ... - Vera Regina Pereira de Andrade - Google Livros.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal:** introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. 2. Reimp. Rio de Janeiro, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 mar. 2022.

BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 17 mar. 2022.

BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Brasília, 1984. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm. Acesso em: 17 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Segurança Pública. **Departamento Penitenciário Nacional**. Brasília, [2022]. Disponível em: <https://www.gov.br/depent-pt-br>. Acesso em: 17 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Relatório SEI/MJ,8674099**. Brasília, 2019a. Disponível em: <https://legado.justica.gov.br/Acesso/sistema-eletronico-de-informacoes-sei>. Acesso em: 17 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária (2020 – 2023)**. Brasília, 2019b. Disponível em: www.gov.br/depent-pt-br/composicao/cnpcp. Acesso em: 17 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Brasília, 2019c. Disponível em: <https://dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>. Acesso em: 15 fev. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Calculando Custos Prisionais 2021**. Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/calculando-custos-prisionais-panorama-nacional-e-avancos-necessarios.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2022.

CHAI, Cássius Guimarães. **Descumprimento de Preceito Fundamental: Identidade Constitucional e vetos à Democracia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CHAI, Cássius Guimarães. **A Tutela Jurídica dos Direitos Humanos no Brasil** ANOTAÇÕES NO CENÁRIO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Ed. Coimbra. Julgar – nº 22. 2014. Disponível em: [Julgar 22.pdf](#)

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números.**

Relatórios, disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em 20/03/2022.

DWORKING, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

SCHMALLEGER, Frank. **Criminology Today an Integrative Introduction.** Eighth Edition. Pearson Education, Inc. or its affiliates, 2016.

SILVA, L. K. S. A Superlotação no Conjunto Penal de Juazeiro e as Medidas adotadas contra a disseminação do novo coronavírus no ambiente prisional. *In*: BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **A Visão do Ministério Público sobre o Sistema Prisional Brasileiro.** v. IV. Brasília, 2020. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Comissoes/CSP/Publica%C3%A7%C3%B5es/Revista_do_Sistema_Prisional_-_Edi%C3%A7%C3%A3o_2020.pdf. Acesos em: 17 mar. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Súmula Vinculante 56. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula815/false> . Acesso em 20/03/2022.

A Ilusão de Segurança Jurídica: Do Controle da Violência à Violência do ... - Vera Regina Pereira de Andrade - Google Livros

ZAFFARONI, Eugenio Raul. Em busca das penas perdidas. Revan. Rio de Janeiro, 2010.

PARÂMETROS PARA REDUÇÃO DA PENA DO INSTITUTO DO ARREPENDIMENTO POSTERIOR

*Isaias Henrique Silva¹
Larissa Ávila V. Baganha²*

1 O instituto do arrependimento posterior: conceito, natureza jurídica e requisitos para sua aplicação

O arrependimento posterior está disciplinado no artigo 16 do Código Penal, assim disposto:

Arrependimento posterior

Art. 16 - Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

O arrependimento posterior é configurado quando o agente após a consumação do delito nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa reparar o dano ou restituir a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário, hipótese em que a pena será reduzida de um a dois terços.

A natureza jurídica do benefício é de causa geral de diminuição de pena, também conhecido como minorante a qual incide na terceira fase da aplicação da pena.

Guilherme Nucci (2023, p. 203) defende que, considerando sua natureza, a inserção da previsão no contexto “*da teoria do crime foi indevida, merecendo situar-se no capítulo pertinente à aplicação da pena*”, por influir na dosagem da pena. No mesmo sentido, defende Cléber Masson (2020, p. 305).

1 Advogado. Especialista em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). E-mail: isaiashenrique.adv@outlook.com

2 Advogada. Especialista em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). E-mail: adv.larissa.avila@gmail.com

Chamado também de “ponte de prata”, trata-se de política criminal que visa estimular a reparação do dano à vítima.

O instituto visa, precipuamente, beneficiar a vítima, a qual será ressarcida do prejuízo que experimentou. De acordo com o item 15 da Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal³, objetiva-se, com a diminuição da pena, estimular a reparação do dano, sendo uma Política Criminal, instituída mais em favor da vítima do que do agente do crime.

Para que a redução ocorra, alguns requisitos devem ser preenchidos.

O crime deve ser cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa. Entretanto, a violência há de ser dolosa, pois é admissível a aplicação da causa de redução de pena caso o delito, produzindo efeitos patrimoniais, tenha sido praticado com violência culposa.

Salienta-se que a violência repelida pelo artigo 16 é aquela dirigida contra a pessoa, e não contra objetos ou coisas. Rogério Greco (2022), no particular, conclui que a minorante será aplicada “em todas as infrações penais em que não existam como elementares do tipo a violência ou a grave ameaça à pessoa”.

A causa de diminuição de pena exige, para sua aplicação, que o crime seja patrimonial ou possua efeitos patrimoniais, causando prejuízo material à vítima, até porque, somente desse modo, seria viável se falar em reparação do dano ou restituição da coisa. Entretanto, não se aplica aos crimes nos quais não haja lesão patrimonial direta, tais como nos crimes de lesão corporal culposa e de uso de documento falso, conforme já entendeu o Superior Tribunal de Justiça⁴.

A reparação ou a restituição, de acordo com o entendimento majoritária da doutrina, deve ser integral. Sendo parcial, não se aplica o benefício ao agente. Em regra, a verificação da completude do reparo ou da restituição deve ficar a cargo da vítima, a destinatária do instituto, como já dito, salvo em casos excepcionais nos quais o juiz interferirá não aceitando o arrependimento. Assim sendo, na prática, nada impede que se admita o benefício quando a vítima, embora o agente não tenha reparado o dano de

3 15. O Projeto mantém obrigatoriedade de redução de pena, na tentativa (artigo 14, parágrafo único), e cria a figura do arrependimento posterior à consumação do crime como causa igualmente obrigatória de redução de pena. Essa inovação constitui providência de Política Criminal e é instituída menos em favor do agente do crime do que da vítima. Objetiva-se, com ela, instituir um estímulo à reparação do dano, nos crimes cometidos “sem violência ou grave ameaça à pessoa”.

4 HC 47.922-PR, Quinta Turma, **Ministro Relator: Arnaldo Esteves Lima**, DJ 10/12/2007 e REsp 1.242.294-PR, Sexta Turma, **Ministro Relator: Rogério Schietti Cruz**, DJe 03/02/2015.

forma integral, dê-se por satisfeita.

Importante consignar o entendimento no sentido de que a restituição ou reparação parcial enseja diminuição menor da pena. Guilherme Nucci (2020), por exemplo, não concorda com essa interpretação, entendendo, nos casos em que haja a restituição ou reparação de forma parcial, deva ser aplicada a atenuante prevista na alínea “b” do inciso III do artigo 65 do Código Penal a qual assevera que é circunstância que sempre atenua a pena quando o agente procure de forma espontânea e com eficiência, “logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências”⁵.

A restituição ou a reparação deve ser feita por ato do agente de modo voluntário. Voluntariedade no sentido de ser realizada sem coação física ou moral, todavia, se distingue de espontaneidade e não se exige, para a aplicação do privilégio, remorso, constrição, pesar ou qualquer outro estímulo subjetivo para instigar o agente a agir.

A lei exige a iniciativa própria do agente, a qual pode existir ainda que decorrente da descoberta do crime pelas autoridades e receio da sanção penal ou de conselho ou sugestão de familiares ou advogado ou terceira pessoa. Contudo, se a coisa subtraída pelo agente não é por ele voluntariamente devolvida ou restituída, mas, sim, é descoberta e apreendida no curso das investigações ou o agente é compelido a ressarcir o dano ou restituir a coisa por ordem judicial, não há que se falar na aplicação da redução de pena, porque não se vislumbra a voluntariedade do agente.

O agente deve reparar o dano ou restituir a coisa até o recebimento da denúncia ou queixa. Ou seja, a reparação do dano ou a restituição da coisa deve ser feita ainda na fase extrajudicial, isto é, enquanto estiverem em curso as investigações policiais; ou mesmo depois de encerrado o inquérito policial, com a sua consequente remessa à Justiça, pode o agente, ainda, valer-se do arrependimento posterior, desde que restitua a coisa ou repare o dano por ele causado à vítima até o recebimento da denúncia ou queixa. A barreira temporal, portanto, que viabiliza o benefício é o juízo de admissibilidade da petição inicial pelo Poder Judiciário.

Greco (2022) aduz que o artigo fala em possibilidade de

5 Circunstâncias atenuantes

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

[...]

III - ter o agente:

[...]

b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;

arrependimento posterior até o recebimento da denúncia ou da queixa. Dessa forma, embora oferecida a denúncia ou apresentada a queixa, se o juiz não a tiver recebido, o agente poderá ser beneficiado pela diminuição de pena prevista no artigo 16 do Código Penal.

Se a reparação do dano for concretizada após o recebimento da denúncia ou da queixa, mas antes do julgamento, aplica-se a atenuante genérica prevista no artigo 65, inciso III, alínea “b”, do Código Penal.

2 Critérios para a aferição da redução da pena

A legislação penal prevê que nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.

Questiona-se: quais são os critérios a serem adotados pelo juiz para aferir a fração a ser utilizada na diminuição da pena em caso de arrependimento posterior?

De início, cumpre ressaltar que esse ponto em específico, em geral, não é tratado de forma exaustiva pela doutrina.

A redução da pena, para Guilherme de Souza Nucci (2023, p. 306), deve obedecer ao grau de espontaneidade (sinceridade) do agente e a celeridade na devolução.

Assim, quanto mais sincera e rápida for a restituição ou reparação, maior será a diminuição operada (2/3); quanto mais lenta - desde que até o recebimento da denúncia ou queixa - e menos sincera, menor a diminuição (1/3).

O Superior Tribunal de Justiça entende que a fração de diminuição de pena nos casos de arrependimento posterior será fixada de acordo com o lapso temporal entre a prática do ilícito e a conduta voluntária do agente em restituir ou reparar à vítima o prejuízo ocasionado com a prática delitiva.

Neste sentido, são os seguintes julgados: AgRg no REsp nº 2.075.797/SP, Relator Ministro: Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 13/06/2022; AgRg no HC nº 686.557/SP, Relator Ministro: Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe de 18/03/2022; e, AgRg no HC nº 599.183/SC, Relator Ministro: Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 01/03/2021.

Nesses três julgados, os Ministros do STJ entenderam, em cada

caso com sua particularidade, mas de forma geral, que o fato de o réu ter demorado lapso temporal igual ou superior a um ano para ressarcir ou restituir integralmente os valores à vítima, a fração de redução deverá ser a menor prevista na norma, qual seja: um terço. Assim sendo, a definição da fração baseou-se no critério temporal entre a prática do ilícito e a data da conduta voluntária do agente em restituir ou reparar à vítima, na esteira da firme jurisprudência da Corte Superior.

Além do requisito temporal, a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a incidência do instituto do arrependimento posterior pressupõe a integral reparação do dano antes do recebimento da denúncia. No julgamento do AgRg no HC nº 56.387/CE⁶, foi negado provimento ao agravo regimental, sob o fundamento do qual “a decisão objurgada está em pleno alinhamento com a jurisprudência dominante no âmbito desta Corte Superior de Justiça, no sentido de que o arrependimento posterior exige a reparação integral, voluntária e tempestiva do dano nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa”.

3 Entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF)

Como já tratado até então, a doutrina majoritária, assim como o Superior Tribunal de Justiça, entende que não é cabível a redução da pena pelo reconhecimento da aplicação do instituto do arrependimento posterior se a reparação do dano ou a restituição da coisa se deu de forma parcial (e não integral) antes do recebimento da denúncia.

No julgamento do HC 98.658⁷, pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, a decisão proferida pela Ministra Relatora Cármen Lúcia seguiu o entendimento majoritário acima consignado.

Todavia, o Ministro Marco Aurélio divergiu do voto proferido pela Ministra Relatora. O Ministro, por sua vez, não concordou com o critério do lapso temporal entre a prática do ilícito e a data da conduta voluntária do agente de reparar o dano ou restituir a coisa para mensurar a fração a

6 HC nº 56.387/CE, **Relator Ministro Antônio Saldanha Palheiro**, Sexta Turma - STJ, DJe de 23/03/2017.

7 Ementa: PENA – CAUSA DE DIMINUIÇÃO – ARREPENDIMENTO POSTERIOR – ARTIGO 16 DO CÓDIGO PENAL – ALCANCE. A norma do artigo 16 do Código Penal direciona à graduação da diminuição da pena de um a dois terços presente a extensão do ato reparador do agente. (HC 98.658, **Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Redator(a) do acórdão: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma – STF**, Julgamento: 09/11/2010 - Publicação: 15/02/2011).

ser utilizada na diminuição da pena em caso de arrependimento posterior.

Para o Ministro, a razão de ser do balizamento quanto à diminuição da pena está justamente na extensão da reparação do dano. Segundo o Ministro, a norma não especifica a extensão da reparação ou da restituição, sendo desnecessária a reparação de forma integral. De acordo com seu entendimento, a pena a ser fixada deve levar em consideração o montante do ressarcimento/restituição, aplicando a fração máxima de redução de dois terços às hipóteses de reparação ou restituição integral pelo agente.

Como se vê, ao admitir a reparação parcial do dano ou a restituição parcial da coisa, a Corte Suprema firmou entendimento no sentido de que a diminuição da pena leva em conta a extensão do ato reparador do agente. Nesse contexto, se a reparação do dano ou a restituição da coisa for total, a pena será reduzida de $2/3$; se parcial, a diminuição incidirá em menor percentual.

4 Proposta de parâmetros para a aplicação do arrependimento posterior

Entendemos ser possível a aplicação do instituto do arrependimento posterior, previsto no artigo 16 de Código Penal, em casos nos quais ocorre a reparação do dano ou restituição da coisa de forma parcial.

Como cediço, em regimes democráticos, em oposição ao direito penal do autor, adota-se o direito penal do fato no qual se considera o ato realizado a fim de se responsabilizar o indivíduo e, jamais, sua condição pessoal.

Restringir o direito do cidadão em virtude de sua condição financeira parece-nos prática de países que adotam o direito penal do autor no qual eventual ônus seria imposto em virtude do “ser” que supostamente praticasse ilícito penal e não em decorrência do ato praticado.

Todavia, nesta prima, caber-se-ia ao propenso beneficiário do instituto do arrependimento posterior comprovar os motivos que o impossibilitaram de efetuar reparação do dano ou a restituição da coisa de forma integral. Evidentemente, não haverá prejuízo a vítima em perquirir na esfera cível a reparação integral do dano a ela causado.

Recentemente, o próprio legislador pátrio, no âmbito dos requisitos do Acordo de Não Persecução Penal, previu a hipótese de casos em que não há possibilidade da parte ré reparar o dano, especificamente no art. 28-A, inciso I, do Código de Processo Penal, o qual fora incluído pela Lei nº

13.964/2019, *in verbis*:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, **exceto na impossibilidade de fazê-lo** (g/n).

E, também, nos requisitos do livramento condicional previsto no art. 83 e seguintes do Código Penal:

Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:

[...]

IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração (g/n).

Dessa forma, em interpretação analógica em favor do réu e, também, considerando o método hermenêutico de interpretação sistêmica, sem dúvida, o instituto do arrependimento posterior deve ser cabível nos casos de reparação do dano ou restituição da coisa parcialmente quando comprovada a impossibilidade de ser efetivada de forma integral.

Outrossim, não há de se perder de vista que o instituto do arrependimento posterior é tratado expressamente no item 15 da Exposição de Motivos do Código Penal como política criminal instituída mais em favor da vítima do que do agente do crime. Ora, se o benefício visa estimular a reparação do dano, não há razão para deixar de ser aplicado em caso de reparação do dano ou restituição da coisa de forma parcial, sob pena de perecimento da sua razão de ser.

Acerca dos critérios para aferir a fração a ser utilizada na diminuição da pena em caso de arrependimento posterior, já aduzia o grande autor clássico e, reconhecidamente, um dos maiores juristas da história do Brasil, Heleno Cláudio Fragoso⁸:

A redução se deve fazer entre um e dois terços. Quais devem ser os critérios a serem adotados pelo juiz para saber que redução deve conceder? Aqui não devem ser levados em conta os elementos que se

8 FRAGOSO, Heleno Cláudio, 1926-1985. **Lições de Direito Penal: parte geral / Heleno Cláudio Fragoso - 3ª ed. rev. por Fernando Fragoso**; - Rio de Janeiro: Forense, 1993.

destinam a orientar a fixação da pena-base (art. 59, CP), pois esses já são levados em consideração para estabelecer a pena a ser imposta ao agente, e não poderiam ser objeto de uma dupla valoração. Os critérios a serem adotados são os que se relacionam com o ressarcimento. Em princípio, se o ressarcimento se opera antes do início da ação penal, por ato voluntário do agente, a pena deve ser reduzida no máximo. A redução da pena pode ser menor, se o juiz estima que subsiste um dano não patrimonial considerável ou que a vítima tenha sido compelida a aceitar um ressarcimento que não seja completo. (FRAGOSO, 1993. p.248 - g/n).

Como se vê, o clássico doutrinador defende que a pena deverá ser reduzida em grau máximo, ou seja, dois terços, se o ressarcimento ou a restituição se opera antes do início da ação penal, por ato voluntário do agente.

Deve-se levar em consideração que o agente que cometeu o ilícito não sabe precisar quando ocorrerá o recebimento da exordial acusatória, por se tratar de um ato judicial, podendo ocorrer dias, semanas, meses ou até anos após o cometimento do ato criminoso.

Em virtude de todo o exposto, entendermos ser possível a aplicação do arrependimento posterior na hipótese de reparação parcial do dano ou restituição parcial da coisa, comprovada a impossibilidade de reparação e/ou restituição integral pelo agente que cometeu o ilícito.

E, partindo de tal premissa, assim como entendia Frago, compreendemos que a fração aplicada de diminuição deve ser aplicada, em regra, no patamar máximo (2/3) nos casos de ressarcimento do dano ou a restituição da coisa até o recebimento da denúncia.

Isso porque o próprio preceito legal traz, em sua redação, o lapso temporal delimitado de forma precisa para que seja configurado o arrependimento posterior. Inclusive, salienta-se que trata de um pleonismo, já que todo arrependimento ocorre após a prática do ato.

Por este prisma, cabe ao juiz o ônus de fundamentar eventual não aplicação na fração máxima, não sendo válida a argumentação de mero lapso temporal entre o cometimento da infração penal e o recebimento da denúncia/queixa, mas critérios que serão, no caso concreto, relacionados ao ressarcimento do dano, como na hipótese em que o ressarcimento ou a restituição foi feita de forma parcial e o agente possuía meios de fazê-lo em sua integralidade ou se o dano - não patrimonial - subsiste de alguma forma.

Referências

BRASIL, **Código de Processo Penal**. Decreto Lei nº 3689 de 03 de outubro de 1941. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em 08 dez.2013.

BRASIL, **Código Penal**. Decreto Lei nº 2848 de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 08 dez. 2023.

BRASIL, **Exposição de Motivos do Código Penal**. Decreto Lei nº 2848 de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 08 dez. 2023.

FRAGOSO, Heleno Cláudio, 1926-1985. **Lições de Direito Penal: parte geral / Heleno Cláudio Fragoso** - 3ª ed. rev. por Fernando Fragoso; Rio de Janeiro: Forense, 1993.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: volume 1: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal – 24.** Ed. – Barueri [SP]: Atlas, 2022.

GRECO, Rogério. **Direito Penal Estruturado. 3. ed., rev., atual. e compl.** – Rio de Janeiro: Método, 2023: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559647651. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647651/>. Acesso em: 08 dez. 2023.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)** ~ v. 1 - 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

NUCCI, Guilherme de S. **Manual de Direito Penal. Volume Único.** - 19. ed.- Rio de Janeiro: Forense, 2023: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559646630. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646630>. Acesso em: 08 dez. 2023.

A INTERFACE ENTRE O DIREITO DO CONSUMIDOR E O DIREITO PENAL NO ÂMBITO DA PUBLICIDADE ENGANOSA

Rômulo Brasil de Avelar Campos¹

O Direito do Consumidor e o Direito Penal apresentam como áreas jurídicas aparentemente distintas, mas convergem em casos de violação dos direitos do consumidor. A proteção do consumidor, apesar de predominantemente tratada no âmbito civil, apresenta situações em que a tutela penal se faz necessária.

Os crimes na relação de consumo referem-se a condutas ilícitas que prejudicam direta ou indiretamente os consumidores, violando normas específicas destinadas a proteger seus direitos e interesses. Essas infrações, muitas vezes, estão associadas a práticas enganosas, como a prestação de serviços inadequados ou a divulgação de informações falsas por meio da publicidade. No contexto desses delitos, a legislação busca preservar a integridade e a segurança dos consumidores, impondo sanções penais para punir os responsáveis e desencorajar comportamentos que comprometam a confiança e a equidade nas relações de consumo.

Nesse sentido, segundo Ricardo Antônio Andreucci, o direito penal nas relações de consumo visa antecipar o dano:

Igualmente como ocorre nos crimes previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), o Código de Defesa do Consumidor instituiu uma série de normas que visam a proteção efetiva do consumidor. Para sua efetividade, dispôs o legislador, como forma

¹ Rômulo Brasil de Avelar Campos. Advogado. Diretor Institucional da OAB/MG triênio 2022/2024. Conselheiro da OAB/MG triênio 2022/2024. Militante em diversas áreas do direito, sobretudo no direito do consumidor desde 2008. Presidente da Comissão de Participação e Cidadania da OAB/MG (junho de 2016). Presidente da Comissão de Direito à Educação, à Ciência e Tecnologia e à Comunicação e Informação – OAB/Unesco (fev. de 2015). Vice-presidente da Comissão de Defesa do Consumidor (nov. de 2014). Atualmente colunista do quadro Direito do Consumidor do programa “Itatiaia Agora” (Itatiaia). Entrevista em diversos meios de comunicação do Estado de Minas e do Brasil. Colunista do Alterosa Alerta (SBT/Alterosa)- Quadro de Direito do Consumidor – 1º semestre de 2016. Agraciado com a Comenda Direito e Cidadania em reconhecimento ao trabalho na defesa da cidadania e do Estado Democrático de Direito – Vereador de BH Joel Moreira Filho.

de proteção do bem jurídico e prevenção, sobre delitos contra as relações de consumo. Na função preventiva, significa que o direito penal do consumidor não corre atrás do dano, mas a ele se antecipa. (ANDREUCCI, 2009, p. 112).

A tipificação dos crimes na relação de consumo é delineada por dispositivos legais específicos que estabelecem os elementos essenciais para caracterizar tais violações. A caracterização desses delitos é crucial para assegurar a eficácia do sistema de proteção do consumidor, tentando promover a responsabilização daqueles que desrespeitam as normas voltadas para a salvaguarda dos direitos fundamentais dos consumidores.

Neste cenário identificamos a publicidade enganosa como um dos principais delitos na esfera do direito do consumidor.

No Manual de Direito do Consumidor, Taturce e Neves definem a publicidade enganosa como transmissão de dados com objetivo de motivar a compra de bens e serviços pelo consumidor:

A publicidade pode ser conceituada como sendo qualquer forma de transmissão difusa de dados e informações com o intuito de motivar a aquisição de produtos ou serviços no mercado de consumo. (TARTUCE; NEVES, 2018, p. 420).

A publicidade, como instrumento essencial na dinâmica mercadológica, desempenha o papel crucial de informar e persuadir os consumidores. No entanto, quando essa ferramenta é empregada de maneira enganosa, emerge um cenário de preocupação tanto no âmbito jurídico quanto no social. A publicidade enganosa, por definição, refere-se à veiculação de informações falsas, ambíguas ou omissões relevantes que podem induzir o consumidor a erro. Este fenômeno transcende a esfera comercial, sendo um ponto crítico na interseção entre o Direito do Consumidor e a ética publicitária.

A complexidade inerente à publicidade enganosa reside na diversidade de suas manifestações. Desde a apresentação de produtos que não condizem com as características anunciadas até estratégias persuasivas que exploram vulnerabilidades emocionais, a gama de práticas enganosas é vasta. O cerne do problema está na quebra da confiança entre anunciante e consumidor, minando os fundamentos da relação contratual e prejudicando a integridade do mercado.

No contexto jurídico, a publicidade enganosa encontra respaldo em normativas específicas do Direito do Consumidor. Países desenvolvidos e em desenvolvimento buscam estabelecer legislações que coíbam essas práticas, impondo sanções civis e administrativas aos infratores. Responsabilidade

civil por danos materiais e morais, multas aplicadas por órgãos de defesa do consumidor e a retirada compulsória da publicidade são algumas das medidas empregadas para reprimir e dissuadir a publicidade enganosa.

Em nosso direito, o Código de Defesa do Consumidor tipifica da seguinte forma o crime:

Art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva:

Pena: Detenção de três meses a um ano e multa.

Ainda na esfera legislativa, o artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor estabelece o conceito de publicidade enganosa ou abusiva.

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

Diante a importância do tema, ainda no Código de Defesa do Consumidor o assunto ainda é tratado no artigo 6º, artigo responsável pelos direitos básicos do consumidor:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

É latente a preocupação do legislador em oferecer proteção ao consumidor na esfera publicitária.

De igual forma, mister trazer à baila alguns artigos presentes no código de autorregulamentação publicitária estabelecidos pelo CONAR – Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária.

Artigo 20 Nenhum anúncio deve favorecer ou estimular qualquer espécie de ofensa ou discriminação de qualquer natureza.

Artigo 25 Os anúncios não devem explorar qualquer espécie de superstição.

Artigo 26 Os anúncios não devem conter nada que possa conduzir à violência.

Vimos que a proteção ao consumidor transcende o Código de Defesa do Consumidor e alcança até mesmo os ditames éticos de regulamentação de publicidade.

A questão ultrapassa o espectro puramente legal. A publicidade enganosa, ao comprometer a veracidade das informações veiculadas, mina a confiança da sociedade no mercado, afetando não apenas consumidores individuais, mas também a integridade do sistema econômico como um todo. Nesse sentido, a discussão sobre a ética publicitária e sua responsabilidade social ganha relevância, evidenciando a necessidade de autorregulação por parte da indústria e a conscientização dos profissionais de marketing sobre os limites éticos na busca por resultados.

No panorama atual, marcado por uma profusão de canais de comunicação e estratégias publicitárias cada vez mais sofisticadas, a compreensão e enfrentamento da publicidade enganosa demandam uma abordagem por completo. A educação do consumidor, a fiscalização eficiente por parte das autoridades competentes e a constante evolução legislativa para abarcar as nuances do marketing contemporâneo são essenciais. Somente através de um esforço conjunto entre a sociedade, a indústria e as instituições reguladoras será possível construir um ambiente de consumo transparente, ético e confiável, onde a publicidade cumpra seu papel sem comprometer a integridade das relações comerciais.

No entanto, caso os fornecedores de produtos e serviços não entendam pela sistemática de proteção ao consumidor e à proibição de publicidade enganosa, deve o Estado fazer valer a legislação e aplicar tanto as multas administrativas, e aí falando em punição cível quanto às sanções penais, objeto dessa presente reflexão.

Nesse sentido importante citar exemplo que ilustra a punição penal à publicidade enganosa.

Três empresários, donos de um posto de combustíveis de Guarapuava, na região central do Paraná, foram condenados pela Justiça por praticar crimes contra as relações de consumo. Segundo a promotora Leandra Flores, o estabelecimento vendia combustíveis diferentes dos quais anunciava, sem o conhecimento do consumidor. O caso foi em 2004.

No exemplo trazido acima os empresários vendiam combustíveis como de uma marca, mas efetivamente não entregavam o contratado.

A despeito da legislação que sem sombra de dúvidas apresenta consolidada previsão “punitiva” para o crime de propaganda enganosa, vimos que os exemplos de prisão ainda são escassos.

Nessa toada a atuação do Ministério Público (MP) na punição dos autores do crime de publicidade enganosa, conforme estabelecido no CDC, desempenha um papel crucial na preservação dos direitos e interesses dos consumidores. A atribuição do MP na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis encontra, no contexto da publicidade enganosa, um terreno fértil para a aplicação efetiva desses princípios.

A necessidade de intervenção do Ministério Público se fundamenta na complexidade e na gravidade das consequências advindas da publicidade enganosa. Este tipo de crime não apenas lesa diretamente os consumidores, induzindo-os a decisões prejudiciais com base em informações falsas, mas também compromete a confiança no mercado como um todo. A sociedade, ao confiar na honestidade das informações publicitárias, estabelece uma relação de dependência que, quando traída, demanda uma resposta eficaz para a restauração da justiça.

Além disso, o MP desempenha um papel de destaque na promoção da ordem econômica, outro princípio norteador do CDC. A publicidade enganosa, ao distorcer a concorrência e favorecer práticas desleais, compromete a livre e leal concorrência, prejudicando não apenas os consumidores, mas também os concorrentes que atuam de maneira ética e transparente. Nesse sentido, a intervenção do MP não se restringe à proteção individual do consumidor, mas também à manutenção da equidade no mercado.

A atuação proativa do Ministério Público é vital para assegurar que a legislação consumerista seja efetivamente aplicada. A busca por responsabilização penal dos autores de publicidade enganosa não apenas serve como medida punitiva, mas também como um importante instrumento de dissuasão, inibindo práticas semelhantes no futuro. A fiscalização rigorosa do MP contribui para a consolidação de uma cultura de respeito aos direitos do consumidor, fortalecendo a confiança na relação entre fornecedores e consumidores.

Em síntese, a punição dos autores do crime de publicidade enganosa pelo Ministério Público é crucial para a manutenção da ordem jurídica, da

ordem econômica e para a proteção dos consumidores. A atuação diligente do MP não apenas repara danos individuais, mas também atua como um agente essencial na construção de um ambiente de consumo mais ético, transparente e confiável.

Dessa forma concluímos que embora seja um campo eminentemente cível o Direito do Consumidor recorre ao Direito Penal para punir as práticas mais nocivas ao consumidor e, dentre elas, a publicidade enganosa insurge como fundamental prática a ser atacada. Nessa toada necessitamos de grande empenho do Ministério Público em promover a defesa da lei e gerar a persecução penal aos infratores, vez que vemos muitos casos de publicidade enganosa, mas poucos exemplos de punição penal aos responsáveis.

Referências

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação Penal Especial**. Editora Saraiva. 2009.

BRASIL. **Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990**. Institui o Código de Defesa do Consumidor.

BRASIL. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária**. Disponível em http://www.conar.org.br/pdf/codigo-conar-2021_6pv.pdf Acesso em: 18 dez. 2023.

REPORTAGEM G1. Disponível em <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2013/06/empresarios-sao-condenados-por-fazer-propaganda-enganosa-no-pr.html> Acesso em 18.12.2023

TARTUCE, Flávio. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor: Direito Material e Processual**. 7. Ed. Editora Método, 2018.

INVESTIGAÇÃO POLICIAL SISTÊMICA

*Humberto Brandão*¹

1 Introdução: investigação policial

Investigação é “o ato ou efeito de investigar”, significando “procurar metódica e conscientemente descobrir (algo), através de exame e observação minuciosos; pesquisar” (HOUAISS, 2001, p. 1644).

A partir de uma concepção ampla do termo, é possível afirmar que a investigação (*lato sensu*) não é monopólio do Estado, podendo ser levada a efeito por qualquer pessoa, seja física ou jurídica, pública ou privada. No entanto, há investigações (*stricto sensu*) típicas do Estado que são identificadas através princípios e regras processuais pelas quais são regidas, como é o caso dos procedimentos administrativos que apuram faltas disciplinares de servidores públicos e das investigações criminais propriamente ditas com sua nota característica de coercibilidade (AAVV. Caderno Didático de Metodologia da Investigação Criminal. Academia Nacional de Polícia, p. 4).

A investigação policial é uma fase preliminar ou preparatória da persecução criminal e pode ser definida como uma pesquisa histórica, realizada por um órgão policial, direcionada à busca da máxima reconstrução da verdade de um fato penalmente relevante. Esta busca da verdade fática através da investigação policial encontra seus limites e parâmetros no Processo Penal e na Constituição Federal. Significa dizer que a investigação policial almeja uma verdade que deve ser validada juridicamente, não podendo ser obtida a qualquer custo, estando subordinada à estrita observância dos direitos, liberdades e garantias fundamentais.

No passado, a investigação promovida pelo Estado tinha por objeto o homem e a verdade perseguida era a verdade real, cujo caráter absoluto legitimava todas as formas de tortura e meios de obtenção de prova (VALENTE, 2012, p. 354/355).

Hodiernamente, sob a perspectiva do Direito Penal do ser humano,

1 Professor de Direito Penal e Criminologia, Mestre em Ciências Policiais pelo Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna de Portugal

a investigação policial deve ser encarada como um instrumento estatal de solução de conflitos. São os meios e não os fins, que justificam a investigação policial². Neste sentido, Eliomar Pereira afirma que o escopo da investigação é a solução de problemas por meios menos gravosos a direitos fundamentais e o caminho para maior eficácia da investigação nas sociedades políticas que têm a forma de Estado de direito é “o aumento do saber com cada vez menor restrição de direitos” (PEREIRA, 2014, p. 16).

A pós-modernidade sacramenta a democratização do Direito Penal e do Processo Penal fazendo emergir novas concepções e finalidades dos instrumentos de controle estatal. A investigação policial passa a concretizar o dever de proteção estatal aos direitos e garantias individuais ao mesmo tempo em que limita o poder punitivo do Estado, estribada na observância estrita do princípio da legalidade e orientada pelo primado da dignidade da pessoa humana.

2 A função de investigação da polícia

A simbiose entre a investigação policial e o Direito Penal é de inquestionável tenacidade, haja vista a conexão existente entre Direito Penal e Direito Processual Penal, os quais cunham uma relação de substantivo para adjetivo, de fundo para forma, mantendo ambos uma vinculação estreita. Se por um lado, sem a intervenção do processo penal “o Direito Penal não toca sequer num fio de cabelo do delinquente”, (BELING, 1943, p. 2) por outro lado, o Processo Penal, sozinho, é órfão, um navio à deriva. Por tais razões, é correto aduzir que as funções da investigação policial acabam se confundido com as do Direito Penal.

Em uma abordagem clássica e restritiva, podemos afirmar que a investigação policial tem a finalidade apenas apurar a existência de uma infração penal e a respectiva autoria, bem como fornecer elementos de convicção para o titular da ação penal formar a sua *opinio delicti* (CAPEZ, 2009, p. 70). Esta visão é, sem dúvida, limitada, porquanto restringe a importância deste relevante instrumento de controle social que potencialmente transcende a perspectiva puramente repressiva.

2 É de se notar que a lógica inversa (os fins justificam os meios) imperava nos Estados absolutistas. Neste sentido, Nicolau Maquiavel, pai da ciência política moderna afirmava que “... nas ações de todos os homens, e principalmente dos príncipes, contra quem não existe nenhum tipo de apelação, basta aguardar o resultado final. O príncipe deve, então, procurar vencer e manter o Estado, pois os meios serão sempre julgados honrados e louvados por todos...”. In MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. São Paulo, Jardins dos Livros. 2015, p. 155.

Uma releitura constitucional das finalidades da investigação policial impõe a inexorável aproximação do Direito Penal e a consequente expansão de suas funções. A investigação policial como tópico proeminente do processo penal não pode ter suas finalidades reduzidas a uma estrutura funcional meramente reativa, de Direito Penal e Direito Processual punitivos. A constitucionalização do Direito leva-nos a redimensionar a aplicabilidade do Processo Penal para um novo patamar como estatuto dotado de valores e princípios, muito além de um modelo utilitarista, desprovido de intenções ideológicas (LOEWENSTEIN, 1976, p. 211).

É nesta perspectiva constitucional que elencaremos as derradeiras funções da investigação policial:

3 Função de proteção dos bens jurídicos

Bens jurídicos são todos os dados considerados como pressupostos de um convívio pacífico e harmônico entre os homens, fundado na liberdade e na igualdade. São valores ou interesses reconhecidos pelo Direito e imprescindíveis à satisfação do indivíduo ou da sociedade. O Direito Penal deve resguardar e proteger esses dados.

O Processo Penal e, por conseguinte, a investigação policial, aplica o Direito Penal na defesa dos bens jurídicos mais importantes para a sociedade. Objetivando coibir e reprimir condutas que venham lesar ou causar perigo de lesão aos bens jurídicos mais importantes, a lei se utiliza de rígidas formas de reação levadas a efeito pelo Direito Penal e pelo Processo Penal. Assim, quando se deflagra uma investigação policial para apurar, por exemplo, um crime de homicídio, o Estado está adotando medida reativa que revela nítida preocupação com a proteção do bem jurídico “vida humana”.

3.1 Função de garantia

A investigação policial tem função de garantia aos cidadãos contra ingerências abusivas do Estado. Isto porque a investigação policial está indissociavelmente subordinada ao princípio da legalidade. Não se admite em um Estado democrático de direito qualquer ato investigativo do Estado que não tenha previsão legal. Trata-se de um fundamento político que exige a vinculação do Poder Executivo e do Poder Judiciário a leis em sentido material, impedindo o poder punitivo com base no livre arbítrio.

Esta função de garantia da investigação policial deve ser alicerçada pelo Poder Judiciário e pelo Ministério Público, a quem compete o dever de fiscalização e controle de legalidade dos atos investigativos.

A polícia no campo da investigação criminal deve agir com estrita observância dos ditames legais, estando sua atuação integralmente sujeita ao ordenamento jurídico, ao império da lei. Aqui repousa o fundamento do Estado de direito (ALEXANDRINO; PAULO, 2012, p. 191).

A garantia do cidadão advém do fato de o direito impor limites e regras para a investigação policial. A busca da verdade através da investigação obedece a um conjunto de regras previamente estabelecido e totalmente subordinado ao primado da dignidade da pessoa humana, de tal modo que a sua inobservância pode macular irremediavelmente a coleta de provas. Manuel da Costa Andrade, citando Grünwad, afirma que, “em termos metafóricos: o princípio do Estado de Direito representa um baluarte contra o qual esbarram os interesses da persecução criminal” (ANDRADE, 2013, p. 35).

Como consectário lógico, surge uma série de proibições no campo processual penal para a atuação investigativa do Estado, sendo a Polícia o destinatário imediato de tais proibições, pois é ela a face mais visível do poder estatal.

3.2 Função de instrumento de controle social

A investigação policial faz parte da aparelhagem política do Estado reconhecida como instrumento formal de controle social e que visa à imposição de sanções negativas e positivas especificadas no processo de socialização, impelindo os indivíduos à adesão dos padrões ou modelos normativos.

3.3 Função de manutenção da segurança pública

António Francisco de Sousa apresenta em sua obra a seguinte conceituação de segurança pública:

Um estado que possibilita (viabiliza) o livre exercício dos direitos, liberdades e garantias consagrados na Constituição e na lei. A segurança é, simultaneamente, um bem individual e colectivo, tal como a sociedade pertence a todos e a cada um (SOUSA, 2009, p. 30).

A Constituição Federal, em seu art. 144, *caput*, apresenta uma

fórmula genérica e vaga ao dispor que “a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”.

Dessume-se do dispositivo constitucional transcrito que a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio nutrem uma relação pragmática com a segurança pública, transpondo uma noção limitada de prevenção, repressão e controle criminal para abarcar, igualmente, orientação e socorro à população, ou, ainda, prevenção de riscos às pessoas e ao patrimônio em casos de desastres, catástrofes e acidentes (FEITOZA, 2008, p. 50).

A prevenção de perigos para a segurança pública é, sem dúvida, uma das funções mais destacadas de qualquer Polícia. No que diz respeito à atividade da Polícia Investigativa, cujos atos são materializados em uma investigação policial, não há exceção a esta regra, uma vez que a segurança, para além de um fundamento da atuação das forças policiais, se constitui também em um direito garantia.

4 Investigação policial sistêmica

O atual paradigma da atividade investigativa do Estado é anacrônico por desconsiderar a importância da prevenção, bem como a relevância de suas potencialidades como fonte de informação qualificada a subsidiar a elaboração de políticas criminais. Trata-se de um modelo investigativo de cariz *indiciário* que não se mostra capaz de apresentar respostas satisfatórias às complexas questões relacionadas à segurança pública.

Pedro Ivo de Souza propõe uma mudança de paradigma do modelo de investigação indiciário para um modelo de investigação *garantista*, onde os direitos humanos possibilitam que a função investigativa seja desempenhada de forma equilibrada, buscando a eficiência de suas ações e não se limitando mais somente a conhecer e punir os crimes, mas, também, preveni-los (ZANOTTI; SANTOS, 2015, p. 43).

Devemos reconhecer que os fundamentos do Estado Democrático nos impelem para uma releitura ou readequação das funções da investigação policial, porque uma sociedade alicerçada em valores democráticos-constitucionais necessita de um sistema jurídico-penal que vá além do famigerado discurso dicotômico “autoria/materialidade do delito” como objeto da investigação.

O paradigma indiciário da investigação policial é de visão cartesiana,

unidirecional, preocupado apenas com a obtenção de uma resposta para as dúvidas acerca da autoria e materialidade do delito apurado³, traduzindo um pensamento reducionista-mecanicista sobre um instrumento (investigação policial) que lida com realidades antropológicas e sociais.

Já o paradigma garantista de investigação, que se alinha com os ditames de um Estado-constitucional, extrai o seu fundamento do pensamento sistêmico, a partir da capacidade de analisar e compreender o fenômeno criminal de um ponto de vista geral para o particular, do todo para a parte. A visão sistêmica proporciona uma forma de raciocínio que permite compreender os sistemas complexos e criar soluções para os conflitos que métodos mais lineares não permitem.

Segundo Edgard Morin, a teoria dos sistemas é um campo vasto, quase universal, comportando qualquer realidade conhecida, desde o átomo até a galáxia, passando pela molécula, a célula, o organismo e a sociedade. Tudo isso pode ser concebido como sistema, ou seja, associação combinatória de elementos diferentes (MORIN, 2008, p. 28).

O método de análise sistêmica tem a virtude de compreender e descrever as forças e inter-relações que atuam em determinado fenômeno, possibilitando uma ação mais eficaz, consoante os processos de diferentes matizes (natural, econômico, social etc.) que interagem para a formação do fenômeno. No caso da investigação policial, a possibilidade de abordagem do fenômeno criminal, não como uma unidade elementar discreta, mas de modo sistêmico, complexo e interdisciplinar, lhe confere maior eficácia e legitimidade. Daí falarmos em *investigação policial sistêmica* como expressão sinônima de proficiência, de instrumento democrático de solução de conflitos. Com efeito, a investigação policial sistêmica é um modelo democrático de investigação policial que se estriba nos valores supremos da Justiça comprometida com o dever de perquirir as verdadeiras razões do fato delituoso em toda a sua completude social e dogmática. Manuel Valente assevera que a investigação não pode se consumir nas respostas ao *quê, como, onde, quando e quem*, mas deve responder ao *porquê?* (Valente, 2006, p. 50), isto é, deve encontrar as verdadeiras razões da infração penal, haja vista a exigência do rigor científico que se espera de um trabalho desapaixonado e imparcial. Este arquétipo de investigação alcança o

3 A dúvida metódica de René Descartes leva à implicação de que todas as convicções anteriores são falsas, de modo que algo somente será crível se se estiver absolutamente certo de que esse algo é verdadeiro, sendo certo que a mais insignificante dúvida acerca da sua veracidade é suficiente para rejeitá-lo. In.: WARBURTON, Nigel. *Grandes Livros de Filosofia*. Lisboa. Edições 70. 2013, p. 66/67.

fato criminoso em toda a sua extensão, razão pela qual o nomeamos de *investigação policial sistêmica*.

Ao inquirir todos os aspectos pertinentes ao fato criminoso, a investigação policial sistêmica apresenta verdades que vão muito além da autoria e da materialidade do delito, revelando as inter-relações entre autor, vítima e local do crime, bem como outros fatores, psicológicos ou sociais, que concorrem na cena do crime.

De fato, a investigação policial sistêmica não deve se prestar apenas para a descoberta da autoria e materialidade do delito, mas, também, para apontar o inocente, para municiar o Estado com informações sobre as realidades sociais e, assim, auxiliar o planejamento de políticas sociais. Serve, outrossim, para identificar os gargalos da criminalidade e, através das informações colhidas durante a tramitação dos atos investigatórios, promover ações de prevenção da criminalidade com base em estudos científicos criminológicos.

O modelo de investigação policial indiciária denota uma natureza eminentemente reativa e repressiva, peculiar a um padrão retributivo do Direito Penal clássico centrado na punição de um fato típico perpetrado no passado (SANTOS, 2013, p. 63/64).

Vale dizer, a investigação policial é uma reação estatal condicionada à deflagração do evento criminoso, seja de forma consumada ou tentada, mas sempre visando ao esclarecimento da fenomenologia do crime, descortinando a dinâmica factual e a autoria da conduta desvaloriosa.

A ruptura com o paradigma indiciário de investigação policial para a promoção de um novo modelo alicerçado em referenciais garantistas evoca o pensamento sistêmico, o qual, por sua própria definição, inclui a transdisciplinaridade e foca na solução dos conflitos através da promoção dos direitos humanos, identificando a vulnerabilidade social na prática dos delitos e na sua vitimização.

A lógica inerente à investigação policial sistêmica reconhece que a qualidade da resposta ao crime não depende apenas da punição do infrator, mas passa pelo atendimento das expectativas dos autores dos crimes e das vítimas (de suas famílias), bem como da comunidade onde ocorreu a infração penal” (CALHAU, 2013, p. 04)

É através do diálogo com outras áreas do conhecimento científico, como a sociologia, com a criminologia e com a psicologia, que a investigação policial se torna capaz de atender a essas expectativas, notadamente através da sua simbiose com a política criminal e, por

consequente, da prevenção criminal. Esta atitude empática de abertura a conhecimentos de outras disciplinas qualifica a investigação policial sistêmica para exercer um papel funcional fora da repressão estatal, sem, contudo, deixar cumprir o encargo de instância formal de controle social.

A prevenção como principal divisa de uma política criminal global enaltece a democracia, tornando a segurança um resultado da liberdade e da justiça. O papel da investigação policial sistêmica na prevenção ganha relevo porque ela se constitui em uma das mais ricas fontes de informações para elaboração de políticas criminais.

Ao indagar em toda a sua plenitude as verdadeiras razões do fato, em toda a sua completude social e dogmática, a investigação policial sistêmica consolida um ideal supremo de Justiça, revelando as inter-relações entre autor, vítima e local do crime, bem como outros fatores, psicológicos ou sociais, que concorrem na cena do crime.

A investigação policial sistêmica lida com o fenômeno criminal não apenas como um fato penalmente relevante, mas também como um fato social. A partir da transdisciplinaridade e da interação com o meio social, a investigação policial sistêmica irá formular respostas para a autoria e a materialidade do delito, e, sobretudo, irá angariar informações para aprovisionar o Estado com elementos sobre as realidades sociais e criminais, subsidiando o planejamento das ações governamentais.

5 Conclusão

A busca de um equilíbrio entre o *securativismo* e o *garantismo* deve resultar na estabilidade entre a tutela de bens jurídicos lesados ou colocados em perigo de lesão e a salvaguarda dos direitos fundamentais. A convivência social harmônica e pacífica depende da observância rígida não só dos direitos fundamentais (individuais e coletivos), mas igualmente dos deveres fundamentais (do Estado e dos cidadãos). Neste campo não há espaço para desproporcionalidade.

Com efeito, a visão sistêmica da realidade jurídica/social na qual está inserida a investigação policial possibilita um diagnóstico mais específico do problema criminológico e, por conseguinte, fornece os argumentos doutrinários capazes de construir um modelo investigatório mais adequado às aspirações pós-modernas de um Estado-constitucional.

A síntese do confronto entre as diferentes percepções da sociedade e do investigado sobre o mesmo fenômeno, a investigação policial, nos é

apresentada pelo Estado Democrático de Direito, através de um paradigma garantista de investigação ao qual nomeamos *investigação policial sistêmica*.

A investigação policial sistêmica, malgrado de natureza processual, é transistêmica, porque objetiva a unidade do conhecimento e a compreensão da realidade por meio de uma abordagem científica que articula elementos pertinentes a diversas disciplinas, não se limitando ao conteúdo penal e processual penal, buscando sempre a compreensão da complexidade. Trata-se de um modelo de investigação policial alicerçado na Ciência Global do Direito Penal, porque o sistema jurídico-penal não pode se fundamentar apenas no Direito Penal, mas precisa se apoiar nos estudos científicos criminológicos, os quais norteiam a formulação e a execução das políticas criminais. A investigação criminal é apenas um componente da complexa engrenagem do sistema de segurança pública que compreende ações de prevenção, controle e repressão da criminalidade.

A investigação policial é uma atividade típica do Estado e, considerando-se as suas potencialidades, não pode limitar o seu objeto ao crime como um fato isolado. Sendo um instrumento de controle social, a investigação precisa compreender os fenômenos socialmente patológicos relacionados ao delito, sendo capaz de diagnosticar as causas e propor formas de prevenção.

Referências

AAVV. *Caderno Didático de Metodologia da Investigação Criminal. Unidade I. A Investigação Criminal. Academia Nacional de Polícia.*

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado.* São Paulo. Método. 2012.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as Proibições de Provas em Processo Penal.* Coimbra. Coimbra Editora. 2013.

BELING, Ernst. *Derecho Procesal Penal. Barcelona.* Labor, 1943.

CALHAU, Lélío Braga. *Resumo de Criminologia.* Niteroi. Impetus. 2013.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal.* São Paulo. Saraiva. 2009

FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal. Teoria, Crítica e Práxis.* Niteroi/RJ, Impetus, 2008.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da*

- Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001.
- LOEWENSTEIN, Kart. *Teoría de La constitucionalización*. Barcelona. Ariel. 1976.
- MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. São Paulo. Jardins dos Livros. 2015.
- MORIN, Edgar. *Introdução ao Pensamento Complexo*. Lisboa. Instituto Piaget. 2008.
- PEREIRA, Eliomar da Silva. *Investigação, Verdade e Justiça. A Investigação Criminal Como Ciência na Lógica do Estado de Direito*. Porto Alegre, Nuria Fabris, 2014.
- SANTOS, Célio Jacinto dos; *Investigação Criminal Especial: Seu Regime no Marco do Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre, Núria Fabris, 2013.
- SOUSA, António Francisco de. *A Polícia no Estado de Direito*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Teoria Geral do Direito Policial*. Coimbra. Almedina. 2012.
- Valente, Manuel Monteiro Guedes. *Regime Jurídico da Investigação Criminal*. Coimbra, Almedina, 2006.
- WARBURTON, Nigel. *Grandes Livros de Filosofia*. Lisboa. Edições 70. 2013.
- ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías. Coord. *Temas Avançados de Polícia Judiciária*. Salvador. JusPodium. 2015.

A (IN)EFICAZ ATUAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DIANTE DA CIBERCRIMINALIDADE

Xenofontes Curvelo Piló¹

1 Introdução

A existência de uma nova manifestação do fenômeno criminal, a cibercriminalidade. Com a aproximação dos seres humanos através da globalização da economia, das comunicações e dos indivíduos como consequência acompanhada pelo aumento da criminalidade. A popularização da internet que impactou o mundo, nos anos de 1990, revolucionando conceitos, invadindo lares, empresas, indústrias por fim uma invasão global em todos os lugares do mundo.

Os perigos advindos da conectividade surpreendentemente são desprezados. Um dos precedentes para o aumento da incidência do cibercrime foi a popularização da tecnologia e internet em todo o globo terrestre, também resultante da revolução tecnológica, facilitando ações criminosas dessa espécie, na medida em que se aumenta a quantidade de terminais conectados à rede de internet.

A imaterialidade fez com que novos negócios surgissem desde serviços exclusivamente virtuais, estratégias de atividade, produtos de uso em dispositivos como programas e jogos, além da dificuldade conceitual de determinação do local.

Nasce então os crimes cibernéticos, como uma nova modalidade de crime que pode abalar a própria essência e concepção de personalidade dos indivíduos que são vítimas, notadamente, casos de vingança digital,

1 Doutorando e Mestre em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna/MG. Bacharel em Direito pela Faculdade Promove, Especialização em Direito Público lato sensu pelo CEAJUFE, Especialização em Direito Público lato sensu pela Universidade de Itaúna/MG. Especialização em Ciências Penais lato sensu pelo Centro Universitário Newton Paiva, membro da ABJD - Associação Brasileira de Juristas pela Democracia. Advogado. xenopilo@yahoo.com.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8570712885711499>.

também conhecidos como revenge ou cyberbullying, intimidação moral ou humilhação pública praticada via internet.

A internet possibilita que a criminalidade cibernética não possua quaisquer limites territoriais, como os demais crimes transnacionais, com a agravante da desnecessidade de deslocamento do criminoso para prática as condutas. Em síntese, uma pessoa pode praticar inúmeras condutas lesivas sem sair de sua residência, prejudicando, contudo, pessoas residentes do outro lado do planeta.

Marjie Britz, afirma que em 1997, um subgrupo do G8 voltado ao combate dos crimes de alta tecnologia, chamado *G8 subgroup on Hig-tech Crime*, criou uma rede denominada *24/7 High-tech Crime Point-of-Contact Network*, que visa a interligar policiais de diversos países, inclusive não membros do G8, com a finalidade de facilitar a interlocução e a assistência mútua para repressão ao cibercrime.

Por outro lado, havendo diversas violações aos direitos fundamentais pelos criminosos através do chamado cibercrime, a pergunta que não cala a comunidade internacional e nacional está preparada juridicamente para lidar com os mesmos através da utilização da cibercriminalística nesta revolução tecnológica do século XXI?

Com a finalidade de responder a pergunta, o objetivo deste é verificar se há a necessidade de novos e efetivos mecanismos jurídicos e de cooperação jurídica mútua para fazer frente a esse novo formato de criminalidade. Tendo objetivos específicos, tem-se de identificar os mecanismos específicos para proteção contra violações praticadas no ciberespaço, considerando o sistema global de proteção aos direitos humanos.

2 Crimes Cibernéticos e os direitos fundamentais

Com a globalização e a divulgação da Internet, a ausência de limites nas fronteiras dos ciberespaços acomoda, não apenas criações em prol da cidadania e da participação universal, mas facilitam que ocorram infrações comuns como os crimes contra o patrimônio e a honra, e os mesmos se moldem ao ciberespaço.

Sendo a internet utilizada, por pessoas inescrupulosas, como pratica de infrações penais vem levado desentendimentos pelo mundo, onde há questionamentos quanto a dificuldade de definir o tempo e o lugar de determinada conduta criminosa, principalmente pelo fato de tais

infrações podem partir de lugares diversos do mundo, e a inexistência de fronteiras típica da web podendo envolver vários ordenamentos jurídicos de países distintos tornando complexa e dificultosa um efetivo combate das atividades criminosas no ciberespaço, bem como estabelecer qual o país competente para processar, julgar e penalizar os infratores.

Atualmente, o Estado Democrático de Direito é adstrito pelos direitos fundamentais, que são “todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância, integradas ao texto da Constituição. (SARLET, 2007)

Continua o autor, na seara dos direitos fundamentais existem quatro dimensões, na atual doutrina constitucional. A primeira geração refere-se às garantias e direitos fundamentais, assumindo “particular relevo no rol desses direitos, especialmente pela sua inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei.”

O que não se deve e não se pode violar, principalmente através de crimes virtuais, são os direitos que correspondem a direitos garantidos à sociedade de forma individual ou coletiva, fundamentais à existência do indivíduo com pleno gozo do princípio da dignidade da pessoa humana.

2.1 A Cibercriminalística como ferramenta contra os crimes cibernéticos de violação dos direitos fundamentais

A interpretação é elemento fundamental para os crimes modernos pois a grande maioria desses não possui tipificação legal imediata e deve ser enquadrada no ordenamento jurídico existente.

Spencer Toth Sydow afirma que a cibercriminalística é o campo de estudo que se concentra na investigação de crimes cibernéticos, que são aqueles cometidos por meio da internet ou de dispositivos eletrônicos. Incluindo a análise de dados digitais, a coleta de evidências eletrônicas, a identificação de suspeitos e a prevenção de futuros crimes. A cibercriminalística envolve o uso de tecnologia e ferramentas específicas para coletar e analisar informações digitais em casos criminais. (Sydow, 2022).

O autor ainda professa que há um imenso universo a ser estudado, explorado, debatido e redesenhado. Havendo uma infinidade de crimes cometidos utilizando da rede e que merecem a devida atenção. A rede, como a vida real, tem tendências e momentos que, se precisados, permitem a

verificação de picos cíclicos de criminalidade específica como a *ransomware* (bloqueio de acesso de dados).

O que acontece no mundo real, também acontece no mundo cibernético, ou seja, crimes sempre deixam vestígios. Destacando que os vestígios da computação são digitais são informações armazenadas, em uma sequência lógica. O Código de Processo Penal expressa em seu artigo 158 que “quando a infração deixar vestígios será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”.

A variedade de crimes cometidos pelo uso da internet é espantosa, e até mesmo homicídios já foram cometidos com o uso da rede. Exemplo é o caso de John Edward Robinson- primeiro serial killer conhecido que utilizava a rede, para aliciar suas vítimas, para a prática de relações sadomasoquistas, o mesmo foi condenado no ano de 2000 pela morte de três mulheres e acusado pela morte de oito mulheres nos Estados Unidos. (BRITZ, 2009).

A enumeração dos direitos humanos não é exaustiva ou, até mesmo, *numerus clausus* e sim aberto às novas necessidades da espécie humana para promoção da dignidade da pessoa humana. Deste modo, o direito à intimidade, por exemplo, traz obrigação ao Estado e aos particulares na forma que a “ausência de direito”, vez que não é lícita a invasão da vida privada de um indivíduo nem por autoridade pública e nem por outros indivíduos, exceto nos casos específicos determinados (reserva de jurisdição), porém o direito à propriedade seria uma espécie de sujeição de particulares e do Estado ao indivíduo proprietário.

Os direitos fundamentais do ser humano são protegidos através de normas internacionais de direitos humanos, contudo, não há norma específica no tratamento das violações de direitos humanos mencionados por meio da rede de conexão global, a internet.

É forçoso divulgar que o funcionamento do sistema global de proteção aos direitos humanos para as normas internacionais que protegem os direitos fundamentais, inexistindo assim norma específica no âmbito da comunidade internacional.

3 O Direito Internacional e o Cibercrime

Considera-se que a internet é utilizada como ferramenta de comunicação geral, servindo tanto para contatos pessoais privados como

para negócios, sejam eles lícitos ou ilícitos, por mais que venhamos a preservar a privacidade dos usuários não se pode negar também o direito de segurança coletiva e a obediência as leis do país onde se desenvolve sua atividade, desta feita os obstáculos gerados com o mau uso da internet poderiam ser evitados através de acordos de cooperação de permuta de dados entre países.

Spencer Sydow advoga que colisão de legislações de países diferentes, envolvidos, contudo, em uma rede comum mostrou a dificuldade para a investigação, apuração e punição de condutas ali perpetradas. Realidades sociais e jurídicas diversas, caminhando num mesmo trilho. Investigações policiais passaram cada vez mais misturar competências. (SYDOW, 2022)

O autor ainda professa que ano após ano os meios de mídia especializada apresentam crescimento dos delitos praticados através da rede mundial de computadores e da tecnologia. A verdade é que a criação de um novo segmento da vida em sociedade exige dedicação de um novo ramo de estudo comportamental. A cibercriminologia estuda o crime, o comportamento do cibercriminoso, as cibervitimas, as ciberleis e a ciber investigação. (SYDOW, 2022)

Fato é que a existência de um imenso universo a ser estudado, explorado, debatido e redesenhado, uma infinidade de crimes cometidos utilizando-se da rede e que merecem a devida atenção. A rede, como a vida real, tem tendencias e momentos que, permitem a verificação de picos de criminalidade.

3.1 A (in)eficácia do Direito Internacional em relação ao Cibercrime na proteção dos direitos fundamentais

Com toda essa incorporação social ao meio digital, os crimes praticados do mundo real não estariam apartados do mundo paralelo virtual, assim, a cada dia existe a ameaça ao indivíduo por meio do cibercrime. Seja através de furto de informações, seja de vendas de produtos ilegais, ou até mesmo de publicações com informações falsas prejudiciais.

Alesandro Barreto, professa ser importante ressaltar que os cibercrimes, tal qual os outros delitos graves, como tráfico internacional de drogas, de pessoas e o terrorismo, não são alcançados pela competência do Tribunal Penal Internacional. Os crimes internacionais sob a égide do direito penal internacional, são limitados a genocídio, agressão, crimes de guerra e contra humanidade. Este diminuto escopo se dá pela fragilidade do direito

internacional em relação ao direito interno dos países. A independência das nações, conferida pela soberania, torna sinuosa a criminalização de condutas delitivas diante de diversos obstáculos decorrentes de interesses políticos, religiosos e econômicos. (BARRETO,2020)

No cenário internacional, a questão econômica é priorizada em relação o social e é atribuído uma posição de destaque às empresas e entes financeiros internacionais, com identidade de destaque nas relações de governo e de importância no processo globalizante. A internet não foi criada inicialmente com o objetivo a que se serve hoje. Inicialmente, conforme Diniz (2015), a rede mundial foi concebida com intuito acadêmico e militar, sendo que as forças armadas oficiais objetivavam comandar uma força nova de tecnologia com o fim de observação e captação de informações dos inimigos.

A seguridade nos meios eletrônicos, infelizmente, ainda é uma questão a ser avançada tecnologicamente, vez que, muitos são os avanços e também há muito a ser desenvolvido. Várias empresas na área de tecnologia da informação expandem e atualizam sistemas de segurança diuturnamente, pois os ataques contrários também são constantes e rápidos. Um dos enormes problemas da forma de consumo por meio da internet é precisamente a segurança nas transações, pois depende-se do uso de dados pessoais, bancários, de cartões de crédito, etc.

O medo de utilização está na possibilidade de desvio de finalidade desses dados (MARQUES, 2013). De acordo com Marques (2013), a segurança sempre é motivo de preocupação do ser humano; afinal a proteção à vida é fundamental. No mundo digital a proteção é para os dados pessoais, já que ninguém quer ver seus dados usados de forma indevida ou ilícita. Na medida em que o mercado digital cresce, aumentam também as tentativas de burlar esse sistema. Assim, as empresas que estão em destaque no mundo digital são sempre alvos constantes de pessoas mal-intencionadas (hackers).

As tecnologias de segurança existentes são diariamente testadas e põem à prova a privacidade dos dados de usuários e empresas, mesmo que utilizados corretamente, dentro das indicações técnicas. A privacidade sobre as informações, como cartões de crédito, contas bancárias e senhas devem ser protegidas com o uso correto da segurança e frequentemente modernizadas a fim de acompanhar o processo criminoso que circunda o mundo virtual, e disso depende o sucesso e expansão do comércio eletrônico. Tal vulnerabilidade existente na rede faz com que as empresas

do ramo tenham que investir cada vez mais nos sistemas de segurança, tornando-os mais eficazes em se tratando de proteção, com novos softwares.

Conforme dados da Interpol, há muitas organizações internacionais regionais, com finalidade de cobertura restrita ou ampla de estados e regiões, fazendo esforços para manter a segurança cibernética e harmonizar o meio social virtual e seus deslindes com tais medidas internacionais para combater o cibercrime. Na região Ásia-Pacífico, a APEC controla suas 21 economias membros para fim de promover a segurança cibernética com enfrentamento dos riscos trazidos pelo cibercrime. A APEC tem conduzido um projeto de capacitação sobre ciber Crimes para os entes membros em relação a estruturas legais e investigativas, onde as economias mais avançadas da APEC apoiam outras economias- membros no treinamento de pessoal legislativo e investigativo (INTERPOL, 2012).

A Convenção de Budapeste reconheceu em seus termos a conveniência de estender as salvaguardas para todos os direitos e liberdades fundamentais, pois que universais, e, especificamente o direito ao respeito pela privacidade, tendo em conta o crescente fluxo através das fronteiras dos dados pessoais sujeitos a tratamento informático, e a necessidade conciliar os valores fundamentais do respeito à privacidade e ao livre fluxo de informação entre os povos. A União Europeia tomou uma série de medidas para combater a cibercriminalidade, impulsionando política coordenada de aplicação da lei e de harmonização jurídica. A liberdade civil também tem sido um foco no campo anti cibercrime.

A Organização dos Estados Americanos (OEA), como outras organizações regionais, com 35 Estados membros, também está muito preocupada com a questão do cibercrime. Por meio de seu fórum para os Ministros da Justiça ou Procuradores-Gerais das Américas, a OEA reconhece há muito tempo o papel central que uma estrutura legal sólida desempenha no combate ao cibercrime e na proteção da internet.

O fato é que o direito penal internacional tradicional tem por objetivo harmonizar o direito substantivo e coordenar o direito processual sobre as ofensas que existem na sociedade desde o surgimento da humanidade. Em razão da complexidade estrutural e universalidade da Internet, pelas frágeis leis que regulam o ciberespaço, pela ineficácia na prática das leis internas de um país, somada a dificuldade de identificar e processar um criminoso que atingi diversas nações, os cibercriminosos atuam livremente certos da impunidade.

4 Considerações finais

Há um imenso universo a ser estudado, explorado, debatido e redesenhado em relação ao cibercrime. É indiscutível que a rede seja mundial, mesmo havendo mistura indiscernível de usuários por toda a supervia, mesmo que o ambiente virtual gere uma sensação de universalidade e igualdade material e formal, nessa seara podendo ocorrer crimes cibernéticos. Reportando a Pablos Molina, o mesmo advoga que para o estudo criminológico há três formas de prevenção de conflitos para qualquer espécie de infração penal, sendo a prevenção primária- implementação de medidas indiretas de prevenção-, a prevenção secundária- sobre grupos sociais propensos ao crime- e a prevenção terciária- prevenir a reincidência voltada ao delinquente.

É fundamental um esforço global, com atuação em vários segmentos sociais, onde leis sejam bem elaboradas, homogêneas e atualizadas com as demandas advindas do ciberespaço e processos céleres que se amoldem à dinâmica dos cibercrimes são imprescindíveis para uma tutela eficaz. A sistemática de informações globalizadas acomoda um número crescente de ofensas transnacionais. A circunstancia da rede do cibercrime faz com que seja uma das ofensas mais globalizadas das ameaças atuais e mais modernizadas do futuro.

O cibercrime tem efeitos devastadores no mundo físico. O cenário é ainda mais complicado pela própria natureza do espaço cibernético manifestado no anonimato no espaço e no tempo, e a não atribuição de ações e ausência de fronteiras internacionais.

Pari e passu questões envolvendo a internet quando há colisão entre o direito brasileiro e o direito internacional é necessário para a solução desses conflitos através de criação de regras advindas do Direito Internacional tanto por meio de tratados, acordos de colaboração internacional ou qualquer outro meio solução de controvérsias.

Referências

BARRETO, Alesandro Gonçalves Karina Kufa, Marcelo Mesquita Silva. **Ciber Crimes e seus reflexos no direito brasileiro**. Salvador: Juspodium, 2020, p. 99.

BRITZ, Marjie T. **Computer forensics and cibercrime**: na introduction. New Jersey Prntice Hall, 2009, p. 207.

BRITZ, Marjie T. **Computer forensics and cibercrime**: na introduction. New Jersey Prntice Hall, 2009, p. 7-8.

DINIZ, E. H.; Fonseca, C. E. C.; e Meirelles, F. S. **Tecnologia bancária no Brasil**: uma história de conquistas, uma visão do futuro. São Paulo: FGV. 2015, p.15.

INTERPOL. Disponível em: <https://www.interpol.int/News-andmedia/Publications2/Fact-sheets2>. Acesso em: 27 nov. 2023.

MARQUES, Érico V. Uma análise das novas formas de participação dos bancos no ambiente de negócios na era digital. **Relatório de Pesquisa**. Centro de Excelência Bancária. EAESP-FGV. 2013, p.12.

PABLOS DE MOLINA, Antonio Garcia, Criminologia,5. ed. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2006, p. 312.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.77.

SYDOW, Spencer Toth. **Direito Penal Informático**. 3. ed. Juspodium, 2022, Salvador, p. 734.

Sydow, Spencer Toth, **Direito Penal Informático**. 3. ed. Editora Juspodium, Salvador, 2022, p.733

DIÁLOGOS (IM)POSSÍVEIS ENTRE A MEDIÇÃO PENAL E O ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER

Mariana Paiva Frizzera¹

Ricardo Goretti²

1 Introdução

As diversas formas de violência praticadas contra a mulher sempre estiveram presentes na sociedade brasileira, todavia, até pouco tempo atrás o Estado e a sociedade civil pareciam preferir fechar os olhos diante dessa realidade. Especificamente a violência doméstica vem ganhando cada vez mais projeção, especialmente pela atuação do movimento feminista que contribuiu para a sua publicização.

O estudo da violência doméstica contra a mulher necessita de um aparato teórico-analítico capaz de compreendê-lo em toda a sua complexidade, levando-se em consideração tanto a microdimensão (sujeito individual), quanto a macrodimensão (sociedade). Essa complexidade decorre das imbricações das questões de gênero e do sistema patriarcal, que envolve relações de poder em que o homem é visto como o dominante e a mulher como subordinada.

A violência doméstica contra a mulher não encerra em si apenas um conflito de direito, ou seja, uma violação a bens jurídicos considerados essenciais à comunidade ao qual se comina uma sanção. Ela abrange aspectos

1 Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (2018). Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de Vitória (2016). Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (2014). Lattes: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K8784772P6>. E-mail: mari_frizzera@hotmail.com.

2 Doutor, mestre, especialista em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV); graduado em Direito pela FDV; diretor Acadêmico da FDV; professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos e Garantias Fundamentais da FDV – Mestrado e Doutorado; professor de Resolução de Conflitos dos Cursos de Graduação e Especialização em Direito da FDV; líder do grupo de pesquisa Políticas Judiciárias e Desjudicialização do PPGD/FDV; advogado. E-mail: ricardogoretti@fdv.br.

psicológicos e afetivos entre as partes envolvidas, que são intrínsecos à essas relações interpessoais e continuadas, em que o violentador, longe de ser uma pessoa estranha, é alguém que guarda uma relação de intimidade com a vítima. A compreensão dessas temáticas pode contribuir significativamente na busca por soluções e formas de administrar esse conflito, tendo em vista as suas peculiaridades.

Grande parte do movimento feminista defende que apenas por meio do recrudescimento do tratamento penal dado ao ofensor é que será possível o combate à violência contra a mulher. Há uma clara opção pelo modelo tradicional de justiça criminal, cujo objetivo principal é a imposição de uma sanção punitiva ao final do processo, a exemplo da Lei Maria da Penha no Brasil. Entretanto, o movimento não é homogêneo e também conta com grupos que não concordam que a justiça retributiva seja a melhor solução para que seja possível uma real transformação do comportamento social. Esses grupos defendem a aplicação de um novo modelo, o qual enxerga o crime e a justiça a partir de uma concepção diferente, baseado no diálogo e na percepção do Outro, dando voz aos principais envolvidos no conflito.

Diante disso, o presente artigo busca responder o seguinte questionamento: a mediação pode ser considerada um instrumento adequado para a gestão de conflitos marcados pela prática de violência doméstica contra a mulher?

Assim, objetiva-se construir uma base teórica que possibilite uma integração entre o acesso à justiça e as mulheres vítimas de violência doméstica, em especial a partir de autores como Heleieth Saffioti, Wania Pasinato, Jean-Marie Muller e Howard Zehr. Uma vez constituída a base teórica, busca-se debater a construção, e conseqüente desconstrução, do Direito Penal Clássico, o qual muitas vezes se omite acerca dos impactos sociais de uma aplicação normativista pura, que não considera os anseios e as necessidades das vítimas de violência doméstica.

A pesquisa foi desenvolvida com base no método dialético, pois parte-se do reconhecimento do caráter inacabado e incompleto dos fenômenos, que estão em constante movimento e transformação. Os fatos sociais não existem de forma isolada, sendo necessário olhar para eles de modo a perceber as suas influências políticas, econômicas, culturais, conhecendo todos os seus aspectos, todas as suas relações e conexões, pois os fenômenos estão interligados.

Para tanto, inicialmente será examinada criticamente a naturalização

dos comportamentos dentro da sociedade patriarcal, compreendendo a violência contra a mulher inserida nesse contexto, a fim de perceber esses processos como construções culturais e desvelar a estrutura que se encontra oculta por detrás desses atos.

Dando sequência, será abordada a crise do sistema de justiça criminal clássico que não tem conseguido responder adequadamente aos conflitos que lhe são propostos, além de apresentar as bases da justiça restaurativa e, especificamente da mediação penal, como um de seus instrumentos.

Por fim, discutir-se-á sobre a emergência de uma ferramenta para a transformação dos conflitos que envolvem violência doméstica contra a mulher, que promova mudanças socioculturais por meio do empoderamento da vítima e da responsabilização dos violentadores. Assim, serão apontados argumentos contrários e favoráveis à aplicação da mediação penal nesse tipo de conflito para, posteriormente, discutir sobre a possibilidade de utilização desse método no Brasil, estabelecendo possíveis diálogos com a Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha).

2 Gênero, patriarcado e violência

Os três elementos expostos acima (gênero, patriarcado e violência) serão abordados como pressupostos para a efetivação do acesso à justiça nos conflitos marcados pela prática da violência doméstica contra a mulher.

2.1 Homem e mulher no imaginário de uma sociedade patriarcal

É comum quando se debate sobre a violência e sobre as posições que determinados grupos ocupam na sociedade, utilizar argumentos referentes ao que seria “natural”, ou seja, inerente às características dos indivíduos que integram esses grupos. Entretanto, na contramão desse entendimento, é preciso perceber que determinadas características e comportamentos são naturalizados e incorporados ao modo de agir de alguns grupos sem que sejam levantados questionamentos sobre a origem e a reprodução dessas atitudes.

Especificamente no que diz respeito às relações travadas entre homens e mulheres, esse discurso sobre o que é natural para cada um se mostra muito forte na sociedade, sendo reproduzido de forma automática, sem qualquer reflexão maior sobre o que está sendo dito. Exemplificativamente, podemos citar o entendimento de que é natural que o homem seja viril,

forte, desbravador, impulsivo, busque atividades no ambiente externo, enquanto que para a mulher é natural que ela seja sensível, delicada, gentil, que haja um maior interesse por afazeres domésticos, pela maternidade, pelo cuidado.

Em que pese essas percepções serem produzidas e reproduzidas socialmente, enquanto características inerentes aos homens e às mulheres, uma análise mais detida e reflexiva conclui que eles foram ensinados a adotarem certos comportamentos, com o objetivo de se encaixarem ou de se adequarem a determinados grupos. Para Okin (2013, p. 106), o argumento mais forte utilizado para justificar a perpetuação da subordinação e distinção dos papéis sexuais femininos está baseado na naturalização desses papéis, justamente porque não é possível combater aquilo que é natural e inerente a determinado indivíduo.

Nesse contexto, emerge a importância da compreensão de gênero enquanto categoria de análise, como propõe Scott (1995). Segundo a autora, o termo apareceu primeiro entre as feministas americanas que buscaram evidenciar o caráter fundamentalmente social das distinções baseadas no sexo. A palavra indica, exatamente, uma rejeição ao determinismo biológico presente de modo implícito na utilização dos termos “sexo” ou “diferenças sexuais”. Nessa perspectiva, a distinção entre sexo e gênero foi primordial para questionar as teorias que embasavam a subordinação das mulheres a partir de questões biológicas e naturalizantes.

Dessa forma, o masculino e o feminino precisam ser compreendidos como construções sociais. Essa análise foi realizada por Simone de Beauvoir (2016, p. 11) ao afirmar que “ninguém nasce mulher; torna-se mulher”, pois nenhum destino biológico, psíquico, econômico define a forma que a mulher assume na sociedade. A célebre frase da filósofa francesa representa uma quebra de paradigma, pelo qual a mulher era constituída apenas por condições biológicas. Assim, Beauvoir argumenta que é por meio da construção social e cultural que um sujeito se identifica com o gênero mulher.

O alicerce dessa diferenciação entre os papéis desempenhados por homens e mulheres e da naturalização desse processo é o patriarcado, o qual é compreendido por Saffioti (2015, p. 47) como o “regime da dominação-exploração das mulheres pelos homens”. Para além do conceito de gênero, Saffioti (2015, p. 145) entende que a utilização do termo “patriarcado” é imprescindível para evidenciar a desigualdade existente entre homens e mulheres. Isso porque ao tratar a realidade “em termos exclusivamente do

conceito de gênero distrai a atenção do poder do patriarca, em especial como homem/marido, ‘neutralizando’ a exploração-dominação masculina”.

O patriarcado não abrange apenas a família, ele é a espinha dorsal da sociedade como um todo, responsável por estabelecer relações hierárquicas entre homens e mulheres tanto no âmbito privado, quanto no âmbito público. A naturalização desses processos socioculturais de discriminação contra a mulher é o “caminho mais fácil e curto para legitimar a ‘superioridade’ do homem”, mascarando, assim, a realidade (SAFFIOTI, 1987, p. 11).

Desse modo, a importância da compreensão desses comportamentos como naturalizados, isto é, a compreensão dos estereótipos ligados ao masculino e ao feminino como construídos a partir da socialização, da vivência, da cultura, é primordial para que seja possível identificar possíveis soluções para os problemas advindos desses comportamentos, como é o caso da violência doméstica praticada contra a mulher.

2.2 A cultura da violência doméstica contra a mulher

A violência pode ser compreendida a partir de diferentes concepções, possuindo diversos significados, a depender do campo que é analisado, e das pessoas que são submetidas a ela, visto que cada sujeito percebe o fenômeno e suas consequências de formas diferentes.

É comum ouvirmos que violência é abuso da força. Contudo, essa afirmação oculta o fato de que a violência, por si só, é um abuso e abusar de alguém significa uma violação do corpo, da identidade, da personalidade, da humanidade daquela pessoa, ou seja, a violência é um abuso perpetrado contra a humanidade do objeto dessa violência (MULLER, 2007, p. 38). Para Muller (1995, p. 30), “violentar é sempre fazer calar, e privar o homem da sua palavra é já privá-lo da sua vida”.

Muller (1988, p. 113) esclarece que a violência surge quando, por uma disfunção do conflito, um sujeito exerce sobre outro algum método de ação violador. Trata-se, portando, de uma forma de expressão de “uma violação da pessoa: a violação de sua identidade, de seus direitos, de seu corpo [...] que mantém seres humanos em condição de alienação e opressão”.

Apesar de tendermos a pensar que a violência é “natural”, inerente à natureza humana, em razão do destaque que ela recebeu ao longo da história, na verdade, ela é um dado cultural. A violência é cultivada

socialmente, de modo a inculcar nos indivíduos a ideia de que “ela é a virtude do homem forte, do homem corajoso, do homem de honra que corre o risco de morrer para defender os valores que dão sentido à sua vida” (MULLER, 1995, p. 10-11). Mais do que ser uma virtude, ela também é sagrada, o que significa que é a violência que sacraliza a causa do homem violento e não o contrário.

A violência, ou melhor, as diversas violências que estão presentes na atualidade, se enraízam naquilo que Muller (1995, p. 9-10) vai chamar de “cultura da violência”. Segundo o autor, essa expressão é utilizada para significar que os indivíduos, influenciados pelas construções sociais, privilegiam a violência como meio normal de defender a sua comunidade frente às ameaças que sobre eles pesam. A função da cultura da violência é banalizar a violência, ocultando o que ela tem de inaceitável e irracional, e valorizá-la positivamente. Os atos de violência são racionalmente programados e justificados pelo ser humano, o que o torna o mais violento dos animais.

Heleieth Saffioti (2015, p. 80) define violência como todo agenciamento capaz de violar os direitos humanos, englobando nesse conceito a violência física, sexual, emocional e moral, as quais não ocorrem de forma isolada. Dentre todas as formas de violência, deve-se destacar a relevância da violência moral que, devido a sua invisibilidade e capilaridade, é a forma mais eficaz de subordinação e opressão feminina, socialmente aceita e validada. Trata-se de uma violência de difícil percepção e, constantemente, é confundida no contexto de relações aparentemente afetuosas (SEGATO, 2010, p. 113). Apesar de a violência física ser a forma mais visível, não se pode desconsiderar que a violência moral, em que pese a sua sutileza, é extremamente danosa e se faz sempre presente.

Diante da pluralidade de sentidos e espécies de violência, há certa confusão sobre o que seria violência doméstica, violência familiar e violência de gênero. Com relação à última, é a mais geral. Pode ser perpetrada entre pessoas do mesmo gênero ou de gêneros diferentes, não sendo adequado relacionar a violência de gênero como aquela praticada pelo homem contra a mulher, ainda que seja a mais frequente. Já a violência familiar é a que ocorre entre membros da mesma família, seja ela extensa ou nuclear, levando-se em consideração a consanguinidade e a afinidade. Portanto, pode ocorrer no interior do domicílio ou fora dele e pode, inclusive, estar abarcada pela violência de gênero (SAFFIOTI, 2015, p. 75).

Por fim, a violência doméstica é aquela que pode ser exercida

entre pessoas da mesma família ou não e que vivem no mesmo domicílio, parcial ou integralmente. Entretanto, a territorialização do domínio não é puramente geográfica, mas também simbólica, ou seja, pessoas sob o domínio do patriarca podem sofrer violência ainda que não se encontrem no mesmo território. Uma das características mais importantes da violência doméstica é a sua rotinização, o que contribui para a codependência e o estabelecimento da relação fixada (SAFFIOTI, 2015, p. 76).

As mulheres que suportam a violência de seus companheiros durante diversos anos são codependentes da compulsão do macho, sendo a violência tão necessária quanto a própria relação. Consequentemente, o próprio gênero se revela como uma prisão, pois o homem deve violentar, uma vez que o macho deve estar sempre na posição de dominador, enquanto a mulher deve suportar a violência, pois o seu “destino” assim o determina. Além da codependência psicológica, há também a codependência financeira que dificulta a ruptura da relação. Nos casos em que o homem é o único ou o principal provedor das necessidades materiais da família essa questão é ainda mais agravada (SAFFIOTI, 2015, p. 89-93).

Ressalta-se que para Muller (2007, p. 29-31), violência e agressividade não se confundem. Não é a violência que é natural para os seres humanos, mas sim a agressividade, a qual pode ser compreendida como o oposto de passividade. É a agressividade que permite que os indivíduos não fujam de qualquer ameaça, que lutem pelo reconhecimento e pelo respeito dos seus direitos.

A importância da agressividade foi destacada por Muller (1988, p. 12), na seguinte definição:

A agressividade é a capacidade de combatividade, de afirmação em si. Constitutiva de minha própria personalidade, ela me permite encarar o outro sem me esquivar. Sem agressividade nós estaríamos constantemente fugindo, diante das ameaças com que os outros nos oprimem; seríamos incapazes de ultrapassar o medo, que nos impede de combater nossos adversários.

Portanto, aquele que pratica atos de violência contra a mulher não é agressivo, mas sim violento. Por sua vez, a mulher que resiste a essa violência manifesta a sua agressividade impondo respeito aos seus direitos, de modo a sair do ciclo de dominação e submissão. Combater a violência com agressividade é uma forma de realização da justiça e não uma forma de reagir com violência.

Segundo Saffioti (2015, p. 85), a violência de gênero, inclusive a familiar e a doméstica, derivam de uma organização social de gênero, que

privilegia o masculino. Nesse sentido, Rita Segato (2013, p. 54) defende que os atos de violência não são fenômenos dispersos e fragmentados, devendo-se perceber que há uma estrutura oculta por detrás deles, que constrói padrões comportamentais diferentes para os homens e para as mulheres, a partir dos quais estas devem ser dóceis, amáveis e passivas, enquanto aqueles devem ser violentos, ativos, potentes e viris.

Retomando as lições de Muller (1995) sobre a violência como um dado cultural racionalmente programado e justificado pelo homem, é possível perceber que os atos de violência praticados por homens contra mulheres, pelo simples fato de serem mulheres, são embasados por uma cultura que afirma que o homem deve ter um certo comportamento, cabendo a ele ser o dominador. A utilização de justificativas como a patologização dos violentadores para explicar a prática de atos violentos também se enquadra nessa ideia de racionalização e naturalização da violência, de modo a ignorar as hierarquias e as contradições sociais (SAFFIOTI, 2015, p. 87).

Assim, é possível dizer que a violência doméstica é uma violência estrutural “[...] gerada pelas estruturas políticas, econômicas ou sociais que criam situações de opressão, de exploração ou de alienação” (MULLER, 1995, p. 32-33), havendo um silenciamento da mulher vítima da violência. É justamente essa naturalização percebida, exemplificativamente, no medo que várias mulheres possuem de futuras agressões em represália, do rompimento do lar familiar, no receio de ficarem pobres e sem moradia e temendo a humilhação e a vergonha por parte da polícia ou da Justiça, que as faz decidirem pelo silêncio em relação à denúncia (RADFORD, 1992, p. 257).

Pesquisa realizada pela Datafolha indicou que em 2018, 1,6 milhão de mulheres foram espancadas ou sofreram tentativa de estrangulamento no Brasil, enquanto 22 milhões (37,1%) de brasileiras passaram por algum tipo de assédio. Entre os casos de violência, 42% ocorreram no ambiente doméstico. Após sofrer uma violência, mais da metade das mulheres (52%) não denunciou o agressor ou procurou ajuda e apenas 22% procuraram um órgão oficial para pedir auxílio (ZAREMBA, 2019).

Associado a essa baixa procura das mulheres por órgãos oficiais, um diagnóstico elaborado pelo Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres (CEDAW, 2015) demonstrou que os estereótipos de gênero são um dos principais obstáculos para o acesso das mulheres à justiça. O Direito, enquanto prática social, tem contribuído, historicamente, com

a naturalização dos estereótipos que são construídos socialmente ao acatá-los de forma acrítica, reproduzindo-os, inclusive, nas decisões judiciais. Por esse motivo, são comuns as crenças de que as mulheres exageram nos relatos sobre violência ou de que são corresponsáveis pelos crimes sexuais, em razão da sua vestimenta ou conduta inadequada, o que contribui para a manutenção da situação de subordinação e revitimização.

Tal questão será retomada mais adiante, devendo-se, nesse momento, ressaltar a importância dos elementos expostos para a compreensão de que os estereótipos de gênero também estão arraigados no sistema judiciário, o que cria obstáculos ao efetivo acesso à justiça por parte das mulheres vítimas de violência doméstica.

A cultura do patriarcado, marcada por esses estereótipos, contribui e potencializa a consolidação de uma cultura de violência, a qual será evidenciada na sequência.

3 Justiça restaurativa e mediação penal compreendidas a partir do (des)cobrimento do outro

Busca-se, a seguir, evidenciar elementos característicos que qualificam a mediação como instrumento de realização da justiça restaurativa, que se revela adequado para a gestão de conflitos inseridos no contexto das relações continuadas.

3.1 Repensando os conflitos por meio dos valores e princípios restaurativos

Atualmente, nós vivenciamos uma crise da pena e do próprio Direito Penal. Basta analisar o aumento da população carcerária no Brasil ao longo dos anos para comprovar tal afirmação³. Esse aumento ainda veio acompanhado de inúmeras reformas legislativas direcionadas a uma maior repressão e punição dos crimes e dos criminosos, além da tipificação de novas condutas.

Diante desse panorama, Maier (2000, p. 1) afirma que a pena estatal, instrumento principal do sistema penal, não consegue cumprir, no plano fático, os fins que lhe são idealmente propostos. Nota-se que essa crise gera

3 Em 2000 o Brasil contava com uma população carcerária de 232.755, em 2010 esse número passou para 496.251, e em 2019 chegou a 755.274 presos privados de liberdade (DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO, 2019).

novos problemas que são, em si mesmos, opostos e contraditórios, pois há o reconhecimento da ineficiência do sistema penal, mas, ao mesmo tempo, há uma inflação de mandados proibitórios e um endurecimento da pena estatal, o que vai de encontro à ideia do papel do direito penal como *ultima ratio*.

Mendonça (2006, p. 92-93) reflete sobre a “falácia da heterotutela jurisdicional moderna”, a qual faz crer, por meio de uma “cartilha processual”, que gera a pacificação social, quando, na verdade, pelo menos metade dos interessados nas inter-relações conflituosas permanecem insatisfeitos ao final do processo. Muitas vezes, os usuários do Poder Judiciário saem inconformados com a sentença prolatada pelo Juiz e isso ocorre porque ela está centrada no “ter” e não no “ser”. Isso significa que não há uma preocupação com o restabelecimento das relações e do respeito, mas apenas com questões eminentemente econômicas. E são justamente esses aspectos subjetivos de identidade e satisfações dos indivíduos que, quando violados ou contrapostos, emergem, sendo denominados de conflitos.

No processo penal, o conflito é apresentado como litígio e, por isso, os juristas acabam por percebê-lo como algo negativo, que deve ser evitado. A partir da compreensão de que os conflitos, diferentemente da violência, não são necessariamente ruins, a aplicação de uma resposta única e padrão por parte do Estado mostra-se inviável diante da diversidade, da pluralidade e da complexidade da sociedade.

Os conflitos estão presentes nas relações humanas, como resultado dos processos de interação no mundo e com o mundo. São, portanto, eventos naturais e inerentes à condição humana, funcionando como um “[...] elemento estrutural de toda a relação com os outros e, por conseguinte de toda a vida social” (MULLER, 1995, p. 18).

Desse modo, conflito e violência não podem ser entendidos como expressões sinônimas. A violência implica no desregramento do conflito, impedindo que ele exerça a sua função de estabelecer justiça entre os adversários. A paz não significa a ausência de conflitos, pelo contrário, a não violência pressupõe uma situação de conflito. Ela tem como projeto político a resolução de conflitos por meio da utilização de outros mecanismos que não a violência (MULLER, 1995, p. 19).

Romper com a cultura de violência é tarefa viável, apesar de árdua, pelo seguinte motivo: se a violência é racionalmente programada e não intrínseca ao indivíduo, seria razoável acreditar e defender que essa mesma racionalidade que torna o indivíduo violento poderia ser utilizada para a

consolidação de uma cultura da não violência. Muller (1995, p. 13) explica que, para tanto, é preciso romper definitivamente com a nossa própria cultura e, mesmo assim, a cultura da violência continuará de alguma forma a parecer-nos uma renegação, uma heresia. Como será visto adiante, essa tarefa é ainda mais complexa nas situações em que há um desequilíbrio de poder, ou seja, quando o ofensor se encontra em condição de vantagem, pois essa assimetria é interpretada como uma desvantagem insuperável.

Nós vivemos em uma sociedade na qual o discurso jurídico-penal alcançou tamanha prevalência, assegurada e legitimada institucionalmente, que outros relatos ficaram suprimidos da articulação social. Uma sociedade que se pretende democrática deve estar aberta aos discursos excluídos, não se conformando com o relato do vencedor. Conforme explica Carvalho (2017, p. 177), só é possível admitir a construção de alternativas democráticas na ceara da administração de conflitos se pensarmos para além do processo penal, uma vez que o direito tem o dever de garantir, ao máximo, a pluralidade de opiniões e combater a intolerância como pré-requisito para concretizar a democracia.

Nesse contexto, a Justiça Restaurativa apresenta-se como uma estratégia não-violenta de transformação das relações que permite aos indivíduos resgatarem a posse do conflito. Em razão de se tratar de um movimento ainda emergente e em desenvolvimento, as definições doutrinárias e institucionais ainda não apresentam uma uniformidade. Essa construção em aberto e em movimento é apontada por Daniel Achutti (2016, p. 66) como um ponto positivo, pois não há um engessamento na sua forma de aplicação, buscando sempre a adequação a cada caso e aos seus conceitos culturais.

Inicialmente, é importante ressaltar que a presente pesquisa parte do viés do Direito Penal Mínimo, segundo o qual a utilização dos mecanismos punitivos deve representar a *ultima ratio*, aliada ao respeito das garantias e dos direitos fundamentais, em especial, a liberdade e a autonomia. Desse modo, existirão delitos ou conflitos interpessoais cujas particularidades não se adequarão à Justiça Restaurativa, ou até mesmo, em razão da vontade da vítima ou do ofensor em não participar de práticas restaurativas. Assim, parte-se do entendimento de que a Justiça Restaurativa, assim como o processo penal, não representa uma resposta universal para todos os casos e que, em diversas situações, este poderá ser o mais adequado para a resolução do conflito.

Para Renato Sócrates Pinto (2005, p. 20), a Justiça Restaurativa

tem como ponto principal o consenso, em que a vítima e o infrator, e, quando adequado, outras pessoas ou membros da coletividade afetados pelo crime, participam, como sujeitos centrais, na construção de soluções para a cura das feridas, dos traumas e das perdas causadas pelo crime.

Diferentemente do processo tradicional, em que os sujeitos envolvidos são transformados em verdadeiros “gladiadores”, e as “soluções” são ditadas por um terceiro em favor de um indivíduo e em desfavor do outro, como expõe Mendonça (2006, p. 95), na Justiça Restaurativa os sujeitos estarão no centro da resolução do conflito, possuindo autonomia para exporem seus desejos e necessidades.

Com base nos ensinamentos do Achutti (2016, p. 85), é possível afirmar que as principais características da Justiça Restaurativa são, essencialmente:

- (a) participação da vítima nos debates sobre o caso, incluindo a deliberação sobre a maneira como os danos oriundos do conflito serão reparados;
- (b) o procedimento poderá não resultar em prisão para o ofensor, mesmo que ele venha a admitir que praticou o delito e eventuais provas corroborem a sua confissão;
- (c) é possível (e desejável) que as partes cheguem a um acordo sobre como lidar com a situação; e
- (d) os operadores jurídicos deixarão de ser os protagonistas do processo, abrindo espaço para uma abordagem mais ampla do conflito.

Segundo Zehr (2012, p. 25-28), a justiça restaurativa atua em três dimensões: i) da vítima, empoderada, pois a partir do momento em que ocorre a agressão e o Estado ocupa o seu lugar na persecução, conferindo-lhe apenas o *status* de prova em espécie, ela perde a sua autonomia, sendo negligenciada no sistema tradicional; ii) do ofensor, inculcando nele o sentimento de responsabilidade, transformação pessoal e pertencimento à sociedade; iii) da comunidade, que precisa que a justiça dê atenção às suas preocupações enquanto vítimas, dê oportunidade de construir um senso de comunidade e de responsabilidade mútua, e estimule a assunção de obrigações para o bem-estar dos seus membros.

A partir dessas definições é possível afirmar que a Justiça Restaurativa busca reparar os danos sofridos não só pela vítima, como também pelo próprio ofensor e pela comunidade; atender às suas necessidades; e atribuir responsabilidade ao ofensor, devendo esse processo ser inclusivo e cooperativo envolvendo todos os que possuem interesse na situação. Portanto, objetiva-se equilibrar todas as partes e estimular decisões que promovam a responsabilidade, a reparação e o restabelecimento para todos (ZEHR, 2014, p. 257).

A ideia da Justiça Restaurativa é se voltar para o futuro e para a restauração dos relacionamentos, ao invés de simplesmente concentrar-se no passado e na culpa (PINTO, 2005, p. 22). Pelo sistema clássico, baseado no modelo retributivo, o evento delitivo é congelado no tempo, de modo que a ação estatal é direcionada a um evento específico, a fim de chegar a uma conclusão binária: condenar ou absolver o réu, aplicando ou não a pena. Já na Justiça Restaurativa há uma preocupação com os desdobramentos sociais e psíquicos que aquele fato causou na vítima, no infrator e na comunidade, buscando restaurar as relações.

Portanto, na justiça retributiva, o crime é entendido como uma violação contra o Estado, ou seja, o Estado é a vítima e o crime é definido pela desobediência à lei. A vítima ocupa uma posição secundária, havendo um esquecimento dela no decorrer do processo, pois o Estado e o ofensor que são as partes no processo.

Assim, Zehr (2014) propõe uma troca de lentes, a partir da qual o crime não é entendido como uma violação contra o Estado, e sim como uma violação de pessoas e relacionamentos. A partir da visão da Justiça Restaurativa, não há determinação de culpa no contexto de uma disputa entre ofensor e Estado, regida por regras sistemáticas. Pelo contrário, a justiça envolve a vítima, o ofensor e a comunidade na busca de soluções que promovam a reparação, a reconciliação e a segurança.

Corroborando com esse posicionamento, Carvalho (2017, p. 178) entende que para que ocorra uma mudança no tratamento dos conflitos sociais não basta apenas uma reforma legislativa do ordenamento jurídico-penal, acima de tudo é necessária uma nova forma de enxergar e compreender os eventos criminalizados, valorizando as interações sociais concretas. Por esse motivo, Laborde (2006, p. 58) entende que a Justiça Restaurativa constitui uma filosofia, uma atitude, um modo de pensar e um novo paradigma no que se refere à forma de enfrentar o delito, a partir da perspectiva da vítima, do infrator e da comunidade.

3.2 Mediação penal como um instrumento transformativo das relações

Como não é um conceito fechado, a Justiça Restaurativa pode se revelar por meio de diversas práticas, alinhadas com os valores e princípios mencionados. Os modelos podem ser adaptados e novos podem ser criados, havendo uma flexibilização de acordo com a necessidade das partes

envolvidas. Dentre os principais mecanismos da Justiça Restaurativa estão: apoio à vítima; mediação vítima-ofensor; conferência restaurativa; círculos de sentença e cura; comitês da paz e serviço comunitário (ACHUTTI, 2016, p. 80-82).

No presente trabalho iremos focar na medição compreendida, especialmente, a partir de sua perspectiva filosófica. Trata-se de um método de ação não violenta capaz de restabelecer as relações de força e assegurar a satisfação dos interesses dos indivíduos envolvidos nas relações conflituosas, a partir de um diálogo transformador. É um instrumento de reflexão e transformação pessoal que possibilita ao sujeito se aproximar do Outro com quem se relaciona em meio ao conflito (GORETTI, 2017, p. 145-164).

Segundo Muller (2007, p. 56), a mediação é marcada pela intervenção de um terceiro que se coloca entre os protagonistas de um conflito, quer dizer, entre os adversários, e o seu objetivo é levá-los ao diálogo. O mediador funciona como um “terceiro pacificador” que visa romper com o relacionamento binário, em que os adversários se confrontam, sem que haja uma comunicação efetiva.

Logo, o objetivo primordial da mediação é a restauração da comunicação, principalmente, entre a vítima e o agressor. Entretanto, é importante lembrar que a Justiça Restaurativa não está limitada apenas ao diálogo entre vítima e ofensor, devendo-se incluir a comunidade e outras pessoas que foram afetadas pelo conflito (ACHUTTI, 2016, p. 81).

Por esse motivo, a medição é considerada a via adequada quando houver a possibilidade de estabelecer um diálogo entre as partes; a autocomposição for admitida; a situação exigir a atuação de um facilitador imparcial (mediador) que vai intermediar o diálogo que foi interrompido entre as partes e o conflito estiver inserido no contexto das relações continuadas. Isso significa que há um histórico de vinculação entre as partes, o qual é anterior ao conflito e há perspectiva de manutenção desse vínculo no futuro depois de superado o conflito (GORETTI, 2019, p. 100).

Em países periféricos, como é o caso do Brasil, marcado por uma vasta desigualdade social, é possível supor que há uma dificuldade maior no restabelecimento de ações comunicativas, que pressupõem uma compreensão mútua entre os sujeitos envolvidos na relação conflituosa. Entretanto, mais importante do que chegar a um consenso, está a recuperação do papel ativo dos cidadãos na resolução dos conflitos e isso,

difícilmente, será obtido por meio do processo penal, cuja lógica está orientada para um discurso unilateral.

O diálogo pode ser percebido como um caminho para a “descoberta do rosto do Outro”, pois oportuniza a realização de encontros e reencontros que permitem compreender as causas e as consequências do conflito que se pretende superar e, principalmente, a essência do ser com o qual o indivíduo se relaciona (GORETTI, 2017, p. 154). Warat (2004, p. 143-144) leciona que captar o Outro é uma tarefa difícil, mas extremamente necessária no processo de gestão não violenta de conflitos. Trata-se de um exercício de alteridade, visto que o Outro funciona como um espelho de nós mesmos, quer dizer, nós nos reconhecemos no outro, percebendo nele questões que não queremos ver em nós.

Conforme exposto anteriormente, Muller (1995) compreende que a violência significa fazer calar, e, por isso, torna-se tão importante o resgate do diálogo a partir de instrumentos distintos daquele utilizado pelo processo e a compreensão de que essa abertura para o diálogo é fundamental em uma sociedade que se diz democrática.

Além disso, a responsabilidade pelo Outro é uma condição imprescindível para que ocorra a gestão de conflitos de forma não violenta. Essa questão deve ser entendida a partir da noção de outridade, a qual define a natureza da relação ética que aproxima cada indivíduo com o seu semelhante, marcada pela busca por solidariedade (WARAT, 2004, p. 140). Há, portanto, uma responsabilidade para com si próprio e para com o outro, devendo existir uma cooperação entre os indivíduos que são moralmente corresponsáveis.

Warat (2004, p. 60-62) compreende a mediação como uma proposta transformadora do conflito, visto que as próprias partes, auxiliadas pelo mediador (terceiro imparcial), buscarão resolvê-lo. A mediação não tem como escopo principal o litígio e a verdade formal presente nos autos, nem mesmo a obtenção de um acordo. O seu objetivo primordial é assessorar as partes no redimensionamento do conflito, compreendido como o conjunto de condições psicológicas, culturais e sociais que levaram a um choque de atitudes e interesses no relacionamento dos sujeitos envolvidos. Logo, busca-se uma transformação tanto do conflito quanto dos próprios indivíduos, de modo que é preciso se colocar no lugar do outro para melhor compreendê-lo e melhor compreender a si mesmo.

Muller (2007, p. 58) afirma que o pré-requisito essencial da mediação é que os próprios protagonistas possam chegar a resolução do

conflito, não sendo papel do mediador impor um acordo ou uma solução a eles. Corroborando com esse entendimento, Mendonça (2006, p. 115) entende que a mediação possui um grande valor pedagógico, já que por meio da conduta do mediador deve-se buscar novos caminhos para o desenvolvimento da autonomia dos envolvidos a partir da tomada de consciência da importância do protagonismo na transformação de seus próprios conflitos. É preciso repersonalizar o conflito, nas palavras de Laborde (p. 58), alcançando uma nova forma de realizar o direito penal, não o abolindo, mas restabelecendo-o com base em uma nova perspectiva.

Esse comportamento difere do que ocorre nos processos jurisdicionais tradicionais, em que os litígios são decididos por meio da determinação da vontade de um terceiro, o juiz, não havendo uma preocupação com a transformação dos sujeitos, mas apenas com a estigmatização do outro como culpado pela imposição de uma pena. O grande desafio é justamente superar a lógica do castigo que impera no processo penal.

É relevante salientar que, justamente em razão dos propósitos e das condições acima expostas, a mediação somente pode ocorrer se houver uma concordância pelos adversários em submeter o conflito a esse processo. A mediação pode até ser sugerida, mas jamais poderá ser imposta. Assim, os principais princípios que embasam a mediação são: a voluntariedade na escolha ou aceitação do procedimento; a não adversariedade; a consensualidade e a autoridade das partes na tomada de decisão; a imparcialidade do terceiro interventor (mediador); a flexibilidade e a informalidade dos procedimentos; e a confidencialidade (GORETTI, 2017, p. 162).

Para além de técnicas inovadoras ou de alternativas de resolução dos conflitos, é essencial um novo paradigma de justiça, baseado não no resultado, mas na participação efetiva da vítima e do ofensor (CARVALHO, 2017, p. 179). Diante do exposto, é possível pensar na justiça restaurativa e, especificamente na mediação penal, como uma estratégia não violenta de transformação das relações, justamente por primar pelo protagonismo dos envolvidos no conflito, especialmente da vítima que foi tão esquecida e relegada a segundo plano pelo processo penal e pelo Poder Judiciário. A Justiça Restaurativa empodera os principais interessados na resolução do conflito, ofensor e vítima, de modo a proporcionar um diálogo entre eles.

Diferentemente das situações que vemos inseridas nos relatos midiáticos do crime, pautadas pela mecanização, uniformização e previsibilidade, que elenca a pena privativa de liberdade como a possível

salvação de um sistema, o papel da mediação é, acima de tudo, primar pelo restabelecimento da comunicação entre os envolvidos, muito mais do que chegar efetivamente ao acordo. É claro que o processo judicial não pode ser esquecido ou deixado de lado, sendo necessário analisar as particularidades de cada caso a fim de identificar qual o meio mais adequado para a solução do conflito. Todavia, a prática mostra que a mediação é um meio eficaz para a resolução do conflito em muitos casos, como será demonstrado a seguir.

4 (Im)possibilidade de aplicação da mediação penal aos conflitos decorrentes de violência doméstica contra a mulher

No presente tópico, problematizaremos o cabimento da mediação como instrumento de gestão adequada de conflitos marcados pela prática de atos de violência doméstica contra a mulher. Os argumentos contrários e favoráveis à aplicabilidade da mediação penal em conflitos dessa natureza serão evidenciados na sequência.

4.1 Argumentos contrários e favoráveis à aplicabilidade da mediação penal nos casos de violência doméstica contra a mulher

Tendo em vista esse panorama marcado pela crise do sistema penal e dos benefícios trazidos pela Justiça Restaurativa, principalmente no que se refere à retomada do protagonismo da vítima, faz-se necessário discutir a possibilidade de utilização da mediação penal nos casos envolvendo violência doméstica contra a mulher. Trata-se de um tema amplamente discutido, em razão da peculiaridade desse tipo de conflito, marcado por relações interpessoais e continuadas, que lhes são intrínsecas. Nesses casos, o ofensor não é um sujeito externo e desconhecido pela vítima. Ao contrário, ele é um indivíduo que convive intimamente com ela, havendo um vínculo psicológico, afetivo e material entre eles.

Em razão dessas características, há ainda uma grande resistência em admitir a utilização de práticas restaurativas nos casos de conflitos marcados pela violência doméstica. Dentre os argumentos utilizados, está o fato de a Justiça Restaurativa trivializar esse tipo de crime, havendo a descriminalização da violência e o retorno desse problema ao âmbito privado (MORRIS, 2005, p. 447). Para esses críticos, a única resposta válida aos crimes de violência doméstica é a pena privativa de liberdade.

Diferentemente do que se possa pensar, a Justiça Restaurativa não trata a violência doméstica como um crime de menor gravidade. Há o pleno reconhecimento da profundidade dessa violação, de modo a conferir o poder de resolução dos conflitos para os protagonistas da relação e todos aqueles que foram atingidos. Ela foca nas consequências que o crime acarretou na vida da vítima, em todos os seus aspectos, e tenta encontrar caminhos significativos para a responsabilização dos infratores (MORRIS, 2005, p. 447).

Na mediação não se busca discutir culpa, mas sim a responsabilidade do ofensor. Para a mediação penal, é mais importante que ele assuma os seus atos e perceba as consequências que a sua atitude gerou, do que aplicar uma pena ao final de um processo que terá como objetivo principal demonstrar a sua inocência. Portanto, o que muda é justamente a percepção sobre o crime e a justiça, que não coincide com o modelo penal tradicional, conforme visto anteriormente.

Vários argumentos giram em torno da disparidade existente entre a vítima e o ofensor visto que se trata uma relação de dominação e subordinação, que tem como base o sistema patriarcal. É comum afirmar-se que a vítima de violência doméstica está em uma situação tão vulnerável que não se encontra em posição de igualdade para se colocar diante de um encontro restaurativo com o ofensor.

Especificamente em relação à mediação, haveria um risco de a vítima aceitar um acordo que não protege os seus direitos e necessidades, por estar sofrendo coação psicológica por parte do homem violento durante os encontros. Este teria um poder de dominação e controle sobre a vítima, a fim de conseguir um acordo que lhe fosse inteiramente favorável (GIONGO, 2011, p. 185).

Entretanto, o que deve ser pontuado é que os defensores da aplicação da Justiça Restaurativa não fecham os olhos à essa realidade. A diferença reside no fato de que, enquanto os autores contrários entendem que, por esse motivo, ela não deve ser utilizada, os defensores creem que ela serve como instrumento capaz de dar voz às vítimas, empoderando-as, para que elas percebam o seu valor, diminuindo a desigualdade existente.

É importante ressaltar que a mediação não tem como objetivo principal a formulação de um acordo entre as partes, mas sim possibilitar um diálogo entre os principais atores envolvidos nos conflitos e, a partir disso, desenvolver o senso de responsabilidade por parte do ofensor e o empoderamento da vítima. Conforme exposto, a Justiça Restaurativa

garante uma maior participação dos indivíduos, em especial da vítima, permitindo que a mulher seja efetivamente escutada, tanto no que diz respeito ao fato criminoso, quanto sobre a sua história, expectativas e reais necessidades (LARRAURI, 2008, p. 233). Uma das mais evidentes e importantes contribuições da Justiça Restaurativa para os casos de violência doméstica consiste justamente na garantia de um papel mais ativo por parte da vítima. Com isso, a mulher deixa o seu papel passivo, tão perpetuado dentro da sociedade machista e patriarcal, assumindo uma posição que lhe permita tomar decisões.

Ademais, uma das marcas da mediação é a voluntariedade, o que significa que, caso a vítima sinta-se em uma situação de vulnerabilidade, ela não será obrigada a participar do encontro restaurativo, podendo optar pelo processo penal tradicional. Todavia, se ela declarar a sua vontade em participar da mediação, cabe ao mediador certificar-se de que a vítima está efetivamente expressando a sua vontade de forma livre e voluntária e restaurar o equilíbrio da relação, por exemplo, colocando a vítima ao lado de pessoas da sua confiança, como parentes ou amigos próximos. Salienta-se ainda que vítima também pode desistir da mediação a qualquer momento.

Deve-se ter uma especial atenção à qualificação dos mediadores, devido à complexidade e a multidimensionalidade que envolve esse tema. É preciso compreender as nuances da violência, a qual envolve relações de poder, dominação, gênero, patriarcado, dentre tantos outros marcadores. Apesar de o enfoque da presente pesquisa ser a violência praticada contra a mulher, de modo geral, não podemos esquecer da necessária interseccionalidade entre gênero, raça e classe. De acordo com a pesquisa do DataSenado de 2016, as vítimas de violência doméstica em âmbito nacional são 31% pardas, 30% negras, 28% brancas e 27% anotadas como “outras”. A pesquisa ainda demonstrou que 25% das mulheres vítimas de violência doméstica relataram não possuir renda, 33% possuir renda até 2 salários mínimos e 26% rendas acima de 2 salários mínimos.

Diversas mulheres são vítimas da violência doméstica cotidianamente, violência esta que é invisibilizada pela sociedade, pela mídia e pelos próprios operadores do direito. Mulheres cujas histórias não são contadas nos jornais, cujas vidas obscuras⁴ são marginalizadas

4 “Vidas obscuras” faz referência ao poema “Todas as Vidas” de Cora Coralina, poeta que, dentre todas as mulheres (gênero que ao longo do tempo foi relegado ao esquecimento), se sensibilizou, especialmente, com aquelas sobre as quais pesa um silêncio ainda maior, quer dizer, aquelas que além de mulheres, correspondem também à escória da sociedade (YOKOZAWA, 2002, p. 8).

e esquecidas. Portanto, além de haver uma invisibilização da própria violência doméstica, esta é intensificada pela invisibilização da violência praticada contra as mulheres negras e de baixa renda.

Nesse sentido, Daly e Stubbs (2006) apresentam os riscos acerca da prática restaurativa em situações de violência doméstica, mas, ao mesmo tempo, relatam seus benefícios, desde que seja analisada a partir de uma estrutura multidisciplinar que considere a interseção entre gênero, classe e raça. Portanto, a Justiça Restaurativa e a mediação penal devem levar em conta as especificidades que envolvem esse tipo de relação, pois se os princípios restaurativos não forem aplicados adequadamente essa prática pode tornar-se violenta. Carvalho (2017, p. 190) também se mostra receoso a respeito da subversão dessa postura reformadora, a qual poderia acabar servindo para propósitos distintos dos estabelecidos originalmente. É preciso uma real transformação da nossa percepção sobre a maneira de ver e responder ao crime.

Dentre as vantagens das práticas restaurativas está a insatisfação existente em relação ao processo penal vigente. Segundo Larrauri (2008, p. 232) as principais críticas ao sistema penal tradicional, a partir de uma perspectiva feminista, são a pouca capacidade de descobrir os casos graves e as escassas denúncias sobre eles, além da revitimização da mulher e a falta de efetividade na erradicação da violência.

Os dados apresentados no início dessa pesquisa sobre o baixo número de denúncias de violência doméstica demonstram essa desconfiança em relação ao processo penal. E tal insegurança reside, em grande parte, devido à dupla vitimização que a mulher sofre no decorrer do processo, pois suas próprias vidas são colocadas em julgamento.

Há uma distinção entre homens e mulheres e entre as próprias mulheres, de acordo com a sua “reputação moral”. Além de sofrer os mais diversos tipos de violência, a classificação da mulher de acordo com a sua “reputação”, leva, muitas vezes, à imputação da responsabilidade pela violência a ela mesma. Portanto, independentemente do resultado do processo, a mulher sempre sairá perdendo, pois com o objetivo de inocentar o homem violento, ela sofrerá os mais diversos tipos de constrangimentos, colocando-se em dúvida a sua versão sobre os fatos.

A relação de dominação e subordinação, que marca as relações privadas, também se faz presente no ambiente público, havendo o risco de serem novamente vitimizadas, caso pretendam se valer do direito à prestação jurisdicional. O sistema penal não só é ineficaz na proteção

das mulheres contra a violência, como ele potencializa essa violência no âmbito institucional, reproduzindo as desigualdades de gênero, e também de classe. Nesse sentido, Andrade (1997, p. 48) questiona:

De que adianta correr dos braços violentos do homem (seja marido, chefe ou estranhos) para cair nos braços do Estado, institucionalizado no sistema penal, se nesta corrida do controle social informal ao controle formal, as fêmeas reencontram a mesma resposta discriminatória em outra linguagem?

Por sua vez, na mediação a vitimização secundária é evitada, uma vez que a versão da vítima não será questionada com o objetivo de inocentar o homem violento a qualquer custo. Isso ocorre exatamente porque na mediação não há discussão a respeito de culpa e a vítima participa ativamente no processo restaurativo.

Além disso, o processo penal não é capaz de satisfazer os reais interesses e necessidades da vítima, pois as pesquisas apontam que a denúncia e a representação contra o homem violento não necessariamente significam que ela deseja a punição dele por meio da aplicação de uma pena privativa de liberdade. Pesquisa realizada pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça em 2015, consta que 80% das mulheres não desejam a prisão do homem em casos de violência doméstica, mas sim que ele frequente grupos para se conscientizar de suas atitudes e acompanhamento psicoassistencial. Assim, a adoção de medidas despenalizadoras, como a mediação penal, vão ao encontro dos anseios das mulheres que denunciam os homens violentos, pois elas buscam a cessação da violência, sem, todavia, desejar que eles sejam presos ou condenados. Inclusive, algumas desejam o restabelecimento dos laços familiares (IZUMINO, 2004, p. 9).

Portanto, percebe-se que a utilização da Justiça Restaurativa e da mediação penal se mostram como opções viáveis nos casos que envolvem violência doméstica contra a mulher, devendo essa questão ser analisada dentro do contexto brasileiro.

4.2 Estabelecendo possíveis diálogos entre a lei maria da penha e a mediação penal no Brasil

É notável que no decorrer dos anos houve uma transformação na forma de perceber a violência doméstica no Brasil, o que não significa, necessariamente, que o enfrentamento desse problema receba a necessária atenção por parte do Governo e do Poder Judiciário. A principal mudança diz respeito a forma como essa questão é encarada, pois, por muito tempo,

ela foi considerada como um assunto a ser resolvido dentro do ambiente doméstico e sem a intervenção por parte do Estado. O ditado popular “em briga de marido e mulher não se mete a colher”, exemplifica bem essa situação.

Como produto da sociedade que é, o Direito acaba refletindo e reforçando essas concepções androcêntricas sobre a dominação masculina e a subordinação feminina, o que contribui para a imposição de obstáculos ao efetivo acesso à justiça por parte das mulheres e para a perpetuação da invisibilidade do problema. Nesse sentido, as lutas feministas em meados dos anos 70, sob o lema “o pessoal é político”, foram especialmente importantes ao flexibilizarem a rígida distinção entre as esferas públicas e privadas, dando publicidade à violência contra a mulher e politizando os acontecimentos do ambiente familiar.

A criação das Delegacias das Mulheres em 1984 para receber queixas específicas de violência de gênero foi fundamental para construir um retrato da violência no Brasil. Esse cenário, aliado ao desejo de combater a impunidade dos homens violentos, alçou a violência contra as mulheres ao *status* central da agenda feminista, sendo o sistema penal eleito como instrumento principal para responder a esse problema (ANDRADE, 1997, p. 43).

Em um movimento contrário, emergiu um discurso desencarcerador que culminou com a edição da Lei 9.099/95, que foi criada com o objetivo de introduzir medidas alternativas ao processo penal tradicional aos crimes de menor potencial ofensivo, diminuindo, assim, o fluxo de processo das varas comuns. Entretanto, os Juizados Especiais Criminais (JECRIM) acabaram por abarcar condutas que anteriormente não chegavam ao Judiciário, sendo restritas às delegacias, dentre elas é possível citar a violência doméstica contra mulheres.

A posterior elaboração da Lei 11.340/06, em grande medida, está relacionada aos resultados obtidos pela criação dos Juizados. O movimento feminista reforçou a crítica ao Direito, identificando-o como alheio às demandas e às lutas de proteção das mulheres, pois ao tramitar pelo JECRIM a violência contra a mulher se revestiu como conduta de menor potencial ofensivo, ocorrendo uma reprivatização do conflito entre as partes (MARTINS; GAUER, 2019, p. 160). A principal crítica realizada aos Juizados foi a banalização da violência que estaria ocorrendo, o que pode ser exemplificado pela prática de pagamento de uma cesta básica pelo acusado.

Em sentido contrário, pesquisa realizada por Wânia Pasinato (2005) nas Delegacias de Defesa da Mulher do Estado de São Paulo, durante 1996 a 1999, evidenciou um aumento expressivo do número de registros policiais de lesões corporais e ameaças, o que permitiu concluir que as Delegacias e os Juizados foram benéficos à luta das mulheres por dar visibilidade ao problema da violência

Outro apontamento referente ao processamento da violência doméstica contra as mulheres nos Juizados era a possibilidade de utilização de institutos que permitem a conclusão antecipada do processo. Além disso, a conciliação que fora instituída visava a reparação material, o que não seria o centro das discussões de violência, e a transação penal estabelecia um silenciamento da vítima, que não poderia se manifestar no acordo entre o homem violento e o Estado (MARTINS; GAUER, 2019, p. 166). O que se concluiu é que os Juizados foram criados com o objetivo de desafogar o judiciário, cumprindo um importante papel de celeridade, todavia, não foram pensados a partir das relações de gênero.

É esse marco discursivo que vai se desdobrar na produção da Lei nº 11.340/06, também conhecida como Lei Maria da Penha, trazendo uma nova forma de compreender os conflitos de violência doméstica. A sua maior contribuição foi o destaque que deu para a questão a partir de uma perspectiva de gênero, permitindo que o feminismo disputasse um lugar de fala que até então não era reconhecido pelos juristas tradicionais.

Em que pese a Lei nº 11.340/06 prever medidas de caráter extrapenal, como medidas preventivas, assistenciais, de atendimento e protetivas, ela sofre duras críticas pela nítida ênfase no modelo de justiça retributivo, legitimando o sistema de justiça criminal.

O artigo 41 veda a aplicação da Lei 9.099/95 nos crimes cometidos com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista. Isso significa que não é possível fazer uso de medidas alternativas ao processo penal, como a conciliação. Tal dispositivo foi declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal por meio da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19. Nessa esteira, o STF entendeu, na Ação Direta de Inconstitucional nº 4.442, que o crime de lesão corporal leve praticado contra a mulher em situação de violência doméstica e familiar é crime de ação penal pública incondicionada. Com base nessas decisões, em 2015 o STF editou a Súmula nº 536, a qual vedou a possibilidade da aplicação da suspensão condicional do processo e da transação penal em delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha.

Diante disso, é possível perceber o enrijecimento da aplicação do direito penal, instrumento típico da lógica patriarcal de punição, estabelecendo um tratamento diferenciado a esses conflitos. A dúvida que se coloca é se o meio escolhido para tratar o problema é eficaz e adequado na busca por uma transformação do comportamento social e no empoderamento das mulheres. Os dados trazidos no presente artigo apontam que, desde a promulgação da Lei nº 11.340/06, o Estado não tem conseguido oferecer uma resposta satisfatória aos danos causados às mulheres vítimas da violência doméstica. Pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2017 questionou se as mulheres voltariam a buscar o sistema de justiça criminal no caso de sofrerem novas violências ou se recomendariam o processo a alguém. A maioria das vítimas afirmou que somente recomendariam o processo por não enxergarem outra forma de proceder e não por acreditarem na possibilidade de resolução do conflito.

Apesar do artigo 41 da Lei 11.340/06 vedar alguns institutos, a Resolução nº 225 do CNJ, em seu artigo 24, dispõe que, quando cabível, a Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar deverá adotar processos restaurativos com o objetivo de responsabilizar os ofensores, proteger as vítimas e restaurar e estabilizar as relações familiares. Com respaldo nessa Resolução alguns estados brasileiros vêm implementando programas nesse âmbito, como o Projeto Circulando Relacionamentos, em parceria com o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania de Ponta Grossa, o Juizado de Violência Doméstica, a Delegacia da Mulher e a Defensoria Pública do Paraná. O projeto não substitui a prestação jurisdicional penal, mas possibilita o diálogo e a responsabilização pelos atos praticados.

Experiências internacionais têm demonstrado resultados positivos na aplicação da mediação penal aos casos de violência doméstica. Bryant et al. (2010), em pesquisa realizada na Carolina do Norte nos Estados Unidos, concluiu que em 100 casos mediados e com acordo, 55 dos ofensores que não tinham registro criminal, 53 não reincidiram (96%) e 2 voltaram a exercer violência sobre a mulher (4%). Dos 45 que já haviam sido condenados antes, 31 não voltaram a exercer a violência (68%) e 14 reincidiram (32%). Comparando com os 108 casos levados a tribunal, apenas 49 seguiram o processo judicial. Destes, 16 ofensores que não tinham condenações anteriores, 10 (62,5%) não reincidiram e 6 (37,5%) retomaram as violências. Dos 33 que já haviam sido condenados, 18 (55%) não reincidiram, contrapondo-se aos 15 (45%) que reincidiram. Isso significa que as taxas de não reincidência são superiores na mediação,

quando comparadas aos resultados do processo judicial, o que comprova a efetividade da prática restaurativa.

Nesse contexto, em que pese a conquista que a Lei Maria da Penha representou no tratamento da violência doméstica contra a mulher, dando visibilidade para as questões de gênero que permeiam o tema, ela não mais reflete os anseios e necessidades das mulheres, sendo preciso repensar o problema a partir de um novo paradigma de justiça. O Direito, enquanto produto da sociedade, deve se adaptar à realidade mutável para responder de forma eficaz aos problemas que lhe são propostos, ainda que para isso tenha que repensar as opções legislativas existentes.

É preciso esclarecer que, apesar dos diversos benefícios da aplicação dos princípios e valores da Justiça Restaurativa na resolução dos conflitos envolvendo violência doméstica contra a mulher, nem todos os casos poderão ser mediados. Não é possível determinar previamente quais casos serão passíveis ou não de mediação. A análise deve ser feita caso a caso considerando as peculiaridades de cada um, de modo a filtrar os processos. Logo, a mediação abre-se como uma possibilidade, dentre outras que poderiam ser utilizadas na resolução do conflito, dando aos sujeitos, especialmente à mulher, a capacidade de escolher qual será o método mais adequado. Todavia, não se deve proibir de plano a realização da mediação para todos os casos, devendo-se considerar as circunstâncias concretas.

5 Conclusão

O processo penal tradicional, que opera por meio do sistema de justiça retributiva, já demonstrou não ser capaz de atingir as finalidades a que se propõe. A realidade se mostra complexa e o paradigma tradicional baseado em um modelo binário de condenação ou absolvição não atende aos anseios da vítima e é incapaz de promover a reinserção social daqueles que são condenados.

Essa crítica ao processo penal como instrumento de gestão de conflitos é ainda mais evidente quando estamos tratando da violência doméstica contra a mulher, fenômeno que necessita de uma análise multifacetada que compreenda toda a sua complexidade e os sistemas que operam por detrás dele. É irrefutável que a formação do jurista tem estado dissociada das demandas sociais contemporâneas e a leitura do Direito a partir de uma perspectiva de gênero exige dos operadores a compreensão de que a complexidade da realidade demanda soluções igualmente complexas

e articuladas a outros sistemas.

A partir da análise do conflito e da violência e suas consequências nas relações sociais, surge a possibilidade de transformação dos conflitos por meio de um modelo que seja realmente democrático, rompendo com o discurso punitivista que visa, eminentemente, a culpabilização do indivíduo, sem atender as reais necessidades da vítima. Nesse contexto, a Justiça Restaurativa foi apresentada como um instrumento de mudança cultural que estimula uma sociedade pautada no diálogo e que possui uma preocupação não só com a responsabilização do ofensor, mas também com a reparação dos danos causados às mulheres e o seu consequente empoderamento por meio desse processo.

Assim, a mediação penal surge como uma alternativa no enfrentamento da violência doméstica contra a mulher a ser colocada à disposição da vítima, uma vez que nem ela, nem o ofensor, são obrigados a aceitar. Abre-se uma porta, transformando o sistema monolítico clássico em diversas soluções, que são construídas com a participação ativa dos principais envolvidos no conflito, e também da comunidade, havendo uma maior adaptação às peculiaridades de cada caso concreto.

É notória a relevância do esforço do legislador, que pode ser percebida pelas alterações legislativas, em tentar trazer soluções para esse fenômeno que atendam às demandas sociais. Entretanto, tais diligências, explicitadas especialmente pela Lei 11.340/06, pouco têm contribuído no combate a esse problema social. Parece um paradoxo, pois, por um lado, a referida lei representou uma conquista feminista trazendo enormes avanços, por outro, ela acabou por perpetuar o papel passivo da mulher naturalizado pela sociedade patriarcal. Sob o argumento de que as mulheres vítimas são vulneráveis, elas acabaram tendo sua voz silenciada pelo manto de proteção do sistema penal.

Em que pese a Lei Maria da Penha ter optado nitidamente pelo modelo tradicional de justiça criminal, há espaço para a aplicação de algumas práticas restaurativas, sendo necessária também uma revisão do atual entendimento jurisprudencial para adequação desse posicionamento às atuais reivindicações. Dessa forma, é preciso construir um modelo de justiça plural que leve em consideração a diversidade de conflitos e que reconheça a autonomia e a cidadania da mulher.

Referências

ACHUTTI, Daniel. **Justiça Restaurativa e abolicionismo penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania. **Sequência**, Florianópolis, v. 18, n. 35, 1997.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**: a experiência vivida. 3. ed., v. 2. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

BRASIL. **Violências contra a mulher e as práticas institucionais**. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. Brasília: Ministério da Justiça, 2015. 109 p. (Série Pensando o Direito, 52). Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/Cristiane_completo_impressao1.pdf. Acesso em: 15 ago. 2020.

BRYANT, Dawn et al. Mediating criminal domestic violence cases: how much is too much violence?. **International Perspectives in victimology**, v. 5, n. 1, ago. 2010, p. 47-54.

CARVALHO, Rapahel Boldt de. **Processo penal e catástrofe**: entre as ilusões da razão punitiva e as imagens utópicas abolicionistas. 2017. 238 f. Tese (Doutorado em direitos e Garantias Fundamentais) – Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2017.

COMITÊ DE ELIMINAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO CONTRA AS MULHERES. **Recomendação Geral nº 33 sobre o acesso das mulheres à justiça**. CEDAW, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Pesquisa revela frustração de mulheres vítimas de violência com a Justiça**, 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisa-revela-frustracao-de-mulheres-vitimas-de-violencia-que-buscam-solucao-na-justica/>. Acesso em: 17 ago. 2020.

DALY, K.; STUBBS, J. Feminist engagement with restorative justice. **Theoretical Criminology**, v. 10, n. 1, p. 9-28, 2006.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento de informações penitenciárias**. Ministério da Justiça e Segurança Pública, jul.-dez. 2019. Disponível em: <https://app.powerbi.com/NmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 12 ago. 2020.

GIONGO, Renata Cristina Pontalti. Justiça restaurativa e violência doméstica conjugal: aspectos da resolução do conflito através da mediação penal. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Org.). **Relações de gênero e sistema penal**. Porto Alegre: ediPUCRS, 2011.

GORETTI, Ricardo. **Gestão adequada de conflitos**. Salvador: JusPodivm, 2019.

GORETTI, Ricardo. **Mediação e acesso à justiça**. Salvador: JusPodivm, 2017.

IZUMINO, Wânia Pasinato. Violência contra a mulher no Brasil: acesso à justiça e construção da cidadania de gênero. In: CONGRESSO LUSO-AFRO-BRASILEIRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS. 8., 2004, Coimbra. **Anais a questão social no novo milênio**. Coimbra: CES, 2004. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/lab2004/inscricao/pdfs/painel12/WaniaPasinatoIzumino.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2020.

LABORDE, Adolfo Prunotto. **Mediación penal**. Rosario: Juris, 2006.

LARRAURI, Elena. **Mujeres y sistema penal: violencia doméstica**. Buenos Aires: B de F, 2008.

MAIER, Julio B. J. Prólogo. In: FERNÁNDEZ, Gabriela Rodríguez (Org.). **Resolución alternativa de conflictos penales: mediación de conflicto, pena y consenso**. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l., 2000.

MARTINS, Fernanda; GAUER, Ruth M. C. Poder punitivo e feminismo: percursos da criminologia feminista no Brasil. **Revista Direito e Praxis**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, 2020, p. 145-178.

MENDONÇA, Rafael. **(Trans)modernidade e mediação de conflitos: pensando paradigmas, devires e seus laços com um método de resolução de conflitos**. Florianópolis: Habitus, 2006.

MORRIS, Alisson. Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2005, p. 439-472.

MULLER, Jean-Marie. **O princípio de não-violência: percurso filosófico**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

MULLER, Jean-Marie. **O princípio de não-violência na educação**. São Paulo: Palas Athea, 2007.

MULLER, Jean-Marie. **Vocabulário da não-violência**. São Paulo: Loyola, 1988.

OKIN, Susan Moller. **Women in western political thought**. United States: University of Chicago Press, 2013.

PASINATO, Wânia. Delegacias de defesa da mulher e juizados especiais criminais: mulheres, violência e acesso à justiça. **Plural**, São Paulo, v. 12, 2005, p. 79-104.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa é Possível no Brasil? In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2005, p. 19-39.

RADFORD, Jill. A license to kill? The killing of Jane Asher. In: RUSSELL, Diana. E. H.; RADFORD, Jill (Edit.). **Femicide: the politics of woman killing**. New York: Twayne Publishers, 1992, p. 253-266.

SAFFIOTI, Heleieth. **Gênero patriarcado violência**. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular: Fundação Perseu Abramo, 2015.

SAFFIOTI, Heleieth. **O poder do macho**. São Paulo: Moderna, 1987.

SEGATO, Rita Laura. **La escrita en el cuerpo de las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez**. Buenos Aires: Tinta Limón, 2013.

SEGATO, Rita Laura. **Las estructuras elementales de la violencia: ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos**. 2. ed. Buenos Aires: Prometo Libros, 2010.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Educação e Realidade**, Porto Alegre, v. 20, n. 2, jul./dez., 1995, p. 71-99.

DATASENADO. **Panorama da violência contra as mulheres no Brasil** [recurso eletrônico]: indicadores nacionais e estaduais. Brasília: Senado Federal, Observatório da Mulher Contra a Violência, n. 1, 2016. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/institucional/datasenado/omv/indicadores/relatorios/BR.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2020.

WARAT. Luis Alberto. **Surfando na pororoca: o ofício do mediador**. v. 3. Florianópolis: Boiteux, 2004.

YOKOZAWA, Solange Fiuza Cardoso. A reinvenção poética da memória em Cora Coralina. In: CONGRESSO INTERNACIONAL

DA ABRALIC. 8., 2002, Belo Horizonte. **Anais do VIII Congresso Internacional da Abralic**, Belo Horizonte, 2002.

ZAREMBA, Júlia. Maioria das mulheres não denuncia agressor à polícia ou à família, indica pesquisa. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 26 fev. 2019. Disponível em: https://assets-institucional-ipg.sfo2.cdn.digitaloceanspaces.com/2019/02/folha-26022019_Maioria-das-mulheres-nao-denuncia-agressor-a-policia-ou-a-fam%C3%ADlia-indica-pesquisa-26_02_2019-Cotidiano-Folha.pdf. Acesso em: 31 mar. 2020.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça restaurativa. 2. ed. São Paulo: Palas Athena, 2014.

ZEHR, Howard. **Justiça restaurativa**. São Paulo: Palas Athena, 2012.

POSFÁCIO

Como vimos, os textos aqui compartilhados, frutos de pesquisas e de atuações práticas de quem atua para e no interior do Sistema de Justiça Penal, bem atestam a grandeza de suas contribuições com o acesso à Justiça Penal e, em *ultima ratio*, com a proteção da dignidade humana e a credibilidade funcional do sistema de Justiça.

No Estado Democrático de Direito, o Direito Penal não é apenas um instrumento de repressão ou opressão. Ele desempenha uma função reguladora dos contatos sociais, aplicando penas visando coibir ações prejudiciais e incentivar condutas lícitas. Nesse contexto, a presente obra traz ao público questões críticas e sensíveis à(s)/aos:

1. Criminalização de Drogas: A abordagem histórica de proibição e penas severas para o narcotráfico e consumo de substâncias ilícitas tem resultado em superlotação carcerária e reincidência criminal. A recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) busca equilibrar a proteção da sociedade com os direitos individuais, levantando debates sobre a descriminalização ou legalização de certas drogas.
2. Reformas Penais Restritivas: Embora frequentemente apresentadas como solução para a insegurança pública, reformas penais mais restritivas muitas vezes negligenciam as raízes profundas da criminalidade. Ignorar a possibilidade de ressocialização do indivíduo e focar exclusivamente no aumento de penas e regimes fechados não resolve a questão estrutural da violência e da criminalidade.
3. Implementação do Juízo de Garantias: Essa inovação processual visa separar a função de julgar da fase de investigação, garantindo maior imparcialidade e proteção aos direitos fundamentais. No entanto, sua implementação enfrenta desafios práticos e debates sobre sua eficácia.
4. Desigualdades Sociais e Fragilização do Sistema de Segurança: A crescente insegurança pública está intrinsecamente ligada às desigualdades exacerbadas. Investir em políticas sociais, educação e oportunidades pode contribuir para a prevenção da criminalidade.

5. Avanços nos Crimes Digitais: O cenário atual exige atualização das leis penais para lidar com crimes cibernéticos, como fraudes, invasões de privacidade e ataques virtuais.
6. Tráfico de Pessoas: O combate a esse crime deve ser prioridade, envolvendo cooperação internacional, proteção às vítimas e punição aos traficantes.

Como sociedade, devemos buscar soluções que equilibrem segurança pública e direitos fundamentais, baseadas na dignidade humana e na imperatividade da justiça social. O Direito Penal, enquanto elemento regulador das relações sociais, deve ser alvo de constante revisão a fim de se adaptar às novas realidades e desafios, sem relevar o histórico desnível estrutural e a violência multidimensional de gênero e raça que nos atravessa e se reproduz pelas ações institucionais na forma das violências sociais naturalizadas, e nas atitudes e nos silêncios do cotidiano de misoginia, sexismo, racismo e etarismo e dos estigmas alimentados culturalmente sobre o diferente.

Parabéns às autoras e aos autores!

Uma proveitosa leitura!

Cássius Guimarães Chai

SOBRE OS AUTORES

ALEXANDRE DE CASTRO COURA

Pós-doutor, visiting scholar na American University Washington College of Law e Visiting foreign judicial fellow no Federal Judicial Center, em Washington D.C. Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Ex-professor Adjunto de Direito material e processual penal na Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professor de Teoria dos Direitos Fundamentais no PPGD da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Líder do Grupo de Pesquisa Hermenêutica Jurídica e Jurisdição Constitucional (CNPq/FDV). Promotor de Justiça no Espírito Santo. <https://orcid.org/0000-0001-7712-3306> E-mail: acastrocoura@gmail.com

AMÉRICO BEDÊ FREIRE JÚNIOR

Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (1997), mestrado em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais – Faculdades de Vitória (2004) e doutorado em Direitos Fundamentais – Faculdades de Direito de Vitória (2014). Atualmente é Professor titular do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu da – Faculdades de Vitória e Professor da graduação da FDV/ES. Atuando principalmente nos seguintes temas: processo penal, direito constitucional, direito penal, princípios constitucionais processo penal. Epistemologia judicial. Ex-Promotor de Justiça/ MA aprovado em 1 lugar, Ex-Procurador da Fazenda Nacional. Juiz Federal Titular em Vitória /ES aprovado em 1 lugar no 8 concurso do TRF da 2 região. Faculdade de Direito de Vitória- Vitória/ ES, Brasil. bedejunior@hotmail.com. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/0136827472164962>.

ANTÔNIO DONIZETTI DE RESENDE

Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Itaúna. Mestre em Engenharia Geotécnica pela Universidade Federal de Ouro Preto. Pós-Graduado lato sensu - Especialista em Engenharia Rodoviária pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Pitágoras/ Divinópolis. Especialista em Engenharia de Segurança do Trabalho pela

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Processual Constitucional pela Faculdade de Pará de Minas. MBA em Mercado de Capitais e Derivativos pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Engenharia Civil pela Fundação de Ensino e Tecnologia de Alfenas. Bacharel em Direito pela Faculdade Pitágoras/Divinópolis. Advogado. E-mail: resende36@yahoo.com.br.

ANTÔNIO HENRIQUE GRACIANO SUXBERGER

Doutor e Mestre em Direito. Pós-doutor. Professor titular do programa de mestrado e doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília (CEUB) e dos cursos de especialização da Fundação Escola Superior do MPDFT. Promotor de justiça no Distrito Federal. E-mail: antonio.suxberger@ceub.edu.br

CARLOS AVELINO LABORNE DA SILVA CAIAFA

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduando em Advocacia Criminal pela Escola Superior da Advocacia/MG. E-mail: carloslaborne.caiafa@gmail.com

CARLOS MAGNO ALHAKIM FIGUEIREDO JÚNIOR

Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais na Faculdade de Direito de Vitória. Mestre em Gestão Social, Educação e Desenvolvimento Regional pela Faculdade Vale do Cricaré. Tabelaio de Notas e Registrador Civil no município de São Mateus-ES, E-mail: carlosmafj@gmail.com ; Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9125051543722257>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9840-4681>.

CÁSSIUS GUIMARÃES CHAI

Pós-doutor. Doutor em Direito Constitucional (UFMG/Cardozo School of Law/CAPES). Professor Associado UFMA (DEDIR/PPGDIR/CCSO) e (PPGAERO/UFMA. Professor Permanente FDV (PPGD). DGP/CNPq Cultura, Direito e Sociedade (UFMA), Jurisdição e Hermenêutica Constitucional (DGP/CNPq/FDV). Cassius.chai@ufma.br e cassius.chai@fdv.br Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5893-3901>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7954290513228454>.

CÉSAR AUGUSTO GODINHO DA SILVA E ASSIS

Doutorando e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV), com área de concentração em Direitos e Garantias Fundamentais. Professor. Advogado. <https://orcid.org/0000-0003-0202-0710> E-mail: cezargodinho3@gmail.com

CHARLEY TEIXEIRA CHAVES

Doutor, Mestre e Especialista em Direito Processual pela PUC Minas. Avaliador do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (Sinaes – BASis - MEC). Docente em faculdades: PUC Minas (Arcos, Betim, Barreiro, Coração Eucarístico e Praça da Liberdade), IEC PUC Minas, FAMINAS BH, ASA de Brumadinho, FASPI, FPL, NOVOS HORIZONTES, Mérito Online, Professor Visitante do Curso de Direito da Universidade Federal de Lavras – UFLA etc. Ex-diretor acadêmico e ex-coordenador de curso de direito da FASPI. Ex-coordenador de curso de direito da FAMINAS-BH. Ex-assessor de Juiz do TJMG. Membro da Academia de Direito Processual Democrático – ACADEPRO. Membro da Comissão de Direito Processual Civil da OAB/MG - 2022/2024. Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/MG - 2022/2024. Revisor da revista De Jure do Ministério Público de Minas Gerais. Autor de diversos artigos e diversos livros jurídicos. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9540786558735514>.

CHRYSTY BRITTO DOS REIS COLOMBO SARNAGLIA

Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Especialização em Direito Judiciário pela Faculdade São Geraldo, especialização em Direito Penal pelas Faculdades Integradas de Jacarepaguá e especialização em Ministério Público e a Defesa da Ordem Jurídica pela FDV. Graduado em Direito pela Universidade Vila Velha. Lattes iD <http://lattes.cnpq.br/9113492193935430>. Orcid iD <https://orcid.org/0000-0002-4796-9543>. chrystysarnaglia@gmail.com.

CRISTINA REZENDE ELIEZER

Advogada (OAB/MG). Doutoranda em Educação pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas (BOLSISTA CAPES). Mestra em Educação pela Universidade Federal de Lavras - UFLA/MG. Pós-Graduada Lato Sensu em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes - UCAM/RJ. Atua desde 2017 como

Membro e Professora da Comissão OAB Vai à Escola, da Seção Minas Gerais. Atualmente é Professora Assistente no curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas Arcos. Membro do Conselho Editorial da Editora Dialética. Coordenadora-geral da Rede de Egressos do PPGE - UFLA. Coordenadora do Projeto PUC'blica - PUC Minas. Pesquisadora no Grupo de Pesquisa Currículo Crítico, Educação Transformadora: políticas e práticas (CNPq) – PUC Minas. Membro da Associação Brasileira de Currículo - ABDC. Parecerista na Revista Arquivo Brasileiro de Educação - Pós-graduação em Educação (PUC Minas). Acadêmica na Academia Formiguense de Letras (AFL).

DANIELA FERREIRA DOS REIS

Advogada (OAB/MA). Mestre em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas – PPGDH/UFPB. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Direito, Cultura e Sociedade (DGP/CNPq/UFMA). Coordenadora-geral na Secretaria de Acesso à Justiça do Ministério da Justiça e Segurança Pública – MJSP. E-mail: daniela.reisfr@gmail.com

DAURY CESAR FABRIZ

Doutor em Direito Constitucional UFMG. Professor Permanente PPGD/FDV Direitos e Garantias Fundamentais e professor Titular da Universidade Federal do Espírito Santo. Advogado. Orcid: 0000-0002-3781-5890

DEBORA RAQUEL DA SILVA ROMANO

Advogada Criminalista; Sócia no escritório Romano Advogados; Membro da Comissão da Mulher Advogada da OAB/MG Subseção Juiz de Fora Gestão 2022/2024; Membro da Comissão Direito na Escola da OAB/MG Subseção Juiz de Fora Gestão 2022/2024; Membro da Comissão OAB Jovem da OAB/MG Subseção Juiz de Fora Gestão 2022/2024; Autora de Livro Jurídico; E-mail: romanoraquel2@gmail.com.

DENILSON ABREU ROMANO

Advogado Criminalista; Sócio no escritório Romano Advogados; Membro da Comissão Estadual de Direitos Humanos da OAB/MG Gestão 2016/2018; Conselheiro Subseccional OAB/MG Subseção Juiz de Fora Gestões 2016/2018 – 2022/2024; Delegado da Caixa de Assistência dos Advogados OAB/MG Subseção Juiz de Fora Gestão 2019/2021; Presidente da Comissão OAB vai á escola OAB/MG Subseção Juiz de Fora Gestão 2013/2015; Membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB/

MG Subseção Juiz de Fora Gestão 2010/2012; Membro da Comissão de Defesa das Prerrogativas dos Advogados Gestão 2013/2015; Membro do Conselho Municipal de Execuções Penais de Juiz de Fora/MG pela OAB/MG Subseção Juiz de Fora Gestão 2016/2018; Membro da Comissão OAB vai á escola da OAB/MG Subseção Juiz de Fora Gestões 2016/2018 – 2019/2021 – 2022/2024; Autor de Livro Jurídico; E-mail:denilsonrmn@gmail.com

DIEGO GUIMARÃES RIBEIRO

Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Mestre em Segurança Pública pela Universidade Vila Velha - UVV. Procurador-Geral de Itapemirim/ES. E-mail: dgguimaraes@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5267958851526690>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7923-9772>.

EMERSON DA SILVA MENDES

Advogado. Mestrando pelo Programa de Pós-graduação em Estado e Sociedade pela Universidade Federal do Sul da Bahia (PPGES/UFSB).

FELIPE MAFEZONI SENNA

Acadêmico em Direito da FDV. E-mail: femafezoni@gmail.com.

FERNANDA ARRUDA LEDA LEITE

Doutoranda em Direitos Humanos (PPGIDH/UFG), com período de investigação em estágio doutoral no Centro de Investigação da Escola de Criminologia, Crime, Justiça e Segurança Pública da Faculdade de Direito da Universidade do Porto - Portugal (CJS - UP). Mestra em Direito e Instituições do Sistema de Justiça (PPGDIR/UFMA - Bolsista CAPES). Graduada em Direito (UFMA - Bolsista CNPQ). Advogada (OAB/MA). Professora de Direito Processual Civil e de Teoria Geral do Processo (UNICEUMA/IMPERATRIZ). E-mail: fernanda.arruda@ceuma.br

GRAZIELA MARIA DEPRÁ BITTENCOURT GADELHA

Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Espírito Santo (MPES). Membro da Comissão de Crimes e Criminologia Crítica da Associação Brasileira das Mulheres de Carreira Jurídica (ABMCJ) no Espírito Santo. Subcoordenadora do Núcleo de Proteção de Direitos

Humanos do Ministério Público do Estado do Espírito Santo (NPDH-Norte). E-mail: grazidbittencourt@hotmail.com.

GUSTAVO SENNA

Mestre e Doutorando em Direitos Fundamentais na Faculdade de Direito de Vitória (FDV/ES). Professor de Processo Penal da FDV/ES. Professor e coordenador do Curso de Pós-Graduação em Ciências Criminais da FDV/ES. Promotor de Justiça no ES. E-mail: gustavosennamiranda@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7482433414102791>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5600-3310>.

HELENA ZANOTTI VELLO CORRÊA

Faculdade de Direito de Vitória- Vitória/ES, Brasil. helenavello28@gmail.com. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/4082231762817786>.

HUMBERTO BRANDÃO

Professor de Direito Penal e Criminologia, Mestre em Ciências Policiais pelo Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna de Portugal

INGRID KETY DE SALES CASTOR

Especialista em Direito Civil Aplicado pela Puc Minas; Docência com Ênfase em Educação Jurídica pela Faculdade Arnaldo e Direito, Inovação e Tecnologia pela ESA/MG. Advogada e Professora na Rede Batista de Educação e no Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Salgado de Oliveira (Centro Universo Belo Horizonte). Professora voluntária e membro do Direito na Escola. Endereço eletrônico: ingrid.castor@yahoo.com.br

ISAÍAS HENRIQUE SILVA

Advogado. Especialista em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). E-mail: isaiahenrique.adv@outlook.com

JAMES RICARDO FERREIRA PILOTO

Doutorando em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa. Mestre em Direito pela Universidade

Portugalense Infante D. Henrique. Graduado em Direito pela Faculdade do Maranhão e em Engenharia Mecânica pela Universidade Federal do Pará. Correio eletrônico jpiloto@uol.com.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9336353799312089>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2524-8729>.

KAREN HELLEN ESTEVES DE AVELAR

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora, iniciando sua carreira profissional como advogada em causas de cidadãos carentes enquanto, concomitantemente, se preparava para o concurso de Delegada de Polícia, tomando posse nesse cargo em 2013. Pós graduada em Direito Público Material, Ciências Criminais, Investigação Criminal e Psicologia Forense, além de ser uma estudiosa das relações humanas e neurociência. Formada em Coaching Integral Sistêmico e Análise de Perfil Comportamental pela Febracis – maior Instituição de Coaching da América Latina. Membro da Associação Brasileira de Mulheres de Carreiras Jurídicas. E-mail: karenhellen520@gmail.com

LUCIANO ROCHA DE OLIVEIRA

Mestre e Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV). Promotor de Justiça – MPES. E-mail: lucianompes@gmail.com. Orcid: 0000-0003-4344-4763.

LARA CARRERA ARRABAL KLEIN

Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (TJES). E-mail: lara.arrabal@gmail.com.

LARISSA ÁVILA V. BAGANHA

Advogada. Especialista em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). E-mail: adv.larissa.avila@gmail.com.

MAÉRCIO HERCULANO DIAS

Bacharel em Direito pela Faculdade de Estudos Administrativos de Minas Gerais (Fead-MG). Advogado militante. Especialista em Direito Processual Civil pelo CAD/FUMEC. Autor do livro “Participação e Legitimação: por uma construção democrática das decisões judiciais” - Editora Dialética/SP. Secretário-Geral da Comissão de

Isonomia e Porte de Armas do Advogado da OAB, seccional Minas Gerais.
E-mail: maerciodias@gmail.com

MARIANA PAIVA FRIZZERA

Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (2018). Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de Vitória (2016). Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (2014). Lattes: [ttp://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K8784772P6](http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K8784772P6). E-mail: mari_frizzera@hotmail.com.

MARIANNA ZACHARIAS ROCHA COELHO

Advogada, graduada em Administração de Empresas pela Fundação Getúlio Vargas – FGV. Mestre em Direito Empresarial pela Universidade de Coimbra – Portugal. Docente na Faculdade Anhanguera Educacional e no Curso Direção concursos. João Carlos Torres Quirino - Advogado. MBA em direito empresarial do Trabalho pela Fundação Getúlio Vargas - FGV. Membro das comissões da OAB/JF de Direito consumidor, Mediação, Assuntos Criminais. Mais 10 anos de experiência na área de empresarial e trabalhista.

NESTOR NÉRTON FERNANDES TÁVORA NETO

Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV). Mestre em Direito Público (UFBA). Conselheiro Editorial da Editora Juspodivm. Ex Defensor Público. Advogado criminalista. Professor de Direito Processual Penal. E-mail: nestor@nestortavora.com.br. Orcid: 0000-0001-6381-2573.

PAULO THIAGO FERNANDES DIAS

Advogado. Doutor em Direito Público (PPGD/UNISINOS). Mestre em Ciências Criminais (PPGCRIM/PUCRS). Bacharel em Direito (ICJ/UFPA). Professor de Direito Penal e de Direito Processual Penal (UNICEUMA/IMPERATRIZ). Líder do grupo de pesquisa “Instituições do Sistema de Justiça e Dignidade da Pessoa Humana (dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/5436723442142911)”, vinculado à UNICEUMA/IMPERATRIZ. Professor substituto no Centro de Ciências Humanas, Sociais e Letras (UEMASUL). E-mail: paulothiagof@gmail.com

PLACÍDIO FERREIRA DA SILVA

Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais. Graduado em Direito (PUC Minas). Mestre em Soluções Alternativas de Controvérsias Empresariais. Advogado. Professor universitário. E-mail: placidiofs@gmail.com

RAÚL CADENA PALACIOS

Abogado. Magister en Relaciones Internacionales. Doctor en Jurisprudencia. Doctor(c) en Derecho. Presidente Academia Latinoamericana de Derecho Penal y Penitenciario. Quito-Ecuador. Correo electrónico: dr_cadena_p@hotmail.com

RICARDO GORETTI

Doutor, mestre, especialista em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV); graduado em Direito pela FDV; diretor Acadêmico da FDV; professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos e Garantias Fundamentais da FDV – Mestrado e Doutorado; professor de Resolução de Conflitos dos Cursos de Graduação e Especialização em Direito da FDV; líder do grupo de pesquisa Políticas Judiciárias e Desjudicialização do PPGD/FDV; advogado. E-mail: ricardogoretti@fdv.br

ROMULO BRASIL DE AVELAR CAMPOS

Rômulo Brasil de Avelar Campos. Advogado. Diretor Institucional da OAB/MG triênio 2022/2024. Conselheiro da OAB/MG triênio 2022/2024. Militante em diversas áreas do direito, sobretudo no direito do consumidor desde 2008. Presidente da Comissão de Participação e Cidadania da OAB/MG (junho de 2016). Presidente da Comissão de Direito à Educação, à Ciência e Tecnologia e à Comunicação e Informação – OAB/Unesco (fev. de 2015). Vice-presidente da Comissão de Defesa do Consumidor (nov. de 2014). Atualmente colunista do quadro Direito do Consumidor do programa “Itatiaia Agora” (Itatiaia). Entrevista em diversos meios de comunicação do Estado de Minas e do Brasil. Colunista do Alterosa Alerta (SBT/Alterosa)- Quadro de Direito do Consumidor – 1º semestre de 2016. Agraciado com a Comenda Direito e Cidadania em reconhecimento ao trabalho na defesa da cidadania e do Estado Democrático de Direito – Vereador de BH Joel Moreira Filho.

SARA ALACOQUE GUERRA ZAGHLOUT

Advogada. Doutoranda em Direito Público (PPGD/UNISINOS – Bolsista CAPES). Mestre em Ciências Criminais (PPGCRIM/PUCRS). Bacharela em Direito (FACIMP). Professora de Direito Constitucional e de Direito Administrativo (UNICEUMA/IMPERATRIZ). Pesquisadora integrante do grupo de pesquisa “Instituições do Sistema de Justiça e Dignidade da Pessoa Humana (dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/5436723442142911)”, vinculado à UNICEUMA/IMPERATRIZ. E-mail: sah.alacoque@hotmail.com.

SERGIO ALVES PEREIRA

Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Espírito Santo, Brasil - Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória – FDV. ORCID: 0000-0002-4561-9320. E-mail: spereira@mpes.mp.br.

THALES DYEGO DE ANDRADE

Advogado Criminalista. Doutorando em Ciências Criminais na PUCRS. Mestre em Direito pela UFMA. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela PUCRS e Direito Público pela PUC (Minas). Diretor Acadêmico da Faculdade Florence/MA.

THIAGO FERREIRA DA SILVA

Advogado. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). Pós-Graduado em Direito Processual Penal pela Anhanguera-Uniderp (LFG). Pós-Graduado em Direito Público com Ênfase em Gestão Pública pelo Instituto Damásio de Direito. E-mail: thiagoferreira.minas@hotmail.com.

THIAGO TRINDADE DE ALMEIDA

Advogado. Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Estado e Sociedade pela Universidade Federal do Sul da Bahia (PPGES/UFSB)

VITOR HUGO SOUZA MORAES

Advogado (OAB/MA). Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão (PPGDIR/UFMA). Gerente de Programa da American Bar Association Rule of Law Initiative (ABA-ROLI). Assessor de Políticas Públicas no Instituto Sociedade,

População e Natureza (ISPN). Professor da UFMA e CEST. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Direito, Cultura e Sociedade (DGP/CNPq/UFMA) e associado ao Instituto de Pesquisa em Direitos Humanos na Amazônia (IPDHA). E-mail: vitorhugosmoraes@gmail.com.

VITOR MAFEZONI SENNA

Acadêmico de Direito, Faculdade de Direito de Vitória (FDV). E-mail: vitormafezoni5@gmail.com

VIVALDE LEVILESSER FERREIRA JÚNIOR

Delegado de Polícia Civil em Minas Gerais. Pós Graduado em Ciências Criminais pela PUC/MG. E-mail: vivaldelf@gmail.com

XENOFONTES CURVELO PILO

Doutorando e Mestre em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna/MG. Bacharel em Direito pela Faculdade Promove, Especialização em Direito Público lato sensu pelo CEAJUFE, Especialização em Direito Público lato sensu pela Universidade de Itaúna/MG . Especialização em Ciências Penais lato sensu pelo Centro Universitário Newton Paiva, membro da ABJD - Associação Brasileira de Juristas pela Democracia. Advogado.xenopilo@yahoo.com.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8570712885711499>.

SOBRE OS ORGANIZADORES

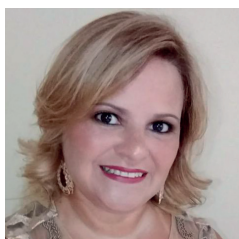
Cristina Rezende



Eliezer: Advogada (OAB/MG). Doutoranda em Educação pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas (BOLSISTA CAPES). Mestre em Educação pela Universidade Federal de Lavras – UFLA/MG. Pós-Graduada Lato Sensu em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes - UCAM/RJ. Atua desde 2017 como

Membro e Professora da Comissão OAB Vai à Escola, da Seção Minas Gerais. Foi Professora Assistente no curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas Arcos. Membro do Conselho Editorial da Editora Dialética. Coordenadora-geral da Rede de Egressos do PPGE –UFLA. Coordenadora do Projeto PUC'blica – PUC Minas. Pesquisadora no Grupo de Pesquisa Currículo Crítico, Educação Transformadora: políticas e práticas (CNPq) - PUC Minas. Membro da Associação Brasileira de Currículo – ABDC. Parecerista na Revista Arquivo Brasileiro de Educação - Pós-graduação em Educação (PUC Minas). Acadêmica na Academia Formiguense de Letras – AFL.

Ana Cristina Brandão Santiago Nascimento: Advogada. Professora. Pós-Graduada em Direito Civil e Direito Processual Civil. Pós-Graduada em



Relações Jurídicas de Consumo. Conselheira Seccional da OAB/MG. Membro do Brasilcon. Membro da Comissão de Defesa do Consumidor da OAB Federal. Membro da Comissão de Educação Jurídica da OAB/MG. Organizadora e coautora de diversas obras jurídicas. E-mail: anacristinabrandoadv@hotmail.com

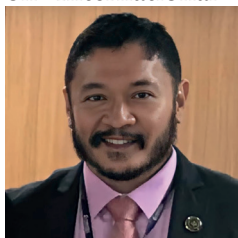
Charley Teixeira Chaves: Doutor, Mestre e Especialista em Direito Processual pela PUC Minas. Advogado. Avaliador do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (Sinaes – BASis - MEC). Professor no curso



de direito em diversas faculdades: PUC Minas Arcos, PUC Minas Coração Eucarístico, PUC Minas Betim, Barreiro e Praça da Liberdade, IEC PUC MINAS, FPL, FASPI, FAMINAS, Novos Horizontes, ASA e UFLA. Revisor da Revista De Jure do Ministério Público de Minas Gerais. Ex- Diretor de Curso da

FASPI. Ex-Coordenador de Curso de Direito da FAMINAS e FASPI. Ex-Coordenador do NPJ da FASPI. Ex-assessor de Juiz do TJMG. Membro da Academia de Direito Processual Democrático – ACADEPRO. Membro da Comissão de Direito Processual Civil da OAB/MG - 2022/2024. Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/MG - 2022/2024. Autor de diversos artigos e diversos livros jurídicos. E-mail: charleychaves@hotmail.com

Cássius Guimarães Chai: Professor Associado da Universidade Federal do Maranhão (PPGDIR e PPGAERO). Professor Permanente da Faculdade de Direito de Vitória (PPGD/FDV). Pesquisador G20 Research Center on International Cooperation Beijing College of Criminal Law, the



Normal University of Political Science and Law of Beijing Ibero-american Observatory of Health and Citizenship. Membro da International Association of Political Science, International Association of Constitutional Law, International Law Association, Law and Society Association, Association Française de Sciences Politiques, Ratio Legis UAL, European

Society of International Law, International Association of Prosecutors, International Association of Penal Law, International Society of Criminology, ABEC, Academia Brasileira de Direito Internacional, IBCCrim. Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. Escola Nacional do Ministério Público. Escola Superior do Ministério Público do Estado do Maranhão. Red de Derechos Humanos / USAL. E-mail: cassiuschai@gmail.com

É com imenso orgulho que convidamos o leitor a mergulhar na presente obra, cujos organizadores tiveram o cuidado de selecionar o que temos de melhor na seara penal e processual penal brasileira. Em tempos de extremismo e fragmentação ideológica, poder desfrutar de uma obra comprometida com nosso marco constitucional penal de preservação de direitos humanos e salvaguarda da segurança pública é a certeza de que estaremos amadurecendo intelectualmente. Por certo, temas sensíveis e áridos aqui estão postos, sem qualquer tipo de proselitismo e diagramados com amparo doutrinário e jurisprudencial, tais como o juiz de garantias, os contornos legais das abordagens policiais, a questão racial, a criminalidade econômica e organizações criminosas, os crimes de perigo, o sistema prisional, o interrogatório, a pena e sua execução, bem como a criminalidade digital e suas interfaces. Tem-se, assim, que o caminho doutrinário que a presente obra se predispõe a trilhar proporcionará ao leitor base teórica sólida e robusta para superar os desafios penais e processuais que se colocam tanta em ambiente acadêmico quanto profissional. Registro, outrossim, que não ousarei avançar pontualmente sobre o qualquer dos textos aqui selecionados, sob pena de dar spoiler, mas posso afaçar que a qualidade e currículo dos seus autores falam por si só.

João Paulo Santos Schoucair

