



JMPMG
JURÍDICO
Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Direito Penal, Direito Processual Penal e Ciências Criminais afins

**Edição especial em homenagem ao
Ministro Nelson Hungria**

Caocrim • 2021
ISSN 1809-8673



Administração Superior

Jarbas Soares Júnior

Procurador-Geral de Justiça

Luciano França da Silveira Júnior

Corregedor-Geral do Ministério Público

Nádia Estela Ferreira Mateus

Ouvidora do Ministério Público

Eliane Maria Gonçalves Falcão

Procuradora-Geral de Justiça Adjunta Jurídica

Márcio Gomes de Souza

Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo

Carlos André Mariani Bittencourt

Procurador-Geral de Justiça Adjunto Institucional

Paulo de Tarso Morais Filho

Chefe de Gabinete

Cláudia Ferreira Pacheco de Freitas

Secretária-Geral

Clarissa Duarte Belloni

Diretora-Geral

Conselho Editorial

Ana Letícia Martins de Souza (Promotora de Justiça)

Bergson Cardoso Guimarães (Promotor de Justiça)

Elaine Martins Parise (Procuradora de Justiça)

Giselle Luciane de Oliveira Lopes Viveiros Melo (Promotora de Justiça)

Guilherme Roedel Fernandez Silva (Promotor de Justiça)

Luciana Imaculada de Paula (Promotora de Justiça)

Marcelo de Oliveira Milagres (Promotor de Justiça)

Maria Carolina Silveira Beraldo (Promotora de Justiça)

Pablo Gran Cristóforo (Promotor de Justiça)

Renato Franco de Almeida (Promotor de Justiça)

Caocrim

Marcos Paulo de Souza Miranda (Promotor de Justiça)
Coordenador do Caocrim

Mauro da Fonseca Ellovitch (Promotor de Justiça)
Subcoordenador do Caocrim

Paloma Coutinho Carballido Storino (Promotora de Justiça)
Núcleo de Execução Penal

Cláudio Maia de Barros (Promotor de Justiça)
Coordenadoria do Tribunal do Júri

Gerusa e Silva Castro López (Analista do MP)

Liliana Ribeiro Almada Gosling (Analista do MP)

Diana Cardoso Martins (Oficial do MP)

Késsia Loren Saliba (Oficial do MP)

Comissão Científica

Alex Fernandes Santiago (Promotor de Justiça)

Lélio Braga Calhau (Promotor de Justiça)

Marcos Paulo de Souza Miranda (Promotor de Justiça)

Pablo Gran Cristóforo (Promotor de Justiça)

Rafael Moreno Rodrigues Silva Machado (Promotor de Justiça)

Wagner Marteleto Filho (Promotor de Justiça)

Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Elaine Martins Parise

Diretora do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Pablo Gran Cristóforo

Coordenador Pedagógico

Tereza Cristina Santos Barreiro

Superintendente de Formação e Aperfeiçoamento

João Paulo de Carvalho Gavidia

Diretor de Produção Editorial

Ficha Técnica

João Paulo de Carvalho Gavidia (Analista do MP)

Editoração

Rafael de Almeida Borges (Analista do MP)

Projeto gráfico e diagramação

Revisão

Larissa Vasconcelos Avelar (Analista do MP)

Luiz Carlos Freitas Pereira (Analista do MP)

Renato Felipe de Oliveira Romano (Analista do MP)

Carolina Valadares Tantikitmanee (Estagiária)

Jéssica Patrícia de Oliveira (Estagiária)

Nínive Sampaio Pires (Estagiária)

Valciene Macedo dos Santos (Estagiária)

Yannick Yoran Osorio Cabral (Estagiário)

Apresentação

Com enorme satisfação, apresentamos a Revista do Caocrim em homenagem ao eminente Ministro Nélson Hungria.

A presente edição, visando abrir caminho para edições vindouras, propõe-se veículo de textos voltados ao efetivo combate à criminalidade. A Revista inaugura um tempo profícuo: um tempo de lançar mais luz sobre temas caros ao Ministério Público e à academia como segurança, democracia e justiça. Com origem na integração das estruturas do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, a Revista oferece artigos aptos a estimular a reflexão e a fomentar o debate. Há de se creditar o êxito da obra à inestimável colaboração de membros do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, que, para além de emprestar seus amplos conhecimentos extraídos do Direito Penal e do Direito Processual Penal, não deixaram de, nela, imprimir a marca da aguerrida atuação institucional.

Nesse sentido, para que a Revista se consolide como fonte e espaço de discussão pluralista, segue este feliz convite para que os leitores se encontrem e reflitam sobre o conteúdo dos debates propostos.

JARBAS SOARES JÚNIOR

Procurador-Geral de Justiça Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Nota de abertura

As origens da instituição que receberia muitos anos mais tarde a denominação de Ministério Público remontam aos primórdios das antigas civilizações.

Segundo José Dilermando Meireles, à semelhança da grande nebulosa de Laplace, uma massa de antigas instituições estava carregada de embriões que se destacariam, ao correr dos anos, gerando entes jurídicos do poder estatal que foram sofrendo o processo de decantação e purificação histórica, até ganharem individualidade própria e contorno definido.¹

No antigo Egito, na altura da XII dinastia, existia a figura do *Magiaí*, funcionário que deveria ser a língua e os olhos do rei e a quem incumbia castigar os rebeldes, reprimir os violentos, proteger os cidadãos pacíficos, acolher os pedidos dos homens justos e verdadeiros, perseguindo os mentirosos, amparando as viúvas e órfãos, além de promover a acusação e descobrir a verdade.²

As atribuições que tocavam a tal funcionário do Faraó são, a toda evidência, muito símiles àquelas da instituição ministerial moderna. Por isso, o jurista italiano Berto Valori sustenta a tese de que essa é a origem mais remota do Ministério Público³, antecipando-se milhares de anos à famosa *Ordonnance* de Felipe, o Belo, que, em 1302, instituiu a figura dos *procureurs du roi*, com funções de defesa do fisco e de natureza criminal, o que influenciaria a formação do moderno Ministério Público e a sua disseminação por todo o planeta.

Por isso, a história o Ministério Público não é um início, um claudicante começo que tateia e perquire seu caminho, pois seu surgimento perde-se na noite dos tempos e se une às primeiras manifestações da estrutura jurídica da sociedade.⁴

1 MEIRELES, José Dilermando. Ministério Público: sua gênese e sua história. Revista de Informação Legislativa. Brasília. V. 21, n. 84. out./dez. de 1984. p. 198.

2 RITT, Eduardo. O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2002. p. 114.

3 MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 10.

4 MORAES JÚNIOR, Flávio Queiroz. Da estrutura filosófica do Ministério Público, São Paulo: Justitia, v. 123. 1983. p. 25.

Feita essa pequena viagem pela história do surgimento do Ministério Público no mundo, impossível não perceber que a gênese de nossa instituição gravita, desde os primórdios, em torno da administração da justiça criminal pelo Poder Público (afastando o exercício da jurisdição privada) e da titularidade da ação penal com vistas a proteger a sociedade e punir os criminosos.

É essa a nossa certidão de nascimento, que mais do que representar o simples surgimento de uma instituição, constitui, em verdade, um verdadeiro salto civilizacional que não pode conceber retrocessos.

Legatário dessas velhas origens, o Ministério Público brasileiro figura no texto de nossa primeira Constituição, em 1824, que assegurava ao Procurador da Coroa e Soberania Nacional a titularidade da acusação no juízo dos crimes.

A titularidade da ação penal pública foi mantida ao longo do desenvolvimento do ordenamento jurídico nacional e continua presente na Constituição Federal de 1988, que revolucionou a estrutura do Ministério Público brasileiro, outorgando-lhe diversas outras funções institucionais, a exemplo da defesa dos direitos difusos e coletivos, do exercício da função de *ombudsman* e da defesa judicial dos interesses das populações indígenas, sendo necessário reconhecer que os novos caminhos abertos pelo texto constitucional acabaram por nos afastar da velha e tradicional senda do combate ao crime.

Em tempos mais recentes, a sociedade brasileira enfrentou uma onda de crescente aumento da criminalidade violenta, com perda de milhares de vidas inocentes em razão da atuação incontida de homicidas, traficantes e ladrões, enquanto os cofres públicos eram saqueados à sorrelfa por agentes públicos e organizações criminosas que nunca se dobraram ao temor das consequências de ações civis públicas ou de improbidade administrativa, cuja legitimidade, acentua-se, nunca foi privativa do Ministério Público.

Foi dentro desse contexto e linha de raciocínio que surgiu a iniciativa do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Criminais, de Execução Penal, do Tribunal do Júri e da Auditoria Militar (Caocrim) de produzir esta edição especial da Revista MPMG Jurídico, que trata do Direito Penal, do Direito Processual Penal e de Ciências Criminais afins, incentivando a produção e publicação de estudos doutrinários de membros e servidores do Ministério Público de Minas Gerais com enfoque no combate à criminalidade.

A pronta acolhida da proposta pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público propiciou o chamamento para os artigos ora publicados, que contaram com a avaliação de uma comissão editorial específica, integrada pelos Promotores de Justiça Alex Fernandes Santiago, Lélío Braga Calhau, Pablo Gran Cristoforo, Rafael Moreno Rodrigues Silva Machado e Wagner Marteleto Filho.

Os temas desenvolvidos na obra que se lança englobam aspectos diversos e atuais das lidas ministeriais, a exemplo do acordo de não persecução penal, crimes de lavagem de dinheiro, tráfico de drogas, prisão e presunção de inocência, crimes tributários, segurança pública, crimes contra a fauna, instrução processual, crimes cibernéticos, progressão de pena, princípios processuais penais, crimes dolosos contra a vida e soberania dos vereditos.

Em reconhecimento ao trabalho desenvolvido pelos estudiosos do Direito Penal e membros do Ministério Público que nos antecederam, dedicamos a publicação à memória do Ministro do Supremo Tribunal Federal Nelson Hungria Hoffbauer (Além Paraíba - MG, 16 de maio de 1891 — Rio de Janeiro, 26 de março de 1969), que atuou como Promotor de Justiça em Minas Gerais, na Comarca de Rio Pomba, entre 1910 e 1918, e se destaca no cenário jurídico nacional como um dos maiores penalistas de todos os tempos.

Dessa forma, sem esquecer os melhores exemplos que nos foram legados, miramos avanços e maior protagonismo na atuação criminal do Ministério Público brasileiro, não somente por fidelidade às nossas origens históricas, mas, sobretudo, por residir em tal seara a mais importante missão constitucional que nos restou outorgada, além de constituir fator essencial de legitimação da importância de nossa instituição para a sociedade, destinatária final e razão maior da nossa própria existência.

Enfim, na luta entre o lumiar e a escuridão é chegado o tempo de resgatar o brilho do sol do combate à criminalidade na menina dos olhos de cada Promotor de Justiça.

Boa leitura a todos.

MARCOS PAULO DE SOUZA MIRANDA

Promotor de Justiça

Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Criminais,
de Execução Penal, do Tribunal do Júri e da Auditoria Militar

Caocrim-MPMG

Nelson Hungria



Bee Nelson
Hungria
Hoffbauer.

O Presidente do Estado de Minas Geraes
resolve nomear o bacharel Nelson,
Hungria Hoffbauer para o cargo de
promotor de justiça da comarca do
Pomba. Palácio da Presidência do Estado
de Minas Geraes, em Belo Horizonte,
27 de setembro de 1910. Julio Bueno
Brandão. Delfim Moreira da Costa
Ribeiro.

Este título é remetido á collectoria
local, a 3 de Outubro de 1910.

Nomeação de Nelson Hungria Hoffbauer.
Fonte: Arquivo Público Mineiro.



Promotor de Justiça Nelson Hungria
participando das festividades do carnaval em Rio Pomba, no ano de 1914.

fidei-judici fute por unca de fogo
 apunhado por Sebastian us anti-
 braco de mto foi deido a um des-
 pau da garrucha com que Gbriel
 espantou-o; que a intija dita
 por Albuiz de tal modo tinha me-
 nhum fundamento, pugnando elle
 deputado nunca que placiu me-
 nos licitas com Sebastian. E como
 nada mais de mto meo-vio que
 lio cachado eiofme i unguado.
 Euz Anjozito caido de Laced,
 e meo de pumada, e meo

J. Anjozito

Maria de Souza

Nelso H. Hoffbauer

Certidão

Certifico aqui intimação
 a testemunha que acabou de depor
 neste processo para um mandado 24
 de mandado de duto de um ano,
 sem cummencia de pu-
 gi; ou fi. Presb. meo de

Trecho de manifestação de Nelson Hungria Hoffbauer em auto processual na comarca de Pomba, em 1911.



O Promotor de Justiça
Nelson Hungria ao lado de
outras autoridades, em 1918.
(acima)

Fórum da Comarca de
Rio Pomba.
(centro)



O Promotor de Justiça
Nelson Hungria com os filhos
em sua vasta biblioteca.
(esquerda)

MINISTÉRIO DO INTERIOR

ORGÃO OFFICIAL DOS PODERES DO ESTADO

Exercício e impressão em officina de Off. de M. G.

ANNO XXVII

ASSIGNATURA

BELLO HORIZONTE

VENDA AVULSA

Quarta-feira, 24 de Abril de 1918

NÚMERO DO DIA... 93

GOVERNO DO ESTADO

ACTOS DO PRESIDENTE

Decreto N.º 399 (C.)
(Tabela para a Força Pública)
O Presidente do Estado de Minas Gerais, usando da atribuição que lhe é conferida pelo art. 37, parágrafo 4.º da Constituição, resolve, em homenagem à data do diaje indultar da pena a que está sujeito o soldado Iteanury Indio do Brasil.

Palácio da Presidência do Estado de Minas Gerais, em Belo Horizonte, 21 de abril de 1918.
Nelson Hungria Hoffbauer,
Vice-Viceza.

Reproduzir-se por seu próprio uso com um empelo.

Por 6 meses, a professora do grupo escolar "Síviano Brandão", desta Capital, Alice Loul Hortá.
Por igual tempo, a partir de 1.º de corrente mês, ao leste da histórica mural do Externato do Gymnasio Ministro da Capital, dr. Gabriel Babello.
Por 9 dias, a partir de 1.º de corrente mês, ao leste da Escola de Artes e Ofícios, município de Santa Helena, município de Quiluz, sr. João Pedro de Alcantara, senecista da casa de licença para tratar de saúde, e nomeando d. Zelina Gabriela de Alcantara, para substituí-lo.

Nomeando a normalista Maria Alves professora substituta na escola do sexo masculino do distrito de Santo Antonio do Matipio, município de Alagoa Campo, durante o impedimento da professora effective Joaquin Fernandes Bipes.

tre Bites, para o fim de ser também a mesma submetida a processo de incapacidade physica, nos termos do n.º 4, do art. 169, do regulamento de Instrucção em vigor.
Em data de 22 do corrente mês foram expedidos os seguintes:
Concedendo ao professor da escola do sexo masculino do distrito de Santo Antonio do Matipio, município de Alagoa Campo, durante o impedimento da professora effective Joaquin Fernandes Bipes.

Nomeando a normalista Maria Alves professora substituta na escola do sexo masculino do distrito de Santo Antonio do Matipio, município de Alagoa Campo, durante o impedimento da professora effective Joaquin Fernandes Bipes.

SECRETARIA DA POLICIA

Segunda sessão

Expediente, dia 9 de abril

Delegado de Guaraniacum recomendo-se abrir inquirição sobre o crime de furto cometido no estabelecimento de fiação de lã de lino local em Quiluz, a cidade, e quartel daquella cidade, para retraher os seus efeitos que se achava preso.

Delegado de Guaraniacum recomendo-se informar que agi apurou na inquirição sobre o assassinato de Baymunda Nova da Silva, ali occorrido.
Delegado de Diamantina recomendo-se preter informações sobre o facto de furto assaesado de macho em Bumpolis o sr. Julio Leopoldo Bumpolis.

Delegado de Araxá recomendo-se informar que as providencias que temon relativamente ás ameaças de que tem sido victimo o sr. Carlos Nery, residente em Bumpolis o sr. Julio Leopoldo Bumpolis.

Delegado de Rio Branco recomendo-se levar uma relação nominal das presas da cadeia municipal e da cadeia estadual, com indicação de seus respectivos nomes, para se fazer com a compra de lino e desfilantes para a cadeia local.

Delegado de Viçosa recomendo-se levar uma relação nominal das presas da cadeia municipal e da cadeia estadual, com indicação de seus respectivos nomes, para se fazer com a compra de lino e desfilantes para a cadeia local.

Delegado de Belo Horizonte recomendo-se levar uma relação nominal das presas da cadeia municipal e da cadeia estadual, com indicação de seus respectivos nomes, para se fazer com a compra de lino e desfilantes para a cadeia local.

Delegado de Belo Horizonte recomendo-se levar uma relação nominal das presas da cadeia municipal e da cadeia estadual, com indicação de seus respectivos nomes, para se fazer com a compra de lino e desfilantes para a cadeia local.

Delegado de S. João del-Rei recomendo-se levar uma relação nominal das presas da cadeia municipal e da cadeia estadual, com indicação de seus respectivos nomes, para se fazer com a compra de lino e desfilantes para a cadeia local.

Delegado de Leopoldina recomendo-se levar uma relação nominal das presas da cadeia municipal e da cadeia estadual, com indicação de seus respectivos nomes, para se fazer com a compra de lino e desfilantes para a cadeia local.

Delegado de Leopoldina recomendo-se levar uma relação nominal das presas da cadeia municipal e da cadeia estadual, com indicação de seus respectivos nomes, para se fazer com a compra de lino e desfilantes para a cadeia local.

Delegado de Leopoldina recomendo-se levar uma relação nominal das presas da cadeia municipal e da cadeia estadual, com indicação de seus respectivos nomes, para se fazer com a compra de lino e desfilantes para a cadeia local.

Delegado de Leopoldina recomendo-se levar uma relação nominal das presas da cadeia municipal e da cadeia estadual, com indicação de seus respectivos nomes, para se fazer com a compra de lino e desfilantes para a cadeia local.

Delegado de Leopoldina recomendo-se levar uma relação nominal das presas da cadeia municipal e da cadeia estadual, com indicação de seus respectivos nomes, para se fazer com a compra de lino e desfilantes para a cadeia local.

Delegado de Leopoldina recomendo-se levar uma relação nominal das presas da cadeia municipal e da cadeia estadual, com indicação de seus respectivos nomes, para se fazer com a compra de lino e desfilantes para a cadeia local.

Delegado de Leopoldina recomendo-se levar uma relação nominal das presas da cadeia municipal e da cadeia estadual, com indicação de seus respectivos nomes, para se fazer com a compra de lino e desfilantes para a cadeia local.

Delegado de Leopoldina recomendo-se levar uma relação nominal das presas da cadeia municipal e da cadeia estadual, com indicação de seus respectivos nomes, para se fazer com a compra de lino e desfilantes para a cadeia local.

Delegado de Leopoldina recomendo-se levar uma relação nominal das presas da cadeia municipal e da cadeia estadual, com indicação de seus respectivos nomes, para se fazer com a compra de lino e desfilantes para a cadeia local.

compuçãõ alemã em Monte Carmelo.
Delegado de Leopoldina recomendo-se levar uma relação nominal das presas da cadeia municipal e da cadeia estadual, com indicação de seus respectivos nomes, para se fazer com a compra de lino e desfilantes para a cadeia local.

Delegado de Leopoldina recomendo-se levar uma relação nominal das presas da cadeia municipal e da cadeia estadual, com indicação de seus respectivos nomes, para se fazer com a compra de lino e desfilantes para a cadeia local.

Delegado de Leopoldina recomendo-se levar uma relação nominal das presas da cadeia municipal e da cadeia estadual, com indicação de seus respectivos nomes, para se fazer com a compra de lino e desfilantes para a cadeia local.

Delegado de Leopoldina recomendo-se levar uma relação nominal das presas da cadeia municipal e da cadeia estadual, com indicação de seus respectivos nomes, para se fazer com a compra de lino e desfilantes para a cadeia local.

Delegado de Leopoldina recomendo-se levar uma relação nominal das presas da cadeia municipal e da cadeia estadual, com indicação de seus respectivos nomes, para se fazer com a compra de lino e desfilantes para a cadeia local.

Delegado de Leopoldina recomendo-se levar uma relação nominal das presas da cadeia municipal e da cadeia estadual, com indicação de seus respectivos nomes, para se fazer com a compra de lino e desfilantes para a cadeia local.

Delegado de Leopoldina recomendo-se levar uma relação nominal das presas da cadeia municipal e da cadeia estadual, com indicação de seus respectivos nomes, para se fazer com a compra de lino e desfilantes para a cadeia local.

Delegado de Leopoldina recomendo-se levar uma relação nominal das presas da cadeia municipal e da cadeia estadual, com indicação de seus respectivos nomes, para se fazer com a compra de lino e desfilantes para a cadeia local.

Delegado de Leopoldina recomendo-se levar uma relação nominal das presas da cadeia municipal e da cadeia estadual, com indicação de seus respectivos nomes, para se fazer com a compra de lino e desfilantes para a cadeia local.

Delegado de Leopoldina recomendo-se levar uma relação nominal das presas da cadeia municipal e da cadeia estadual, com indicação de seus respectivos nomes, para se fazer com a compra de lino e desfilantes para a cadeia local.

SECRETARIAS DE ESTADO

INTERIOR

ACTOS DO SECRETARIO

Em data de 20 do corrente mes foram expedidos os seguintes:

Concedendo a professora do grupo escolar de Ponte Nova, d. Francisca Emilia Martins, 2 meses de licenca para tratar de saúde.
Exonerando, a pedido, d. Edith Thomazano do cargo de professora adjunta interna do grupo escolar de LATAZ.

Nomeando d. Alka Taina Horita, para substituir a professora do grupo escolar "Síviano Brandão", da Capital, d. Alice Loul Hortá, que obtive 6 meses de licenca para tratar de saúde.
Concedendo 2 meses de licenca para tratar de saúde a professora d. Francisca Alves Velloso.

Concedendo a professora do grupo escolar de Contagem, d. Maria José Dias Jardim, 3 meses de licenca para tratar de saúde e nomeando para substituí-la, d. Inez Alvaros Soares.

Concedendo a professora do grupo escolar de Consaem, d. Maria Inez, 3 dias de licenca para tratar de saúde, e nomeando para substituí-la, d. Claudina Junqueira.

Concedendo ao director do grupo escolar de Vila Aquilino, sr. Manoel Alexandrino do Norte, 2 meses de licenca para se tratar em presenço.

Concedendo a professora do grupo escolar de José, d. Maria de Barros Loul, 55 dias de licenca para tratar de saúde.
Considerando a disponibilidade de um posto de professora, d. Zelina Almeida Brandeira e, para o mesmo de licenca para se tratar em presenço, em virtude da suspensão do cargo da mesma, d. S. Leopoldina Drummond Lige.

SECRETARIAS DE ESTADO

INTERIOR

ACTOS DO SECRETARIO

Em data de 20 do corrente mes foram expedidos os seguintes:

Concedendo a professora do grupo escolar de Ponte Nova, d. Francisca Emilia Martins, 2 meses de licenca para tratar de saúde.
Exonerando, a pedido, d. Edith Thomazano do cargo de professora adjunta interna do grupo escolar de LATAZ.

Nomeando d. Alka Taina Horita, para substituir a professora do grupo escolar "Síviano Brandão", da Capital, d. Alice Loul Hortá, que obtive 6 meses de licenca para tratar de saúde.
Concedendo 2 meses de licenca para tratar de saúde a professora d. Francisca Alves Velloso.

Concedendo a professora do grupo escolar de Contagem, d. Maria José Dias Jardim, 3 meses de licenca para tratar de saúde e nomeando para substituí-la, d. Inez Alvaros Soares.

Concedendo a professora do grupo escolar de Vila Aquilino, sr. Manoel Alexandrino do Norte, 2 meses de licenca para se tratar em presenço.

Concedendo a professora do grupo escolar de José, d. Maria de Barros Loul, 55 dias de licenca para tratar de saúde.
Considerando a disponibilidade de um posto de professora, d. Zelina Almeida Brandeira e, para o mesmo de licenca para se tratar em presenço, em virtude da suspensão do cargo da mesma, d. S. Leopoldina Drummond Lige.

Concedendo a professora do grupo escolar de Consaem, d. Maria Inez, 3 dias de licenca para tratar de saúde, e nomeando para substituí-la, d. Claudina Junqueira.

SECRETARIAS DE ESTADO

INTERIOR

ACTOS DO SECRETARIO

Em data de 20 do corrente mes foram expedidos os seguintes:

Concedendo a professora do grupo escolar de Ponte Nova, d. Francisca Emilia Martins, 2 meses de licenca para tratar de saúde.
Exonerando, a pedido, d. Edith Thomazano do cargo de professora adjunta interna do grupo escolar de LATAZ.

Nomeando d. Alka Taina Horita, para substituir a professora do grupo escolar "Síviano Brandão", da Capital, d. Alice Loul Hortá, que obtive 6 meses de licenca para tratar de saúde.
Concedendo 2 meses de licenca para tratar de saúde a professora d. Francisca Alves Velloso.

Concedendo a professora do grupo escolar de Contagem, d. Maria José Dias Jardim, 3 meses de licenca para tratar de saúde e nomeando para substituí-la, d. Inez Alvaros Soares.

Concedendo a professora do grupo escolar de Vila Aquilino, sr. Manoel Alexandrino do Norte, 2 meses de licenca para se tratar em presenço.

Concedendo a professora do grupo escolar de José, d. Maria de Barros Loul, 55 dias de licenca para tratar de saúde.
Considerando a disponibilidade de um posto de professora, d. Zelina Almeida Brandeira e, para o mesmo de licenca para se tratar em presenço, em virtude da suspensão do cargo da mesma, d. S. Leopoldina Drummond Lige.

Concedendo a professora do grupo escolar de Consaem, d. Maria Inez, 3 dias de licenca para tratar de saúde, e nomeando para substituí-la, d. Claudina Junqueira.

SECRETARIAS DE ESTADO

INTERIOR

ACTOS DO SECRETARIO

Em data de 20 do corrente mes foram expedidos os seguintes:

Concedendo a professora do grupo escolar de Ponte Nova, d. Francisca Emilia Martins, 2 meses de licenca para tratar de saúde.
Exonerando, a pedido, d. Edith Thomazano do cargo de professora adjunta interna do grupo escolar de LATAZ.

Nomeando d. Alka Taina Horita, para substituir a professora do grupo escolar "Síviano Brandão", da Capital, d. Alice Loul Hortá, que obtive 6 meses de licenca para tratar de saúde.
Concedendo 2 meses de licenca para tratar de saúde a professora d. Francisca Alves Velloso.

Concedendo a professora do grupo escolar de Contagem, d. Maria José Dias Jardim, 3 meses de licenca para tratar de saúde e nomeando para substituí-la, d. Inez Alvaros Soares.

Concedendo a professora do grupo escolar de Vila Aquilino, sr. Manoel Alexandrino do Norte, 2 meses de licenca para se tratar em presenço.

Concedendo a professora do grupo escolar de José, d. Maria de Barros Loul, 55 dias de licenca para tratar de saúde.
Considerando a disponibilidade de um posto de professora, d. Zelina Almeida Brandeira e, para o mesmo de licenca para se tratar em presenço, em virtude da suspensão do cargo da mesma, d. S. Leopoldina Drummond Lige.

Concedendo a professora do grupo escolar de Consaem, d. Maria Inez, 3 dias de licenca para tratar de saúde, e nomeando para substituí-la, d. Claudina Junqueira.

Exoneração de Nelson Hungria Hoffbauer.
Fonte: Minas Gerais. Diário Oficial do Estado de Minas Gerais.
Belo Horizonte, 24 de abril de 1918. Número do Caderno, 93.



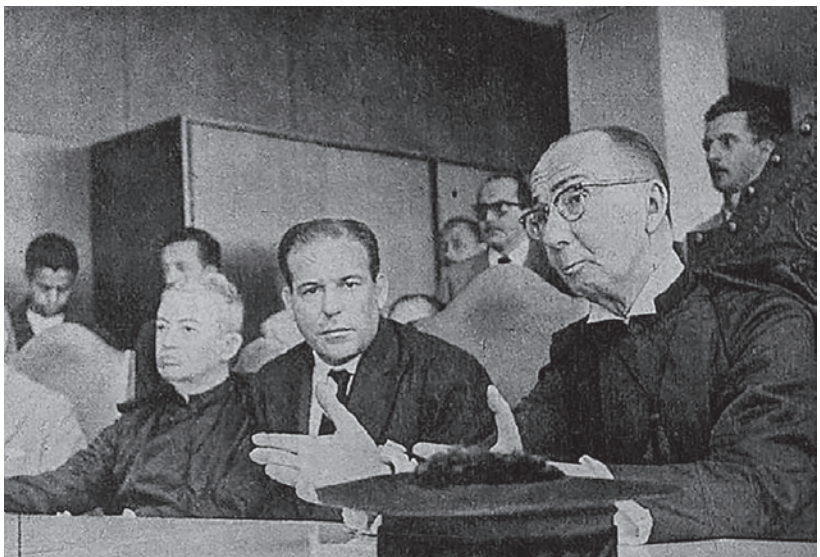
O Ministro Nelson Hungria e sua mãe, no ano de 1954.
Segundo Hungria "o culto às mães dever ter cunho religioso,
por não haver, na terra, coisa alguma que lhe iguale, nada mais sublime".



Em 1956, já denominado "Pontífice do Direito Penal do Brasil", Nelson Hungria afirmou:
"No entrevero da vida é preciso, às vezes, que se tenha a fibra de Cambronne.
A muda e passiva resignação ante uma injustiça, quando não seja virtude de um
santo ou atitude de um temperamento álgido, é acomodação de um covarde."



Nelson Hungria com os colegas do Supremo Tribunal Federal, em Brasília.



Nelson Hungria fala na inauguração da nova sede do Supremo Tribunal Federal.

Sumário

- 25 | Nélson Hungria - Um marco no direito penal brasileiro
- 47 | Os desastres e a irresponsabilidade organizada
Instrumentos para a responsabilidade penal empresarial individual
- 89 | A inaplicabilidade do acordo de não persecução penal
no “tráfico privilegiado”
- 117 | Dedicção a atividades criminosas à luz do tráfico privilegiado:
conflito jurisprudencial
- 139 | Roteiro de atuação em investigações de lavagem de dinheiro
- 181 | Hipóteses de incidência da lei 11.340/06:
uma proposta hermenêutica à luz do método normativo-estruturante
- 199 | A prisão como efeito da condenação pelo júri popular
e o princípio da presunção de inocência
- 215 | Reflexos das práticas de *compliance*
na aferição da responsabilidade penal na omissão imprópria
- 283 | Delitos tributários e lavagem de dinheiro:
aspectos teóricos sobre a utilização do proveito econômico
decorrente da infração penal antecedente na própria
atividade empresarial como conduta típica da lavagem de dinheiro

- 293** Os vasos (in)comunicantes:
uma introdução ao sistema de justiça criminal
- 341** Segurança pública e tecnologia:
a imagem como prova criminal
e a importância da alfabetização digital
- 375** O momento de realização do interrogatório e as cartas precatórias:
comentários à decisão do STJ no habeas corpus 585.942/Mt
- 395** Senciência animal e a atuação do
Ministério Público na defesa dos animais
- 421** Critérios lógicos e objetivos para a dosimetria da pena
- 469** A aplicação dos deveres de lealdade, boa-fé e
cooperação no âmbito do processo penal
e as consequências do seu descumprimento
- 485** A imprescindível atuação do Ministério Público na
formação do padrão decisório vinculante no julgamento dos
recursos repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça
em âmbito criminal, sob a ótica do contraditório dinâmico
- 507** Reflexões sobre o acordo de não persecução penal e as
medidas de despenalização da Lei n 9.099/95
- 521** Reflexões referentes ao critério objetivo temporal para
a progressão de regime dos condenados reincidentes
não específicos em crimes hediondos e equiparados
sob a ótica da Lei nº 13.964/19: pacote anticrime?
- 543** A intervenção estratégica como medida eficaz
na repressão qualificada da criminalidade:
uma análise propositiva, a partir da
redução dos crimes de roubo em Belo Horizonte

- 565 O não pagamento da pena de multa obsta a extinção da punibilidade e pode influenciar na ampliação do efeito secundário de natureza penal da condenação
- 579 A profecia *Ransomware* e o fenômeno cibernético da extorsão criptoviral
- 605 *Distributed ledger technologies* (dlt) e o compartilhamento dinâmico de dados de antecedentes criminais
- 627 Responsabilidade 360 graus
Danos morais coletivos em sentenças penais condenatórias por crimes em que a vítima é a sociedade:
(im)possibilidade de fixação a título de reparação mínima dos danos causados pelo delito
- 649 A saída temporária sob a óptica dos tribunais superiores
Do rigor normativo à mitigação jurisprudencial
- 685 Acordo de não persecução penal aos crimes tributários, possibilidade de aplicação em ambas as fases da persecução penal, retroatividade da norma, possibilidade de exclusão ou redução de multas punitivas como obrigação de reparação do dano e peculiaridades
- 703 Soberania dos veredictos, plenitude de defesa e proteção à vida: da necessária harmonização constitucional



NÉLSON HUNGRIA

UM MARCO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

JOAQUIM CABRAL NETTO

Procurador de Justiça

Sumário: 1. O homem. 2. A obra jurídica de Néelson Hungria. 3. Destaques de seus pensamentos. 4. Formação jurídico-penal do mestre. 5. Uma posição institucional histórica. 6. Polemista de primeira plana. 7. Forma de prestação jurisdicional. 8. O Tribunal do *Júri*. 9. A personalidade de Hungria. 10. Néelson Hungria no juízo de autores. 11. O legado de Néelson Hungria.

1. O homem

Néelson Hungria Hoffbauer foi um dos mais importantes penalistas brasileiros, com diversas obras publicadas ao longo da vida. Descendia de um imigrante húngaro, que chegou ao Brasil na primeira metade do século XIX e estabeleceu-se em Juiz de Fora, adotando o sobrenome “Hungria” em homenagem ao seu país de origem.

Filho de Alberto Teixeira de Carvalho Hungria e Anna Paula Domingues Hungria, Néelson Hungria nasceu em 16 de maio de 1891.

Seu lar era o de uma família pobre, mas rica em valores morais. Seu bisavô, Francisco de Paula Hoffbauer, era natural da cidade de Arabona, hoje Raab,¹ no noroeste da Hungria, e veio para o Brasil em 1826.

Da humilde “Fazenda da Solidão”, onde nasceu, na pequena e pobre vila de Angostura, da cidade de Além Paraíba, em Minas Gerais, Néelson Hungria um dia saiu para terminar por se tornar Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Sua formação cultural mostra-nos que os estudos sempre estiveram presentes em sua vida: curso primário no Colégio Cassão (Belo Horizonte); curso secundário no Colégio Cassão e no Ginásio Mineiro (Belo Horizonte), Colégio Azevedo (Sabará, MG, onde estudou latim com Francisco Campos e Orozimbo Nonato), Ginásio Nogueira da Gama (Jacaré, SP).

¹ Raab em alemão, Ráb em eslovaco, a cidade está localizada na movimentada estrada que liga Budapeste a Viena, na Áustria.

Aos 14 anos, o menino pobre ingressou na Faculdade de Direito em Belo Horizonte. No final do segundo ano, mudou-se sozinho para o Rio de Janeiro, onde conseguiu emprego como mata-mosquito para se sustentar. Bacharelou-se aos 18 anos no curso de Direito da Faculdade Livre de Direito do Rio de Janeiro em 1909. No mesmo ano de sua formatura foi nomeado Promotor Público² de Rio Pomba, MG. Sua passagem pela Promotoria de Justiça não foi apenas um momento fugaz de sua vida profissional. Ali ficou por cerca de 8 anos.

Em 4 de novembro de 1911, quando então Promotor de Justiça, ele ofereceu uma denúncia assinando-a como Néelson Hungria Hoffbauer, um sobrenome de origem germânica. Cinco anos depois, em 4 de julho de 1916, ele omitiu aquele sobrenome nas suas Razões Finais de outro processo.³

Alguns argumentam que seu pai retirou aquela menção germânica de seu nome quando veio para o Brasil. Mas Néelson Hungria quis, expressamente, inseri-la em seu nome, omitindo-a, todavia, em razão da Primeira Guerra Mundial (1914/1918).⁴

O Brasil declarou sua neutralidade naquele conflito, mas, pouco depois, um submarino alemão torpedeou e afundou navios brasileiros, com o que se deu o início a uma crescente comoção pública contra a Alemanha e sua aliada, a Áustria-Hungria.

Parece que isso explica a razão de Néelson Hungria, em 1916, como já se disse, ter deixado de usar em sua assinatura o sobrenome “Hoffbauer”.

A partir de 1919, Néelson Hungria, sem abandonar a advocacia, tornou-se Redator de Debates da Câmara de Deputados de Minas Gerais, a convite do então presidente do Estado Artur Bernardes.

Em 1922, ele exerceu, por dez meses, as funções de Delegado de Polícia no Rio de Janeiro, então Distrito Federal, para onde se mudara em 1922, residindo em Catumbi, na Rua do Chichorro. Na antiga Capital, foi, ainda, vendedor de estampilhas no Tesouro Nacional.

O cargo de Delegado, observou um de seus filhos,⁵ foi para ele uma decepção, pois “em face de suas atribuições e o seu propósito de se preparar para concurso na magistratura, não tinha tempo para estudar”.

2 Hoje, nomeia-se *Promotor de Justiça*.

3 Cf. documentos especialmente dispostos no Memorial do Ministério Público de Minas Gerais, na Procuradoria-Geral de Justiça do Estado.

4 No seu início estavam os países da Tríplice Aliança (Alemanha, Áustria-Hungria, Império Otomano e Itália) contra os países da Tríplice Entente (Rússia, Grã-Bretanha e França).

5 *Clemente Hungria, em depoimento. Vide Núcleo de Programação e Produção do STF, - Secretaria de Comunicação do STF*, in [youtube.com/watch?v=StfHMTZ-ROgI](https://www.youtube.com/watch?v=StfHMTZ-ROgI)

Aprovado no concurso de ingresso em primeiro lugar, em 12 de novembro de 1924 ingressou na Magistratura do Distrito Federal, na 8ª. Pretoria Criminal, estreando como pretor-criminal em Campo Grande.

Em meados de 1930, ele tornou-se Juiz de Direito da Varas de Órfãos e de Feitos da Fazenda Pública, tornando-se livre-docente de Direito Penal na Faculdade Nacional de Direito em 1933, mediante concurso.

Em 1941, participou da elaboração do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de Contravenções Penais.

Assumiu o cargo de Desembargador do Tribunal de Apelação do Distrito Federal em 1944; o de Corregedor de Justiça (1947-1948) e, nomeado, tomou posse como Ministro do STF em 4 de junho de 1951. Naquele momento, compunham a Corte os Ministros José Linhares (presidente), Barros Barreto e Orozimbo Nonato (vice-presidente) - nomeados pelo presidente Getúlio Vargas; Lafayette de Andrada, Edgardo Costa, Ribeiro da Costa - nomeados por José Linhares no exercício da presidência; Hahnemann Guimarães, Luiz Gallotti e Rocha Lagôa - nomeados pelo presidente Eurico Gaspar Dutra; e Mario Guimarães - nomeado na segunda presidência de Getúlio Vargas, assim como o próprio Nélson Hungria.

Integrou, como membro substituto (25 de julho de 1955) e efetivo (23 de janeiro de 1957), o Tribunal Superior Eleitoral, tendo ocupado a presidência do órgão no período de 9 de setembro de 1959 a 22 de janeiro de 1961.

Foi agraciado com a Medalha Rui Barbosa, Medalha do Rio Branco, Medalha do Sesquicentenário do Superior Tribunal Militar, Medalha Teixeira de Freitas, Comenda do Mérito do Ministério Público e o prêmio Teixeira de Freitas, outorgado em 1958, pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, pela obra “Comentários ao Código Penal”.

Após a aposentadoria, retornou à advocacia, que exerceu até seu falecimento, em 26 de março de 1969, aos 78 anos, na cidade do Rio de Janeiro.

2. A obra jurídica de Nélson Hungria

Poucos houve, na área do conhecimento humano, em especial no âmbito jurídico-penal, que puderam rivalizar com Nélson Hungria.

“Fraude Penal” foi a sua primeira obra, surgida em 1933, quando obteve a livre-docência na antiga Faculdade Nacional de Direito. Depois dela foram sem fim seus trabalhos. Uma coletânea de todos eles ainda não foi feita, e será muito difícil que o seja.

Escreveu inúmeras obras sobre direito penal, destacando-se: “Fraude Penal e Legítima Defesa Putativa - teses destinadas à conquista da cátedra universitária”; “Estudos sobre a Parte Especial do Código Penal de 1890”; “Crimes contra a Economia Popular”; “Questões Jurídico-Penais”; “Novas Questões Jurídico-Penais”; “Comentários ao Código Penal” (8 volumes) e, ainda, “Cultura, Religião e Direito”; “O Sermão da Montanha” e “A Obrigação Absoluta no Direito Cambiário”.

Na publicação de seu discurso no STF, quando da sessão em homenagem por ocasião de sua aposentadoria, Renê Ariel Dotti registrou que, “segundo se refere Cid Flaquer Scartezini, em texto bibliográfico, a imensa obra jurídica de Nelson Hungria alcança 'sem qualquer exagero' o número superior a 20.000 (vinte mil) escritos entre artigos jornalísticos, discursos, monografias, ensaios, conferências, sentenças, votos, acórdãos, arrazoados, pareceres e livros”.⁶

A par de escrever inúmeras obras do mais alto padrão jurídico, foi considerado o líder intelectual da redação do Código Penal de 1940,⁷ além de ter participado da elaboração do Código de Processo Penal, da Lei de Contravenções Penais e ainda da Lei de Economia Popular. Seus comentários ao Código Penal (oito volumes) foram sempre objeto de estudo e referência para todos os que se dedicaram à Ciência Penal, citados a cada passo pelos tribunais como interpretação autêntica do Direito Penal.⁸

Era tal a paixão de Néelson Hungria pelo Direito Penal, que costumava dizer “eu acordo, almoço, janto e durmo pensando em Direito Penal”.

3. Destaques de seus pensamentos

Na sua extensa obra destacam-se conceitos que refletem posições que defendeu durante sua vida, e que mostram considerações inovadoras dentro do Direito Penal brasileiro. Assim, para ele, o *habeas corpus* era o centro da atividade libertária do ser humano e, por isso, estava à frente de quaisquer dilações temporais. São suas palavras:

6 Conf. “Grandes Juristas Brasileiros”, ps. 205-239, Almir Gasquez Rufino e Jaques da Camargo Penteado (coords.), 1ª. Ed., ed. Martin Fontes.

7 Ele foi líder intelectual da comissão encarregada de redigir o Projeto do Código Penal de 1940, integrada também por Vieira Braga, Roberto Lyra e Narcélio de Queiroz. Colaborou na redação final do projeto, Abgar Renault. No epílogo da Exposição de Motivos do projeto, assinada pelo ministro Francisco Campos é feita a recomendação especial dos mencionados membros da comissão e também de Alcântara Machado e Antônio José da Costa e Silva.

8 Nelson Hungria, um argumento imbatível - Rui Cavallin Pinto, 2012.

(...) Um dia de privação de liberdade jamais poderá ser restituído. O nobre advogado do paciente diz que só Deus pode reparar essa transitória perda de liberdade. Nem Deus, porém, pode fazê-lo. É a única coisa que Deus não pode fazer: tornar “desacontecido” aquilo que já aconteceu. Deus nos pode ferir de amnésia, para que esqueçamos o fato, como pode acrescer de um dia livre a vida do prejudicado, mas não suprimir no passado o dia de privação de Liberdade.⁹

No introito do capítulo sobre os crimes contra a vida, disse:

*O homicídio é o tipo central dos crimes contra a vida e é o ponto culminante na orografia dos crimes. É o crime por excelência. É o padrão da delinquência **violenta** ou **sanguinária**, que representa como que uma reversão atávica às eras primevas, em que a luta pela vida, presumivelmente, se operava com o uso normal dos meios brutais e animais. É a mais chocante violação do senso moral médio da humanidade civilizada.*

Quanto à prova para condenação, sobretudo por homicídio, Nelson Hungria advertiu:

*A **verossimilhança**, por maior que seja, não é jamais a **verdade** ou a certeza, e somente esta autoriza uma sentença condenatória. Condenar um **possível** delinquente é condenar um **possível** inocente.*

Não obstante, embora sempre se preocupasse com o sagrado *direito de defesa*, observou, *ad cautelam*: “Quando grosseiramente inverossímil, a defesa do réu é mais um indício de sua culpabilidade”.

Ao tratar da *pena*, no Direito Penal, observou:

a) A pena é força de reserva na defesa da ordem jurídica.

b) Suprima-se a pena (quod Deus avertat) e o crime seria talvez a lei da maioria”.

c) A pena traduz primacialmente um princípio humano por excelência, que é o da justa recompensa: cada um deve ter o que merece. E, em “A Justiça dos Jurados, ele observou “A Impunidade de um criminoso é o maior estímulo para outros. O dia do perdão por um crime é a véspera de novos crimes”.¹⁰

Nos crimes contra a honra, pontificou: “Nenhuma contemplação merecem aqueles que, por ódio, despeito, rivalidade ou áspero prazer do mal, se fazem salteadores da honra alheia.

9 HC 36.801/DF, rel. Min. convocado Candido Lôbo, Pleno, 12-5-1959.

10 Rev. For., 1956, p.8.

Como quem preza e cultua a verdade, não se abstinha nunca de manifestar opinião sobre assuntos ainda os mais controversos e delicados, se era o ensejo propício para deitar raio de luz ao âmago da questão e prevenir as consciências.

Assim, num lugar de seu acatado magistério, escreveu acerca do terrível problema da *eutanásia*:

O homem, ainda que irremediavelmente acuado pela dor ou minado por um mal físico, não é precisamente a rês estropiada, que o campeiro abate. Repugna à razão e à consciência humanas que se possa confundir com a prática deliberada de um homicídio o nobre sentimento de solidariedade e abnegação que manda acudir os enfermos e desgraçados.

E, num repto de justa ira: *“Defender a eutanásia é, sem mais nem menos, fazer apologia de um crime”.*

Com relação ao princípio da contraditoriedade do processo, observou que:

Processo contraditório é aquele em que, toda vez que haja acusação, se proporcione oportunidade de exercício à defesa. Pouco importa que o defensor, constituído pelo réu ou dativo, não haja produzido defesa a contento. Para ele, não se pode exigir que a defesa se faça a todo preço, ainda mesmo na tentativa de burlar a justiça ou denegar a evidência. O que a lei assegura é tão somente que a acusação deve corresponder ensejo à produção de defesa. Assim, como acentuou no HC 34.088/RS, Relator Ministro Barros Barreto, Pleno, 13 de junho de 1956, a nulidade processual ocorre com a negação do ensejo à defesa, e não com a desídia ou a improficuidade do defensor.¹¹

Seu estilo, ou cunho especial de escrever, era, pelo comum, solene, severo e levantado. Na verdade, ele não tinha o menor pudor ou receio de expressar suas conclusões em votos e apartes de forma veemente e inflamada. Nunca lhe esquecia empregar, de preferência, o termo próprio e mais ajustado à lição do Direito Penal, no intento de comunicar à expressão verbal o selo do decoro naqueles casos em que o exigia o licencioso do objeto ou melindre da matéria, apelava para a voz latina, em ordem a não profanar os olhos castos. Assim, embora soubesse que *“não há palavra má, se a puserem em seu lugar”* - conforme aquilo de um autor de prol -, contudo, “por amor da honestidade, suavizava o texto e calçava o coturno, elevando o estilo, máxime no título dos crimes contra os costumes”. Dessa forma, ao tratar o homicídio passional por adultério, observou:

11 Conf. HC 32.228/SP, Relator Ministro Lafayette de Andrada, 5 de novembro de 1952.

Em face do novo Código, os uxoricidas passionais não terão favor algum, salvo quando pratiquem o crime em exaltação emocional, ante a evidência da infidelidade da esposa. O marido que surpreende a mulher e o tertius em flagrante ou in ipsis rebus venereis (quer solus cum sola in eodem lecto, quer solus cum sola in solitudine) e, num desvario de cólera, elimina a vida de um ou de outro, ou de ambos, pode, sem dúvida, invocar o § 1º do art. 121; mas aquele que, por simples ciúme ou meras suspeitas, repete o gesto bárbaro e estúpido de Otelo, tem de sofrer a pena inteira dos homicidas vulgares.

Não lhe era estranho, porém, o linguajar pedestre, e ainda incivil e tosco, se podiam favorecer a clareza do ensino doutrinário. Não desdenhava a graça nem os lances agudos; recorria amiúde aos tropos de linguagem e às frases de espírito. Veja-se, por exemplo, ao pé da página 113 do volume VIII de seus eruditos Comentários:

Conta-se de um juiz que, ao ouvir de uma pseudoestuprada que o acusado, para conter-lhe os movimentos de defesa, se servira, durante todo o tempo, de ambas as mãos, indagou: Mas quem foi que conduziu o ceguinho? E a queixosa não soube como responder (...) ¹²

Mais, ainda: ao explicar o delito de sedução, descrito então no art. 217 do Código Penal, que o espírito do tempo induziu à revogação - o que ocorreu também no tocante ao adultério (art. 240) —, ele disse “(...) a promessa de casamento, feita no momento erótico, com a voz empastada da libido estuante, ia muito além da promessa do anel de casamento. Se a ofendida pedisse, o agente lhe prometeria o “anel de Saturno”. ¹³

4. Formação jurídico-penal do mestre

Dedicou ao Direito Penal horas intermináveis de solitário estudo através dos mais reputados livros de doutrina.

Arrolou as Escolas Penais, perscrutou-lhes as bases e princípios, encareceu o que nelas havia de certo e judicioso, emendou e corrigiu os defeitos que ostentavam.

Observou, na Escola Clássica ou Tradicional, ¹⁴ que “o postulado da responsabilidade moral”, fundado “no pressuposto do *livre arbitrio* e na sua

¹² Vol. VIII de seus Comentários ao Código Penal, às fls.123.

¹³ Cmts. Cód. Penal, vol. VII, pg. 173.

¹⁴ Tendo entre seus corifeus Cesare Beccaria, Carmignani e Carrara.

ideia abstrata de justiça”, deixava “fora do direito penal grande número de delinquentes, precisamente os mais perigosos (os anormais)”.¹⁵

Quanto à Escola Positiva,¹⁶ ponderou que “a sua fórmula de responsabilidade legal, aliada ao critério da temibilidade, atende muito mais eficazmente ao colimado objetivo da defesa social, legitimando não só a amplitude da órbita da repressão como a multivariada da prevenção”.¹⁷

Para Hungria, “As escolas penais não passam, afinal de contas, de inócuas vaidades lútero-científicas”.¹⁸

Tomando sobre si o encargo de patentear o caráter distintivo da Ciência Penal, enunciou:

*A ciência penal não comporta **escolas**, uma vez que não pode haver diversidade de métodos na interpretação e aplicação das regras ditadas pela vontade soberana do Estado. Seu único método possível é o **dedutivo**, o lógico-abstrato, o técnico-jurídico.*¹⁹

Fechando a abóbada de seu valente arrazoado, emitiu a declaração:

*O tecnicismo jurídico não é uma **tendência** do direito penal: é a condição sine qua non da realidade de uma ciência jurídico-penal. Só ele pôde imprimir ao direito penal a admirável unidade, harmonia e coesão com que se apresenta na atualidade.*²⁰

Numa palavra, não se deve ocupar a ciência do direito senão de “**definições, catalogações e sistematização de conceitos latentes no corpo das leis que se propõem o combate à delinquência. É a dogmática jurídicopenal.**”

Dentro de sua formação jurídica, Néelson Hungria deu mostra da sua independência num dos momentos de sua atuação no STF. Nele, suas palavras deram importante testemunho da sua consciência de magistrado.

15 Néelson Hungria, “Questões Jurídico-Penais”, 1940, p. 155, Livraria Jacintho Editora, Rio de Janeiro.

16 Idem, ibidem, p.155.

17 Idem, ibidem, p.155.

18 Idem, ibidem, p.61.

19 Idem, ibidem, p.58.

20 Idem, ibidem, p.59.

Em 1952, ele era alvo de uma dura campanha negativa por parte de um destacado jornalista do país.²¹ Porém, é exatamente por causa *habeas corpus* impetrado por esse jornalista que ele deveria funcionar. Vale a pena registrar o seu voto naquele julgamento:

Quando entrei hoje neste recinto, vinha com o propósito de alhear-me a este julgamento, dando-me por impedido. Sofri, como é sabido, uma tremenda campanha difamatória por parte do jornalista ora paciente, e me achei, hoje, entre as guampas deste dilema: se denegasse o *habeas corpus*, estaria obedecendo a espírito de vingança; se o concedesse, estaria revelando medo, querendo fazer as pazes, levantar bandeira branca, acovardar-me diante desse jornalista, que, realmente, é truculento. Mas por um lado, de mim para mim, fiz exame de consciência e me certifiquei de que jamais guardei ódios, nunca meu coração foi ninho de rancores, e apesar de ter nascido na hinterlândia e lá vivido minha mocidade, nunca aprendi a dormir na pontaria, atrás do toco. Não sei exercer vindictas, aguardando o adversário na “volta do caminho”. Por outro lado, creio que meu passado de juiz fala por mim. Se não sou um destemido, se não sou um Dom Quixote de la Mancha, também não sou um covarde; sou um homem que nunca deixei de ser igual a mim mesmo, e digo as coisas que me vêm do coração à guela, custe o que custar. Houve, porém, um argumento que me decidiu. Fiel ao meu ponto de vista, reiteradamente manifestado em julgamentos, livros e artigos, meu voto tinha de ser a favor desse homem; e suponhamos que esse meu voto lhe faltasse e ele viesse, por isso, a ter o *habeas corpus* denegado. Teria eu contribuído para uma iniquidade em virtude de minha abstenção. (...) Devo insistir em que o paciente não me causa temor; pode ele reiniciar quando quiser e como entender a campanha de difamação contra mim, o que, aliás, deve fazer a qualquer pretexto, para ser coerente consigo mesmo; e já que lhe incorri nos ódios. Não o temo em terreno algum. Não é ele santo da minha igreja, mas é preciso que eu faça justiça, evitando que a minha subconsciente malquerança possa prejudicar a sua causa neste momento. Concedo a ordem.

5. Uma posição institucional histórica

Num outro momento, Néelson Hungria mostrou a sua independência e clareza num momento de crise institucional do país.

Com a morte de Getúlio Vargas, em 24 de agosto de 1954, o vice-presidente João Fernandes Campos Café Filho assumiu a presidência em 31 de setembro de 1954. Em 8 de novembro de 1955, ele foi internado em

21 HC 32.331, rel. min. Luiz Gallotti, julgado em 5-12-1952, concedido para relaxar a prisão preventiva de Carlos Lacerda.

um hospital, devido a uma crise cardíaca. Assumiu a presidência Carlos Luz, Presidente da Câmara dos Deputados, três dias depois, em face de rebelião constitucional, ele foi afastado pelo Exército e em seu lugar assumiu o senador Nereu Ramos, Presidente do Senado Federal.

Em 22 de novembro de 1955, o Congresso Nacional declarou estado de sítio e impedimento do presidente Café Filho. Além disso, o Exército cercou sua casa com tanques e metralhadoras, impossibilitando-o fisicamente de reassumir a Presidência da República. Contra essa decisão de impedi-lo de reassumir a presidência, Café Filho impetrou mandado de segurança ao Supremo Tribunal Federal.

Quando Café Filho quis reassumir a Presidência, o Exército já se tinha rebelado para instalar o chamado “Retorno aos Quadros Constitucionais Vigentes”. O Congresso Nacional votou e aprovou uma resolução determinando o seu impedimento, o que foi aprovado no mesmo dia, por 179 votos a 94. O STF confirmou o ato do Congresso, ocasião em que Nelson Hungria acompanhou o voto do Ministro Relator, aduzindo em seu voto:

Afastado “o manto diáfano da fantasia sobre a nudez rude da verdade”, a resolução do Congresso não foi senão a constatação da impossibilidade material em que se acha o Sr. Café Filho, de reassumir a Presidência da República, em face da imposição dos tanques e baionetas do Exército, que estão acima das leis, da Constituição e, portanto, do Supremo Tribunal Federal. Podem ser admitidos os bons propósitos dessa imposição, mas como a santidade dos fins não expunge a ilicitude dos meios, não há jeito, por mais auspicioso, de considerá-la uma situação que possa ser apreciada e resolvida de jure por esta Corte. É uma situação de fato criada e mantida pelas forças das armas, contra a qual seria, obviamente, inexequível qualquer decisão do Supremo Tribunal. A insurreição é um crime político, mas, quando vitoriosa, passa a ser um título de glória, e os insurretos estarão a cavaleiro do regime legal que infligiram; sua vontade é que conta, e nada mais. [...] Contra uma insurreição pelas armas, coroada de êxito, somente valerá uma contrainsurreição com maior força. E esta, positivamente, não pode ser feita pelo Supremo Tribunal, posto que este não iria cometer a ingenuidade de, numa inócua declaração de princípio, expedir mandado para cessar a insurreição. [...] Jamais nos incalcamos leões. Jamais vestimos, nem podíamos vestir, a pele do rei dos animais. A nossa espada é um mero símbolo. É uma simples pintura decorativa - no teto ou na parede das salas de Justiça. Não pode ser oposta a uma rebelião armada. Conceder mandado de segurança contra esta seria o mesmo que pretender afugentar leões autênticos sacudindo-lhes o pano preto de nossas togas.²²

22 (HC 33.908, rel. min. convocado Afrânio Costa, Pleno, julgado em 21-12-1955; e MS 3.557, rel. para o acórdão min. convocado Afrânio Costa, Pleno, julgado em 7-11-1956).

Em 7 de janeiro de 1956, o Tribunal Superior Eleitoral proclamou os resultados oficiais do pleito eleitoral, e em 3 de janeiro realizou-se a cerimônia de posse de Juscelino Kubitschek e de João Goulart, com o que o pedido de Café Filho foi definitivamente indeferido.

6. Polemista de primeira plana

“Éramos uma lagoa plácida e o Néelson nos transformou em um mar revoltoso.”²³

“Muitas vezes, com a minha fácil e irremediável exaltação, fui provocador de acalorados debates, em que todos nos empenhávamos, imprimindo ondulações na superfície de nosso até então invariável ‘manso lago azul’.”

Conta-se mesmo que, consciente de seu gênio, certa vez teria solicitado a um colega que puxasse a manga de sua toga se ele estivesse se exaltando muito. Em determinado julgamento isso ocorreu, mas, na terceira “puxada” da toga, ele explodiu: “Pare de puxar minha toga, porque eu ainda não terminei!”

“A par da intensa atividade intelectual, que lhe imprimia na figura austera admirável, imperava em Néelson Hungria uma força incoercível, que nunca se atrofiava nem conhecia desmaios: uma sua permanente disposição de luta pelas ideias que reputava próprias.”

Nos debates judiciais que se feriam entre os ministros da Suprema Corte de Justiça, durante os julgamentos dos processos, mostra-se bem a presença do implacável argumentador: sua linguagem, conquanto ajustada à praxe forense, era veemente e aniquiladora. E, realçando essa sua atuação, Evandro Lins e Silva observou que “a vocação de Advogado com assento na magistratura que o conduzia muitas vezes à veemência de uma linguagem que provocava perplexidade e o assombro na mansuetude dos tribunais”.²⁴

As manifestações do Ministro Néelson Hungria eram sempre firmes e claras. Alguns as teriam, por vezes, como agressivas e destemperadas. Em resposta às suas ácidas ponderações, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo chegou a enviar um protesto coletivo ao Supremo Tribunal Federal contra um voto exarado pelo Ministro.²⁵

23 Orozimbo Nonato, Supremo Tribunal Federal. Memória Jurisprudencial Ministro Néelson Hungria. Lucia no Felício Fuck. Brasília 2012, (<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacao/PublicacaoInstitucional/MemoriaJurisprud/anexo/NelsonHungria.pdf>).

24 “Grandes Juristas Brasileiros”. Almir Gasquez Rufino e Jaques de Camargo Penteado (orgs.), p.205.

25 Cf. voto no RE 33.827/SP, rel. min. Ary Franco, Primeira Turma, 14-1-1957.

A bravura com que se empenhava no debate da lide *sub judice* é constante em suas intervenções, como se extrai deste relanço “[...] persisto no meu ângulo de vista e por ele batalharei enquanto me restarem forças, todas as vezes que por aqui aparecerem casos idênticos”.

Todavia, a mostrar que a rigidez de suas posições não implicava intolerância pessoal, ele assim disse em voto no STF:

Perdoe-me o Tribunal pela minha exaltação, exaltação a que me impele o desejo de ver assegurado, no caso, o que entendo ser o interesse da justiça. Isso de falar com veemência é, aliás, do meu jeito, do meu modo de ser. Enquanto falava o eminente colega ministro Mario Guimarães, confesso que fiz de tudo para manter controlada minha emotividade, e isso pelo grande respeito que dispenso a Sua Excelência e ao acatamento que devo ao Tribunal. Pedi a todos os deuses que não me deixassem exaltar. Mas as ideias que me foram vindo no raciocínio de improviso, aquecidas do coração, que sempre me vêm aos gorgomilos, conduziram-me ao acaloramento. Não sou um intolerante, por mais que pareça tal, quando defendo minhas opiniões. Jamais fui um ultramontano. Defendo os meus pontos de vista com ardor, mas sem o intuito de impô-los aos que pensam de modo contrário. Defendo-os *unguibus et rostris*, com todas as energias do meu espírito e do meu fôlego. Mas fico aí. A minha funda convicção de que estou pugnano pela justiça do caso concreto é que provoca o meu ardor; mas, findo o debate, ainda que não prevaleça meu entendimento, ensarilho as armas e não me fica o menor ressentimento, pois não me suponho o detentor exclusivo da verdade. Peço perdão ao Tribunal, que não deve ver na exaltação do meu voto senão o meu amor pela Justiça, o meu propósito de que a justiça e o direito sejam atendidos no caso concreto, impedindo a continuidade de uma condenação que talvez represente um grave erro judiciário, que ainda pode ser corrigido.²⁶

A propósito de seu espírito inquieto, são inesquecíveis as palavras de seu discurso de posse como ministro efetivo do Tribunal Superior Eleitoral, em 23 de janeiro de 1957, que soam como antecipado pedido de desculpas para as sensibilidades mais exageradas:

É possível, meus Senhores, que eu, vez por outra, me exalte, me exprima com veemência, mas vós me conheceis e a vós mesmo peço o testemunho de que esta minha veemência, de que este meu ardor, esta minha exaltação jamais foi e será uma demonstração da intolerância ou de paixão subalterna. Não, Senhores! Este espírito, este sentimento exaltado que possuo, que o berço deu e só a tumba há de levar, ainda mesmo que me ameacem dores anginosas, é um sinal, precisamente, da fé que consagro, da fé que deposito no Direito, na Justiça e nos ideais humanos.

26 Debates HC 32.468/SP, rel. min. Nélson Hungria, Pleno, 17-6-1953.

7. Forma da prestação jurisdicional

A prestação jurisdicional, através de sentenças, também foi tratada por Hungria. Dentro de suas posições relativas à rapidez com que elas devem ser prolatadas, disse, um dia, comentando a decisão de um Juiz:

Não é fácil tarefa deslindar os pontos de chegada do Juiz. Dispondo de vasto cabedal de leituras, tem ele o prazer das digressões e das citações eruditas, inteiramente esquecido da austera singeleza de que deve revestir-se a literatura dos arestos. A cada passo, perde de vista os temas nucleares, para discorrer de *omni res cibili et quibusdam aliis*. Dir-se-ia que ainda não se libertou da mania dos juizes noviços, que, *condoídos da pressuposta ignorância alheia e ávidos de renome, entendem de bordar suas sentenças com difusas lições doutrinárias*, em sete línguas diferentes. (p. 308).

“Essa vivaz disposição de ânimo, que avaliada por miserável estalão poderia confundir-se com teimosia de espírito, não era outra coisa que expressão típica de sentimento de justiça, apanágio primordial do paladino do Direito.”

8. O Tribunal Do Júri

Em inúmeras ocasiões, Néelson Hungria se revelou contra a instituição do Júri²⁷ basicamente pela rejeição ao poder dos jurados, ao poder do coronelismo como fenômeno político e social das cidades menores. No artigo “A justiça dos jurados”, qualifica o tribunal popular como “o culto da incompetência”, que pratica uma “justiça de víspera, justiça de roleta, justiça de loteria”.

Em toda a sua vida criticou o Tribunal do Júri, que colocava na mão de leigos o julgamento de outras pessoas, muitas deles culpadas, mas que eram inocentadas em razão das frases feitas de um advogado.

Entre as inúmeras passagens pitorescas de sua vida, conta-se que, ao participar do Tribunal do Júri no interior de Minas, na década de 1920, o réu levado a julgamento não passava de um criminoso perverso e confesso, com testemunhas que declararam ter presenciado o homicídio, o que convenceu o jovem promotor de que seria irremediavelmente condenado. Ocorre, porém, que, ao final dos debates, durante a peroração, a defesa sustentou teatralmente: “O réu é inocente e se for condenado, quero ver minha mulher num dos prostíbulos desta cidade”.

27 Revista Forense, 1956, vol. 166.

Para surpresa do acusador, o réu terminou absolvido por unanimidade. Depois do julgamento, Néelson Hungria, indignado com a decisão, saiu e, ao encontrar com um dos jurados, indagou o que o levava a absolver o criminoso, recebendo a seguinte explicação simplória “Pois não vê, ‘dotô’, que o advogado ia mandar a mulher pra zona se a gente condenasse o homem?”

Doutra feita, o jovem Promotor Nelson Hungria viu um forasteiro, desamparado e desprotegido, na Comarca de Rio Pomba, ser condenado à pena máxima de trinta anos de reclusão por ter matado um conhecido arruaceiro na cidade, agindo com excesso de sua conduta em legítima defesa. “Não obstante a acusação desprovida de veemência pelo jovem Nelson Hungria e as evidentes atenuantes, o acusado foi condenado a trinta anos de reclusão. Condoído, o jovem promotor não só pediu à esposa que preparasse as refeições do condenado, como só sossegou depois de obter a redução da pena e a concessão de seu livramento condicional, passados cinco anos da condenação, para reparar tamanha injustiça”.

“Essas experiências pessoais certamente influenciaram o pensamento do ministro Néelson Hungria, que considerava falido o sistema do júri”.²⁸

Entendem alguns que não levava a bem a instituição do Júri, pois que a ele se referia com patente acrimônia. Ao contrário de Magarinos Torres, que disse:

“O júri é a melhor forma de justiça que eu conheço” -, taxava-o Néelson Hungria de “apêndice infeccioso da justiça” e, sobre isto, “osso de megatério”: “(...) o famigerado Tribunal, osso de megatério que persiste em ligar repressão penal e regime democrático, redundou, pela incompetência e frouxidão, em fator indireto de criminalidade.”

“O Tribunal do Júri, no Brasil, é uma vergonha, um atentado à nossa civilização jurídica.²⁹ Somente condena, ainda mesmo os inocentes, quando a imprensa sensacionalista o reclama ou as paixões políticas o exigem.”³⁰

“Sorteados para o ‘Conselho de Sentença’, os jurados investem-se na soberania do despropósito, no incontrolado arbítrio da imperícia, transformando a justiça penal num jogo-de-cabra-cega”, ou no azar de uma rinha de galos. Absolve ou condena por mero “palpite”, ou critérios apriorísticos, por simpatia ou antipatia, por fastio ou defastio, por lhe ter agradado mais a prosopoieia da acusação que a da defesa, ou vice-versa.

28 Conf. STF. Memorial Jurisprudencial Ministro Nelson Hungria, Brasília, 2012, pg.64, Luciano Felício Fuck.

29 Expressão inserta do seu voto vencido, no HC 35.742/RJ, rel. para o acórdão min. Afrânio Costa, Pleno, 30-4-1958.

30 Conf. STF. Memorial Jurisprudencial Ministro Nelson Hungria, Brasília, 2012, pg.65, Luciano Felício Fuck.

Entram para o conselho de julgamento com toda uma carga de apriorismos, de ideias, tendenciosas, de paixões de momento, de gratuitas prevenções a favor ou contra os réus. Acessíveis a pedidos,³¹ comprometem seus votos, de antemão, como se se tratasse de um obséquio banal. Nas comarcas longínquas, como é sabido, o júri não é mais que um *robot* manejado pelo partido político dominante; aos seus julgamentos precedem os conciliábulos de véspera em que os jurados recebem do mandão local o santo e a senha.

Uma das garantias da boa justiça reclamadas entre os versículos do próprio credo democrático, é a motivação dos pronunciamentos indiciários.

Soberanos e irresponsáveis, os jurados não são contidos por freio algum. Não estão ligados à carreira funcional da Justiça, não estão sujeitos a sanções disciplinares, são isentos de prestação de contas, não necessitam de granjear merecimento no ofício de julgar. Pois bem: ao Júri se permitem decisões monossilábicas, dogmáticas, sem qualquer explicação e tomadas mediante voto secreto, para que se não afete a sagrada irresponsabilidade do votante ou o seu arbítrio de negar a verdade e a lei.³²

O “coronelismo de aldeia” e o unilateralismo interesseiro dos advogados criminais é que bradam pela manutenção do júri soberano, para que não cessem os seus proveitosos triunfos eleitorais ou profissionais.

Ele nunca se conformou em entregar a leigos a prisão ou liberdade de criminosos. Para gáudio, entretanto, dos advogados que atuam à barra do Tribunal do Júri, a antipatia que lhe votava o provector Mestre como que ultimamente se aplacara e remitira. É o que revela a carta-prefácio, publicada no pórtico do livro de Carlos de Araújo Lima, “Os Grandes Processos do Júri”.

Naquela carta-prefácio, ele observa que “no júri há uma ‘encruzilhada de dúvidas’ que são comumente levadas aos juízes de fato” e, diante do tribunal de leigos, os advogados conseguem “tirar de vulgares pedras no meio do caminho sonoridade e reflexos de cristal!”³³ E concluiu “Sinto-me tão envaidecido com isso que quase chego a me reconciliar com o tribunal do povo...”³⁴

31 Os “pedidos” podem conter temores de violenta reação contra os recalcitrantes. Há anos, em pequena comarca do *interland* mineiro, um policial foi a júri por matar um homem com um tiro pela frente e três pelas costas, e a despeito da prova, ele foi absolvido por unanimidade. Soube-se, tempos depois do julgamento, que aquele resultado fora o resultado de pressões sobre os jurados dos integrantes do destacamento policial.

32 Rev.For. 1956, vol.66.

33 Carta-prefácio ao livro editado por Carlos de Araújo Lima, “Os grandes processos do Júri”.

34 1955, vol. II, 1955.

9. A rica personalidade do excelso jurista

Sua jornada na vida pública mostra fatos por muitos não conhecidos como, por exemplo, a sua candidatura a deputado estadual, quando residia no interior de Minas Gerais.

No dia da eleição, prestes a encerrar-se a votação, eis que chegam dois eleitores, seus conterrâneos, provenientes dos remotos grotões das Alterosas... Tão seguro estava Hungria da vitória no pleito, que lhes falou com brandura e sem reboço “Vocês nem precisam votar. Já ganhei disparado. Vamos tomar uma cerveja”. (Por essa época não era obrigatório o voto, nem imperava a lei seca, adversária inflexível dos devotos de Baco!).

Após o escrutínio e já apurados os sufrágios, verificou-se, para espanto geral, que o promissor candidato “havia perdido as eleições pela diferença de um voto. Nunca mais quis saber de política”.

Carlos Biassoti mostra como um incidente de vida contribui para novos caminhos na vida de uma pessoa: “Foi assim que mofoino incidente de urna - ou o acaso, que alguém já chamou de “pseudônimo da Providência” -, deparou à Ciência Penal, ameaçada de perder para a grei política seu mais auspicioso baluarte, aquele que lhe haveria edificar o mais suntuoso e perene monumento de glória!”

Em 1943, Néelson Hungria era Professor de Direito Penal na Faculdade Nacional de Direito, e disputava uma vaga de Desembargador do Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro com outros oito candidatos.

Fala-se que quase pôs a perder a aguardada promoção, quando criticou a repressão desencadeada pelo governo Vargas à revolução paulista de 1932. Hungria não sabia que, entre os alunos que o ouviam estava Alzira Vargas, filha do presidente. Semanas depois, após figurar numa lista de nove pretendentes ao cargo, surpreendeu-se ao saber que fora escolhido por Vargas, por influência de sua aluna, Alzira.

Sempre contra a pena de morte, Néelson Hungria, nos anos cinquenta do século XX, foi um dos que, no Brasil, empenhou sua inteligência e prestígio de criminalista em defesa de Caryl Chessman, de alcunha “Bandido da Luz Vermelha”, um americano condenado à morte pela Justiça da Califórnia em 1948, nos Estados Unidos, por roubos e estu- pros a casais de Holywood.

Em maio de 1959, disse Néelson Hungria, no “Centro Acadêmico 11 de agosto”, da Faculdade de Direito da USP:

Para erradicar o mal, não é preciso erradicar o homem. O que cumpre fazer não é matar o homem criminoso, mas o criminoso no homem. A criminalidade não se extingue ou declina com a pena de morte. Ao invés de irrogar-se arbitrariamente o direito de matar, ao Estado incumbe promover a remodelação da própria sociedade, para que se apresentem melhores condições políticas, econômicas e éticas, eliminadoras das causas etiológicas do crime.

Em 1950, Caryl Chessman foi executado. Mas, como disse Carlos Biasotti:

O toque de rebate pela abolição da pena de morte não foi, certamente, baldia mensagem às pedras do deserto, mas oportuno e autorizado protesto lavrado à face dos grandes do mundo, para que extirpassem de suas legislações “esse resíduo de barbaria incompatível com o mais elementar espírito de solidariedade humana”.³⁵

10. Nélson Hungria no juízo de autores

O conceito que fizeram dele os mais ilustres juristas do país mostra o quanto Nélson Hungria representou para o Direito Penal no Brasil.

Para Heleno Cláudio Fragoso, “*Nélson Hungria foi um dos mais notáveis penalistas de todos os tempos*”.³⁶

René Ariel Dotti,³⁷ tem-no como “(...) o maior penalista brasileiro de todos os tempos, a transmitir lições de humanidade, Direito e Justiça para as gerações de seu tempo e do futuro”.³⁸

Dele disse Evandro Lins e Silva, Ministro do Supremo Tribunal Federal, advogado e escritor de alto merecimento: “Não há favor nem lisonja quando se proclama que Nélson Hungria é o maior penalista brasileiro de todos os tempos”.³⁹

Hugo Mósca, Diretor-Geral da Secretaria do Supremo Tribunal Federal foi preciso: “No campo do Direito Penal brasileiro, ninguém, até hoje, o sobrepujou...”.⁴⁰ Francisco Léo Munari disse em conferência que “a mag-

35 Nélson Hungria (súmula: vida e obra), Carlos Biasotti, Des. São Paulo.

36 Cf. Nelson Hungria e Heleno Fragoso, Comentários ao Código Penal, 1980, vol. I, t. I, p. 10.

37 Professor Titular de Direito Penal da Universidade Federal do Paraná.

38 In *Grandes Juristas Brasileiros*, 2003, p. 206; Editora Martins Fontes; São Paulo.

39 Arca de Guardados, 1995, p. 96; Editora Civilização Brasileira; Rio de Janeiro.

40 O Supremo Tribunal Federal e o meu Depoimento, 1975, p. 30; Cia. Editora Americana; Rio de Janeiro.

nífica obra de Hungria, desde o Tratado sobre a Fraude, até os Comentários ao Código Penal, é insubstituível nas bibliotecas jurídicas do Brasil e da América, demonstrando irretorquivelmente a profundidade de sua inteligência dos fenômenos jurídicos e seu extenso e variado saber”.⁴¹

Para o Professor de Direito Penal da UFRJ e da Uerj Carlos Japiassú, “embora muitos comentários do jurista tenham sido superados pelo avanço da legislação, sua obra continua atualíssima. Mesmo para os que não concordam com ele, a obra é fundamental, um marco do Direito Penal”.

Mário Hoepfner Dutra (1914-1997), Desembargador, membro da Academia Paulista de Direito e do Instituto Histórico e Geográfico do Estado de São Paulo, colocou a obra jurídica de Hungria em seu ponto preciso nos dias atuais “*Nélson Hungria faleceu no dia 16 de março de 1969. Foi o Pontífice Máximo de nosso Direito Penal, e até hoje, nenhum outro lhe tomou o lugar. A ninguém foi dado coroar-se com a tiara que cobriu a sua frente de mestre inigualável*”.⁴²

11. O legado de Nélson Hungria

O grande legado de Nélson Hungria foi a sua dedicação à causa pública em todos os cargos e funções pelos quais passou. Em todos eles deixou estampada, consistente e firme, a sua devoção ao trabalho pela verdade e pela liberdade.

Além dos predicados de inteligência, rigidez de caráter e largueza de alma, dominava Nélson Hungria uma invulgar paixão pela Magistratura, à qual serviu sempre com incontestável fidelidade, por mais de quarenta anos.

Para que se tenha uma visão da sua atuação no Supremo Tribunal Federal, é preciso que se saiba que a sua monumental obra, enquanto membro daquele Tribunal, durante os quase dez anos em que ali julgou,⁴³ compreende mais de cinco mil acórdãos, envolvendo questões relacionadas ao Direito Penal e Processo Penal; discussões do Direito Constitucional da época e aos demais ramos do Direito, desde o Direito Civil e o Processo Civil até o Direito Administrativo e o Tributário.

Os característicos votos enfáticos e precisos do ministro Nélson Hungria reúnem extensa riqueza, não só de conhecimento dogmático, como

41 Ciclo de Conferências sobre o Anteprojeto do Código Penal Brasileiro de Autoria do Ministro Nélson Hungria, 1965, p. 461. Imprensa Oficial do Estado de São Paulo.

42 Conf. Perfis, 1981, p.88, São Paulo.

43 4-6-1951 a 14-4-1961.

também de lógica jurídica e de bom senso, qualidades indispensáveis ao devido exercício da magistratura.

“Ele jamais pautou suas convicções por modismos ou pela popularidade das ideias. Seu espírito de magistério e sua devoção à verdade e à ciência sempre guiaram suas investigações e seu juízo sobre o acerto ou desacerto, qualidade ou deficiências de teorias, soluções e até institutos”.⁴⁴

Por vocação e dedicado aprofundamento acadêmico, o Ministro Nélson Hungria notabilizou-se pelo domínio do Direito Penal, seja como magistrado, seja como professor, seja como ativo participante dos projetos legislativos. Não se pode negar que o desenvolvimento do Direito Penal no Brasil, de forma especial, deve muito ao Ministro Nélson Hungria.

Suas manifestações eram repletas de citações tanto de autores nacionais quanto de estrangeiros. Da Bíblia e clássicos romanos até os mais modernos autores de sua época, essas citações tinham em comum apenas uma característica: nunca foram usadas desnecessariamente por vaidade ou soberba, mas tinham sempre o objetivo de melhor esclarecer um aspecto da discussão. Além disso, o registro escrito dos votos e as notas taquigráficas não escondem a notória exaltação e o entusiasmo que as mais diversas discussões jurídicas suscitavam no experiente magistrado.

Sua dedicação transparece pela inconfundível verve, própria de quem se importa e ama seu ofício a ponto de engajar-se com tal afinco aos debates em Plenário. Por outro lado, a vocação de professor inculca-lhe o apego à verdade e a coragem de apontar as dificuldades, chamando-as pelo nome, sem quaisquer ambiguidades, tergiversações ou subterfúgios.

Em razão do limite constitucional de idade, foi aposentado por decreto de 11 de abril de 1961, despedindo-se da Corte na sessão de 14 do mesmo mês. A mencionada cerimônia de despedida foi marcada pela presença do Presidente da República, Dr. Jânio da Silva Quadros, circunstância excepcional jamais repetida, antes ou depois, em preito semelhante no Tribunal. Foi saudado, em nome do Tribunal, pelo Ministro Ary Franco, falando pela Procuradoria-Geral da República o Dr. Joaquim Canuto Mendes de Almeida; pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Distrito Federal, o Dr. Leopoldo Cesar de Miranda Lima; pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo o Dr. Eloy Franco de Oliveira; pelo Instituto dos Advogados Brasileiros o Dr. Ruy Nunes Pereira e pelos advogados criminalistas do então Estado da Guanabara, o Dr. Evandro Lins e Silva. Após a aposentadoria dedicou-se às atividades advocatícias.

44 Conf. “Memoria Jurisprudencial - Ministro Nélson Hungria”. Brasília 2012. Luciano Felício Fuck, item 2.1.4, p.62.

Nélson Hungria faleceu em 26 de março de 1969, na cidade do Rio de Janeiro. Conta a crônica familiar que antes de sua morte pediu desculpa aos filhos por não ter deixado de herança nenhuma riqueza material, e, ainda, um dos jornais do Rio noticiou que, antes do seu falecimento, fez lembrar aos filhos reunidos juntos a seu leito que, quando fosse levado para o cemitério, sairia repetindo em silêncio, dentro do caixão mortuário “Aqui vai o Nélson, muito a contragosto”.

No juízo dos doutos, que lhe examinaram com pontual diligência a grandiosa obra nas profundezas do Direito Penal e os trechos de sua vida na Magistratura, Nélson Hungria, pela fulguração do talento, amplo saber e trabalho probo e fecundo, inscreveu seu nome, com caracteres de ouro, no frontão do templo da eterna glória.

Oxalá seus lúcidos pronunciamentos e suas fecundas lições continuem a encontrar eco nos pensadores do Direito e, sobretudo, nos seus sucessores no Pretório Excelso.

JOAQUIM CABRAL NETTO

Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Instituto Histórico e Geográfico de Minas Gerais. Academia de Letras do Ministério Público de Minas Gerais.



OS DESASTRES E A IRRESPONSABILIDADE ORGANIZADA INSTRUMENTOS PARA A RESPONSABILIDADE PENAL EMPRESARIAL INDIVIDUAL

DISASTERS AND ORGANIZED IRRESPONSIBILITY
CRIMINAL LIABILITY ENTREPRENEUR'S MECHANISMS

ALEX FERNANDES SANTIAGO

Promotor de Justiça

PLÍNIO LACERDA MARTINS

Promotor de Justiça aposentado

Resumo: Uma moderna teoria da responsabilidade empresarial é uma necessidade do Estado Democrático do Direito em uma sociedade do risco, especialmente nos desastres, evitando-se a irresponsabilidade organizada. A responsabilidade do superior hierárquico do artigo 2º da Lei 9.605/98, analisada sob a teoria dos sistemas, expressa um caso de dupla contingência, com foco na prevenção do dano ambiental, e estimula aqueles que efetivamente exercem o controle sobre a empresa, façam, por meio da fiscalização e supervisão, que os subordinados cumpram as normativas ambientais, e adotem as medidas necessárias para a prevenção do dano ambiental, ainda que, para tanto, tenha que reorganizar-se a empresa. Contudo, nas investigações relativas aos crimes praticados na atividade empresarial somente há sentido em passar-se à discussão de eventual omissão do superior hierárquico quando alcançado um estágio em que não identificada uma ordem do superior para seu subordinado, ou pelo menos a criação de um cenário propício à realização do delito.

Palavras-chave: Direito Penal Ambiental. Responsabilidade penal do empresário.

Abstract: A modern theory of corporate responsibility is a necessity of the Democratic Rule of Law in a risk society, especially in disasters, avoiding organized irresponsibility. The responsibility of the hierarchical superior of article 2 of Law 9.605/98, analyzed under systems theory, expresses a case of double contingency, with a focus on the prevention of environmental damage, and encourages those who effectively exercise control over the company, do, through inspection and supervision, that subordinates comply with environmental regulations, and adopt the necessary measures for the prevention of environmental damage, even if the company has to be reorganized to do so. However, in the investigations related to crimes committed in the business activity, there is only sense in moving on to the discussion of a possible omission by the hierarchical superior when a stage is reached in which an order from the superior for his subordinate has not been identified, or at least the creation of this favorable scenario. carrying out the offense

Keywords: Environmental criminal law. Entrepreneur's criminal liability.

Sumário: 1 Introdução. 2 A sociedade do risco. 3 O papel do Direito na sociedade do risco. 4 O Direito Penal do risco. 5 A importância de um Direito Penal da Empresa eficaz. 5.1 As dificuldades do Direito Penal nos delitos cometidos no contexto empresarial. 5.2 A irresponsabilidade organizada. 5.2.1 A irresponsabilidade organizada e sua projeção penal. 6 Os instrumentos utilizados pelo Direito Penal Ambiental para a responsabilidade

penal dos dirigentes. 6.1 O conceito de dupla contingência como fundamento da responsabilidade empresarial individual ambiental pelos delitos cometidos pelos subordinados. O artigo 2º da Lei 9.605/98. 6.2 Os garantes de controle nas empresas. O dever de garantia relativo aos ilícitos penais cometidos pelos subordinados e a prevenção de danos ambientais. 6.3 Outros instrumentos disponíveis para a responsabilidade empresarial individual. A responsabilidade em comissão por omissão como hipótese muito específica. A verificação da existência de ordem ou política criminal de empresa como primeiro foco da investigação. 6.3.1 Outras possibilidades de aplicação. O domínio social do fato e a autoria mediata. 7 Conclusão. 8. Referências.

1. Introdução

Ocorrido o desastre, que comumente se verifica no contexto de atividades empresariais arriscadas, vem a pergunta: quem é o responsável? Movimenta-se o aparato estatal na investigação, acusação e julgamento, utilizando as regras estabelecidas para a atribuição de responsabilidade.

No entanto, aquilo que parecia simples se apresenta bastante complicado. A forma como se desenvolve a moderna atividade empresarial, sob os princípios da divisão e especialização do trabalho, com múltiplas ramificações, horizontais e verticais, e ainda com a complementaridade das contribuições de todos os intervenientes do processo produtivo, desafia o Direito a ingressar nessa estrutura fechada, que oferece barreiras a que se alcance(m) a(s) pessoa(s) individual(is) verdadeiramente responsável(is) pelo dano ambiental ou pela exposição ao risco. É dizer, efetivamente responsáveis pelo processo decisório interno, seja pela tomada de decisão determinante do fato, por ordenar sua execução, ou, simplesmente, por não haver adotado as medidas necessárias para evitar sua ocorrência.

Aliam-se a isso profundas discussões sobre causalidade. O drama, iniciado pelo desastre, com danos e destruições irreversíveis, se prolonga.

A especial dificuldade de imputação no âmbito corporativo é uma projeção muito específica, no âmbito penal, da irresponsabilidade organizada, conceito central no marco teórico da sociedade de risco, o que merece ser aprofundado no presente artigo, bem como o instrumental disponível para a responsabilização daqueles que têm o poder de organizar a empresa para evitar os danos ambientais, e, mais do que isso, os próprios desastres.

2. A sociedade do risco

A expressão sociedade do risco aqui não será compreendida como um conceito específico e delimitado, senão como uma forma discursiva, des-

de a compreensão de discurso como “um conjunto de ideias, conceitos e categorizações que é produzido, reproduzido e transformado em uma série particular de práticas, pelas quais o significado é dado a realidades físicas e sociais¹”. Também é imperioso frisar que a expressão não evoca somente uma conexão semântica² e permite diversas interpretações possíveis³, sendo que vários teóricos possuem distintas visões sobre a sociedade do risco mundial, em posições classificadas como realistas (subdivididas em estrita ou reflexiva) ou construtivistas (a seu turno também divididas em estrita ou branda)⁴. Não obstante, seguramente a teoria formulada pelo sociólogo Ulrich Beck é uma das mais expressivas, e será o fio condutor deste estudo, especialmente em seu conceito de irresponsabilidade organizada.

Os riscos modernos são consequência de decisões conscientes da própria humanidade, materializadas através da atuação de empresas ou Estados, em aplicação do saber técnico e na busca da obtenção de vantagens econômicas, como cara oculta do “progresso”⁵. Dessa forma, os membros dessa nova sociedade temem os avanços da mesma Ciência que parecia ter - e ser - a solução para tudo. Medo este que dá lugar a

1 HANNIGAN, John. *Sociologia ambiental*. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 61

2 HERZOG, Felix. *Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo. Perspectivas más allá del derecho penal*. Em: AAVV. *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt*/ coordenadores: Luis Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann, Adán Nieto Martín. Cuenca: Universidad de Castilla-la Mancha, 2003, p. 250

3 SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. *Derecho penal y riesgos tecnológicos*. Em: AAVV. *Crítica y justificación ...*, p. 290.

4 Conforme lista de BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*. Barcelona: Paidós, 2007, p. 131.

5 BECK, *La sociedad del riesgo mundial...*, p. 49. Não por outra razão teóricos como Luhmann propuseram distinguir risco e perigo, relacionando este último a problemas externos, não causados pelos afetados. Não obstante, vale aclarar: para Luhmann, quando o possível dano é provocado externamente, isto é, tem uma atribuição ou, dito de outra maneira, quando a sociedade se vê exposta a um problema que não foi provocado por quem sofre o dano, há um caso de perigo. Já quando o possível dano é consequência de uma decisão, se está frente a um caso de risco. Por conseguinte, os ataques bárbaros, as epidemias, a fome, a peste, resultam enquadráveis como casos de perigo vividos pelos antigos, enquanto os danos ambientais vividos hodiernamente não são senão consequência de riscos assumidos no contexto de decisões da industrialização e das novas tecnologias (LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. 3 ed., México, DF: Universidad Iberoamericana, 2006, p. 67, 70, 151-2 e 157). Giddens promove distinção semelhante (GIDDENS, Anthony. “Risk and responsibility.” *The modern law review*. Vol. 62, n. 1, janeiro de 1999, p. 3). Luhmann recorda que tal distinção implica um paradoxo: o risco de uns é o perigo de outros. O afetado por um dano ambiental na maioria das vezes se vê ameaçado por decisões que ele mesmo não pode tomar nem controlar. Então, para o afetado há um perigo, em situações que, para a instância decisória, como uma empresa contaminante, por exemplo, constituem risco. Para superar o paradoxo, o discurso ecológico identifica aqueles que causam danos e aqueles que protegem o ambiente (LUHMANN, ob. cit., p. 158-9). Contudo, se considerada a sociedade moderna em seu conjunto, o que lhe caracteriza é o risco: são suas decisões que acarretam os problemas que ela enfrenta. Tais riscos, para melhor distinção que aquela que Luhmann cataloga como perigos, também serão chamados de riscos manufaturados (como o faz GIDDENS, “Risk and responsibility.”..., p. 4)

uma sensação de insegurança a respeito das mesmíssimas vitórias da modernidade pelos riscos que ocasiona. Os problemas que surgem não ocorrem pela falta de funcionamento da tecnologia; de fato, os problemas se verificam porque a técnica funciona e obtém os fins a que se propõe⁶. A confiança nos expertos desaparece, porque as novas técnicas afetam a população, fazendo a opinião pública reagir.

A própria Ciência não aparece já - tanto para a sociedade e para os próprios cientistas - como aquela que brinda segurança e prosperidade. E cada vez mais encontra dificuldades no momento de brindar certeza inequívoca de segurança, conformando-se agora tão-somente com respostas estimativas. Os expertos discordam entre eles.

Ademais, cresce a suspeita que sob conclusões ditas científicas se alberguem interesses de empresas e governos. Constata-se a existência de uma “ciência de mandato”, empregada para a formulação de políticas públicas, que, apesar da fachada de neutralidade, é influenciada por considerações políticas (preservar empresas e empregos ou restringir uma atividade que causará danos à saúde e ao meio ambiente vinte anos depois?).

Essa nova sociedade, em que predomina a sensação de insegurança pela existência de novos riscos, frutos de opções conscientes, será etiquetada como sociedade do risco.

Haverá várias acepções de risco em distintas áreas: negócios, bem-estar, medicina, militar, moral. O risco se converte em ubíquo, uma abordagem moderna de uma sociedade que reflete sobre os temas que lhe preocupam. Também será, de alguma forma, medida de valor, uma nova moral (os que se arriscam e têm êxito são reconhecidos pela sociedade); socialmente a percepção será muito enfrentada pelos contratos de seguros, que imprimem valor ao risco, atribuindo-lhe valor financeiro e haverá uma terceira percepção, que é a jurídica⁷. Que riscos devem ser tolerados e quais não? Quem deve ser responsável?

Surgem novas arenas sociais do risco, nas quais os atores dirigem seus discursos buscando influir na formulação de políticas públicas. Criam-se diversos papéis específicos: a) os portadores do risco, que são aqueles potencialmente expostos ao risco, as vítimas, os danificados; b) os defensores dos portadores do risco, que lutarão por aqueles, como ONGs, alguns órgãos públicos específicos (como o Ministério Público para a defesa dos consumidores e do meio ambiente no Brasil), alguns políticos; c)

6 LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo...*, p. 146.

7 EWALD, François. “Risk in contemporary society.” *Connecticut Insurance Law Journal*, vol. 6, 1999-2000, p. 365-373.

geradores do risco, como empresas bioquímicas e de fármacos; d) investigadores do risco, cientistas e universidades que discutirão a aceitabilidade do risco; e) árbitros do risco (agências reguladoras, Congresso, Poder Judiciário), que decidirão se o risco pode ser aceito ou se deve ser – em contrário – limitado de antemão e f) informantes do risco, que são os meios de comunicação, os quais levarão tais questões à agenda pública⁸.

Diante dessa configuração da sociedade, cabe perquirir o papel do Direito.

3. O papel do Direito na sociedade do risco

Com a acumulação do capital, o crescimento econômico foi institucionalizado de um modo natural não planejado, fazendo que não houvesse opção para o controle consciente desse processo⁹, considerando que o gênero humano se vê desafiado pelas consequências socioculturais não planejadas do progresso técnico, seja para conjurá-lo, seja para aprender a dominar o seu destino social¹⁰.

Esse questionamento assume maior valor quando se verifica que há um *deficit* de normatividade sistêmico. Cada esfera sistêmica – Economia, Direito, Política, dentre outros – possui linguagem, lógica, racionalidade e *telos* próprio e são manejados por especialistas que não questionarão o *telos* do sistema; em verdade, o especialista de cada sistema se limitará a buscar os meios adequados para a realização do *telos* do sistema em que inserido, os meios adequados para a realização de seus fins, implicando inequívoco deficit normativo. Isso também terá como equivalente simétrico um deficit de racionalidade, uma vez que os sistemas, autônomizados, trazem apenas uma racionalidade corretiva para que cumpram seu *telos*. Essa discussão é essencial para as empresas, que operam em uma perspectiva funcional. O deficit de normatividade sistêmico é um debate essencial na discussão da razão prática.

Na evolução que se espera, joga um papel fundamental o Direito.

Sistemas e mundo da vida podem ser diferenciados, recorda Habermas, conforme a existência ou não de interação entre as partes. No sistema econômico capitalista, a interação se dá de forma abstrata, entre o consumidor e o produtor. Já no mundo da vida, os atores se enfrentam

8 Conforme sintetiza HANNIGAN, ob. cit., p. 169-171.

9 HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. 2 ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 57.

10 HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como "ideologia"*. Lisboa: Edições 70, 2009, p.105.

diretamente, em uma situação de ação concreta. Contudo, a sociedade moderna tem-se caracterizado pelo desacoplamento do sistema e do mundo da vida, trazendo como resultado a objetificação: o sistema social acontece definitivamente fora do horizonte do mundo da vida. Para uma relação razoável entre mundo da vida e sistemas, para que não mais ocorra a colonização do mundo da vida pelos sistemas, assume o Direito papel fundamental, integrador, justamente porque o Direito ocupa posição estratégica entre os sistemas e o mundo da vida. É o Direito quem exerce essa mediação, e tem nele ínsito prodigioso potencial racional da razão comunicativa, tornando-se um meio apto a reunir os diferentes interesses presentes nas fragmentadas sociedades modernas¹¹.

No contexto da sociedade contemporânea, o Direito assegurará canais para a formação consensual de uma sociedade democrática. Permitirá que a ação comunicativa ganhe força por instrumentos institucionais assegurados juridicamente. Preservará os canais para a formação da opinião e da vontade.

Frente aos problemas gerados pelos riscos manufaturados em uma sociedade que mantém um elevado cursor quanto à sua percepção de insegurança, as diversas áreas do conhecimento humano são então revisitadas, na busca de possíveis contribuições. Nesse ponto, se considera que o sistema jurídico cumpre uma função para a sociedade – que “serve” à sociedade – e que este sistema jurídico participa na construção da realidade que vive a sociedade¹², e, mais além, se considera que esta mesma sociedade apresenta o discurso de que se deve fazer algo pelo meio ambiente, compreensível é que se busquem contribuições também no Direito.

Afirmar isso não é dizer que o Direito e, em especial, o Direito Penal terão as soluções para os problemas que afligem o meio ambiente. Não se pode ser tão ingênuo. Este reflete seu entorno, dependente de questões econômicas, políticas, religiosas. Não se pode olvidar tampouco que foram os mesmos triunfos da sociedade moderna que nos levaram a esta situação, que o Direito – sozinho – não poderá gerir adequadamente, como frisa Beck:

“Una contradicción capital de la sociedad de riesgo – podría resumirse así – consiste en que el mundo se enfrenta a megapeligros que tienen su origen en los triunfos de la sociedad moderna (más industria, nuevas tecnologías) y que, pese a las promesas de seguridad de las instituciones del Estado, ningún principio legal, científico o político vigente puede

11 JOAS, Hans. *Teoria social: vinte lições introdutórias* / Hans Joas, Wolfgang Knobl. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017, p. 264, 266, 268 e 273.

12 LUHMANN, Niklas. *El derecho como sistema social*. Em: *Teoría de sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación*. Organizador Carlos Gómez-Jara Díez. Lima: Ara Editores, 2007, p. 104.

justificar, imputar, compensar ni gestionar (preventivamente) de modo adecuado. ¿Cómo se consigue mantener oculta o latente esta contradicción – que ya es un silencio a voces en y entre los sistemas y organizaciones sociales – incluso cuando se pone ante los televisivos ojos de la opinión pública (mundial) al ocurrir una catástrofe?¹³

Não obstante, “...sólo el Derecho puede determinar qué es legal o ilegal, y al decidir esta cuestión debe referirse siempre a los resultados de sus propias operaciones y a las consecuencias que tiene para las futuras operaciones del sistema¹⁴”.

Parafraseando Luhmann, tem-se que somente o Direito pode determinar o que é legal ou ilegal no âmbito do meio ambiente e, ao decidir esta questão, deve estar atento aos resultados de suas próprias operações e às consequências para as presentes e futuras gerações.

Esse é o busílis. Sem cair na cilada do Estado-espetáculo, que tenta enganar a população com a mensagem de que a simples edição de uma lei resolve o problema¹⁵, é mister reconhecer que o Direito tem a característica única de processar, de uma maneira que nenhum outro sistema pode fazer, as expectativas normativas capazes de manter-se a si mesmas em situações de conflito. E, se é óbvio que não pode garantir que essas expectativas não serão violadas, de outra parte pode garantir que se mantenham como expectativas, ainda no caso de que sejam defraudadas. E assim o Direito mantém a perspectiva de resolver conflitos, uma vez que contém uma decisão preliminar – por mais confusa que possa apresentar-se no caso concreto – acerca de quem deve aprender da violação e quem não¹⁶.

4. O Direito Penal do risco

Os problemas jurídicos devem ser situados no contexto da sociedade que os cria e, a sociedade contemporânea, como visto, é uma sociedade que tem o “estado de risco” como meio natural¹⁷. Os cidadãos, que

13 BECK, *La sociedad del riesgo mundial...*, p. 54-5.

14 LUHMANN, *El derecho como sistema social ...*, p. 105.

15 OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia á prova do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 123.

16 LUHMANN, *El derecho como sistema social ...*, p. 105-106.

17 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo. Perspectivas más allá del derecho penal*. Em: AAVV. *Crítica y justificación ...*, p. 244.

conforme as teorias que remontam a Hobbes e que hoje atualizadas percebem o Estado como seu protetor, a ele acorrem com demandas de intervenção frente aos novos problemas sociais. Esse é o primeiro ponto que se deve destacar. Existe uma demanda social de proteção frente aos novos riscos, em uma sociedade que busca segurança frente a ameaças que antes desconhecia, e que se potencializam até termos inéditos, que incluem a possibilidade de auto-aniquilação.

Em uma sociedade do risco, a Política se encontra demandada a atuar preventivamente, sob a lógica de argumentação de que seria melhor impedir o que origina os danos que repará-los posteriormente, em especial, porque em muitos casos não haverá como reparar. Essa demanda social de maior proteção é um ponto de partida real, e ainda que a doutrina possa criticar a canalização de tal pretensão para (e, no pior dos cenários, somente para) o Direito Penal, não se pode negar que o emprego da ameaça penal goza do apoio da opinião pública, em um raro consenso¹⁸.

A opinião pública passa a exigir regulações mais estritas e, na maioria das vezes, a questão é entregue ao Direito, em especial, ao Direito Penal, gerando inclusive um Direito Penal do risco, cuja principal característica será a pretensão de desenvolver um Direito Penal preventivo “...*que afronte los nuevos grandes riesgos de la sociedad moderna, acudiendo a la tutela anticipada de bienes jurídicos universales, mediante las técnicas de peligro, fundamentalmente, a través de los delitos de peligro abstracto*”¹⁹.

Muito bem. O fato é que a teoria sociológica da sociedade do risco dominou o debate penal e as reformas legislativas em fenômeno que começou na Alemanha e se estendeu ao mundo jurídico-penal de forma incisiva, constituindo-se em verdadeiro *topos* em que se situam as discussões sobre a política criminal e o Direito Penal atual²⁰.

Uma das perguntas fundamentais na sociedade atual é como podem os riscos e ameaças, coproduzidos sistematicamente nos processos de modernização, evitar-se, minimizar-se, dirigir-se, serem limitados e distribuídos de tal sorte que não impeçam o processo de modernização

18 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2 ed., ampliada. Buenos Aires: B de f, 2008, p. 6-10, destaca que seria ingênuo situar a causa desse novo Direito Penal na perversidade do aparato estatal, pois as causas do fenômeno de “expansão” se encontram na mudança de papel do Direito Penal na representação que dele tem amplas camadas sociais.

19 NAVARRO CARDOSO, Fernando. “El derecho penal del riesgo y la idea de seguridad.” *Pensamiento penal y criminológico. Revista de Derecho Penal Integrado*, ano VI, n. 10, 2005, p. 170.

20 MENDOZA BUERGO, Blanca. “Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del Derecho Penal”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo LII, 2002, p. 281. Também PRIT-TWITZ, Cornelius. *Sociedad de riesgo y derecho penal*. Em: AAVV. *Crítica y justificación...*, p. 261.

nem transpassem os limites do que seja “exigível” (em termos ecológico, médico, psicológico e social)²¹?

A crescente interdependência dos indivíduos na vida social propicia que cada vez mais a indenidade dos bens jurídicos dependa da realização de controles de riscos por parte de terceiros; diante disso, nos encontramos em um modelo de sociedade orientado a uma restrição progressiva das esferas de atuação arriscada. E o Direito Penal, que tradicionalmente reacionava *a posteriori* contra um fato lesivo, individualmente considerado, se transforma agora em um Direito de gestão punitiva de riscos gerais²².

Nesse contexto, é possível compreender a existência de um Direito Penal do Risco²³. O Direito Penal do Risco é, portanto, um Direito Penal que responde à escala de valores do grupo social que o mantém²⁴. E “*entre los muchos instrumentos jurídicos que ha de utilizar no hay por qué negar de partida que quede un papel – aunque deba ser residual y pequeño – para las normas penales y la pena*”²⁵.

O âmbito próprio do Direito Penal do risco (ou do risco manufaturado) será os crimes ambientais, os crimes de risco catastrófico, como os relativos à energia nuclear ou estragos ocasionados por meios potencialmente destrutivos e relacionados às novas tecnologias, e delitos relativos à biotecnologia ou técnicas da vida, como os pertinentes à manipulação genética²⁶.

21 É o questionamento que se faz, com base em Beck, HERZOG, Felix. “Límites al control penal de los riesgos sociales (Una perspectiva crítica ante el derecho penal en peligro)”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo LII, 2002, p. 318.

22 SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., p. 17, 37 e 134.

23 Por mais que se critique a expressão Direito Penal do risco, tem esta a virtude de ser didática, ainda que signifique um conceito vago. E é inegável que a expressão se impôs, e é reconhecida pela doutrina. Sobre as críticas à expressão, NAVARRO CARDOSO, Fernando. “El derecho penal del riesgo...”, p. 166-8; PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. “Sobre el concepto de derecho penal del riesgo: algunas notas.” *Derecho penal contemporáneo*. Revista Internacional, Bogotá: julho-setembro 2003, n. 4, em especial a p. 114, e FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *Retribución y prevención general*. Buenos Aires: Bdef, 2007, p. 415-421. Ressalta o professor da *Universidad Autónoma de Madrid* que se trata mais bem “de un eslogan con el que se realiza un diagnóstico crítico del Derecho Penal actual” (p. 417) frisando que a Escola de Frankfurt conferiu ao termo sociedade do risco conteúdo muito mais amplo que o de Beck (p. 418) e que a argumentação de seus integrantes se move em um metaplano conceitual, “descalificando como Derecho Penal de Riesgo a todo modelo político criminal que no se adecue a sus propios presupuestos teóricos” (p. 419), em contra da proteção de bens jurídicos coletivos e da configuração de tipos de perigo abstrato.

24 CUESTA AGUADO, Paz M. de La. “Tipificación del riesgo y delitos de peligro.” *Revista de Derecho Penal 2007-2: delitos de peligro*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2007, p. 136.

25 FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. “Sobre la ‘administrativización’ del derecho penal en la ‘sociedad del riesgo’.” *Derecho penal contemporáneo*. Revista Internacional, Bogotá: jul.-set. 2003, n. 4, p. 120.

26 CUESTA AGUADO, ob. cit., p. 132.

Sua política criminal terá as seguintes características:

- a) prevenção como maior preocupação frente aos grandes riscos, provenientes das atividades tecnológicas e industriais, os riscos “manufaturados”;
- b) proteção de novos bens jurídicos, de natureza universal e
- c) atender ao afã de segurança²⁷.

Nesse cenário, a integração que se espera a partir do Direito, especialmente do Direito Penal Ambiental, ainda é um projeto a ser desenvolvido, especialmente, pela aplicação jurisprudencial.

Contudo, essa ainda é uma questão pendente. O Direito, que antes acompanhava e legalizava as consequências indesejadas do progresso, agora as enfrenta e busca sua sanção, revelando-se como objeto de especial preocupação para atividades que envolvam grandes riscos.

Semelhantes transformações geram situação de perplexidade no mundo jurídico, o que permite a compreensão das dificuldades verificadas em matéria de prova, da crise das figuras dogmáticas tradicionais, consequências da hoje complexa relação entre Direito e Ciência, que exige um saber híbrido, que conjugue o conhecimento das mais distintas áreas, especialmente em questões relativas ao meio ambiente, onde os juristas se verão forçados a embarcar no estudo de matérias muito distantes de sua cotidiana abordagem científica. Esta perplexidade encobre um conflito ainda mais profundo para o Direito, em que se discutirá sua concepção como instrumento do poder estatal, de um lado, e, do outro, sua idoneidade para operar nos novos âmbitos em que se reclama sua intervenção²⁸.

A combinação destes intrincados fatores (sociedade do risco – perplexidade do mundo jurídico), somados à acomodação da tensão entre crescimento econômico e evitação de efeitos indesejados, no meio ambiente, sob a fórmula do desenvolvimento sustentável²⁹, desembocam no Direito Ambiental e, em especial, no Direito Penal Ambiental, que voltam seus olhos especialmente para as atividades das empresas, *locus* onde mais comumente se produzem os riscos.

27 NAVARRO CARDOSO, ob. cit., p. 171-2.

28 SARRABAYROUSE, Eugenio C. *Responsabilidad penal por el producto*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007, p. 237.

29 Sobre o tema da acomodação do conflito entre crescimento econômico e proteção do meio ambiente sob a fórmula vaga e imprecisa do desenvolvimento sustentável, todo o capítulo primeiro de SANTIAGO, Alex Fernandes. *Fundamentos de direito penal ambiental*: Belo Horizonte, Del Rey, 2015.

O Direito, ao utilizar seu tradicional aparato para lidar com a estrutura empresarial, culmina por não produzir os efeitos desejados de responsabilização, promovendo o fenômeno lastimável da irresponsabilidade organizada, o que merece aprofundamento.

5. A importância de um Direito Penal da Empresa e eficaz

O paradigma tradicional do Direito Penal é o delito doloso de ação, com um modelo clássico concebido e estruturado sobre casos de homicídio, de lesão a um bem jurídico individual.

Esse paradigma tem dificuldade de rendimento no contexto empresarial, denominador comum que une o Direito Penal Econômico e o Direito Penal Ambiental: ambos cuidam, primordialmente, de um Direito Penal de empresa, pois, em geral, as condutas típicas partem de uma estrutura empresarial, onde é cada vez mais difícil apontar onde estão os limites entre uma estratégia de mercado legal e atitudes de caráter criminoso³⁰. Além disso, nos casos em que verificada a ocorrência de crimes dentro de um contexto empresarial, há um grupo organizado de pessoas, onde comumente se verifica a dissociação entre ação e responsabilidade, a fragmentação dos elementos do tipo, com forte acessoriedade administrativa³¹.

O dolo eventual assume papel predominante, e cabe entendê-lo no sentido preconizado pelo Tribunal Supremo Espanhol: “a jurisprudência desta corte permite admitir a existência de dolo quando o autor submete a vítima a situações perigosas que não tem a segurança de controlar, ainda que não persiga o resultado típico³²”, o que é especialmente importante e esclarecedor sobre como deve ser compreendida a responsabilidade penal dos dirigentes das empresas em casos de desastres.

Diante dos problemas apresentados pelo paradigma tradicional, entende a doutrina que o “paradigma do presente e do futuro é a omissão e o dolo eventual em contexto de negócios de risco³³”

30 MUÑOZ CONDE, Francisco. “¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial?” *Revista La Ley Penal*. Madrid: n. 9, janeiro de 2002, p. 86.

31 SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*. Buenos Aires, B de f, 2013, p. 7-10.

32 STS de 23/04/1992, recordada por BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal. Parte Geral*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 293.

33 SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa...*, p. 10.

Há, contudo, no Brasil, certa omissão investigativa, ministerial e jurisprudencial nos casos dos crimes cometidos no contexto da atividade empresarial: poucas são as investigações, acusações e julgados, que dizer das condenações. Aplica-se o paradigma tradicional, gerando um ponto morto na responsabilidade empresarial.

Essa lacuna deve ser suprida. O aprofundamento de investigações para o delineamento de uma efetiva responsabilidade empresarial ambiental penal assume especial relevância quando considerado que os danos ambientais originados da atividade das empresas podem assumir dimensões de grande monta, como nos casos de desastres, conforme demonstra a atual realidade brasileira e suas recentes calamidades referentes à exploração mineral, envolvendo grandes danos individuais e ambientais propriamente ditos. Isso demonstra, além da relevância do tema, sua atualidade, quando começam a estabelecer-se maiores discussões sobre um Direito dos Desastres.

Um Direito do Risco que contenha uma teoria da responsabilidade empresarial moderna e efetiva não é capricho simbólico dos governos, tampouco uma expansão do Direito Penal criticável desde o ponto de vista da proporcionalidade e da *ultima ratio*, mas sim uma necessidade dentro do Estado Democrático de Direito, uma necessidade diante do potencial de riscos que a atividade das empresas envolve³⁴, e aí estão Mariana, Brumadinho e suas vítimas para demonstrar.

Os fins econômicos perseguidos no exercício da atividade empresarial resultam em geral adequados ao meio social. Eventuais meios ilícitos utilizados, ou danos ambientais decorrentes desta atividade, não. Na sociedade atual já não se aceitam resignadamente as consequências dos riscos das atividades empresariais, uma vez que a fatalidade é rechaçada como dogma, cabendo identificar responsáveis pelos danos, ainda que gerados por atividades produtoras legítimas. A comunicação social deve-se estruturar acerca de problemas sociais, conflitos, riscos e danos de maneira que estes sejam atribuídos a pessoas singulares, a indivíduos, e não a estruturas e processos supraindividuais, como a sociedade ou o destino. O processo de imputação de responsabilidade deve tornar-se reflexivo, uma escolha política deliberativa, e a legitimidade das regras de imputação está vinculado ao processo deliberativo de sua elaboração³⁵.

34 Apresentação feita pelos organizadores ao livro AAVV. *Derecho penal de la empresa: del derecho penal económico del estado social al derecho penal de la empresa globalizado / dirigido por Luis Arroyo Zapatero; Carlos Lascano; Martín Adan Nieto*. Buenos Aires, Ediar, 2012, p. 7.

35 GÜNTHER, Klaus. *Responsabilização na sociedade civil*. Em: PÜSCHEL, Flavia. *Teoria da responsabilidade no estado democrático de direito: textos de Klaus Günther*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 7-8.

5.1 As dificuldades do Direito Penal nos delitos cometidos no contexto empresarial

Além dos conhecidos problemas de política criminal, traduzidos na resistência à criminalização destas condutas, muitas vezes sob o discurso de um Direito Penal liberal, encampado pelas classes sociais mais altas, onde se encontram justamente os “clientes” desse moderno Direito Penal, que se pode acusar de muitas coisas, menos de seletivo e discriminador dos tradicionais alvos das sanções penais, também enfrenta o Direito Penal de empresa um problema dogmático, diante do paradigma tradicional empregado.

Ocorrido o desastre, que comumente se dá no exercício de uma atividade empresarial arriscada, como são exemplo as catástrofes decorrentes da atividade minerária em Mariana e Brumadinho, com suas centenas de mortos, surge a pergunta: a quem responsabilizar individualmente?

Aquilo que parecia simples se apresenta bastante complicado. A forma como se desenvolve a moderna atividade empresarial, sob os princípios da divisão e especialização do trabalho, com múltiplas ramificações, horizontais e verticais, e ainda com a complementaridade das contribuições de todos os intervenientes do processo produtivo, desafia o Direito a ingressar nessa estrutura fechada, que oferece barreiras a que se alcance(m) a(s) pessoa(s) individual(is) verdadeiramente responsável(is) pelo dano ambiental ou pela exposição ao risco, é dizer, efetivamente responsáveis pelo processo decisório interno, seja pela tomada de decisão determinante do fato, por ordenar sua execução, ou, simplesmente, por não haver adotado as medidas necessárias para evitar sua ocorrência.

Por dever penetrar nesta estrutura empresarial³⁶, que assume múltiplas divisões e interações cada vez mais complexas, verificam-se diversos problemas de imputação, implicando “*duro banco de pruebas para la validez sobre todo de una teoría general de la responsabilidad penal (sc. del delito) que, como la hasta ahora vigente, se ha construido sobre la base de un modelo de criminalidad violenta e individual*”³⁷.

As dificuldades são facilmente imagináveis. Surge o desafio de ingressar na estrutura empresarial, normalmente complexa e extensa, e de determinar quem foi aquele que por ação ou omissão realizou a conduta típica poluidora³⁸.

36 A propósito desse tema, SANTIAGO, *Fundamentos de direito penal ambiental...*, p. 171-235.

37 GRACIA MARTÍN, Luis. *Estudios de Derecho Penal*. Lima: Idemsa, 2004, p. 739. O catedrático de Zaragoza observa, quanto à resistência à modernização do Direito Penal nos crimes de empresa, que as classes sociais mais poderosas viram realizados seus propósitos no modelo penal liberal, que exclui a criminalização de graves manifestações de lesividade social originadas da utilização da propriedade (p. 767-9 e 787).

38 MOURULLO, Gonzalo Rodríguez. *Limitaciones del Derecho Penal del medio ambiente: alternativas político-criminales*. Em: *A tutela jurídica do meio ambiente: presente e futuro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 171.

Mourullo registra a dificuldade para o Judiciário da aplicação dos instrumentos tradicionais do Direito Penal nesse caso³⁹:

La cosa es aún más complicada para el juez, puesto que no se trata aquí de asignar una indemnización a quien tenga más que ver con el daño, como sucede en materia de responsabilidad civil, sino que se trata de castigar y de hacerlo con dureza, y ello sólo lo podremos hacer si tenemos certeza respecto a los hechos – in dubio pro reo – y, además, si podemos afirmar una cierta conexión subjetiva, individual, del autor con el hecho activo. Tendremos que probar que el acusado pudo personalmente prever y evitar el suceso concreto (...) Y aún más complicaciones. En muchas ocasiones, el curso de riesgo lesivo pasará por muchas manos y controles dentro de la maraña del organigrama empresarial, donde se darán competencias solapadas y controles acumulados. De este modo será difícil, en primer lugar, saber quién tenía que hacer qué o evitar qué. Y, en segundo lugar, será difícil rebatir el argumento de cada uno de los imputados de que confiaba en que uno o varios de los otros actuara.

Durante a investigação, como sói acontecer, ninguém na empresa assume a responsabilidade. Os empregados afirmam que jamais imaginariam que algo assim poderia ocorrer, que nada mais fazem que cumprir ordens de seus superiores e, além disso, nada podem fazer; os chefes, que comumente moram longe da empresa poluidora, pois quem pode não quer viver perto de problemas de poluição, relatam, a seu turno, que delegam funções, com a determinação de cumprir rigorosamente toda a normativa ambiental, que a atividade possui todas as licenças exigidas, que pagam seus tributos em dia, geram empregos e se preocupam com o meio ambiente, tanto que instalaram os coletores coloridos para reciclagem – invariavelmente vazios - na entrada da empresa, e que possuem uma linda fazenda, um verdadeiro santuário ambiental (quantas vezes se ouve esta expressão de infratores contumazes), com muitas árvores e animais.

Quem já participou de uma atividade de fiscalização conhece bem o discurso planejado para o consumo externo, que intenciona ocultar a real dinâmica de implementação das decisões dos controladores das empresas, bem esquematizada por Lugones⁴⁰:

Estas decisiones, a su vez son toleradas, estimuladas o exigidas, desde arriba, e implementadas desde abajo por funcionarios – directores, p. e – de

39 Ob. cit., p. 172.

40 LUGONES, Narciso J. *Programa para el estudio del delito ambiental: la esquematización de sus lugares comunes*. Em: CAFFERATTA, Néstor (dir.). *Summa Ambiental. Doctrina – Legislación – Jurisprudencia*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2011, v. 1, p. 1495.

las personas jurídicas o autoridades o agentes suyos de variada jerarquía – gerentes, responsables **técnicos**, capataces, empleados, operarios -.

La decisión se transmite hasta las personas físicas de estas diversas categorías, no indispensablemente como una orden directa de cometer delitos, sino envuelta en sobreentendidos, esperanzas ilícitas más o menos genéricas que se depositan corrientemente en el personal jerárquico y profesional de determinadas áreas – contadores, ingenieros, gerentes, capataces – expresados en ciertas máximas de acción que actúan de uno y otro lado de la frontera entre la codicia criminal y el afán de lucro ilícito, que tienen como norte minimizar gastos y conflictos.

El grado de criminalidad y el daño causados por estos delitos es variable – ahorrar gastos en disposición de residuos peligrosos (no utilizando instalaciones adecuadas, porque se carece de ellas o porque el gasto de su funcionamiento, insumos, etc., quiere evitarse; vertiendo en ríos, vía pública, redes cloacales, terrenos no habilitados para ello) (...) La parquedad en las órdenes criminales a veces es posible porque hay una práctica ampliamente conocida y difundida de cómo hacer muchos de esos ‘ahorros’; algunas prácticas además existen de muy larga data, al punto de considerárselas corrientes. En estos casos, la persecución penal aparece como una novedad histórica: hoy se pena por hacer lo que ‘a verdad sabida’ hicieron mis abuelos, mis padres y yo mismo por largos años, sin escándalo de nadie salvo tal vez algunos entrometidos marginales, resentidos o utópicos para buena parte de la sociedad.

Multiplique-se o exemplo para várias empresas com a mesma dinâmica, e incontáveis divisões, setores, encarregados, milhares de empregados: o desastre está ali, é a única certeza. Mas como filho feio não tem pai...

O fracionamento da atividade em uma miríade de fragmentos tem seu ápice na mais que comum situação de não se poder imputar a ninguém o fato ilícito, pois nenhuma pessoa “*reúne todos los presupuestos de punibilidad*”⁴¹. Ainda nos casos em que se identifique um executor, em geral é um empregado de um nível mais subalterno, cuja conduta não é a mais relevante para a produção do delito, frente às divisões, horizontal e vertical, do trabalho nas empresas⁴².

41 MALAMUD GOTI, Jaime. *Política criminal de la empresa. Cuestiones alternativas*. Buenos Aires: Hamurabi, 1983, p. 33.

42 “...Se trata, en efecto, de una organización formal basada, en el plano horizontal, en el principio de división del trabajo y, en el plano vertical, en el principio de jerarquía. Resultado de todo ello es la conformación de ámbitos de competencia diferenciada, que abarca, a su vez, la actuación de diversos sujetos en la escala inmediatamente inferior. Dada una estructura así, se comprende que la conducta puramente ejecutiva – la del empleado de la empresa de quien surge el último acto que, por sí solo o en conjunción con otros, produce el hecho delictivo – no es siempre la más relevante, lo que supone un importante cambio de perspectiva respecto al derecho penal clásico.” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *Responsabilidad penal*

Ainda assim, a necessidade de responsabilização persiste em um contexto onde a maioria das condutas criminosas, que nem sequer chegam ao nosso conhecimento, apenas os danos, se verifica na estrutura cerada das empresas, e em que o emprego das estruturas clássicas de autoria e participação leva a uma responsabilidade para baixo, afetando o efeito preventivo do Direito Penal⁴³ e gera uma irresponsabilidade organizada, em que nenhum dos intervenientes pode ser qualificado como autor, o que obscurece o futuro do próprio sistema jurídico-penal.

5.2 A irresponsabilidade organizada

Ulrich Beck enfrenta o tema da irresponsabilidade organizada em obra específica⁴⁴.

A irresponsabilidade organizada se inicia no “*círculo vicioso entre normalización simbólica y amenaza material: administración, política, gestión industrial e investigación estipulan los criterios de lo que es ‘racional y seguro’*”⁴⁵.

Pressionado pela sociedade que busca proteção quanto aos riscos crescentes na sociedade moderna, o Estado define o que é seguro, porém utilizando velhos mecanismos, a lógica de exploração crescente, e termina normalizando a contaminação, a ausência de imputação. O controle do Estado vê-se desvirtuado e serve de estímulo à poluição, já que as normas administrativas admitem níveis de poluição tão altos que, na prática, sanção nenhuma é aplicável.

Como a definição do que será admitido como limite de poluição não impõe limites verdadeiros, os riscos crescem, os danos avultam. Nada muda, apesar da existência de uma fachada de um sistema que funciona.

Os problemas continuam na fiscalização dos empreendimentos de atividades arriscadas: a própria indústria fiscalizada se incumbe de apresentar seus dados, sem uma correspondente contraprova, é dizer, não há nada que garanta o afirmado. Isso ficou bem claro no desastre de

de las empresas y de sus órganos en el derecho español. Em: SILVA SÁNCHEZ, B. SCHÜNEMANN e FIGUEIREDO DIAS – coordenadores. *Fundamentos de un sistema europeo de derecho penal*. Barcelona: J. M. Bosch, 1995, p. 368-9).

43 FARALDO CABANA, Patricia. *Posibilidades de aplicación de la autoría mediata con aparatos organizados de poder en la empresa*. Em: AAVV. *Derecho penal de la empresa: del derecho penal económico del estado social ...*, p. 204.

44 BECK, Ulrich. *Políticas ecológicas en la edad del riesgo. Antídotos. La irresponsabilidad organizada*. Barcelona: El Roure, 1998.

45 BECK, *La sociedad del riesgo mundial...*, p. 135..

Mariana, em que laudo de expertos contratados pela empresa certificavam a segurança da barragem. É a promessa de segurança baseada em cálculos bastante incertos. É como se os expertos pudessem, desde seu trono, proclamar: assim (tão perigosamente) tendes de viver⁴⁶, como se dá em vários casos de geotecnia na mineração, onde distintos métodos e conclusões surgem em análises do mesmo empreendimento. Múltiplas conclusões, díspares, são possíveis, de acordo com o método e a extensão dos exames realizados.

Nessa definição dos riscos, predomina a tecnocracia autoritária, implicando o efeito de assentar que agora tudo é possível, devendo as pessoas ali depositarem confiança⁴⁷ (o que se dá nos licenciamentos de grandes empreendimentos). E o que se verifica, desde Chernobyl, e foi reprisado em Mariana e Brumadinho, é que o “maior acidente hipotético é possível; que a segurança baseada em cálculos e probabilidade é enganosa⁴⁸”. Com os desastres, a segurança dos expertos é erosionada; o descalabro de ramos da indústria é exposto ao mundo⁴⁹.

A desilusão com o sistema de licenciamento levou Beck inclusive a dar as boas-vindas “ao cabaré de definições nacionais de ameaça”⁵⁰, pois, quanto mais liberalmente são fixados os valores limite de poluição, quanto maior é a quantidade de chaminés, efluentes, etc., menor é a probabilidade legal de responsabilizar um autor pelas descargas e contaminações coletivas, em uma espécie de conivência entre a industrialização e o Direito – quanto mais se polui de fato, menos se polui formalmente, porque os limites permitidos são constantemente aumentados.

Além disso, a postura dos órgãos de licenciamento, muitas vezes dominados pela hipocrisia, seja quando se apresentam rigorosos em detalhes e não questionam temas de fundo, como se se deve ou não aceitar a instalação de determinado empreendimento, muitas vezes altamente arriscado, seja quando insistem em proclamar uma segurança constantemente desmentida pela reiteração dos danos ambientais, tudo isto põe em xeque o próprio sistema de fiscalização ambiental, fazendo-nos questionar sobre sua utilidade⁵¹:

46 BECK, *Políticas ecológicas en la edad del riesgo...*, p. 10.

47 BECK, *Políticas ecológicas en la edad del riesgo...*, p. 89.

48 BECK, *Políticas ecológicas en la edad del riesgo...*, p. 113, tradução livre.

49 BECK, *Políticas ecológicas en la edad del riesgo...*, p. 114, tradução livre.

50 BECK, *La sociedad del riesgo mundial...*, p. 54.

51 BECK, *La sociedad del riesgo mundial...*, p. 53.

... ¿Para qué sirve un sistema legal que persigue y regula en todos sus detalles los pequeños riesgos técnicamente manejables y en cambio, en virtud de su autoridad, legítima e impone a todos (incluso a los muchos que están en contra) los grandes riesgos, que la técnica no puede minimizar? ¿Cómo puede sostenerse política y democráticamente una autoridad que tiene que responder a la creciente conciencia del peligro con vehementes proclamas de seguridad y sin embargo siempre está a la defensiva y jugándose su credibilidad con cada accidente o amago de accidente?

Ainda que o Estado fiscalizador constate finalmente o descumprimento dos elásticos limites máximos de contaminação, a irresponsabilidade organizada se estende ao âmbito da imputação; a estrutura cerrada da empresa e suas múltiplas divisões representam um importante obstáculo às regras jurídico-penais tradicionais de responsabilização, situação de que se aproveita a delinquência empresarial.

Assim as coisas, alerta Beck que é ingenuidade achar que será fácil identificar responsáveis, apesar de que se saiba que os danos partiram de determinada empresa:

Quem crê que as causas estão precisamente ali onde sai a poluição das chaminés e que os responsáveis devem prestar contas ignoram as muralhas protetoras de definições que as empresas têm levantado ao seu redor, amparadas e reforçadas pela lei e pela ciência⁵².

Prossegue o professor alemão recordando que quanto mais se penetra nos corredores, salas, túneis subterrâneos da fabricação do perigo e de sua burocracia, tanto mais evidente é que se trata de uma macroburocracia da imprudência, da insegurança generalizada, do conhecimento pela metade e ignorância crescentes, da falsificação, da ocultação, de acordo com o princípio organizador, quase genial, da incompetência não imputável⁵³. Vale reiterar: é tudo feito de caso pensado. Não é por acaso que as estruturas ali estão.

Já durante o processo civil ou penal, laudos periciais inconclusivos fazem com que a crítica ao macroperegrino quede refutada. A carga probatória é imposta a quem busca a responsabilização com fingida ingenuidade, “através de labirintos de demonstráveis indemonstrabilidades⁵⁴”

52 BECK, *Políticas ecológicas en la edad del riesgo...*, p. 109, tradução livre.

53 BECK, *Políticas ecológicas en la edad del riesgo...*, p. 111-112.

54 BECK, *Políticas ecológicas en la edad del riesgo...*, p. 112.

5.2.1 A irresponsabilidade organizada e sua projeção penal

A especial dificuldade de imputação no âmbito das grandes empresas (a que pessoa individual imputar os danos e riscos?), associada ao modelo de decisões apontado, é, assim, a projeção muito específica, em questões de imputação, da irresponsabilidade organizada, no âmbito penal, como assinala a doutrina⁵⁵.

Observa Beck que os desafios do século XXI são abordados com conceitos e receitas tomadas do início da sociedade industrial, do século XIX e princípios do século XX. Esses desafios – como o são os desastres minerários brasileiros – geram situações completamente novas para as instituições encarregadas de vigiar tais empreendimentos, seja no âmbito administrativo, seja no âmbito judicial. E, quando se busca aplicar as regras tradicionais de responsabilidade penal, rotundo é o fracasso. A aplicação despreocupada destas regras na investigação e nos processos culmina com efeito contrário ao desejado: os perigos se incrementam e se legitima sua crescente anomia⁵⁶.

O “erro secular” identificado por Beck fica patenteado na falta de preparativos depois da catástrofe. Os macroperigos atômico, químico, ecológico, genético, não são abrangidos pela cooperação organizada de segurança. Os desastres apresentam danos e destruições irreversíveis com ponto de início determinado, mas sem um final previsível⁵⁷, como se vê nos longos

55 ROXIN, Claus. *Informe final*. Em: AAVV. *Crítica y justificación ...*, p. 329. “...Problema que se agrava extraordinariamente quando as condutas perigosas têm lugar no seio de empresas, de grupos ou de equipas com complexa divisão de tarefas e a suspeita da sua prática recai sobre um grande e indeterminável número de pessoas, cuja interação, coordenada ou casual, é fonte do perigo que, por sua vez contribui para a verificação de um risco global. Particularmente aqui, perante aquilo que se vai chamando já o fenómeno actual da irresponsabilidade organizada, o modelo tradicional da imputação jurídico-penal parece falhar rotundamente; como também quando se persista em manter um modelo puramente individual de responsabilidade penal, que empresta nova e mais forte razão à alegação de que o sistema penal está de há muito pensado em termos de atingir preferencialmente os estratos e os membros socialmente mais desfavorecidos ou excluídos da população. Por isso a ciência do direito penal começa a perguntar-se por possíveis soluções.” (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: parte geral. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007, p. 136-7). HERZOG, *Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo...*, p. 257: “La irresponsabilidad organizada se esconde hoy tras la complejidad. Frente a todas las promesas de la sociedad de la información sabemos cada día menos sobre los procesos de decisión, sus actores y su motivación.” SUÁREZ GONZÁLEZ, p. 291, matiza a complexidade das esferas organizativas como característica de uma sociedade do risco: “Los ámbitos de acción individual han dado paso a contextos de carácter colectivo. Los sistemas de producción se estructuran a partir de la división funcional del trabajo de cara a la obtención de un mayor rendimiento. Y un modelo de estas características, basado en la aportación colectiva, presupone a cada una de sus partes como partes ‘intercambiables’ o fácilmente sustituibles. Ello da lugar a que la asunción individual de responsabilidad se diluya en el conjunto de las aportaciones, llegándose incluso a afirmar que las estructuras complejas de producción dan lugar a una ‘irresponsabilidad organizada’”

56 BECK, Ulrich. *Políticas ecológicas en la edad del riesgo. Antídotos. La irresponsabilidad organizada*. Barcelona: El Roure, 1998, p. 7.

57 BECK, *Políticas ecológicas en la edad del riesgo...*, p. 8.

processos penais, que muitas vezes terminam com extinções do processo penal com *habeas corpus*, como são exemplos recentes casos de Mariana julgados no Tribunal Regional Federal da 1ª Região⁵⁸.

O aparato judicial penal, modelado para detectar apenas o delinquente individual, se vê aturcido. Isso termina protegendo os responsáveis dos desastres, que deveriam prestar contas de seus atos; tal consequência favorece, legitima a irresponsabilidade. Observa Beck que é sem sentido que o Poder Judiciário, sobrealimentado com leis, converta a culpabilidade coletiva em julgados de inculpabilidade, “apesar de que esteja programado, ao menos oficialmente, para conseguir o contrário, mediante elevadas exigências jurídico-burocráticas⁵⁹.”

A utilização das regras do sistema de responsabilidade é fundamento da irresponsabilidade: essa normalização do risco “foi obtida exigindo e fazendo o que sempre se queria: investigar as causas e os possíveis responsáveis, em consonância com a interpretação constitucional vigente⁶⁰.” Há um sistema organizado para não funcionar, e, ao não funcionar, cumpre seu objetivo... As regras habituais de imputação “geram um ponto morto e conservam-se as atuais e injustas regras de definição (carga probatória)⁶¹”

Este modelo de processo penal, voltado para uma delinquência individual, com dura carga probatória, se mostra ineficaz para esses casos. Beck lembra⁶² que há que se afastar a crença ingênua de que os perigos que possuem origem no desenvolvimento tecnológico e industrial podem ser descobertos, perseguidos, trados e evitados se há vontade para tanto.

Quem pensa assim desconhece a irresponsabilidade organizada, pois é exatamente o contrário que se dá: é a aplicação das normas jurídico-processuais que garante a normalização do risco, pois as principais instâncias decisórias das empresas não resultam condenadas. Arremata o sociólogo alemão recordando que quem advoga pela rígida aplicação do princípio da comprovação da causalidade e, ademais, o impõe aos atingidos, não somente exige algo cuja impraticabilidade está já suficientemente demonstrada pela Ciência, como levanta estupenda barreira

58 Por exemplo, o processo de n. 1029985-02.2018.4.01.0000, Habeas Corpus, da 4ª Turma, relator o Desembargador Federal Olindo Menezes, disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/trf-tranca-acoes-homicidio-executivos.pdf>, acesso em 10 de janeiro de 2021.

59 BECK, *Políticas ecológicas en la edad del riesgo...*, p. 9, tradução livre.

60 BECK, *Políticas ecológicas en la edad del riesgo...*, p. 115-116.

61 BECK, *Políticas ecológicas en la edad del riesgo...*, p. 116.

62 BECK, *Políticas ecológicas en la edad del riesgo...*, p. 115.

protetora para conseguir que os perigos crescentes fiquem a salvo do tratamento adequado e não resultem individualmente imputáveis⁶³.

Assim as coisas, surge o questionamento: para que serve um sistema de Direito capaz de fazer o seguimento exaustivo de riscos menores, tecnicamente controláveis, mas que, graças a sua autoridade, legaliza e impõe a todo o mundo os macroperigos, que se subtraem à minimização técnica? O grosso do potencial dos perigos ecológicos se localiza no colapso administrativo e jurídico. As fachadas de segurança se derrubam não só em casos de verdadeiros acidentes, mas também ante a mera suspeita de um acidente possível. As fachadas de incompetência e os minúsculos castelos de prevenção e vigilância ficam expostos pelos macroperigos⁶⁴.

Consequência: erosão de legitimidade, com a histórica insuficiência das regras para atribuir e imputar responsabilidades. Resultam evidentes as contradições entre as promessas de segurança que partem das instituições e a legalização dos perigos⁶⁵.

Há, portanto, que se vencer o abismo secular encoberto. As situações de perigo em escala mundial vêm sendo tratadas com raciocínios insuficientes, de autor individual, fazendo com que o Direito Penal individual se oponha à ameaça coletiva⁶⁶.

6. Os instrumentos utilizados pelo Direito Penal Ambiental para a responsabilidade penal dos dirigentes

Na tentativa de superar a irresponsabilidade organizada, ainda prevalente, vislumbram-se algumas possibilidades diante do instrumental normativo existente.

Nesse ponto, há, nos diversos países que enfrentam o problema dos crimes cometidos no contexto de atividades empresariais, o confronto entre dois modelos: o de uma responsabilidade estabelecida em um formato conhecido como *bottom up model*, em que há a responsabilidade preferente como autor daqueles que atuam em último lugar, estendendo-se essa modalidade em segundo momento àqueles que prestaram uma contribuição mais distante para a realização do ilícito quanto a de um modelo de responsabilidade de cima para baixo (*top down model*), que assume como ponto de partida a responsabilidade preferente de

63 BECK, *Políticas ecológicas en la edad del riesgo...*, p. 115.

64 BECK, *Políticas ecológicas en la edad del riesgo...*, p. 123-124, 133 e 135.

65 BECK, *Políticas ecológicas en la edad del riesgo...*, p. 152.

66 BECK, *Políticas ecológicas en la edad del riesgo...*, p. 237.

administradores ou diretores da empresa e em seguida a amplia para os comandos intermediários, encarregados e demais empregados.

O artigo 2º da Lei 9.605/98, Lei de Crimes Ambientais, prevê a responsabilização do superior hierárquico em comissão por omissão em relação aos delitos praticados por seus subordinados, buscando aproximar-se da responsabilidade para cima do primeiro modelo, tendo como fundamento um caso de dupla contingência, o que merece explicação.

6.1 O conceito de dupla contingência como fundamento da responsabilidade empresarial individual ambiental pelos delitos cometidos pelos subordinados – O artigo 2º da Lei 9.605/98

Alguns exemplos da utilização do Direito Penal Ambiental podem ser explicados segundo a teoria dos sistemas, e aqui temos como interessante projeção a responsabilidade empresarial individual pelos danos ambientais, que pode ser vista como um caso de dupla contingência, importante conceito sistêmico, que fundamenta a existência do artigo 2º da Lei 9.605/1998, ao prever a responsabilidade do superior hierárquico ao se omitir em relação aos crimes ambientais praticados por seus subordinados, tentativa de vencer o erro secular diagnosticado por Beck.

Em qualquer interação, há uma dupla contingência. Por um lado, as gratificações do ego são contingentes em sua seleção entre alternativas disponíveis. Mas a reação de alter será contingente à seleção de ego e resultará de uma seleção complementar por parte de alter⁶⁷. Há dupla contingência, pois cada ator é tanto agente em ação quanto objeto de orientação, para si mesmo e para os outros; como agente em ação, orienta a si mesmo e aos outros, como objeto, tem sentido para si mesmo e para os outros⁶⁸.

Por contingência compreende-se que as possibilidades apontadas poderiam ser diferentes das esperadas. Há aqui, um duplo problema: a complexidade associada à contingência.

A complexidade, portanto, implica seleção forçada, e a contingência, o perigo de desapontamento, bem como a necessidade de assumir-se riscos⁶⁹.

67 PARSONS, Talcott. SHILS, Edward. *Toward a General Theory of Action*. Cambridge: Harvard University Press, 1951, p. 16.

68 PARSONS, Talcott. *Interaction, International Encyclopedia of the Social Sciences*. Vol. 7. Nova York: 1968, p. 436.

69 Seguimos nesse fragmento LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*, volume I. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 46.

Mais do que isso, a vida real nos apresenta uma dupla contingência. “Reconhecer e absorver as perspectivas de um outro como minhas próprias só é possível se reconheço o outro como um outro eu⁷⁰.” Tenho que reconhecer que o outro pode variar seu comportamento, também para ele o mundo é complexo e contingente.

Por conseguinte, se alguém possui expectativas em relação à conduta de outrem, esse outrem também possui expectativas em relação à conduta desse alguém. Há uma expectativa sobre a expectativa que o outro tem dele. Ao lado dessa dupla expectativa, todo agir social apresenta uma dupla relevância: uma ao nível das expectativas imediatas de cumprimento, na satisfação ou desapontamento daquilo que se espera do outro; a outra em termos de avaliação do significado do próprio comportamento em relação às expectativas do outro⁷¹.

A teoria dos sistemas e seu conceito de dupla contingência permite a melhor compreensão do fundamento da responsabilidade empresarial individual pelos danos ambientais que ocorrem a partir da atividade arriscada, ainda que a conduta causadora do dano tenha sido praticada por um subordinado.

Uma dupla contingência se caracteriza muito claramente no exercício da atividade empresarial potencialmente poluidora, no contexto de empreendimentos arriscados.

O sistema social se preocupa com a prevenção dos danos ambientais diante da atividade das empresas, que potencializam os riscos de uma forma que anteriormente se desconhecia. Essa preocupação justifica a existência de estudos de impacto ambiental, de um sistema de licenciamentos para que se instalem e operem empresas; que exista um sistema de monitoramento, órgão de controle e fiscalização, enfim, que exista uma Administração Pública ambiental, cuja principal atividade é – ou pelo menos deveria ser – desenvolvida neste controle das empresas, no afã de prevenir danos ambientais relevantes.

A preocupação com as atividades produtivas é realçada na Constituição brasileira, que exige o estudo de impacto ambiental para instalação de atividades potencialmente degradadoras e o controle da produção, comercialização e emprego de técnicas, métodos e substâncias que representem risco para o meio ambiente (artigo 225, § 1º, IV e V). É inclusive criminalizada na Lei 9.605 de 1998 a instalação de atividades potencialmente poluidoras sem a correspondente licença ou autorização.

70 LUHMANN, *Sociologia do direito*, volume I..., p. 47.

71 LUHMANN, *Sociologia do direito*, volume I..., p. 48.

Essa é, portanto, a expectativa da sociedade, do sistema social, ao conceder o licenciamento às atividades potencialmente poluidoras. Ela se preocupa que danos não advenham do exercício desta atividade. Esta é a contingência que a sociedade põe diante do empreendedor.

O empreendedor, por outro lado, possui a expectativa, legítima, de obter lucro, de produzir, no exercício da livre iniciativa assegurada pela Constituição Federal em seu artigo 170 e todo o arcabouço do Direito Empresarial. O exercício de sua atividade, visando o lucro, é a contingência que oferece à sociedade. A esse contexto de dupla contingência se acresce, por certo, a compreensão da função social da empresa, tema sobre o qual a doutrina brasileira já produziu rico material⁷².

Dentre os postulados dos sistemas sociais, uma das consequências mais importantes da teoria da dupla contingência é o surgimento da confiança ou da desconfiança. O outro pode agir diferentemente do esperado por mim e pode, precisamente quando sabe que espero, agir diferentemente do que espero. Pode deixar claras suas intenções ou enganar. Nesse contexto, confiança é a estratégia de maior alcance. Quem oferece confiança amplia consideravelmente seu potencial de ação. A confiança reduz a complexidade social. Desconfiança é a estratégia mais fortemente restritiva. Permite-se correr um risco somente quando se preveniu contra eventualidades, por exemplo, quando se dispõe de sanções ou se está satisfatoriamente seguro contra prejuízos. Confiança e desconfiança só podem se manifestar no domínio da dupla contingência, não devem ser confundidos com otimismo ou pessimismo. Confiança tem de ser demonstrada contingentemente⁷³.

A transição da desconfiança para a confiança depende de apoios complementares do Direito⁷⁴. Isso explica a existência do artigo 2º da Lei 9.605/98.

A dupla contingência e a confiança/desconfiança que envolvem a atividade empresarial pavimentam a explicação da responsabilidade do superior hierárquico pelos crimes praticados por seus subordinados, prevista no artigo 2º da Lei dos Crimes Ambientais. É só porque se confia que a atividade de risco se desenvolverá de maneira adequada que a sociedade confere a licença ou autorização para sua instalação e operação. Pode até

72 Conforme, a título de exemplo, a análise de NEVES, Edson Alvisi. *A intervenção judicial na empresa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 22 e ss.

73 LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016, p. 151-152. Ensina Luhmann que a teoria da dupla contingência se torna propícia em uma sociedade que já não se baseia em princípios absolutos, mas coloca em prática o indicado no pós-modernismo: não é possível chegar a um ponto em que todos estivessem unanimemente de acordo (LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. 2 ed., Petrópolis, RJ: Vozes, 2010, p. 322).

74 LUHMANN, *Sistemas sociais...*, p. 152-153.

ser que o sistema de licenciamento ambiental e o correspondente controle ambiental das empresas constitua algo relativamente inovador. Sua motivação, sem embargo, não traduz nenhuma novidade. O que se espera é o de sempre: não causar prejuízos, não causar danos, enfim, *neminem laedere*. As pessoas não querem sofrer prejuízos em consequência de atividades alheias. Porém, além desse princípio do dano (*harm principle*) aplicável às empresas, para que não representem riscos dos quais advenham danos individuais, deve-se somar-lhe uma preocupação atual da sociedade: que não causem danos ao meio ambiente.

Assim sendo, a expectativa social relativa às empresas é resumível a não causar danos relevantes às pessoas e ao meio ambiente – essa é a contingência oferecida pelo sistema social. Isto em nada difere da expectativa relativa a qualquer pessoa, a qualquer atividade, de que não cause danos. Se antes se discutia a responsabilidade, administrativa, civil ou penal, pela atividade do próprio corpo, ou a responsabilidade das pessoas que empregam em suas atividades animais, carroças, automóveis, máquinas ou obras, agora também se discute, particularmente no âmbito penal, a responsabilidade das pessoas que desenvolvem suas atividades por meio de empresas. O *neminem laedere* projeta-se hodiernamente de uma forma muito mais ampla, frente ao potencial ofensivo da atividade industrial, que não pode converter-se em um foco de perigos para a coletividade⁷⁵.

E se a pessoa tem a liberdade de configurar a organização de suas atividades (a contingência oferecida pelo empresário, a exploração de uma atividade visando ao lucro), também corresponde, como contrapartida, o dever de assegurar – e daí surge que parte da doutrina afirme existir deveres de asseguramento - que esta configuração das atividades se dê de uma forma tal que dela não se desprendam riscos que excedam o nível permitido, que se respeitem os direitos alheios, e, agora, pela evolução do pensamento social, que se respeite o meio ambiente.

Está assim caracterizada uma dupla contingência, com os atributos de confiança/desconfiança: dá-se a licença porque se confia que não advirão danos, que o controle sobre a atividade os evitará (confiança). Caso ocorram, essa confiança é quebrada, e passa-se a utilizar o mecanismo complementar que garante a transição da desconfiança para confiança: perquirir a responsabilidade do empresário no controle preventivo de sua atividade, prevendo-se sanções para tanto, como a do artigo 2º da Lei 9.605/98. Deve-se evitar que a organização do próprio âmbito gere re-

75 SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia. Con una aportación a la metodología del Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 331.

sultados lesivos, que defraude a expectativa social de que terceiros não sejam lesionados. Aquele que tem a liberdade de organizar também tem a responsabilidade de assumir as consequências, de que não derivem danos dessa organização. Por conseguinte, os danos que advenham desse exercício da liberdade de organização serão imputáveis aos responsáveis pela configuração da organização que propiciou sua ocorrência.

Um setor da doutrina denominará os deveres derivados dessa competência para organização de deveres de asseguramento da convivência, distinguindo-os de deveres em virtude da competência institucional, que afetam pessoas com um *status* especial, como os pais na relação paterno-filial, o cônjuge, o destinatário de uma confiança especial ou alguns cargos públicos⁷⁶.

Esta distinção decerto guarda paralelismo com a doutrina tradicional, que centra a distinção no conteúdo da garantia. Serão garantes de proteção aqueles que possuem o dever de proteger determinado bem jurídico contra todos os ataques, em função da proteção do bem jurídico contra perigos de toda ordem, de que é exemplo o pai em relação aos filhos. E serão garantes de controle aqueles que possuem o dever de supervisionar determinada fonte de perigos, de evitar todas as ameaças que provenham de uma fonte de perigo determinada. O garante de controle deve sujeitar a fonte de perigo, não pode esperar até a produção de uma situação de perigo determinada. Deve, assim, evitar os perigos que comumente provêm da fonte que lhe corresponde controlar. O garante de controle tem sua primeira atenção depositada na fonte de perigos em si mesma, e, como efeito reflexo e imediato, daí se deriva a garantia dos bens jurídicos ameaçados pela fonte de perigo⁷⁷.

76 Conforme, desde fundamentos da filosofia hegeliana, a terminologia de JAKOBS, Günther. *La competencia por organización en el delito omisivo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1994, p. 9-17; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES; Javier. *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 21-29 e PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 30-31, 82-85. Para este setor da doutrina pouca ou nenhuma diferença pode ser verificada quanto às regras aplicáveis à comissão ou omissão nos crimes de organização, pois a expectativa social é a mesma: não causar danos a terceiros, evitar que a organização gere resultados lesivos. De fato, para aquele que sofre os efeitos de uma poluição originária da atividade empresarial pouco importa se se trata de uma ação ou omissão. Este quer ver-se indenizado, que o responsável seja castigado, que o problema seja solucionado. Também para este setor o dever de solidariedade não é o fundamento para o âmbito de organização, e sim para os crimes omissivos próprios (que se baseiam no mínimo de solidariedade que o Estado exige do cidadão para viver em sociedade), e para os crimes em virtude de uma instituição (que se baseiam em uma solidariedade juridicamente assegurada). Tampouco se distingue a comissão da omissão em virtude da posição de garante nos delitos de organização, já que também é necessária uma posição de garante nos crimes comissivos. Sobre o assunto, exemplificativamente, Sánchez-Vera, ob. cit., especialmente p. 21-22, 95 e 137. A diferenciação mais significativa não se dá entre comissão e omissão, e sim entre o fundamento da responsabilidade – competência de organização ou caráter institucional.

77 KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 289-290;

Seja qual for a abordagem doutrinária, o fundamento é o mesmo: a teoria da dupla contingência justifica a previsão da responsabilidade empresarial ambiental individual. Em uma sociedade do risco, a crescente interdependência dos indivíduos dá lugar a que, cada vez mais, a incolumidade dos bens jurídicos dependa de condutas positivas por parte de terceiros, razão pela qual esta função de controle de fontes de perigo assume um papel essencial no incremento dos delitos de comissão por omissão⁷⁸.

A confiança depositada no empresário quando da concessão do licenciamento da atividade arriscada possui, portanto, caráter circular, se autosupõe e se autoconfirma⁷⁹. Há a necessidade de que o dirigente realmente exerça o controle, do contrário não faria sentido permitir a atividade potencialmente poluidora, não existe razão para nele confiar.

A posição de controle de uma fonte de perigos possui origem, diversas vezes, em normas jurídicas constitucionais, civis, comerciais ou trabalhistas, que estabelecem uma situação de controle sobre a fonte de perigos, deveres em relação à coisa (ou empresa), superioridade em uma organização, ou, o que interessa especialmente para esta discussão, um direito de comandar e de dar ordens, e, conseqüentemente, de repelir as decisões de outros, frente à subordinação dos empregados em relação a uma pessoa que ocupa uma posição de mando. Estas normas, muitas vezes, recebem o reconhecimento da norma penal de uma situação de garantia⁸⁰ (que, por óbvio, não prescinde do exame do caso concreto, onde se verificará a presença deste efetivo controle e relação de subordinação). A confiança, conforme ensina a teoria dos sistemas, depende dessa proteção, que apresenta o simbolismo de reagir a informações críticas não somente em virtude dos fatos que elas informam, mas porque elas atuam como indicadores de confiabilidade⁸¹.

Para evitar a irresponsabilidade organizada no âmbito das empresas, já é possível concluir que os garantes de controle, encarregados de deve-

STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*. Buenos Aires, Hammurabi, 2005, p. 459-460; FRISTER, Helmut. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011, p. 424.

78 SILVA-SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*. 2 ed., Buenos Aires: B de f, 2006, p. 209 e *La expansión del Derecho Penal...*, p. 17. Conforme SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. *Derecho penal y riesgos tecnológicos*. Em: *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurft* coordenadores: Luis Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann, Adán Nieto Martín. Cuenca: Universidad de Castilla-la Mancha, 2003. p. 292-3, o instituto da comissão por omissão na delinquência empresarial constitui o exemplo mais significativo da necessidade de desenvolver novos instrumentos de imputação na sociedade do risco.

79 LUHMANN, *Sistemas sociais...*, p. 153.

80 Ainda conforme SCHÜNEMANN, *Fundamento y limites...*, p. 342-3, analisando a repartição de tarefas ou a hierarquia dos deveres de relação, no prisma de sua teoria do domínio.

81 LUHMANN, *Sistemas sociais...*, p. 153.

res especiais de proteção relativos a uma fonte de perigos, caso deixem de cumprir os mandatos estabelecidos de controlar a fonte de perigos pela qual são responsáveis, é dizer, se omitam no controle, poderão responder por eventuais delitos de comissão por omissão, como consequência imediata dessa situação de dupla contingência e da confiança depositada no empresário quando da permissão da atividade arriscada. A dupla contingência dá lugar a um duplo condicionamento⁸²: a empresa, se preenchidos os requisitos, deve conseguir a licença; no exercício da atividade, deve prevenir os danos, caso contrário (“se”) será responsabilizado individualmente o empresário que se omitir na fiscalização de seus subordinados (“então”). Sistemas são concebidos não como uma quantidade de objetos, mas como perspectivas de ordem, a partir das quais uma relação entre sistema e ambiente é acessível, como redução de complexidade, orientando seleções⁸³.

A adequada utilização do artigo 2º contribui para a manutenção da confiança da sociedade quando da concessão de licença para atividades arriscadas, e, mais do que isso, contribui para a prevenção de danos ambientais.

6.2 Os garantes de controle nas empresas – O dever de garantia relativo aos ilícitos penais cometidos pelos subordinados e a prevenção de danos ambientais

O reforço complementar do Direito para garantir a confiança nesta situação de dupla contingência da atividade empresarial estimula aqueles que se encontram melhor posicionados para realizar as adaptações necessárias no âmbito empresarial (ou, para empregar a terminologia de determinada corrente, em sua competência de organização), no sentido de que procurem estas soluções (se reorganizem) para cumprir a normativa ambiental. Os diretores de uma empresa se encontram em uma melhor posição para saber quais áreas necessitam maior controle e podem desenvolver programas para suas necessidades específicas.

Ademais, como os empregados querem aumentar os lucros da empresa para obter promoções (também uma dupla contingência, agora no seio da atividade), é função do *CEO* esclarecer que as normas ambientais devem ser cumpridas fielmente, e treinar seus subordinados nesse sentido. Como o diretor pode ser responsabilizado, deve comunicar-se constantemente com seus su-

82 LUHMANN, *Sistemas sociais...*, p. 157.

83 LUHMANN, *Sistemas sociais...*, p. 159.

bordinados, evitando processos penais⁸⁴. Em suma: a responsabilidade dos diretores contribui para a prevenção dos danos ambientais.

Por conseguinte, nada mais compreensível que a existência de um dever de garantia que recaia sobre aqueles que possuem o efetivo controle sobre a estrutura da empresa. Quem detém o controle sobre a empresa é garante. Se, como visto, a sociedade somente conferiu a licença para a atividade porque confia que o empreendimento se desenvolverá de maneira adequada, tal confiança também abrange a necessidade de que as pessoas responsáveis por uma empresa cumpram suas tarefas para prevenir danos⁸⁵.

Também se afirma, além da confiança, que o domínio exercido sobre a fonte de perigos gera o dever de garante⁸⁶.

A confiança que a sociedade deposita e o domínio mencionado constituem critérios válidos para explicar, no plano fático, o dever de garantia, e a eles deve somar-se uma argumentação eminentemente jurídica: o dever de garantia do titular da empresa, de um diretor, ou de um responsável por uma seção específica de uma grande corporação, de impedir delitos de seus empregados, se deriva de forma inequívoca, ou é um correlato inevitável de seu direito de dirigir e de dar ordens. Essa pessoa pode repelir as decisões de outras, que seriam ingerências indevidas em sua esfera de atribuições (no caso, a decisão de seus subordinados de cometer delitos a partir da estrutura da empresa) – e, portanto, deve velar, em virtude de sua superioridade hierárquica ou domínio, para que não se realizem tais condutas⁸⁷.

84 MURNANE, Colleen C. "Criminal sanctions for deterrence are a needed weapon, but self-initiated auditing is even better: keeping the environment clean and responsible corporate officers out of jail." *Ohio State Law Journal*, 1994, vol. 55, p. 1186-1200.

85 Sublinhou a situação de dupla contingência a Câmara Federal de San Martín, sala 1ª, 26/8/92, "Constantini, Rodolfo y otros s/averiguación contaminación Río Reconquista", *Jurisprudencia Argentina*, 1993, p. 199: "Sólo a condición de que el titular o directivo de una empresa tome los recaudos de seguridad necesarios para evitar riesgos respecto de los bienes o personas, es que la sociedad autoriza el establecimiento y la operación de instalaciones altamente complicadas y riesgosas." Neste acórdão também se esclareceu que se o diretor ou titular delega o dever de controle sobre coisas perigosas, possui "un deber de cuidado en la elección de su personal según su capacidad y un deber de supervisión general" (p.199).

86 Posição de SCHÜNEMANN, *Fundamento y limites...*, em toda sua obra, e com a variante do *domínio social*, proposta por GRACIA MARTÍN, Luis. *Estudios de Derecho Penal*. Lima: Idemsa, 2004, p. 117-169 (em especial p. 142-144); p. 171-262 (em especial p. 171-172); p. 813-814 e p. 819-868, capítulos em que examina a comissão por omissão e a responsabilidade de diretores.

87 Conforme TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico. Introducción y parte general*. Lima: Grijley, 2009, p. 188, afirmando ser esta a doutrina dominante. Anota este também que na França, pelo instituto da *responsabilité d'autrui* e na Inglaterra, pela *vicarious liability*, também se aplica a responsabilidade de superiores pelos fatos delitivos de terceiros, mas para crimes que nao exigem uma culpabilidade, ou prova de culpabilidade (p. 187). E que na Alemanha o artigo 130 OWIG estabelece uma contravenção geral, similar à posição de garante, da lesão do dever de vigilância nas empresas, quando se produzirem crimes ou contravenções dos empregados (p. 188 e 237). Realça FRISTER (p. 437): "Ante todo, una posición de garante de control puede derivarse del poder de organización sobre determinado ámbito de dominio. Aquel que está

Portanto, apesar do fato de que quem realiza a ação típica seja um subordinado plenamente responsável, com autonomia pessoal, adulto e dotado de razão, ou, em português claro, maior e vacinado, também é certo que esta pessoa se encontra integrada em uma estrutura alheia de comando; bastaria uma ordem de seus superiores e o crime não seria cometido⁸⁸. Nesse contexto, este superior tem o dever de garante de impedir delitos alheios, sem que se fira o princípio de responsabilidade.

Onde há autoridade, hierarquia, poder de mando jurídico sobre penalmente capazes, cabe imputar também àquele que possui este direito de dirigir e dar ordens, mas se omite em repelir as condutas criminosas de seus subordinados, a realização da conduta típica, em forma de comissão por omissão⁸⁹.

Todas as razões expostas contribuem à prevenção do dano ambiental: a responsabilidade dos superiores hierárquicos pelos crimes praticados pelos seus subordinados é derivado inequívoco da expectativa social de que aqueles que controlam a empresa, que possuem o direito de dirigir e dar ordens nesta estrutura cerrada, façam, por meio da fiscalização e supervisão, que seus subordinados cumpram as normas ambientais e adotem, assim como seus superiores, todas as medidas necessárias para a prevenção do dano ambiental, ainda que para tanto se reorganize a empresa, para que do exercício da atividade não advenham danos às pessoas ou ao meio ambiente⁹⁰.

O artigo 2º da Lei de Crimes Ambientais claramente se inspira na tendência majoritária internacional⁹¹ e estabelece um critério material, pois

habilitado para tomar determinaciones dentro de cierto ámbito y que, por ello, puede repeler las decisiones de otros, en principio, como injerencias habidas en sus propios asuntos, tiene que velar jurídicamente, como contrapartida de esa atribución de dominio, por que de ese ámbito no surjan peligros para otros."

88 Observe-se, com SILVA-SÁNCHEZ (*El delito de omisión...*, p. 471-2) "que la omisión no crea el riesgo, sino que el incumplimiento del compromiso adquirido de contener riesgos que provienen de otras fuentes, fundamenta un dominio sobre el riesgo (que entonces se hace típicamente relevante) perfectamente idéntico al que se obtiene con la comisión activa."

89 Conforme TIEDEMANN, ob. cit., p. 186, e SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites...*, p. 378-9.

90 Neste sentido SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites...*, p. 338: "... Si el señor de la cosa quiere evitar que su ámbito de dominio se convierta de manera prohibida en causa de un resultado, ha de adoptar para ello todas las medidas que mantienen a su ámbito de dominio al margen del proceso causal dañino. El que a tal efecto haya de tener lugar una transformación sustancial de la propia cosa, o una modificación de sus circunstancias, de su situación con respecto al entorno, no es cuestión del principio de imputación, sino exclusivamente del caso concreto y del cuidado objetivamente prescrito en el caso concreto. ... Si, a tenor de lo dicho, si quisiera caracterizar el contenido de los deberes de cuidado con un lema, se ofrece el término 'preceptos de prevención de accidentes' o también 'deberes de asegurar' (por lo cual también se utiliza a menudo en este ulterior sentido la expresión 'deberes de garantizar la seguridad del tránsito'). El ámbito de dominio propio tiene que estar asegurado de manera que ya no represente peligros para otros." (sem o primeiro grifo no original).

91 De que é exemplo a versão final de 2000 do projeto de *Corpus Iuris* para a proteção dos interesses financeiros da Comunidade Europeia, tentativa de unificação mínima do Direito Penal europeu, cujo artigo 12, § 3 cuida da responsabilidade dos superiores em comissão por omissão relativa aos delitos cometidos por seus subordinados (texto disponível em TIEDEMANN, p. 306).

reconhece a existência de garantes de controle em relação à lesão ou exposição a perigo de bens jurídicos ameaçados por uma fonte de perigo, atribuindo o dever de garantia àqueles que exercem funções de comando na estrutura das empresas, que têm o direito de dar ordens e o poder de repelir ordens e ainda o poder de repelir as condutas de seus subordinados, cabendo-lhes responder em comissão por omissão quando, sabendo da conduta delitiva de seus empregados, não intervêm para evitá-las:

Art. 2º. Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

Há evidente opção legislativa por uma responsabilidade para cima, buscando a prevenção do dano ambiental por meio do efetivo controle e supervisão da fonte de perigos por aqueles que detêm funções de comando na estrutura cerrada das empresas. Estes, sabendo das condutas delitivas de seus subordinados, devem por elas responder, se deixam de evitá-las, quando o podem fazer.

Vê-se, assim, que a teoria dos sistemas permite uma leitura muito mais rica e embasada da responsabilidade empresarial individual prevista no artigo 2º da Lei 9.605/98.

6.3 Outros instrumentos disponíveis para a responsabilidade empresarial individual – A responsabilidade em comissão por omissão como hipótese muito específica – A verificação da existência de ordem ou política criminal de empresa como primeiro foco da investigação

A responsabilidade dos superiores hierárquicos pelos crimes ambientais cometidos por seus subordinados prevista no artigo 2º da Lei 9.605/98 não constitui o único caso de responsabilidade penal dos dirigentes das empresas nos crimes ambientais.

Mais do que isso, deve ser entendida como uma situação muito específica, chegando a ser contraditório que o superior hierárquico que eventualmente deseje a realização do crime ambiental e tudo organiza para sua ocorrência seja responsabilizado ao final por uma omissão de impedir um crime, quando tudo aponta para sua responsabilidade por ação⁹². Silva

92 GRACIA MARTÍN, Luis. *La responsabilidade penal de los administradores y representantes de las em-*

Sánchez ressalta que a opção pela responsabilidade em comissão por omissão não se dá por outro motivo que razões probatórias, na dificuldade de se comprovar o comando para delinquir⁹³.

Somente se discute a aplicação da responsabilidade em comissão por omissão do dirigente quando este não ordenou a comissão do delito, quando este não atuou em uma planificação do fato delitivo comum ao seu subordinado.

Logo, é necessário analisar a prova que surge durante a investigação, no sentido de verificar-se inicialmente se houve alguma ordem no sentido da comissão do delito partida do superior.

Se verificada esta ordem, se constatado que o dirigente atuou no mesmo plano delitivo que seu subordinado, sequer será necessário discutir uma responsabilidade em comissão por omissão. Sem embargo, se verificado que o dirigente não atuou neste mesmo plano, aí sim, passa-se ao exame seguinte, que é o da omissão. A discussão de eventual responsabilidade em comissão por omissão de um dirigente é residual, posterior, em uma investigação.

E mais, o que demonstra que a responsabilidade em comissão por omissão é um caso de malha fina: sequer é necessária uma ordem expressa para que se afaste a discussão, residual, da responsabilidade em comissão por omissão. Também se equiparam às ordens dos superiores para cometer um crime as situações em que o dirigente cria dolosamente um ambiente propício para a aparição de uma política criminal da empresa, como, por exemplo, quando afirma que há que maximizar lucros a qualquer custo, que não importam preocupações com o meio ambiente, o cumprimento das normas ambientais, que o interesse da empresa está acima de tudo, situação que infelizmente é a prática de muitas empresas.

Nestes casos, não será necessário discutir os detalhes de uma possível comissão por omissão, invocar o artigo 2º da Lei 9,605/95, segunda parte. O dirigente é diretamente coautor com seu subordinado, porque o orientou a agir como agiu, e isso equivale a uma ordem para cometer o crime.

Essa distinção é realçada nas doutrinas alemã e espanhola, em raciocínio plenamente aplicável à legislação brasileira:

Como paso previo conviene dejar constancia de que no se van a tratar aquí los casos en que no se ordenó la realización del injusto típico, que sin embargo sí hubiera podido ser impedido a través de la vigilancia y el control de quienes ocupan posiciones dirigentes en la empresa, esto es, lo que se conoce como responsabilidad del superior por falta de vigilancia.

presas por los delitos especiales. Em: AAVV. *Derecho penal de la empresa: del derecho penal económico del estado social* ..., p. 274.

93 SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*..., p. 77-78.

En estos supuestos surge el problema de imputar el delito cometido por el subordinado al dirigente en comisión por omisión, o mediante un delito de omisión del deber de vigilancia o de impedir delitos, cuando éste no ha ordenado la comisión de delitos pero de forma imprudente o dolosa ha infringido su deber de control y vigilancia sobre las actividades de sus subordinados.

En los casos que aquí nos ocupan, por el contrario, partimos de que el dirigente ha impartido la orden de cometer un delito, que la orden ha sido cumplida dolosamente por el subordinado y que el delito cometido por el subordinado está en relación con la actividad que desarrolla en la empresa. A estos supuestos se equiparan las situaciones en las que el dirigente ha creado dolosamente las condiciones necesarias para la aparición de una política criminal de empresa en cuya ejecución se cometen delitos (pensemos en defraudaciones tributarias, delitos contra el medio ambiente o blanqueo de bienes), sin haber necesitado nunca dar una orden concreta.

Por ejemplo, bastándole insinuar que hay que maximizar beneficios a cualquier coste, que no importan los medios, que el interés de la empresa está por encima de cualquier consideración legal.⁹⁴

Assim sendo, somente tem sentido passar-se à discussão de uma eventual responsabilidade em comissão por omissão quando a investigação já alcançou um estágio em que não conseguiu identificar uma ordem do superior para seu subordinado, ou, pelo menos, a criação desse cenário propício à realização do delito, tal como demonstrado acima. Somente na ausência desses é que a investigação alcançará o estágio seguinte, a malha fina da comissão por omissão. Já que não se conseguiu identificar essa ordem ou criação de um contexto favorável para a realização do crime ambiental, deverá perquirir-se se esse dirigente, que não deu a ordem nem criou o contexto para a prática do crime, ao saber de sua ocorrência, não se omitiu. Aí sim tem sentido invocar a segunda parte do artigo 2º da Lei de Crimes Ambientais.

Nos demais casos, em que comprovada a ordem, ou esse contexto empresarial próprio à realização do crime ambiental, sequer é necessário alcançar a discussão judicial os requintes da responsabilidade em comissão por omissão. Caberá ao Poder Judiciário diretamente condenar empregado e dirigente, sem necessidade de discutir se o dirigente soube e se omitiu. Em verdade, ele já havia fornecido a ordem, ou, pelo menos, criou o contexto favorável para a realização do crime, o que equivale a esta ordem direta, expressa, concreta.

Esse é aspecto ainda não realçado pela doutrina, olvidado pelas investigações, e que vem passando ao largo das decisões judiciais. Se demonstrado esse contexto empresarial favorável à realização do delito ambiental, isso equivale à ordem direta, e torna desnecessário provar

94 FARALDO CABANA..., p. 217-218, citando diversos autores espanhóis e alemães que reiteram tal posição.

que o dirigente soube do delito e se omitiu. Em verdade, ele já havia atuado antes, criando o cenário propício à efetivação do crime ambiental, e, por isso, deve ser condenado em um eventual processo penal.

6.3.1 Outras possibilidades de aplicação – O domínio social do fato e a autoria mediata

Outra possibilidade de abordagem da questão é o domínio social do fato.

São requisitos para a aplicação da teoria do domínio do fato, que objetiva responsabilizar quem dirigiu a execução da ação que realizou o tipo penal, na formulação tradicional que lhe foi conferida por seu maior expoente, Roxin, a existência de a) uma estrutura hierarquizada; b) a fungibilidade dos executores, sendo os executores da conduta típica facilmente intercambiáveis, podendo ser substituídos uns pelos outros, sob o comando de quem controla a ação e c) a desvinculação da organização ao ordenamento jurídico.

Não há dúvida sobre a presença dos dois primeiros requisitos nas atividades realizadas dentro das empresas. A divisão do trabalho, sua especialização, a complementariedade das contribuições de todos os intervenientes do processo e a hierarquia são princípios que regulam a atividade realizada nas empresas. Mais do que isso: há nas empresas um plano comum, que está sob a direção de outros indivíduos, que idealizam o plano de atuação geral, determinam a qualidade e quantidade de contribuição de cada um dos demais intervenientes e determinam ainda os fluxos de informação e de materiais entre todos eles, a fim de realizar o objetivo final⁹⁵.

Pela ausência do terceiro requisito – que há a organização esteja à margem do ordenamento jurídico – haverá doutrinadores, como o próprio Roxin, que negarão a aplicação do domínio do fato ao contexto empresarial⁹⁶.

Contudo, as jurisprudências alemãs e espanholas têm admitido largamente a aplicação da teoria do domínio do fato, muitas vezes, empregando tal teoria em situações como as aqui discutidas, como anota Feijoo Sánchez⁹⁷. O *Bundesgerichtshof*, ou BGH, o Tribunal Supremo alemão, em matéria penal, sempre deixou claro que não teria por que limitar essa teoria aos aparatos organizados de poder e realçou, por mais de uma vez, que “a construção da autoria mediata por domínio da organização poderia ter

95 GRACIA MARTÍN, *La responsabilidad penal de los administradores y representantes de las empresas por los delitos especiales...*, p. 267-268, ancorado em Paredes Castañón.

96 ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*. Madrid: Civitas, 2014, p. 121 e ss..

97 FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. “Autoria e participação em organizações empresariais complexas”. *Revista Libertades, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 9, janeiro- abril de 2012, p. 30,

aplicação igualmente em outra classe de estruturas organizadas, mencionando entre elas, expressamente, as empresas⁹⁸”.

As jurisprudências alemãs e espanholas abraçam a teoria do domínio do fato para a responsabilização penal de condutas criminosas ocorridas a partir do desenvolvimento de uma atividade empresarial. Há, aqui, um domínio social do fato, em que os inferiores hierárquicos não possuem liberdade ilimitada de atuação nem mesmo em suas próprias atribuições, fazendo tudo em um cumprimento quase mecânico das instruções superiores, e sob ameaça ou pressão intensa dos superiores. Os subordinados, nessas situações, são meros instrumentos para a realização da atividade delitiva empresarial, deslocando-se a responsabilidade para quem domina o fato⁹⁹.

Essa discussão também deve ser submetida à jurisprudência brasileira para os crimes ambientais empresariais, especialmente nos desastres, o que ainda se aguarda. Tudo dependerá de a investigação se desenvolver adequadamente para permitir sua utilização, o que ainda não se vê. Esse debate é necessário, em especial, naquelas empresas em que o descumprimento da legislação ambiental é tamanho que se verifica uma atitude criminógena de grupo, com exacerbação do interesse da empresa, relativizando a capacidade do empregado de opor-se (isso não é coisa sua)¹⁰⁰.

7. Conclusão

A forma como se desenvolve a moderna atividade empresarial, sob os princípios da divisão e especialização do trabalho, com múltiplas ramificações e complementaridade das contribuições dos intervenientes do processo produtivo desafia o Direito a ingressar nessa estrutura fechada, que oferece barreiras a que se alcance(m) a(s) pessoa(s) individual(is) verdadeiramente responsável(is) pelo dano ambiental ou pela exposição ao risco, é dizer, efetivamente responsáveis pelo processo decisório interno, seja pela tomada de decisão determinante do fato, por ordenar sua execução, ou, simplesmente, por não haver adotado as medidas necessárias para evitar sua ocorrência.

98 PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *Autoría y participación en la empresa*. Em: AAVV. *Derecho penal de la empresa: del derecho penal económico del estado social ...*, p. 176-177. A respeito, RÜBENSTAHL, Markus. “Die Übertragung der Grundsätze zur Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft auf Unternehmen durch den BGH.” *HRR-Strafrecht. Onlinezeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, v. 10, p. 210-219, 2003. ISSN 1865-6277. Disponível em: <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/03-10/hrr10-03.pdf>. Acesso em 23 de janeiro de 2021. Também o registra ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoría do Domínio do Fato*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 148 e seguintes.

99 GRACIA MARTÍN, *La responsabilidad penal de los administradores y representantes de las empresas por los delitos especiales...*, p. 270-271.

100 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa...*, p. 66-67.

A responsabilidade penal, baseada em um modelo de criminalidade violenta e individual, fracassa, gerando uma irresponsabilidade organizada.

Uma moderna teoria da responsabilidade empresarial penal que alcance os responsáveis pela produção dos riscos e danos ambientais é uma necessidade do Estado Democrático do Direito em uma sociedade do risco, especialmente nos desastres ocorridos no contexto de uma atividade empresarial arriscada. Dentre o instrumental disponível, encontra-se a responsabilidade do superior hierárquico em relação aos crimes ambientais praticados por seus subordinados.

A teoria dos sistemas permite rica leitura da responsabilidade empresarial individual prevista no artigo 2º da Lei 9.605/98. Uma dupla contingência se caracteriza no exercício da atividade empresarial potencialmente poluidora em empreendimentos arriscados. O sistema social se preocupa com a prevenção dos danos ambientais diante da atividade das empresas, que potencializam os riscos de forma que anteriormente se desconhecia. Tal se observa na Constituição brasileira, que exige o estudo de impacto para instalação de atividades potencialmente degradadoras e o controle da produção, comercialização e emprego de técnicas, métodos e substâncias que representem risco para o meio ambiente (artigo 225, § 1º, IV e V). É inclusive criminalizada na Lei 9.605 de 1998 a instalação de atividades potencialmente poluidoras sem a correspondente licença ou autorização.

O empreendedor, por outro lado, possui a expectativa, legítima, de obter lucro, de produzir, no exercício da livre iniciativa assegurada pela Constituição Federal em seu artigo 170 e todo o arcabouço do Direito Empresarial. O exercício de sua atividade, visando ao lucro, é a contingência que oferece à sociedade.

Uma das abordagens da dupla contingência é a confiança/desconfiança. O outro pode agir diferentemente do esperado. A confiança é estratégia de maior alcance e reduz a complexidade social. Permite-se correr um risco somente quando se preveniu contra eventualidades, quando se dispõe de sanções ou se está satisfatoriamente seguro contra prejuízos. A transição da desconfiança para a confiança depende de apoios complementares do Direito. Isso explica a existência do artigo 2º da Lei 9.605/98. A dupla contingência e a confiança/desconfiança que envolvem a atividade empresarial pavimentam a explicação da responsabilidade do superior hierárquico pelos crimes praticados por seus subordinados. É só porque se confia que a atividade de risco se desenvolverá de maneira adequada que a sociedade confere a licença ou autorização para sua instalação e operação.

A responsabilidade dos superiores hierárquicos é, assim, expressão de dupla contingência, com foco na prevenção do dano ambiental, pois es-

timula aqueles que efetivamente exercem o controle sobre empresa, que possuem o direito de dirigir e dar ordens dentro dessa estrutura cerrada, e que podem repelir as decisões de seus subordinados, façam, por meio da fiscalização e supervisão, que o subordinados cumpram as normativas ambientais, e adotem, assim como seus superiores, todas as medidas necessárias para a prevenção do dano ambiental, ainda que, para tanto, tenham que reorganizar a empresa.

Entretanto, não constitui o único caso de responsabilidade penal dos dirigentes, cabendo discutir figuras amplamente utilizadas na jurisprudência alemã e espanhola, que são os instrumentos do domínio social do fato e da autoria mediata. Isso porque o mencionado dispositivo refere-se à situação muito específica, praticamente uma sintonia fina, chegando a ser contraditório que o superior hierárquico que eventualmente deseje a realização do crime ambiental e tudo organiza para sua ocorrência seja responsabilizado ao final por uma omissão de impedir um crime, quando tudo aponta para sua responsabilidade por ação.

Indo além: deve discutir-se a responsabilização direta dos superiores hierárquicos não somente nas situações em que os dirigentes ordenaram o cometimento do delito, mas também quando criaram as condições necessárias para a aparição de uma política criminal de empresa, sem que fosse necessário dar uma ordem concreta, bastando o estabelecimento de uma política em que há que maximizar benefícios a qualquer custo, não importando os meios, encontrando-se o interesse da empresa acima de qualquer consideração legal.

Por conseguinte, nas investigações relativas aos crimes praticados na atividade empresarial, somente há sentido em passar-se à discussão de eventual omissão do superior hierárquico quando a investigação já alcançou um estágio em que não conseguiu identificar uma ordem do superior para seu subordinado, ou, pelo menos, a criação desse cenário propício à realização do delito.

Somente na ausência desses é que a investigação alcançará o estágio seguinte, a malha fina da comissão por omissão. A atividade investigativa policial nos crimes ambientais empresariais brasileiros deve mudar sua perspectiva, cabendo antes orientar seus trabalhos para perquirir a responsabilidade direta dos superiores hierárquicos e, somente em caso de resultado negativo, passar a investigar a omissão diante dos crimes praticados por seus subordinados. Esses aspectos merecem melhor realce da doutrina, e vêm sendo olvidados pelas investigações policiais e atividade ministerial, passando ao largo das decisões judiciais.

8. Referências

- AAVV. *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt* / coordinadores: Luis Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann, Adán Nieto Martín. Cuenca: Universidad de Castilla-la Mancha, 2003.
- AAVV. *Derecho penal de la empresa: del derecho penal económico del estado social al derecho penal de la empresa globalizado / dirigido por Luis Arroyo Zapatero; Carlos Lascano; Martín Adan Nieto*. Buenos Aires, Ediar, 2012.
- AAVV. *Teoría de sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación*. Organizador Carlos Gómez-Jara Díez. Lima: Ara Editores, 2007.
- ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do Domínio do Fato*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal. Parte Geral*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BECK, Ulrich. *Políticas ecológicas en la edad del riesgo. Antídotos. La irresponsabilidad organizada*. Barcelona: El Roure, 1998.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*. Barcelona: Paidós, 2007.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. 2 ed., Madrid: Siglo XXI, 2009.
- CUESTAAGUADO, Paz M. de La. "Tipificación del riesgo y delitos de peligro." *Revista de Derecho Penal 2007-2: delitos de peligro*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2007.
- EWALD, François. "Risk in contemporary society." *Connecticut Insurance Law Journal*, vol. 6, 1999-2000.
- FARALDO CABANA, Patricia. *Posibilidades de aplicación de la autoría mediata con aparatos organizados de poder en la empresa*. Em: AAVV. *Derecho penal de la empresa: del derecho penal económico del estado social al derecho penal de la empresa globalizado / dirigido por Luis Arroyo Zapatero; Carlos Lascano; Martín Adan Nieto*. Buenos Aires, Ediar, 2012.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. "Sobre la 'administrativización' del derecho penal en la 'sociedad del riesgo'." *Derecho penal contemporáneo. Revista Internacional*, Bogotá: jul.-set. 2003, n. 4.
- FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *Retribución y prevención general*. Buenos Aires: B de f, 2007.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. "Autoria e participação em organizações empresarias complexas". *Revista Liberdades, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 9, janeiro- abril de 2012.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: parte geral. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007.
- FRISTER, Helmut. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.
- GIDDENS, Anthony. "Risk and responsibility." *The modern law review*. Vol. 62, n. 1, janeiro de 1999.
- GRACIA MARTÍN, Luis. *Estudios de Derecho Penal*. Lima: Idemsa, 2004.

- GRACIA MARTÍN, Luis. *La responsabilidade penal de los administradores y representantes de las empresas por los delitos especiales*. Em: AAVV. *Derecho penal de la empresa: del derecho penal económico del estado social al derecho penal de la empresa globalizado / dirigido por Luis Arroyo Zapatero; Carlos Lascano; Martín Adan Nieto*. Buenos Aires, Ediar, 2012.
- GÜNTHER, Klaus. *Responsabilização na sociedade civil*. Em: PÜSCHEL, Flavia. *Teoria da responsabilidade no estado democrático de direito: textos de Klaus Günther*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. 2 ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como "ideologia"*. Lisboa: Edições 70, 2009.
- HANNIGAN, John. *Sociologia ambiental*. Petrópolis: Vozes, 2009.
- HERZOG, Felix. "Límites al control penal de los riesgos sociales (Una perspectiva crítica ante el derecho penal en peligro)". *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo LII, 2002.
- JAKOBS, Günther. *La competencia por organización en el delito omisivo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1994.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2 ed., Madrid: Marcial Pons, 2010.
- JOAS, Hans. *Teoria social: vinte lições introdutórias / Hans Joas, Wolfgang Knobl*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017.
- KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Madrid: Marcial Pons, 2006.
- LUGONES, Narciso J. *Programa para el estudio del delito ambiental: la esquematización de sus lugares comunes*. Em: CAFFERATTA, Néstor (dir.). *Summa Ambiental. Doctrina – Legislación – Jurisprudencia*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2011, v. I.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito, volume I*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.
- LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. 3 ed., México, DF: Universidad Iberoamericana, 2006.
- LUHMANN, Niklas. *El Derecho como sistema social*. Em: AAVV. *Teoría de sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación*. Organizador Carlos Gómez-Jara Díez. Lima: Ara Editores, 2007.
- LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. 2 ed., Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.
- LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016.
- MALAMUD GOTI, Jaime. *Política criminal de la empresa. Cuestiones alternativas*. Buenos Aires: Hammurabi, 1983.
- MENDOZA BUERGO, Blanca. "Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del Derecho Penal". *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo LII, 2002.
- MOURULLO, Gonzalo Rodríguez. *Limitaciones del Derecho Penal del medio ambiente: alternativas político-criminales*. Em: *A tutela jurídica do meio ambiente: presente e futuro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco. “¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial?” *Revista La Ley Penal*. Madrid: n. 9, janeiro de 2002.

MURNANE, Colleen C. “Criminal sanctions for deterrence are a needed weapon, but self-initiated auditing is even better: keeping the environment clean and responsible corporate officers out of jail.” *Ohio State Law Journal*, 1994, vol. 55.

NAVARRO CARDOSO, Fernando. “El derecho penal del riesgo y la idea de seguridad.” *Pensamiento penal y criminológico. Revista de Derecho Penal Integrado*, ano VI, n. 10, 2005.

NEVES, Edson Alvisi. *A intervenção judicial na empresa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. “Sobre el concepto de derecho penal del riesgo: algunas notas.” *Derecho penal contemporáneo. Revista Internacional*, Bogotá: julho-setembro 2003, n. 4.

PARSONS, Talcott. *Interaction, International Encyclopedia of the Social Sciences*. Vol. 7. Nova York: 1968.

PARSONS, Talcott. SHILS, Edward. *Toward a General Theory of Action*. Cambridge: Harvard University Press, 1951.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *Autoría y participación en la empresa*. Em: AAVV. *Derecho penal de la empresa: del derecho penal económico del estado social al derecho penal de la empresa globalizado / dirigido por Luis Arroyo Zapatero; Carlos Lascano; Martín Adán Nieto*. Buenos Aires, Ediar, 2012.

PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

PRITTWITZ, Cornelius. *Sociedad de riesgo y derecho penal*. Em: AAVV. *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt/* coordinadores: Luis Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann, Adán Nieto Martín. Cuenca: Universidad de Castilla-la Mancha, 2003.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo. Perspectivas más allá del derecho penal*. Em: AAVV. *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt/* coordinadores: Luis Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann, Adán Nieto Martín. Cuenca: Universidad de Castilla-la Mancha, 2003.

ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 2010.

ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*. Madrid: Civitas, 2014.

RÜBENSTAHL, Markus. “Die Übertragung der Grundsätze zur Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft auf Unternehmen durch den BGH.” *HRR-Strafrecht. Onlinezeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, v. 10, p. 210-219, 2003. ISSN 1865-6277. Disponível em: <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/03-10/hrr10-03.pdf>. Acesso em 23 de janeiro de 2021.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES; Javier. *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.

SANTIAGO, Alex Fernandes. *Fundamentos de direito penal ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

SARRABAYROUSE, Eugenio C. *Responsabilidad penal por el producto*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia. Con una aportación a la metodología del Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en el derecho español*. Em: SILVA SÁNCHEZ, B. SCHÜNEMANN e FIGUEIREDO DIAS – coordenadores. *Fundamentos de un sistema europeo de derecho penal*. Barcelona: J. M. Bosch, 1995.

SILVA-SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*. 2 ed.. Buenos Aires: B de f, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2 ed., ampliada. Buenos Aires: B d f, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*. Buenos Aires, B de f, 2013.

STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*. Buenos Aires, Hammurabi, 2005.

SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. *Derecho penal y riesgos tecnológicos*. Em: *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt/* coordenadores: Luis Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann, Adán Nieto Martín. Cuenca: Universidad de Castilla-la Mancha, 2003.

TEUBNER, Gunther. "After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-Regulatory Law". *International Journal of the Sociology of Law*, 12, 1984.

TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico. Introducción y parte general*. Lima: Grijley, 2009.

ALEX FERNANDES SANTIAGO

8º Promotor de Justiça de Juiz de Fora. Doutorando em Direitos, Instituições e Negócios - Universidade Federal Fluminense. Mestre em Direito Penal do Mercosul - orientação Direito Penal Econômico e Societário Universidad de Buenos Aires. Especialista em Direito Ambiental - Universidad de Buenos Aires

PLÍNIO LACERDA MARTINS

Promotor de Justiça aposentado. Professor Adjunto do Departamento de Direito Privado da Universidade Federal Fluminense. Doutor em Direitos, Instituições e Negócios - Universidade Federal Fluminense. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho.



A INAPLICABILIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NO “TRÁFICO PRIVILEGIADO”

THE INAPPLICABILITY OF THE AGREEMENT OF NON-CRIMINAL PERSECUTION IN THE “PRIVILEGED TRAFFIC”

DANIEL FERREIRA CÂMARA

Graduando de Direito

ANA LUIZA SILVA SANTIAGO

Graduanda de Direito

Resumo: O presente trabalho analisa as nuances do acordo de não persecução penal e como esse instituto contribuiu para a ampliação do modelo de justiça consensual no âmbito do sistema acusatório brasileiro. Por meio de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, este trabalho buscou averiguar se a utilização do referido instituto seria suficiente para combater o chamado “tráfico privilegiado”. A conclusão é que o tráfico de drogas e a repercussão social dele decorrente ferem direitos fundamentais e representam grave ameaça para a ordem pública, sendo o acordo de não persecução penal medida inadequada para reagir ao delito. Dessa forma, o Ministério Público, defensor da ordem jurídica e dos interesses da sociedade, no devido exercício de sua autonomia, quando se depara com as condutas de traficância aqui descritas, deve dar início à persecução penal.

Palavras-chave: Acordo de não persecução penal. Tráfico privilegiado. Crimes hediondos. Quantidade de drogas. Proibição da proteção insuficiente.

Abstract: The present paper analyzes the nuances of the agreement of non-criminal persecution and how this institute contributed for the expansion of the consensual justice model within the scope of the brazilian accusatorial system. Through doctrinal and jurisprudential research, this paper sought to ascertain whether the use of that institute would be sufficient to fight the so-called “privileged traffic”. The conclusion is that the drug trafficking and the resulting social repercussions harm essential rights and represent a serious threat to the public order, with the agreement of non-criminal persecution being an inadequate measure to react to this crime. Therefore, the Prosecution Service, defender of the legal order and the interests of the society, in the due exercise of its autonomy, when faced with the trafficking conduct described here, must initiate the criminal prosecution.

Keywords: Agreement of non-criminal persecution. Privileged traffic. Heinous crimes. Amount of drugs. Prohibition of insufficient protection.

Sumário: 1. Introdução. 2. Do acordo de não persecução penal. 3. Do tráfico privilegiado. 4. O caráter (não) hediondo do tráfico privilegiado. 5. Quantidade de drogas apreendidas e o tráfico privilegiado. 6. A demanda de suficiência para que se celebre o acordo de não persecução penal. 7. Conclusão. 8. Referências.

1. Introdução

A Lei nº 13.964/2019, popularmente denominada “Lei Anticrime”, promoveu substanciais transformações no sistema de justiça criminal brasileiro, a fim de modernizá-lo e adequá-lo. Dentre as mais relevantes inovações, encontra-se a inserção do acordo de não persecução penal no Código de Processo Penal (art. 28-A), fazendo com que o mecanismo integrasse o rol legislativo de instrumentos de justiça negociada.

Naturalmente, o advento deste instituto na legislação processual penal pátria trouxe consigo uma série de reflexões sobre os tópicos mais nebulosos de sua aplicação. Tendo em vista que a legislação não possui o condão de ser exaustiva, rapidamente um extenso e frutífero labor teórico foi efetuado na doutrina e na jurisprudência com vistas a solucionar as questões mais complexas.

Contudo, como a lei acima mencionada ainda é relativamente recente, nem todas as temáticas relevantes foram devidamente encaradas ou pacificadas, restando ainda algumas zonas duvidosas a respeito do instrumento em tela. Dentre elas, destaca-se a possibilidade, ou não, da aplicação do acordo de não persecução penal nos crimes contemplados pela minorante do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006, vulgarmente conhecida como “tráfico privilegiado”.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que espelha a vontade popular, estipula o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins como um dos crimes mais repudiados pela ordem jurídica, dando a ele tratamento diferenciado em relação a outros injustos através da vedação do pagamento de fiança e de sua insuscetibilidade a graça ou anistia (art. 5º, XLIII). Tendo isso em vista, seria o acordo de não persecução penal a reação adequada e proporcional do Estado à traficância de menor ofensividade? Haveria algum óbice normativo (seja em regras ou em princípios) para aplicação do instrumento nestes casos? São perguntas que ainda não foram satisfatoriamente respondidas pela doutrina ou pela jurisprudência pátrias.

A fim de suprir esta lacuna na reflexão jurídica, empreendeu-se esta sucinta pesquisa em busca de elementos jurídicos capazes de elucidar a questão proposta, indicando se o acordo de não persecução penal pode ser proposto aos investigados por condutas que, em tese, se enquadram na hipótese do tráfico privilegiado. A identificação de possíveis parâmetros neste tópico tem grande relevância para a atuação do Ministério Público como titular da ação penal, propiciando a construção de uma atuação coesa e coerente do *Parquet* diante de contextos fáticos similares, ressalvada a independência funcional de seus membros.

O objetivo precípua deste estudo é verificar se o acordo de não persecução penal é aplicável aos crimes de tráfico contemplados pela causa de diminuição do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006. Em caráter secundário, buscou-se avaliar mais a fundo o instituto de justiça consensual em tela, bem como as nuances da minorante em comento, além do conceito de suficiência inserido no art. 28-A, *caput*, do Código de Processo Penal. Sob estes propósitos, a hipótese aqui desenvolvida é que o acordo de não persecução penal é insuficiente para prevenir e reprovar o chamado tráfico privilegiado, por não tutelar adequadamente os direitos fundamentais lesados pela traficância e a ordem pública.

Visando atingir os objetivos escolhidos e verificar a validade da hipótese, todos eles ligados a relações e estruturas internas ao ordenamento jurídico, adotou-se a metodologia jurídico-dogmática. Foram três os principais procedimentos metodológicos adotados. Em sede preliminar, foi analisada a Constituição, o Código Processo Penal e a legislação penal (notadamente as leis penais especiais, com destaque para a Lei nº 11.343/2006). Examinou-se ainda a jurisprudência dos Tribunais Superiores e dos Tribunais de Justiça. Derradeiramente, consultou-se material doutrinário de Direito Penal, Processual Penal e Constitucional.

Para fins didáticos, dividiu-se os resultados em cinco tópicos. Inicialmente, analisou-se o acordo de não persecução penal. Na sequência, dissertou-se sobre a estrutura da causa de diminuição de pena conhecida como tráfico privilegiado. Posteriormente, investigou-se a respeito da hediondez dos delitos contemplados por esta minorante. Da mesma forma, observou-se a relação entre a quantidade de drogas apreendidas e a aplicação do art. 33, §4º da Lei nº 11.343/2006. Por fim, dissertou-se acerca da suficiência do acordo de não persecução penal para uma versão mais branda do delito de traficância à luz da proibição da proteção insuficiente.

2. Do acordo de não persecução penal

O acordo de não persecução penal (ANPP) faz parte de uma trama de medidas consensuais penais introduzidas no Brasil ao longo das últimas décadas. De acordo com Jamil Chaim Alves (2018, p. 194), a justiça consensual é um modelo de justiça que aproxima acusação e defesa e tem como escopo a concordância dos envolvidos quanto ao desfecho do conflito penal. A título de elucidação, vale citar que justiça consensual é subdividida em quatro submodelos, quais sejam: modelo reparador, modelo pacificador ou restaurativo, modelo de justiça negociada e mo-

delo de justiça colaborativa. Não se tem aqui a pretensão de esgotar a temática, mas de demonstrar que a natureza jurídica do acordo de não persecução penal é de justiça negociada.

Dentre os quatro submodelos de justiça consensual existentes, o Juiz de Direito Jamil Chaim Alves (2018, p.194) ensina que a justiça negociada tem como base a confissão do delito, pois, a partir dela, acusação e acusado firmam um acordo em relação à sanção.

Os primeiros institutos com contornos de justiça negociada existentes no nosso ordenamento jurídico foram a transação penal e a suspensão condicional do processo, positivados com o advento da Lei nº 9.099/95. Apesar de esses instrumentos de justiça consensual não exigirem a confissão, o acordo da acusação e da defesa realizado nesses institutos conflui em algumas condições que são pré-estabelecidas e, uma vez cumpridas, o acusado recebe benefícios penais, quais sejam: a abreviação de sua pena ou extinção do processo.

Mais de duas décadas após o início da vigência da Lei nº 9.099/95, o acordo de não persecução penal foi criado com a Resolução 181/17 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e foi posteriormente alterado pela Resolução 183/19 do referido Conselho. Vários foram os questionamentos levantados em relação à constitucionalidade da resolução, resultando, então, nas Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade (ADIs) nº 5790/DF e nº 5793/DF. No entanto, todas as discussões foram extintas quando a Lei nº 13.964/19 entrou em vigência e instaurou, definitivamente, o ANPP no ordenamento jurídico brasileiro, inserindo-o no art. 28-A do Código de Processo Penal (CPP).

De acordo com Rogério Sanches Cunha (2020, p. 127), “[...] O ANPP pode ser conceituado como um ajuste obrigacional celebrado entre o órgão de acusação e o investigado (assistido por advogado), devidamente homologado pelo juiz”. Percebe-se que o acusado confessa formalmente sua culpa; em contraposição, o Ministério Público deixa de oferecer a denúncia, mesmo existindo justa causa. O benefício dado ao agente nessa negociação é o de ser contemplado com condições menos severas do que a pena aplicável ao fato a si imputado. O *caput* do art. 28-A do CPP traz que:

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 (BRASIL, 2019).

Da leitura do instituto do ANPP como um todo, podemos extrair que tal acordo somente poderá ser celebrado se forem observados alguns requisitos. No intuito de facilitar a visualização do art. 28-A, apresentamos um compilado dos requisitos, conforme listado abaixo:

[...] a) não seja caso de arquivamento da investigação; b) o criminoso assume a autoria do delito (confissão formal e circunstancial); c) a infração deve apresentar pena mínima inferior a quatro anos, devendo ser consideradas as causas de aumento (no patamar mínimo) e diminuição (no patamar máximo) aplicáveis ao caso concreto; d) não constitua crime praticado com violência ou grave ameaça contra pessoa (crime doloso); e) não seja crime de violência doméstica; f) o agente não seja reincidente; g) não seja possível a transação penal; h) o agente não possua antecedentes que caracterizem conduta criminosa habitual, observando-se a Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça; i) o agente não tenha sido beneficiado com o acordo de não persecução penal, transação ou sursis processual nos últimos 5 anos; j) a medida seja necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime (SERRANO JÚNIOR et al, 2020, p. 88).

Dentre a lista de requisitos legais para a concessão do ANPP, temos que o último critério que trata da necessidade e suficiência do instituto para a reprovação e prevenção da criminalidade é de cunho subjetivo, já que outorga grande discricionariedade para que o *Parquet* realize essa avaliação. O art. 28-A *caput*, conforme indicado, expressamente aduz que “[...] o Ministério Público *poderá* propor acordo de não persecução penal” (grifo nosso). O verbo “poderá” iniciou questionamentos sobre a natureza do ANPP: se seria direito subjetivo do réu que atende aos requisitos objetivos ou se seria um poder-dever do Ministério Público, devendo o Promotor analisar o caso concreto.

Para finalizar as discussões supracitadas, não se pode olvidar que um acordo pressupõe equilíbrio, logo, além de beneficiar o infrator com uma pena mais branda, o ANPP deve também apresentar para a sociedade uma resposta eficaz em relação ao mal causado pelo agente. Nas palavras de Jefferson Botelho Pereira (2020), deve imperar a coerência jus-processual, pois, sem esse elemento de equilíbrio, o instituto do acordo perde sua razão de ser. Dessa forma, entendemos que o Ministério Público, como *dominus litis* da ação penal, tem poder-dever de deliberar sobre a propositura do ANPP. Cabe ao Órgão Ministerial ponderar se é medida justa flexibilizar o princípio da obrigatoriedade da ação penal para propor o acordo. Outro não é o entendimento firmado pelo Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM) do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais (CNPGE). Vejamos: “ENUNCIADO 19 (ART. 28-A, CAPUT) O acordo de não persecução penal é faculdade do

Ministério Público, que avaliará, inclusive em última análise (§14), se o instrumento é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime no caso concreto” (BRASIL, Grupo Nacional dos Coordenadores de Centro de Apoio Criminal, 2020a)¹.

No deslinde da questão levantada, sustenta-se que o ANPP não pode ser considerado como um direito subjetivo do acusado, pois, se assim o fosse, seria possibilitado ao Magistrado que realizasse o acordo de ofício, em vez de realizar ato meramente homologatório (LIMA, 2020, p. 221). Tal interferência seria uma abrupta imposição de celebração de ANPP por parte do Poder Judiciário, o que resultaria em grave usurpação das funções do órgão acusatório. Trazemos à tona outro importante Enunciado do GNCCRIM que trata da temática. *In fine*:

ENUNCIADO 24 (ART. 28-A, §§ 5º, 7º E 8º) A homologação do acordo de não persecução penal, a ser realizada pelo juiz competente, é ato judicial de natureza declaratória, cujo conteúdo analisará apenas a voluntariedade e a legalidade da medida, não cabendo ao magistrado proceder a um juízo quanto ao mérito/conteúdo do acordo, sob pena de afronta ao princípio da imparcialidade, atributo que lhe é indispensável no sistema acusatório (BRASIL, Grupo Nacional dos Coordenadores de Centro de Apoio Criminal, 2020b. Grifo nosso).

Tendo em vista as particularidades dessa temática, apresentamos alguns julgados para demonstrar que os Tribunais têm entendido que o ANPP se reveste de um poder-dever do Ministério Público, sendo a tese de direito subjetivo do réu descaracterizada.

Em sede de Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus nº 130.587/SP, o ministro Felix Fischer, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), afirmou que:

[...] Outrossim, como bem asseverado no parecer ministerial, “O acordo de persecução penal não constitui direito subjetivo do investigado, podendo ser proposto pelo MPF conforme as peculiaridades do caso concreto e quando considerado necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção da infração penal”, não podendo prevalecer neste caso a interpretação dada a outras benesses legais que, satisfeitas as exigências legais, constitui direito subjetivo do réu, tanto que a redação do art. 28-A do CPP preceitua que o Ministério Público poderá e não deverá propor ou não o referido acordo, na medida em que é o titular absoluto da ação penal pública, ex vi do art. 129, inc. I, da Carta Magna (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2020).

¹ Embora os enunciados do GNCCRIM não possuam conteúdo vinculativo, eles são importantes ferramentas de orientação para os Ministérios Públicos de todo o país, pois permitem uma atuação homogênea e articulada dos MPs estaduais na esfera criminal.

Nesse mesmo sentido já se manifestou o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). O desembargador Ferreira Rodrigues, em sede de Habeas Corpus Criminal nº 2264634-89.2020.8.26.0000, advertiu que:

[...] Em se tratando de ato que exige convergência de vontades, o oferecimento de acordo de não persecução penal, previsto no artigo 28-A do Código de Processo Penal, não pode ser objeto de imposição ao órgão acusador, pois não constitui direito subjetivo do acusado, e sim prerrogativa institucional do Ministério Público, quando seu representante reputar a medida suficiente para reprovação e prevenção do crime (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, 2020).

Já o desembargador Carlos Eduardo Freire Roboredo, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), em seu voto no Recurso em Sentido Estrito nº 0003044-59.2020.8.19.0054, suscitou que:

[...] Instituto do ANPP que não gera para o investigado qualquer direito subjetivo à sua fruição, tanto que o mesmo não pode ser diretamente concedido pelo Poder Judiciário, caracterizando-se, à luz dos seus requisitos conformadores, como um autêntico poder-dever do Ministério Público, uma faculdade regrada e exercida, sob o influxo do princípio da oportunidade da ação penal por este titularizada (CF, art. 129; CPP, art. 3ºA), no espaço inerente à concepção da chamada justiça penal consensuada. Investigado que, todavia, ostenta direito subjetivo a uma manifestação motivada e oportuna, ainda que negativa, por parte do Ministério Público sobre o ANPP, sobretudo por lhe gerar a legítima pretensão de buscar, na sequência, a atuação revisora do Procurador Geral da Justiça (CPP, § 14 do art. 28-A), animado pela justa expectativa de poder gozar de benefícios jurídico-penais a partir da sua eventual proposição e posterior homologação judicial (CPP, § 4º do art. 28-A) (RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça, 2020).

Por fim, podemos concluir que o acordo de não persecução penal consolidou, de uma vez por todas, a tendência de utilização de instrumentos de justiça negociada no ordenamento jurídico brasileiro. De acordo com Nardelli (2014, p. 331-365), o instituto foi a resposta encontrada diante da “[...] pretensa modernização e atualização do sistema penal, através dos valores de eficiência, celeridade e economia processual”. No entanto, essa alternativa ao sistema tradicional e o anseio pelas suas vantagens não podem obstar a atuação do *Parquet*, devendo os membros do Ministério Público ter respeitada sua autonomia e prerrogativa de deliberar sobre o cabimento ou não do acordo.

Sob a égide da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), o Ministério Público foi escolhido como o órgão competente

para defender a ordem jurídica e os interesses da sociedade. Logo, somente ele está apto a deliberar, dentro da sua prerrogativa de autonomia funcional, se o ANPP é instrumento suficiente e eficaz para reprovação e prevenção da criminalidade.

3. Do tráfico privilegiado

No intuito de cumprir o preceito constitucional de criminalização explícita do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, entrou em vigência em 3 de agosto de 2006 a Lei nº 11.343/2006, conhecida como Lei de Drogas, revogando expressamente as suas antecessoras – Leis nº 6.368/1976 e Lei nº 10.409/2002.

De acordo com Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi (2009, p. 86), a Lei de Drogas tutela a saúde pública, dessa forma os crimes descritos neste diploma legal são de perigo abstrato:

o bem jurídico protegido é a saúde pública. A deterioração da saúde pública não se limita àquele que a ingere, mas põe em risco a própria integridade social. O tráfico de entorpecentes pode ter, até, conotações políticas, mas basicamente o que a lei visa a evitar é o dano causado à saúde pelo uso de droga. Para a existência do delito, não há necessidade de ocorrência do dano. O próprio perigo é presumido em caráter absoluto, bastando para a configuração do crime que a conduta seja subsumida num dos verbos previstos.

Dentre as novidades instauradas pela Lei nº 11.343/2006, temos a criação da figura do tráfico privilegiado, insculpido no art. 33, §4º do referido diploma normativo. Vale ressaltar que não se trata de um tipo penal autônomo. Na verdade, ele é uma causa especial de diminuição de pena (MASSON; MARÇAL, 2019, p. 84). Segundo a prescrição legal:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

[...]

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa (BRASIL, 2006).

Nos moldes da legislação supracitada, a minorante do tráfico privilegiado possibilita a aplicação pelo Magistrado de redução de um sexto a dois terços das penas referentes aos crimes previstos no *caput* e §1º do mesmo artigo. No entanto, a incidência de tal causa de diminuição depende da observância de quatro requisitos pelo agente, sendo eles: primariedade, bons antecedentes, que o infrator não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa. É pacificado na jurisprudência nacional que tais requisitos são cumulativos, conforme a tese adotada pelo STJ: “TESE Nº 22: A causa de diminuição de pena prevista no §4º do art. 33 da Lei de Drogas só pode ser aplicada se todos os requisitos, cumulativamente, estiverem presentes” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2019a).

Tendo em vista a importância desses quatro requisitos legais, será delineado o contorno de cada um deles e demonstrado como a jurisprudência pátria vem se posicionando perante a aplicação destes no caso concreto.

O primeiro elemento é a primariedade do agente. Como é um conceito que não possui previsão legal, temos que delimitá-lo por meio do que seria a sua antípoda, a reincidência. Dessa forma, o significado de “primário” poderá ser obtido pela via residual. A reincidência está prevista no art. 63 do Código Penal (CP): “Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior” (BRASIL, 1940).

Para que o agente seja considerado reincidente, devem estar presentes três requisitos em ordem cronológica: prática de um crime cometido no Brasil ou no estrangeiro, condenação definitiva por esse crime e prática de um novo crime. Insta salientar ainda que tanto a reincidência específica quanto a reincidência genérica são óbices para a aplicação do §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, conforme entendimento consolidado pelo STJ:

[...] 1. A reincidência, específica ou não, não se compatibiliza com a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, dado que necessário, dentre outros requisitos, seja o agente primário. Tal óbice e a exasperação da pena, na segunda fase, não importam em bis in idem, mas em consequências jurídico-legais distintas de um mesmo instituto. Precedentes (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2019b).

O segundo elemento refere-se aos bons antecedentes criminais. Consideram-se como antecedentes criminais todas as informações relativas à vida pretérita pregressa do réu no âmbito criminal. Aqui, apenas o que

está documentado na folha de antecedentes, emitida pelo órgão do Estado, será considerado. É válido destacarmos aqui que prepondera divergência entre os Tribunais Superiores a respeito de qual seria o lapso temporal apropriado para a consideração de existência de maus antecedentes diante de uma condenação definitiva.

Em apertada síntese, a primeira corrente, denominada de “sistema da perpetuidade”, considera que não existe lapso temporal depurador dos maus antecedentes por falta de previsão legal. Esse é o entendimento do STJ, mediante o julgamento do Habeas Corpus nº 353014/SP (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2017a). Logo, a condenação em definitivo caracterizaria maus antecedentes por tempo indefinido.

Já a segunda corrente é denominada de “sistema de temporalidade” e considera que a condenação definitiva vale como maus antecedentes por cinco anos contados, a partir do cumprimento da pena ou de sua extinção, por outro motivo qualquer. Assim, esse posicionamento interpreta o instituto analogamente à reincidência, que possui período depurador quinquenal à luz do art. 64, I do CP. Tal corrente é predominante no STF, a exemplo do julgamento do Habeas Corpus nº 126.315/SP (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2015).

Por seu turno, o terceiro elemento está atrelado à dedicação a atividades criminosas. Insta salientar que não é necessário que a dedicação empenhada pelo agente seja exclusiva ao mundo do crime. Parece correta a corrente doutrinária que considera que, para descaracterizar a dedicação às atividades criminosas, “[o termo] deverá ser interpretado no sentido de que não responda a outros inquéritos ou ações penais” (BALTAZAR JUNIOR, 2014 apud MASSON; MARÇAL, 2019, p. 86). Por consequência lógica, é possível aferir que o agente que está envolvido em outras ações penais é familiarizado com o ambiente do crime, restando clara sua dedicação a atividades de cunho criminal.

É importante consignar que há divergência entre o STF e o STJ acerca da possibilidade de o juiz negar o benefício do §4º do art. 33 da Lei de Drogas com base no fato de o acusado ser investigado em inquérito policial ou ser réu em outra ação penal que ainda não transitou em julgado. Em que pese o entendimento contrário do STF (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2020), apresentaremos o entendimento do STJ, o qual consideramos mais assertivo. Dessa forma, trazemos um trecho do julgado Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 621.828/RS, em que o relator, ministro Felix Fischer, pondera que:

[...] III - A Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar o EREsp n. 1.431.091/SP, em sessão realizada no dia 14/12/2016, firmou orientação

no sentido de que inquéritos policiais e ações penais em curso podem ser utilizados para afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, por indicarem que o agente se dedica a atividades criminosas (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2021).

Dando prosseguimento, o STJ também considera que a figura do tráfico privilegiado pode ser afastada nos casos em que os réus também tenham sido condenados pelo crime de associação para o tráfico de drogas, pois esse elemento indicaria que o agente se dedica às atividades criminosas. Vejamos um trecho do Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial nº 419.955/PR de relatoria do Ministro Gurgel Faria:

[...] 4. A jurisprudência desta Corte afasta a aplicação daquele redutor aos réus também condenados pelo crime de associação para o tráfico de drogas, como no caso (HC 219.621/TO, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 19/02/2015, e HC 273.816/AC, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 25/11/2013). 5. Agravos regimentais desprovidos (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2015).

Por sua vez, o quarto e último requisito é a exigência de que o agente não integre organização criminosa. É da Lei 12.850/2013 que extraímos o significado de tal expressão. Vejamos:

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

[...]

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional (BRASIL, 2013).

Acerca desse requisito, a jurisprudência dos Tribunais Superiores é pacífica no sentido de que o sujeito considerado como “mula habitual” ou “experiente” não poderia experimentar a benesse da minorante do tráfico privilegiado, por ser considerado como agente integrante de organização criminosa. Assim, o STJ consolidou tal entendimento em 2017 no Habeas Corpus nº 387.077/SP, que foi noticiado no Informativo nº 602. Vejamos um trecho:

[...] Embora haja diversos julgados de ambas as Turmas deste Tribunal Superior nos quais se afirma não ser possível o reconhecimento do tráfico privilegiado ao agente transportador de drogas na qualidade de “mula”, acolho o entendimento uníssono do Supremo Tribunal Federal

sobre a matéria, no sentido de que a simples atuação nessa condição não induz, automaticamente, à conclusão de que o sentenciado integre organização criminosa, sendo imprescindível, para tanto, prova inequívoca do seu envolvimento, estável e permanente, com o grupo criminoso, para autorizar a redução da pena em sua totalidade. Precedentes do STF (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2017b).

Assim, concluem-se os apontamentos acerca das peculiaridades que envolvem a causa de diminuição do tráfico privilegiado. Verificou-se nas decisões supramencionadas ao longo desse capítulo que o STJ possui posicionamento mais repressivo em relação ao crime de tráfico de drogas, na medida em que restringe as situações em que se pode admitir a incidência da minorante.

4. O caráter (não) hediondo do tráfico privilegiado

Feitas as considerações preliminares, passa-se à análise de possíveis soluções para a problemática aqui abordada. Em um primeiro exame, poder-se-ia dizer que o acordo de não persecução penal é incabível nos casos em que incidir a minorante do art. 33, §4º da Lei nº 11.343/2006, em virtude da equiparação do tráfico de drogas aos delitos de caráter hediondo.

De fato, conforme exposto anteriormente, a CRFB/88 é categórica ao conceder tratamento mais gravoso aos ilícitos de traficância (BRASIL, 1988). A Lei nº 8.072/1990 reitera o mandamento constitucional, dispondo que o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins é equiparável aos crimes hediondos (BRASIL, 1990). Sendo assim, este delito não seria compatível com o acordo de não persecução penal que, em face da hediondez da conduta ilícita, é afastado. Muito embora não seja explicitada no CPP, esta vedação foi endossada pelo GNCCRIM:

ENUNCIADO 22 (art. 28-A, § 2º, IV): Veda-se o acordo de não persecução penal aos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, bem como aos crimes hediondos e equiparados, pois em relação a estes o acordo não é suficiente para a reprovação e prevenção do crime (BRASIL, Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal, 2020c).

Esta interpretação, genericamente correta para os delitos de tráfico de drogas, não se adequa aos casos que envolvem tráfico privilegiado. Isso ocorre em virtude do não reconhecimento do caráter hediondo das condutas contempladas por esta causa de diminuição de pena. Este é o entendimento

adotado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) desde o julgamento do Habeas Corpus nº 118.533/MS (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2016a).

Os pacientes do aludido remédio constitucional - condenados como incurso no art. 33, *caput* e §4º, da Lei nº 11.343/2006, pelo transporte de 772,0 kg de maconha - insurgiam-se contra a caracterização de hediondez do delito por eles cometido. Naquela ocasião, a maioria dos ministros do Pretório Excelso, seguindo a relatora, ministra Cármen Lúcia, encampou a tese dos impetrantes.

O primeiro argumento a sustentar a tese vencedora foi a ausência de norma legal que expressamente equiparasse o tráfico privilegiado aos delitos de caráter hediondo (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2016a, p. 14). Afirmou-se que o art. 44 da Lei nº 11.343/2006 estabeleceu o rol de condutas daquele diploma que seriam tratados com os rigores da hediondez, apartando o tráfico privilegiado desta lógica.

Semelhantemente, arrazoou-se que o instituto do tráfico privilegiado tem como objetivo precípua beneficiar os sentenciados através da concessão de tratamento mais benigno e menos gravoso (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2016a, p. 16-17). Assim, a criação de uma margem de avaliação aos magistrados para que, na sentença, deliberassem sobre a gravidade à luz do caso concreto seria um mecanismo legislativo para afastar a hediondez (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2016a, p. 43). Dessa forma, o reconhecimento de caráter hediondo do tráfico privilegiado implicaria em uma reprovação desproporcional do injusto.

Por fim, a Suprema Corte ponderou que o tratamento dado pelo ordenamento jurídico brasileiro ao delito em tela já era incompatível com o reconhecimento de sua hediondez, tendo em vista que os Decretos Presidenciais nº 6.706/2008 e nº 7.049/2009 haviam beneficiado com indulto os condenados abarcados pela modalidade privilegiada de tráfico (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2016a, p.16-17).

Portanto, através de *overruling*, alterou-se a jurisprudência do STF, afastando a hediondez nos casos em que ocorre o tráfico privilegiado (MASSON; MARÇAL, 2019, n.p.). Em consequência disso, foi despida de efeitos a Súmula nº 512 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que dispunha em sentido contrário (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2014).

Em termos práticos, o entendimento jurisprudencial vigente traduz-se na inexigibilidade de requisitos mais severos para o livramento condicional e na inexistência de vedação à progressão de regime, que poderá ocorrer com o cumprimento de 16% da pena (LIMA, 2020, p. 384). Igualmente, não há óbice para que os condenados por tráfico privilegiado sejam contemplados por anistia, graça ou indulto (MASSON; MARÇAL, 2019, n.p.).

A decisão supracitada é passível de justas críticas, tendo em vista os nefastos efeitos do tráfico de drogas sobre a sociedade brasileira e o fato de que o tratamento mais benevolente estimula as organizações criminosas a recrutar um número ainda maior de pessoas com bons antecedentes para a prática de ilícitos (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2016a, p. 49-50). Todavia, essa jurisprudência foi consolidada pelas alterações promovidas na Lei de Execução Penal pela Lei nº 13.964/2019 (BRASIL, 2019).

Assim sendo, esta primeira possível solução pode ser descartada. Mesmo que os delitos que envolvam o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins sejam equiparáveis aos hediondos, a jurisprudência e a legislação vigentes não reconhecem a hediondez das condutas abarcadas pela causa de diminuição do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006.

5. Quantidade de drogas apreendidas e o tráfico privilegiado

Outro tópico relevante para esta reflexão diz respeito à aplicação da minorante do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006 aos casos em que grandes quantidades de drogas foram apreendidas. Pela vedação à dupla punição pelo mesmo fato (princípio do *ne bis in idem*), não poderia esta circunstância, por si só, servir simultaneamente para exasperar a pena-base e impedir a aplicação da causa de diminuição (LIMA, 2020, p. 1070).

Esta tese se coaduna com a recente alteração da jurisprudência da Segunda Turma do STF, no julgamento do Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 193.223/SP. Segundo o entendimento adotado, a quantidade da droga, ainda que determinante para modular a diminuição da pena no caso concreto, não serve para comprovar a habitualidade delitiva ou o envolvimento com organização criminosa (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2020, p. 17). Em outros termos, decidiu-se que a quantidade de drogas apreendidas não é elemento capaz de determinar peremptoriamente a ausência destes requisitos da caracterização do tráfico privilegiado, não afastando a incidência do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006.

A bem da verdade, a aferição da quantidade de drogas que o réu possuía por ocasião do delito não é de todo inútil. Ainda que, isoladamente considerado, não seja capaz de impedir a diminuição da pena, este elemento pode integrar um contexto fático maior que justifique um tratamento mais gravoso. Afinal, conforme lição de Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 1072):

[...] se o indivíduo for flagrado com grande quantidade e variedade de drogas, tem-se aí forte indicativo de que se trata de agente dedicado

a atividades criminosas, até mesmo porque não é normal que um traficante pequeno e eventual dê início às atividades de traficância com tamanha quantidade e diversidade de drogas.

Entretanto, de que maneira esse indício pode ser comprovado? Qual seria o contexto que demonstraria que a quantidade de drogas possui efetiva relação com dedicação à prática delitiva ou com atividade de organização criminosa?

Uma situação que pode servir de exemplo aqui é a atuação das “mulas”, geralmente pessoas em situação de vulnerabilidade social e financeira que são recrutadas para transportar drogas (LIMA, 2020, p. 1073). Note-se que, despojado de estabilidade e permanência, o mero aliciamento não teria o condão de fazer com que as “mulas” sejam consideradas como integrantes da organização criminosa dedicada à traficância. Logo, em tese, nada impede que, atendidos os demais requisitos, as “mulas” sejam contempladas pelo tráfico privilegiado.

Entretanto, há conjunturas em que a complexidade da atividade empreendida pela “mula” impõe o afastamento da causa de diminuição de pena. Quando o transporte envolve remuneração, custeio prévio de despesas, intrincada preparação logística para exportação do produto (através do fornecimento de passaportes, hospedagem, dinheiro ou outros bens), além da grande quantidade de droga, é inviável falar em caracterização do tráfico privilegiado (LIMA, 2020, p. 1073).

Em juízo ainda mais singelo, pode-se dizer que a grande quantidade de droga apreendida, aliada aos preparativos para que se faça viagem internacional, também obsta a aplicação da minorante do tráfico privilegiado. Neste sentido, decidiu o STJ no Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 241.207/SP (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2016, p. 6) em entendimento que, por ser mais específico, não parece ter sido superado pela jurisprudência mais recente do STF.

Em virtude disso, não se pode negar que a quantidade de drogas frequentemente está associada a conjunturas que demandam do Estado uma resposta punitiva mais rigorosa. Nestes casos, não há que se falar em tráfico privilegiado. Ainda assim, há casos em que nada além da quantidade de droga apreendida é comprovado. Nestas situações, segundo a jurisprudência vigente do STF, caberia o tráfico privilegiado, capaz de reduzir a pena mínima a ponto de satisfazer o requisito de quantidade de pena previsto no art. 28-A, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Sendo assim, vê-se aqui não uma solução, mas um problema para a aplicação do acordo de não persecução penal aos delitos de tráfico privilegia-

do. Seria este instituto capaz de reprovar e prevenir o cometimento dos delitos de tráfico abarcados pelo art. 33, §4º da Lei nº 11.343/2006? Será que a generosidade de um mecanismo de justiça consensual seria a reação estatal adequada a um delito sobremodo nocivo, que tanto turba a paz pública e tão violentamente atinge um extenso rol de direitos fundamentais? Mesmo em casos onde a quantidade de drogas encontradas com o réu for elevada seria também possível negociar o encerramento da persecução penal? Por óbvio, a resposta para todas essas perguntas é negativa. Para fundamentar juridicamente esta negação, parece que o melhor caminho é a análise do conceito de suficiência e suas variadas nuances.

6. A demanda de suficiência para que se celebre o acordo de não persecução penal

Por imperativo do art. 28-A do Código de Processo Penal, um dos requisitos para a celebração do ANPP é a sua suficiência para prevenir e reprovar o crime (BRASIL, 1941). Têm-se, portanto, que o referido instituto deve ser necessário e adequado para fomentar os fins legalmente dispostos (LOPES, 2020, n.p.; NOVELINO, 2016, p. 292). Em outras palavras, o acordo deve ser a medida menos gravosa possível para emitir um juízo social de reprovação em face do autor e do injusto, coibir a reiteração delitiva e o avanço da criminalidade, além de restaurar o investigado ao convívio (FERNANDES, 2017, p. 243; NUCCI, 2020, n.p.).

À luz da exposição do capítulo 2, vê-se que a análise concreta da suficiência é protegida pelo princípio da independência funcional do Ministério Público. Logo, o juízo de adequação e necessidade do ANPP está vinculado tão-somente à CRFB/88, à legislação infraconstitucional e à consciência jurídica do membro do *Parquet* (FERNANDES, 2017, p. 1346). Contudo, a fim de robustecer a fundamentação do titular da ação penal nessa análise discricionária, parece salutar e conveniente a adoção da tese da proibição da proteção insuficiente.

É inegável que o ordenamento constitucional vigente veda os excessos dos poderes públicos, cingindo seus atos a um juízo de proporcionalidade composto pelo exame de adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*. Por outro lado, é igualmente incontestável que as medidas exigidas pela Constituição para a satisfação de direitos fundamentais não podem estar aquém do necessário. É neste ponto que reside a proibição da proteção insuficiente (NOVELINO, 2016, p. 296). No magistério de Marcelo Novelino:

A proibição de proteção insuficiente impõe aos poderes públicos, portanto, a adoção de medidas adequadas e suficientes para garantir a proteção e promoção dos direitos fundamentais, sobretudo, daqueles que dependem de prestações materiais – e.g., direitos sociais prestacionais – e jurídicas – e.g., criminalização de condutas gravemente ofensivas – por parte do Estado (NOVELLINO, 2016, p. 296).

Sob este prisma, busca-se impedir que o Estado adote medidas por demais tímidas no cumprimento de mandamentos constitucionais de elevada importância, como são os mandados de criminalização. Na lição de José Afonso da Silva (2008, p. 139), estes mandados constituem certas garantias penais dos direitos fundamentais insertas no rol do art. 5º da CRFB/88. Dentre elas, está a concessão de tratamento severo aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins – art. 5º, XLIII, CRFB/88 (BRASIL, 1988). Conforme entendimento adotado pelo STF no julgamento do Habeas Corpus nº 104.410/RS, pode-se declarar a inconstitucionalidade da norma que transgredir este mandamento, ofertando tutela penal deficiente aos bens constitucionalmente protegidos (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2012).

Logo, ainda que se reconheça o tratamento mais benigno ofertado pelo legislador às hipóteses de tráfico privilegiado, não se pode olvidar da gravidade do delito. Tratar um ilícito cuja destacada lesividade foi reconhecida pela CRFB/88 integralmente à semelhança dos demais tipos penais é interpretar a lei de forma a oferecer proteção insuficiente a bens constitucionalmente protegidos. A celebração de acordos de não persecução penal nas hipóteses em que incidir a minorante do art. 33, §4º da Lei nº 11.343/2006 implica insuficiência na reação ao injusto, na garantia da ordem pública e na mitigação da repercussão social do tráfico.

A suficiência para reprovação do crime no ANPP é traduzida primariamente na reação proporcional ao injusto. Entende-se proporcionalidade na seara penal como o equilíbrio entre a infração praticada e a sanção imposta (NUCCI, 2020, n.p.). Logo, quanto maior for a intensidade da ofensa gerada pelo ilícito, maior será a sua reprovação.

Verifica-se, em uma análise inicial, que o tráfico de drogas ofende ao direito à saúde. Afinal, conforme exposto, o principal bem jurídico tutelado pela Lei nº 11.343/2006 é a saúde pública, entendida aqui como a saúde da coletividade como um todo (MASSON; MARÇAL, 2019, n.p.; CAPEZ, 2019, n.p.). Já nesta primeira análise, percebe-se agressão a direito social de grande relevância, estabelecido pelo art. 6º, *caput*, e 196, ambos da CRFB/88 (BRASIL, 1988). Assim sendo, os delitos de traficância - nas modalidades mais graves ou mais brandas - sabotam as ações

públicas tendentes a assegurar a dignidade e autonomia dos cidadãos (FERNANDES, 2017, p. 728).

Mais do que isso, o tráfico privilegiado especificamente considerado fere o direito à segurança. Estabelecido pelo art. 5º, *caput*, da CRFB/88 (BRASIL, 1988), trata-se de um gênero de proteções que, dentre outros fins, destina-se a salvaguardar direitos fundamentais e garantir a segurança em matéria penal por meio de procedimentos, proibições e limitações (SILVA, 2008, p. 72). Ao utilizar-se da liberalidade do constituinte originário para ser excessivamente benevolente no trato de determinados injustos, acaba-se por ameaçar outro bem caríssimo ao texto constitucional.

Como argumentou o ministro Dias Toffoli, em voto vencido no julgamento Habeas Corpus nº 118.533/MS, a generosidade ofertada nos casos de tráfico privilegiado forneceria estímulo para atividades desenvolvidas por organizações criminosas. Reduzindo os riscos do envolvimento com o ilícito, o trabalho de recrutamento de pessoas com bons antecedentes, mediante a oferta de valores consideráveis, seria grandemente facilitado (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2016a, p. 49-50). Não restam dúvidas de que o fortalecimento de organizações existentes para a prática de crimes abala a segurança constitucionalmente garantida.

Portanto, a benevolência do ANPP não é compatível com um delito tão contrário a direitos desta magnitude. Para que não se conceda proteção deficiente à segurança e à saúde, deve-se afastar a celebração do mecanismo de justiça consensual em tela quando a conduta ilícita se enquadrar na hipótese de tráfico privilegiado.

A suficiência exigida no art. 28-A do Código de Processo Penal também se coaduna com a efetiva garantia da ordem pública. Entende-se ordem pública como o imperativo de proteger a coletividade por meio da preservação da tranquilidade social, que é turbada pelo cometimento de crimes (PACELLI, 2018, n.p.; AVENA, 2018, n.p.; NUCCI, 2016, n.p.).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reitera este caráter comunitário do conceito de ordem pública, advogando que sua defesa se traduz no acautelamento do meio social em face de fatores de perturbação intrínsecos a determinados ilícitos (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2011, p. 1).

Dessa forma, a proibição da proteção insuficiente também leva ao devido enfrentamento dos delitos que ofendem os direitos fundamentais de maneira mais acintosa. Nesta lógica, insere-se o tráfico, mesmo quando incide a causa de diminuição do tráfico privilegiado, haja vista que seus efeitos são especialmente nocivos à manutenção dos direitos à segurança e à saúde.

Finalmente, pode-se dizer ainda que a insuficiência do ANPP para re-provar e prevenir o tráfico também pode ser notada na sua inadequação para mitigar a repercussão social deste injusto. Além das lesões a direitos fundamentais inerentes à traficância, verifica-se uma série de efeitos colaterais da presença endêmica desta prática delitiva na sociedade brasileira. Segundo pesquisa realizada pela Fundação Oswaldo Cruz em 2017, 9,9% dos brasileiros relataram ter usado drogas ilícitas alguma vez, sendo que 3,563 milhões haviam consumido em período recente (CORREIO BRAZILIENSE, 2019).

Este mercado clandestino, solidamente estabelecido no cenário nacional, possui notável amplitude logística. Conforme dados publicados pelo Ministério da Justiça, apenas no primeiro semestre de 2020 foram realizadas 48.298 prisões relacionadas ao tráfico de drogas em território nacional, convertendo-se US\$ 12 milhões apreendidos apenas em operações da Polícia Federal (GOVERNO DO BRASIL, 2020). Ainda segundo o mesmo levantamento:

“De janeiro a junho, as polícias estaduais, Federal e Rodoviária Federal, juntas, apreenderam 1,2 mil toneladas (1.253 kg) de maconha e 92,5 toneladas (92.587 kg) de cocaína. Outras drogas, como crack (3,389.10 kg), pasta base (8,800.62 kg) e ecstasy (66.254 comprimidos) também foram apreendidos neste período.” (GOVERNO DO BRASIL, 2020).

Para além disso, há a questão das organizações criminosas que exercem domínio territorial sobre significativas parcelas de áreas urbanas sob jurisdição brasileira, impondo verdadeiro regime de exceção. Este poder paralelo transcende as ofensas naturais dos delitos de traficância e associação para o tráfico, criando constrangimento ao exercício de uma miríade de direitos fundamentais, o que pode ser exemplificado pela perseguição perpetrada por traficantes evangélicos do chamado “Complexo de Israel”, na cidade do Rio de Janeiro, contra praticantes de religiões de matriz africana (PINHEIRO, 2021).

Nem mesmo aqueles que vivem além das fronteiras destas áreas dominadas estão à salvo dos efeitos deletérios dos delitos estabelecidos na Lei nº 11.343/2006. A ausência de controles mais rígidos na comercialização de drogas também tem o condão de corroer o tecido social, por meio dos efeitos viciantes dos entorpecentes sobre os usuários e seus desdobramentos nefastos sobre a vida daqueles que com eles convivem (CAPES, 2019, n.p.).

É ingênuo dizer que estas consequências estão associadas tão somente aos delitos de maior gravidade, excluindo aqueles (comparativamente) mais brandos, como o tráfico privilegiado. Em razão do tratamento benigno ofertado pelo art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006, as organizações

criminosas agem de maneira sagaz, aliciando pessoas humildes e com bons antecedentes para transportarem as drogas em pequenas quantidades (LIMA, 2020, p. 1073).

Também nos casos que envolvam estas chamadas “mulas” ou outras situações de tráfico privilegiado, a proibição da proteção insuficiente exige uma reprimenda que vá além da magnanimidade do ANPP. Em virtude da repercussão social gravemente negativa do delito, é imperioso que o Estado reaja com rigor, a fim de conseguir prevenir e reprovar devidamente o injusto.

Por estas razões, a aplicação deste instituto de justiça consensual na hipótese delitiva em comento geraria uma proteção insuficiente de bens constitucionalmente tutelados, notadamente – mas não exclusivamente – dos direitos à segurança e à saúde. Por isso, considera-se que o ANPP é insuficiente (e, portanto, incabível) nas hipóteses de tráfico privilegiado.

7. Conclusão

O ANPP é um instrumento de justiça negociada que consiste na celebração de um acordo entre a defesa e acusação mediante o cumprimento de alguns requisitos previamente estabelecidos, de forma que a atuação do juiz fica restrita exclusivamente à homologação do acordo. É predominante na doutrina e na jurisprudência pátria que o ANPP é um poder-dever do Ministério Público, órgão responsável por delimitar a necessidade e suficiência desse instrumento para o combate e prevenção do crime.

Outro instituto delimitado por esse estudo foi a causa especial de diminuição de pena conhecida como tráfico privilegiado, insculpida no art. 33, §4º da Lei nº 11.343/2006. A legislação estabelece quatro requisitos legais que devem estar presentes cumulativamente no caso concreto para que a incidência da minorante seja verificada. A rigor, são eles: a primariedade do agente, bons antecedentes, que ele não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa. Por várias vezes verificou-se divergência interpretativa desses elementos por parte dos Tribunais Superiores, sendo o STJ mais combativo ao tráfico de drogas.

Na sequência, averiguou-se que, mediante virada jurisprudencial do STF, foi afastada a hediondez nos casos em que ocorre o tráfico privilegiado, por ausência de previsão legal expressa nesse sentido, associada ao intuito do legislador em fornecer tratamento mais benigno ao tráfico de menor impacto social e à concessão pretérita de indultos presidenciais aos sentenciados com incurso nessa minorante. Logo, não é possível a aplicação da tese de que o ANPP não seria cabível nos casos de tráfico privilegiado em virtude de sua equiparação aos delitos de caráter hediondo.

Também à luz da jurisprudência do Pretório Excelso, notou-se que, por si só, a quantidade de drogas apreendidas, muito embora possa compor um contexto probatório que justifique um tratamento mais rigoroso, não justifica automaticamente o afastamento da hipótese de tráfico privilegiado. Assim, percebeu-se mais uma nuance problemática, tendo em vista que a eventual celebração do ANPP no tráfico privilegiado conduziria a um tratamento excessivamente benévolo para condutas frequentemente associadas ao labor delitivo de organizações criminosas.

Chegou-se, por fim, à conclusão de que a celebração do ANPP nas hipóteses em que incidir a minorante do art. 33, §4º da Lei nº 11.343/2006 implica em proteção insuficiente à segurança e à saúde, além de ser medida aquém do necessário para reagir ao injusto, caracterizando então a desproteção da ordem pública e inadequação para mitigar as repercussões sociais negativas do tráfico. Portanto, o *Parquet*, revestido por sua independência funcional, dada pela CRFB/88 - norma máxima do nosso ordenamento jurídico - tem o poder-dever de adotar medidas realmente eficazes, iniciando a persecução penal, no intuito de proteger mandamentos constitucionais de elevada importância.

8. Referências

ALVES, Jamil Chaim. Justiça consensual e *plea bargain*. In: CUNHA, Rogério Sanches et al (Org.). *Acordo de não persecução penal* - Resolução 181/2017 do CNMP. X ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 193-214.

AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. *Diário Eletrônico do CNMP*, Caderno Processual, 08 set. 2017. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/5277>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018. Altera os artigos 1º, 3º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 13, 15, 16, 18, 19 e 21 da Resolução 181, de 7 de agosto de 2017, que dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. *Diário Eletrônico do CNMP*, Caderno Processual, 30 jan. 2018. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/5586>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 mar. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 27 mar. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 29 mar. 2021.

BRASIL. Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal. Enunciado 19 (art. 28-A, caput). Enunciados interpretativos da Lei nº 13.196/2019 - Lei Anticrime. p. 6. Disponível em: <https://www.cnpq.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal. Enunciado 22 (art. 28-A, §2º, IV). Enunciados interpretativos da Lei nº 13.194/2019 - Lei Anticrime. p. 7. Disponível em: <https://www.cnpq.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2021.

BRASIL. Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal. Enunciado 24 (art. 28-A, §§ 5º, 7º e 8º). Enunciados interpretativos da Lei nº 13.194/2019 - Lei Anticrime. p. 7. Disponível em: <https://www.cnpq.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 22 out. 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6368.htm>. Acesso em: 27 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 26 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 29 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 27 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 27 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002. Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10409.htm>. Acesso em: 27 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm>. Acesso em: 27 mar. 2021.

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, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 05 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 27 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 dez. 2019 - ed. extra. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm>. Acesso em: 27 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1764445/SC 2020/0248228-5. Agravantes: Ederson Vieira Alexandre, Henrique Alcantara Figueiro. Agravado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em 09 fev. 2021. *DJe*, 11 fev. 2021. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1172221427/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-1764445-sc-2020-0248228-5/inteiro-teor-1172221437>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 624.387/RS. Relator: Ministro Felix Fischer. Julgado em 09 mar. 2021. **DJe** 12 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial nº 419.955/PR. Agravantes: Maicon Jhonny dos Santos Geronimo, Ângela Maria Lima. Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Julgado em 13 out. 2015. *DJe*, 28 out. 2015. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864124592/agravo-regimental-nos-embargos-de-declaracao-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-nos-edcl-no-aresp-419955-pr-2013-0356437-6/inteiro-teor-864124602>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 130.587/SP. Agravante: Beatriz Comoroto Gomez Gonzalez. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Felix Fischer. Julgado em 17 nov. 2020. *DJe*, 23 nov. 2020. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1131203897/agravo-regimental-no-recurso-ordinario-em-habeas-corpus-agrg-no-rhc-130587-sp-2020-0174088-9/inteiro-teor-1131203927>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Habeas Corpus nº 387.077/SP. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Julgado em 06 abr. 2017. *DJe*, 17 abr. 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/449955371/habeas-corpus-hc-387077-sp-2017-0020912-1>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 468.578/MG 2018/0234615-2. Agravante: Marcos Roberto Cunha de Araujo. Agravado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministra Laurita Vaz. Julgado em 19 fev. 2019. *DJe*, 11 mar. 2019. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/684616140/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-468578-mg-2018-0234615-2/inteiro-teor-684616146>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 241.207/SP. Agravante: Petrica Zibileanu. Agravado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Julgado em 01 set. 2016. *DJe*, 12 set. 2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201200901336&dt_publicacao=12/09/2016>. Acesso em: 29 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 444. É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. *DJe*, 13 maio 2010. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27444%27\).sub.](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27444%27).sub.)>. Acesso em: 26 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 512. A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas. *DJe*, 16 jun. 2014. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27512%27\).sub](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27512%27).sub)>. Acesso em: 29 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Tese 22. A causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas só pode ser aplicada se todos os requisitos, cumulativamente, estiverem presentes. *Jurisprudência em Teses*. ed. 131. Brasília, 23 ago. 2019. p. 8. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20Teses%20131%20-%20Compilado%20Lei%20de%20Drogas.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5790*. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5283027>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5793*. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5288159>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 118.533/MS. Pacientes: Ricardo Evangelista Vieira de Souza; Robinson Roberto Ortega. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Julgado em 23 jun. 2016. *DJe*, 19 set. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11677998>>. Acesso em: 27 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126.315/SP. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 15 set. 2015. *Informativo nº 799*, Brasília, 14 a 18 set. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo799.htm>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 166.385/MG. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em 14 abr. 2020. *Informativo nº 973*, Brasília, 06 a 17 abr. 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo973.htm>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 591054/SC. Relator: Ministro Marco Aurélio. 17 dez. 2014. *Informativo nº 772*, Brasília, 15 a 19 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo772.htm>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 193.223/SP. Agravante: Luis Fernando Balcazar Guzman. Agravado: Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Redator do acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 30 nov. 2020. *DJe*, 11 dez. 2020. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754637580>>. Acesso em: 29 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Habeas Corpus nº 104.410/RS. Paciente: Aldori Lima Ou Aldori de Lima. Coator: Relator do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 985616 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 06 mar. 2012. *DJe*, 27 mar. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1851040>>. Acesso em: 29 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Habeas Corpus nº 104.492/SP. Paciente: Neylor Kleber Delafiori. Coatores: Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Cardoso-SP; Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgado em 19 abr. 2011. *DJe*, 3 out. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628210>>. Acesso em: 29 mar. 2021.

CORREIO BRAZILIENSE. *Pesquisa indica 3,5 milhões de usuários de drogas ilícitas; governo rejeita dados*. Brasília, 2019. Disponível em: <<https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2019/04/06/interna-brasil,747883/pesquisa-indica-3-5-milhoes-de-usuarios-de-drogas-ilicitas-governo-re.shtml>>. Acesso em: 29 mar. 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime — Lei n 13964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEO*. Salvador: JusPodivm, 2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

GOVERNO DO BRASIL. Governo divulga balanço sobre apreensão de drogas e combate ao tráfico no País. Brasília: 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/06/governo-divulga-balanco-sobre-apreensao-de-drogas-e-combate-ao-trafico-no-pais#:~:text=No%20primeiro%20semestre%20deste%20ano%2C%20foram%20realizadas%20tamb%C3%A9m%2048.298%20pris%C3%B5es,anos%E2%80%9D%2C%20disse%20o%20ministro>>. Acesso em: 29 mar. 2021.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *Lei de drogas anotada*: lei n. 11.343-2006. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação especial criminal comentada*: Volume único. 8.ed. Salvador: JusPodivm, 2020. E-book.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote Anticrime*: Comentários à Lei Nº 13.964/19 - Artigo por Artigo. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MANDARINO, Renan Posella; SANTIN, Valter Foletto. A atuação do Ministério Público ante a expansão da Justiça Penal negociada no Pacote Anticrime. In: CAMBI, Eduardo; SILVA, Danni Sales; MARINELA, Fernanda (Org.). *Pacote anticrime*: v. I. Curitiba: Escola Superior do MPPR, 2020. p. 236-251.

MARCÃO, Renato. *Tóxicos*: Lei n. 11. 34 3, de 23 de agosto de 2006: anotada e interpretada. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Lei de Drogas*: aspectos penais e processuais. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: A plea Bargaining norte-americana e suas traduções no âmbito da civil law. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 1, p. 331-365, jul./dez. 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufff.br/jspui/bitstream/ufff/11072/1/yagomerhygatto.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PEREIRA, Jefferson Botelho; ANJOS, Dairton Neres dos. Acordo de Não Persecução Penal - Uma Consolidação do “Consensualismo” no Direito Pátrio. *Jus*, Teresina, abr./2020. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/81461/acordo-de-nao-persecucao-penal>>. Acesso em: 13 mar. 2021.

PINHEIRO, Amanda. *Proibido usar branco*. Rio de Janeiro, 2021. Disponível em: <<https://tab.uol.com.br/educacao/onde-e-proibido-usar-branco/#cover>>. Acesso em: 29 mar. 2021.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (3. Câmara Criminal). Recurso em Sentido Estrito nº 0003044-59.2020.8.19.0054. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Cassius Marcus Viana Gomes. Relator: Desembargador Carlos Eduardo Freire Roboredo. Julgado em 01 set. 2020. *DJRJ*, 4 set. 2020. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/315375748/djrj-ii-judicial-2a-instancia-04-09-2020-pg-167>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Órgão Especial). *Habeas Corpus Criminal nº 2264634-89.2020.8.26.0000*. Relator: Desembargador Ferreira Rodrigues. Julgado em 16 dez. 2020. Publicação 17 dez. 2020. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1153650287/habeas-corpus-criminal-hc-22646348920208260000-sp-2264634-8920208260000>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

SERRANO Júnior, Odoné et al. Acordo de não persecução penal: qual é o limite da aplicação retroativa do artigo 28-A do CPP? In: CAMBI, Eduardo; SILVA, Danni Sales; MARINELA, Fernanda (Org.). *Pacote anticrime*: v. I. Curitiba: Escola Superior do MPPR, 2020. p. 187-209.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DANIEL FERREIRA CÂMARA

Estagiário de graduação do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Criminais, de Execução Penal, do Tribunal do Júri e da Auditoria Militar (Caocrim). Acadêmico do 10º Período do curso de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

ANA LUIZA SILVA SANTIAGO

Estagiária de graduação do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Criminais, de Execução Penal, do Tribunal do Júri e da Auditoria Militar (Caocrim). Acadêmica do 7º Período do curso de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).



DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS À LUZ DO TRÁFICO PRIVILEGIADO: CONFLITO JURISPRUDENCIAL

DEDICATION TO CRIMINAL ACTIVITIES UNDER THE PRIVILEGED TRAFFICKING:
JURISPRUDENTIAL CONFLICT

ELY DA SILVA PINTO

Procurador de Justiça

MARCO ANTONIO PICONE SOARES

Procurador de Justiça

CAMILA IMACULADA OLIVEIRA

Assessora de Procurador

LARISSA GOMES GUERRA

Assessora de Procurador

Resumo: O principal objetivo deste estudo é demonstrar que um dos requisitos para a concessão do benefício do tráfico privilegiado é a não dedicação do agente a atividades criminosas. Entretanto, o legislador omitiu-se quanto aos elementos caracterizadores dessa condição. Assim sendo, o alinhamento jurisprudencial tornou-se imprescindível para orientação das decisões dos Magistrados e dos Tribunais de Justiça. Não obstante, os Tribunais Superiores divergem acerca da possibilidade de utilização das ações penais em curso, dos inquéritos policiais, dos atos infracionais praticados na menoridade do agente, bem como da quantidade e da natureza da droga apreendida, para esse fim. No decorrer deste artigo, por meio da análise dos pontos controversos de recentes decisões, chegou-se à conclusão de que a verificação desses elementos é fundamental para a adequada aplicação do benefício.

Palavras-chave: tráfico; jurisprudência; privilégio; dedicação; indicativos.

Abstract: The main objective of this article is to describe that the requirements to release the benefits of privileged drug trafficking is not to be actively involved in criminal activities. However, the legislator has omitted the elements that characterize this condition, and as a result of this, a jurisprudential adjustment is highly recommended to manage the final decisions by a court of Magistrates. Despite of it, the Brazilian Superior Courts differ on the possibility of using ongoing criminal actions, police investigations, offenses committed by minors, as well as the quantity and nature of the illegal seized drugs. Finally, through the analysis of the controversial points of recent decisions, it was concluded that the verification of these elements is essential for the proper application of the benefit.

Keywords: drug trafficking; jurisprudence; privilege; dedication; indicative.

Sumário: 1. Introdução. 2. Tráfico privilegiado: considerações iniciais. 3. Adequação principiológica. 3.1. Princípio da Reserva Legal. 3.2. Princípio da Individualização da Pena. 3.3. Princípio da Intervenção Mínima. 3.4. Princípio da Presunção de Não Culpabilidade. 4. Conflito jurisprudencial. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução

O presente trabalho se desenvolveu a partir de um estudo acerca da figura do tráfico privilegiado, ou seja, da causa especial de redução de pena contida no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 (BRASIL, 2006). Notadamente, foram analisadas suas características, bem como os requisitos para sua incidência.

Foram tomados como base os seguintes questionamentos: quais elementos são capazes de demonstrar a dedicação do agente a atividades criminosas? Qual o posicionamento da jurisprudência dos Tribunais Superiores acerca do tema? A utilização de atos infracionais, ações penais em curso, inquéritos policiais e quantidade e natureza da droga, como indicadores de habitualidade na prática delituosa, constituem ofensa ao princípio da presunção de não culpabilidade?

Foi analisada criticamente a divergência nas decisões proferidas pelos Tribunais Superiores e, ainda, foi feita uma leve abordagem para esclarecer a importância da unificação do entendimento para a justa aplicação do benefício do tráfico privilegiado, expondo, para tanto, decisões conflitantes proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça e pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal.

Na primeira parte deste artigo, foram esboçadas considerações iniciais acerca do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, demonstrando o seu objetivo, as modalidades, as condutas equiparadas e o bem jurídico tutelado. Após, destrinchou-se a causa especial de redução de pena contida no § 4º, abordando sua destinação, suas características, sua natureza jurídica e, por fim, os requisitos de sua aplicabilidade. Nesse ponto, aprofundou-se acerca da omissão legislativa quanto aos elementos caracterizadores da dedicação do agente a atividades criminosas.

A seguir, fez-se necessária uma descrição da relevância dos princípios, com reforço de seu papel no ordenamento jurídico, divididos em quatro tópicos: a) da reserva legal; b) da individualização da pena; c) da intervenção mínima; d) e da presunção de não culpabilidade. O princípio da reserva legal foi apresentado em seus dois fundamentos essenciais:

político e jurídico, conforme proposto por Masson (2020). No que tange ao princípio da individualização da pena, foi feita uma divisão de sua incidência em três momentos distintos, conforme elucidado por Bitencourt (2018), Greco (2010) e Masson (2020). O princípio da intervenção mínima foi exposto em suas duas vertentes, *ultima ratio* e fragmentariedade, delimitando seu papel no direito penal. Por fim, além do conceito e previsão legislativa, foi traçada a diferenciação fundamental entre a presunção de não culpabilidade e a presunção de inocência.

Dando continuidade ao assunto, abordou-se a importância das decisões dos Tribunais Superiores, bem como o caráter cogente que adquiriram, mormente após a vigência do Código de Processo Civil e, segundo Tartuce (2021), a aproximação ao sistema *Common Law*. Ademais, tratou-se também dos julgados acerca dos elementos caracterizadores da dedicação a atividades criminosas, base para completo entendimento deste artigo.

Por fim, apresenta-se a conclusão com base na pesquisa apresentada, acerca dos elementos passíveis de caracterizar a dedicação do agente a atividades criminosas, bem como dos efeitos práticos e jurídicos do conflito jurisprudencial.

2. Tráfico privilegiado: considerações iniciais

A Lei nº 11.343/06 institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas a respeito das substâncias entorpecentes capazes de causar dependência física ou psíquica. Em sua estrutura, há medidas para a prevenção ao uso indevido, para a preservação da prova, para a reinserção social dos usuários e dos dependentes de drogas, bem como normas para a repressão à disseminação, à produção não autorizada e ao tráfico ilícito (BRASIL, 2006).

O objetivo jurídico desse diploma legal é a proteção da saúde pública e o equilíbrio sanitário da coletividade. Entretanto, quando esse bem jurídico é violado, configura-se a prática de um crime comum, tipificado no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06. O dispositivo menciona condutas típicas ligadas ao comércio e à movimentação de substâncias entorpecentes e determina, em seu preceito primário, 18 (dezoito) ações verbais, como: importar, exportar, vender, ter em depósito, transportar, guardar, entre outras. O tráfico é considerado um delito punido a título de dolo, pois há junção da consciência e da vontade do agente em praticar as condutas proibidas. Em seu preceito secundário, a norma supramencionada estabelece a reprimenda de 5 a 15 anos de reclusão, bem como o pagamento de 500 a 1.500 dias-multa (BRASIL, 2006).

Da mesma forma, o artigo 33, § 1º, da Lei de Drogas penaliza a pessoa que importa, exporta, remete, produz, fábrica, entre outras ações, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, bem como a que semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (BRASIL, 2006). O artigo 33, § 2º, da Lei de Drogas determina, ainda, que comete crime o agente que induz, instiga ou auxilia alguém ao uso indevido de substâncias entorpecentes, culminando uma pena de detenção de um a três anos e multa de 100 a 300 dias-multa. Por sua vez, aquele indivíduo que oferece drogas, eventualmente e sem objetivo de lucro, à pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem, pratica o crime previsto no artigo 33, § 3º, da Lei nº 11.343/06, sujeito à pena de 6 meses a 1 ano de detenção, além do pagamento de 700 a 1.500 dias-multa (BRASIL, 2006).

Já no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, o legislador propõe a aplicabilidade de uma causa de diminuição de pena, reservada ao indivíduo que pratica o delito previsto no artigo 33, *caput*, do referido diploma legal e sua forma equiparada (§ 1º), estabelecendo índices de redução de pena que podem variar de um sexto a dois terços, mantendo-se o foco na imperiosidade da reprovação social do delito. Essa causa de diminuição está destinada àquele agente que seja primário, portador de bons antecedentes, que não integre organização criminosa e nem se dedique a atividades criminosas (BRASIL, 2006). Assim, os requisitos previstos nesse dispositivo são objetivos e cumulativos, ou seja, na ausência de um deles, torna-se inviável a incidência da benesse.

Considera-se primário o indivíduo que não ostenta contra si nenhuma condenação criminal transitada em julgado por crime ou contravenção penal anterior. Nesse sentido, faz-se necessário esclarecer que o artigo 63 do Código Penal afirma o seguinte:

Art. 63. Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. (BRASIL, 1940).

Assim, não haverá reincidência se o novo crime for praticado antes do trânsito em julgado da decisão condenatória pelo crime pretérito. Ademais, o artigo 64 do mesmo diploma legal ressalva que não prevalece a reincidência se já transcorridos mais de cinco anos entre a data do cumprimento ou da extinção da pena e a infração posterior, bem como se a condenação anterior se der por crime político ou por crime militar próprio.

Igualmente, a doutrina é pacífica no sentido de que o cometimento de duas contravenções penais enseja a reincidência, por determinação ex-

pressa do artigo 7 do Decreto-Lei nº 3.688/41 (BRASIL, 1941), mas que, por omissão legislativa, não se verifica a reincidência se a infração penal anterior se tratar de contravenção penal e a posterior revestir-se em um crime. Masson elucida que:

[...] d) não é reincidente o sujeito que, depois do trânsito em julgado da condenação, no Brasil, por contravenção penal, praticar, no Brasil ou no estrangeiro, novo crime. Não se caracteriza a reincidência, portanto, na hipótese em que o agente decide enveredar por uma infração penal mais grave, deixando de ser mero contraventor para se tornar criminoso. O fundamento dessa brecha é a falha legislativa que, lamentavelmente, insiste-se em manter. (MASSON, 2020, p. 590).

Nesse viés, as condenações transitadas em julgado anteriores ao crime em apuração, mas que não sirvam para fins de reincidência, serão consideradas *maus antecedentes*. Como Greco exemplifica:

Suponhamos que o sentenciado possua três condenações anteriores com trânsito em julgado e que o fato pelo qual está sendo condenado foi praticado antes do trânsito em julgado de qualquer ato decisório condenatório. Não poderá ser considerado reincidente, pois o art. 63 do Código Penal diz verificar-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitada em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. Nesse caso, as condenações anteriores servirão para atestar seus *maus antecedentes*. (GRECO, 2010, p. 537).

A propósito, conforme julgamento do Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 535.741/SP, o Superior Tribunal de Justiça entende que o Código Penal, diferentemente da reincidência, adotou, quanto aos antecedentes criminais, o sistema da perpetuidade, pois o legislador não limitou temporalmente a configuração dos *maus antecedentes* ao período quinquenal (BRASIL, 2020a). Diante disso, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 593.818, com repercussão geral reconhecida, entendeu, por maioria dos votos, que condenações criminais extintas há mais de cinco anos podem ser consideradas como *maus antecedentes* para a fixação da pena-base, em respeito aos princípios da isonomia e da individualização da pena (BRASIL, 2020b).

Ressalte-se, por fim, que o Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento, conforme Súmula nº 444 (BRASIL, 2010), de que inquéritos policiais e ações penais em curso não podem ser utilizados para exasperação da pena-base. Entendimento este que foi acompanhando pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 591.054, com repercussão geral reconhecida. Na oportunidade, a Suprema Corte salientou que tais anotações não podem ser consideradas *maus antecedentes* do sentenciado (BRASIL, 2015).

Por outro lado, conceitua-se como o agente que não integra organização criminosa aquele que não está associado a outros membros, de forma estruturada e com divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o objetivo de obter vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes. Em outras palavras, não se trata de associação eventual, mas, sim, de uma sociedade estável e duradoura, com a presença do *animus* associativo dos seus membros ou componentes, formando-se, portanto, uma verdadeira *societas sceleris*, o que difere da simples coautoria a que alude o artigo 29 do Código Penal (BRASIL, 1940).

Com efeito, a organização criminosa exposta no artigo 1º, § 1º, da Lei nº 12.850/13 (BRASIL, 2013) e a prevista no artigo 288 do Código Penal (BRASIL, 1940) são distintas da tipificada no artigo 35 da Lei nº 11.343/06, ao passo que as duas primeiras se destinam à prática de qualquer crime previsto no ordenamento jurídico. Por outro lado, esta última é uma modalidade especial, por meio da qual a ligação estabelecida entre os indivíduos terá o fim específico de praticar os crimes previstos no artigo 33, *caput* e § 1º, e no artigo 34 da Lei de Drogas. Não obstante, a benesse do tráfico privilegiado é vedada ao indivíduo que integre qualquer organização criminosa, seja ela em sua modalidade especial ou não (BRASIL, 2006).

Quanto ao último requisito, entende-se como dedicação a atividades delituosas a prática reiterada e habitual de crimes. Todavia, o legislador não preestabeleceu elementos para sua verificação, cabendo ao magistrado a análise do caso concreto. Assim, com o propósito de sanar a omissão legislativa, os magistrados utilizam as anotações das certidões de antecedentes criminais e das certidões de antecedentes do menor, bem como analisam a natureza e a quantidade da droga apreendida, como elementos indicativos da dedicação ou não do réu à criminalidade.

É válido ressaltar que, na Lei de Drogas, o disposto no artigo 42 determina que o juiz, utilizando-se de sua discricionariedade, fixará a reprimenda considerando não apenas as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, mas também, e com preponderância, a natureza e a quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas (BRASIL, 2006).

Nesse entendimento, apurar a natureza e a quantidade de droga no crime em hipótese é de suma importância, pois esses elementos exercem influência direta na dosimetria da pena, bem como podem demonstrar se o autor pratica o crime de forma eventual ou reiterada. Daí a relevância da análise de inquéritos policiais, de ações penais em curso, de atos infracionais e da quantidade e natureza das drogas apreendidas, a fim de se apurar a adequação do agente ao requisito da não dedicação a atividades criminosas.

Antes de adentrar nesse apontamento, todavia, cabe uma breve apresentação dos princípios jurídicos norteadores da criação e da aplicação da referida causa de redução de pena.

3. Adequação principiológica

Ao longo da evolução do direito penal, alguns preceitos fundamentais foram, de forma explícita ou implícita, assentados na legislação pátria, visando a limitar o poder punitivo estatal. Chamados de princípios, esses preceitos detêm tamanha importância que se tornaram fontes secundárias do direito penal, uma vez que direcionam o legislador quando da criação da norma, bem como prestam suporte ao julgador na solução de conflitos.

Bitencourt preleciona:

As ideias de igualdade e de liberdade, apanágios do Iluminismo, deram ao Direito Penal um caráter formal menos cruel do que aquele que predominou durante o Estado Absolutista, impondo limites à intervenção estatal nas liberdades individuais. Muitos desses princípios limitadores passaram a integrar os Códigos Penais dos países democráticos e, afinal, receberam assento constitucional, como garantia máxima de respeito aos direitos fundamentais do cidadão. (BITENCOURT, 2018, p. 51).

Destarte, ao implementar a causa de redução de pena ao crime de tráfico de drogas, o legislador pautou-se em certos princípios norteadores da reprimenda. Porquanto, o afrouxamento da punição de condutas perfeitamente típicas, ilícitas e culpáveis, apenas se justifica em razão de uma política criminal de favorecimento à ressocialização do infrator iniciante na prática delituosa. Para tanto, destacam-se os princípios da reserva legal, da individualização da pena, da intervenção mínima estatal e da presunção de não culpabilidade.

3.1. Princípio da Reserva Legal

Corolário do princípio da legalidade, segundo Masson (2020), o princípio da reserva legal opera em dois fundamentos principais: fundamento político, no qual o preceito se reveste em proteção do indivíduo face ao arbítrio Estatal, e fundamento jurídico, com ênfase na taxatividade das normas. Em suas palavras:

O fundamento jurídico é a taxatividade, certeza ou determinação, pois implica, por parte do legislador, a determinação precisa, ainda que

mínima, do conteúdo do tipo penal e da sanção penal a ser aplicada, bem como, da parte do juiz, na máxima vinculação ao mandamento legal, inclusive na apreciação de benefícios legais. (MASSON, 2020, p. 20).

Assim, observando seu primeiro fundamento, o referido princípio foi positivado no artigo 22, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que reserva à União a competência privativa de legislar sobre o direito penal e o direito processual penal. Em outros termos, impôs ao legislador maior rigidez na criação da norma, bem como uniformizou a lei no território nacional ao concentrar, no Poder Legislativo Federal, a determinação de condutas apenáveis (BRASIL, 1988).

Ademais, em respeito ao fundamento jurídico, o legislador deve buscar a máxima clareza da norma e expressar taxativamente condutas, imposições e requisitos de sua aplicação. Por consequência, o Poder Judiciário fica adstrito à determinação do legislador. Ou seja, quanto mais taxativa a norma, menor a discricionariedade do julgador ao aplicá-la.

Queiroz (2001) entende que, para a garantia de efetividade do princípio, é necessário que o magistrado interprete a norma de forma restritiva. *In verbis*:

O princípio da reserva legal implica a máxima determinação e taxatividade dos tipos penais, impondo-se ao Poder Legislativo, na elaboração das leis, que redija tipos penais com a máxima precisão de seus elementos, bem como ao Judiciário que as interprete restritivamente, de modo a preservar a efetividade do princípio. (QUEIROZ, 2001, p. 23-24).

O princípio da reserva legal, portanto, constitui preceito basilar na criação e aplicação normativa penal e processual penal. Ao limitar a margem de interpretação pessoal dos aplicadores da lei, por meio da exigência de maior clareza e da taxatividade normativa, decisões mais uniformes são garantidas, o que, por si só, proporciona maior segurança jurídica no âmbito criminal.

Nesse aspecto, o § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas (BRASIL, 2006) impõe requisitos expressos para a concessão da benesse. De tal modo que o julgador, ao aplicar a pena, deverá ater-se a condições taxativamente determinadas para a aplicação da minorante, o que reduz a discricionariedade do julgador, porém garante maior rigor na aplicação da norma. Assim, a observância do princípio da reserva legal afiança maior objetividade ao processo legislativo, bem como propicia isonomia no momento de incidência da lei.

3.2. Princípio da Individualização da Pena

Positivado no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o princípio da individualização da pena estabelece que, para fixação da pena a ser aplicada ao infrator, é necessário que se considere as circunstâncias específicas do crime, bem como as características do autor da conduta (BRASIL, 1988). Bitencourt (2018) esclarece que a aplicabilidade do referido princípio ocorre em três momentos distintos: individualização legislativa, individualização judicial e individualização executória.

Essa orientação, conhecida como *individualização da pena*, ocorre em três momentos distintos: *individualização legislativa* — processo através do qual são selecionados os fatos puníveis e cominadas as sanções respectivas, estabelecendo seus limites e critérios de fixação da pena; *individualização judicial* — elaborada pelo juiz na sentença, é a atividade que concretiza a individualização legislativa que cominou abstratamente as sanções penais, e, finalmente, *individualização executória*, que ocorre no momento mais dramático da sanção criminal, que é o do seu cumprimento. (BITENCOURT, 2018, p. 823).

Nessa perspectiva, no primeiro momento da individualização, o legislador tipifica condutas passíveis de lesão a bem jurídico de terceiro e, portanto, apenáveis. Considerando a intensidade da possível ofensa ao bem tutelado, estabelece penas máximas e mínimas a serem cominadas em razão da prática de infrações. No mais, fixa circunstâncias moduladoras da pena, bem como critérios para sua aplicabilidade. Assim, Masson afirma:

No prisma legislativo, é respeitado quando o legislador descreve o tipo penal e estabelece as sanções adequadas, indicando precisamente seus limites, mínimo e máximo, e também as circunstâncias aptas a aumentar ou diminuir as reprimendas cabíveis. (MASSON, 2020, p. 43).

Na individualização judicial, por sua vez, o magistrado sentenciante observará as determinações legislativas acerca da conduta tipificada, da sanção prevista e das causas moduladoras da pena. Para tanto, fará o juízo de adequação típica, ilícita e culpável, bem como sopesará as circunstâncias judiciais do agente, agravantes e atenuantes da conduta e causas de aumento e de redução da pena. Greco elucida que:

Tendo o julgador chegado à conclusão de que o fato praticado é típico, ilícito e culpável, dirá qual a infração penal praticada pelo agente e começará, agora, a individualizar a pena a ele correspondente. Inicialmente, fixará a pena-base de acordo com o critério trifásico determinado pelo art. 68 do Código Penal, atendendo às chamadas

circunstâncias judiciais; em seguida, levará em consideração as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento de pena. Esta é a fase da chamada aplicação da pena, a qual compete, como deixamos antever, ao julgador, ou seja, ao aplicador da lei. A individualização sai do plano abstrato (cominação/ legislador) e passa para o plano concreto (aplicação/ julgador). (GRECO, 2010, p. 68).

Por fim, no terceiro momento da individualização da pena, o artigo 5º da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal) determina que “os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização” (BRASIL, 1984).

O princípio da individualização da pena, portanto, impõe a necessidade de valoração das condições pessoais do agente à determinação e à aplicação da reprimenda. Por meio de seus três momentos de incidência, o princípio combina a atuação do legislador e do aplicador da norma, a fim de que a pena seja singularizada de acordo com as particularidades do sentenciado.

Assim sendo, o referido preceito exerce importante papel na política criminal de busca pela ressocialização do apenado, uma vez que garante a fixação de reprimendas mais justas e adequadas ao crime e a seu autor. Com efeito, sua observância impede a aplicação de penas demasiadamente rigorosas aos chamados “pequenos infratores”, bem como obsta a fixação de penas muito brandas e, portanto, desproporcionais aos autores de delitos de maior gravidade e contumazes na prática delituosa.

Nesse sentido, na individualização legislativa, o legislador considerou menos reprovável a conduta dos chamados traficantes eventuais ou ocasionais e, portanto, cominou sanções mais brandas a esses indivíduos. Por outro lado, ao estabelecer um sistema progressivo de redução da pena em razão do privilégio (1/6 a 2/3 de redução), o legislador estabelece limites à benevolência estatal, deixando ao magistrado, na individualização judicial, a determinação da fração redutora que melhor se aplica ao caso concreto.

3.3. Princípio da Intervenção Mínima

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como princípio da necessidade, garante que o direito penal se ocupe apenas de condutas passíveis de grave lesão ao bem jurídico de terceiro. Nesta perspectiva, o direito penal é utilizado para solucionar conflitos em que a tutela por outros ramos do direito revela-se insuficiente. Desta forma, o direito penal somente é legítimo quando não há outros meios menos lesivos para a proteção do bem jurídico. Nesse sentido, pontua Cunha:

O Direito Penal só deve ser aplicado quando estritamente necessário, de modo que a sua intervenção fica condicionada ao fracasso das demais esferas de controle (caráter subsidiário), observando somente os casos de relevante lesão ou perigo de lesão ao bem juridicamente tutelado (caráter fragmentado). (CUNHA, 2021, p. 82).

A ideia de subsidiariedade, pontuada por Sanches, está relacionada com o aspecto qualitativo do controle social. Ou seja, impõe que a intervenção penal seja a medida extrema de um controle estatal, podendo ser acionada quando os outros meios do direito fracassarem para a solução da lide.

Roxin leciona:

A proteção de bens jurídicos não se realiza só mediante o Direito Penal, senão que nessa missão cooperam todo o instrumental do ordenamento jurídico. O Direito Penal é, inclusive, a última dentre todas as medidas protetoras que devem ser consideradas, quer dizer que somente se pode intervir quando falhem outros meios de solução social do problema – como a ação civil, os regulamentos de polícia, as sanções não penais etc. Por isso se denomina a pena como a 'última ratio da política social' e se define sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos. (ROXIN, 1997, p. 65).

Já a fragmentariedade, conforme Eisele (2018), remete ao aspecto quantitativo. Portanto, direciona o pensamento de que a intervenção penal é feita com excepcionalidade, pois o conteúdo normativo do direito penal possui uma função fragmentária, tendo em vista que apenas os fatos de relevância social carecem de atenção. Em suas palavras:

No aspecto quantitativo, a incidência do controle deve ser limitada a apenas uma parcela (e não abranger a totalidade) dos fatos ilícitos, motivo pelo qual o conteúdo normativo do Direito Penal possui caráter fragmentário, eis que abrange somente alguns fatos, dentre os classificados como ilícitos do ordenamento jurídico [...]. (EISELE, 2018, p. 58).

Destinado ao legislador, o princípio da intervenção mínima influi diretamente no momento da criação do tipo penal e de sua aplicação. Nesses termos, traz a ideia de aplicabilidade de *ultima ratio* e destina-se a limitar o poder incriminador do Estado. Diante disso, resta ao direito penal a intervenção mínima na vida em sociedade, estabelecendo, assim, a criminalização em causas de bem ou valor social relevantes, evitando-se o excesso punitivo e aplicando a reprimenda penal necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Sob essa ótica, revela-se necessária a diferenciação de condutas, como a que ocorre entre o *caput* e o § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas (BRASIL,

2006). Porquanto, não é razoável que infratores que exprimem menor risco social sejam apenados sob os mesmos parâmetros daqueles que, sabidamente, acarretam maior dano ao bem jurídico tutelado. Exemplo disso é o traficante que é surpreendido, na primeira empreitada delituosa, com pequena quantidade de drogas, frente àquele que é flagrado com toneladas de substâncias ilícitas. A utilização do mesmo intervalo de pena, sem a possibilidade de redução em razão da potencialidade lesiva da conduta, tornaria a resposta estatal demasiadamente forte e, portanto, desproporcional.

3.4. Princípio da Presunção de Não Culpabilidade

Consagrado pela Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LVII), o princípio da não culpabilidade determina que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da decisão condenatória (BRASIL, 1988). Todavia, é necessária a distinção do preceito fundamental positivado no ordenamento jurídico brasileiro daquele previsto na Convenção Americana dos Direitos Humanos. Nesta, há uma verdadeira presunção de inocência, uma vez que seu artigo 8º, item 2, estabelece que “toda pessoa acusada de um delito tem o direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

Cunha (2021), nesse ponto, adverte que o referido princípio, como insculpido em nossa Carta Magna, constitui a presunção de não culpabilidade do agente, mas não impõe a presunção de sua inocência, propriamente dita. Em seus termos:

Na verdade, o princípio insculpido na referida norma garantia é o da presunção de não culpa (ou de não culpabilidade). Uma situação é presumir alguém inocente; outra, sensivelmente distinta, é a de impedir a incidência dos efeitos da condenação até o trânsito em julgado da sentença, que é justamente o que a Constituição brasileira garante a todos. (CUNHA, 2021, p.125).

Nesse sentido, Oliveira (2002) considera que não há presunção de inocência, mas apenas uma afirmação valorativa a ser considerada em todas as fases processuais.

A nossa Constituição, com efeito, não fala em nenhuma presunção de inocência, mas da afirmação dela, como valor normativo a ser considerado em todas as fases do processo penal, abrangendo, assim, tanto a fase investigatória (fase pré-processual) quanto à fase processual propriamente dita (ação penal). (OLIVEIRA, 2002, p. 383).

Além disso, Moraes (2008) salienta que os Direitos fundamentais consagrados no artigo 5º da Constituição Federal não são ilimitados, não podendo, portanto, servir de escudo para a prática delituosa. Da mesma forma, não podem ser utilizados para reduzir ou afastar a responsabilização do infrator. Segundo o autor:

Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um *verdadeiro escudo protetivo* da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (*Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas*). (MORAES, 2008, p.32-33).

Por sinal, o próprio Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de que direitos e garantias constitucionais não têm caráter absoluto, devendo ser preteridos quando em colisão com questões de relevante interesse público. Assim, o Estado detém o poder de restringir determinadas garantias constitucionais do indivíduo, em prol da integridade social. *In verbis*:

Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. [MS 23.452, rel. min. Celso de Mello, j. 16-9-1999, P, DJ de 12-5-2000.] Vide HC 103.236, rel. min. Gilmar Mendes, j. 14-6-2010, 2ª T, DJE de 3-9-2010. (BRASIL, 2000).

Carvalho elucida que:

Sustenta-se que não se pode presumir a inocência do réu, se contra ele tiver sido instaurada ação penal, pois, no caso, haverá um suporte probatório mínimo. O que se poderia presumir é a sua

não-culpabilidade, até que assim seja declarado judicialmente. Não se poderia, assim, cogitar-se propriamente em uma presunção. (CARVALHO, 2006, p. 156).

O princípio da presunção de não culpabilidade, portanto, não se confunde com presunção de inocência. Constituiu, pois, uma garantia de que ninguém sofrerá os efeitos de uma condenação criminal antes de transitada em julgado a sentença penal condenatória. Entretanto, tal presunção não é absoluta, uma vez que, como todos os direitos e garantias fundamentais, admite-se sua relativização quando em confronto com o interesse coletivo.

O referido princípio é objeto de discussão nos Tribunais Superiores, haja vista o conflito entre a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça acerca dos elementos capazes de caracterizar dedicação a atividades criminosas, mormente quanto à utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso como demonstrativo de habitualidade delituosa.

4. Conflito jurisprudencial

Não obstante, o Direito Brasileiro ser adepto da escola *Civil Law*, que estabelece a lei como fonte primária do ordenamento jurídico pátrio, observa-se um movimento cada vez mais acentuado de valorização das decisões judiciais, o que caracteriza a influência do sistema *Common Law*.

Tartuce (2021) salienta que o Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) conferiu força à jurisprudência dos Tribunais Superiores, bem como impôs a necessidade de que Tribunais de Justiça e juízes de primeiro grau sigam as orientações por eles sedimentadas. Em seus termos:

Em complemento, pontue-se que essa tendência de caminhar para o sistema da *Common Law* foi incrementada pelo Novo Código de Processo Civil, em virtude da valorização dada, nessa lei instrumental emergente, aos precedentes judiciais. Entre outros comandos, o CPC/2015 determina, em seu art. 926, que os Tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. [...] Em complemento, o art. 927 da mesma norma enuncia a necessidade de os Tribunais e juízes de primeiro grau seguirem as orientações da jurisprudência superior, em especial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Adiante-se que somente o tempo e a prática poderão demonstrar se esse caminho para um sistema jurídico costumeiro será concretizado ou não no futuro, quebrando-se com a nossa secular tradição fundada na lei. Todavia, o presente autor duvida que isso ocorra de forma sedimentada nos próximos anos. (TARTUCE, 2021, p. 3).

O artigo 319, § 2º, do Código de Processo Penal, alterado pela Lei nº 13.964 de 2019, reproduziu o mandamento constante do artigo 489, § 1º, inciso VI, do Código de Processo Civil. Segundo os dispositivos mencionados, não se considera fundamentada a decisão que:

[...] deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (BRASIL, 2019).

Assim sendo, a jurisprudência dos Tribunais Superiores possui papel fundamental nas demais decisões judiciais. Além de exercer função de unificação das decisões em âmbito nacional, serve de complemento à Lei, principalmente quando há necessidade de elucidar a forma de sua aplicação.

Ao instituir os requisitos para aplicação da causa de redução de pena do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, o legislador não estabeleceu quais elementos são necessários para a caracterização da dedicação a atividades criminosas. Por esta razão, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.413.091/SP, da relatoria do Ministro Felix Fischer, publicado em 1º de fevereiro de 2017, assentou o entendimento de que “é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para a formação da convicção de que o Réu se dedica às atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.”. (BRASIL, 2017).

Da mesma forma, de acordo com o julgamento do Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 628.288/SP, de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, da Quinta Turma, publicado em 26 de fevereiro de 2021, a Colenda Corte entende que “o registro de atos infracionais é elemento idôneo para afastar a figura do tráfico privilegiado, quando evidenciar a propensão do agente a práticas criminosas” (BRASIL, 2021). As decisões levam em conta que, embora não sirvam para caracterizar maus antecedentes, atos infracionais, ações penais em curso e inquéritos policiais demonstram a afeição do agente pela prática de atos delituosos. Assim, obstam a incidência do benefício. Além disso, no julgamento do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 1.663.688/GO, na Sexta Turma, publicado em 26 de fevereiro de 2021, o Ministro Relator Nefi Cordeiro salientou:

Nos termos da jurisprudência desta Corte, a quantidade e/ou a natureza da droga podem justificar a não aplicação da minorante prevista no artigo 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, quando evidenciada a dedicação à atividade criminosa. (BRASIL, 2021).

Todavia, em sentido contrário, a segunda turma do Supremo Tribunal Federal, por decisão unânime, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 177.670, sob relatoria do Ministro Edson Fachin, publicado em 22 de setembro de 2020, entendeu que, em razão do princípio da presunção de não culpabilidade,

[...] a existência de inquéritos ou ações penais em curso não constitui fundamento válido para afastar a incidência da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas. (BRASIL, 2020).

Igualmente, a referida turma, sob relatoria da Ministra Cármen Lúcia, no julgamento do Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 193.816, publicado em 21 de janeiro de 2021, decidiu que “a menção a atos infracionais praticados pelo agente não configura fundamentação idônea para afastar a causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06” (BRASIL, 2021). Na oportunidade, a relatora aduziu que adolescentes não praticam crimes, bem como que as medidas socioeducativas visam à sua proteção e, assim sendo, não constituem pena.

Ademais, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, a Segunda Turma, por meio do julgamento do Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 195.319, publicado em 5 de março de 2021, reafirmou seu entendimento de que:

Quantidade e natureza da droga são circunstâncias que, apesar de configurarem elementos determinantes na modulação da causa de diminuição de pena, por si sós, não são aptas a comprovar o envolvimento com o crime organizado ou a dedicação à atividade criminosa. (BRASIL, 2021).

A jurisprudência dos Tribunais Superiores, portanto, apesar de sua função de orientação às demais esferas judiciais, é conflitante no que tange aos elementos passíveis de caracterização da dedicação a atividades criminosas, para fins de análise dos requisitos para a redução da pena pelo crime de tráfico de drogas.

5. Conclusão

Por todo o exposto, a criminalização do delito de tráfico de drogas possui papel fundamental perante a sociedade, a fim de resguardar a proteção à saúde pública e ao equilíbrio sanitário da coletividade. Nessa perspectiva, o artigo 33 da Lei nº 11.343/06 é de ação múltipla e de conteúdo variado, uma vez que traz, em seu preceito primário, dezoito ações passíveis de penalização. Em seu preceito secundário, o dispositivo traz uma causa de diminuição de pena, prevista no § 4º, com possibilidade de redução de um sexto a dois

terços da reprimenda. Todavia, aplica-se apenas àqueles que cumprirem os quatro requisitos cumulativamente estabelecidos, quais sejam: que o agente seja primário, que seja portador de bons antecedentes, que não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades criminosas.

Para a criação do benefício (§ 4º), o legislador pautou-se em princípios norteadores, notadamente os princípios da reserva legal, da individualização da pena, da intervenção mínima e da presunção de não culpabilidade, a fim de que a minorante corresponda aos anseios da política criminal, bem como que não se preste a tornar ineficiente a resposta estatal frente ao gravíssimo crime de tráfico de drogas. Entretanto, o legislador não estabeleceu taxativamente os elementos aptos a caracterizarem a dedicação do agente a atividades criminosas. Em casos como esse, os Tribunais Superiores assumem a função de orientar as decisões dos juízes de primeiro grau e dos Tribunais de Justiça, por meio de seus julgados.

Não obstante, há uma divergência entre as decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça e as tomadas pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, acerca da possibilidade de utilização de ações penais em curso, de inquéritos policiais, de atos infracionais praticados na menoridade do agente e da quantidade e natureza das drogas apreendidas a fim de caracterizar a reiteração delituosa. Todavia, ao afirmar que a utilização de ações penais em curso e de inquéritos policiais representa afronta ao princípio da não culpabilidade, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal esvazia o requisito estabelecido pelo legislador. Ou seja, optar-se pela presunção absoluta de inocência, nesse caso, tornaria o requisito de não dedicação a atividades criminosas inócuo, uma vez que a exigência do trânsito em julgado de sentença condenatória para demonstração de habitualidade delitiva confunde-se com a reincidência e com os maus antecedentes, que, por si só, já constituem requisitos à aplicação da benesse.

Portanto, a mitigação do princípio da presunção de não culpabilidade é imprescindível à viabilização da análise de incidência do benefício do tráfico privilegiado. Conforme entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, a análise de inquéritos policiais e de ações penais em curso mostram-se fundamentais na constatação da dedicação ou não do agente a atividades criminosas. Ademais, tais elementos, nesse caso, não se prestam para agravar a situação do condenado, mas apenas para análise do magistrado a fim de que se proceda uma correta individualização da pena.

Da mesma forma, não obstante as medidas socioeducativas não constituírem pena, conforme salientado pela Ministra Carmem Lúcia, seu objetivo, além da proteção do menor, reveste-se em responsabilizar o adolescente quanto às consequências lesivas do seu ato infracional, bem como desabonar a sua conduta, a fim de que ele não volte a cometer ilícitos penais. Entretanto, há

casos em que, apesar do esforço estatal na aplicação das medidas, alguns desses sujeitos continuam a delinquir ao atingirem a maioridade.

Neste aspecto, é cediço que os atos infracionais não têm o condão de macular a primariedade dos réus, tampouco eivá-los de maus antecedentes criminais. Todavia, desconsiderá-los para fins de análise de afeição pela prática delituosa representa uma incoerência ao se tratar da individualização da pena. Esse réu, tecnicamente primário e de bons antecedentes, mas habituado ao desrespeito às leis, gozará dos mesmos benefícios de um indivíduo que, de fato, praticou o delito como ato isolado em sua vida. Tal divergência se torna ainda mais gritante na individualização da pena do delito de tráfico de drogas, em que ambos os indivíduos poderão, em tese, ser agraciados com a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas.

A análise de atos infracionais ao fixar a reprimenda, nesse caso, constitui medida absolutamente necessária, uma vez que as medidas socioeducativas, aplicadas na adolescência, não foram suficientes para evitar que o indivíduo se debruçasse sobre a prática delituosa. Agraciar o réu, na vida adulta, com uma benesse, portanto, causaria vulnerabilidade do sistema penal e da política criminal que motivou a criação do benefício. Assim, o Superior Tribunal de Justiça, com razão, considera que o menor infrator que continua a delinquir ao ingressar na vida adulta dedica-se a atividades criminosas e, portanto, não faz jus ao benefício de redução da pena.

Não seria diferente em relação à quantidade e à natureza das drogas. O artigo 42 da Lei nº 11.343/06 nos demonstra que, no delito de tráfico de drogas, o magistrado, utilizando de sua discricionariedade, fixará a reprimenda em consonância com as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal e com a quantidade e natureza das substâncias entorpecentes. Quando elevada, a quantidade demonstra que estamos diante de um traficante habitual e experiente, haja vista o grande investimento monetário e comprometimento do indivíduo com o fornecedor da substância, que não a confiaria a um traficante de primeira viagem. Da mesma forma, no que tange à natureza, drogas sintéticas, além de movimentarem quantias elevadas, revelam-se mais prejudiciais à saúde e com acentuado potencial de dependência, o que acarreta maior lesão ao bem jurídico tutelado. Assim, cabe ao juiz sentenciante, levando em consideração esses elementos, afastar ou conceder a benesse do tráfico privilegiado.

Dessa forma, mostra-se urgente o alinhamento jurisprudencial dos Tribunais Superiores quanto à possibilidade de utilização de inquéritos policiais, de ações penais em curso, de atos infracionais e da quantidade e natureza das drogas, a fim de consubstanciar a habitualidade criminosa do sentenciado, posto que o atual estado de incerteza promove um de-

sacordo nas decisões dos magistrados e dos Tribunais de Justiça, no momento da análise de incidência da minorante do tráfico privilegiado, o que gera insegurança jurídica e desigualdade na sua aplicação.

Finalmente, conforme demonstrado, tais elementos são indispensáveis à análise de correspondência do sentenciado aos requisitos estabelecidos pelo legislador, sob pena de tornar-se o requisito da não dedicação a atividades criminosas inoperável. Porquanto, não haveria outras formas seguras de demonstração de habitualidade criminosa.

6. Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: Parte Geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Vol.1.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 4 mar. 2021.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848*, de 7 dez. 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 23 mar. 2021.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.688*, de 3 out. 1941. Lei das Contravenções Penais. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3688.htm>. Acesso em: 14 mar. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 out. 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 6 mar. 2021.

BRASIL. *Lei nº 7.210*, de 11 jul. 1984. Lei de Execuções Penais. Brasília, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 6 mar. 2021.

BRASIL. *Lei nº 11.343*, de 23 ago. 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. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm>. Acesso em: 23 mar. 2021.

BRASIL. *Lei nº 12.850*, de 2 ago. 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm> Acesso em: 23 mar. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 mar. 2015. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 6 mar. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.964*, de 24 dez. 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, 2019. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm>. Acesso em: 6 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental em Habeas Corpus 177.670/MG*. Relator: Edson Fachin, Segunda Turma. Processo Eletrônico, Brasília, 23 de setembro de 2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur432422/false>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental em Habeas Corpus 193.816/SP*. Relatora: Cármen Lúcia, Segunda Turma. Processo Eletrônico, Brasília, 21 de janeiro de 2021. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur439217/false>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo regimental no Habeas Corpus nº 195.319*. Relatora: Cármen Lúcia. Relator do acórdão: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma. Processo Eletrônico, Brasília, 5 de março de 2021. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur441590/false>> Acesso em: 23 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 23452*. Relator: Celso de Mello, Tribunal Pleno. Brasília, 12 de maio de 2000. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur20720/false>>. Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário 591.054/SC*. Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral. Brasília, 26 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur293484/false>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário 593.818/SC*. Relator: Roberto Barroso, Tribunal Pleno, Processo Eletrônico Repercussão Geral. Brasília, 23 de novembro de 2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436815/false>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 1.663.688/GO - 2020/0034001-8*. Relator: Nefi Cordeiro, Sexta Turma. Diário de Justiça eletrônico. Brasília, 26 de fevereiro de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Habeas Corpus 535.741/SP - 2019/0288798-8*. Relator: Ribeiro Dantas, Quinta Turma. Diário de Justiça eletrônico. Brasília, 10 de março de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Habeas Corpus 628.288/SP - 2020/0305659-0*. Relator: Ribeiro Dantas, Quinta Turma. Diário de Justiça eletrônico. Brasília, 26 de fevereiro de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Divergência em Recurso Especial 1413091/SP - 2014/0015576-0*. Relator: Felix Fischer, Terceira Seção. Diário Oficial Eletrônico. Brasília, 01 de janeiro de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 444*. É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2010. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp>>. Acesso em: 10 mar. 2021.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal*. 4 ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal: Parte Geral* (arts. 1º ao 120), 9 ed. rev. ampl. Salvador: Juspodivm, 2021.

EISELE, Andreas. *Direito Penal: Teoria do Delito*. Salvador: Juspodivm, 2018.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. Vol.1.

MASSON, Cleber. *Direito Penal: Parte Geral* (arts. 1º a 120). 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. Vol. 1.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 32 ed. rev. e atual até a EC nº 91. São Paulo: Atlas, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos* ("Pacto de San José de Costa Rica"), 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 24 mar. 2021.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal: Introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, 1997.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense: Método, 2021.

ELY DA SILVA PINTO

Procurador de Justiça. Ingressou no MPMG em 1992, tendo atuado nas comarcas de Mantena, Pedro Leopoldo, Vespasiano, Leopoldina, Governador Valadares, Barbacena e Belo Horizonte. Pós-graduado em Direito Público e Direito Civil. Graduado em Direito, pela faculdade de Direito de Barra Mansa, no Rio de Janeiro.

MARCO ANTONIO PICONE SOARES

Procurador de Justiça. Carreira em desenvolvimento no Ministério Público do Estado de Minas Gerais, atuando, por mais de 30 anos, na defesa dos interesses da sociedade em diversas áreas. Agraciado com a Medalha do Mérito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, com o Grande Colar do Mérito Legislativo Municipal Affonso Augusto Moreira Penna pela Câmara Municipal de Belo Horizonte, com a Medalha Grã-Cruz da Ordem do Mérito Judiciário do Distrito Federal e dos Territórios, com a Medalha da Ordem do Mérito Legislativo pela Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, com o Certificado de Honra ao Mérito pelo Ministério do Exército, Comando Militar do Leste, 4ª Região Militar e homenageado pela Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba – Casa de Epitácio Pessoa. Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá, na cidade do Rio de Janeiro.

CAMILA IMACULADA OLIVEIRA

Assessora de Procurador de Justiça no Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Graduada em Direito, pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, em 2018. Pós-Graduada em Advocacia Criminal, pela Escola Superior de Advocacia – ESA -OAB/MG - Faculdade FUMEC. Pós-Graduada em Criminologia pela Faculdade Venda Nova do Imigrante - FAVENI.

LARISSA GOMES GUERRA

Assessora de Procurador de Justiça no Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais em 2017. Pós-Graduada pela Faculdade de Direito Padre Arnaldo Janssen em Direito Privado em 2018. Pós-Graduada pela Universidade Cândido Mendes em Direito Penal e Processual Penal em 2021.



ROTEIRO DE ATUAÇÃO EM INVESTIGAÇÕES DE LAVAGEM DE DINHEIRO

MONEY LAUNDERING INVESTIGATION PROCEDURES

FÁBIO REIS DE NAZARETH

Promotor de Justiça

LETÍCIA CARVALHO RIBEIRO MORLEY

Servidora do MPMG

Resumo: O presente artigo, sem pretensão de exaurir temática tão ampla, objetiva trazer ao membro do Ministério Público e demais autoridades incumbidas do combate aos delitos macroeconômicos um roteiro de atuação pragmático e consistente, guarnecido de medidas administrativas e judiciais eficazes no levantamento de informações acerca da tipologia envolvida – lavagem de dinheiro –, e na identificação do proveito do crime e seu acautelamento em favor do ente vitimado. Para tanto, foram relacionados bancos de dados, sítios da *internet*, fundamentos legais, precedentes jurisprudenciais, todos de grande utilidade e pertinência para o tema proposto, acompanhados de sugestões de fluxogramas de trabalho testados na vivência cotidiana da mencionada atribuição e compartilhamento de boas práticas – internas e de outros órgãos – empiricamente referendadas.

Palavras-chave: lavagem de dinheiro; sonegação fiscal; técnicas de persecução penal; localização e indisponibilidade de patrimônio e outros ativos.

Abstract: This paper intends to bring a clear and practical view on the particularities of money laundering and its procedures, providing a plethora of steps and advanced prosecution techniques authorities may follow in order to successfully chase and freeze assets related to crime and to properly identify and take to court its authors. The aim of this study is also to be fulfilled with the most recent theories and precedents from highest national courts, which can enrich research and state prosecutors petitions about this subject.

Keywords: money laundering; tax evasion; prosecution techniques; chasing assets; money recovery.

Sumário: 1. Introdução. 2. Das características gerais do tipo penal. 3. Da atribuição do membro do MPMG e do foro competente. 4. Sonegação fiscal como crime antecedente de lavagem de dinheiro. 5. Particularidades relativas à blindagem patrimonial e ao emprego de interpostas pessoas. 6. Técnicas, recomendações e procedimentos extrajudiciais de investigação. 6.1. Roteiro prático de investigação do crime de lavagem de dinheiro. 6.2. Notícia de fato, procedimento investigatório criminal e inquérito policial. 6.2.1. O Relatório de Inteligência Financeira do COAF/UIF. 6.3. Busca por indícios do crime antecedente. 6.4. Ocultação e dissimulação: busca patrimonial. 6.4.1. Fontes abertas. 6.4.2. Bancos de dados de acesso restrito. 6.4.3. Pesquisa patrimonial. 6.4.4. Identificação de sócios ocultos e pessoas interpostas. 7. Medidas

judiciais. 7.1. Afastamento do sigilo bancário, fiscal e bursátil. 7.2. Afastamento do sigilo telefônico/telemático. 7.3. Busca e apreensão. 7.4. Intervenção judicial. 8. Medidas assecuratórias. 8.1. Sequestro com base na Lei de Lavagem de Dinheiro. 8.2. Alienação antecipada de bens. 9. Órgãos especializados no rastreamento de operações suspeitas. 9.1 Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF. 9.2. Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro – ENCCLA. 9.3. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Internacional – DRCI. 10. Cooperação Jurídica Internacional. 10.1. A Autoridade Central. 10.2. Pedido de cooperação jurídica internacional conduzido pela autoridade central brasileira e endereçado ao exterior: requisitos. 11. Considerações finais. 12. Referências.

1. Introdução

O combate à lavagem de dinheiro teve sua origem na década de 70, no direito italiano, como mecanismo para tentar coibir os lucros obtidos pela máfia com os delitos comuns praticados. No entanto, foi na década de 80, por iniciativa dos Estados Unidos, baseados nos conceitos utilitaristas de “custo do crime” e de direito penal eficiente, que a punição à lavagem de capitais passou a ser o foco mundial da guerra contra o narcotráfico.

Na atualidade, a persecução da lavagem revela uma forma cada vez mais desafiadora, uma vez que a criminalidade macroeconômica se vale de toda sorte de mecanismos e tecnologias a fim de impor obstáculos à apuração criminal, transitando, de maneira sub-reptícia, em zonas cinzentas do mercado financeiro, das quais é necessário extrair o máximo de informações e provas indiciárias a subsidiar as apurações.

Nessa ambiência, é imprescindível a capacitação e o compartilhamento das melhores práticas e técnicas de investigação, a fim de dotar o membro do Ministério Público de instrumentos efetivos na identificação do produto do crime e no manejo das teses e entendimentos jurídicos mais apropriados e consentâneos com o tema. O presente artigo, portanto, busca sistematizar instrumentos e mecanismos disponíveis ao *Parquet* mineiro para a persecução da lavagem de dinheiro.

2. Das características gerais do tipo penal

Inicialmente, há que se classificar o delito de lavagem de dinheiro como crime comum, punido somente a título doloso, podendo ser praticado por qualquer pessoa, e não necessariamente pelo autor da infração penal antecedente. Para sua configuração, é indispensável a existência de indícios da mencionada infração penal antecedente, cujos bens, valores ou direitos dela resultantes terão sua disposição, movimentação ou propriedade ocultada, dissimulada ou reinserida na economia formal.

Note-se que a abolição do rol taxativo de delitos antecedentes promovida pela Lei nº 12.683/12, a qual passou a admitir a lavagem do produto de qualquer infração penal (crimes e contravenções), alargou a perspectiva da persecução penal, antes engessada diante de determinados tipos, tais como sonegação fiscal e organização criminosa. Dessa forma, pode-se apontar como objetivos da norma antilavagem: a) manter o foco na perquirição do produto do crime; b) coibir a influência do crime nas finanças e economia, evitando, assim, distorções de mercado; e c) conhecer a hierarquia do crime, uma vez que o dinheiro sempre deixa rastro.

Sem embargo de outros meios para a concretização do delito, considera a doutrina, via de regra, que a lavagem de dinheiro é concentrada em três pilares: na primeira fase, denominada colocação ou inserção, o agente introduz o montante líquido no sistema econômico, afastando-o da origem ilícita; no segundo estágio, de ocultação, cobertura ou encobrimento, busca-se camuflar sua origem ilícita para, em seguida, na chamada integração ou reciclagem, completar o ciclo criminoso mediante reintrodução do dinheiro lavado junto à economia legal. No entanto, a consumação do tipo penal não exige o percurso pelas três fases, podendo operar-se de pronto com o implemento de apenas uma delas. Qualquer espécie de dissimulação ou ocultação, simples ou complexa, pode configurar o tipo em questão.

Dentre os mecanismos comuns e atividades suspeitas, pode-se exemplificar:

- a) operações apelidadas de “SWIFT”: ocorrem por meio de câmaras internacionais de compensação. O banco, ante um afluxo suspeito de recursos, deve providenciar a comunicação dessa movimentação ao COAF;
- b) *smurfing*: operação consistente em repartir quantias maiores em menores para fins de depósito fracionado, pulverizado;
- c) bolsas de valores: mercado volátil muito utilizado para lavagem de capitais. Possuem alto índice de liquidez, dada a compra e venda de ações em curto espaço de tempo;
- d) companhias seguradoras: risco de comunicação de falsos sinistros e apresentação de documentos falsos para transferência de títulos de capitalização;
- e) mercado imobiliário: falsas especulações imobiliárias e superfaturamento de transações.
- f) jogos e sorteios: manipulações de sorteios de loterias e compra de bilhete premiado;

g) operações comerciais com obras de arte, pedras preciosas, antiguidades, animais de raça e outros objetos de valoração altamente subjetiva, justificando preços elevados. Seus instrumentos financeiros garantem o anonimato;

h) atividade de *factoring*: compra de títulos de crédito com deságio;

i) ticketeiros: compra de *tickets*, cujo valor é descarregado em máquinas de cartão (por ex.: Sodexo) em nome de falsos estabelecimentos (padarias e restaurantes);

j) dólar-cabo: depósito em reais em conta de doleiro, que também possui conta no exterior. De sua conta no exterior, o doleiro transfere o valor correspondente em moeda estrangeira para a conta indicada pelo cliente, também no exterior.

Em todo caso, o crime de lavagem de dinheiro tem existência autônoma em relação ao delito antecedente, bastando que se identifique prova indiciária deste para que se caracterize a lavagem. É o que consta do art. 2º, inciso II e §1º da Lei nº 9.613/98, o qual dispõe que tanto o processamento quanto a condenação por lavagem de dinheiro podem dar-se independentemente de condenação ou mesmo da existência de processo pela infração penal antecedente. É necessário, todavia, demonstrar que o objeto da lavagem é proveniente da prática do delito antecedente¹.

3. Da atribuição do membro do MPMG e do foro competente

Com relação às atribuições ministeriais para a investigação do crime de lavagem de dinheiro, o *Parquet* estadual, assim como órgãos federais de persecução penal, vem entendendo que a matéria é regida pelo princípio da oportunidade. Nesse sentido, incumbirá à Promotoria encarregada da apuração e oferecimento da denúncia pelo crime antecedente também a perquirição do delito de lavagem de dinheiro dele resultante, de preferência, concomitantemente.

De igual modo, o foro competente para o trâmite da respectiva ação penal por lavagem de dinheiro seguirá o definido para a apreciação da infração penal antecedente, conforme previsão insculpida no art. 2º da Lei nº 9.613/98:

¹ A matéria é pacífica no Superior Tribunal de Justiça, como se percebe dos julgados a seguir: STJ - AgRg no RHC: 110.807 RJ 2019/0096604-5, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Data de Julgamento: 14/05/2019, T5 – Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 23/05/2019; e STJ - RHC: 41.203 SP 2013/0328710-1, Relator: Ministro Nefi Cordeiro, Data de Julgamento: 03/05/2016, T6 – Sexta Turma, Data de Publicação: DJe 12/05/2016.

Art. 2º O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei: I – obedecem às disposições relativas ao procedimento comum dos crimes punidos com reclusão, da competência do juiz singular; II - independem do processo e julgamento das infrações penais antecedentes, ainda que praticados em outro país, cabendo ao juiz competente para os crimes previstos nesta Lei a decisão sobre a unidade de processo e julgamento; (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012) III - são da competência da Justiça Federal: a) quando praticados contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, ou em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas; b) quando a infração penal antecedente for de competência da Justiça Federal.

Vicejam discussões acerca do cabimento, no foro da Justiça Comum Estadual, do processamento do crime de lavagem de dinheiro, mesmo que constatada a execução *de pelo menos uma fase do delito em território estrangeiro – a chamada transnacionalidade* – conforme mais adiante se explicitará.

Isto porque, em que pese o art. 109 da Constituição Federal tenha elencado, no feixe de competências da Justiça Federal, os crimes previstos em tratado ou convenção internacional dos quais o Brasil seja signatário, quando, iniciada a execução no País, o *resultado* tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente, a lei de lavagem de dinheiro optou por disciplinar a matéria, estabelecendo de forma expressa os casos sujeitos à jurisdição federal.

Nesse contexto, é matéria pacífica que tramitarão em varas federais os crimes de branqueamento de capitais praticados em detrimento do sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, ou de bens, serviços e interesses da União, suas autarquias e empresas públicas e, ainda, quando a apreciação da infração penal antecedente competir à Justiça Federal. Os demais, submetem-se à alçada da Justiça Estadual, *dada sua competência residual*. É o posicionamento jurisprudencial uníssono.²

Quanto à questão controversa da transnacionalidade, é possível coletar julgados que consideram uma “terceira” hipótese de atração da compe-

2 Cf. STJ - CC: 164361 MT 2019/0069022-7, Relator: Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Data de Julgamento: 28/08/2019, S3 – Terceira Seção, Data de Publicação: DJe 06/09/2019; e CC 146.153/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 11/05/2016, DJe 17/05/2016. *Vide* também, no mesmo sentido, STJ – Conflito de Competência 124937 PE 2012/0209475-7, Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Data de Julgamento: 10/04/2013, S3 – Terceira Seção, Data de Publicação: DJe 17/04/2013; STJ - CC: 155351 GO 2017/0289979-4, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Data de Julgamento: 22/02/2018, S3 – Terceira Seção, Data de Publicação: DJe 28/02/2018; STJ - RHC: 115983 PR 2019/0219500-1, Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, Data de Julgamento: 05/05/2020, T6 – Sexta Turma, Data de Publicação: DJe 12/05/2020.

tência da Justiça Federal, com base no art. 109 da Carta Magna,³ casos em que, versando sobre delito que o Brasil comprometeu-se, por tratados e convenções internacionais, a combater, alguma das fases do branqueamento de capitais tenha ocorrido no exterior (por exemplo, remessa de dinheiro a paraísos fiscais em algum momento do *iter criminis*).

A propósito, veja-se o seguinte acórdão do TJMG:

EMENTA: “HABEAS CORPUS” - ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA - FRAUDE À DISPENSA DE LICITAÇÃO - PECULATO - LAVAGEM DE DINHEIRO - ARGUIÇÃO DE EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA JULGADA IMPROCEDENTE EM PRIMEIRA INSTÂNCIA - TRANSNACIONALIDADE DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO RECONHECIDA - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL - BASE CONSTITUCIONAL - ORDEM CONCEDIDA. - Consoante disposto no artigo 109, inciso V, da Constituição Federal, e de tratados internacionais específicos ratificados pelo Brasil, a lavagem transnacional de ativos, obtidos ou não no País, sempre será fator determinante para atrair a competência da Justiça Federal, que é constitucional e de natureza absoluta. Em suma, portanto, o juiz natural (Constituição Federal, artigo 5º, LIII) para conhecer do crime de lavagem transnacional pertence, necessariamente, ao juiz federal. (TJ-MG - HC: 10000170766745000 MG, Relator: Beatriz Pinheiro Caires, Data de Julgamento: 30/11/2017, Câmaras Criminais / 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 11/12/2017).

No inteiro teor do supracitado *Habeas Corpus*, bem asseverado pela relatora que a própria lavagem de dinheiro em si constitui um desses crimes cuja repressão é compromisso internacional firmado pelo país e, comprovada a existência de, pelo menos, uma fase internacional da lavagem, está firmada a competência do Juízo Federal:

A meu ver, as hipóteses de competência federal para julgamento de crimes de lavagem de dinheiro não se esgotam no aludido rol, pois o artigo 2º, inciso III, da Lei de Lavagem de Dinheiro deixou de abordar expressamente a questão do crime em âmbito transnacional. Entendo que esta seria uma espécie de terceira hipótese de fixação da competência Federal, quando valores são enviados para o exterior, aplicando-se o artigo 109, V, da CF, que confere competência a Juizes Federais para julgar e processar tais delitos.

Art. 109. Aos juizes federais compete processar e julgar:

V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

3 STJ - CC: 159833 SP 2018/0182937-4, Relator: Ministra Laurita Vaz, Data de Julgamento: 10/10/2018, S3 – Terceira Seção, Data de Publicação: DJe 26/10/2018.

Assim, a meu sentir, basta que, em qualquer dos momentos do iter criminis, tenham ocorrido condutas (comissivas ou omissivas) no Brasil e no exterior, na forma consumada (“resultado tenha ocorrido no estrangeiro”) ou tentada (“resultado devesse ter ocorrido no estrangeiro”), ou vice-versa.

Nesses casos, portanto, será suficiente o reconhecimento da transnacionalidade da lavagem, ainda que o crime antecedente seja interno.

Conforme exemplificado pelos combativos Impetrantes, a lavagem de dinheiro (em si mesma, sem considerar qualquer dos delitos antecedentes) é crime previsto em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, a saber: as Convenções das Nações Unidas contra a Corrupção (Mérida, 2003), contra o Crime Organizado Transnacional (Palermo, 2000) e contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Viena, 1988), assim como a Convenção Interamericana contra o Terrorismo (Barbados, 2002) Convenção da OCDE sobre Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (Paris, 1997).

Consoante disposto no artigo 109, inciso V, da Constituição Federal, e de tratados internacionais específicos ratificados pelo Brasil, a lavagem transnacional de ativos, obtidos ou não no País, sempre será fator determinante para atrair a *competência federal, que é constitucional e de natureza absoluta*. Em suma, portanto, o juiz natural (Constituição Federal, artigo 5º, LIII) para conhecer da lavagem transnacional é, necessariamente, o juiz federal.

Feitas essas considerações, concedo a ordem impetrada, a fim de reconhecer a competência da Justiça Federal para processar e julgar os fatos investigados na ação penal nº 0064017-15.2016.8.13.0271.

Já decidi a Terceira Seção do STJ, embora em data bastante remota, quando da apreciação de Conflito de Competência, especificamente que, *sempre que a lavagem de dinheiro seja mediada por instituição financeira no exterior*,⁴ a competência seja deslocada para a Justiça Federal:

CRIMINAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PROCEDIMENTO QUE APURA POSSÍVEL OCULTAÇÃO DE BENS E VALORES DE ORIGEM EM TESE ILÍCITA, SITUADOS NO EXTERIOR. ANÁLISE RESTRITA DA COMPETÊNCIA PARA OS FATOS QUE COMEÇAM A SER APURADOS. CONEXÃO COM ESCÂNDALO DOS PRECATÓRIOS. PRECARIEDADE DE ELEMENTOS PARA TALANÁLISE. EXISTÊNCIA DE DINHEIRO NO EXTERIOR, SEM DECLARAÇÃO AO FISCO. DELITO CONTRA A ORDEM ECONÔMICA E/OU LAVAGEM DE

4 Assim também já decidiu o TJRJ: TJ-RJ - HC: 00201585220158190000 RJ 0020158-52.2015.8.19.0000, Relator: Des. Suely Lopes Magalhães, Data de Julgamento: 10/06/2015, Oitava Câmara Criminal, Data de Publicação: 12/06/2015 12:54.

DINHEIRO. NECESSIDADE DA DEVIDA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. ORDEM ECONÔMICA EM JOGO. LAVAGEM OCORRIDA EM INSTITUIÇÃO SITUADA NO ESTRANGEIRO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. DUPLICIDADE DE INVESTIGAÇÕES. PREJUÍZOS. EVENTUAL CRIME AFETO À JUSTIÇA ESTADUAL. SÚM. Nº 122/STJ. COMPETÊNCIA DA 8ª VARA FEDERAL. JUÍZO QUE JÁ APRECIOU PEDIDOS DE DILIGÊNCIAS. PROVA COLHIDA NA JUSTIÇA ESTADUAL. APROVEITAMENTO. PRECEDENTES. CONFLITO CONHECIDO. I. Para fins de justificação da competência, tem-se como prematuro o exame de eventual conexão objetiva entre a ação penal já em andamento na Justiça Federal, que apura as condutas noticiadas na CPI dos Precatórios, e os fatos a serem investigados no inquérito policial requisitado pelo Juízo Estadual, relativos à existência de grandes quantias de dinheiro em Jersey, tendo em vista a precariedade de elementos para se afirmar que uma (ou algumas) das possíveis infrações a serem investigadas, tenha (m) sido cometida (s) com a intenção de facilitar ou ocultar outra (s), ou visando a eventual impunidade ou vantagem em tal relacionamento. II. A competência deve ser verificada pelos fatos até o momento tidos como delituosos, relacionados à existência, em tese, de grandes quantias no exterior, pertencentes a brasileiros domiciliados no País, sem declaração à Receita Federal do Brasil, que podem configurar, em tese, delito contra a Ordem Econômica e/ou contra o Sistema Financeiro Nacional, seja pela eventual caracterização de evasão fiscal e/ou lavagem de dinheiro – o que depende da devida instrução processual. III. Estando em jogo, em princípio, a própria Ordem Econômica Nacional, resta atraída, em um primeiro momento, a Justiça Federal para a apuração das condutas. *IV. Sempre que a lavagem ocorrer em instituição bancária situada no estrangeiro, a competência será da Justiça Federal.* V. A duplicidade de investigações sobre os mesmos fatos, por autoridades judiciais diferentes, pode vir a acarretar prejuízos para as partes, para a celeridade da apuração, para a indispensável colaboração internacional e para a própria verdade real. VI. Restando eventual crime estadual a ser apurado, o mesmo estará em conexão com os delitos federais – o que atrairá a competência da Justiça Federal para o seu julgamento, se for o caso. Súm. nº 122/STJ. VII. Afirma-se a competência do Juízo da 8ª Vara Federal, mesmo abstraindo eventual conexão específica com o processo dos precatórios, que se encontra ali tramitando, pois esse mesmo Juízo já apreciou pedidos de diligências requeridos pelo Ministério Público Federal lá atuante, na hipótese em questão – movimentações financeiras em Jersey. VIII. Deve ser aproveitada toda a prova produzida na Justiça Estadual, de conformidade com o que a legislação recomenda, sendo certo que não se trata de prova colhida por Juiz absolutamente incompetente para fazê-lo, pois este detinha a competência para tanto, à época – eis que investigava, regularmente, possível cometimento de delitos afetos, em princípio, à esfera estadual, uma vez que a comprovação dos indícios de depósitos em Jersey ocorreu a posteriori. IX. A posterior declinação da competência – do Juízo Estadual para o Federal – não tem o condão de, por si só, invalidar a prova até então regularmente

colhida. Precedentes da 5ª Turma. X. Conflito conhecido para declarar a competência da 8ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, o Suscitante, convalidando-se toda a prova já produzida regularmente na Justiça Estadual. (STJ - CC: 32861 SP 2001/0099351-0, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 10/10/2001, S3 – Terceira Seção, Data de Publicação: DJ 19.11.2001).

Da legislação e da jurisprudência analisadas, três conclusões se impõem. A primeira, de que ordinariamente a competência para o processamento do delito de lavagem de dinheiro pertence à Justiça Comum Estadual, que, apesar de assumir tal mister de forma “residual”, acaba por condensar o montante maior dos feitos dessa natureza.

A segunda e mais clara constatação, por ser decorrente de comando legal e constitucional, é a de que a competência para apreciar o delito de lavagem de dinheiro será trasladada para a Justiça Federal sempre que: a) o julgamento do delito antecedente for de competência federal; b) houver sido perpetrado em prejuízo de bens, serviços ou interesses da União ou de suas autarquias e empresas públicas; c) quando praticado contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, e d) por previsão constitucional, iniciada a execução do delito no país, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro ou, reciprocamente, levando-se em conta que o crime de lavagem de dinheiro figura entre aqueles cujo compromisso de persecução o Brasil firmou em tratados e convenções internacionais que ratificou.

A terceira e última conclusão é a de que, mesmo que o delito antecedente seja de competência da Justiça Estadual e que inexista interesse ou bem jurídico da União a tutelar, bem como ausente lesão ao sistema financeiro e à ordem econômico-financeira, o delito de lavagem de dinheiro poderá ser submetido à apreciação da Justiça Federal sempre que constatada a sua transnacionalidade pela existência de alguma fase do *iter criminis* praticada no exterior.

4. Sonegação fiscal como crime antecedente de lavagem de dinheiro

As alterações promovidas na Lei nº 9.613/98 pela Lei nº 12.683/12, notadamente a abolição do rol taxativo de delitos antecedentes, visaram ir ao encontro das 40 Recomendações do GAFI (Grupo de Atuação Financeira Internacional).

O crime de sonegação fiscal consta expressamente em uma lista mínima de infrações penais antecedentes, conforme nota interpretativa 4 da Recomendação n° 3 do GAFI, e, nesse sentido, o legislador brasileiro, em vez de reeditar uma lista de crimes antecedentes conforme proposto pelo órgão, optou pela admissão de qualquer infração penal, adequando-se, ainda assim, aos parâmetros internacionais de combate à lavagem de dinheiro.

O direito estrangeiro, igualmente, prevê – cada país à sua maneira – que a sonegação fiscal possa anteceder a lavagem de dinheiro. As fontes (lei, doutrina e jurisprudência) do direito espanhol, português e italiano⁵ são as que guardam maior proximidade com as brasileiras. A doutrina e jurisprudência espanhola e portuguesa cunharam o termo “cota tributária defraudada” para significar o montante correspondente ao tributo cujo recolhimento ao Fisco era obrigação do agente. Essa especificação permite separar dos proventos econômicos do agente a quantia “economizada” em decorrência do não pagamento do imposto, a qual pode ser objeto material da lavagem de dinheiro. Segundo Blanco Cordero (apud BONFIM, 2017, p. 207), a cota defraudada “constitui simultaneamente um prejuízo para a Fazenda Pública e um benefício para o defraudador”, configurando “o benefício ou proveito econômico *derivado do delito* suscetível de ser considerado bem idôneo do delito de lavagem de dinheiro”. A teoria do nexos causal presta auxílio à inclusão da sonegação fiscal no rol de delitos antecedentes da lavagem de dinheiro, já que aquele crime supõe um incremento do patrimônio do defraudador, com bens que, de outra forma, não o integrariam. Conforme o autor, “este dinheiro não estaria em seu patrimônio se não houvesse defraudado a Fazenda Pública e tem, portanto, sua origem e procedência no delito fiscal” (apud BONFIM, 2017, p. 220).

São exemplos de lavagem de dinheiro proveniente de sonegação fiscal, segundo o autor português e professor da Universidade Católica Portuguesa, Germano Marques da Silva (apud BONFIM, 2015): a) venda sem emissão de fatura nos casos em que esta é obrigatória. O resultado da venda não poderá ser contabilizado, de modo que “é toda a receita, o produto da venda que constitui vantagem do facto ilícito”; b) emprego de notas fiscais falsas em que o respectivo valor é não só contabilizado como despesa, mas efetivamente levantado em benefício de terceiro. Também nesse caso, “é o valor constante do documento fiscal que vai constituir a vantagem e não apenas o imposto que quem paga a factura vai pagar a menos e o imposto daquele que recebe o valor da factura

5 Traduções de doutrina e jurisprudência na publicação *Os delitos fiscais como crimes antecedentes da lavagem de dinheiro*, de autoria do Dr. Wellington Luís de Souza Bonfim, Procurador Regional da República da 1ª Região e mestre em Ciências Jurídico-Criminais da Universidade de Lisboa.

e deixa de pagar o imposto correspondente ao benefício em causa”; c) venda de imóvel por preço superior ao declarado na escritura pública de compra e venda: a vantagem é o preço recebido pelo vendedor e não declarado na escritura; é esse valor que fica sujo e precisa ser lavado. Se o contribuinte, na declaração do I.R., declarar um valor inferior ao da transação efetiva, comete o crime tributário ao omitir o ganho de capital.

Em suma, o que se pune não é a atividade que gerou a renda, mas a fraude que levou à supressão ou à redução do tributo ou à possibilidade de diminuição de receitas fiscais. Na doutrina pátria, os autores Badaró e Bottini (2012, p. 72) seguem marco teórico semelhante, afirmando que

[...] todos os bens *originados* pela *sonegação* serão objeto da lavagem de dinheiro caso ocultos ou mascarados. [...] O *produto* da lavagem de dinheiro será apenas a parcela sonegada e não a totalidade do valor que gerou a obrigação fiscal. (grifos dos autores)

A sonegação, no caso, “pode se dar pelo recebimento de *devoluções* de valores pelo fisco ou pela *manutenção* de valores que deveriam ter sido pagos, sempre por meio das condutas típicas de crimes tributários”, de maneira que “*apenas* essas parcelas são *objeto da lavagem de dinheiro*, ficando imaculado o resto do capital sobre o qual incidiu o tributo.” Os referidos autores fazem ressalva aos valores compreendidos para fins de aplicação do princípio da insignificância, sendo que tais montantes, que são atípicos para fins penais-tributários, também serão impeditivos da tipificação da lavagem de dinheiro.

Discorrendo de modo genérico sobre as características do crime de lavagem de dinheiro, Luiz Regis Prado (2009, p. 355-356) registra que

Os produtos do crime (*producta sceleris*) são considerados objeto material ou da ação do delito de lavagem de capitais sempre e quando sejam suscetíveis de tráfico comercial. Também podem ser objeto material do delito em exame os ganhos, benefícios ou vantagens obtidos pela prática delitiva (*sceleris quasita*), bem como o preço do crime (promessa, recompensa), tido como bem que dele exsurge.

No julgamento do Recurso em Sentido Estrito nº 5059843-80.2015.4.04.7000/PR, em 2017, a Oitava Turma do TRF da 4ª Região proveu por unanimidade recurso do Ministério Público Federal visando o recebimento de denúncia por crime de lavagem de dinheiro antecedido por sonegação fiscal.⁶ O STJ, por sua vez, também já reconheceu a viabilidade

6 TRF-4 - RCCR: 50598438020154047000 PR 5059843-80.2015.404.7000, Relator: Leandro Paulsen, Data de Julgamento: 05/04/2017, Oitava Turma.

de da imputação do delito de lavagem de dinheiro que tenha como antecedente a prática de sonegação fiscal, conjuntamente com outros delitos.⁷

Nesse sentido, embora ainda incipientes as manifestações da doutrina e da jurisprudência – o que se atribui ao fato de a alteração legislativa havida em 2012 ser considerada recente e poucas demandas do tipo já terem aportado à apreciação das instâncias superiores –, tudo indica que não haverá grandes controvérsias na percepção do crime de sonegação fiscal dentre os que precedem a lavagem de dinheiro.

Note-se que o art. 1º, § 2º, inciso I, da Lei nº 8.137/90 estipula que incorre na mesma pena quem “utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal;”. É o que corriqueiramente se observa em esquemas de sonegação fiscal altamente simbióticos, em que o agente sonegador retroalimenta o próprio empreendimento, fomentando-o e fazendo-o prosperar mediante injeção de recursos correspondentes ao capital sonegado propriamente dito – a “cota tributária defraudada”. Trata-se de crime de mera conduta, ou seja, a configuração do delito não se vincula ao resultado da utilização do bem proveniente da infração penal, bastando o seu emprego na atividade econômica ou financeira. Assim, não é exigido que haja a efetiva ocultação ou dissimulação para a capitulação do delito. Luiz Regis Prado (2009, p. 361) ensina que

[...] nesse caso, conforme esclarece o item 41 da Exposição de Motivos da lei em comento, caracteriza a prática do ilícito “a mera utilização, sem ter por objetivo a ocultação ou a dissimulação da origem dos bens, direitos ou valores, uma vez que o agente saiba de tal origem.

5. Particularidades relativas à blindagem patrimonial e ao emprego de interpostas pessoas

A criminalidade macroeconômica, quase sempre caracterizada pela complexidade dos esquemas que articula, vale-se comumente de laranjas, testas de ferro e pessoas interpostas a fim de opor obstáculos à persecução penal e ocultar o real responsável por transações, bens e ativos diversos, dificultando o conhecimento da autoria. Cumpre assinalar que existem diferenças substanciais entre a qualidade e a natureza da participação desses agentes em expedientes de lavagem de dinheiro e outros crimes.

7 (STJ, HC 235.900/CE, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 04/06/2013, DJe 21/06/2013).

Nesse sentido, o *testa de ferro* pode ser compreendido como o sujeito que, conscientemente, presta auxílio a seus hierarcas, podendo inclusive auferir vantagens e recompensas originadas dessa função. Age a mando direto daqueles que detêm o domínio do fato, apondo seu próprio nome em toda sorte de operações comerciais, financeiras e imobiliárias. É lícito imputar-lhe responsabilidade criminal como partícipe ou mesmo como autor, a depender dos atos de execução que efetivamente tenha praticado e do nível de autonomia nas decisões que integraram o *modus operandi* e o *iter criminis*.

Já o *laranja consciente* tem o conhecimento do emprego de sua identidade em todo tipo de operações, sem, contudo, deter outras funções junto ao esquema. Limita-se a emprestar seu nome a figurar formalmente em transações, percebendo ou não vantagem financeira decorrente de tal postura. Além de falsidade ideológica, esse agente pode responder por lavagem de dinheiro e/ou pela infração penal antecedente, na qualidade de partícipe.

O *laranja inconsciente*, por sua vez, desconhece o uso de seus dados e identidade em esquemas fraudulentos. Trata-se, ordinariamente, de pessoa cujos documentos pessoais foram perdidos, subtraídos ou extraviados. Nesse caso, não se lhe imputará responsabilidade criminal.

Bastante assemelhada é a condição do *fantasma*, normalmente indivíduo falecido cujos dados permanecem em utilização por criminosos, ou pessoa física cuja personalidade tenha sido forjada mediante confecção de documentos pessoais e registros civis falsos.

Pessoas jurídicas igualmente se prestam a compor engenhosos expedientes de lavagem de dinheiro, sejam elas *empresas de fachada* (cujo objeto social não coincide com a real atividade) ou *empresas fantasma* (cuja existência é meramente formal, sendo que tais empresas costumam não contar com sede física própria ou cujo endereço coincide com o de outras empresas do mesmo grupo econômico).

As *offshores* (em tradução literal, “empresas fora da costa”) são pessoas jurídicas situadas em paraísos fiscais, que não exercem atividade econômica em seu país sede. São chamados paraísos fiscais os países que oferecem vantagens tributárias e garantia de sigilo sobre operações financeiras e titularidade das empresas neles estabelecidas. No âmbito de um esquema de lavagem de dinheiro, a participação de uma *offshore* propicia ocultar o real responsável por uma operação ou a propriedade de bens e direitos.

A Receita Federal do Brasil editou a Instrução Normativa nº 1.037/2010, na qual estão listados os países considerados paraísos fiscais, classificando-os como os que não tributam a renda ou que a tributam a uma alíquota inferior a 20%, ou, ainda, cuja legislação interna não permita o acesso a informações relativas à composição societária de pessoas jurídicas ou à sua titularidade, garantindo total privacidade.

Segundo o Manual Prático de Combate à Lavagem de Dinheiro e aos Crimes Financeiros, de autoria da Polícia Federal/Dfin/Dicor (2013, p. 63-64):

Há diversas justificativas econômicas e empresariais para a constituição de empresas *offshores*, não havendo ilegalidade neste ato por si só. Usualmente estas empresas são utilizadas para integrar o quadro societário ou acionário de uma empresa brasileira ou servem como veículo de investimentos no mercado financeiro brasileiro. Também é vista, com certa frequência, a negociação de contratos comerciais ou financeiros entre empresas brasileiras e *offshores* (contrapartes em operações de comércio exterior, remessas de lucros, empréstimos, aval em garantia, etc.).

Para que a empresa estrangeira possa atuar em território nacional, a lei exige que ela tenha autorização do Poder Executivo. Essa autorização consubstancia-se na inscrição de CNPJ e na indicação de um representante legal no país. Não há, todavia, norma que obrigue a *offshore* a divulgar o seu Quadro de Sócios e Administradores (QSA) para a Receita Federal.

As empresas de prateleira, ou *shelf companies*, são estruturas societárias já prontas que podem ser adquiridas pelos interessados em encobrir operações, fechando negócios em nome dos reais proprietários, recebendo capitais, abrindo contas bancárias, etc., sem necessidade de realizar a incorporação propriamente dita. São, portanto, uma modalidade de empresa de fachada.

Em todos os casos citados, tais pessoas jurídicas costumam nem sequer contar com colaboradores devidamente registrados, sendo imprescindível a consulta ao banco de dados RAIS (Relação Anual de Informações Sociais), além da Junta Comercial e obtenção de informações quanto às notas fiscais emitidas pela empresa, de molde a atestar sua movimentação comercial.

Nesse contexto, é comum a constituição de empresas de administração patrimonial, participação em outras pessoas jurídicas, consultoria e assessoria, cujo contributo em esquemas fraudulentos relaciona-se à acolhida de ativos ilícitos, capitais já branqueados, emissão de notas fiscais frias, super ou subfaturadas, etc.

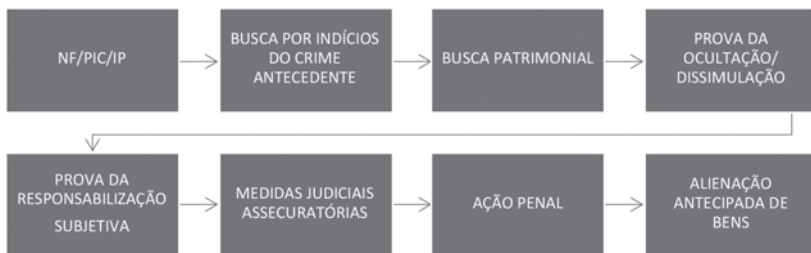
Os instrumentos de pesquisa elencados nos itens 5 e 6 (procurações, consulta a vínculos empregatícios, por exemplo) são eficazes na identificação de indícios da interposição de terceiros, podendo ser complementados pelas medidas cautelares probatórias do item 7 e pela realização de oitivas e diligências de campo.

6. Técnicas, recomendações e procedimentos extrajudiciais e judiciais de investigação da lavagem de dinheiro

6.1. Roteiro prático de investigação do crime de lavagem de dinheiro

A cada dia surgem novas formas de lavagem de dinheiro decorrentes dos mais diversos tipos de delitos. Por essa razão é tão complexo elaborar um manual prático de investigação diante da possibilidade de, assim que lançado, já estar ultrapassado.

No entanto, o conhecimento empírico permite identificar as práticas mais corriqueiras de ocultação e dissimulação patrimonial, com ampla ocorrência para branqueamento de recursos oriundos do tráfico de drogas e armas, bem como dos crimes de corrupção, peculato e sonegação fiscal. Nessa toada, em regra, a investigação dos crimes de lavagem de dinheiro deve obedecer ao seguinte roteiro prático, sem prejuízo das peculiaridades do caso concreto:



Os itens a seguir irão elucidar cada uma das fases desse roteiro, com indicação de meios de prova e como obtê-la.

6.2. Notícia de fato, procedimento investigatório criminal e inquérito policial

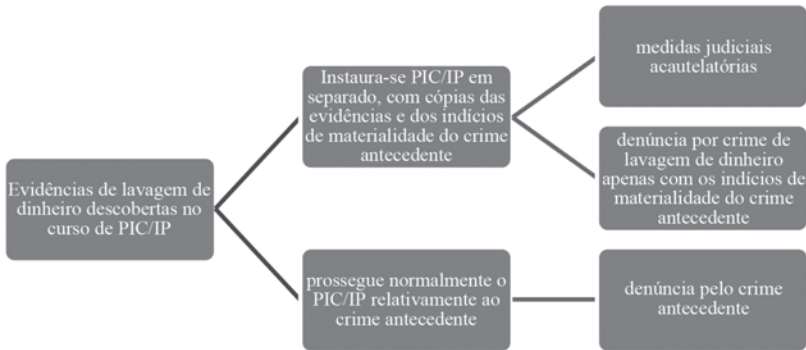
As informações sobre possível lavagem de dinheiro podem aportar no Ministério Público de diversas maneiras, seja no bojo de uma investigação criminal atual, seja durante a instrução da ação penal, seja por informações prestadas por terceiros. Sugere-se que, em qualquer hipótese, seja lavrada a **notícia de fato com os indícios veementes do crime antecedente e as evidências do crime de lavagem de dinheiro**.

Nada impede – pelo contrário, recomenda-se – que a investigação por crime de lavagem seja realizada em procedimento investigatório autô-

nomo, bastando, para tanto, que o PIC ou o IP sejam instruídos com os indícios veementes da ocorrência do crime antecedente. Não há a necessidade de denúncia prévia ou mesmo condenação. Bastam indícios veementes, conforme o art. 2º, *caput*, inciso II, § 1º, da Lei nº 9.613/98.⁸

Mantendo investigações autônomas, permite-se que a persecução de um não fique atrelada à do outro. Geralmente, a prova da lavagem demanda uma série de diligências técnicas, como perícias contábeis e análises de dados bancários, o que, inevitavelmente, provoca uma maior dilação probatória. Dessa forma, separando-se os feitos, pode-se denunciar de pronto o crime antecedente enquanto se aguarda a produção das provas necessárias para a denúncia da lavagem.

Portanto, sugere-se o seguinte fluxograma:



6.2.1. O Relatório de Inteligência Financeira do COAF/UIF

Um canal muito comum de informações iniciais sobre eventual crime de branqueamento são os relatórios de inteligência financeira do COAF/UIF. Basicamente, o órgão possui duas maneiras de se comunicar com o sistema de Justiça Criminal: a) por solicitação; b) de ofício.

Todas as autoridades com competência para a investigação de lavagem de dinheiro podem se cadastrar no *site* do COAF (www.coaf.sei.fazenda.gov.br) e solicitar análises financeiras sobre pessoas e períodos determinados. Ao final da pesquisa, o COAF/UIF encaminha um relatório de

8 Art. 2º O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei: [...]

II - independem do processo e julgamento das infrações penais antecedentes, ainda que praticados em outro país, cabendo ao juiz competente para os crimes previstos nesta Lei a decisão sobre a unidade de processo e julgamento; [...]

§ 1º A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor, ou extinta a punibilidade da infração penal antecedente.

inteligência financeira relacionando todas as comunicações obrigatórias e automáticas realizadas pelas instituições financeiras de todo o país.

Além disso, o COAF/UIF também atua de ofício, encaminhando aos órgãos de investigação relatórios sobre comunicações de movimentação suspeita. No caso do Ministério Público de Minas Gerais, esses relatórios são encaminhados ao Procurador-Geral de Justiça, que, por meio do CAOET – Centro de Apoio Operacional da Ordem Econômica e Tributária –, repassa-os aos promotores de justiça competentes.

O COAF/UIF não possui acesso aos dados bancários e financeiros dos cidadãos. Sua função é receber, tratar, organizar e difundir as comunicações de movimentações suspeitas disciplinada na Lei nº 9.613/98. Portanto, quem alimenta o COAF/UIF de informações são as instituições financeiras, que remetem informações de comunicação obrigatória e informações de movimentações que o respectivo agente bancário considera suspeitas.

Os Relatórios de Inteligência Financeira (RIFs) são de difícil leitura para quem não está acostumado. Então, sugere-se o tratamento dos dados na planilha abaixo, que facilitará a análise e, posteriormente, a comprovação das operações:

RIF n.			– item n.		
Titular:			Procurador/Sócios:		
Banco:	Conta:		Agência:	Período:	
CRÉDITO			DÉBITO		
Total:			Total:		
Operações:			Operações:		
Depósitos			Saques		
Depósitos em Cheque			Transferências		
Transferências			Pagamentos		
TED/DOC			Aplicações		
Outras			Outras		
Remetente/Depositante	Cpf / Cnpj	Valor	Beneficiário	Cpf / Cnpj	Valor
Observações:					

O RIF é um mero relatório de inteligência, que não possui nenhum valor probatório, razão pela qual não se recomenda a sua juntada no PIC/IP. No entanto, o RIF pode ser utilizado para instruir pedido de afastamento de sigilo bancário. Somente dessa forma, as informações trazidas pelo documento podem ser utilizadas como prova no processo penal.

Em se tratando de informações originadas de Relatório de Inteligência Financeira produzido pelo COAF – hoje Unidade de Inteligência Financeira –, o proceder referendado pela Recomendação CNMP nº 4/2017 é a pronta instauração de notícia de fato para fins de verificação das movimentações atípicas ali reportadas:

Art. 1º Os Relatórios de Informações Financeiras espontâneos encaminhados pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras ao Ministério Público devem ser imediatamente registrados como Notícias de Fato e distribuídos ao órgão de execução com atribuições para a instauração do procedimento apuratório cabível, observadas as regras de distribuição aplicáveis.

Providência de teor análogo é prevista na Resolução Conjunta PGJ/CGMP nº 3/2017, a qual regulamenta a instauração e o trâmite das Notícias de Fato e dos Procedimentos Investigatórios Criminais no âmbito do *Parquet* estadual, quando do recebimento de qualquer notícia-crime, *in verbis*:

Art. 3º As notícias de crime, representações e requerimentos serão cadastrados no Sistema de Registro Único (SRU) como Notícia de Fato e o órgão de execução do Ministério Público, no prazo de 30 (trinta) dias, prorrogáveis, fundamentadamente, por no máximo mais 90 (noventa) dias, nos casos em que sejam necessárias diligências preliminares à formalização da investigação, poderá: [...]

VII – instaurar o Procedimento Investigatório Criminal, de que cuida esta Resolução.

Oportuno lembrar que eventuais controvérsias acerca da validade da utilização dos relatórios de inteligência financeira produzidos pelo COAF/UIF foram pacificadas pelo STF quando do julgamento do paradigmático Recurso Extraordinário nº 1.055.941/SP, ficando sedimentada em sede de repercussão geral a constitucionalidade do compartilhamento pela Unidade de Inteligência Financeira desses materiais com órgãos de persecução penal, para fins criminais, os quais deverão manter o sigilo das informações.

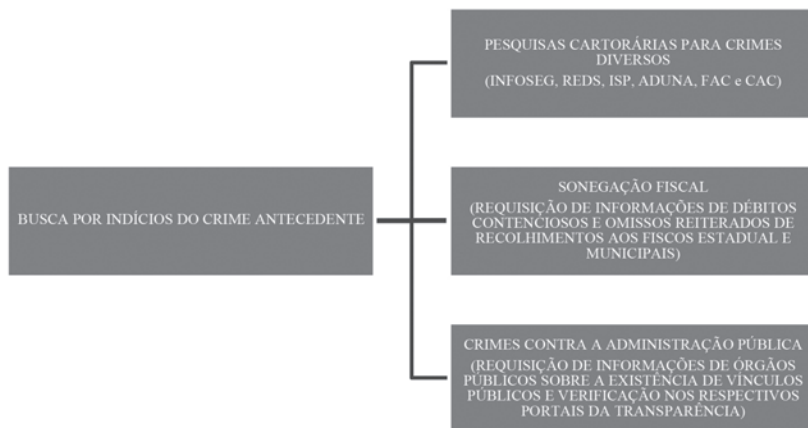
De posse do RIF, a autoridade encarregada da investigação deverá coletar informações adicionais junto às fontes abertas e restritas retromencionadas.

6.3. Busca por indícios do crime antecedente

A informação sobre a prática do crime de lavagem pode chegar aos órgãos de investigação sem evidências quanto ao delito antecedente. Na imensa maioria das vezes é o que ocorre com os relatórios de inteligência financeira remetidos de ofício pelo COAF/UIF.

Nessas situações, recomenda-se a lavratura da notícia de fato para se realizar busca cartorária sobre eventuais crimes praticados pelas pessoas apontadas como autoras do delito. Essas buscas devem ser feitas por meio da solicitação de certidões e folhas de antecedentes criminais. Sugere-se também a pesquisa de REDS.

Caso as buscas acima sugeridas resultarem negativas, permanecendo dúvidas quanto à existência do delito antecedente, deve-se verificar se o investigado possui vínculos com o Poder Público ou se é, diretamente ou por meio de pessoa jurídica, contribuinte de tributos estaduais ou municipais. No primeiro caso, pode-se perquirir eventuais irregularidades nos vínculos públicos (fraudes na execução de contratos e atos de corrupção geralmente são as hipóteses mais comuns), a critério e por sensibilidade da autoridade que preside a investigação. Já na segunda hipótese, sugere-se verificar junto à administração fazendária local a existência de débitos tributários contenciosos ou eventuais omissões reiteradas de pagamentos.



6.4. Ocultação e dissimulação: busca patrimonial

Invariavelmente, o ponto de partida de investigações que envolvem a criminalidade econômica perpassa pelo levantamento de informações junto a fontes abertas e bancos de dados de acesso restrito, para os quais é franqueado o acesso a autoridades policiais, ministeriais, de auditoria e controladoria, etc.

A seguir, serão dispostas diversas fontes abertas e restritas que podem ser utilizadas alternativa ou simultaneamente com a finalidade de localizar bens, ativos financeiros e produtos do crime, bem como identificar os autores e promover a responsabilização penal. Portanto, sugere-se um fluxograma de atuação nessa fase da investigação sobre lavagem de dinheiro que não dependerá, nesse momento, da realização de oitivas. Apenas diligências cartorárias e, eventualmente, judiciais. O fluxograma será dividido de acordo com a linha de investigação, apontando as fontes abertas e restritas que podem ser utilizadas e as eventuais medidas judiciais cabíveis.

6.4.1. Fontes abertas

A consulta a fontes abertas, notadamente a proporcionada pela simples navegação pela *internet*, é instrumento apto a colacionar informações de relevo a qualquer feito. Entre as que retornam os melhores resultados, listam-se:

a) redes sociais: revelam hábitos, rotinas, relações pessoais e de parentesco, padrão de vida e eventuais sinais exteriores de riqueza dos investigados;

b) sites de buscas de serviços judiciários (Escavador, Jusbrasil, etc.): relacionam ações cíveis, criminais e trabalhistas que tenham os investigados como partes;

c) sítio do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (www.tjmg.jus.br): fornece certidões de antecedentes criminais e certidões de feitos cíveis, contribuindo para a verificação do delito antecedente; franqueia o conhecimento de procurações outorgadas por ou para os investigados junto a tabelionatos ou serventias extrajudiciais vinculadas ao TJMG, apontando também os registros de eventual revogação de tais instrumentos de mandato, auxiliando na identificação dos hierarcas e dos *laranjas* ou *testas-de-ferro* que prestam contributo ao esquema;

d) sítio do Tribunal Regional Federal (<https://portal.trf1.jus.br/>): a exemplo do observado em pesquisa no *site* do TJMG, a consulta ao TRF da 1ª Região traz a lume antecedentes criminais e feitos cíveis em que o investigado seja parte, fornecendo indícios relativos ao delito antecedente;

e) sítio do Tribunal Regional do Trabalho (www.trt5.jus.br): a identificação de sentenças proferidas e de acordos homologados pelo foro trabalhista permite entrever a formação de grupos econômicos empresariais no polo passivo de ações reclamatórias e identificar eventual interposição de terceiros junto ao quadro societário, notadamente quando o agente protagonista da fraude arroga-se a condição de preposto da empresa, mantendo, assim, o controle das diretivas societárias. Permite a identificação de ex-colaboradores de determinado empregador, propiciando a notificação para tomada de depoimento nos autos da investigação;

f) busca nacional por mandados de prisão (<https://portalbnmp.cnj.jus.br/>): o *site*, mantido pelo Conselho Nacional de Justiça, permite a consulta acerca de mandados de prisão expedidos em desfavor dos investigados, contribuindo para a identificação do delito antecedente;

g) busca nacional por óbitos (<https://www.falecidosnobrasil.org.br/>): *site* não oficial que possui interessante banco de dados sobre as pessoas falecidas em território nacional. Não permite obtenção gratuita de certidões, mas indica o local do óbito e o respectivo cartório registrador;

h) busca em Cartórios de Registro Civil do Estado de Minas Gerais – RECIVIL (<https://registrocivilminas.org.br/>): *site* oficial que permite consultar nascimentos, casamentos e óbitos registrados no Estado de Minas Gerais e já incluídos no banco de dados. Realiza uma busca parcial, haja vista que apenas os registros a partir da década de 90 encontram-se integrados ao sistema de busca.

6.4.2. Bancos de dados de acesso restrito

É prerrogativa das autoridades encarregadas da persecução penal lançar mão do acesso a fontes fechadas – cujo acesso muitas vezes é franqueado mediante celebração de convênios interinstitucionais – a fim de coletar elementos de convicção importantes à instrução de feitos investigativos.

Nesse sentido, indicam-se, dentre os bancos de dados mais profícuos:

a) Sistema INFOSEG: mantido pela Secretaria Nacional de Segurança Pública, fornece dados pessoais do investigado, tais como nascimento, filiação, endereço e antecedentes criminais, além de informar sua eventual participação junto ao quadro societário de empresas e vínculos empregatícios, bem como a propriedade de veículos automotores e armas de fogo. Condensa dados sobre pessoas jurídicas. No MPMG, o acesso ao sistema é feito pelo próprio interessado, após obtenção de senha junto ao GSI – Gerência de Segurança e Inteligência;

b) Sistema SERPRO: mantido pela Receita Federal do Brasil, oferece dados pessoais do investigado, participação societária e, em relação a pessoas jurídicas, além dos dados ordinários, fornece a RAIS (Relação Anual de Informações Sociais), ou seja, aponta os vínculos empregatícios mantidos por determinado estabelecimento ou indivíduo nos últimos anos. No MPMG, o acesso ao sistema é feito por restrito a algumas unidades, por se tratar de sistema pago;

c) Sistema ÁDUNA: mantido pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, o Áduna reúne informações tanto de pessoas físicas quanto jurídicas, buscando agrupar o melhor dos sistemas SERPRO e INFOSEG. O acesso é feito pela *intranet*, com exclusividade para os membros. Excepcionalmente, servidores podem ser autorizados, a critério do GSI;

d) Sistema JUCEMG: consultando a Junta Comercial do Estado de Minas Gerais, é possível acessar a ficha cadastral da pessoa jurídica, obtendo-se informações relativas às alterações promovidas ao respectivo contrato social, operações de sucessão, etc., bem como identificação de eventuais *offshores* que integrem o quadro societário de pessoas jurídicas nacionais;

e) Sistema Integrado de Defesa Social: mediante consulta aos REDS (Registro de Eventos de Defesa Social), obtém-se boletins de ocorrência policial em nome dos investigados, permitindo aferir indícios do crime antecedente;

f) Sistema CCS: mantido pelo Banco Central do Brasil, o sistema de Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional proporciona o conhecimento das instituições bancárias junto às quais os alvos da investigação mantenham contas ativas ou encerradas, ou as movimentem na condição de procuradores, informando datas de abertura e encerramento, se houver;

g) Sistema SICAF: mantido pela Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais, permite verificar as autuações fiscais lançadas em desfavor do contribuinte e checar o respectivo regime de recolhimento tributário;

h) Sistema dos Cartórios de Registro de Imóveis de Minas Gerais: valendo-se de certificado digital e cadastro, é possível conhecer a propriedade de imóveis em nome dos investigados e obter um espelho da certidão de inteiro teor das respectivas matrículas, o que proporciona a verificação das datas em que foram dadas e passadas as transmissões de bens e o arrolamento patrimônio a incidir constrição via medida cautelar de sequestro;

i) Sistema Eletrônico de Intercâmbio do COAF/UIF: é sabido que o fluxo de informações entre o COAF/UIF e as autoridades encarregadas da persecução penal dá-se tanto mediante solicitação destas, quanto espontaneamente pelo COAF, que, no exercício de seu mister institucional, recebe as comunicações de operações suspeitas e as classifica, produzindo o competente relatório. Em ambos os casos, o produto da atividade daquele órgão é o RIF, cujos destinatários são as polícias e ministérios públicos federais e estaduais, conforme as particularidades do caso. A realização de pesquisa ao COAF é imprescindível em se tratando de apuração de lavagem de dinheiro, uma vez que o correspondente relatório de inteligência financeira fornece importante recorte sobre o rastro e o trajeto do capital eventualmente branqueado, podendo servir de ponto de partida ao requerimento de medida cautelar de afastamento de sigilo bancário e/ou fiscal, entre outras medidas;

j) sistema do Colégio Notarial Brasileiro – CENSEC: trata-se de sistema eletrônico mantido pelo Colégio Notarial Brasileiro, que permite acesso a testamentos, procurações e escrituras públicas em âmbito nacional. Depende de inscrição prévia e autorização, que deve ser solicitada diretamente ao órgão por meio do sítio na *internet*.

6.4.3. Pesquisa patrimonial

É patente que a identificação do patrimônio dos agentes apresenta dupla função, uma vez que ele consiste em prova do locupletamento proporcionado pelo ilícito e permite a adoção de medidas constritivas, como previsto pela própria lei de lavagem de dinheiro.

Nesse sentido, além de valer-se da consulta aos bancos de dados dos Cartórios de Registro de Imóveis e Infoseg (busca por veículos), havendo

suspeitas de aquisição de propriedades de natureza diversa, recomenda-se oficial aos seguintes órgãos:

a) IMA - Instituto Mineiro de Agropecuária (<http://ima.mg.gov.br/>): para pesquisa de registro de semoventes registrados no CPF/CNPJ ou em propriedades rurais no Estado de Minas Gerais;

b) Capitania Fluvial de Minas Gerais (www.marinha.mil.br/cfm/g/): para consulta a embarcações eventualmente titularizadas pelos investigados;

c) ANAC – Agência Nacional Aviação Civil: que coordena o Registro Aeronáutico Brasileiro (https://sistemas.anac.gov.br/aeronaves/cons_rab.asp), para identificação de aeronaves em nome dos investigados;

d) Comissão de Valores Mobiliários e Câmara Brasileira de Liquidação e Custódia: para que informem acerca de títulos e ativos financeiros de que os investigados sejam titulares. Em decorrência do disposto no art. 2º, § 3º, da Lei Complementar nº 105/2001, essas informações são sigilosas, dependendo de ordem judicial para que os órgãos de investigação possam ter acesso. Para tanto, a autoridade policial ou o membro do *Parquet* poderá requerer judicialmente o afastamento do sigilo bursátil, para que a CVM informe as operações na bolsa de valores praticadas por determinado CPF/CNPJ;

e) INCRA - Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária: que administra o Sistema Nacional de Cadastro Rural (<https://www.incra.gov.br/pt/>), para que forneça informações sobre imóveis rurais de propriedade dos investigados;

f) SUSEP – Superintendência de Seguros Privados (<http://novosite.susep.gov.br/>): responsável pela fiscalização de seguros e planos de previdência. Essa modalidade de investimento é muito procurada por quem pretende ocultar seu patrimônio, tendo em vista que não está vinculada ao Banco Central do Brasil e, portanto, não é acessível pelo SISBACEN.

6.4.4. Identificação de sócios ocultos e pessoas interpostas

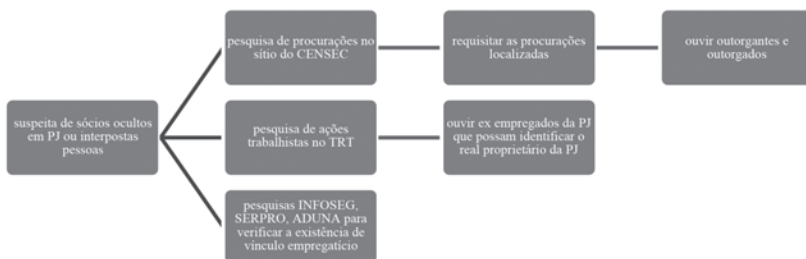
Um dos mecanismos mais usuais de ocultação e dissimulação do proveito de crimes é a blindagem patrimonial. Comumente, criminosos constituem empresas patrimoniais ou de administração com a única finalidade de transferir a elas bens móveis e imóveis adquiridos com o resultado de

crimes antecedentes. Em regra, essas pessoas jurídicas são constituídas em nome de pessoas físicas diversas dos reais proprietários, permitindo o afastamento do proveito do crime da sua origem, para posterior reinserção na economia formal. Certamente, esse é o principal desafio do investigador da lavagem de dinheiro: identificar essas empresas e vincular o seu patrimônio ao proveito obtido com o delito antecedente. Por isso, sugerem-se, logo abaixo, algumas diligências que a prática vem nos mostrando como bastante exitosas na difícil missão de identificar “sócios-laranjas” e “testas-de-ferro”.

A prática demonstra que, invariavelmente, existe algum vínculo entre o “laranja” e o real proprietário dos bens, seja de natureza familiar, seja de natureza empregatícia. Imperam os casos de empreendimentos familiares, em que filhos menores, sem nenhuma renda formal, constituem empresas patrimoniais e passam a titularizar bens de valores expressivos. Também são muito comuns empregados que, coagidos pelos empregadores, emprestam seus nomes para figurarem em contratos sociais de empresas, muitas vezes recebendo remuneração extra para tanto.

Em qualquer hipótese, o real proprietário irá buscar um mecanismo para garantir o seu patrimônio contra eventual traição por parte do “laranja”. Nessas situações, é muito comum a figura da procuração com amplos poderes, seja para a administração das pessoas jurídicas, seja para a gerência de contas de depósito bancárias abertas para movimentação dos valores obtidos com o ilícito antecedente.

A comprovação da existência de sócios ocultos requer, na imensa maioria dos casos, oitivas de empregados e ex-empregados, sendo praticamente impossível a prova meramente documental. No entanto, diligências preliminares podem indicar a necessidade ou não de se realizar essas oitivas, bem como direcionar quais as pessoas devem ser ouvidas. Sugere-se, para tanto, a seguinte linha de investigação:



7. Medidas judiciais

Verificados efetivos indícios da prática de lavagem de dinheiro e do delito antecedente, e constatada a necessidade de se empreender diligências mais invasivas e, portanto, submetidas à chancela jurisdicional, a autoridade tem a seu dispor o manejo de um leque satisfatório de medidas cautelares probatórias e assecuratórias, que serão expostas a seguir.

7.1. Afastamento do sigilo bancário, fiscal e bursátil

O Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento de que os sigilos constitucionais, ressalvado os de comunicações telefônicas, podem ser relativizados por lei, desde que presente a indispensável proporcionalidade da medida. Em razão disso, julgou constitucional os dispositivos da Lei nº 9.613/98 e da LC nº 105/2001, que permitem a troca de informações bancárias entre o COAF e o Ministério Público e entre as instituições financeiras e os Fiscos, respectivamente. No mesmo sentido, o STF decidiu que as informações financeiras recebidas pelo Fisco no bojo de processo tributário administrativo podem ser repassadas ao Ministério Público sem necessidade de ordem judicial, havendo mera transferência de sigilo. Também é uníssona a possibilidade de o *Parquet* ter acesso a contas bancárias de órgãos públicos.

Fora essas hipóteses e a limitada permissão da LC nº 75/94, que faculta ao MPU acesso ao banco de dados da Receita Federal, ao MPE, não existem outras situações legais de afastamento dos sigilos constitucionais de dados sem ordem judicial. Quando for necessário ter acesso a dados bancários, além das hipóteses acima mencionadas, deverá o membro do *Parquet* promover a medida cautelar penal de afastamento do sigilo bancário, com fundamento na LC nº 105/2001:

Art. 1º. [...]

§4º : A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes: [...]

VII – contra a ordem tributária e a previdência social;

VIII – lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores [...].

Importante frisar que o traslado do sigilo bancário das instituições financeiras para o Ministério Público formaliza-se por meio do SIMBA (Sistema de

Informação de Movimentações Bancárias), cujo contato nesta instituição é o Laboratório de Tecnologia Contra Lavagem de Dinheiro (LAB-LD). Para tanto, incumbe ao membro do Ministério Público acessar o referido sistema antes da distribuição da medida cautelar, para cadastrar o caso, que receberá numeração a ser informada no petítório inicial. Esse código será utilizado tanto pelas instituições financeiras quanto pelo Banco Central do Brasil nas remessas dos dados bancários cujo sigilo fora afastado.

Quanto ao sigilo fiscal, está expressamente consignada no Código Tributário Nacional a possibilidade do afastamento de sigilo fiscal:

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

§ 1º Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:

I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça [...].

Imprescindível, dentre os requerimentos, postular pelo envio não apenas das declarações de imposto de renda das pessoas físicas e jurídicas investigadas, como também dos respectivos dossiês integrados, que correspondem a uma série de informações dispersas de natureza fiscal e patrimonial, que se encontram no banco de dados da Receita Federal.

Também é possível o afastamento do sigilo bursátil, que se refere às movimentações realizadas no mercado financeiro e sob fiscalização da Comissão de Valores Mobiliários. A ordem judicial de afastamento deve ser endereçada ao Presidente da CVM e visa ter acesso às operações realizadas pelos investigados durante determinado período, cujas informações devem ser remetidas aos autos.

7.2. Afastamento de sigilo telefônico/telemático

O monitoramento das comunicações dos investigados permite estabelecer autoria e identificar partícipes, além de acompanhar, em tempo real, o passo a passo de transações financeiras, o que colabora para o rastreamento do capital branqueado. Seu requerimento fundamenta-se na Lei nº 9.296/96, tendo lugar quando a prova não puder ser coletada por outras medidas, havendo indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal, e que esta seja punida com pena de reclusão.

7.3. Busca e apreensão

A diligência é tendente a coletar documentos, contratos, procurações, recibos de transações, listas de funcionários, fornecedores e clientes, anotações, agendas, arquivos eletrônicos, escriturações contábeis e extrafiscais, utilizados na tratativa e no cometimento do crime noticiado, bem como eventuais valores sem comprovação de origem lícita e que possam constituir proveito da atividade criminosa. O Código de Processo Penal, em seu artigo 240, autoriza o manejo da busca e apreensão quando imprescindível para angariar instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso, bem como descobrir objetos necessários à prova da infração ou, ainda, colher qualquer elemento de convicção. Na exata dicção do art. 241 da Lei Instrumental Penal, “quando a própria autoridade policial ou judiciária não a realizar pessoalmente, a busca domiciliar deverá ser precedida da expedição de mandado”. Consigne-se que qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerça atividade profissional, pode igualmente ser alvo de busca e apreensão, conforme entendimento sedimentado em nossa doutrina e Tribunais Superiores. Nesse sentido, *vide* o Habeas Corpus nº 82.788/RJ e o nº 298.763/SC, julgados pelo STJ.

7.4. Intervenção judicial

Medida cautelar de natureza probatória que permite conhecer o funcionamento, por dentro, dos setores financeiro e contábil das empresas envolvidas em determinada investigação, não implicando necessariamente a destituição dos respectivos diretores/administradores. Justifica-se pelo justo receio da utilização das pessoas jurídicas para a prática de infração penal, conforme previsto no art. 319, inciso VI, do Código de Processo Penal. Embora não se pleiteie exatamente o afastamento dos acionistas/diretores/administradores, já que se afigura viável a coexistência destes com o gestor externo, entende-se que a norma que melhor subsidia o presente requerimento é a prevista no art. 319, inciso VI, do Código de Processo Penal,⁹ numa espécie de interpretação mitigada e menos rígida da normativa penal. Em casos análogos, reconhecendo a viabilidade da medida alternativa, assim já se manifestou o juízo da Vara de Inquéritos Policiais da Comarca de Belo Horizonte:

9 Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:[...] VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais.

[...] A perene inadimplência fiscal revela a necessidade da medida porquanto somente um interventor poderá conhecer as vinculações empresariais da requerida e descortinar os negócios passados e futuros dizendo sobre a real capacidade econômico-financeira do grupo para responder pelo passivo tributário. Numa leitura atenta do art. 139 do Código de Processo Penal verificamos a admissão da aplicação subsidiária da lei civil no que tange às medidas assecuratórias que resultam na constrição de bens, sua guarda, conservação e administração. Assim, é facultado ao magistrado valer-se do Poder Geral de Cautela, conferido pelo art. 798 do CPC, para conceder medidas desta natureza. O interventor judicial é equiparável ao administrador público (auxiliar da justiça). Sendo assim, está submetido ao mesmo regime imposto aos auxiliares da Justiça, podendo perceber por seu trabalho, nos termos do art. 149 do CPC. (Medida cautelar n° 0024.15.050570-9).

Ainda na esteira do exposto, o Código de Processo Penal, em seu art. 139, admite a aplicação subsidiária e analógica da Lei Instrumental Civil no que tange a medidas assecuratórias que impliquem constrição de bens, sua guarda, conservação e administração, pelo que se faculta aos magistrados criminais fazer uso do Poder Geral de Cautela conferido pelo art. 297 e seguintes do Novo Código de Processo Civil,¹⁰ para embasar a concessão de medidas desse jaez. Exige comprovação do *fumus boni iuris* (crédito tributário constituído, por exemplo) e do *periculum in mora* (crescente dilapidação patrimonial, agigantamento da dívida, etc.). Imprescindível é, ainda, o deferimento da medida sob contraditório postergado, sob pena de se frustrar a obtenção de resultados isentos da auditoria pleiteada, já que, uma vez cientes de antemão, os gestores da empresa podem destruir ou inutilizar documentos e livros importantes para a execução dos trabalhos do administrador judicial.

8. Medidas assecuratórias

Objetivando aumentar o “custo do crime” para os delinquentes e desestruturar organizações criminosas, o presente roteiro busca municiar os promotores de justiça de elementos mínimos necessários para a descoberta de patrimônio ocultado ou dissimulado, bem como para sequestro preventivo e posterior alienação antecipada desses bens, fazendo cessar a retroalimentação da quadrilha com o lucro dos crimes anteriores.

A macrocriminalidade econômica, ao mesmo tempo que lucra com o crime, reinveste parte desse lucro na própria estrutura criminosa, seja para

¹⁰ Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para a efetivação da tutela provisória.

aquisição de mais drogas e armas, seja para corrupção de agentes políticos. Por isso, torna-se premente a necessidade de adoção de medidas cautelares assecuratórias que possam impedir o retorno do lucro do delito para a própria atividade criminosa.

Nesse sentido, não valeria à pena investigar e descobrir patrimônio objeto de crimes sem que se adotasse medidas preventivas que impedissem o retorno desse patrimônio à atividade ilícita.

8.1. Sequestro com base na lei de lavagem de dinheiro

Entre as medidas cautelares assecuratórias, são aplicáveis os comandos previstos na Lei nº 9.613/98, que, reformada pela Lei nº 12.683/12, prevê o sequestro dos bens do acusado ou investigado por crimes dessa natureza. A Lei contempla, ainda, de forma expressa, a possibilidade de extensão do gravame aos bens e direitos ocultados em nome de interpostas pessoas, também na qualidade de produto ou proveito da lavagem de dinheiro:

Art. 4º O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012) [...] § 4º Poderão ser decretadas medidas assecuratórias sobre bens, direitos ou valores para reparação do dano decorrente da infração penal antecedente ou da prevista nesta Lei ou para pagamento de prestação pecuniária, multa e custas. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012).

Note-se que o comparecimento pessoal do interessado em levantar o sequestro do bem indisponibilizado, conforme previsto no § 3º do art. 4º da Lei, exigirá que eventual *laranja* tenha de se apresentar em juízo para esse fim.

Outra previsão do § 1º do mencionado art. 4º é a possibilidade de proceder-se à alienação antecipada para preservação do valor dos bens, sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção, em consonância com o que dispõe o art. 144-A do Código de Processo Penal.

A jurisprudência é pacífica na admissão do instituto jurídico da medida cautelar de sequestro fulcrada na Lei de Lavagem de Capitais, e no re-

conhecimento de suas especificidades, notadamente o alcance dos bens de procedência ilícita em poder de quem quer que se encontrem e sua permanência durante o trâmite de investigações ou da ação principal, tal como dispõe o CPP.¹¹

8.2 Alienação antecipada de bens

A Lei nº 9.613/98 prevê, em seu art. 4º-A, a possibilidade de alienação antecipada de bens objetos de lavagem de dinheiro sequestrados judicialmente, com a finalidade de preservação de seu valor de mercado. A previsão legal não discrimina bens móveis ou imóveis, nem ativos financeiros, sendo, em tese, cabível em qualquer hipótese em que a manutenção do sequestro possa implicar a depreciação do valor de mercado do objeto. Nesses casos, a alienação antecipada implica a venda judicial, em hasta pública, dos bens sequestrados antes do trânsito em julgado da decisão no processo principal.

O pedido de alienação antecipada deve ser feito em autos apartados, pois diverge completamente do rito ordinário do processo penal. Demandará avaliação por oficial de justiça ou perito oficial e realização da hasta pública, o que seria impraticável no curso da ação criminal. A petição inicial deve apenas indicar os bens cuja alienação antecipada se requer, sua localização e os motivos para a alienação. O juiz mandará avaliar os bens e, com a resposta, designará data para leilão. Os valores obtidos com a venda serão depositados em juízo e aguardarão o término do processo principal. Em caso de condenação transitada em julgado, os valores serão declarados perdidos em favor do Estado. Em caso de absolvição, serão restituídos ao proprietário.

9. Órgãos especializados no rastreamento de operações suspeitas

Na esteira da entrada em vigor da Lei nº 9.613/98, cuja publicação decorreu do momento histórico pós-estabilização da moeda brasileira e abertura do mercado ao capital estrangeiro – acontecimentos que tornaram o país mais sedutor aos olhos da criminalidade organizada

11 STF - AgR AC: 3957 DF - DISTRITO FEDERAL 0005756-76.2015.1.00.0000, Relator: Min. Teori Zavascki, Data de Julgamento: 21/06/2016, Segunda Turma; TRF-5 - APR: 69929120134058100, Relator: Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, Data de Julgamento: 06/02/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: 13/02/2014; e STJ: AgRg na PETIÇÃO Nº 10.153 - RJ (2013/0367653-0). Relator: Ministro Og Fernandes. Publicado em 17/12/2014.

–, uma gama de órgãos vinculados ao Poder Executivo foram criados para atender à demanda pelo desenvolvimento de sistemas de inteligência dedicados à detecção da ocorrência do crime e ao compartilhamento de informações sigilosas, deflagrando, assim, uma verdadeira resposta estatal no combate a esse tipo de criminalidade que se vale, recorrentemente, de meios sofisticados.

Nesse intento, é de fulcral importância a atuação coordenada de Polícias, Ministérios Públicos, Secretarias Municipais, Secretarias de Estado e Ministérios, o que passou a se dar, no mais das vezes, através da celebração de Termos de Cooperação Técnica para a consecução de objetivos comuns, tocantes, como no caso em comento, à recuperação de ativos.

9.1. Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF

Dentre os mais atuantes órgãos de fiscalização de operações monetárias e financeiras, merece relevo o já mencionado COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras, hoje Unidade de Inteligência Financeira –, braço do Ministério da Economia, especializado na disciplina e aplicação de sanções administrativas a setores sem regulamentação própria e no exame e identificação de transações suspeitas – as quais, uma vez rastreadas, são encartadas, em caráter reservado, nos chamados Relatórios de Inteligência Financeira (RIFs), cujos destinatários, por via de regra, são os chefes das Polícias e dos Ministérios Públicos.

Trata-se, portanto, de órgão multifacetado, cuja composição agrega servidores do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários, da Superintendência de Seguros Privados, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Receita Federal, da Polícia Federal, do Ministério das Relações Exteriores e, mais recentemente, da Controladoria-Geral da União.

O conceito de movimentações financeiras atípicas para fins de elaboração de Relatório de Inteligência Financeira é previsto pelas Cartas Circulares BACEN n° 3542/12 e 3839/2017. A Carta Circular n° 3.839/17 reduziu de R\$ 100 mil para R\$ 50 mil o valor para Comunicações de Operações Automáticas (COA) ao COAF, a partir de 27 de dezembro de 2017. Operações envolvidas: a) emissão ou recarga de valores em um ou mais cartões pré-pagos, em montante acumulado igual ou superior a R\$ 50 mil ou o equivalente em moeda estrangeira; b) depósito em espécie, saque em espécie, ou saque em espécie por meio de cartão pré-pago, de valor igual ou superior a R\$ 50 mil; c) emissão de cheque administrativo, TED ou de qualquer instrumento de transferência de fundos contra pagamentos em espécie, de valor igual ou superior a R\$ 50 mil.

9.2. Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro - ENCCLA

De atuação paralela ao COAF, despontou, por iniciativa do Ministério da Justiça, uma política governamental intitulada Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro, de natureza perene e também de composição mista, com vistas à prevenção e repressão ao crime de lavagem de dinheiro. Mediante a estipulação de metas estratégicas definidas em reuniões anuais, o referido instituto promove a capacitação de servidores públicos, o adequado aproveitamento das informações obtidas através de bancos de dados de caráter público, a ampliação da eficiência do Departamento de Recuperação de Ativos Ilícitos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), do qual passaremos a tratar.

9.3. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Internacional - DRCI

No mesmo contexto da fundação da ENCCLA, com subordinação direta à Secretaria Nacional de Justiça e vinculação com o Ministério da Justiça, ganhou vida, em 2004, o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Internacional – DRCI. Dentre suas competências, enumeram-se a análise de conjunturas, a identificação de ameaças e a definição de políticas eficazes no combate à lavagem de dinheiro.

Visa, também, a divulgar e a intermediar a recuperação de ativos enviados ao exterior de forma ilícita, assim como dos demais produtos de crimes antecedentes, sobretudo por meio dos instrumentos de cooperação jurídica internacional. Para tanto, o DRCI é legitimado a firmar acordos internacionais na qualidade de Autoridade Central Brasileira, seja para assuntos penais ou cíveis, intercambiando pedidos de auxílio jurídico transnacional.

10. Cooperação Jurídica Internacional

Em se tratando do chamado Direito Penal Econômico, a eventual condenação ao encarceramento, por si só, não constitui medida penalizante reparadora do bem jurídico sensibilizado, uma vez que, na maioria das vezes, decorrem desses crimes prejuízos concretos de ordem pecuniária para o Estado, que tem legítimo interesse em reaver receitas evadidas. Segundo Silva (2011):

[...] a finalidade principal da recuperação de ativos baseia-se na retirada de poder financeiro do criminoso econômico, bem como a de desestimular a prática do delito, retornando o proveito do crime para a economia do país.

Com substrato nesse escopo, os órgãos encarregados da persecução penal, notadamente o *Parquet*, vinham deparando-se com entraves de ordens diversas, seja pela dificuldade em localizar os ativos elaboradamente escamoteados em paraísos fiscais, seja pela igualmente morosa e complexa tarefa de postular junto a jurisdições alienígenas.

Enquanto a criminalidade organizada, primordialmente por meio da informática, abre contas, transfere importâncias, gerencia empresas, desenvolve contratecnologias voltadas à burla da legislação, os Estados, pela lavratura de tratados, convenções e pactos internacionais, passaram a formalizar mecanismos comuns de reciprocidade para a uniformização, na medida do possível, dos requerimentos de auxílio jurídico no combate àqueles ilícitos financeiros – conseqüência dos anseios compartilhados por todos os signatários.

A cooperação internacional verifica-se por dois instrumentos distintos. O primeiro, mais antigo e de maior conhecimento por parte da comunidade jurídica, já que é previsto nas codificações processuais brasileiras, versa sobre as cartas rogatórias, forma clássica pela qual um juízo requer a outro, de jurisdição estrangeira, a prática ou a comunicação de atos processuais.

Tal modalidade vem sendo crescentemente substituída pelo chamado auxílio direto, em que não há pedidos de um magistrado a outro; o que se pleiteia, outrossim, é a obtenção de uma decisão judicial estrangeira acerca de um litígio interno, e o papel das Autoridades Centrais é, então, majorado, posto que instruem o interessado a propor a demanda de forma mais clara e objetiva, no sentido de preencher, em formulário semipadronizado, os requisitos exigidos pelo país solicitado para a prestação do auxílio.

O Manual de Cooperação Jurídica Internacional elaborado pelo Ministério da Justiça divide, ainda, os dois aludidos tipos de auxílio entre o jurídico e o jurisdicional. Enquanto o primeiro não demanda obrigatoriamente a intervenção do Poder Judiciário, requerendo somente atividade administrativa, o segundo tem lugar quando o ato visado é de natureza jurisdicional, ou seja, é apreciado necessariamente por magistrado.

Mais célere do que a carta rogatória, o auxílio direto por vezes dispensa a autenticação formal de documentos, a tradução juramentada, a concessão de assistência judiciária gratuita, entre outros. Amalgama-se, perfeitamente, ao ordenamento jurídico brasileiro, visto que a

Constituição Federal, em seu art. 4º, inciso XI, dos princípios que regem as relações internacionais, alçou à categoria de objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a “cooperação entre os povos para o progresso da humanidade”.

No entanto, mesmo essa nova forma de cooperação jurídica internacional foi concebida como instrumento de comunicação entre Estados, na acepção organicista da palavra, de ente federativo, excluído o sentido de representatividade do cidadão individualmente. Por isso, está excluído o particular, dessa maneira, de postular ao exterior. Quem postula, portanto, é o Estado.

Trata-se de instituto de natureza híbrida, que não é puramente de direito processual penal nem de direito internacional. Traz consigo características dos dois ramos do direito e deve seguir alguns de seus princípios básicos. Oportunizado nesse procedimento o contraditório, a única matéria de defesa que pode ser utilizada é a ocorrência de ofensa à ordem pública e à soberania, conceitos de larga amplitude e dotados de grande subjetividade.

10.1. A Autoridade Central

Incumbida de concentrar os atos que envolvem pedidos de cooperação jurídica internacional, a Autoridade Central é um órgão administrativo representado pela Secretaria Nacional de Justiça, por meio do DRCI, com sede no Ministério da Justiça, concebida com o fim de tornar mais ágeis e diretas as relações entre os estados cooperadores e cooperados, também nominados solicitantes e solicitados. A expressão *Autoridade Central* foi cunhada desde o surgimento dos primeiros tratados e convenções internacionais sobre o tema, na década de 60, representando uma opção às tradicionais vias diplomáticas, excessivamente formalistas e burocráticas.

Cabe, pois, à Autoridade Central, intermediar todo o circuito percorrido pelo pedido de cooperação jurídica internacional via auxílio direto, seja ativo – quando solicitado pelo Brasil – ou passivo – quando o Brasil é o país solicitado –, com funções que transpassam o mero envio e recepção de documentos, conforme atribuições constantes do artigo 11, incisos IV e VI do Decreto nº 6.061/07, que encarta o Regimento do Ministério da Justiça.

De acordo com o Manual de Cooperação Jurídica Internacional em matéria penal, elaborado pela Secretaria Nacional de Justiça, as atribuições da Autoridade Central são diversificadas, ao talante da infinidade de objetos contemplados nos pedidos, a exemplo de meras comunicações de

atos processuais até a oitiva de testemunhas, a obtenção de decisões judiciais e documentos aptos a instruir investigações e buscas pessoais e domiciliares. Inserem-se na relação de pedidos de cooperação comumente manejados o cruzamento de informações tocantes a fraudes fiscais e o conseqüente repatriamento de ativos.

Insta salientar, no entanto, que a Autoridade Central não é órgão isolado no processamento da cooperação jurídica internacional. Lida nesse procedimento, também, o Ministério das Relações Exteriores, por meio da Secretaria de Estado das Relações Exteriores, acompanhando os pedidos que seguem pelos canais diplomáticos. Da mesma forma, quando necessária a obtenção de decisão judicial no território brasileiro, atuam em juízo as Advocacias Públicas e Ministérios Públicos, por competentes para a postulação no foro em geral.

Dentre os países signatários de acordos de cooperação internacional mútua com o DRCI, pode-se mencionar os Estados Unidos, Argentina, Colômbia, Peru, Portugal, Paraguai, Uruguai, Grã-Bretanha, França, Itália, Ucrânia, Suíça, Líbano, Angola, Canadá, China, Cuba e Coreia do Sul, reservando, cada um desses países, não obstante a busca por uma uniformidade nos requerimentos, requisitos próprios.

10.2. Pedido de cooperação jurídica internacional conduzido pela autoridade central brasileira e endereçado ao exterior: requisitos

Nas situações em que a entidade brasileira figura como a solicitante do auxílio direto, tal pedido deve seguir ditames estipulados em cada acordo bilateral firmado, expondo-se com clareza os fatos e fundamentos que ensejam e guarnecem o pleito. Nesse sentido, é imperioso descrever o objeto da investigação, sua fase atual de tramitação e que provas já foram obtidas, fazendo-se imprescindível trazer a lume a legislação nacional de regência, critério que permite a aferição do princípio da dupla incriminação ou dupla tipicidade: que o fato capitulado como crime no ordenamento brasileiro também o seja na legislação do país solicitado.

Inexistindo ajuste bilateral entre os Estados solicitante e solicitado, ainda assim é viável a cooperação por auxílio direto, com supedâneo na garantia de reciprocidade oferecida pelo requerente. A autoridade pública solicitante deve ser, necessariamente, declinada quando do preenchimento do competente formulário de auxílio jurídico, indicando-se o órgão que representa. Da mesma forma, quando possível, a qualificação completa da pessoa visada.

Questões de mera formalidade, como a indicação do tipo de procedimento que se busca instruir e a numeração dos respectivos autos, também se fazem relevantes, já que as informações originadas de um pedido vinculam-se à utilização estrita no caderno apuratório mencionado no formulário – a menos que o Estado solicitado consinta expressamente na reutilização a título de prova emprestada.

Pormenorizada é, também, a descrição da assistência requerida, especificando as providências e procedimentos que o solicitante pretenda que sejam aplicados.

11. Considerações finais

O presente roteiro, sem pretensão de exaurir tema tão amplo, visa dotar o membro do Ministério Público de conhecimentos práticos e ferramentas básicas para viabilizar um combate eficaz ao delito de lavagem de dinheiro e respectiva infração penal antecedente.

Com efeito, seja mediante a coleta de elementos de convicção obtidos pelas vias judiciais ou extrajudiciais, e, ainda, por meio de Cooperação Jurídica Internacional, as autoridades legalmente incumbidas da persecução dos delitos econômicos têm a seu dispor um sistema bem articulado de intercâmbio de informações, para fins de arregimentar provas suficientes e refazer o caminho da riqueza branqueada.

Imperioso é, ainda, lançar mão dos recursos legais que não apenas franqueiam, como também estimulam, a recuperação dos ativos produzidos pela prática delituosa, implementando, ao fim e ao cabo do feito criminal ou mesmo durante o seu curso, providências que assegurem a preservação dos valores acautelados e o seu futuro perdimento em favor do ente vitimado.

Nada obstante a manutenção dos azeitados canais de comunicação entre bancos de dados e instituições, há que se fomentar a extensão dos trabalhos coordenados em regime de força-tarefa, de modo a fazer frente a essa criminalidade que campeia de forma organizada e irrigada pelo dinheiro que aflui de toda sorte de delitos econômicos, estreitando parcerias e utilizando, quando necessário, o ainda moroso instituto da cooperação jurídica internacional.

12. Referências

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Aspectos penais e processuais penais*: comentários à Lei 9.613/98, com as alterações da Lei 12.683/12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de Capitais e Obrigações Civas Correlatas*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BONFIM, Wellington Luís de Sousa. *Os delitos fiscais como crimes antecedentes da lavagem de dinheiro*. 2015. 250 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2015. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10451/44134>> Acesso em: 9 mar. 2021.

BONFIM, Wellington Luís de Sousa. Os delitos fiscais como crimes antecedentes da lavagem de dinheiro. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, ano 16, n. 49, p. 197-235, jan./jun. 2017.

BRASIL. Banco Central do Brasil. *Carta Circular BACEN n° 3.542*, de 12 de março de 2012. Divulga relação de operações e situações que podem configurar indícios de ocorrência dos crimes previstos na Lei n° 9.613, de 3 de março de 1998, passíveis de comunicação ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf). Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Carta%20Circular&numero=3542>>. Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. Banco Central do Brasil. *Carta Circular BACEN n° 3.839*, de 12 de setembro de 2017. Divulga novos leiautes de arquivos para remessa de informações do Sistema Câmbio, de que trata o art. 63, da Circular n° 3.691, de 16 de dezembro de 2013. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Carta%20Circular&numero=3839>>. Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. Conselho de Controle de Atividades Financeiras/COAF. *As Recomendações do GAFI*. Disponível em: <<https://www.gov.br/fazenda/pt-br/centrais-de-conteudos/publicacoes/livros/arquivos/as-recomendacoes-do-gafi.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Recomendação de Caráter Geral n° 04/2017*. Estabelece diretrizes para o tratamento, o fluxo procedimental e a metodologia de utilização, no âmbito do Ministério Público brasileiro, dos dados oriundos de Relatórios de Inteligência Financeira do Conselho de Controle de Atividades Financeiras. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomenda%C3%A7%C3%A3o_04-2017.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. Presidência da República. *Decreto-Lei n° 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 11 nov. 2020.

BRASIL. Presidência da República. *Lei n° 5.172*, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 06/11/2020.

BRASIL. Presidência da República. *Lei n° 9.613*, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Brasília, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm>. Acesso em: 9 mar. 2021.

BRASIL. Receita Federal do Brasil. Instrução Normativa n° 1.037/2010. Relaciona países ou dependências com tributação favorecida e regimes fiscais privilegiados.

BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria penal*. 1ª Edição. Brasília: Ministério da Justiça. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental na Petição n° 10153/RJ*. Sexta Turma. Relator: Min. Og Fernandes. Brasília, 5 de novembro de 2014. Publicação em 17/12/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Ação Cautelar 3.957/DF*. Segunda Turma. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 21 de junho de 2016. Publicação em 24/11/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus n° 110.807/RJ*. Quinta Turma. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 14 de maio de 2019. Publicação em 23/05/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Conflito de Competência n° 32861/SP*. Terceira Seção. Relator: Min. Gilson Dipp. Brasília, 10 de outubro de 2001. Publicação em 19/11/2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Conflito de Competência n° 146153/SP*. Terceira Seção. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 11 de maio de 2016. Publicação em 17/5/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Conflito de Competência n° 159833/SP*. Terceira Seção. Relator: Min. Laurita Vaz. Brasília, 10 de outubro de 2018. Publicação em 26/10/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Conflito de Competência n° 164361/MT*. Terceira Seção. Relator: Min. Antônio Saldanha Pinheiro. Brasília, 28 de agosto de 2019. Publicação em 6/9/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n° 235900/CE*. Sexta Turma. Relator: Min. Og Fernandes. Brasília, 4 de junho de 2013. Publicação em 21/6/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Habeas Corpus n° 41203/SP*. Sexta Turma. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Brasília, 3 de maio de 2016. Publicação em 12/05/2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Recuso Criminal em Sentido Estrito 50598438020154047000 PR*. Relator: Des. Leandro Paulsen. Oitava Turma. Porto Alegre, 5 de abril de 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. *Apelação Criminal 00069929120134058100*. Relator: Des. Francisco Cavalcanti. Primeira Turma. Recife, 6 de fevereiro de 2014. Publicação em 13/2/2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Habeas Corpus n° 10000170766745000*. 2ª Câmara Criminal. Relatora: Desª Beatriz Pinheiro Caires. Belo Horizonte, 30 de novembro de 2017. Publicação em 11/12/2017.

MINAS GERAIS. Ministério Público do Estado de Minas Gerais. *Resolução Conjunta PGJ-CGMP n° 3/2017*. Regulamenta o art. 67, inc. I, da Lei Complementar n° 34, de 12 de setembro de 1994, disciplinando, no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, a instauração e tramitação do Procedimento Investigatório Criminal - PIC, seu registro no Sistema de Registro Único - SRU, e dá outras providências. Disponível em <<https://www.mpmg.mp.br/files/diariooficial/DO-20170719.PDF>>. Acesso em 13 mar. 2021.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

POLÍCIA FEDERAL. *Manual Prático de Combate à Lavagem de Dinheiro e aos Crimes Financeiros*. Brasília/DF, 2013.

PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Habeas Corpus nº 00201585220158190000*. 8ª Câmara Criminal. Relatora: Des. Suely Lopes Magalhães. Rio de Janeiro, 10 de junho de 2015. Publicação em 12/6/2015.

SILVA, Remy Gama. Pena por lavagem deve enfocar recuperação de ativos. *Revista Consultor Jurídico*, 2011. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2011-mai-29/recuperacao-ativos-foco-pena-lavagem-dinheiro#_ftn9_3840>. Acesso em: 10 mar. 2020.

FÁBIO REIS DE NAZARETH

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Pós-graduado em Ministério Público e Neoconstitucionalismo pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Professor de Direito Constitucional e Direito Tributário na Faculdade de Direito de Contagem.

LETÍCIA CARVALHO RIBEIRO MORLEY

Servidora do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Pós-graduada em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.



HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA DA LEI 11.340/06: UMA PROPOSTA HERMENÊUTICA À LUZ DO MÉTODO NORMATIVO-ESTRUTURANTE

HYPOTHESES FOR APPLICATION OF THE 11.340/06 ACT:
A HERMENEUTIC PROPOSE CONSIDERING THE METHODOLOGICAL STRUCTURING OF LAW

FRANCINE MOURA LIMÍRIO

Oficiala do MPMG

Resumo: O presente artigo tem como finalidade analisar as hipóteses legais de incidência da Lei 11.340/06, previstas em seu artigo 5º, a partir do método hermenêutico normativo-estruturante, considerando o histórico de violência de gênero na sociedade brasileira e a necessidade de transcender uma simples interpretação literal do texto normativo. A partir disso, torna-se possível defender a aplicação da Lei Maria da Penha a situações que, numa primeira leitura, aparentemente seriam excluídas de seu âmbito de incidência – a exemplo dos relacionamentos não-duradouros e da perseguição obsessiva –, como relevante medida para garantir a precoce e eficaz intervenção estatal em situações de violência contra a mulher, em total consonância com o objetivo da mencionada Lei.

Palavras-chave: violência de gênero; Lei Maria da Penha; hermenêutica; método normativo-estruturante; hipóteses de incidência.

Abstract: The purpose of this article is to analyse the hypotheses for application of the 11.340/06 Act, set out in Article 5th, starting from the normative-structuring hermeneutical methodology, considering the history of gender violence in the Brazilian society and the need to transcend a simple literal interpretation of the legal text. Then, it will be possible to support the application of the Maria da Penha Act to situations which, at first, should apparently be excluded from legal incidence – such as non-durable relationships and stalking –, as an important way for granting early and effective State intervention in situations of violence against women, in consonance with the objective from the aforementioned Act.

Key words: gender violence; Maria da Penha Act; hermeneutics; normative-structuring methodology; legal application.

Sumário: 1. Introdução. 2. A finalidade da (necessária) Lei Maria da Penha. 2.1 Requisitos que autorizam a aplicação da Lei 11.340/06. 2.2 Hipóteses legais de incidência: uma proposta hermenêutica. 2.2.1 Relacionamentos não-duradouros. 2.2.2 Perseguição obsessiva (*stalking*). 3. Considerações finais. 4. Referências.

1. Introdução

O presente artigo tem como finalidade analisar as hipóteses legais de incidência da Lei 11.340/06, previstas em seu artigo 5º, a partir do mé-

todo hermenêutico proposto por Friedrich Müller, que considera a norma como algo distinto do texto da lei, sendo este apenas o ponto inicial do programa normativo.

Para tanto, o trabalho parte de uma breve análise sobre a visão da sociedade acerca da mulher, o que justifica a necessidade de uma legislação protetiva específica, cujo sujeito é a mulher em situação de vulnerabilidade em virtude das diferentes formas de violência a que está exposta, sob uma perspectiva de gênero.

Na sequência, passa-se ao estudo dos elementos que devem necessariamente estar presentes para que a Lei Maria da Penha possa ser aplicada, com especial ênfase em suas hipóteses de incidência – âmbito da família, da unidade doméstica e relação íntima de afeto –, cuja interpretação será detalhada à luz do método normativo-estruturante, empregado para extrair as possibilidades contidas na norma, considerando a diferenciação feita pelo mencionado autor alemão entre os conceitos de texto da lei, programa normativo, domínio normativo, norma jurídica e norma-decisão.

Esse processo culmina na possibilidade, numa etapa seguinte, de se conceber a aplicação da Lei 11.340/06 também a situações que, aparentemente, não são contempladas pelo texto literal do artigo 5º, mas que, considerando-se a finalidade da norma e suas possibilidades hermenêuticas, merecem a proteção da referida lei, como as hipóteses de relacionamentos não-duradouros, e a perseguição (*stalking*) empreendida sem vínculo com relacionamento amoroso anterior.

Isso se justifica pela necessidade de garantir à mulher vítima de violência de gênero o exercício pleno de sua cidadania e de seus direitos fundamentais, o que pode ser alcançado quando o Estado é capaz de atuar de modo preventivo, evitando a escalada da violência por meio da aplicação dos instrumentos protetivos da Lei 11.340/06.

2. A finalidade da (necessária) Lei Maria da Penha

A violência de gênero representa uma relação de dominação e poder do homem como esforço de submissão da mulher, revelando como os diferentes papéis impostos aos espaços feminino e masculino foram se consolidando ao longo de toda a nossa história e, reforçados pelo patriarcado, acabaram por estabelecer modelos de relacionamento, não raro, violentos (SCHWARCZ, 2019, p. 195).

A dinâmica de poder fica clara quando se investiga o que está por trás da violência de gênero no âmbito doméstico: o homem¹ não ocupa mera posição de consorte, mas de verdadeiro senhor do destino da mulher. Ela não é vista como um ser humano a ser respeitado, dotado de vontade própria, mas, sim, um item de sua propriedade, mero objeto de seus desejos – que, ao serem contrariados, ocasionam episódios de raiva e agressividade que podem culminar em ameaças e agressões. E, quando o homem acredita estar na posição de domínio sobre a mulher, sente que tem o poder de decisão sobre sua própria existência: normalmente, o feminicídio acontece quando ele percebe que não consegue mantê-la sob seu controle.

Não obstante tenha fundamento constitucional nos artigos 5º, inciso I, e 226, § 8º, da Constituição da República, a Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha) é fruto de pressão internacional pela criação de uma legislação protetiva aos direitos das mulheres, ante a recalitrância do Estado brasileiro em incluir em seu ordenamento jurídico normas de enfrentamento à violência de gênero – o que somente ocorreu após a condenação do Brasil perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos², mesmo sendo signatário de tratados e convenções internacionais a respeito do tema. O Brasil foi somente o 18º país da América Latina a ter uma lei de proteção integral à mulher (BAZZO; BIANCHINI, CHAKIAN, 2021, p. 29).

Tal fato não é de se estranhar quando se refere ao país em que, até 1962³, a mulher casada era considerada incapaz para os atos da vida civil e dependia de autorização do marido para trabalhar, e que somente em 1988 garantiu à mulher situação de isonomia em relação aos homens.

A despeito de seu tardar, a Lei 11.340/06 foi elaborada com a finalidade de compensar as desigualdades históricas entre os gêneros feminino e masculino, de modo a promover a isonomia material entre homens e mulheres, fornecendo instrumentos de proteção à mulher que é vítima de comportamentos violentos que pretendam diminuir ou retirar seus direitos em razão do gênero, com fundamento em sua condição de sujeito vulnerável, especialmente quando tais desigualdades são encontradas nas relações domésticas de afeto, coabitação ou hospitalidade, ou familiares.

1 Não se ignora que a violência de gênero também pode ter como sujeito ativo outra mulher, razão pela qual a doutrina e os tribunais brasileiros concordam que a Lei 11.340/06 pode ser aplicada sempre que a violência doméstica e familiar seja praticada por homens e mulheres contra sujeito passivo do gênero feminino (STJ – CC 88027/MG). Mas, por não ser objeto deste trabalho, não haverá aprofundamento quanto a essa questão.

2 Relatório nº 54/2001, no Caso 12.051 (Maria da Penha Maia Fernandes): “A Comissão Interamericana de Direitos Humanos reitera ao Estado Brasileiro as seguintes recomendações: [...] 4. Prosseguir e intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil”.

3 A Lei 4.121/62 promoveu alterações no Código Civil de 1916, conferindo uma diminuição das profundas desigualdades existentes até então, entre homens e mulheres.

Se, a princípio, fica a impressão de que uma lei que prevê garantias e proteção à mulher é redundante, pois os direitos respectivos seriam inerentes a todo ser humano, independente do gênero, não se pode olvidar que, historicamente, a construção dos direitos humanos iniciou-se com a exclusão das mulheres (LIMA, 2021, p. 1271). Trata-se de verdadeira questão cultural⁴.

Além disso, a desproporção – física, mas também de valoração social – que ainda existe entre os gêneros masculino e feminino não pode ser desconsiderada. E, quanto mais as mulheres avançam, impondo socialmente sua independência e autonomia, maior tem sido a reação masculina à perda de seu tradicional espaço hegemônico de poder, em evidentes demonstrações de misoginia na sociedade contemporânea (SCHWARCZ, 2019, p. 187).

2.1 Requisitos que autorizam a aplicação da Lei 11.340/06

A aplicação do microsistema de proteção da Lei 11.340/06 não deve ser feito de modo indiscriminado, sempre que houver situação de violência contra a mulher. A própria lei prevê sua incidência somente diante da conjugação de certos fatores e requisitos.

O primeiro deles é a existência de sujeito passivo de gênero⁵ feminino, independentemente da idade, notoriedade ou *status* social da mulher em situação de violência doméstica. A questão central, determinante, é a posição de vulnerabilidade dessa mulher em relação ao agressor – seja essa vulnerabilidade decorrente de fatores físicos, econômicos ou mesmo psicológicos –, de modo que a Lei 11.340/06 tutele “[...] apenas aquela baseada na relação de gênero, isto é, atos de agressão motivados não apenas por questões pessoais, mas refletindo a posição cultural da subordinação da mulher ao homem ou pretendida sobreposição do homem sobre a mulher.” (BRASIL, 2020).

4 De qualquer forma, a não aplicação da Lei Maria da Penha a vítimas de violência doméstica e familiar do gênero masculino, como já dito, não denota ignorância ou desprezo pela realidade vivida por homens que sofrem violência, inclusive por parte de seus parceiros, no caso de relacionamentos homoafetivos. O que se defende é que a Lei nº 11.340/2006 possui objetivos e funções específicas que visam enfrentar a violência contra a mulher por sua condição de gênero, por meio de políticas públicas, serviços e equipamentos que busquem erradicar a violência vivida pela mulher [...].” (BAZZO; BIANCHINI; CHAKIAN, 2021, p. 70).

5 Nota-se que a Lei Maria da Penha foi redigida de modo a considerar a moderna diferenciação entre sexo biológico e gênero, enquanto construção social (DIAS, 2019, p. 62). Nesse sentido, já há decisões de Tribunais de Justiça diversos admitindo a aplicação da respectiva lei a mulheres transgênero, além do enunciado Enunciado 46 do Fonavid: “A Lei Maria da Penha se aplica às mulheres trans, independentemente de alteração registral no nome e de cirurgia de redesignação sexual”.

Importante destacar que, para o Superior Tribunal de Justiça⁶, a vulnerabilidade, nas hipóteses descritas pela Lei 11.340/06, é presumida:

[...] A situação de vulnerabilidade e fragilidade da mulher, envolvida em relacionamento íntimo de afeto, nas circunstâncias descritas pela lei de regência, se revela *ipso facto*. Com efeito, a presunção de hipossuficiência da mulher, a implicar a necessidade de o Estado oferecer proteção especial para reequilibrar a desproporcionalidade existente, constitui-se em pressuposto de validade da própria lei. Vale ressaltar que, em nenhum momento, o legislador condicionou esse tratamento diferenciado à demonstração dessa presunção, que, aliás, é ínsita à condição da mulher na sociedade hodierna. (BRASIL, 2014).

Em segundo lugar, é necessária a configuração, no caso concreto, de pelo menos uma das formas de violência descritas no rol exemplificativo do artigo 7º da referida Lei, a saber: violência física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. (BRASIL, 2006).

⁶ No mesmo sentido, também do STJ: AgRg no AREsp 620.058/DF, AgRg nos EDcl no REsp 1720536/SP, AgRg no RHC 92.825.

Note-se inexistir conteúdo exclusivamente criminoso (como conduta tipificada como tal⁷) no rol das hipóteses de violência didaticamente descritas na lei, cujo conceito foi empregado em sentido amplo. A propósito, essa seria uma das razões a justificar a possibilidade de conceder medidas protetivas de urgência sem que haja crime em sentido formal, investigação ou ação penal em curso.

Neste ponto, insta ressaltar que um equívoco na invocação da Lei Maria da Penha – fruto do desconhecimento de seu teor, de seus aspectos técnicos, ou mesmo de uma leitura apressada deste diploma legal –, é considerar que bastaria a configuração de uma das formas de violência descritas para garantir seu regime de proteção.

Todavia, para se chegar ao conceito de violência doméstica, de modo a atrair a aplicação da Lei 11.340/06 e todo o seu microsistema de prevenção, proteção e repressão, é necessário um sujeito passivo de gênero feminino, submetido a uma das formas de violência descritas no artigo 7º (física, psicológica, patrimonial, sexual ou moral), e inserido nas hipóteses de incidência descritas no artigo 5º: âmbito doméstico, contexto familiar ou relação íntima de afeto⁸.

Quanto a essas últimas, o que se propõe é ir além de uma interpretação lógico-gramatical clássica, de modo a compreender quais podem ser os limites de incidência da mencionada lei, tendo em vista a necessidade de garantir a maior proteção possível ao sujeito de direitos vulnerável que é a mulher em situação de violência doméstica e familiar, em atenção ao comando do artigo 4º da Lei Maria da Penha⁹.

7 Alice Bianchini, Mariana Bazzo e Sílvia Chakian (2021, p. 79-81) trazem a lista das infrações penais que podem ser relacionados às formas de violência previstas no mencionado dispositivo legal: a) violência física: vias de fato, lesão corporal, tortura, feminicídio; b) violência psicológica: perturbação da tranquilidade, constrangimento ilegal, ameaça, sequestro e cárcere privado, lesão por dano à saúde, tortura psicológica, prática de crime na presença de criança ou adolescente, coação no curso do processo; c) violência sexual: estupro, estupro de vulnerável, violação sexual mediante fraude, importunação sexual, induzimento à satisfação da lascívia de outrem, satisfação de lascívia na presença de criança ou adolescente, assédio sexual; d) violência patrimonial: furto, roubo, destruição ou ocultação de documento, dano; e) violência moral: calúnia, difamação, injúria, divulgação de imagens de conteúdo sexual envolvendo crianças e adolescentes, divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável ou de pornografia. Além desses, há o crime de descumprimento de medidas protetivas, previsto na própria Lei 11.340/06.

8 Nesse sentido: Renato Brasileiro de Lima (2021, p. 1280); Maria Berenice Dias (2019, p. 62-63).

9 Art. 4º: Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar (BRASIL, 2006).

2.2 Hipóteses legais de incidência: interpretação à luz do método normativo-estruturante

Para Hans-Georg Gadamer, não existe, no Direito, um processo interpretativo independente da aplicação da norma, pois só neste momento torna-se possível compreender todo o seu sentido, avaliando-se, assim, sua validade. “Compreensão, interpretação e aplicação não são três momentos distintos, mas interdependentes” (*apud* LOPES, 2000, p.109).

O artigo 5º da Lei 11.340/06, em consonância com o explanado anteriormente, determina que a violência doméstica e familiar contra a mulher é qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação (BRASIL, 2006).

Repise-se que uma interpretação literal do dispositivo citado é uma leitura limitante do teor da norma jurídica ali contida. Como a Lei 11.340/06 foi concebida para tutelar a mulher que se encontra em situação de vulnerabilidade, é nesse sentido que seus dispositivos deverão ser interpretados, com especial atenção às peculiares condições das mulheres em situação de violência doméstica e familiar (LIMA, 2021, p. 1271).

A unidade doméstica¹⁰, como espaço de convívio permanente de pessoas, não é sinônimo de residência, mas sim de espaço caseiro (CUNHA; PINTO, 2021, p. 68). O legislador, aqui, presumiu a vulnerabilidade da mulher considerando tão-somente o aspecto espacial, o local em que a violência de gênero é perpetrada – e o fato de o(a) agressor(a) não residir com a vítima não ilide a aplicação da Lei Maria da Penha (LIMA, 2021, p. 1276).

Em relação à família, a despeito do conceito apresentado, não se pode ignorar que o próprio Direito das Famílias não assenta uma definição precisa, admitindo acepções em sentido amplíssimo (pessoas que com-

10 Maria Berenice Dias (2016, p. 69) aduz que pessoas que moram juntas por mera necessidade econômica, ainda que inexistentes outros laços, constituem uma “unidade doméstica” para fins de incidência da Lei 11.340/06.

põem um mesmo núcleo afetivo, inclusive terceiros esporadicamente agregados), amplo (pessoas que se uniram afetivamente e os parentes de cada uma delas), e restrito (pessoas unidas afetivamente e sua eventual prole) (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 51).

Acerca da relação íntima de afeto, não obstante exista doutrina minoritária¹¹ e precedentes isolados¹² insurgindo-se contra a aplicação da Lei 11.340/06 fora de uma relação estável e tendente à constituição de família, não há como restringir o alcance da previsão legal ao período do relacionamento ou ao lapso temporal desde o seu rompimento, se vínculos afetivos que escapam ao conceito de família/entidade familiar¹³ também podem ser marcados pela violência (DIAS, 2019, p. 67-68).

É possível perceber que o fator comum às três hipóteses de incidência previstas no artigo 5º da Lei 11.340/06 é a existência de uma *proximidade* do autor da violência de gênero em relação à vítima, de modo a tornar possível uma ingerência na intimidade desta apta a violar os direitos fundamentais da mulher em situação de vulnerabilidade e essa proximidade pode ser de caráter físico, num espaço determinado¹⁴, ou decorrente de laços afetivos ou sanguíneos.

Isso ocorre porque as relações sociais de gênero recobrem todos os fenômenos de opressão, exploração e de subordinação das mulheres aos homens, razão pela qual as múltiplas dimensões dessas relações não se limitam ao espaço da família ou ao cenário doméstico (DEVREUX *apud* TENÓRIO, 2018, p. 224).

Partindo dessa ideia, o que se defende, aqui, é que a inexistência de coabitação ou uma relação familiar ou de afeto anterior, entendidos nos estritos termos do artigo 5º, é circunstância que, por si só, não impede a incidência da Lei 11.340/06: é necessário fazer uma interpretação adequada da norma contida no texto do mencionado dispositivo.

11 Nesse sentido: Guilherme de Souza Nucci (*apud* Dias, 2019, p. 67).

12 STJ – CC 91980/MG – julgado em: 05/02/2009.

13 No Congresso sobre o tema “Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Um ano de vigência. Avanços e retrocessos sob o ponto de vista prático, na opinião dos operadores do Direito”, realizado pela Corregedoria-Geral da Justiça e Tribunal de Justiça de São Paulo, foi aprovada a seguinte conclusão: “13. O inciso III do artigo 5º da Lei 11.340/06 abarca as relações de namoro e de ex-namorados, mesmo sem ter havido convivência, bem como a relação entre amantes.” (CUNHA; PINTO, 2021, p. 82; 404-405).

14 Recentemente, o STJ reconheceu a aplicação da Lei 11.340/06 a hipótese em que a vítima era empregada doméstica da avó do agressor, e apenas esporadicamente frequentava o local, entendendo que estava configurada situação de vulnerabilidade (o julgado não foi divulgado, mas apenas noticiado no site oficial do tribunal. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/07122020-Relator-afasta-exigencia-de-coabitacao-e-aplica-Lei-Maria-da-Penha-em-crime-cometido-contra-empregada-pelo-neto.aspx>>. Acesso em: 28 mar. 2021).

Sob a égide do Neoconstitucionalismo, é necessário adotar uma postura crítica aos dogmas da sujeição absoluta do intérprete à lei positiva, assim como da concepção mecânica da aplicação do ordenamento jurídico: o intérprete e o julgador não estão mais submetidos à literalidade da lei no Estado Democrático de Direito¹⁵.

Assim, para uma compreensão adequada do texto do artigo 5º da Lei 11.340/06, propõe-se a utilização do método normativo-estruturante, idealizado por Friedrich Müller¹⁶, para que as hipóteses de incidência do mencionado diploma legal sejam interpretadas de modo condizente com sua própria finalidade e carga normativa.

No aludido método hermenêutico, a norma não se confunde com o seu texto (programa normativo), tendo sua estrutura composta, também, pela realidade social em que incide (o domínio normativo), a qual é contemplada apenas parcialmente no programa normativo. Assim, campo normativo é elemento indispensável para a extração do significado da própria norma (BRANCO; MENDES, 2020).

Para o citado autor, o texto da lei possui apenas validade, e a norma jurídica resulta da união entre o programa normativo e o âmbito (campo) normativo: desse processo surge a norma jurídica – que posteriormente conduzirá à norma-decisão (norma concretizada que decidirá o caso).¹⁷ Ou seja, não é o teor literal do texto da lei que é capaz de regulamentar o caso concreto, mas sim a atividade do órgão estatal que, ao publicar a decisão, implementa-a ao caso, concretizando a norma (MÜLLER *apud* FERNANDES, 2019, p. 198-199).

Em outras palavras, isso significa que, ao aplicar a Lei 11.340/06, o intérprete necessariamente deve confrontá-la ao caso concreto, procurando os elementos fáticos que possam caracterizar a situação de vulnerabilidade decorrente de uma questão de gênero, e as manifestações de violência exemplificadas na mencionada lei, de modo a concluir que, naquela situação específica a incidência dos instrumentos protetivos da

15 O que não significa que o julgador possa atuar à margem de qualquer vínculo, pois, na medida em que cria o direito, ele também deve observar os limites que a correta compreensão e interpretação da norma lhe impõem, em sua aplicação a um caso concreto (GADAMER *apud* LOPES, 2000, p. 111).

16 O próprio autor reconhece que o método não pode ser tido por absoluto, mas seria indispensável à racionalidade do Direito, à segurança jurídica, e à controlabilidade das decisões judiciais (FERNANDES, 2019, p. 199-200).

17 A normatividade, portanto, não é produzida pelo texto – este é apenas a forma da lei, atuando como diretriz e limite para uma determinada concretização –, resultando de dados extralinguísticos de tipo estatal-social. O texto da lei é apenas a “ponta do iceberg”, já que as decisões se apoiam, também, no ordenamento jurídico, nos manuais didáticos, estudos, precedentes, direito comparado, entre outros (MÜLLER *apud* FERNANDES, 2019, p.199).

Lei Maria da Penha é necessária à tutela dos direitos da mulher, como condição indispensável à garantia de sua segurança e higidez física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

E a legislação e sua interpretação da lei, como se sabe, devem acompanhar a evolução da sociedade e, conseqüentemente, das relações interpessoais e dos arranjos sociais envolvidos.

A seguir, serão tecidas algumas considerações sobre duas hipóteses que, numa leitura apressada, poderiam ser excluídas do âmbito de incidência da Lei 11.340/06, mas que, em verdade, podem se amoldar perfeitamente à tutela protetiva da referida lei, quando interpretada nos termos aqui expostos.

2.2.1 Relacionamentos não-duradouros

Não se desconhece a existência de precedente¹⁸ antigo afastando a proteção da Lei 11.340/06 aos então chamados “namoros eventuais”, ao argumento de que um vínculo duradouro entre os envolvidos seria necessário para a configuração da relação íntima de afeto.

Contudo, no mundo contemporâneo, as relações estão cada vez mais fluidas, e tal fato não pode ser ignorado pelo Direito. O intérprete, ao se prender a conceitos tradicionais rígidos de família ou relacionamento quando se trata de questões relacionadas à afetividade das relações humanas, nega o próprio caráter dinâmico da sociedade¹⁹.

Assim, tornou-se comum que, antes de assumir um namoro perante a sociedade, os casais fiquem juntos por algum tempo – algumas semanas, ou mesmo vários meses –, período no qual ainda se consideram solteiros, mas se relacionam intimamente (“ficam”), no intuito de se conhecerem melhor e testar a viabilidade de um compromisso.

A esse respeito, Zygmunt Bauman fala em *relação de bolso*: “doce porque tem curta duração, e cuja doçura repousa precisamente na reconfortante consciência de que não é necessário sair do próprio caminho nem se dobrar para mantê-la intacta por um tempo maior” – há uma verdadeira en-

18 STJ – CC 91.979-MG – data do julgamento: 16/02/09.

19 Não se está a discutir o erro ou acerto, a conveniência, ou mesmo questões morais afeitas às muitas novas modalidades de relacionamentos encontrados na sociedade. Elas existem, enquanto fato social, e, portanto, não podem ser desconsideradas pelo Direito. Afinal, cada norma jurídica, considerada em si mesma, constitui uma integração racional de fatos e valores, e se aperfeiçoa graças à mediação do poder, como preconiza a teoria tridimensionalista do direito, de Miguel Reale (GONZAGA; ROQUE, 2017).

carnação da instantaneidade e da disponibilidade, sendo possível guardar essa relação no bolso, para a ela recorrer quando for preciso (2003, p. 37).

Sabe-se, porém, que os valores da autoridade masculina, numa sociedade patriarcal, fazem com que homens se sintam menosprezados diante da negativa da mulher em prosseguir com o envolvimento amoroso, e “autorizam” reações violentas contra ela (BAZZO; BIANCHINI; CHAKIAN, 2021, p. 109), mesmo em situações nas quais não tenha havido tempo suficiente para a construção de bases mais sólidas para um relacionamento entre eles.

Assim, não há como afastar do âmbito de aplicação da Lei Maria da Penha as relações íntimas de afeto apenas por sua (curta) duração²⁰, como já explanado anteriormente, ou por não possuírem os rótulos tradicionalmente aceitos pela sociedade. Note-se que a própria doutrina já vem admitindo que a expressão deve compreender relacionamentos dotados de conotação sexual²¹ ou amorosa.

2.2.2 Perseguição obsessiva (stalking)

O *stalking* pode ser conceituado como uma conduta de importunação caracterizada por uma insistência, impertinência e habitualidade, por intermédio de qualquer meio de contato, vigilância ou assédio, e que resulta em perda significativa da tranquilidade ou violação da privacidade, do alvo, que passa a temer por sua segurança (CASTRO; SYDOW *apud* BAZZO; BIANCHINI; CHAKIAN, 2021, p. 108).

Apesar de o termo ainda não ser familiar para a maioria da população brasileira, a identificação desse comportamento como manifestação de violência vem ganhando destaque, principalmente com a recente aprovação do PL 1.369/19²² pelo Congresso Nacional, que insere o artigo 147-A no Código Penal:

Art. 147-A. Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade.

20 Enunciado nº 1, FONAVID: Para incidência da Lei Maria da Penha, não importa o período de relacionamento entre vítima e agressor(a), nem o tempo decorrido desde o seu rompimento, bastando que reste comprovado que a violência decorreu da relação de afeto.

21 Nesse sentido: Renato Brasileiro de Lima (2021, p. 1277).

22 Até 30/03/2021, data de fechamento deste artigo, o PL 1.3169/19, embora aprovado pelo Legislativo, ainda estava pendente de sanção presidencial.

Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

§1º A pena é aumentada de metade se o crime é cometido:

[...]

II – contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do §2º-A do art. 121 deste Código²³;

[...]. (BRASIL, 2019).

O *stalker* apresenta um comportamento obsessivo em relação à vítima, vigiando sua movimentação e sua vida, a ponto de desorganizar totalmente a vida familiar e particular dela, causando-lhe aflição e sofrimento. Trata-se de efetiva prática de uma forma de violência psicológica, conforme descrito no artigo 7º, inciso II, da Lei 11.340/06, que emprega expressamente o termo “perseguição contumaz”, bem como a vigilância constante, controle das ações da mulher, violação de sua intimidade.

Há uma relação direta da perseguição obsessiva com a perspectiva de gênero, já que os autores são, em sua maioria, homens que nutrem sentimento de posse pela mulher – geralmente sua ex-parceira, sendo que o rompimento do relacionamento faz com que eles se sintam feridos em sua masculinidade diante da ideia de que ela possa se relacionar com outra pessoa (BAZZO; BIANCHINI; CHAKIAN, 2021, p. 109).

Em havendo relacionamento anterior, não resta dúvida de que a Lei Maria da Penha pode ser invocada. Mas, na hipótese em que o *stalker* elege como objeto de sua obsessão uma mulher com a qual ele nunca se relacionou anteriormente²⁴, há margem para discussão.

Partindo das premissas fixadas no início deste tópico, quando se discutiu a interpretação das hipóteses de incidência da Lei 11.340/06, o ponto nevrálgico da situação será precisamente o quão próximo do espaço ca-

23 Código Penal, artigo 121, § 2º-A: “*Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:*

I - violência doméstica e familiar;

II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.” (BRASIL, 1940). Sobre a qualificadora correspondente ao feminicídio, importante considerar o teor do enunciado 39, FONAVID: “*A qualificadora do feminicídio, nos termos do art. 121, §2º-A, I, do Código Penal, é objetiva, uma vez que o conceito de violência doméstica é aquele do art. 5º da Lei 11.340/06, prescindindo de qualquer valoração específica*”.

24 Bastante elucidativo é o enredo da série “*You*”, disponível na plataforma de *streaming* Netflix. Na primeira temporada, o protagonista Joseph Goldberg apaixona-se por Guinevere Beck, uma cliente da livraria em que ele trabalha, e passa a nutrir uma obsessão por ela, usando redes sociais para rastrear seus passos. Ele também vigia constantemente a casa dela, e age violentamente para remover quaisquer obstáculos ao seu romance – inclusive amigos e pretendentes –, e a história culmina em cárcere privado e feminicídio. Na segunda temporada, o carismático protagonista apaixona-se por outra mulher, Love Quinn, e repete seu padrão de obsessão e violência. Ele passa a morar nas imediações da residência dela, para observá-la de perto e conhecer sua rotina, e consegue empregar-se no estabelecimento comercial de familiares de seu alvo, tudo com a finalidade de se aproximar e se relacionar romanticamente com a amada.

seio da mulher o perseguidor conseguirá ficar, de modo a ser capaz de interferir de forma violenta na intimidade dela, colocando-a em posição de vulnerabilidade pela prática constante de violência psicológica.

Assim, pode-se pensar em situações nas quais o perseguidor se insere nos espaços de convivência da mulher para ficar próximo dela, residindo, por exemplo, na vizinhança, e estabelecendo maneiras para exercer constante vigilância e controle sobre a rotina doméstica da vítima²⁵. Como se vê, não obstante a ausência de vínculo pessoal entre eles, de um modo oblíquo eles estão inseridos num mesmo contexto espacial, de modo a permitir que o perseguidor invada a privacidade e a vida diária dela, fazendo ingerências em seu cotidiano.

Em tal hipótese, as manifestações de violência do *stalker* nascem e frutificam pela conjugação de dois fatores: a proximidade geográfico-espacial que ele estabelece em relação à mulher, e seus sentimentos de paixão, obsessão e posse – ele se sente verdadeiro senhor do destino dessa mulher, que não é vista como um ser humano a ser respeitado, dotado de vontade própria, mas, sim, mero objeto de seus desejos e fantasias que, ao serem contrariados, provocam sentimento de rejeição e raiva, o que pode culminar em ameaças concretas à segurança psicológica e física da vítima.

Insta ressaltar que, via de regra, a doutrina²⁶ se posiciona de modo contrário à aplicação da Lei Maria da Penha em conflitos entre vizinhos. Todavia, o que está em discussão aqui é a possibilidade de que, entre pessoas residentes em unidades habitacionais muito próximas, se estabeleça uma situação em que a violência seja praticada por motivação de gênero, porque os valores da autoridade masculina, numa sociedade patriarcal, fazem com que homens se sintam menosprezados diante da não reciprocidade ou da negativa da mulher em estabelecer/reatar um relacionamento, e “autorizam” reações violentas contra ela (BAZZO; BIANCHINI; CHAKIAN, 2021, p. 109).

Novamente, negar a aplicação da Lei Maria da Penha em um contexto em que a vítima se encontra em posição de vulnerabilidade, e tão próxima de seu agressor a ponto de ficar à mercê de suas vontades e ações – justamente a situação que tal lei visa tutelar – seria privilegiar a literalidade do texto em detrimento de seu conteúdo normativo e da própria razão de existir deste diploma legal.

25 Por exemplo, escolher um imóvel extremamente próximo à residência da mulher alvo de sua obsessão; instalar sistema de monitoramento para controlar a movimentação na casa dela e saber com quem ela convive; aproximar-se de familiares, amigos e prestadores de serviço da residência dela; persegui-la em via pública; interferir nas situações que ocorrem no interior do espaço doméstico privado dessa mulher; enviar objetos ou mensagens a ela, entre muitas outras possibilidades.

26 Nesse sentido: Renato Brasileiro de Lima (2021, p. 1272).

3. Considerações finais

A evolução legislativa verificada nos últimos anos, no que tange à emancipação e proteção da mulher em situação de vulnerabilidade, é uma importante ação que resgata a cidadania feminina. É preciso colocar a mulher a salvo de agressões em ambientes e relações em que, em tese, deveria reinar o amor, para que ela tenha coragem de denunciar a violência sofrida sem o temor de que sua palavra seja desacreditada pelos órgãos estatais.

A única resposta para o inquietante problema da violência doméstica é assegurar a efetividade da Lei 11.340/06. Para isso, os intérpretes e aplicadores da norma possuem fundamental relevância, pois serão eles a definir, por intermédio da atividade hermenêutica, os contornos das normas contidas no aludido diploma legal – e, conseqüentemente, o âmbito de proteção do mencionado diploma legal.

Nesse ponto, o Ministério Público tem papel fundamental, já que, na condição de legítimo intérprete e ator processual, o respectivo órgão de execução tem a prerrogativa de apontar ao órgão julgador a verdadeira amplitude das normas contidas na Lei 11.340/06, no sentido de prestigiar a melhor proteção à mulher vítima de violência de gênero – seja ao se manifestar acerca do cabimento das medidas protetivas de urgência, seja ao definir os limites da persecução penal, quando atua como titular da ação penal pública, em quase a totalidade dos crimes praticados em situação de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Para isso, deve-se ter em mente que, diante de um problema tão sério e arraigado na sociedade brasileira, a compreensão de que o objetivo da legislação especializada seria tão somente diminuir as cifras da criminalidade doméstica motivada por questões de gênero, representaria uma verdadeira limitação das potencialidades dos instrumentos protetivos da Lei Maria da Penha.

É de suma importância que se dê à mencionada lei interpretação e aplicação adequadas à sua finalidade precípua de criar uma verdadeira rede estatal de atenção à mulher, tendente não só à repressão e punição dos crimes contra as mulheres, mas, especialmente e em primeiro lugar, à prevenção dos atos de violência de gênero, como forma de quebrar esse ciclo pernicioso à própria harmonia social.

Em outros termos, quando se compreende que a violência contra a mulher ocorre em etapas e se agrava paulatinamente, fica premente a necessidade de interceptar a espiral de violência ainda em seu estágio inicial, como forma eficaz de reduzir os índices de violência de gênero. Por tal razão, interpretações que favoreçam uma maior amplitude da apli-

cação da Lei 11.340/06 – sem olvidar seu propósito e limites, obviamente – pode contribuir para a redução desse tipo de criminalidade.

Não há mais como se ignorar o clamor pela ressignificação da posição historicamente ocupada pela mulher na sociedade brasileira. Somente uma verdadeira transformação social, tendente a diminuir o desprezo pelo feminino e a cultura de objetificação decorrentes de uma estrutura notadamente patriarcal, poderá garantir a verdadeira e real observância dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal a homens e mulheres, em patamar de igualdade.

4. Referências

BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

BAZZO, Mariana; BIANCHINI, Alice; CHAKIAN, Sílvia. *Crimes contra mulheres*. 3. ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2021.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=7pDODwAAQBAJ&pg=PT1933&dq=curso+de+direito+constitucional+gilmar+mendes+2020+pdf&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKewjKs-bI18rvAhUwlrkGHU0KJcQ6AEwAHoECAEQAg#v=onepage&q=curso%20de%20direito%20constitucional%20gilmar%20mendes%202020%20pdf&f=false>>. Acesso em: 8 mar. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 1.319/2019*. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para incluir o art. 147-A, que dispõe sobre o crime de perseguição obsessiva. Brasília (DF), 2019. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8939370&ts=1615481064444&disposition=inline>>. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL, Presidência da República. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal*. Rio de Janeiro (RJ), 1940.

BRASIL. Presidência da República. *Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8o do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília (DF), 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). REsp 1416580/RJ. Relatora: Min. Laurita Vaz. Brasília, 01 de abril de 2014. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271416580%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271416580%27.suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271416580%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271416580%27.suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)> Acesso em: 23 Mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). AgRg no REsp nº 1858694/GO. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 28 de abril de 2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=109010700®istro_numero=202000149121&peticao_numero=202000195101&publicacao_data=20200504&formato=PDF> Acesso em: 23 mar. 2021.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha – 11.340/2006 comentada artigo por artigo*. 10. ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2021.

DIAS, Maria Berenice. *A lei Maria da Penha na justiça*. 5. ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil – Direito das Famílias*. v. 6. 5. ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2013.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2019.

GONZAGA, Alvaro de Azevedo, ROQUE, Nathaly Campitelli. Tridimensional do Direito, Teoria. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/64/edicao-1/tridimensional-do-direito,-teoria>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada: volume único*. 9. Ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2021.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A hermenêutica jurídica de Gadamer. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília (DF), v. 37, n. 145, p. 101-112, jan./mar. 2000. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/560>>. Acesso em: 24 mar. 2021.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

TENÓRIO, Emily Marques. Sobre a Lei Maria da Penha e as medidas de proteção de urgência judiciais. *Revista Temporalis*, Brasília (DF), ano 18, n. 36, p. 220-238, jul./dez. 2018. Disponível em: <<https://repositorio.ufes.br/handle/10/8747>>. Acesso em: 24 mar. 2021.

FRANCINE MOURA LIMÍRIO

Bacharel em Direito pela Universidade de Uberaba. Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus. Pós-graduada em Direito Administrativo pela Universidade Anhaguera-Uniderp. Oficiala do Ministério Público de Minas Gerais, lotada na 2ª Promotoria de Justiça de Uberaba.



A PRISÃO COMO EFEITO DA CONDENAÇÃO PELO JÚRI POPULAR E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

THE PRISON AS AN EFFECT OF CONDEMNATION BY THE POPULAR JURY AND
THE PRINCIPLE OF THE PRESUMPTION OF INNOCENCE

GIOVANI AVELAR VIEIRA

Promotor de Justiça

Resumo: Introduzida pela Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2018 (“Pacote Anticrime”), por meio do art. 492, inc. I, “e”, do Código de Processo Penal, a prisão, como efeito automático da condenação, pelo júri, a pena de reclusão igual ou superior a 15 (quinze) anos, se, por um lado, concretiza a soberania dos veredictos, deve ser confrontada com o Princípio do Estado de Inocência, sediado no art. 5º, Inc. LVII, da Constituição Federal, sobretudo com os limites que lhe foram conferidos pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade de nºs 43, 44 e 54. E, nesse confronto, é possível e legítima a prisão instituída pelos representantes do povo, através do Pacote Anticrime.

Palavras-chave: prisão pós-condenação júri; soberania dos veredictos; princípio da presunção de inocência; entendimento Supremo Tribunal Federal; constitucionalidade.

Abstract: Introduced by Law 13,964, of December 24, 2018 (“Anti-crime Package”), through art. 492, inc. I, “e”, of the Criminal Procedure Code, imprisonment, as an automatic effect of the conviction, by the jury, the penalty of imprisonment equal to or greater than 15 (fifteen) years, if, on the one hand, it materializes the sovereignty of verdicts, must be confronted with the Principle of the State of Innocence, based on art. 5, Inc. LVII, of the Federal Constitution, especially with the limits given to it by the Supreme Federal Court when the Constitutionality Declaratory Actions of paragraphs 43, 44 and 54 were judged. And in this confrontation, it is possible and legitimate, the imprisonment approved by the representatives of the people, through the Anti-Crime Package.

Keywords: post-conviction jury imprisonment; sovereignty of verdicts; principle of the presumption of innocence; understanding Federal Supreme Court; constitutionality.

Sumário: 1. Introdução. 2. Incompatibilidade da Prisão por Condenação de Segunda Instância e o Princípio do Estado ou Presunção de Inocência. 3. Soberania dos Veredictos. 4. Legitimidade da Prisão após a condenação pelo Tribunal do Júri. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução

Em razão do advento da Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, foi introduzida no Código de Processo Penal, em seu art. 492, inc. I, “e”,

a determinação para que, nas condenações impostas pelo Júri Popular a pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão¹, seja iniciada a execução provisória da pena, recolhendo-se ou recomendando-se o acusado à prisão.

Registra-se, sobretudo diante da literalidade de seus termos e ainda porque não se faz qualquer referência ao art. 312 do Código de Processo Penal e, por consequência, da necessidade da presença de algum fundamento de ordem cautelar, que a prisão, no citado dispositivo, trata-se, inegavelmente, de antecipação de pena ou execução provisória, e não de prisão preventiva.

Não é demais lembrar que, regra geral, por imperativo do Princípio do Estado de Inocência, sediado no art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal, mesmo nas hipóteses em que o acusado responda ao processo preso, a sentença condenatória deverá justificar, detidamente, a manutenção da prisão, no caso, preventiva, à luz dos fundamentos dispostos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Dito isso, resta saber, e o artigo em questão se propõe a responder essa questão ou, pelo menos, a contribuir para o debate, se a execução provisória de pena igual ou superior a 15 (quinze) anos pelo Júri Popular, na forma prevista pelo então art. 492, inc. I, “e”, do Código de Processo Penal, ofende o Princípio do Estado de Inocência, consagrado pelo art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal, sobretudo, diante da interpretação que lhe foi dada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, quando, além de afirmar a constitucionalidade do art. 283² do Código de Processo Penal, reconheceu a inconstitucionalidade da chamada “prisão após condenação de segunda instância”.

Oportuno inicialmente estabelecer que o tema em questão não foi enfrentado pelo Pretório Excelso no citado julgamento, mesmo porque a Lei 13.964/2019, responsável pela inserção do atual art. 492, inc. I, “e”, do Código de Processo Penal, passou a vigorar posteriormente.

Ademais, observa-se que, quando de seu voto, o então Presidente da Suprema Corte, Ministro Dias Toffoli, ressaltou que a decisão adotada pela

1 Na redação original do Projeto nº 882/2019, além de não haver limite quantitativo, previa-se a execução imediata das penas privativas de liberdade, independentemente do quantum, restritivas de direitos e pecuniárias.

2 O dispositivo, que sofreu mudança posterior pela Lei 13.964/19, apenas para inverter a ordem da cabeça e substituir prisão preventiva temporária ou prisão preventiva por prisão cautelar, prevê que ninguém poderá ser preso, senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou condenação criminal transitada em julgado.

maioria não se aplicaria às decisões do Tribunal do Júri, uma vez que, por determinação constitucional, seriam dotadas do atributo da soberania.

Assim, a resposta à questão passa necessariamente por se confrontar 2 (dois) dispositivos constitucionais, ambos sediados no rol das cláusulas pétreas da Constituição Federal: o Princípio do Estado de Inocência e a Soberania dos Veredictos do Júri Popular, consagrados, respectivamente, nos incisos LVII e XXXVIII, “c”, do art. 5º.

2. Incompatibilidade da prisão por condenação em Segunda Instância e o Princípio da Presunção ou Estado de Inocência

Estabelecida essa premissa, forçoso reconhecer que, quando do julgamento das mencionadas Ações Declaratórias de Constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal, revendo posição que predominou a partir da decisão exarada no *Habeas Corpus* 126292/2016, estabeleceu o entendimento de que qualquer prisão, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, que represente uma antecipação da pena imposta, ofende a regra disposta no art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal.

Isso fica claro quando nos confrontamos com os seguintes trechos dos votos dos Ministros Marco Aurélio Mello, que foi seu relator, e Celso de Mello:

[...]Atendem para a organicidade do Direito, levando em conta o teor do artigo 5º, inciso LVII, da Lei Maior – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. A literalidade do preceito não deixa margem a dúvidas: a culpa é pressuposto da sanção, e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior.

O dispositivo não abre campo a controvérsias semânticas. A Constituição de 1988 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 virtude de título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da pena, que não admite a forma provisória.

A exceção corre à conta de situações individualizadas nas quais se possa concluir pela aplicação do artigo 312 do Código de Processo Penal e, portanto, pelo cabimento da prisão preventiva [...].

[...] Penso ser importante, pois, dar-se consequência efetiva ao postulado constitucional da presunção de inocência, que representa uma prerrogativa de caráter bifronte, cujos destinatários são, de um lado, o Poder Público, que sofre limitações no desempenho das suas atividades institucionais, e, de outro, o próprio cidadão, que encontra, nesse princípio, o fundamento

de uma garantia essencial que lhe é reconhecida pela Constituição da República e que se mostra inteiramente oponível ao poder do Estado, neutralizando-lhe, por isso mesmo, qualquer iniciativa que objetive impor ao cidadão restrições à sua esfera jurídica, sem que exista, para tanto, qualquer título judicial definitivo.

O fato irrecusável, Senhor Presidente, é que, em nosso sistema jurídico e em face de expressa formulação constitucional, a inocência é sempre presumida. Trata-se de presunção "juris tantum", de caráter relativo, que subsiste temporariamente, até que se consume o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Toda e qualquer pessoa deve ser presumida inocente até que tenha sido reconhecida a sua culpabilidade em sede de condenação penal transitada em julgado.

São essas as razões que me levaram a sustentar, em voto vencido, a tese segundo a qual a execução provisória (ou prematura) da sentença penal condenatória revela-se frontalmente incompatível com o direito fundamental do réu de ser presumido inocente até que sobrevenha o efetivo e real trânsito em julgado de sua condenação criminal, tal como expressamente assegurado pela própria Constituição da República (CF, art. 5º, LVII) [...].

Assim, nos termos da referida decisão, que, embora não consubstanciada em Súmula Vinculante, deve, ao menos, para o resguardo da Segurança Jurídica, nortear as decisões dos demais órgãos do Poder Judiciário, não seria admitida, por ora, ao menos, até que o referido posicionamento, adotado por apertada maioria de votos, seja modificado pelo próprio Supremo Tribunal Federal, a discussão de qualquer proposta de Emenda Constitucional (que estaria vedada pelo art. 60, § 4º, da Constituição Federal) ou projeto de lei que intente instituir no ordenamento jurídico a "Prisão após Condenação de Segunda Instância".

A Decisão do Supremo Tribunal Federal, cumprindo-lhe, por força do art. 102, *caput*, da Magna Carta, a última palavra a respeito da constitucionalidade das leis e demais atos normativos, exceto, por ora, no que diz respeito às condenações proclamadas pelo Júri Popular, cujos veredictos se revestem de soberania, nos termos do art. 5º, inc. XXXVIII, "c", da Constituição Federal, limita e inibe toda e qualquer tentativa de inserir no ordenamento jurídico a prisão, exceto se fundada por razões de ordem cautelar, antes do trânsito em julgado da condenação penal condenatória.

Isso, em tese, considerando os termos da decisão da Suprema Corte Brasileira, que não apenas declarou a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, mas, ainda, entendeu pela inconstitucionalidade da execução provisória da sanção penal, somente seria possível

de modo indireto, como v.g. ocorreria através da supressão dos recursos especial e extraordinário ou a previsão de que esses, em regra, não gozariam, em matéria penal, de efeito suspensivo ou até através de alteração na definição do trânsito em julgado.

3. Soberania dos Verdictos

Por outro lado, o art. 5º, inc. XXXVIII, da Constituição Federal, assegura ao Júri Popular, além da competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (competência mínima, pois é estendida para os delitos conexos e pode ser ampliada para outros por vontade do legislador infraconstitucional) e de asseguradas a plenitude da defesa e o sigilo das votações, a soberania dos seus verdictos.

Nesse passo, destaca-se, inicialmente, que o termo *Soberania*, sabidamente forte e que, segundo feliz lição de NUCCI (2013, p. 36), diz respeito a “[...] aquele que tem poder supremo, acima do qual não há outro [...]”, foi utilizado na Magna Carta em apenas 5 (cinco) outras passagens (arts. 1º, inc. I, 14, *caput*, 17, *caput*, 91, *caput*, 170, inc. I, e 231, § 5º).

Reitera-se que soberania, nesses dispositivos, ora se refere a um atributo do Povo na escolha de seus governantes e representantes (art. 14, *caput*), corolário do princípio veiculado pelo art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, ora a uma característica muito própria da República Federativa do Brasil, mas, jamais, em momento algum, a uma decisão judicial.

Isso somente ocorreu quando o constituinte se referiu às decisões do Tribunal do Júri e evidente que isso tem uma repercussão e gera consequências, notadamente quando nos referimos à Constituição Federal, que, como tal, é fundamento de validade de todas as demais normas jurídicas.

Em síntese, exceto quando fala do Júri, o constituinte, em nenhum outro momento, veio a rotular qualquer decisão emanada do Poder Judiciário de *soberana*.

Lembro aqui, invocando o ensinamento de Ângelo Ansanelli Júnior, citado por Nucci (2013, p. 48), que o Júri Popular, seja porque presidido por um Juiz de Direito, seja porque suas decisões são passíveis de apreciação por um Órgão Colegiado do Poder Judiciário, é majoritariamente considerado integrante desse poder.

E partindo-se de uma das premissas básicas de Hermenêutica Jurídica de que *a lei não contém palavras inúteis*, parece óbvio que a Constitui-

ção Federal, ao prever, no citado art. 5º, XXXVIII, “c”, a soberania de seus veredictos, quis muito mais do que prestigiar o Júri Popular, mas garantir que, quanto ao mérito, suas decisões praticamente não seriam passíveis de revisão pelos demais órgãos do Poder Judiciário.

Essa conclusão, além de assentada na utilização da soberania para caracterizar os veredictos, reforça-se pelo espírito democrático da Constituição Federal, externado em várias de suas passagens, mas, notadamente, seu art. 1º, parágrafo único, uma vez que no Júri Popular o povo é chamado a julgar, a se pronunciar nos crimes dolosos contra a vida, bem jurídico que mereceu a mais alta importância em nosso ordenamento jurídico, tanto é verdade que, no restrito rol do art. 5º, *caput*, da Magna Carta, foi o primeiro a ser destacado.

E seria repetitivo dizer que esse especial tratamento dispensado pelo constituinte à vida vai repercutir em todo o ordenamento jurídico, para, v.g., impor ao legislador o estabelecimento de sanções suficientemente severas e efetivas a toda e qualquer conduta ofensiva desse direito e, na interpretação de todo e qualquer ato normativo, a escolha da opção que melhor o salvaguarde.

Por tudo isso, tomando por base tão somente o Texto Constitucional, é forçoso reconhecer que toda e qualquer decisão emanada do Tribunal do Júri não poderá, quanto ao mérito, ser revisada por outro órgão do Poder Judiciário.

Concretizando o desejo do Constituinte, que, aliás, como cláusula pétrea que o é, goza de imunidade constitucional, por força do art. 60, § 4º, inc. IV, da Magna Carta, o Código de Processo Penal, em seu art. 593, inc. III, “d”, dispositivo recepcionado pela ordem constitucional vigente, admitiu como passível de apelação a decisão dos jurados somente quando “manifestamente contrária à prova dos autos”.

E na interpretação desse dispositivo, por *manifestamente contrária à prova dos autos*, a doutrina e jurisprudência têm entendido por decisão absurda, teratológica e que não tenha o respaldo de qualquer das versões possíveis existentes nos autos.

Nesse sentido, o escólio de Guilherme de Souza Nucci:

É certo, como afirmado na nota anterior, que o duplo grau de jurisdição merece conviver harmonicamente com a soberania dos veredictos, mas nem sempre, na situação concreta, os tribunais togados respeitam o que os jurados decidiram e terminam determinando novo julgamento, quando o correto seria manter a decisão. O ideal é anular o julgamento, em juízo rescisório, determinando a realização

de outro, quando efetivamente o Conselho de Sentença equivocou-se, adotando tese integralmente incompatível com as provas dos autos. Não cabe a anulação, quando os jurados optam por uma das versões correntes de interpretação da prova possíveis de surgir. Exemplo disso seria a anulação do julgamento porque o Conselho de Sentença considerou fútil o ciúme, motivo do crime. Ora, se existe prova de que o delito foi, realmente, praticado por tal motivo, escolheram os jurados essa qualificadora, por entenderem adequada ao caso concreto. Não é decisão manifestamente contrária à prova, mas situa-se no campo da interpretação da prova, que é bem diferente. Consideramos que a cautela, na anulação das decisões do júri, deve ser redobrada, para não transformar o tribunal togado na real instância do julgamento de crimes dolosos contra a vida (2015, p.1192).

No mesmo sentido, a sempre citada lição de Renato Brasileiro:

Decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos: para que seja cabível a apelação com base na alínea “d” do inciso III do art. 593 do CPP, e, de modo a se compatibilizar sua utilização com a soberania dos veredictos, é necessário que a decisão dos jurados seja absurda, escandalosa, arbitrária e totalmente divorciada do conjunto probatório constante dos autos. Portanto, decisão manifestamente contrária à prova dos autos é aquela que não encontra nenhum apoio no conjunto probatório, é aquela que não tem apoio em nenhuma prova, é aquela que foi proferida ao arrepio de tudo que consta dos autos, enfim, é aquela que não tem qualquer prova ou elemento informativo que a suporte ou justifique, e não aquela que apenas diverge do entendimento dos juízes togados a respeito da matéria (2017, p. 1442).

Nossos pretórios não têm se posicionado de forma diversa, senão vejamos:

[...] A hipótese de submeter o réu a novo julgamento por decisão manifestamente contrária à prova dos autos somente é admissível quando o Conselho de Sentença adotar tese integralmente incompatível com o conjunto probatório. O princípio constitucional da soberania dos veredictos que rege a atuação do Tribunal do Júri, embora não seja absoluto, impede uma interferência da jurisdição superior no âmbito da apreciação da matéria pelo Conselho de Sentença, somente sendo possível submeter o réu a novo julgamento quando houver erro grave na apreciação do conjunto probatório ou quando a decisão não encontra apoio em nenhuma prova dos autos (inteligência da Súmula nº 28 do T.JMG). Verificada a existência da versão acatada pelos jurados, no sentido de ter o apelante ceifado a vida da vítima por motivo torpe e mediante recurso que dificultou a defesa, não é permitido a esta Corte cassar a decisão ao argumento de ser ela contrária à prova dos autos, sob pena de retirar a força conferida ao Júri pela Constituição da República (MINAS GERAIS, 2020).

[...] É descabida a determinação de novo julgamento, uma vez que não representa nulidade a escolha pelos jurados por uma tese entre as

possíveis a partir da intelecção fático-probatória realizada, sob pena de usurpação de competência e de ofensa ao princípio da soberania dos veredictos. Doutrina e jurisprudência (AgRg no REsp 1864231/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 25/6/2020) [...] (BRASIL, 2020).

[...] 1.A soberania dos veredictos é garantia constitucional do Tribunal do Júri, órgão competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida; sendo a única instância exauriente na apreciação dos fatos e provas do processo. Impossibilidade de suas decisões serem materialmente substituídas por decisões proferidas por juízes ou Tribunais togados. Exclusividade na análise do mérito. 2.A introdução do quesito genérico na legislação processual penal (Lei n. 11.689, de 09 de junho de 2008) veio claramente com o intuito de simplificar a votação dos jurados – reunindo as teses defensivas em um quesito –, e não para transformar o corpo de jurados em “um poder incontrastável e ilimitado”. 3.Em nosso ordenamento jurídico, embora soberana enquanto decisão emanada do Juízo Natural constitucionalmente previsto para os crimes dolosos contra a vida, o específico pronunciamento do Tribunal do Júri não é inatacável, incontrastável ou ilimitado, devendo respeito ao duplo grau de jurisdição. Precedentes. 4.A apelação não substitui a previsão constitucional de exclusividade do Tribunal do Júri na análise de mérito dos crimes dolosos contra a vida, pois, ao afastar a primeira decisão do Conselho de Sentença, simplesmente, determina novo e definitivo julgamento de mérito pelo próprio Júri (...) (BRASIL, 2020).

Mesmo nesses casos, nos quais a decisão do júri popular divorcie-se, por absoluto, da prova dos autos, não é demais lembrar que a cassação de seu veredicto terá por consequência a realização de novo julgamento, mas, jamais, sua substituição por outro órgão do Poder Judiciário, o que, ao mesmo tempo, reafirma a soberania dos veredictos assegurada pelo art. 5º, inc. XXXVIII, “c”, da Constituição Federal e impede julgamentos absolutamente apartados da prova colhida nos processos por crimes dolosos contra a vida.

4. A Legitimidade da prisão após a condenação pelo Tribunal do Júri

Nessa linha de raciocínio, acrescenta-se, a não deixar dúvida da força da qual se reveste as decisões do Tribunal do Júri, que o próprio Supremo Tribunal Federal, embora, por maioria apertada de votos, tenha firmado o entendimento de que a prisão, como efeito da condenação, somente é possível após o esgotamento de todos os recursos, admitia como legítima, antes mesmo do advento da Lei 13.964/19, responsável pela

introdução do art. 492, inc. I, “e”, do Código de Processo Penal, através de sua primeira turma, a expedição de mandado de prisão para réus condenados pelo júri popular já a partir da primeira instância.

Nesse sentido:

Direito Constitucional e Penal. Habeas Corpus. Duplo Homicídio, ambos qualificados. Condenação pelo Tribunal do Júri. Soberania dos veredictos. Início do cumprimento da pena. Possibilidade. 1. A Constituição Federal prevê a competência do Tribunal do Júri para o julgamento de crimes dolosos contra a vida (art. 5º, inciso XXXVIII, d). Prevê, ademais, a soberania dos veredictos (art. 5º, inciso XXXVIII, c), a significar que os tribunais não podem substituir a decisão proferida pelo júri popular. 2. Diante disso, não viola o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade a execução da condenação pelo Tribunal do Júri, independentemente do julgamento da apelação ou de qualquer outro recurso. Essa decisão está em consonância com a lógica do precedente firmado em repercussão geral no ARE 964.246-RG, Rel. Min. Teori Zavascki, já que, também no caso de decisão do Júri, o Tribunal não poderá reapreciar os fatos e provas, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri. 3. Caso haja fortes indícios de nulidade ou de condenação manifestamente contrária à prova dos autos, hipóteses incomuns, o Tribunal poderá suspender a execução da decisão até o julgamento do recurso. 4. Habeas corpus não conhecido, ante a inadequação da via eleita. Não concessão da ordem de ofício. Tese de julgamento: “A prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade (BRASIL, 2017).

Na oportunidade, o Ministro Luís Roberto Barroso, relator do referido acórdão, fez consignar que:

[...] a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação pelo Tribunal do júri, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri, e o Tribunal não pode substituir-se aos jurados na apreciação de fatos e provas (CF/88, artigo 5º, XXXVIII, c), o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar (CF/88, artigos 5º, caput e LXXVIII e 144) (BRASIL, 2017).

Observa-se aqui que, cotejado o Princípio Constitucional do Estado de Inocência com a Soberania dos Veredictos, o que não havia ocorrido quando do julgamento das ADCs 43, 44 e 54, a Suprema Corte entendeu por perfeitamente consentânea com a Constituição Federal, independen-

temente da presença dos fundamentos da prisão preventiva, a segregação após a condenação em primeira instância pelo júri popular.

Oportuno asseverar que a Suprema Corte, ao legitimar a prisão após condenação provisória pelo Júri, em ponderação muito próxima do que posteriormente veio a se consagrar como texto normativo, no art. 492, § 3º e 5º, do Código de Processo Penal, com redação conferida pela Lei 13.964 (“Pacote Anticrime”), de 24 de dezembro de 2019, ressaltou que essa antecipação da pena poderia ser afastada pela presença de fortes indícios de nulidade ou de que a responsabilização se revele absolutamente contrária à prova dos autos.

Assim, com a devida vênia, parece equivocada o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, quando, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* nº 538.491/PE, entendeu, invocando como fundamento a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADCs 43, 44 e 54, por “ilegal” a prisão decorrente de condenação pelo Júri Popular:

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 (BRASIL, 2020).

Com efeito, a soberania dos veredictos, cláusula pétrea assentada no art. 5º, inc. XXXVIII, “d”, da Constituição Federal, não foi examinada pelo Supremo Tribunal Federal quando decidiu pela inconstitucionalidade da prisão após condenação de segunda instância.

Sendo assim, o precedente invocado para considerar ilegal a prisão de-

cretada com assento no art. 492, inc. I, “e”, do Código de Processo Penal, insiste-se, por não guardar inteira pertinência com a questão tratada, não poderia ser utilizado como razão de decidir.

E isso também ocorreu quando o próprio Pretório Excelso, através da Segunda Turma, tendo por Relator o Ministro Gilmar Mendes e tendo por vencido o Ministro Edson Fachin, consignou que a execução provisória ora examinada não seria possível sob o mesmo argumento acima utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça:

Direito penal e processual penal. 2. Execução provisória da pena. Impossibilidade. Precedentes (ADCs 43, 44 e 54). 3. Ordem de habeas corpus concedida de ofício para declarar a ilegalidade de execução provisória da pena e, assim, revogar a prisão decretada por tal fundamento, se inexistente outro motivo para a segregação do paciente e se ausentes fundamentos concretos de prisão preventiva, nos termos do art. 312 do CPP e em conformidade com a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2019).

E nunca é sem propósito rememorar que, segundo o Princípio da Concordância Prática ou Harmonização, na interpretação de dispositivos constitucionais, havendo colisão, ensina-nos Novellino (2013, p. 179) que o intérprete deve coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada um deles. Os bens constitucionalmente protegidos devem ser tratados de modo que a afirmação de um não implique o sacrifício total do outro.

5. Conclusão

Assim, resta saber se, tomando por base a soberania dos veredictos do Júri Popular, garantida pelo art. 5º, inc. XXXVIII, “c”, da Constituição Federal e concretizada, no plano infraconstitucional, pelo art. 593, inc. III, “d”, do Código de Processo Penal, a execução imediata de suas condenações instituída pelo art. 492, inc. I, “e”, do Código de Processo Penal, através da Lei 13.964, de 20 de dezembro de 2019, submete-se aos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54 e se é compatível com o Princípio do Estado ou Presunção de Inocência assentado no art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal.

Quanto à primeira questão, registra-se que, no citado julgamento das ADCs, o Pretório Excelso não enfrentou a questão, especialmente porque a Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, responsável pela atual

redação do art. 492, inc. I, “e”, do Código de Processo Penal, foi introduzido no ordenamento jurídico posteriormente.

Nesse passo, ressalta-se que a questão é objeto do Recurso Extraordinário 1.235.340, sendo que, até o presente momento, com os votos favoráveis dos Ministros Dias Toffoli e Roberto Barroso, prevalece no Supremo Tribunal Federal a tese (tema 1068 da repercussão geral), em julgamento ocorrido em 4 de maio de 2020, de que “[...] A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução de condenação imposta pelo corpo de jurados, independentemente do total da pena aplicada [...]”.

Com o voto desfavorável do Ministro Gilmar Mendes, no sentido de que a Constituição Federal proíbe a execução imediata das condenações proferidas por Tribunal do Júri, o julgamento foi interrompido com o pedido de vista do Ministro Ricardo Lewandowski, estando nessa situação desde então.

Feito esse registro, partindo-se da premissa de que, no choque entre princípios constitucionais (soberania dos veredictos x presunção de inocência), a interpretação a ser adotada deve ser aquela que não exclui qualquer deles (Princípio da Concordância Prática ou Harmonização), forçoso reconhecer, ainda porque revela uma opção do próprio povo, através de seus representantes eleitos, que a norma do art. 492, inc. I, “e”, do Código de Processo Penal, não descortina qualquer ofensa ao Princípio do Estado de Inocência, mesmo com o alcance que o Supremo Tribunal Federal lhe conferiu quando do julgamento das ADCs 43, 44 e 54.

Acrescenta-se que, se, por um lado, o art. 2º, parágrafo único, da Constituição Federal, prescreve que o *Poder emana do Povo*, esse mesmo povo, representado pelo Júri Popular, ao condenar determinada pessoa à prática de crime doloso contra a vida a pena maior de 15 (quinze) anos de reclusão, o que, em regra, exigirá o reconhecimento da forma qualificada, portanto, mais grave, e, se primário, de infrações conexas, e, ao estabelecer, por seus representantes eleitos para a Câmara dos Deputados e Senado Federal, a norma do art. 492, inc. I, “e”, do Código de Processo Penal, deixou por demais claro que deseja que pessoas condenadas nessas condições sejam, já com a condenação de primeira instância, levadas ao cárcere.

Ademais, nos termos do art. 492, § § 3º e 5º, do Código de Processo Penal, até mesmo como um filtro para evitar injustiças, havendo questão substancial, ou seja, importante, relevante, e plausível que possa ser acolhida em eventual recurso, o Juiz Presidente pode, sim, negar a execução imediata da prisão. O mesmo ocorre quando o relator do re-

curso, identificando que não se trata de questão meramente protelatória, vislumbrar questão com as mesmas características, apta, como tal, a ensejar a absolvição, anulação da sentença, novo julgamento ou redução da pena para quantum inferior a 15 (quinze) anos.

A propósito, nesse ponto, adverte-se que a utilização do termo “absolvição” não se afigura correto, já que, provida a apelação, no mérito, contra a decisão condenatória, haverá, por consequência, apenas realização de novo júri, de forma que seria muito mais apropriado se falar em cassação da sentença.

Assim, a execução imediata da condenação superior a 15 (quinze) anos condiciona-se, ainda, à ausência de questão substancial que, de forma plausível, possa levar à anulação do julgamento, cassação do veredicto (hipótese muito pouco plausível quando se considera que a acusação já passou pelos filtros do recebimento da denúncia e pronúncia) ou à diminuição da pena para aquém desse patamar.

Em síntese, se a decisão oriunda do júri popular, exarada, em processo no qual é assegurada a plenitude de defesa, que, para alguns, como é o caso de Nucci (2007, p. 32), mesmo com prejuízo ao contraditório, autoriza, inclusive, a inovação na tréplica, e revestida do *status* de soberana, o que, como tal, lhe confere o poder de, salvo se manifestamente contrária à prova dos autos, não ser passível de revisão judicial, que, se, for o caso, poderá apenas determinar um novo julgamento pelo próprio júri, o art. 492, inc. I, “e”, do Código de Processo Penal, ao determinar que a pena igual ou superior a 15 (quinze) anos, ainda porque fruto da vontade popular, exteriorizada através de seus representantes eleitos na Lei 13964/2019, não está a se ressentir de qualquer afronta ao Texto Constitucional e à decisão exarada pela Suprema Corte nos julgamentos das ADCs 43, 44 e 54.

Não há, portanto, aqui, qualquer contrariedade ao Texto Constitucional, mas tão somente legítima opção, considerando a soberania dos veredictos, que nada mais é do que, no caso dos crimes dolosos contra a vida, da reiteração da regra de que todo o *Poder emana do Povo*, de que pessoas condenadas por júri popular iniciem, de pronto, o cumprimento da pena se essa for igual ou superior a 15 anos de reclusão.

6. Referências

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 538.491/PE, da 6ª Turma, Rel.: Min. Nefi Cordeiro, 15.12.2020. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 2 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 623107/PA, da 6ª Turma, Rel.: Min. Nefi Cordeiro. Brasília, 15.12.2020. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 29 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC's 43, 44 e 54, do Tribunal Pleno, Rel.: Min. Marco Aurélio Mello. Brasília, 23 e 24.10.2019. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 27 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 118770, da 1ª Turma, Rel.: Min. Roberto Barroso. Brasília, 7.3.2017. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 2 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 163814, da 2ª Turma, Rel.: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 19.11.2019. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 18 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 170.559, da 1ª Turma, Rel.: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 3.12.2019. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 2 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1.235.340, do Pleno, Rel.: Min. Roberto Barroso, Brasília, 04.5.2020. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 2 mar. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal Comentado*. 2.ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0024.00.001661-8/004, Rel.: Des. Edilson Feital Leite. Belo Horizonte, 25.8.2020. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso 2 mar. 2021.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 8.ed. São Paulo: Método, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GIOVANI AVELAR VIEIRA

Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais (MPMG). Lotado atualmente na 7ª Promotoria de Justiça de Belo Horizonte com atuação perante o I Tribunal do Júri da Capital. Integrante do Gaeco, Regional de Divinópolis, entre março de 2018 e dezembro de 2019. Graduado em Direito pela PUC-MG, Campus Coração Eucarístico.



REFLEXOS DAS PRÁTICAS DE *COMPLIANCE* NA AFERIÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL NA OMISSÃO IMPRÓPRIA

REFLECTIONS OF COMPLIANCE PRACTICES IN ASSESSING
CRIMINAL RESPONSIBILITY IN IMPROPER OMISSION

GISLANE TESTI COLET

Promotora de Justiça

Resumo: O ambiente empresarial apresenta características próprias que impactam a análise da responsabilidade penal, dada a existência de descentralização, coordenação e delegação de atividades e decisões em estruturas horizontais e verticais. Nesse contexto, o presente estudo visou analisar os reflexos do *compliance* na aferição do elemento subjetivo do garantidor (o empresário) nos casos de omissão imprópria. Seu objetivo foi compreender como o *compliance* repercute na responsabilidade penal do garantidor especialmente em relação à tipicidade subjetiva. Valendo-se do método hipotético-dedutivo, a partir de estudos doutrinários, verificou-se que as práticas de *compliance* têm por finalidade fazer cumprir as normas legais e diretrizes políticas estabelecidas para as respectivas atividades, identificando e corrigindo desvios, prevenindo riscos e os mantendo dentro dos limites permitidos. Em razão dessas finalidades, concluiu-se que os programas de conformidade, se efetivamente desenvolvidos, podem ser instrumento apto a afastar a incidência típica por permitirem constatar a ausência de dolo.

Palavras-chave: Ambiente Empresarial. Omissão Imprópria. *Compliance*. Tipicidade Subjetiva.

Abstract: The business environment has its own characteristics that impact the analysis of criminal responsibility, given the existence of decentralization, coordination and delegation of activities and decisions, in horizontal and vertical structures. In this context, the present study aimed to analyze the reflexes of compliance in the assessment of the subjective element of the guarantor (the entrepreneur), in cases of improper omission. Its objective was to understand how compliance affects the guarantor's criminal liability, especially in relation to subjective typicality. Using the hypothetical deductive method, based on doctrinal studies, it was found that compliance practices aim to enforce the legal rules and political guidelines established for the respective activities, identifying and correcting deviations, preventing risks and keeping them within permitted limits. Because of these purposes, it was concluded that compliance programs, if effectively developed, can be an instrument capable of removing the typical incidence, as it allows the absence of deception to be verified.

Keywords: Business Environment. Improper Omission. Compliance. Subjective Typicality.

Sumário: 1. Introdução. 2. Sociedade de risco, risco empresarial e *compliance* 2.1 Risco empresarial. 2.2 Expansão na omissão imprópria. 2.3 *Compliance*: conceito e finalidades. 2.3.1 Aspectos práticos. 2.3.2 Parâmetros de efetividade do *compliance*. 3. Omissão imprópria e *compliance*. 3.1 Conceito de omissão. 3.1.2 Omissão própria e omissão

imprópria. 3.2 Posição de garantidores. 3.2.1 Fundamento material da posição de garantidor. 3.2.2 Posição de garantidor dos dirigentes de empresas. 3.2.3 A posição de garantidor do *Compliance Officer*. 3.3 Demais pressupostos objetivos da omissão imprópria. 3.3.1 Situação típica, resultado, possibilidade de agir. 3.3.2 Causalidade e imputação objetiva. 4. *Compliance* e tipicidade subjetiva. 4.1 Elemento subjetivo no Finalismo. 4.2 As teorias do dolo. 4.3 Espécies de dolo. 4.4 O dolo na omissão imprópria. 4.4.1 Compatibilidade do dolo eventual e a posição de garante. 4.4.2 Cegueira deliberada do garante. 4.5 Influência do *compliance* na aferição da tipicidade subjetiva. 4.5.1 *Compliance* e o dolo. 4.5.2 *Compliance* e culpa. 4.5.3 *Compliance* e o trato do erro. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução

Pretendemos, com o presente artigo, oferecer uma contribuição introdutória sobre os reflexos das práticas de *compliance* na caracterização do elemento subjetivo na omissão imprópria do garantidor. Embora muito tenha sido escrito sobre o tema, há ainda espaço para a discussão, tendo o objeto de investigação inegável importância neste momento em que o *compliance* ganha evidência no cenário nacional, especialmente após investigações envolvendo grandes empresas¹.

Sobre o prisma teórico, não obstante a literatura há muito já tenha se ocupado de tais categorias – omissão imprópria, tipicidade subjetiva e *compliance* –, pouco se encontra discutido sobre a influência dos programas de integridade na aferição da tipicidade, pressuposto indispensável à aplicação da sanção penal.

Do ponto de vista prático, a análise da responsabilidade penal do garante com foco na tipicidade subjetiva, quando presentes tais programas, mostra-se relevante, pois, além dos riscos inerentes à atividade empresarial, o garantidor ainda estará diante de uma vasta série de condutas tipificadas cuja amplitude – ou vagueza – dificulta ainda mais sua já complexa tomada de decisões no ambiente corporativo, marcado pela divisão de competências e atividades.

Tendo isso em mente, parte-se do seguinte questionamento: podem as práticas de *compliance* afetar a responsabilidade penal, nos casos de omissão imprópria, daqueles que se encontram na posição de garantidores, afastando a tipicidade subjetiva?

A hipótese estabelecida, levando-se em consideração as finalidades do *compliance*, sintetiza-se na seguinte assertiva: na medida em que as práticas de *compliance* desenvolvidas no âmbito das instituições – públicas ou privadas – têm por finalidade fazer cumprir as normas

¹ Referimo-nos aqui à Operação Lava-jato e suas diversas fases.

legais e diretrizes políticas estabelecidas para as respectivas atividades, identificando e corrigindo os desvios, prevenindo riscos e os mantendo dentro dos limites permitidos, não há como se atribuir dolo omissivo ao garante quando, a despeito da adoção das medidas devidas e possíveis, há afetação do bem jurídico.

Ao longo da redação do trabalho, trouxemos diversas notas de rodapé, não apenas para indicar a fonte de determinada ideia lançada no corpo do texto, mas também para permitir ao leitor acompanhar o raciocínio desenvolvido ao longo da pesquisa. A pretensão final é a de ao menos iniciar o debate sobre a necessidade de se considerar o *compliance* na filtragem e na racionalização do poder punitivo estatal.

2. Sociedade de risco, risco empresarial e *compliance*

Nossa sociedade atual tem sido continuamente denominada como “sociedade de riscos”². Segundo Silva Sanchez, ela é caracterizada, basicamente, por um âmbito econômico rapidamente variante e pelo aparecimento de avanços tecnológicos sem paralelo em toda a história da humanidade³. Essa velocidade no avanço tecnológico acaba por gerar expectativas sociais de contenção de riscos nem sempre alcançáveis. Ampliam-se, quase na mesma medida, a complexidade das relações sociais e a demanda pela proteção de novos direitos.

A globalização da informação acaba por globalizar também os problemas, ao menos em termos de percepção social. A aceleração do ritmo de vida pela revolução das comunicações, que produz uma avalanche de informações, tem contribuído para o aumento da sensação social de insegurança, aumentando a sensibilidade social aos riscos e distorcendo sua noção em relação aos riscos reais⁴.

A sociedade pós-industrial é, além da “sociedade de risco” tecnológico, uma sociedade com outras características individualizadoras que contribuem para sua caracterização como uma sociedade de objetiva insegu-

2 O termo “Sociedade de Riscos”, cunhado por Ulrich Beck, tem sido discutido por filósofos, sociólogos e juristas do mundo inteiro, como a maior problemática da era pós-industrial e moderna, que interage e se correlaciona com os fenômenos da tecnologia e da globalização, e que intimida as gerações humanas futuras”. DIAS, Jorge de Figueiredo *apud* BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal compliance*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p.21.

3 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal*. Traduzido por Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.35.

4 Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal*. Traduzido por Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

rança⁵. E, nesse contexto, não se concebe mais um modelo social sem a presença das complexas estruturas organizacionais, nas quais a divisão de atribuições no alcance de seus objetivos não seja característica marcante. Por outro lado, a sociedade está cada vez menos tolerante aos riscos e coloca no Direito Penal suas expectativas de gestão desses riscos. É nesse cenário que o Direito Penal, como instrumento qualificado de proteção de bens jurídicos especialmente relevantes⁶, ganha novas matizes.

Diante de um mundo globalizado, a sociedade deve entender que será cada vez mais demandada a conviver com riscos muitas vezes inelimináveis, e que sua enorme complexidade e diversidade não permitem o alcance de soluções simples, mormente pelo Direito Penal. Criminalidade organizada, criminalidade internacional e criminalidade dos poderosos são, provavelmente, as expressões que melhor definem os traços gerais da delinquência da globalização⁷.

Essa visão de insegurança se transporta para o ambiente empresarial, onde a existência de riscos sempre foi inerente, em maior ou menor grau. Isso tem levado a um maior foco sobre os resultados – notadamente quando danosos – de tais atividades e suas consequências jurídicas, especialmente no âmbito penal.

Conforme aponta Luis Greco, o direito penal brasileiro vive uma salutar reorientação de suas prioridades. Ao lado do chamado direito penal tradicional, ganha espaço um direito penal que se importa também com ilícitos praticados por aqueles que historicamente gozavam de certa imunidade diante da persecução penal⁸.

A “sociedade de risco” ou “da insegurança” conduz, pois, inexoravelmente, ao “Estado vigilante” ou “Estado da prevenção”⁹. Nessa quadra – e no que nos interessa no recorte que o presente trabalho se propõe –, tem-se transferido parte dessa necessidade de vigilância aos próprios vigiados, do que resulta a atenção que se tem dado aos programas de *compliance* nos últimos anos.

5 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal*. Traduzido por Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.37

6 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal*. Traduzido por Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.33.

7 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal*. Traduzido por Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.103.

8 GRECO, Luis. Prefácio. ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

9 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal*. Traduzido por Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.165, aspas no original.

2.1 Risco empresarial

O risco, em diferentes graus, é inerente à atividade empresarial. As agências de investigação¹⁰, quando da apuração de responsabilidades por resultados danosos, devem levar essa realidade em conta, sob pena de nos aproximarmos de uma criminalização indireta da atividade empresarial, afastando-nos cada vez mais de um Direito Penal Liberal.

O que se tem como risco permitido tem variado ao longo da história e do avanço tecnológico. Arrisca-se dizer que, quanto mais avanço tecnológico houver, menores serão os riscos permitidos, ante a ideia de que tal avanço tem – proporcionalmente – a capacidade de contê-los. Se, em certo momento da história, riscos desmedidos foram admitidos em nome do progresso, não é mais isso que se verifica.

Nas palavras de Silva Sanchez:

Como é sabido, o conceito de risco permitido expressa uma ponderação dos custos e benefícios da realização de uma determinada conduta. Mas também é evidente que tal cálculo depende de uma valoração prévia, na que necessariamente se haverá de incluir como premissa maior a autocompreensão da sociedade e a ordem relativa a valores (ou preferências) na qual aquela se plasme. Na mudança significativa da autocompreensão social produzida nas últimas décadas se encontra, pois, a base também da modificação do produto do referido cálculo. Assim, a diminuição dos níveis de risco permitido é produto direto da sobrevalorização essencial da segurança – ou liberdade de não padecer – diante da liberdade de ação. Ou, em outro sentido, da concepção de muitas liberdades “liberdade perigosas”. Tal predomínio é característica de uma sociedade de sujeitos pacientes mais que de agentes¹¹.

O risco, seu surgimento, criação e desenvolvimento são, por assim dizer, peças chaves para a compreensão penal econômica¹², e, por mais que a tecnologia avance, sempre existirão riscos que escaparão mesmo às previsões mais ousadas, riscos que podem se converter em danos. Além disso, a análise e o mapeamento desses riscos – atividades próprias do *compliance*, como adiante veremos – nem sempre alcançarão todas as possibilidades de práticas ilícitas no ambiente empresarial, especialmente se considerarmos duas ordens de condutas criminosas que se podem verificar, os delitos praticados *na* empresa e *pela* empresa.

10 Aqui nos referimos, de modo amplo, a todos aqueles que são legitimados a conduzir investigações, tais como, além das polícias (civil e federal), também o Ministério Público e Receita Federal.

11 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal*. Traduzido por Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.55.

12 SILVEIRA, Renato M. J. *Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime*. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido 2018. p.36.

Esses últimos, relacionados à atividade-fim, ao objeto social da pessoa jurídica, são o foco dos programas de *compliance*, assim como as atividades-meio e as relações dos gestores com colaboradores e demais *stakeholders*. Por outro lado, dado o ambiente coletivo, que nas grandes empresas se mostra complexo e com diversidade de indivíduos – e suas idiossincrasias –, não há como se esperar que o gestor, como garante¹³, tenha condições de antever e evitar todo e qualquer ilícito que possa se concretizar *no* ambiente empresarial.

Quando se fala em responsabilidade empresarial, a noção do risco empresarial se mostra umbilicalmente afetada. No entanto, quando esse risco é trazido para a seara penal e passa a se mostrar como fator distintivo da virtude e do crime, a questão ganha complexidade bastante distinta¹⁴. A noção de sociedade de risco e o próprio conceito de risco permitido em Direito Penal são muito próximos da questão do perigo, e muito mais da atividade empresarial em si¹⁵. As noções probabilísticas, as avaliações de ocorrência danosa, bem como o risco tolerável e o perigo penalmente relevante, hão, em última análise, de se mostrar como definidores da intervenção penal¹⁶.

Então, eis o cenário que se apresenta: vivemos em uma sociedade onde os riscos são inevitáveis; o risco é inerente – em maior ou menor grau – à atividade empresarial; a sociedade tolera cada vez menos os riscos e tem uma sensação de insegurança maior que a insegurança real. Tudo isso tem levado à ampliação da busca do Direito Penal – especialmente pela sua força simbólica – como gestor desses riscos sociais, que, por sua vez, tem contribuído, entre outros fatores, para o que se tem denominado de expansão do Direito Penal. No âmbito empresarial, essa expansão tem se dado especialmente por meio da figura da omissão imprópria.

2.2 Expansão na omissão imprópria

Os aspectos da expansão do Direito Penal ganharam especial repercussão com a obra do autor espanhol Jesús-Maria Silva Sanchez, para

13 A sistematização das condições de garante do empresário e dos gestores é realizada no capítulo seguinte.

14 SILVEIRA, Renato M. J. *Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime*. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido 2018. p.134.

15 SILVEIRA, Renato M. J. *Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime*. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido 2018. p.135.

16 SILVEIRA, Renato M. J. *Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime*. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido 2018. p.135.

quem a criação de novos bens-jurídico-penais, a ampliação dos espaços de riscos jurídicos-penalmente relevantes, a flexibilização das regras de imputação e a relativização dos princípios político-criminais de garantia não seriam mais do que aspectos dessa tendência geral, à qual cabe referir-se com o termo “expansão”¹⁷.

A identificação do fenômeno da expansão do Direito Penal lastreia-se em alguns primados. Inicialmente, constata-se certa ingerência da sociedade de risco¹⁸. A partir daí, percebe-se uma nova diagramação penal¹⁹. Para Juarez Tavares²⁰, a verdadeira ascensão dos delitos omissivos impróprios só começa a marcar presença quando se substitui a lesão ao direito subjetivo, gradativamente, pela responsabilidade decorrente do resultado produzido. Em lugar da lesão ao direito subjetivo, insere-se na estrutura do delito a lesão de bem jurídico.

Essa mudança de estrutura pode parecer uma evolução natural da dogmática, mas, na verdade, ela deriva de uma alteração de rumos da política criminal. Os preceitos de liberdade de contratar, que serviam de base para eliminar os resquícios do Estado feudal e assegurar a livre concorrência, cedem terreno para os fins próprios da produção industrial.²¹ Na atualidade, a expansão caminha agora em direção à criminalização do *não fazer*, por meio de figuras omissivas próprias e impróprias. A primeira geração do Direito Penal dito moderno com vistas à proteção de bens supraindividuais – por meio do emprego de normas penais em branco, crimes de perigo abstrato e delitos de acumulação – se direciona agora para uma segunda geração, que lança mão das figuras omissivas, especialmente na área afeta ao que se denomina Direito Penal Econômico.²²

A responsabilidade em comissão por omissão, submetida em nosso âmbito a precisas exigências com vocação de aplicação restritiva (sobre a ideia

17 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal*. Traduzido por Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.28.

18 Para Silva Sanchez, os aspectos da expansão do Direito Penal sofrem espetacular impulso devido a dois fenômenos que se mostram como típicos das sociedades pós-industriais: a globalização econômica e a integração supranacional, características da sociedade atual, considerada como sociedade de risco. Cf SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal*. Traduzido por Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.97.

19 SILVEIRA, Renato M. J. *Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime*. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido 2018. p.44.

20 TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p.38.

21 TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p.38.

22 Nesse sentido, conferir SILVEIRA, Renato M. J. *Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime*. Belo Horizonte, 2018.

básica da identidade estrutural no plano normativo com a comissão ativa), está se transformando ao aplicar-se ao âmbito dos delitos de empresa ou de estruturas organizadas (como infração do dever de vigilância)²³. Para Victor Costa, a expansão dos crimes omissivos impróprios está relacionada à impossibilidade do Estado de regular todos os atos da vida social, em especial os atinentes ao exercício da atividade econômica, âmbito por excelência do incremento da intervenção penal por omissão²⁴.

Assim, considerando tal cenário fático-social de risco em amplo sentido, somada a tendência expansiva do uso da omissão imprópria, especialmente no âmbito dos ilícitos empresariais, temos alçadas preciosas razões para a análise da importância das ferramentas de *compliance*. Conforme aponta Silveira²⁵, a avaliação hodierna dos problemas relativos à omissão em Direito Penal, e em especial pelo Direito Penal Empresarial, passa, necessariamente, pela noção de deveres de organização da própria entidade empresarial. Os parâmetros de funcionalidade e administração – os quais hoje acabam por sustentar toda a avaliação dos *compliance programs* – devem ser considerados para que se possa ter em conta a própria medida de responsabilização criminal por omissões dadas dentro do ambiente corporativo.

Nesse esteio, a prevenção, uns dos objetivos primordiais do *compliance*, ganha especial relevo quando se trata da responsabilidade criminal, uma vez que as sanções decorrentes da aplicação desta seara do Direito ultrapassam o aspecto patrimonial e podem atingir o indivíduo naquilo que lhe é mais caro, sua liberdade.

2.3 *Compliance*: conceito e finalidades

Os programas de *compliance* tornaram-se tema cogente, tanto no âmbito empresarial quanto público e, especialmente, no meio jurídico. O termo *compliance* origina-se do verbo em inglês *to comply*, cujo significado é cumprir, obedecer. No âmbito institucional e corporativo, *Compliance* tem sido definido como o conjunto de disciplinas introduzidas na empresa para fazer cumprir normas legais e regulamentares, políticas e diretri-

23 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal*. Traduzido por Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.117.

24 COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. *Crimes omissos impróprios*: tipo e imputação objetiva. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2017. p.254.

25 SILVEIRA, Renato M. J. *Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime*. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2018. p.77.

zes estabelecidas para as atividades, bem como ferramentas para evitar, detectar e tratar qualquer desvio ou inconformidade nela existentes²⁶. Embora inicialmente criado com foco no sistema financeiro, atualmente o *compliance* se estende a diversos segmentos, com destaque especial para áreas de atuação sensíveis, como meio ambiente, indústrias químicas, grandes obras de engenharia – especialmente aquelas contratadas pelo poder público –, dentre outras²⁷.

Para efeito de gerenciamento do *Compliance*, são criados os chamados *Compliance Officers*, compostos por profissionais dotados de *expertise* técnica e de gestão para avaliar os riscos e criar controles internos na empresa com o objetivo de prevenir ou minimizar os riscos de responsabilidade legal²⁸. Ao *Compliance Officer* caberia a antecipação de possíveis responsabilidades a fim de evitar a criação de riscos juridicamente desaprovados²⁹. A doutrina aponta como suas atribuições: a) a análise de riscos jurídicos; b) a atuação, para o futuro, na prevenção de determinadas irregularidades; c) a comunicação de conhecimentos jurídicos para a empresa; d) a documentação de medidas adequadas e das irregularidades investigadas etc.³⁰

A minuciosa avaliação dos riscos é imprescindível nas etapas de implementação dos Programas de *Compliance*, cabendo ao responsável a análise dos riscos existentes tanto nas atividades-meio como nas atividades-fim da empresa/instituição. O risco de *Compliance* é o risco de sanções legais ou regulatórias, perdas financeiras ou danos reputacionais, bem como de medidas administrativas ou criminais decorrentes da falta de cumprimento de disposições legais e regulamentares, normas de mercado local e internacional ou decorrentes de compromissos assumidos por meio de códigos de autorregulação, padrões técnicos ou códigos de conduta³¹.

26 BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal compliance*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p.80

27 A KPMG realizou interessante pesquisa sobre a maturidade do *Compliance* no país. A pesquisa teve a participação de, aproximadamente, 200 empresas de 19 segmentos com diferentes estruturas, permitindo um alcance significativo de diversos perfis de empresas no Brasil. O resultado completo da pesquisa pode ser encontrado em <https://cndl.org.br/politicaspublicas/wp-content/uploads/estudos/Maturidade%20do%20compliance%20no%20Brasil%20-%20KPMG.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2020.

28 BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal compliance*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p.81

29 ROTSCH, Tomas *apud* COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. *Crimes omissos impróprios*: tipo e imputação objetiva. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2017. p.231.

30 BACIGALUPO, Enrique *apud* COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. *Crimes omissos impróprios*. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido.2017. p. 232.

31Disponível em: https://www.legiscompliance.com.br/images/pdf/febraban_manual_compliance_2018.

O *Compliance*, portanto, tem como função principal garantir o cumprimento das normas e processos internos, prevenindo e controlando os riscos envolvidos na administração da própria empresa e, como prevenção de riscos externos, o cumprimento da legislação vigente e das normas regulamentares oficiais de cada ramo de atividade empresarial³². Ademais, *Compliance* transcende a ideia de “estar em conformidade” com as leis, regulamentações e auto-regulamentações, abrangendo também aspectos de governança, conduta, transparência e temas como ética e integridade³³. Consiste no dever das empresas de promover uma cultura que estimule, em todos os membros da organização, a ética e o exercício do objeto social em conformidade com a Lei³⁴.

Assim, tanto as normas éticas quanto as legais são objeto de investigação e de prevenção dos *Compliance Officers*. Embora as normas legais referidas englobem todo o ordenamento jurídico vigente, para nós o que importa, neste trabalho, é o Direito Penal, isto é, a responsabilidade penal que pode ser prevenida pelo instituto do *Compliance*, chamado de *Criminal Compliance*³⁵. O *Criminal Compliance* é mais do que uma simples ferramenta de administração de “boas práticas” dentro da empresa. É, sobretudo, um instituto de prevenção criminal, que tem por escopo evitar a responsabilização criminal de pessoas jurídicas e de seus gestores³⁶. Sob as luzes do Direito Penal, eles [os programas de *compliance*] dizem respeito às medidas que exigem um comportamento consoante regras e proibições do Direito Penal, estabelecendo-se, pois, uma lógica própria desse campo do Direito³⁷.

Sempre que se fala de Direito Penal e de *compliance*, menciona-se o fato de o primeiro passar por um momento de alta indagação. Essa parece ser uma inarredável verdade³⁸. Muitas das suas fórmulas tradicionais são postas em xeque, sendo superadas pela inovação do presente. As pre-

pdf,. Acesso em: 03.jun.2020

32 BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal compliance*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p.82

33 Disponível em: www.legiscompliance.com.br/images/pdf/febraban_manual_compliance_2018.pdf. Acesso em: 10 jan. 2020.

34 ASSI, Marcos. *Compliance: como implementar*. São Paulo: Trevisan Editora, 2018. p.19.

35 BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal compliance*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p.83

36 BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal compliance*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p.85

37 SILVEIRA, R.M.J; SAAD-DINIZ, E. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017. p.113.

38 SILVEIRA, R.M.J; SAAD-DINIZ, E. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017. p.243

ocupações com a atual busca de autoria e responsabilidade penal, em especial no campo econômico, são claros exemplos disso³⁹.

2.3.1 Aspectos práticos

Em termos práticos, o compliance consiste em planejar a prevenção de riscos de desvios de conduta e descumprimento legal, além de incorporar métodos para detectá-los e controlá-los, por intermédio de um programa de compliance⁴⁰. Existe verdadeira plêiade de possibilidades de sua utilização, sempre, contudo, com o objetivo claro de evidenciar um caráter preventivo ao cometimento de crimes⁴¹, além de prevenção de outros desvios que possam resultar em danos patrimoniais e reputacionais. Ele mobiliza os gestores a uma postura mais proativa e preventiva no gerenciamento e no tratamento dos riscos que permeiam a atividade empresarial e comprometem sua sustentabilidade.

A percepção de que a criminalidade intraempresarial, dada no interior de uma empresa, apresenta uma dificuldade inerente à verificação correta de autoria, além, não raro, de uma significativa dificuldade de descobrimento do próprio fato criminoso, começou a mudar o panorama e a importância dada ao compliance visto também sob um viés criminal⁴². Os programas de conformidade podem, assim, representar uma vantagem em relação à intervenção estatal, já que as próprias empresas, a princípio, conhecem mais adequadamente as particularidades das técnicas e especificidades da Economia moderna, potencializando as devidas regulações jurídico-penais necessárias⁴³.

O criminal compliance se propõe diminuir a probabilidade de que venham a ocorrer crimes no seio da empresa. Evidentemente, os programas não criam barreiras inexpugnáveis ao crime, mas devem, de todo modo, mostrar-se como elemento restritivo de sua ocorrência⁴⁴. Ademais, em tempos

39 SILVEIRA, R.M.J.; SAAD-DINIZ, E. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017. p.243.

40 ASSI, Marcos. *Compliance: como implementar*. São Paulo: Trevisan Editora, 2018. p.24.

41 SILVEIRA, R.M.J.; SAAD-DINIZ, E. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017. p.114.

42 SILVEIRA, R.M.J.; SAAD-DINIZ, E. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017. p.116.

43 SILVEIRA, R.M.J.; SAAD-DINIZ, E. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017. p.119.

44 SILVEIRA, R.M.J.; SAAD-DINIZ, E. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017. p.126.

de expansão do Direito Penal, a presunção de conhecimento das normas tem se tornado cada vez mais relativa⁴⁵. Some-se a isso o fato de as instituições de persecução penal terem voltado, nos últimos anos, especial atenção à criminalidade praticada nas empresas e pelas empresas – mormente a relacionada à corrupção⁴⁶ –, alçadas estão as principais razões pelas quais os Programas de Compliance deixaram de ser apenas um diferencial no chamado mundo corporativo para se tornarem ferramenta essencial.

A globalização dos mercados e a exigência de padrões éticos cada vez mais altos têm compelido as empresas e o poder público a evoluir e reestruturar suas estratégias, estruturas organizacionais e tecnológicas. Nesse ambiente, a função de compliance ganha cada vez mais importância como mecanismo de prevenção, detecção e resposta a práticas indevidas que possam implicar descumprimento de normas e de padrões de ética e conduta⁴⁷.

Coloca-se, pois, que um programa efetivo de compliance interessa primeiramente à própria empresa⁴⁸, protegendo-a, e também a seus empregados, pelos mecanismos de prevenção de riscos puníveis. Em outras palavras, o interesse pontuado de início preventivo vai além, incorporando setores distintos do campo fincado meramente à administração⁴⁹.

2.3.2 Parâmetros de efetividade do compliance

Os parâmetros de funcionalidade e administração – os quais hoje acabam por sustentar toda a avaliação dos *compliance programs* – devem ser considerados para que se possa ter em conta a própria medida de responsabilização criminal por omissões dadas dentro do ambiente corporativo⁵⁰.

Se a hipótese trazida é a possibilidade de um programa efetivo de *compliance* ter a capacidade de afastar o dolo quando, a despeito da presença do programa, ocorrer um resultado danoso a bens jurídicos de terceiros, deve-

45 “A ideia de que o Direito escrito e publicado será conhecido por todos, e de que todos podem programar sua existência de acordo com as normas, tem se tornada cada vez mais obsoleta e hoje, admitir a escusa pelo erro sobre as proibições, tanto no Direito Penal como no fiscal, não é mais uma presunção *juris tantum*.” (BACIGALUPO, 2011, p.21 apud BENEDETTI, 2014, p.84).

46 A exemplo da operação amplamente conhecida como Lava-jato, e suas dezenas de fases.

47 Disponível em: https://www.legiscompliance.com.br/images/pdf/febraban_manual_compliance_2018.pdf Acesso em: 10 jan 2020.

48 WESSING, Jürgen apud SILVEIRA, R.M.J; SAAD-DINIZ, E. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017. p.263.

49 SILVEIRA, R.M.J; SAAD-DINIZ, E. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017. p.263.

50 SILVEIRA, R.M.J; SAAD-DINIZ, E. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017. p.77.

mos nos questionar de que parâmetros de efetividade estamos falando, e se seria possível um *standard* de efetividade para nortear a análise do caso concreto. Não há resposta simples para esses questionamentos, tendo em vista a complexidade que as diversas atividades empresariais podem apresentar, e o fato de que cada segmento possui riscos próprios, que devem ser mapeados quando da implementação do programa. Embora não se possa falar em um modelo padrão de efetividade – justamente em razão dessa diversidade de atividades e, portanto, de riscos –, seria possível estabelecer requisitos mínimos para que o programa possa ser levado em conta na fixação, na atenuação ou no afastamento da responsabilidade criminal.

Primeiramente, deve-se observar que a exclusão ou a atenuação de responsabilidades penais só parece ser adequada (ou possível) se o *compliance program* se mostrar uma ferramenta exitosa de direção e gestão que, de fato, demonstre a capacidade para prevenir, detectar e remediar descumprimentos que podem se dar no dia a dia empresarial⁵¹. Silveira⁵² aponta parâmetros mínimos para verificação da efetividade do *compliance* lastreando-se no que denomina princípios cardeais que devem reger a atividade empresarial socialmente responsável. Esquemáticamente, seriam eles:

- Princípio da separação dos poderes entre os distintos membros da empresa, possibilitando um controle interno da atividade de cada qual;
- Princípio da documentação e verificação, onde todos os procedimentos internos são documentados para eventual posterior confrontação;
- Princípio de congruência e coerência das operações, onde toda a operação pressupõe uma contrapartida, sendo vedadas atividades sem explicação;
- Princípio da transparência da gestão empresarial, onde tudo se dá às claras, evitando-se, assim, atividades sorrateiras;
- Princípio da independência e imparcialidade dos órgãos de controle, onde se evita a tentativa de ingerências externas a eles;
- Princípio do cumprimento ou explicação, onde os funcionários, submetidos ao controle de suas atividades, devem explicar e justificar suas condutas;
- Princípio da confidencialidade – onde se garante o segredo dos dados investigados.

51 SILVEIRA, R.M.J.; SAAD-DINIZ, E. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017. p.159.

52 SILVEIRA, R.M.J.; SAAD-DINIZ, E. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017. p.127.

Caso isso não se dê, pode-se estar diante de um programa meramente formal (*window-dressing compliance program*), que, nada tendo a contribuir com a ideia preventiva, não surte nenhum efeito penal⁵³.

Para a eficácia de um sistema de *Compliance*, faz-se necessário um sistema de supervisão e sanção, que também merece um órgão próprio de fiscalização e controle, sob pena de absoluta ineficácia⁵⁴.

Para ser minimamente válido, no entanto, seria necessária e obrigatória a instituição de procedimentos de investigação interna⁵⁵. Deve-se, em outras palavras, garantir certa independência do sistema de denúncias, caso contrário, o *compliance program* em si e o *compliance officer* mostrar-se-ão inócuos, como se não existissem. A inefetividade seria patente, não cabendo nenhuma consideração redutora ou extintiva de responsabilidade⁵⁶.

Silveira e Saad-Diniz, citando Gómez Martin, aduzem que, transportada do cenário notadamente penal, a noção de denúncias internas – *whistleblowing* – chega a ser umbilicalmente vinculada às noções dos *compliance programs*. Os sistemas de controle por vigilância, que instituem, por sua vez, sistemas de denúncia, podem se dar de forma interna (aos membros da própria empresa) ou externa (para a Administração Pública, meios de comunicação, etc.). Com o propósito de, justamente, evitar desnecessárias e, não raro, incontroláveis divulgações de ocorrências externas, a prática empresarial parece ter optado por procedimentos de controle interno através do *whistleblowing*⁵⁷.

Ainda segundo os referidos professores da USP, na tentativa de dar utilidade desenhada ao sistema de *criminal compliance*, alguns modelos de solução têm sido imaginados⁵⁸. Dentre muitos, três são de destaque. Um primeiro diria respeito a um sistema de certificação dos programas de *compliance*, mormente por órgãos ou institutos independentes, como a ISO, por exemplo. Existiria, assim, a avaliação do programa por quesitos elaborados pelo órgão certificador.

Um segundo exemplo diria respeito a uma standardização setorial. Determinadas empresas de certo ramo se reúnem e estabelecem suas

53 SILVEIRA, R.M.J.; SAAD-DINIZ, E. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017. p.127.

54 COCA VILLA, Ivó. *Apud* SILVEIRA, R.M.J.; SAAD-DINIZ, E. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017. p.150.

55 SILVEIRA, R.M.J.; SAAD-DINIZ, E. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017. p.151.

56 SILVEIRA, R.M.J.; SAAD-DINIZ, E. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017. p.151.

57 GÓMEZ MARTIN, V. *apud* SILVEIRA, R.M.J.; SAAD-DINIZ, E. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017. p.153.

58 SILVEIRA, R.M.J.; SAAD-DINIZ, E. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017. p.155.

normas de conduta, fixando sua *lex artis*. Por fim, um terceiro grupo de soluções poderia ser visto na externalização e independência das pessoas que desenham, implantam e supervisionam a concepção interna de *compliance*, como seria o caso de antigos profissionais de mercado, professores universitários ou especialistas no assunto⁵⁹.

Do exposto, fica claro que, qualquer que seja o modelo adotado, os códigos basilares de conduta das empresas não devem se basear em modelos pré-concebidos, mas se evidenciar como instrumentos individualizados, o que denota, sem dúvida, uma maior preocupação da empresa⁶⁰.

Nessa senda, a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), por meio do decreto que a regulamenta (Decreto nº 8.420/2015), traz um verdadeiro *checklist* sobre aspectos a serem considerados para avaliação da existência e aplicação do programa, podendo servir de valioso norte⁶¹. Ainda que não se trate de lei formalmente penal, parece provável que suas disposições possam ter reflexos indiretos nessa seara, mormente porque, como também já destacado, muitas infrações administrativas nela previstas coincidem com tipos penais.

3. Omissão imprópria e compliance

Conforme apontado na introdução, a hipótese que se propõe é a possibilidade de um *compliance* efetivo, diante de suas precípuas finalidades, afastar o dolo nos casos de atribuição de responsabilidade penal pela via omissiva imprópria. Para tanto, realiza-se agora uma breve sistematização doutrinária acerca da omissão imprópria, com foco no ambiente empresarial, recorte metodológico definido para o presente trabalho. Embora essa síntese não represente novidade, ela é necessária como um caminho lógico a ser percorrido para a compreensão acerca de quais paradigmas doutrinários se parte para sustentar as afirmações que seguem no item seguinte sobre o *compliance* e a tipicidade subjetiva.

O que se pretende oferecer são as razões para, a partir da compreensão do contexto da realidade empresarial – onde as dificuldades de atribui-

59 SILVEIRA, R.M.J.; SAAD-DINIZ, E. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017. p.157.

60 SILVEIRA, R.M.J.; SAAD-DINIZ, E. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017. p.159.

61 No mesmo sentido também as cartas circulares do BACEN, conforme apontado por Silveira e Saad-Diniz: "A grande contribuição, no entanto, consiste na possibilidade de assimilação desse repertório [cartas circulares] para os programas de *compliance*, que podem tomar a normativa do BACEN *check-list* para ajustar o *criminal compliance* às políticas de combate e prevenção à lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo". SILVEIRA, R.M.J.; SAAD-DINIZ, E. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017. p.278.

ção de responsabilidade são inerentes ao ambiente coletivo –, poder-se utilizar o programa de integridade como fator delimitador da responsabilidade penal, mormente diante da possibilidade de tais programas, ao mapearem os riscos, contribuir para a identificação, no caso concreto, daquele que tinha o dever de agir e do elemento subjetivo do omitente.

Resumimos a noção de complexidade da organização, descentralização, coordenação e delegação, próprias do ambiente empresarial, reportando-nos ao estudo realizado por Estellita⁶². Antes, contudo, de adentrarmos nos impactos objetivos e subjetivos de tal complexidade na aferição da responsabilidade individual – e da importância dos programas de integridade em tal análise –, faremos uma breve síntese dos estudos da omissão imprópria.

Conforme aponta Silveira, a omissão hoje se evidencia como um dos cerne da construção lógica do Direito Penal moderno. Muito embora sua estruturação não seja novidade, é bastante clara sua retomada de poder e abrangência, em especial no que se entende por Direito Penal Empresarial⁶³.

Na mesma perspectiva, Costa⁶⁴ salienta que os crimes omissivos impróprios retornam à discussão na dogmática jurídico-penal. Isso se deve a específicos fatores de política criminal, decorrentes dos novos riscos introduzidos pela sociedade pós-industrial. Destaca ainda o referido autor que a atribuição de deveres de autorregulação, o incremento dos deveres de vigilância dentro de tais estruturas e os mandados de evitação de resultados típicos decorrentes dos riscos de tais atividades importam em considerar a criminalidade por omissão como paradigmática no direito penal contemporâneo.⁶⁵

Ademais, não se pode procurar entender as noções de *compliance* sem se aperceber do problema penal da omissão imprópria⁶⁶. Por essas e outras razões, os programas de conformidade têm sido tão debatidos nos últimos anos.

A parte especial do Código Penal Brasileiro, assim como a legislação extravagante, apresenta tipos comissivos (dolosos e culposos) e omissivos próprios. A responsabilidade penal do indivíduo pela omissão im-

62 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: MarcialPons, 2017.

63 SILVEIRA, Renato M. J. *Direito penal empresarial: a omissão do empresário como crime*. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2018. p.20.

64 COSTA, Victor. *Crimes omissivos impróprios*. Tipo e imputação objetiva. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p.15.

65 COSTA, Victor. *Crimes omissivos impróprios*. Tipo e imputação objetiva. Belo Horizonte: D'Plácido: 2017. p.15.

66 SILVEIRA, Renato M. J. *Direito penal empresarial: a omissão do empresário como crime*. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido. 2018. p.250.

própria, com equiparação da inação à ação, se dá pela extensão da figura típica por meio da aplicação do art. 13, §2º, do CP. Parte da doutrina nacional⁶⁷, a partir da interpretação teleológica do art. 13, § 2º, do Código Penal, aponta como pressupostos para a configuração do tipo objetivo nos crimes omissivos impróprios: a) a situação de perigo para o bem jurídico; b) a omissão da ação devida; c) o resultado típico; d) a posição de garantidor; e) a possibilidade de agir para a evitação do resultado. Há ainda outra corrente que defende serem necessárias para sua configuração, além desses elementos, a relação de causalidade e a imputação objetiva do resultado⁶⁸.

Ainda para fins de afirmação da responsabilidade penal, some-se, aos pressupostos anteriores, a aferição do elemento subjetivo (dolo ou culpa), além, é claro, da antijuridicidade e da culpabilidade. Entretanto, estudar todos os pressupostos da imputação da omissão imprópria com profundidade ultrapassaria o objetivo da pesquisa. Assim, realiza-se uma síntese, necessária à compreensão do objeto do estudo, detendo-se um pouco mais na análise da posição de garantidor do empresário, uma vez que, se no caso concreto tal posição não for firmada, não há que se perquirir sobre os demais pressupostos, inclusive o subjetivo. Ademais, no contexto em que o objeto de estudo é colocado, ou seja, no ambiente empresarial, a posição de garantidor é a que tem suscitado mais debates na doutrina, mormente nas estruturas complexas, com ampla divisão de funções e onde se faz presente a delegação dos deveres de vigilância ao setor de *compliance*.

3.1 Conceito de omissão

Do art. 13 do Código Penal Brasileiro depreende-se que não somente a ação mas também a omissão podem ser causa de um resultado típico. A conduta humana é a pedra angular da Teoria do Crime. É com base nela que se formulam todos os juízos que compõem o conceito de crime⁶⁹, sendo suas modalidades a ação e a omissão.

Muitas vezes toma-se o termo ação como sinônimo de conduta, alegando-se que a ação envolveria a *comissão*, que se identificaria com a *ação*

67 Victor Costa, na obra já referenciada, cita como exemplo desse posicionamento: MUNHOZ NETO, Alcides. *Os crimes omissivos no Brasil*. Curitiba: UFPR, 1983, p. 23. Vide ainda: ROCHA, Ronan. *A relação de causalidade no direito penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 183.

68 Nesse sentido, por exemplo, os autores Victor Costa e Heloísa Estellita, Ronan Rocha, nas obras referenciadas.

69 BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010. p. 135.

positiva, e a omissão, que se identificaria com a *ação negativa*⁷⁰. Todavia, a ação e a omissão são, na verdade, modalidades da conduta humana, que é o conceito geral que abarca essas espécies⁷¹. Se, no campo fenomenológico ou ôntico, ação e omissão diferem, no campo das valorações político-criminais, ou seja, normativo, é possível encontrar um denominador comum entre as duas formas de realização da conduta típica: ambas são formas de ofender o bem jurídico⁷². Assim, enquanto na ação a conduta ofensiva a um bem jurídico penalmente protegido se dá por meio da violação de uma norma proibitiva, na omissão, essa violação decorre da inobservância de uma norma mandamental, que determina a ação para impedir um resultado lesivo.

Nessa perspectiva, a omissão pode ser conceituada como a não realização da conduta determinada pelo tipo penal, ou a realização de conduta diversa, não representando necessariamente passividade física.

3.1.2 Omissão própria e omissão imprópria

Assim como os tipos comissivos podem ser classificados em crimes de mera atividade ou de resultado (de acordo com a produção ou não de resultado naturalístico), os tipos omissivos também são classificados em crimes de mera conduta e de resultado. No primeiro caso, a violação do tipo se dá pelo simples não fazer o que foi determinado, tratando-se da chamada omissão própria ou pura.

A omissão imprópria – também denominada de comissão por omissão – exige, por sua vez, um resultado, em relação ao qual havia um mandado de evitação. Já a omissão própria não evidencia maiores dificuldades, caracterizando-se pela não observância de norma mandamental, cujo tipo incriminador impõe um dever concreto de agir dirigido genericamente a todos. Como crime de mera conduta, prescinde de resultado, o qual, em determinados casos, se verificado, é considerado causa de aumento de pena – sendo tratado, portanto, em nível de culpabilidade e não tipicidade – como ocorre, por exemplo, com o art. 135, e seu parágrafo único, do Código Penal.

A omissão imprópria, por sua vez, decorre da combinação de um tipo penal incriminador, que descreve uma conduta comissiva, e a norma do art. 13, §2º, do Código Penal. Disso decorre a denominação de comissão por

70 BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010. p.135.

71 BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010. p.135.

72 ROXIN, Claus, *apud* ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.77

omissão, uma vez que se viola um tipo comissivo por meio de um não fazer, que era mandado para a evitação do resultado, mas esse dever não é imposto a todos de forma genérica, senão a determinadas pessoas, que, por motivos diversos, têm o dever especial de proteger e vigiar específicos bens jurídicos. Essas pessoas são chamadas de garantidores.

Assim se encontra redigido o §2º do art. 13 do Código Penal, que trata da relevância da omissão e fixa as posições de garantidores:

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

No meio empresarial – que é o ambiente de estudo no presente trabalho –, o empresário se encontra na posição de garantidor em relação à empresa como fonte de perigo, possuindo tanto deveres de proteção quanto de vigilância, como pontuado adiante. Dentre os pressupostos já mencionados, componentes do tipo objetivo da omissão imprópria, à posição de garantidor será dedicada agora maior atenção, porquanto sua análise está diretamente relacionada à hipótese da pesquisa, uma vez que a constituição de um setor de *compliance*, a depender dos deveres concretos que lhe são delegados, pode constituir novas posições de garantidores nesse ambiente empresarial – naturalmente coletivo – alterando os deveres daqueles que se encontram originalmente nesta posição.

3.2 Posição de garantidor

3.2.1 Fundamento material da posição de garantidor

A imputação a título de omissão imprópria se reveste de uma complexidade na maioria das vezes inexistente quando se trata da subsunção de uma conduta comissiva a um tipo penal. Isso porque, na omissão imprópria, a verificação dos pressupostos para sua configuração vai além da simples relação de adequação da conduta ao tipo, uma vez que se faz necessária a utilização da norma de extensão da figura típica, existente na parte geral do Código Penal, estampada no art. 13, §2º, com especial destaque para as posições de garante.

A posição de garantidor é elementar do tipo objetivo na omissão imprópria e a fixação dessa posição, no caso concreto – em termos lógicos e práticos –, é a primeira etapa de verificação do preenchimento dos requisitos necessários à responsabilidade criminal por omissão imprópria, após a constatação de um resultado típico. Como etapa precedente e necessária à confirmação de nossa hipótese, ou seja, da influência do *compliance* na formação do elemento subjetivo do garantidor, é imprescindível que nos debruçemos, inicialmente, nesse pressuposto que compõe o tipo objetivo e cuja identificação, especialmente na seara empresarial, pelas razões já apontadas, possui peculiar complexidade.

Nessa perspectiva, nosso referencial teórico é o estudo realizado pela professora Estellita na obra já citada, a partir do qual, depois de aqui realizarmos uma breve sistematização, avançaremos no foco principal do presente trabalho. Estellita pondera que, se inexistente um dever legal de que todos evitem todos os resultados típicos – um dever que, existente, tornaria a convivência social insuportável, transformando todos em vigilantes de todos –, é de se questionar se algumas pessoas, porém, em virtude de uma especial relação com certos bens jurídicos ou certas fontes de perigo para bens jurídicos, não teriam um dever especial de intervir para protegê-los⁷³.

O já mencionado art. 13 do CP, em seu parágrafo 2º, estabelece um rol fechado⁷⁴, delimitando tal posição, dispondo que a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Ainda segundo a professora da Fundação Getúlio Vargas, a teoria das fontes formais⁷⁵ da posição de garantidor foi abandonada pela doutri-

73 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.31.

74 Nesse sentido: É relevante salientar que a norma em questão apresenta um rol fechado, fora dela não existe comportamento juridicamente relevante. BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1. p.37

75 Não se pode precisar com rigor, em termos cronológicos, o ponto de separação entre um estágio e outro, a partir de quando a teoria dos deveres jurídicos formais se vê substituída por critérios materiais. Isto se processa gradativamente, mas de qualquer modo com mais clareza a partir de 1959, com a obra de Armin Kaufmann, na qual desenvolve os fundamentos da chamada *teoria das funções* (KAUFMANN, Armin. *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959,p.282 e ss). Por essa teoria, diferenciava Armin KAUFMANN, quanto à posição de garantidor, os campos de relações nos quais era gerado o dever de impedir o resultado juridicamente proibido. Assim, ao contrário do que propunha a teoria anterior, que indicava com rigor a fontes dos quais esse dever provinha (lei, contrato e ingerência), entendia Armin KAUFMANN que este dever estaria assentado em especiais relações de proteção, assumidas pelas respetivas pessoas, frente a perigos que se desencadeavam contra os afetados. Estas relações seriam reunidas em dois gru-

na majoritária por diversas razões. Conforme ela esclarece, seu defeito central era a falta de um critério propriamente penal que pudesse explicar e legitimar a aplicação da mesma resposta penal a duas condutas diversas, ou, colocado de outra forma, a aplicação da sanção penal baseada tão somente na violação de um dever extrapenal⁷⁶. Assim, o que fundamenta a posição de garantidor é a assunção fática de uma fonte de perigo ou da proteção de um bem jurídico. O papel da regulação extrapenal – a qual pode ser inclusive oriunda de autorregulação do âmbito empresarial – é o de delimitar o dever do garantidor e, pois, os limites dessa responsabilidade. Tomando um exemplo no âmbito empresarial, a circunstância de alguém figurar no contrato social de uma empresa por cotas de responsabilidade limitada não o faz automaticamente garantidor se tal indivíduo não exercer/realizar, no plano fático, nenhuma atividade no âmbito desta empresa.

Estellita ainda descreve um panorama dos critérios *materiais* da posição de garantidor, sintetizando as posições de Schünemann, Jakobs, Silva Sánchez e Bottini⁷⁷.

Schünemann traz, como critério material para fundamentar a posição de garantidor, o domínio ou controle sobre o fundamento do resultado, tendo como base a exigência de uma razão de igualdade para apenar com a mesma intensidade resultados imputados a uma ação e a uma omissão. Essa igualdade – ou equivalência – tem de ser encontrada no que possa existir de comum (“igual”) entre ação e omissão, o que Schünemann vai buscar nas estruturas lógico-objetivas comuns à ação e à omissão⁷⁸. Segundo Estellita, os passos seguidos por Schünemann⁷⁹ para encontrar essa estrutura comum são assim sintetizados:

pos de funções. O primeiro incluiria todas aquelas relações pelas quais o garantidor se comprometesse a defender os afetados frente a todos os perigos que se desenvolveram dentro do seu âmbito de proteção. O segundo incluiria aquelas relações que derivam de fontes de perigo, para as quais o garantidor fosse responsável. No primeiro grupo de casos, incluem-se as relações de proteção entre pais e filhos, entre cônjuges entre pessoas encarregadas de supervisão da atividade de outras. No segundo grupo, inserem-se os deveres derivados da responsabilidade por fontes de geração de perigos, assim como os vinculados à propriedade, aos filhos menores, aos animais domésticos e, ainda, por ações realizadas pelo próprio sujeito (ingerência). TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p.137.

76 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.82.

77 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.88-93

78 SCHÜNEMANN, Bernd *apud* ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.88.

79 SCHÜNEMANN, Bernd *apud* ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.88-89.

- a) A igualdade à comissão depende de quais peculiaridades da ação fundamentam a punibilidade no respectivo gênero de delitos (de resultado);
- b) O fundamento da punibilidade reside, nos crimes de resultado, na imputação do resultado à pessoa;
- c) O fundamento dessa imputação reside na relação entre a pessoa e seu movimento corporal, que é a causa imediata do resultado nos crimes comissivos;
- d) Dado que só se pode impor a mesma pena a alguém que omite se esta omissão for equiparável à ação, essa equiparação só pode ter lugar buscando o fator comum, isto é, o princípio geral que fundamenta a imputação do resultado ao agente;
- e) Este princípio geral de imputação é o domínio sobre a causa do fundamento do resultado.

Assim, nos crimes omissivos⁸⁰, será o domínio real, e não meramente hipotético, sobre a causa ou fundamento do resultado que permitirá a imputação deste ao agente omissivo. Esse domínio se dá em dois grandes grupos de casos⁸¹:

- 1) Aquele em que o agente exerce domínio sobre o desamparo de um bem jurídico, em virtude do qual a posição de garantidor gera deveres de salvação.
- 2) Aquele em que o agente exerce domínio sobre uma causa (coisa ou pessoa) essencial do resultado, caso em que o garantidor tem deveres de asseguramento.

São exemplos do primeiro caso os dos garantidores por vinculação natural, por relações de comunidade de vida, comunidades de perigo e por assunção da função de guarda sobre um bem jurídico desamparado. São exemplos do segundo caso os dos garantidores por responsabilidade sobre uma fonte de perigo (coisas) e responsabilidade sobre o atuar alheio (pessoas)⁸², sendo estes casos os que nos interessam mais de perto para o presente estudo.

80 Nos crimes comissivos, a relação imediata se dá entre o resultado (por exemplo, morte) e o movimento corporal que é sua causa (por exemplo, o ato de desferir facadas) e o fundamento que permite imputar esse resultado ao agente é o domínio que ele tem sobre o próprio corpo, que é a causa ou fundamento do resultado. SCHÜNEMANN, Bernd *apud* ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.89.

81 SCHÜNEMANN, Bernd *apud* ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.89

82 SCHÜNEMANN, Bernd *apud* ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.90.

Como se vê, o critério do domínio evidencia que a mera fonte formal, ou o dever extrapenal, não pode fundamentar a igualdade da resposta penal em caso de ação e omissão do garantidor, sendo necessária uma equivalência também sob o ponto de vista do desvalor da conduta, a qual, para Schünemann, reside no domínio sob o fundamento do resultado⁸³.

O critério de Jakobs, por sua vez, tem base puramente normativa e oferece dois vértices para a fundamentação material das posições de garantidores: a responsabilidade por *organização* da própria esfera de competência e a responsabilidade *institucional*⁸⁴. Quem organiza sua vida de certa maneira tem o dever de cuidar para que de seu âmbito de competência não advenham efeitos externos danosos a outras esferas de organização (outras pessoas), isso vale para o próprio corpo ou para coisas e pessoas no âmbito de competência (influência) do agente⁸⁵. Essa expectativa dos demais cidadãos é derivada do *neminem laedere*, que impõe deveres negativos, ou seja, deveres de não ingerência em esferas jurídicas alheias⁸⁶.

Conforme aponta Estellita, a responsabilidade penal no ambiente de empresas, por exemplo, seria um caso de responsabilidade por organização: à liberdade de instalação e operação de uma empresa (portanto, coisas e pessoas) corresponderia o dever negativo de mantê-la sob controle para que não interfira de forma danosa na esfera de terceiros e, superado esse limite, salvá-los em caso de perigo iminente⁸⁷.

A responsabilidade *institucional*, por seu turno, se dá em âmbitos vitais, com a estipulação de deveres positivos, e afeta pessoas com um *status* especial relacionado a instituições básicas para a existência da sociedade, como a dos pais (em relação aos filhos), dos cônjuges entre si e de alguns cargos públicos⁸⁸.

83 SCHÜNEMANN, Bernd *apud* ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.90.

84 JAKOBS, Günther *apud* ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.90.

85 JAKOBS, Günther *apud* ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.90.

86 Nesse aspecto entende Estellita que há uma proximidade com a fundamentação normativa no âmbito do domínio, trazido por Schünemann.

87 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.91

88 JAKOBS, Günther *apud* ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.90

Adverte Estellita⁸⁹ que essa fundamentação de Jakobs faz reduzir a relevância da distinção entre ação e omissão, mas isso não quer dizer que não haja diferenças ou particularidades quanto aos pressupostos de uma e outra forma de responsabilidade penal, e que a legitimidade da punibilidade da omissão não prescinde da forma fenomenológica da conduta ou da técnica legislativa empregada para a definição da conduta típica na lei penal.

A responsabilidade que decorre do uso da autonomia individual legitima tanto a proibição de ações perigosas como de omissões de manutenção do risco já criado dentro de patamares seguros, pois se trata sempre de ingerência em uma esfera jurídica alheia⁹⁰.

Silva Sánchez sustenta que somente deveres de organização poderiam fundamentar uma posição de garantidor estrutural e materialmente equivalente à ação, pois somente neste caso é que essa ingerência implicaria a assunção concreta da extensão do próprio âmbito de organização à esfera jurídica alheia que fundamenta um compromisso de contenção que, descumprido, legitima a aplicação da sanção penal prevista para a modalidade comissiva⁹¹. É esse compromisso adquirido e posteriormente descumprido que gera, para este autor, um domínio do risco típico idêntico, normativamente, ao risco criado pela conduta ativa e que, assim, legitima a igualdade da intensidade da resposta penal⁹².

Em balanço e tomada de posição, Estellita obtempera que há certa aproximação entre as posições de garantidor em virtude da responsabilidade por uma fonte de perigo (Schünemann) e a oriunda de competências organizativas (Jakobs), e entre as posições de garantidor em virtude de deveres de proteção de determinados bens jurídicos (Schünemann) e a oriunda da competência institucional (Jakobs)⁹³. Mas considera que, apesar dessa aproximação, a base puramente normativa do critério das competências, especialmente no que tange à responsabilidade institucional, padece não só de falta de clareza, como pode conduzir a uma incontrolada amplitude das posições de garantidores em uma sociedade

89 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.92.

90 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.92.

91 SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria *apud* ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.93.

92 SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria *apud* ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.93

93 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.94

cada vez mais altamente regulada⁹⁴. Ademais, o caráter acentuadamente normativo obscurece, quando não elimina, o necessário apoio empírico, passível de prova⁹⁵, que conecte o atuar humano ao resultado típico e que seja capaz de legitimar a igualdade de severidade da resposta penal dada à omissão do garantidor e à comissão.

3.2.2 Posição de garantidor dos dirigentes de empresas

O espectro de abrangência da posição de garante do empresário é amplíssimo, na medida em que se exige seu controle sobre várias fontes de perigo decorrentes da atividade empresarial tais como equipamentos, produtos, pessoas, etc. Tendo isso em mente e retornando à noção da complexidade da organização, descentralização, coordenação e delegação, próprias do ambiente empresarial, é importante observar que as empresas, especialmente as de médio a grande porte, estruturam suas atividades a partir da divisão de trabalho e de funções⁹⁶. A análise da responsabilidade por resultados danosos deve ter como ponto de partida justamente a verificação das posições de garantia dentro da estrutura organizacional da empresa e as relações de cada cargo/função com as condutas que deveriam ter sido levadas a efeito para evitar aqueles resultados.

Conforme leciona Estellita, a divisão de trabalho é um dos aspectos da organização da atividade econômica em empresas que acarreta maiores dificuldades para um direito penal cujo paradigma é o da autoria dolosa individual.⁹⁷ A divisão do trabalho nesse ambiente abrange uma ampla gama de atividades, que vão desde simples rotinas administrativas a tomadas de decisões sobre os rumos da empresa e sua atividade econômica, exercida em estruturas horizontais e verticais, com descentralização e delegação de funções, que impactam diretamente a análise das responsabilidades, mormente a de natureza penal.

Além disso, também é característica das grandes empresas a atribuição de certas decisões a órgãos colegiados, conselhos, comitês, etc., o que apresenta dificuldades para a imputação da responsabilidade no tocante ao es-

94 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.92

95 ROXIN, Claus *apud* ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.94

96 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 169.

97 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.43

tabelecimento do nexo de causalidade⁹⁸. Some-se a isso a necessidade de se lidar com grande fluxo de informações, que são produzidas por setores diversos e que precisam ser consolidadas para que esses órgãos colegiados e diretorias possam tomar decisões. Não por outra razão, um dos elementos dos contemporâneos programas de *compliance* é o estabelecimento de canais de comunicação (ou de denúncia), que visa compensar parcialmente os limites naturais do fluxo de informação dentro das empresas⁹⁹. Diante dessa realidade e frente à essência e finalidade do *compliance*, trazem-se agora considerações pontuais acerca das posições de garantidores no ambiente empresarial, mais uma vez valendo-se dos estudos realizados por Estellita. O ponto central do estudo realizado pela professora da FGV foi justamente enfrentar a problemática da punição dos dirigentes de empresas por crimes praticados por outros membros da mesma empresa, sendo tal estudo uma tentativa de oferecer respostas à indagação sobre a posição de garantidor dos dirigentes de empresa por crimes praticados por seus integrantes no exercício da atividade econômica.

Como a análise do elemento subjetivo pressupõe, primeiramente, o preenchimento dos elementos objetivos do tipo, apontamos as conclusões de Estellita como suporte para as afirmações posteriores quanto à caracterização do dolo do garante no ambiente empresarial no qual os programas de *compliance* se façam presentes. Sintetizam-se a seguir as conclusões da referida autora, dando maior destaque àquelas que dizem respeito às posições de garantidores relacionadas à delegação por apresentarem maior complexidade de aferição e interessarem diretamente à análise posterior quanto à individualização da responsabilidade, tendo em vista que a implementação de programas de integridade pode implicar a constituição de novas posições de garantidores por delegação.

Opta-se, mais uma vez, por recorrer ao referido trabalho, tendo em vista que a autora realizou profundo estudo sobre o tema, rendendo tributo ao melhor da doutrina nacional e estrangeira¹⁰⁰, de modo que qualquer pretensão de novidade seria trabalho hercúleo. Além disso, o presente subitem tem objetivo mais descritivo que argumentativo, servindo como um lastro necessário, um percurso construtivo para sustentar o raciocínio que se segue no subitem seguinte, que se dedica ao ponto central da pesquisa. Conclui Estellita¹⁰¹, em apertada síntese e focando-se nos aspectos mais relacionados à hipótese da pesquisa, que:

98 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.47

99 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.51

100 A referida obra conta com extensa bibliografia à qual remetemos o leitor, p.307-325.

101 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.167-171

1 - A análise da responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes por crimes praticados a partir da empresa contra bens jurídicos de terceiros ou da coletividade se coloca no âmbito da constituição de posições de garantia de vigilância oriundas da criação de uma fonte de perigo ou da assunção, total ou parcial, dessa vigilância.

2 - À fundamentação da posição de garantidor por controle sobre o subordinado e mesmo àquela que considera pessoas como fonte de perigo opõe-se o argumento da autorresponsabilidade¹⁰² como barreira ao reconhecimento da posição de garantidor dos dirigentes.

3 - Essas fricções podem ser superadas na medida em que se considere que o dever de atuar não se dirige ao subordinado, mas à evitação do resultado e, ainda, que a responsabilização do garantidor não é por fato alheio, do agente ativo, mas oriunda da quebra de seu próprio dever de agir para evitar o resultado.

4 - O fundamento da posição de garantidor por ingerência parece ser insuficiente para contemplar todas as constelações de casos penalmente relevantes diante do costumeiro distanciamento temporal e pessoal entre a criação do perigo e a realização do resultado nos crimes econômicos.

5 - O fundamento que melhor parece se ajustar à estrutura de gestão de pessoas e objetos nas empresas é o que considera como fonte de perigo permitida, criada no âmbito da liberdade de empreender, e que atrai para si, como contrapartida, o dever de controlar os riscos e agir para evitar resultados danosos.

6 - Os perigos podem ser intrínsecos às atividades desenvolvidas pela empresa ou resultar de atos de organização e gestão dos administradores, pois a própria coordenação de tarefas na empresa é, em si, um fator de risco.

7 - Serão garantidores originários na empresa aquelas pessoas que tenham uma relação juridicamente fundada de controle sobre a fonte de perigo empresa, confirmada pela assunção fática dessas tarefas¹⁰³. É a partir deles que se estruturam tanto a divisão horizontal (descentralização) como a divisão vertical de funções (delegação).

102 “Schünemann assenta a posição de garantidor dos dirigentes em três pilares: o poder de direção, o domínio sobre o conhecimento/informação e a executabilidade fática de suas instruções confirmada faticamente pela subordinação dos subalternos e responde ao contra-argumento da autorresponsabilidade do empregado – do qual decorre que ninguém está obrigado a impedir que terceiros autorresponsáveis pratiquem crimes – com a asserção de que, em estruturas coletivas organizadas, a autonomia do empregado é meramente aparente, sendo apenas uma fachada, já que nelas o comportamento não decorre de uma decisão pessoal, mas, sim, da observância a regras da associação, do que resulta que onde se verifiquem os três pilares por ele referidos, fica enfraquecida a barreira representada pelo princípio da autorresponsabilidade. Disso decorre a importância da diferenciação entre um ato praticado no interesse da associação e outro praticado em excesso: somente um ato praticado no interesse da associação exterioriza um domínio de associação e, pois, fundamenta uma posição de garantidor do superior”. ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.111-112

103 A mera designação nos documentos sociais ou no organograma na companhia será irrelevante se não corresponder ao seu exercício fático. ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 168

8 - Para atender às especificidades das diversas atividades e encargos próprios da atividade econômica, as empresas estruturaram sua administração em unidades, departamentos, diretorias, à frente dos quais colocam pessoas com algum grau de expertise na área a ser gerida. A essa divisão de funções que ocorre no mesmo nível hierárquico correspondem estruturas de responsabilidade horizontal. Dentro dessas unidades, departamentos ou diretorias, procede-se então a delegações de tarefas e atividades. Sendo impossível realizar todas as tarefas e incumbências necessárias ao exercício da atividade econômica-fim da empresa e das relativas também à gestão, procede-se então a delegações de tarefas e funções aos seus integrantes, às quais podem se seguir novas delegações. A delegação de atividades, tarefas e funções, que ocorre entre níveis hierárquicos distintos, correspondem estruturas de responsabilidade vertical.

9 - Nas estruturas verticais de delegação de funções e tarefas, o fundamento da constituição de garantidor é a assunção (art. 13, §2º, *b*, CP). Uma assunção só tem lugar quando o delegado entra de fato no exercício da atividade assumida. O correlato abandono, pelo garantidor originário, das atividades de controle sobre a fonte de perigo é que fundamenta a constituição da posição de garantidor no delegado. Essa transferência de funções e tarefas implica, de um lado, a constituição de um novo garantidor (o delegado/garantidor secundário ou derivado), de outro, a exoneração parcial do delegante (garantidor originário).

10 - A delegação pode ter, essencialmente, dois conteúdos diversos: a delegação das atividades propriamente econômicas (sua atividade-fim) e a delegação da atividade ou função de vigilância.

11 - Nos dois casos, tratando-se de manifestação do exercício da liberdade de organização com pretensão duradoura, há dever de manter a fonte de perigo dentro dos limites juridicamente permitidos. Se o delegante não tem mais por atribuição desempenhar as atividades delegadas, tem, contudo, deveres de seleção, instrução, organização, supervisão e intervenção no específico âmbito de delegação.

12 - O princípio da confiança tem aplicação no âmbito das estruturas verticais, de delegação. A regra fundamental é a de que os envolvidos podem confiar na atuação correta dos demais, porém devem intervir diante de sinais que tornem injustificada a confiança.¹⁰⁴O delegante só pode confiar no desempenho adequado das tarefas atribuídas ao delegado quando cumprir seus deveres de escolha adequada do delegado, quando o instruir corretamente e lhe der condições materiais para o desempenho das tarefas abrangidas pelo âmbito de competência delegado, mantendo, porém, sempre alguma forma de supervisão sobre seu desempenho.

13 - Na delegação de tarefas de vigilância, há gradação na intensidade dos deveres do garantidor. Os delegantes mais próximos da execução da tarefa têm deveres de supervisão ativa, sendo exigível a realização de tarefas ativas de supervisão de modo ordinário e periódico. Delegantes mais distantes têm apenas deveres de supervisão reativa, exigindo-se uma reação diante de indícios de que está em andamento uma situação de perigo.

104 ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 170

3.2.3 A posição de garantidor do Compliance Officer

No que concerne especificamente à posição de garante do *compliance officer*, vale, desde logo, apontar que a mera existência do *compliance* não implica automática transferência da posição de garantidor, e a extensão de seus deveres – e, portanto, de suas responsabilidades –, dependerá da conformação da função de *compliance* no caso concreto. A conformação do setor de cumprimento de uma empresa pode apresentar extensão e características diversas. Ao *compliance officer* pode-se delegar, por exemplo, tão somente os deveres de mapeamento dos riscos, levantamento e acompanhamento de informações sobre as atividades potencialmente arriscadas de cada setor da empresa ou ainda lhe conferir poderes executivos, para que, além da detecção, possa realizar a correção necessária. A empresa pode ter um setor próprio de *compliance* ou pode contratar uma consultoria externa. Seguem-se assim centenas de possibilidade de conformações, cujos reflexos em termos de responsabilidade penal não comportam uma única resposta.

Em vista de tal realidade, não se pode fazer uma afirmação apriorística quanto à existência ou não da posição de garantidor na pessoa do encarregado de vigilância, ou mesmo avançar sobre o tema de seus deveres, sem ter em conta a forma concretamente adotada para conformar o desempenho da função de vigilância na empresa¹⁰⁵. Diante disso, quando presentes os programas de *compliance*, os efeitos da delegação, tanto para o delegante quanto para o delegado, nas situações que se caracterizam como omissão imprópria, também se mostram como ponto a ser analisado na aferição da tipicidade subjetiva.

E conforme adverte Silveira¹⁰⁶, mesmo tendo em conta a possibilidade de delegação de responsabilidades (também penais) em sede empresarial, é de se observar que isso não importa em pura e simples cessão completa de responsabilidades. Há de se buscar um referencial dogmático, que explique quando se justifica uma imputação e quando se justifica um afastamento de responsabilidade. Além disso, os atos formais de constituição do *compliance officer* – o contrato, por exemplo – não implicam automática assunção de responsabilidade, que somente se verifica com a manifestação daquelas atribuições no plano fático. Assim, se é possível afirmar que há constituição de nova posição de garantia na pessoa do *compliance officer* – que se torna garantidor por delegação, também denominado de garantidor secundário –, também se pode afirmar que o

105 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.214.

106 SILVEIRA, Renato M. J. *Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime*. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2018. p.155-156.

compliance officer não se torna necessariamente responsável por evitar todo e qualquer ilícito que possa se operar em uma empresa, nem se encontra imune de responsabilização o garante originário.

A extensão da delegação, portanto, e o que efetivamente assumido no plano fático, dará o norte das responsabilidades, inclusive penais, do *compliance officer*, remanescendo ao garantidor originário os deveres de adequada seleção do delegado; de lhe municiar com formação e informações necessárias ao desempenho da função, conferindo-lhe ainda os instrumentos econômicos e materiais necessários, bem como mantendo vigilância sobre as funções delegadas. Logo, conclui-se que, embora não se possa ter uma resposta genérica, aplicável a todos os casos, quanto à extensão da responsabilidade da posição de garantidor do *compliance officer*, pode-se, porém, afirmar que em todos os casos a análise deve partir, necessariamente, da verificação dos concretos feixes de atribuições delegadas e sua conformação no plano fático, sem descurar ainda do que remanesce ao delegante.

3.3 Demais pressupostos objetivos da omissão imprópria

3.3.1 Situação típica, resultado, possibilidade de agir

Parte da doutrina nacional¹⁰⁷, a partir da interpretação teleológica do art. 13, § 2º, do Código Penal, aponta como pressupostos para a configuração do tipo objetivo nos crimes omissivos impróprios: a) a situação de perigo para o bem jurídico; b) a omissão da ação devida; c) o resultado típico; d) a posição de garantidor; e) a possibilidade de agir para a evitação do resultado. Há ainda outra corrente que defende serem necessárias para sua configuração, além desses elementos, a relação de causalidade e a imputação objetiva do resultado¹⁰⁸. Assim, constatado o resultado típico, a determinação da posição de garantidor é apenas o primeiro passo para a afirmação da responsabilidade, havendo que se perquirir sobre o preenchimento dos demais pressupostos objetivos para, então, avançar-se na análise da tipicidade subjetiva e dos demais elementos que compõem o conceito tripartite de crime.

O art. 13 do Código Penal inicia sua redação com a menção a *resultado*. Assim, há que se perquirir de que resultado se trata, havendo predominantemente duas correntes que respondem de forma diversa a esse

107 Victor Costa, na obra já referenciada, cita como exemplo desse posicionamento: MUNHOZ NETO, Alcides. Os crimes omissivos no Brasil. Curitiba: UFPR, 1983, p. 23. Vide ainda: ROCHA, Ronan. A relação de causalidade no direito penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 183.

108 Nesse sentido os autores Victor Costa e Heloísa Estellita, nas obras já citadas.

questionamento: uma no sentido de que o resultado se refere à efetiva alteração do mundo material, ou seja, a resultado naturalístico; outra que compreende o resultado como acontecer típico. Para essa primeira corrente, não seria possível, portanto, a violação de tipos penais de mera conduta por meio da omissão imprópria, solução que difere se adotada a segunda corrente. Para Estellita, o legislador empregou a expressão *resultado* com significado semântico diverso, ora designando um evento naturalístico espaço-temporalmente separado da conduta, ora como acontecimento típico. Para a referida autora, parece sustentável que o termo *resultado* utilizado no §2º do art. 13 seja interpretado como ofensa (lesão ou perigo de lesão) ao bem jurídico, e sendo os tipos penais molduras descritoras de condutas perigosas para bens jurídicos, o *resultado* nada mais seria que um *acontecimento típico*¹⁰⁹.

Assim, pode-se sustentar que o dever de agir para impedir o *resultado* possa ser traduzido no dever de evitar que alguém, na iminência de praticar uma conduta típica, afete o bem jurídico, não havendo, portanto, impedimento ao reconhecimento da prática de crimes de mera atividade por meio da omissão imprópria. Como exemplo, pode ser pensado o caso em que o sócio administrador – garante, portanto – intencionalmente deixa de impedir que um funcionário ofereça vantagem a um servidor público (art. 333, CP) para que a empresa seja favorecida em uma licitação.

Esse *dever de agir* imposto ao garante surge quando se constata o risco de lesão a um bem jurídico penalmente tutelado, impondo-lhe a obrigação de realizar uma conduta determinada em benefício de um bem concretamente ameaçado; não se trata, portanto, de um dever abstrato. Logo, é a situação de perigo para o bem jurídico que faz surgir o *dever de agir*, que, por outro lado, também está atrelado à possibilidade jurídica de agir e à capacidade físico real de poder fazê-lo. Nesse ponto, é pertinente a reflexão sobre os impactos do *compliance*.

Nas empresas de médio e grande porte, na maioria das vezes, os eventos e condutas que levam a resultados danosos não ocorrem na presença daqueles que estão na posição de garante, os quais, por sua vez, dependem de um adequado fluxo de informações nesse ambiente para a tomada de decisões e a realização de ações de forma temporalmente suficiente ao impedimento desses resultados.

O garante tem, por outro lado, o dever de buscar essas informações, não podendo simplesmente alegar que os fatos não chegaram ao seu conhecimento ou mesmo criar barreiras a essa chegada.

109 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.238.

Quando da implementação de um setor de *compliance*, há delegação dos deveres de vigilância, com possibilidade de criação de nova posição de garantia no agente delegado, subsistindo ao garantidor originário aqueles deveres já anteriormente pontuados. Mas, adequadamente implantado e não se tratando de *compliance* de fachada, deve ser verificado se, no caso concreto, a situação de perigo que aciona o dever de agir, de fato, chegou ao conhecimento do garantidor com poderes executivos/diretivos para impedi-lo, ou mesmo se tais poderes foram delegados ao *compliance officer*, pois, conforme também já destacado nos itens anteriores, várias podem ser as configurações dos feixes concretos de atuação delegados a tais profissionais.

Por fim, esse dever concreto de agir também é determinado pelo tipo concretamente violado, de modo a se poder analisar qual(is) era(m) a(s) conduta(s) que se poderia exigir do garante e que foi omitida. Podem-se extrair os seguintes exemplos da doutrina: se se trata de estelionato, o garantidor deve agir para evitar o dano patrimonial (art. 171, CPB); se se trata de crime ambiental de poluição, deve agir para evitar a mortandade de animais ou a destruição da flora (art. 54, Lei 9.605/98); se de corrupção ativa, para que não seja feita a oferta ou a promessa de vantagem indevida a funcionário público (art. 333, CPB), etc.¹¹⁰

3.3.2 Causalidade e imputação objetiva

Conforme anteriormente apontado, parte da doutrina defende que a causalidade e a imputação objetiva também integram o tipo objetivo da omissão imprópria. Discute-se ainda se há uma verdadeira causalidade na omissão (naturalística), ou se esta seria tão somente normativa. O tema tem suscitado debates e existem monografias específicas¹¹¹, de modo que aqui será preterido maior esforço argumentativo para somente apresentar as principais teorias existentes, visto que a opção por um ou outro caminho impacta a subsequente análise subjetiva, especialmente na admissão do dolo eventual¹¹². Segundo Luis Greco¹¹³, acerca da causalidade entre omissão e resultado, há duas correntes principais e antagônicas. A primeira, denominada de *teoria da inevitabilidade*, sustenta que o resultado

110 Exemplos extraídos da obra de Heloisa Estellita, já referenciada, p.252.

111 Cf. ROCHA, Ronan. *A relação de causalidade no direito penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016; GRECO, Luis. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

112 Conferir item 3.4.1 do capítulo 3

113 GRECO, Luis. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

somente pode ser imputado ao omitente se a prática da conduta devida tivesse impedido o resultado com uma probabilidade próxima da certeza. Em sentido contrário, a chamada *teoria da diminuição do risco* contenta-se com a criação de uma chance de salvamento. Ainda conforme Greco¹¹⁴:

A opinião majoritária, que *rejeita autêntica causalidade nas omissões*, reporta-se, sobretudo, ao brocardo latino *ex nihilo nihil fit*: uma omissão, como um nada, também nada faz surgir [...]. A corrente contrária responde que essa concepção, se baseia em uma misteriosa compreensão da causalidade como força eficiente, compreensão que desconhece que a causalidade é simplesmente uma relação condicional lógica. Omissões, assim como comissões, poderiam constituir uma condição, a saber, uma condição negativa, de modo que nada impediria fosse elas consideradas causa.

Tal discussão se limita aos crimes omissivos impróprios, porquanto estes são delitos de resultado, ao passo que os crimes omissivos próprios são crimes de mera conduta, cuja tipicidade objetiva se perfaz com a omissão da ação devida, prescindindo do resultado naturalístico.

O Direito brasileiro adotou, conforme se depreende do *caput* do art. 13 do CP, a Teoria da Equivalência das Condições. Todo evento que concorre para o resultado é considerado causa dele. Não há sentido, pois, em se diferenciar causa do resultado e condição do resultado, porque todas elas são consideradas igualmente necessárias para a ocorrência do multirreferido resultado¹¹⁵. Ademais, no *caput* do mencionado artigo, o legislador optou por igualar, normativamente, ação e omissão, dizendo que se considera causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Segundo parte da doutrina¹¹⁶, a teoria da *conditio sine qua non* nos crimes omissivos impróprios seria aplicada com um raciocínio hipotético em sentido inverso do realizado nos crimes omissivos. Assim, se acrescentaria hipoteticamente a conduta omitida e se verificaria se o resultado teria sido eliminado. Se o resultado persistir, não se reconheceria a relação de causalidade e, portanto, a possibilidade de responsabilidade do omitente. Nessa linha de raciocínio, a relação entre resultado típico e omissão imprópria seria denominada de nexo de evitação.

Nessa ordem de ideias, tal raciocínio se compatibiliza, portanto, com a *teoria da inevitabilidade*. Como outra vertente, a *teoria da diminuição do risco não exige probabilidade próxima da certeza, mas apenas que a*

114 GRECO, Luis. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p.18.

115 BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2015b. v.1. p.44.

116 Ronan Rocha, na obra já referenciada, aponta os seguintes autores como alguns dos defensores desse posicionamento: ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; p.176; ROXIN, Claus; RUDOLPHI, Hans-Joachim; FRISTER, Johannes, dentre outros.

omissão da ação devida tenha diminuído ou eliminado as chances de salvamento do bem juridicamente protegido.

Greco defende essa vertente, aduzindo que a teoria da diminuição do risco é razoável do ponto de vista político-criminal, pois ela evita cartas brancas para a falta de cuidado em âmbitos perigosos; é fundada de uma perspectiva dogmática, porque pode ser reconduzida às considerações que sustentam a própria ideia de desvalor do resultado; e, frente a ela, não há nenhuma objeção decisiva¹¹⁷. Ainda segundo o professor da Universidade Humboldt, dois principais argumentos podem ser opostos à *teoria da evitabilidade*: o primeiro é que, na prática, raramente se poderia afirmar com 100% de certeza (ou muito próximo disso) que a realização da conduta omitida teria evitado o resultado; isso praticamente inviabilizaria a imputação do resultado à omissão. Além disso, tal fórmula negaria proteção ao bem jurídico justamente quando ela é mais necessária.

A teoria da imputação objetiva, por sua vez, desenvolvida na atualidade principalmente por Claus Roxin, tem como suporte a criação ou o incremento de risco proibido relevante em relação a um bem juridicamente protegido. Segundo o professor alemão, “pode-se, portanto, dizer, resumidamente, que a imputação ao tipo objetivo pressupõe a realização de um perigo (criado pelo autor) não amparado por um risco permitido e compreendido pelo alcance ao tipo penal”¹¹⁸. Tem-se, portanto, três planos de exigências: criação de um risco não permitido, realização do risco não permitido e alcance do tipo. A teoria foi criada a partir da ideia de uma limitação normativa ao nexo de causalidade, evitando-se o regresso *ad infinitum* que muitos atribuem à teoria da *conditio sine qua non*. Não obstante, a maioria dos exemplos¹¹⁹ que são trazidos pela doutrina como situações problemáticas se adotada a teoria da equivalência dos antecedentes causais pode ser resolvida no plano subjetivo, ou seja, pelo alcance da vontade e finalidade da conduta do agente.

Além disso, deve-se ter em conta a realidade legislativa em que a teoria foi desenvolvida, uma vez que o artigo do Código Penal Alemão¹²⁰ *não possui disposições semelhantes àquelas previstas nos parágrafos 1º e*

117 GRECO, Luis. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p.40

118 ROXIN, Claus *apud* ROCHA, Ronan. *A relação de causalidade no direito penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. p.51.

119 Vide, a título de exemplo, as críticas e exemplos trazidos por Santiago Mir Puig. MIR PUIG, Santiago. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais: 2004. p.186-197.

120 O §13 do Código Penal Alemão dispõe: “Quem omite impedir a consumação de um tipo penal, será apenado segundo este Código, sempre que juridicamente tenha que responder porque não se produza a consumação e quanto o omitir corresponda à realização de um tipo penal através de um fazer”. Tradução extraída de BIERRENBACH, Sheila. *Crimes omissivos impróprios*. Uma análise à luz do Código Penal Brasileiro. Belo Horizonte: Ed. Delrey, 2002. p.56

2º do art. 13 do Código Penal Brasileiro, que tratam, respectivamente, da limitação do nexos de causalidade diante da existência de concausas relativamente independentes e das posições de garantidores.

Diante disso, o raciocínio que se desenvolve no item seguinte, acerca dos reflexos do *compliance*, parte da consideração do perfazimento do tipo objetivo com a existência da situação de perigo para o bem jurídico, a omissão da ação devida, o resultado típico, a posição de garantidor e a possibilidade de agir para a evitação do resultado. Quanto à causalidade, contenta-se com a diminuição do risco para, no passo seguinte, ou seja, o tipo subjetivo, analisar como os programas de conformidade podem influir na formação do conhecimento e da vontade como elementos necessários à conformação do dolo.

4. Compliance e tipicidade subjetiva

Depois de sistematizarmos nos itens anteriores um pouco do que existe na doutrina sobre os pressupostos objetivos da omissão própria, bem como as definições e finalidades do *compliance*, debruçamo-nos agora sobre o objetivo principal do presente estudo: analisar os reflexos das práticas de *compliance* na caracterização do elemento subjetivo na omissão imprópria do garantidor. Assim, repisamos a hipótese apresentada na introdução: na medida em que as práticas de *compliance* desenvolvidas no âmbito das instituições – públicas ou privadas – têm por finalidade fazer cumprir as normas legais e diretrizes políticas estabelecidas para as respectivas atividades, identificando e corrigindo os desvios, prevenindo riscos e os mantendo dentro dos limites permitidos, não há como se atribuir dolo omissivo ao garante quando, a despeito da adoção das medidas devidas e possíveis, há afetação do bem jurídico.

Em um Estado Democrático de Direito – aqui entendido como um Estado submetido ao império das leis e da Constituição, onde o Direito Penal é empregado não apenas para a proteção de bens jurídicos, mas como limitador do poder estatal sobre a liberdade dos cidadãos –, é imprescindível o conceito de tipicidade como instrumento de garantia e pressuposto do cumprimento do princípio da legalidade. Nesse sentido, são as palavras de Cláudio Brandão¹²¹:

A tipicidade é cumprimento do próprio princípio da legalidade porque ela tem a função de garantia. Somente será possível imputar uma pena como consequência jurídica de uma conduta criminosa caso a mesma esteja prevista em lei; dessarte a necessidade de adequação da conduta à lei *garante a não incriminação de todas as outras condutas que não sejam tipificadas*.

121 BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal*: parte geral. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010. p.164.

Desde o paradigma Finalista, o elemento subjetivo (dolo e culpa) integra a tipicidade, que passou a ter dois aspectos¹²²: o objetivo e o subjetivo. Os requisitos da tipicidade objetiva na omissão própria já foram abordados no item anterior. Analisaremos agora a tipicidade subjetiva, e, apesar de o estudo do dolo já ter sido revisitado inúmeras vezes pela doutrina nacional e estrangeira, acredita-se que ainda há espaço para uma abordagem no presente trabalho, tendo em vista que a modificação dos dados da realidade pode comprometer ou apresentar nuances diversas para sua aferição, como é o caso do *compliance*.

4.1 Elemento subjetivo no Finalismo

Sendo a ação humana a pedra angular da Teoria do Crime¹²³, Hans Wezel acabou por realinhar toda a teoria do delito ao modificar a compreensão da conduta humana. No desenvolvimento de sua teoria, o professor da Universidade de Bonn manteve a estrutura tripartite do delito (tipicidade, anti-juridicidade e culpabilidade), mas reordenou seus elementos, alargando o conteúdo da tipicidade, nela incluindo o dolo e a culpa, antes componentes da culpabilidade. Acerca da conduta humana, discorre Wezel¹²⁴:

A ação humana é exercício de uma atividade final. A ação é, portanto, um acontecimento *final* e não puramente *causal*. A *finalidade*, o caráter final da ação, baseia-se no fato de que o homem, graças a seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as possíveis consequências de sua conduta, designar-lhe fins diversos e dirigir sua atividade, conforme um plano, à consecução desses fins. Graças ao seu saber causal prévio, pode dirigir seus diversos atos de modo que oriente o suceder causal externo a um fim e o domine finalisticamente. A atividade final é uma atividade dirigida conscientemente em razão de um fim, mas é a resultante causal da constelação de causas existente em cada momento. A finalidade é, por isso – dito de forma gráfica – “vidente”, e a causalidade, “cega”.

Segundo aponta Wezel, o ponto de partida equivocado da doutrina da ação causal tem consequências de grande transcendência na teoria do delito. Segundo o jurista alemão, nos delitos dolosos, a teoria causalis-

122 Wezel sustentava que o tipo objetivo não é objetivo no sentido de alheio ao subjetivo, mas no sentido de *objetivado*, compreendo aquilo do tipo que tem que ser encontrado objetivado no mundo exterior. WEZEL, Hans *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, parte geral. v.01. 25ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2019. p.372.

123 BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal*: parte geral. 2ªed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010, p.135.

124 WEZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*. Uma introdução à doutrina da ação finalista. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p.27, grifos no original.

ta¹²⁵ desconhece que o dolo é uma espécie de vontade final de realização, a saber, a vontade final de realização “das circunstâncias de fato de um tipo legal”; que o dolo, por conseguinte, como *elemento da ação*, é já parte integrante da *ação* típica e que esta se compõe, portanto, de elementos objetivos (externos) e subjetivos (anímicos)¹²⁶.

Como o Direito Penal não cria o conceito de conduta humana, mas o retira do mundo fenomênico dos fatos¹²⁷, e como o agir humano é regido por sua vontade, os estudos de Wezel – ao alargar o conteúdo da tipicidade, nela introduzindo o elemento subjetivo –, contribuíram fortemente para a consolidação da tipicidade como instrumento de limitação¹²⁸ do atuar punitivo do Estado. A vontade dirigida a um fim, em sentido técnico-jurídico, é a própria forma normal de dolo. Desse modo, a ação que realiza um tipo legal de crime precisa conformar-se tanto objetiva como subjetivamente com a tipicidade finalista que o Direito Penal absorveu a partir das teorizações de Wezel¹²⁹. Nessa perspectiva, adotando nosso Código Penal a Teoria Finalista¹³⁰, e não sendo possível dissociar o elemento subjetivo da tipicidade, somente com o preenchimento pela conduta (comissiva ou omissiva) de ambos os seus aspectos (objetivo e subjetivo) é que se permite avançar no método¹³¹ penal para analisar a coexistência

125 Para a teoria causalista, a ação é o movimento corpóreo voluntário que causa modificação no mundo exterior. A teoria causalista limita a função da ação à atribuição de uma modificação no mundo exterior decorrente de uma volição. [...] A falha da teoria causalista da ação é que ela esvazia o conteúdo da vontade. A intenção dos causalistas é imputar todos os juízos objetivos à ação típica e antijurídica e todos os juízos subjetivos à culpabilidade. BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal*: parte geral. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010. p.137-138.

126 WEZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*. Uma introdução à doutrina da ação finalista. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p.36, grifos no original.

127 BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal*: parte geral. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2010. p.135.

128 Conforme Brandão, através da teoria finalista, Welzel objetivava romper com o direito penal nazista. Para isso, não era suficiente retornar ao estágio dogmático anterior ao nazismo, mas era preciso modificar a própria dogmática. Dizia Wezel que “se desejamos, porém, superar a corrupção do direito operada pelo totalitarismo, não podemos simplesmente retornar ao estado existente antes de sua aparição, mas devemos examinar a doutrina precedente, que em parte nós mesmos tínhamos defendido, ou na qual, crescemos, recercando os seus limites”. WEZEL, Hans *apud* BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal*: parte geral. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2010. p.138.

129 COLEN, Guilherme Coelho. *O dolo no contexto estrutural da tipicidade*. 2014. Tese (doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco, 2014. f.59.

130 Isso pode ser constatado, por exemplo, com a redação do artigo 20, a partir da reforma da parte geral do CP, realizada pela Lei 7.209/84: *O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei*. O dolo, na lei brasileira, portanto, encontra-se no tipo.

131 A teoria do crime, ao estabelecer critérios de identificação do que é delito e, por conseguinte, para a imputação de sua consequência, a pena, representada um *método*, pois funciona como o “caminho” para se chegar ao seu conceito”. BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal*: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2015. p.188. Assim, percorrendo o método penal, o primeiro elemento a ser analisado para se caracterizar uma conduta como crime é a tipicidade e (e somente se) tal juízo de adequação for realizado, é que se realizam os juízos posteriores. Logo, o preenchimento de cada elemento é condição e pressuposto para a análise dos demais.

dos demais componentes do crime (antijuridicidade e culpabilidade) e, portanto, se afirmar a possibilidade de aplicação de pena.

4.2 As teorias do dolo

Um estudo aprofundado sobre as teorias do dolo abarcaria a abordagem das teorias volitivas e cognitivas do dolo, o que não é propriamente o objetivo do presente trabalho¹³². Em apertadíssima síntese, para as teorias volitivas, o dolo é composto pela representação e pela vontade. Para as teorias cognitivas, seria suficiente a representação, sem vontade psicológica, bastando uma atribuição normativa da vontade. Em que pese a existência dessa discussão sobre o elemento volitivo ser ou não necessário a configuração do dolo, em nosso país não se trata de mera exigência doutrinária ou jurisprudencial, mas decorre de expressa previsão legal nos arts. 18, inciso I, e 20, *caput*, do Código Penal. O legislador brasileiro optou pela definição do dolo, prevendo que o crime será doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo (art.18, I, CP).

O dolo é definido pela maior parte da doutrina brasileira como consciência e vontade de realização dos elementos objetivos do tipo. Existem, portanto, dois elementos no dolo, o primeiro elemento é de ordem intelectual: a consciência; o segundo elemento é de ordem volitiva: a vontade¹³³. A consciência é o conhecimento, é a possibilidade de representação do que é querido, sendo, portanto, a moldura da vontade. A primeira modalidade de dolo (querer o resultado) é chamada de dolo direto. Adotou-se aqui a teoria da vontade, porque identifica o dolo com a intenção¹³⁴. A segunda modalidade de dolo (assumir o risco de produzir o resultado) é chamada de dolo eventual. Com relação a essa modalidade de dolo, adotou-se a teoria do consentimento, que afirma haver o dolo sempre que o agente representar mentalmente o resultado e consentir com a sua ocorrência, assumindo o risco de produzi-lo¹³⁵. O querer é a estrutura que dirige finalisticamente a conduta e representa a forma normal de dolo. A definição legal do instituto, portanto, traduz no plano positivo a concepção da teoria finalista¹³⁶.

132 Remetemos aqui o leitor as obras de COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. São Paulo: Ed. Atlas, 2015; VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2017.

133 BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2010. p.172.

134 BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1, p.69

135 BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1, p.70

136 BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1, p.66

4.3 Espécies de dolo

A conceituação de dolo trazida pelo mencionado art. 18 do CP englobou as duas espécies de dolo, ou seja, o dolo direto e o indireto, também chamado de eventual. No dolo *direto*, o agente *quer* o resultado representado como fim de sua ação. O objeto do dolo direto é o *fim proposto*, os *meios escolhidos* e os *efeitos colaterais* representados como necessários à realização do fim pretendido¹³⁷.

O dolo direto pode ser classificado como dolo de primeiro grau ou dolo de segundo grau. O dolo direto de primeiro grau diz respeito ao fim pretendido pelo agente como resultado de sua conduta. O dolo direto de segundo grau diz respeito aos danos colaterais necessários à obtenção do fim pretendido pelo agente, efeitos esses previstos e aceitos pelo agente, embora não necessariamente queridos. No dolo eventual, o agente prevê o resultado como *provável* ou, ao menos, como *possível*, mas, apesar de prevê-lo, age aceitando o risco de produzi-lo por considerar mais importante sua ação que o resultado¹³⁸.

Para Wezel, o dolo eventual se situa na linha intermediária entre a possibilidade e a probabilidade absoluta, logo, o sujeito não confia no poder de evitação do resultado, ao contrário, ao adotar uma desídia em face de sua realização, assume o risco de produzi-lo¹³⁹. Qualquer modalidade de dolo implica a criação de risco desaprovado ao bem jurídico. No dolo direto, essa criação é consciente e voltada à obtenção do fim pretendido. No dolo eventual, o risco também é consciente, embora o agente não queira o resultado, mas se porta de forma indiferente a ele, prosseguindo na conduta desejada. Embora o legislador tenha optado pela definição do dolo, trazendo-o expressamente no Código Penal, como alhures mencionado, não define, contudo, em relação ao dolo eventual, no que consiste a *assunção do risco*, dependendo tal conceito de valoração do intérprete.

Eduardo Viana, depois de analisar diversas decisões dos tribunais superiores brasileiros, afirma que em tais decisões não há clara precisão do que se entende por *assunção de risco*¹⁴⁰. Segundo o autor:

137 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, parte geral. V.01. 25ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2019. p.372, grifos no original

138 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, parte geral. V.01. 25ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2019. p.374, grifos no original

139 WEZEL, Hans *apud* COLEN, Guilherme Coelho. *O dolo no contexto estrutural da tipicidade*. 2014. Tese (doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco, 2014. f.117.

140 VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2017. p.355.

Ressalvadas algumas tímidas tentativas de concretização de assunção de risco como sinal de indiferença em relação ao bem jurídico, é bastante comum encontrar somente a referência de que a configuração do dolo consiste na vontade livre e consciente de expor a perigo com o conhecimento de que sua conduta poderá acarretar o resultado. Em uma sentença¹⁴¹: “O dolo, embora eventual, é sempre dolo, ou seja, há o fato volitivo”. Mas é de se perguntar, o que significa exatamente essa assunção do risco? Se assumir o risco é correr o risco de uma possível lesão ao bem jurídico, a questão se torna problemática quando o caso a ser valorado envolver pessoas que estão acostumadas a situações de risco¹⁴².

Prosseguindo nas pertinentes críticas, Viana ainda adverte que, além da ausência de concretização do substitutivo do querer, no caso, a *assunção do risco*, os tribunais também não apontam indicadores para a intensidade do perigo criado e, depois de trazer exemplos que contextualizaram tal problemática, conclui que:

A rigor, se se quiser insistir no dolo como vontade, a jurisprudência precisa(ria) tomar posição sobre dois pontos distintos: *primeiro*, explicar o que se entende por assunção do risco; *depois*, identificar que nível de intensidade do risco precisa ser reconhecido pelo agente para que se possa falar em dolo. Enquanto isso não é feito, e para seguir rigorosa e cientificamente a jurisprudência dos tribunais temos que admitir que a representação de qualquer risco já implique imputação a título de dolo eventual, ou, no mínimo, uma tentativa. Resultado: a pretexto de limitação do âmbito do dolo recorrendo-se à vontade, os tribunais terminam por expandi-la. Bem se vê que há muito o que concretizar. Por enquanto, a fórmula do dolo como assunção do risco, tal como aplicada pelos tribunais, expressa um rigoroso deserto conceitual¹⁴³.

Essa falta de definição de critérios seguros pela jurisprudência brasileira também é denunciada por Colen¹⁴⁴, para quem a práxis jurídica revela indesejável insegurança e elasticidade na identificação do dolo eventual. Para a hipótese trabalhada no presente estudo, tal aspecto, ou seja, a compreensão dos limites da assunção do risco, se mostra relevante, na medida em que o *compliance* tem justamente a finalidade de mapear os riscos nas atividades empresariais, mantendo-os dentro dos limites legalmente permitidos.

141 STF: HC 114223 – SP, rel. Min. Teori Zavaski, p.3, nota do autor

142 VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2017. p.355, grifos no original

143 VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2017. p.357, grifos no original

144 COLEN, Guilherme Coelho. *O dolo no contexto estrutural da tipicidade*. 2014. Tese (doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco, 2014. f.130.

Nesse ponto – e até em termos semânticos – risco é a probabilidade do perigo. Assim, compreendemos que a assunção do risco para a produção do resultado, presente na definição legal de dolo eventual, seria a potencialização do perigo para o bem jurídico penalmente tutelado na essência do tipo penal¹⁴⁵. Além dessa dificuldade de compreensão e delimitação do conteúdo da assunção e da intensidade do risco no dolo eventual, há também grande zona de tensão na diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente.

Segundo Juarez Tavares, a distinção entre *dolo eventual* e *culpa consciente* continua sendo um dos pontos mais controvertidos e nefrálgicos da teoria do delito¹⁴⁶. Para o referido autor, para se estabelecer essa distinção, deve-se partir de dois pressupostos: o primeiro, de que o dolo eventual é, legalmente, equiparado ao dolo direto em relação aos seus efeitos, o que quer dizer que no dolo eventual deve haver um grau de intensidade no tocante ao processo de produção do resultado que tenha carga equivalente à do dolo direto¹⁴⁷. Tavares ainda explica que isso leva à conclusão de que o dolo eventual deve ter uma base normativa que justifique sua inclusão no âmbito volitivo do sujeito, e que essa equivalência faz cair por terra qualquer teoria que pretenda equacioná-lo exclusivamente nos amplos limites de seu elemento intelectualivo.

O segundo pressuposto é de que no dolo eventual o agente deve ter *refletido* e estar *consciente* acerca da *possibilidade* da realização do tipo¹⁴⁸ e, segundo o seu plano para o fato, se tenha colocado de acordo com o fato de que, com sua ação, produzirá uma lesão ao bem jurídico¹⁴⁹. Ainda prosseguindo nos ensinamentos de Tavares, na culpa consciente, o agente também está ciente da possibilidade de realização do tipo, mas como não se colocou de acordo com a produção do resultado lesivo, espera poder evitá-lo ou confia na sua não ocorrência. A distinção, assim, deve processar-se no plano volitivo e não apenas no plano intelectualivo do agente¹⁵⁰.

Na culpa consciente, o agente acredita de modo sincero que conseguirá evitar o resultado previsto, mas não o aceita como possível, adotando as medidas que entende como adequadas. No dolo eventual, o agente

145 Cf. COLEN, Guilherme Coelho. *O dolo no contexto estrutural da tipicidade*. 2014. Tese (doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco, 2014.

146 TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3ªed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2003. p.346.

147 TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3ªed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2003. p.346.

148 Tavares explica que essa é uma nota comum a todas as teorias que pretendem estabelecer critérios de diferenciação entre o dolo eventual e a culpa consciente. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3ª ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2003. p.346, grifos no original.

149 ROXIN, Claus *apud* TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3ª ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2003. p.346.

150 TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3ª ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2003. p.347.

até pode torcer para que o resultado não ocorra, mas não age de modo especial e, sendo seu objetivo a ação em si, tolera que resultados danosos possam advir. Tal diferenciação, nem sempre simples, repita-se, é de extrema relevância na práxis, tendo em vista a diferença de intensidade da resposta punitiva estatal diante de ações dolosas e culposas, além do fato de que apenas uma pequena parcela dos crimes da parte especial do Código Penal e da legislação esparsa tem natureza culposa. Nessas situações limite, o *compliance* poderá ser decisivo para determinar a fronteira da imputação subjetiva.

4.4 O dolo na omissão imprópria

Como já mencionado no item anterior, a conformação da conduta humana ao que se denomina de omissão imprópria possui características peculiares, uma vez que, enquanto nos crimes comissivos e omissivos próprios a verificação da tipicidade se dá com a subsunção da conduta a um dispositivo da parte especial¹⁵¹, a omissão imprópria demanda a conjugação de um tipo comissivo, com as disposições do art. 13 do CP. Tal diferença de estrutura do tipo objetivo acaba por refletir na análise do tipo subjetivo, visto que o conhecimento do agente também deverá abranger a posição de garantia e a conduta necessária à evitação do resultado típico.

Segundo o próprio Wezel¹⁵²:

[...] à omissão não é própria nem a causalidade nem a finalidade (atual), por isso falta uma vontade de realização orientada a um omitir, e com isto falta também um dolo de fato, no sentido dos delitos de comissão. O que se costuma denominar omissão querida é, na realidade, um omitir consciente, uma omissão com a consciência de poder atuar.

A ação se realiza no mundo real, isto é, no mundo exterior, assim chamado em oposição ao plano interior do agente, isto é, o plano da subjetividade, da consciência da vontade. O que acontece no mundo exterior é percebido pelos órgãos do sentido e pode ser descrito¹⁵³. Por outro lado, é impossível se aferir diretamente a atitude interna do indivíduo por meio

151 Salvo, é claro, as hipóteses de concurso de agentes e modalidade tentada, que também dependerá da conjugação com normas da parte geral do CP.

152 WEZEL, Hans *apud* BIERRENBACH, Sheila. *Crimes omissivos impróprios*. Uma análise à luz do Código Penal Brasileiro. Belo Horizonte: Editora Delrey, 2002. p.94

153 BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal*: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Ed. Almedina, 2015.

dos sentidos, e a análise de sua intenção (plano subjetivo) também partirá da conduta, ou seja, a partir do plano objetivo, se atribuirá a direção da vontade e a existência ou não do dolo.

Não sem motivo, Mir Puig¹⁵⁴ adverte acerca da relação de interdependência entre os aspectos objetivo e subjetivo da tipicidade, aduzindo que tal distinção é relativa. A parte objetiva do tipo depende de elementos subjetivos, como o conhecimento que o sujeito possui da situação e da intenção por ele manifestada. O autor afirma ainda que se poderia questionar a correção de tal distinção, talvez reminiscência a ser superada da divisão causalista do delito em uma parte objetiva e outra subjetiva. Ainda segundo Mir Puig, se for mantida a divisão, por razões pedagógicas, deve-se entendê-la de forma flexível e com a condição de que se advirta acerca da interdependência entre o objetivo e o subjetivo.

Tome-se o exemplo do indivíduo que dispara diversas vezes contra outrem. Ainda que não logre atingir, ferir ou matar seu alvo, tal circunstância (objetiva) – modo de agir, disparando diversas vezes – leva à conclusão de que sua intenção era homicida. Ocorre que tal constatação – do objetivo para se chegar ao subjetivo – encontra especial dificuldade na omissão, visto que se estará diante de uma inação daquele que, se encontrando na posição de garantidor, deixa de realizar a ação esperada e exigida para a evitação do resultado danoso. Como leciona Juarez Tavares:

Diferentemente dos crimes comissivos, nos quais o dolo deve orientar-se à realização da ação típica, nos crimes omissivos o dolo se expressa como a decisão acerca da inação, com a consciência de que o sujeito poderia agir para evitar o resultado e sua ação era, pois necessária a impedi-lo, com probabilidade nos limites da certeza. É insuficiente, por conseguinte, para reconhecer o dolo, a mera consciência da situação fundamentadora do dever de agir ou o conhecimento do seu poder de fato para realizar a conduta omitida, como queria Wezel. Mais do que isso, será necessário demonstrar que o sujeito incluiu na sua decisão a não execução da ação possível e necessária.¹⁵⁵

Sintetizando ainda os requisitos trazidos por Tavares para análise da imputação subjetiva nos crimes omissivos, temos que o omitente deve conhecer todas as circunstâncias que compõem a chamada situação típica e, nos crimes omissivos impróprios, ainda dados fáticos que fundamen-

154 MIR PUIG, Santiago. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais: 2004. p.183.

155 TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p.393

tam sua posição de garantidor. Em relação à ocorrência do resultado, o omissor deve saber, diante das circunstâncias objetivas que são apresentadas, que o resultado típico irá acontecer, qual conduta deve realizar dentro das atividades possíveis e representar que, com essa conduta específica e possível, será evitado ou impedido o resultado, com probabilidade nos limites da certeza¹⁵⁶.

Para Bierrenbach¹⁵⁷, a vontade, integrante do dolo, deve manifestar-se na resolução por parte do omissor de permanecer inativo, estendendo-se ao resultado descrito no tipo, no caso do dolo direto, e na aceitação do risco da superveniência do resultado, no dolo eventual. Ainda, para a autora, o dolo na omissão pode apresentar-se idêntico ao da comissão, sendo possível vislumbrar uma verdadeira finalidade no omitir.

4.4.1 Compatibilidade do dolo eventual e a posição de garante

Diverge a doutrina acerca da admissibilidade do dolo eventual na omissão imprópria, e aqui também a interdependência entre os aspectos objetivos e subjetivos da tipicidade fica evidente quando, na análise do dolo na omissão imprópria, verifica-se o impacto direto da causalidade na aferição da compatibilidade do dolo eventual nesses casos. Para Tavares, embora o art. 13 do Código Penal trace os elementos de uma orientação objetiva de conduta, para efeitos de sua imputação objetiva no âmbito do respectivo tipo de delito, *sua fórmula de causalidade interfere também na orientação subjetiva e, pois, na imputação subjetiva*¹⁵⁸. Leciona o referido autor¹⁵⁹:

O problema em relação ao dolo eventual, quando ao sujeito seja indiferente a ocorrência do resultado ou quando ele o deixe ao acaso, tem nos delitos omissivos uma outra particularidade. A questão é como compatibilizar essa indiferença com a exigência de que o sujeito, para atuar com dolo, tem que ter a vontade de não realizar a conduta devida, conhecendo sua relação de necessidade e probabilidade nos limites da certeza para com o resultado. [...] deixar o resultado ao acaso não basta. Bastaria se fosse adotada a teoria que o sedimenta apenas na representação acerca da diminuição das chances de sua produção,

156 TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p.393-394. Adota Tavares, quanto a causalidade omissão, a Teoria da Evitabilidade, conforme mencionado no capítulo anterior.

157 BIERRENBACH, Sheila. *Crimes omissivos impróprios*. Uma análise à luz do Código Penal Brasileiro. Belo Horizonte: Ed. Delrey, 2002. p.95.

158 TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p.396, grifamos

159 TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p.396-397

caso a conduta não fosse realizada. Mas essa teoria esbarra em uma dificuldade, que é a de ajustar seu enunciado ao comando do artigo 13 do Código Penal, que não se concentra na diminuição das chances de produção do resultado, mas, sim, na sua produção concreta, como forma de orientação da conduta do sujeito.

Tavares é adepto, portanto, da teoria da inevitabilidade, em oposição à teoria da diminuição do risco, ambas já abordadas no capítulo anterior. Luis Greco, por sua vez, depois de analisar aspectos favoráveis e objeções, defende posição diversa¹⁶⁰. Sintetizando seus argumentos, dois principais podem ser opostos à *teoria da inevitabilidade*: o primeiro é que, na prática, raramente se poderia afirmar com 100% de certeza (ou muito próximo disso) que a realização da conduta omitida teria evitado o resultado, isso praticamente inviabilizaria a imputação do resultado à omissão. Além disso, tal fórmula negaria proteção ao bem jurídico justamente quando ela é mais necessária. Em conclusão, diz Greco que a teoria da diminuição do risco é razoável do ponto de vista político-criminal, pois ela evita cartas brancas para a falta de cuidado em âmbitos perigosos; ela é fundada de uma perspectiva dogmática, porque pode ser reconduzida às considerações que sustentam a própria ideia de desvalor do resultado; e, frente a ela, não há nenhuma objeção decisiva¹⁶¹.

Assim, adotando-se a teoria da inevitabilidade, não se admitiria o dolo eventual. Optando-se pela teoria da diminuição do risco, o dolo eventual é admissível. Adotamos aqui este segundo entendimento, porquanto os argumentos de Greco são mais convincentes e podem ainda ser somados ao que propõe Mir Puig.

Para Mir Puig, não se trata tanto de quantificar um determinado grau de probabilidade que o sujeito deve representar quanto de se perguntar se o sujeito que prevê a possibilidade da ocorrência do resultado crê que, *em seu caso*, tal probabilidade poderá se realizar ou não. Não importa simplesmente a consciência da probabilidade *estatística*, mas o *prognóstico concreto* do que pode ocorrer naquele caso¹⁶². Além disso, contrapondo as duas figuras – dolo direto e dolo eventual –, percebemos que a distinção não reside somente na possibilidade/probabilidade de realização do resultado, mas, sobretudo, na vontade. No dolo direto, como o propósito

160 Cf. GRECO, Luis. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

161 GRECO, Luis. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p.40

162 MIR PUIG, Santiago. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais: 200. p.220-221

do autor é a produção do resultado, são pouco relevantes as discussões relacionadas à probabilidade. Mas a ausência de propósito direto de realização do resultado, somada a indiferença e aquiescência quanto à sua ocorrência, atrai tal comportamento ao campo do dolo eventual.

Tal percepção não difere na análise da conduta do garante. Iniciado um curso causal por terceiros do qual decorre a probabilidade de resultado danoso, o garante poderá deixar de agir porque já queria aquele resultado, aproveitando-se do agir alheio para a obtenção daquele propósito. Da mesma forma, ainda que não quisesse o resultado, mas portando-se de forma indiferente ao desdobramento do curso causal iniciado por terceiro, a despeito do dever de impedir o resultado, agirá com dolo eventual. Ademais, o dever de agir do garante não é um genérico “dever de agir para evitar o resultado”, mas, sim, um dever de praticar uma conduta determinada em benefício daquele bem jurídico concretamente ameaçado¹⁶³.

4.4.2 Cegueira deliberada do garante

Segundo Luis Greco, quem quer importar concepções estrangeiras não apenas tem que saber o que propõe importar, mas o porquê de fazê-lo. Ele adverte que, na doutrina e, especialmente, na jurisprudência brasileira, têm sido encontradas versões caricatas de teorias estrangeiras das quais pouco mais se conserva que o nome e, com ele, uma pretensão de autoridade científica¹⁶⁴.

A discussão acerca da aplicação de tal teoria em terras brasileiras se iniciou no julgamento da ação penal envolvendo o furto ao Banco Central de Fortaleza¹⁶⁵, ganhando mais notoriedade posteriormente com o julgamento da ação penal 470 pelo STF, que ficou conhecida como o “mensalão”. Foge ao presente estudo buscar empreender uma discussão alongada sobre a cegueira deliberada e sua pertinência, ou não, ao ordenamento jurídico brasileiro. Sua menção no presente trabalho tem por intenção demonstrar que o *compliance* pode ter um papel determinante na análise do elemento subjetivo do garantidor. Isso porque, pelo que se extrai da doutrina, o uso de tal teoria tem se dado em situações limítrofes, que englobam a sempre difícil diferenciação entre dolo eventual e culpa

163 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.295.

164 GRECO, Luis. Prefácio. LUCCHESI, G.B. *Punindo a culpa como dolo*. O uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2018. Greco direciona tal crítica não apenas a importação equivocada da cegueira deliberada, mas também da Teoria do Domínio do Fato. Nesse sentido, conferir: GRECO, Luis. *Autoria como domínio do fato*. São Paulo: Ed. Marcial Pons.2014.

165 Ação penal nº 2005.81.00.014586-0, 11ª Vara Federal de Fortaleza

consciente, e entre a responsabilidade culposa e as ações penalmente indiferentes, tendo sido empregada muitas vezes como sucedâneo probatório do dolo ou ainda para seu alargamento, diante da dificuldade prática de demonstração do conhecimento do autor/garantidor quanto à ocorrência de elementos caracterizadores de um tipo penal.

Segundo Lucchesi, o uso descontextualizado da teoria, além de violar importantes princípios de direito comparado, acaba por ampliar o alcance do dolo, permitindo-se atingir situações que, pela teoria do dolo adotada pela legislação penal brasileira, seriam culposas¹⁶⁶. Lucchesi aponta que, com a análise do direito americano, conclui-se haver nítida inconsistência entre o que propõe a cegueira deliberada no Brasil e a regra de *willful blindness* presente nos precedentes americanos. Segundo o autor¹⁶⁷:

De um lado, cegueira deliberada nos Estados Unidos é utilizada como substituto do elemento *knowledge*, estando presente quando o autor (i) tem ciência da elevada probabilidade de existência de uma circunstância ou fato elementar do delito, (ii) toma medidas deliberadamente voltadas a evitar comprovar a existência do fato ou da circunstância e (iii) não acredita na inexistência do fato ou da circunstância. De outro lado, a jurisprudência brasileira convencionou aplicar cegueira deliberada a partir do reconhecimento de dolo eventual quando o autor (i) tem ciência da elevada probabilidade de que os bens envolvidos tinham origem delituosa; (ii) age de forma indiferente quanto à ciência dessa elevada probabilidade e (iii) escolhe deliberadamente manter-se ignorante a respeito dos fatos, sendo possível a alternativa.

O autor argumenta que, embora os enunciados contenham pontos em comum, há diferenças suficientes entre os conceitos para se verificar que não se trata da mesma coisa, sendo aplicados com finalidades distintas, não havendo identidade entre tais categorias, apesar de certa insistência da jurisprudência nacional¹⁶⁸.

166 LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo culpa como dolo*. O uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2018. p.24. Lucchesi realizou análise de dezenas de julgados acerca da aplicação da teoria no Brasil, tendo concluído que a jurisprudência é protagonista no processo de introdução e de desenvolvimento da cegueira deliberada no país, visto que o crescimento da aplicação da teoria pela jurisprudência brasileira se deu pela retroalimentação de decisões judiciais, sendo os precedentes judiciais a principal fonte de referência das decisões. O autor ainda aponta que há baixíssimo índice de referência acadêmico-doutrinárias nas decisões, predominando citações de texto sem caráter científico ou profundidade acadêmica, como artigos de internet ou trabalhos de conclusão de curso de graduação. Segundo ainda o que Lucchesi conclui, as bases para a construção da cegueira deliberada são instáveis, havendo diversos equívocos nas decisões analisadas, tal como o uso da teoria quando a própria jurisprudência exige a demonstração do dolo direto.

167 LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo culpa como dolo*. O uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2018. p.195.

168 LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo culpa como dolo*. O uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2018. p.195.

Posição diversa é sustentada por Spencer Toth Sydow, que, apesar de criticar fortemente a forma como a teoria foi introduzida e tem sido aplicada no Brasil¹⁶⁹, admite a possibilidade de sua adequação à nossa realidade, desde que se estabeleçam critérios mais claros. Para Sydow, a figura do dolo eventual mostra-se precedente à da cegueira deliberada, porém insuficiente para resolver toda a problemática possível. O autor propõe assim o estabelecimento de oito critérios, acrescentando e alterando critérios que são propostos por Ragués I Vallès¹⁷⁰ na Espanha. Para Sydow, os requisitos para aplicação dogmatizada da teoria levariam em conta esses elementos:

- 1 – Deve-se estar numa situação em que o agente não tem conhecimento suficiente da informação que compõe o elemento de um tipo penal em que está inserido;
- 2 – Tal informação, apesar de insuficiente, deve estar disponível ao agente para acessar imediatamente e com facilidade;
- 3 – O agente deve se comportar com indiferença por não buscar conhecer a informação suspeita relacionada à situação em que está inserido;
- 4 – Deve haver um dever de cuidado legal ou contratual do agente sobre tais informações;
- 5 – É necessário identificar uma motivação egoística e ilícita que manteve o sujeito em situação de desconhecimento;
- 6 – Ausência de garantia constitucional afastadora dos deveres de cuidado;
- 7 – Ausência de circunstância de isenção de responsabilidade advinda da natureza da relação instalada;
- 8 – Ausência de circunstância de ação neutra.

169 Segundo Sydow, a partir dos anos 2000, o Supremo Tribunal Espanhol, baseado em leituras rasas da teoria, inicia a aplicação da teoria de modo contraditório e caótico, o que em terras espanholas teria sofrido críticas da doutrina, a exemplo das lançadas por Ragués I Vallès. Ainda segundo o autor, o Brasil, influenciado pelos julgados, inicia uma leitura espanhola dele, citando como exemplo, a menção a decisão do Tribunal Espanhol nº 33/2005. Assim, os julgadores brasileiros estariam interpretando a teoria a partir da lente dogmática europeia e equiparando o elemento subjetivo ao dolo eventual de modo inadequado. O autor ainda acredita que a problemática se inicia na ausência de estudos dedicados à evolução da teoria norte americana, seguida da incorreta interpretação dela pelos tribunais espanhóis, problemática que se acentua por ser trazida para o Brasil cuja realidade dogmática no que diz respeito ao trato do dolo também é diferente da espanhola. SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da cegueira deliberada*. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2019. p.211-212. O uso dessa específica decisão do Supremo Tribunal Espanhol (nº 33/2005) pela jurisprudência brasileira, também apontada por Lucchesi, na obra já referenciada.

170 Como mencionado na nota anterior, o autor traz como referência a Espanha, posto que, segundo ele, no Brasil se estaria dando a teoria os mesmos contornos dados naquele país. Os critérios de Ragués I Vallès são: a) existência de uma suspeita prévia, mas não a consciência do elemento do tipo; b) a possibilidade de o agente obter a informação, sem riscos próprios, e a decisão de permanecer ignorante; c) a possibilidade de informação; d) o dever de conhecimento; e) uma motivação para manter-se em desconhecimento. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon *apud* SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da cegueira deliberada*. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2019. p.257.

A par de não se aprofundar na análise da pertinência da teoria, tomando partido da discussão quanto ao seu cabimento em terras brasileiras, mas levando em conta os requisitos admitidos por Sydow para sua aplicação, nota-se que grande parte deles está relacionada ao conhecimento, à ciência de circunstâncias fáticas e do dever de agir. Ao garante é estabelecido um dever de cuidado e, especialmente em relação ao ambiente empresarial, um dever de vigilância em relação a determinadas fontes de perigo. As fontes de perigo são, em regra, identificáveis, e o *compliance* tem justamente por finalidade contribuir para que os riscos – diretos e indiretos – sejam corretamente identificados e mantidos dentro dos critérios permitidos.

Muitas vezes e especialmente em empresas de médio e grande porte, haverá uma grande distância entre o agente garantidor e a situação típica que demanda sua intervenção. Disso resulta que os canais internos de comunicação do *compliance* (que devem ser destinados não apenas a denúncias) devem servir para eliminar ou reduzir tais distâncias, de modo a permitir que as situações cheguem ao conhecimento daquele que tem o poder e dever de agir.

O *compliance* tem por finalidade justamente aprimorar dentro das empresas o conhecimento acerca das circunstâncias que possam levar a situações de perigo, até porque essas situações podem levar não apenas a danos a bens ou interesses de terceiros, mas também a interesses da própria empresa. Em outras palavras, o conhecimento (possível) de fatos que se desenrolam nas atividades sob o âmbito de responsabilidade do sujeito lhe é disponível, cabendo a ele escolher obtê-lo ou não. É claro que não se ignora que a realidade e o agir humano são vastos e complexos, não sendo possível se conhecer tudo em absoluto. A afirmação aqui posta diz respeito à possibilidade de o sujeito responsável buscar o conhecimento afeto às atividades-fim da empresa e sobre as fontes de perigo que deve controlar. Assim, à luz da teoria, se o programa de conformidade não está sendo empregado apenas para atender eventuais exigências formais do mercado, mas, ao revés, realmente busca uma efetividade na prevenção e contenção de riscos, não há porque se atribuir dolo, lançando-se mão da cegueira deliberada, visto que o garante, por meio do *compliance*, pode demonstrar a adoção das providências que lhe eram possíveis naquele contexto fático.

Por outro lado, se for demonstrado que o *compliance* era de fachada¹⁷¹, o efeito inverso poderá ser alcançado, demonstrando-se que o garante intencionalmente evitou alcançar o conhecimento que lhe era possível para

171 Sobre parâmetros de efetividade do *compliance*, remetemos ao primeiro capítulo, item 1.3.4

evitar danos, sendo campo propício à aplicação da teoria em comento. Logo, o que se conclui é que, admitindo-se a aplicação da teoria, seu cabimento em relação ao agente garantidor está relacionado às hipóteses em que ele intencionalmente deixa, de forma consciente, de buscar o conhecimento que lhe é acessível, o que, por outro lado, acaba por colocar em xeque a real necessidade da teoria, uma vez que tais situações seriam abrangidas pelo dolo (direto ou eventual) e a aplicação da cegueira deliberada seria, parafraseando Lucchesi, mero adorno retórico.

4.5 Influência do compliance na aferição da tipicidade subjetiva

4.5.1 Compliance e o dolo

A imputação subjetiva é fundamental para o atendimento do axioma *nullum crimen, sine culpa*¹⁷². Segundo Ferrajoli nenhum fato ou comportamento humano é valorado como ação se não é fruto de uma decisão; consequentemente, não pode ser castigado, nem sequer proibido, se não é intencional, isto é, realizado com consciência e vontade, por uma pessoa capaz de compreender e de querer¹⁷³. A exigência do aspecto subjetivo da responsabilidade penal tem por fim, basicamente, o não reconhecimento do caráter criminoso do fato, pura e simplesmente, no mal causado, com independência de qualquer ligação subjetiva do indivíduo com o acontecido¹⁷⁴. Sobre sua importância, vale citar as palavras de Figueiredo Dias¹⁷⁵:

Se a exigência de culpa não é a única forma pensável de defesa da dignidade da pessoa, ela é, em todo o caso, a mais perfeita e mais forte com que o pensamento jurídico-penal do Estado de Direito até

172 Importante diferenciar a culpabilidade enquanto princípio, da culpabilidade como parte integrante do conceito tripartite de crime. Como ensina Brandão: "Como princípio, a culpabilidade será tida como um feixe de regras, que possibilitam a própria interpretação da lei penal. O sentido da interpretação penal à luz da culpabilidade é a afirmação da pessoa humana como centro e destinatário das regras do Direito Penal, portanto, somente podemos compreender esse princípio se situarmos a própria conceituação de pessoa dentro do Direito e, mais detidamente, no Direito Penal". BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1, p.115. Já a culpabilidade enquanto elemento do crime é o juízo de reprovação pessoal que recai sobre a pessoa que pratica uma conduta típica e antijurídica. Enquanto tipicidade e antijuridicidade são juízos que recaem sobre a conduta, a culpabilidade é juízo sobre a pessoa, sendo composta pela imputabilidade, potencial conhecimento da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

173 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Teoria do garantismo penal. 4ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p.447.

174 PARDINI, Lucas. *A imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2019. p.172

175 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de *apud* SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da cegueira deliberada*. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2019. p.234.

hoje operou, pelos requisitos limitativos acrescidos e incomparáveis que nele se contém; e é assim o penhor mais seguro de legitimação, no âmbito da aplicação da pena, das necessidades preventivas face ao homem delinquente. Por isso se deve persistir em ver no princípio da culpa uma autêntica máxima de civilização e de humanidade, para a qual se não descortina ainda hoje alternativa.

O ambiente empresarial, conforme repetidamente foi mencionado ao longo deste estudo, apresenta características próprias e complexas que o diferem dos exemplos mais comumente trazidos pela doutrina – os cansativos Caio, Tício e Mévio – ou ainda quando se aborda, na omissão imprópria, o repetido exemplo da mãe que deixa de alimentar o filho de tenra idade. Isso, por óbvio, traz impactos na análise do elemento subjetivo.

Nesse ambiente, é marca comum a divisão estrutural de funções e decisões, tanto de forma vertical como horizontal, havendo, em razão disso, fragmentação e filtragem de informações que causam impactos sobre os pressupostos subjetivos de imputação da responsabilidade omissiva imprópria. Sendo o conhecimento das elementares do tipo condição indispensável à formação do dolo, essa realidade no ambiente empresarial pode refletir na formação do componente cognitivo dos agentes envolvidos, especialmente em relação àqueles que se encontram nas camadas hierarquicamente superiores.

Conforme adverte Estellita¹⁷⁶, diante do paradigma clássico da autoria dolosa individual, a descentralização e a divisão de funções e de trabalho causam, igualmente, impactos sobre a configuração dos pressupostos subjetivos de imputação de responsabilidade, tanto no nível da tipicidade como na culpabilidade. A sincronização entre os pressupostos da imputação objetiva e os pressupostos da imputação subjetiva será mais esgarçada quanto maior for o porte da empresa e traz evidentes problemas para a configuração do dolo, que tem que ser simultâneo¹⁷⁷ à **prática da conduta típica (art. 20, caput, CPB)**.¹⁷⁸

O *compliance*, assim, pode (ou deve) servir para compensar, ao menos parcialmente, esses limites naturais nos fluxos de informação, seja por

176 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.48

177 A dimensão temporal do dolo (também denominada princípio da simultaneidade ou princípio da coincidência) expressa a obrigatoriedade de que a valoração da atitude mental do indivíduo seja limitada pelo momento de realização da conduta típica [e, no nosso caso, da omissão típica]; isso significa que conhecimento ou vontade anterior (*dolus antecedens*) e/ou posteriores (*dolus subsequens*) à realização da conduta não podem ser levados em consideração para determinar o nível da imputação subjetiva. VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2017. p.80

178 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.48

meio do mapeamento dos riscos – externos e internos – criando-se uma rotina rígida das informações que transitam na empresa ligadas às tomadas de decisões, seja pelos canais de denúncias que contribuem para o monitoramento das atividades/conduas dos empregados e colaboradores. Por evidente, mesmo um *compliance* efetivo dificilmente conseguirá abarcar totalmente esse fluxo de informações ou mesmo a conduta de todos os indivíduos envolvidos nos processos produtivos e administrativos das empresas. É impossível se exigir que todos saibam tudo e/ou que todos vigiem todos.

Disso resulta também indispensável a consideração, no âmbito da análise do elemento subjetivo, do agir ou omitir dos atores do ambiente empresarial, da pertinência e dos limites do princípio da confiança. Pelo princípio da confiança se permite reconhecer que aquele que observa as regras legais e sociais de determinada ação ou atividade pode confiar que as demais pessoas assim também agirão.

Sobre a adequação de tal princípio ao ambiente empresarial, valemo-nos mais uma vez dos estudos da professora Estellita¹⁷⁹, para quem as distribuições de atribuições e tarefas feitas por meio da delegação seriam impossíveis se todos tivessem de controlar as atividades de todos, o que inviabilizaria o cumprimento dos atos de gestão de sua própria esfera de atribuições, daí se invocar o princípio da confiança, que se aplicaria nos âmbitos nos quais há uma pluralidade de intervenientes. A autora esclarece que os casos clássicos de aplicação do princípio seriam os relacionados ao trânsito e a equipes médicas de cirurgias, cuja nota comum é a ausência de relação hierárquica entre os sujeitos, o que, transportado para o ambiente de estudo, ou seja, o empresarial, merece considerações à parte. Assim, *a priori*, o princípio da confiança regeria as relações horizontais no âmbito dos órgãos de administração que desenvolvem conjuntamente o controle da empresa. Uns podem confiar na atuação correta dos demais, porém devem intervir diante de sinais que tornem injustificada a confiança¹⁸⁰. No caso de delegação, contudo, se está diante de uma estrutura hierárquica vertical, e a aplicação do referido princípio deve-se dar com limitações. Esse ponto é relevante ao objeto de estudo, uma vez que a implementação de programas de conformidade implica justamente a delegação da função de vigilância e a mitigação dos deveres do garantidor originário – o delegante.

179 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 151-154

180 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 201. p. 153.

Logo, e especialmente nas relações hierárquicas verticais, o garantidor originário não poderá se valer inadvertidamente de tal princípio para alegar desconhecimento de situações típicas, uma vez que tem o dever de buscar o conhecimento sobre as fontes de perigo que deve controlar e de exigir informações daqueles aos quais delegou tal responsabilidade. Na mesma perspectiva, e de maneira ainda mais evidente, tal princípio não socorre o *compliance officer*, uma vez que, no cumprimento do seu dever de vigilância, lhe cabe justamente postura diversa, a de não confiar, diante das finalidades próprias dos programas de conformidade, de detecção e correção dos riscos e irregularidades, visando garantir a observância das normas internas e externas, que dizem respeito às atividades realizadas pela empresa.

Estellita¹⁸¹ sugere as seguintes orientações para análises de casos concretos: a) nos casos em que o *compliance officer* descumpra já seus deveres de diagnóstico, deve-se falar muito mais em omissão culposa; b) nos casos, porém, em que há a violação dos deveres de comunicação, que se liga, portanto, a uma prévia aquisição de informações, está configurada a componente cognitiva do dolo, ainda que na forma do dolo eventual.

Com efeito, tendo o *compliance officer* sido contratado justamente para mapear as fontes de riscos para determinada empresa, contribuindo para a adequação do fluxo das informações, da rotina e protocolos de atuação, de modo a manter os riscos dentro dos limites permitidos, mas não o faz adequadamente, descumprindo seus deveres de diagnóstico, deve ser analisado se tal descumprimento decorre de desídia ou mesmo incompetência, o que, de fato, levaria a uma responsabilidade a título de culpa. Isso não exclui, contudo, a possibilidade de ação intencional quando o *compliance officer*, a despeito de obter as informações, não as repassa aos escalões superiores ou a quem obrigado no organograma da empresa, seja por interesse pessoal ou de terceiros, assim configurando o dolo. Ainda na mesma perspectiva, não há como falar sobre os reflexos do *compliance* na aferição do elemento subjetivo do garantidor omissivo sem aos menos tangenciar a questão acerca da prova do dolo.

Adverte Pedro Jorge Costa¹⁸²:

Não se prova o dolo, tanto quanto não se provam conceitos jurídicos como a hipoteca a pessoa jurídica nem, no âmbito do direito penal, a culpabilidade ou a imprudência. Provam-se os elementos empíricos,

181 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.293

182 COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. São Paulo: Ed. Atlas, 2015. p.154.

existente no mundo dos fatos, se necessários para possibilitar a eventual aplicação de consequências jurídicas. No direito brasileiro, a questão é provar o conhecimento e ao menos a assunção do risco.

À luz do princípio da livre apreciação das provas, os juízes podem se utilizar de todos os meios lícitos de prova, inclusive indícios, para formar seu convencimento e também para a determinação dos estados mentais componentes do dolo¹⁸³. Ainda que o tema relacionado à prova seja afeto ao direito processual, a definição do dolo no âmbito do direito material influi na questão da prova de seus elementos empíricos em um duplo sentido: devem ser provados os elementos que se indiquem, eventualmente, já na legislação, como componentes do dolo e só se deve indicar o que for possível de prova válida em juízo¹⁸⁴. Se é admissível a prova por indícios para a demonstração do dolo ou de outras circunstâncias do crime, o reverso também é verdadeiro.

Nosso Código de Processo Penal diz que se considera indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias (art. 239, CPP). Para Maria Theresa Rocha de Assis Moura, indício é todo fato conhecido, devidamente provado, suscetível de conduzir ao conhecimento de um fato desconhecido, a ele relacionado, por meio de um raciocínio indutivo-dedutivo¹⁸⁵. Ainda segundo a autora, o raciocínio faz-se pelas regras da experiência e da lógica, resultando no conhecimento provável acerca da existência de outro fato¹⁸⁶. Dizendo de outro modo e invertendo o vetor do raciocínio, se o empresário implementa um programa de *compliance* visando realmente à detecção e contenção dos riscos nos limites permitidos, valendo-se dos recursos tecnológicos e humanos dentro do que sua capacidade financeira pode dispor, *isso é indiciário da inexistência de dolo*, valendo lembrar que a boa-fé se presume, o contrário é que demanda esforço probatório.

É claro que se reitera a necessidade de efetividade do *compliance*, com a observância pelo garantidor dos deveres de correta seleção das pessoas envolvidas no processo de implementação e execução do programa de conformidade; com sua contínua fiscalização desses agentes, além do

183 COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. São Paulo: Ed. Atlas, 2015. p.184.

184 COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. São Paulo: Ed. Atlas, 2015. p.153.

185 MOURA, Maria Theresa Rocha de Assis Moura *apud* COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. São Paulo: Ed. Atlas, 2015. p.185.

186 MOURA, Maria Theresa Rocha de Assis Moura *apud* COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. São Paulo: Ed. Atlas, 2015. p.185.

fornecimento dos meios materiais imprescindíveis ao desempenho das funções afetas ao programa; não se criando ainda barreiras à chegada do conhecimento necessário aos escalões superiores da empresa. Mas tudo verificado, ao fim e ao cabo, não há porque se atribuir dolo omissivo quando, a despeito disso, um dano venha a ocorrer.

Não se discute o dever de reparação e eventual responsabilidade objetiva advinda de outras searas do Direito, mas, não prescindindo a responsabilidade penal do elemento subjetivo, o *compliance* pode, assim, vir a ser decisivo. E, embora não seja possível uma resposta genérica e adequada a todas as constelações de casos que a realidade empresarial pode propiciar, não havendo um *standard* de solução, a existência do programa não pode ser simplesmente ignorada quando da aferição do elemento subjetivo daquele que deveria ter impedido um resultado danoso que acabou por se concretizar.

Aliás, seria mesmo um contrassenso o Estado exigir a implementação do programa de conformidade, o qual já é obrigatório para algumas atividades – como apontado no primeiro do capítulo do presente trabalho –, mas depois desconsiderá-lo ou limitar sua análise ao campo da culpabilidade. Ademais, o Direito Penal não cobra de ninguém que evite o inevitável e não pode punir ninguém por não ter feito o impossível. O dever jurídico-penal imposto a cada um circunscreve-se ao seu domínio pessoal, é dizer, o indivíduo só pode responder penalmente por aquilo que puder dominar,¹⁸⁷ não há o que prevenir diante de situações incontroláveis e o *compliance* não pode evitar o imprevisível.

4.5.2 Compliance e culpa

O Código Penal estabelece que o crime será culposo quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia (art.18, inciso II, CP). A responsabilidade a título de culpa é residual, somente sendo possível quando expressamente prevista, nos termos do parágrafo único do mesmo artigo.

A doutrina define a negligência como uma conduta negativa, na qual o sujeito devia e podia agir para garantir um dever de cuidado e não o faz¹⁸⁸. A imprudência, por sua vez, é uma conduta comissiva, é o agir

187 PARDINI, Lucas. *A imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliburada*. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2019. p.173.

188 BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1, p.78.

sem a cautela necessária. A imperícia é a falta de capacidade técnica, ocorrendo no âmbito do exercício de profissão, arte ou ofício¹⁸⁹. Além de tais modalidades de conduta, é imprescindível que o resultado seja previsível ao agente. A partir dessa previsibilidade, a culpa se classifica em consciente e inconsciente. A primeira, quando o agente prevê o resultado, mas acredita sinceramente que poderá evitá-lo, não aceitando sua ocorrência. A culpa inconsciente, por sua vez, se faz presente quando o agente não prevê o resultado, embora ele seja previsível.

Na culpa, não há adesão interna do indivíduo, não há vontade de lesão ao bem jurídico, o que leva a um juízo menos grave de reprovação jurídica e social. A magnitude da discrepância da resposta punitiva deixa evidente o desnível de valoração realizada pelo legislador entre as duas formas de imputação subjetiva, notadamente se considerarmos que ambos os comportamentos produzem idêntico resultado¹⁹⁰. No crime culposos a vontade do agente é voltada para fim indiferente ao Direito Penal, mas a inobservância dos deveres de cuidado na realização da conduta leva a um resultado danoso que lhe era possível prever. Para Bierrenbach¹⁹¹:

A estrutura da culpa dos delitos omissivos impróprios é basicamente a mesma dos delitos comissivos. Só há que se cogitar, portanto, de modalidade culposa, em caso de expressa previsão legal. No delito omissivo impróprio culposos, ocorre uma infração do dever de cuidado objetivo, por via omissiva. Neste sentido, o dever legal de cautela impõe a realização da conduta ativa, com a finalidade de evitar o surgimento de riscos para os bens garantidos ou mesmo obstar o incremento dos perigos preexistentes. Estas medidas acatelasórias em favor de bens em perigo devem-se, exclusivamente, aos garantidos. De outra sorte, tal como a negligência ativa, a culpa omissiva assenta-se na previsibilidade objetiva, na possibilidade de o garante prever que sua inação pode gerar perigo para o bem jurídico ou agravar perigo preexistente, permitindo a ocorrência do resultado vedado pela lei.

Defendeu-se no item anterior que um *compliance* efetivo é indiciário da inexistência de dolo. O mesmo entendimento, contudo, não se estende automaticamente aos casos que se caracterizam culposos.

Explica-se, pedindo vênia para afastar-se de exemplos mais tradicionais da doutrina – como os casos de crimes de trânsito – para raciocinar a partir dos dados mais próximos da realidade do ambiente empresarial.

189 BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1, p.79.

190 VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2017. p.24.

191 BIERRENBACH, Sheila. *Crimes omissivos impróprios*. Uma análise à luz do Código Penal Brasileiro. Belo Horizonte: Editora Delrey, 2002. p.97.

Sabemos que, para além da ideia de realização pessoal e da necessidade de cumprimento de uma função social, o indivíduo, quando empreende – constituindo uma pessoa jurídica para atuar em determinado ramo de atividade –, o faz com o intuito de lucro. Ressalte-se que tal afirmação não tem finalidade de crítica, ao contrário, é assim que deve ser, já que é o lucro que mantém a empresa “viva”, garantindo não apenas o sustento de seus sócios, como gerando empregos e recolhendo impostos. Mas, na busca por lucros, muitas vezes o empresário – garantidor, lembremos –, mesmo ciente de riscos de determinadas decisões, acaba por adotá-las, realizando ações ou não realizando o que era devido e esperado, acreditando verdadeiramente que será capaz de evitar que resultados danosos disso possam advir (culpa consciente).

Assim, o mesmo raciocínio dos efeitos do *compliance* quanto ao dolo não pode ser transposto para ações precipitadas ou imprudentes, portanto, culposas, cabendo, como sempre reafirmado, nortear-se o aplicador do direito pelas circunstâncias do caso concreto. Entretanto, mesmo nessas situações, o *compliance* poderá fornecer elementos mais seguros para a diferenciação entre a culpa consciente e o dolo eventual, já que muitas vezes se trata de situações limites.

4.5.3 Compliance e o trato do erro

Em direito penal, erro significa tanto uma ausência de conhecimento sobre algum objeto quanto uma falsa representação dele¹⁹². O instituto do erro envolve a forma como o indivíduo identifica a realidade a sua volta e a ela reage, sendo assim relevante objeto de análise no presente estudo, mormente porque, no ambiente coletivo como o empresarial, que envolve atividades praticadas por diversas pessoas em momentos, locais, setores e cargos distintos, o erro é uma realidade que não pode ser ignorada.

Em nosso Código Penal, o erro é tratado nos arts. 20 e 21. No art. 20, há a previsão do que se denomina de erro de tipo, que é aquele incidente sobre qualquer dos elementos constitutivos do tipo penal. Já no art. 21, encontramos o erro de proibição, que é aquele afeto à antijuridicidade, ao conhecimento do caráter proibido do comportamento. O erro de tipo pode ser essencial ou acidental. Será essencial se versar sobre uma circunstância do tipo que exclui o caráter criminoso da ação¹⁹³. Já o erro de tipo

192 BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010. p.263.

193 BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2ªed, 2010. p.263.

acidental é aquele que não elide a adequação típica entre a representação mental do agente da realidade e o objeto faticamente agredido¹⁹⁴.

O erro de proibição, por sua vez, afeta a consciência da ilicitude. Como o fundamento da reprovação da culpabilidade, a partir do finalismo, não é mais o dolo nem a culpa, mas a consciência da antijuridicidade, quando houver erro de proibição, não haverá culpabilidade.

Outra classificação importante, mormente considerando o *compliance*, é aquela que classifica o erro como vencível ou invencível, ou seja, superável ou insuperável – também denominado na doutrina como escusável ou inescusável. O erro vencível é aquele que objetivamente poderia ter sido evitado se o indivíduo tivesse agido com o devido cuidado, considerando-se a capacidade do que se costuma chamar de homem médio. O erro invencível, por outro lado, fugiria à possibilidade preventiva desse homem médio ou quando o agente tomou as cautelas devidas. Tal diferenciação – entre erro de tipo e proibição; erro vencível ou invencível – não tem relevância meramente teórica, mas prática, porquanto a correta compreensão da natureza do erro implica diretamente nas consequências da resposta penal, pois, havendo erro de tipo, ainda poderá subsistir a punição a título de culpa, se prevista tal modalidade no tipo violado, o que não ocorre em se tratando de erro de proibição, que exclui a culpabilidade e, portanto, a possibilidade de aplicação de qualquer sanção. O mesmo pode ser dito quanto à vencibilidade do erro.

Na omissão imprópria, o reconhecimento da existência de um crime se dá com a conjugação do tipo comissivo violado e as disposições do art. 13, §2º, do CP, e o trato do erro deve abranger, portanto, também os elementos que compõem essa extensão da figura típica. Logo, o objeto de conhecimento do omitente garantidor deve abranger todas as circunstâncias que integram o tipo objetivo omissivo impróprio: a) os pressupostos fáticos constituidores da posição de garantidor, b) a situação típica, c) a omissão da conduta determinada e exigida de evitação do resultado e, ainda, para alguns, o nexo de causalidade.

Para Estellita, na omissão, o erro que afasta o dolo é aquele incidente sobre os pressupostos objetivos (descritos ou normativos) do dever de agir. Quem, porém, conhecendo todos esses pressupostos, supõe, erroneamente, que não está obrigado a agir, deixa de cumprir o mandamento em erro de proibição, melhor dizendo, em erro sobre o mandamento normativo (art. 21, CPB)¹⁹⁵. Assim, o erro sobre alguma das circunstâncias objetivas

194 BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2ªed, 2010. p.263.

195 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.287.

que tornam um agente garantidor é erro de tipo, o erro sobre o mandamento de agir para evitar o resultado, erro de proibição¹⁹⁶.

Sendo exigível que o garantidor reconheça os dados fáticos da situação de perigo que aciona o dever de agir, a obtenção desse conhecimento, em um ambiente de fragmentação de informações e divisão de funções, adquire contornos próprios. Nessa perspectiva, o mesmo reflexo que o *compliance* pode ter na aferição do dolo e da culpa poderá ter no trato do erro. O empresário garantidor, obrigado a manter dentro dos limites permitidos os riscos advindos da atividade que exerce, deve buscar conhecer a realidade que o circunda para direcionar suas decisões e ações com domínio do que faz. Para Estellita, normalmente a omissão dos dirigentes em agir para evitar o resultado em caso de constituição de um setor de *compliance* na empresa derivará de erro de tipo por desconhecimento da situação de perigo, erro este causado pela omissão do *compliance officer* que não transmite a informação devida ou a transmite de forma lacunosa ou falha¹⁹⁷. A referida autora ainda adverte¹⁹⁸:

Há que se diferenciar esta situação, porém, daquela na qual a comunicação do *compliance officer* aos dirigentes se faz acompanhar de uma orientação sobre o caráter permitido ou proibido de uma prática de um subordinado, por exemplo, qualificando-a como lícita. Neste caso, em que os garantidores, tendo conhecimento de todas as circunstâncias objetivas, erram, porém, quanto à proibição do ato em vias de ser praticado, e consequentemente, avaliam como inexistente o dever de agir para impedir o resultado, o que há de se investigar é um possível erro de proibição, não mais um erro de tipo. Pode se tratar de erro sobre o mandado (de agir), que deve ser avaliado sob os pressupostos de sua evitabilidade para a determinação de suas consequências penais (art. 21, CP).

Todavia, na medida em que as práticas de *compliance* têm por finalidade fazer cumprir as normas legais e diretrizes políticas estabelecidas para as respectivas atividades, identificando e corrigindo os desvios, prevenindo riscos e os mantendo dentro dos limites permitidos, a admissão pelo julgador da alegação de erro, quando presentes tais programas de conformidade, pode ficar bem prejudicada. À luz dessa percepção, a análise do

196 ROXIN, Claus *apud* ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.287.

197 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.293.

198 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.293-294.

caso concreto deve levar em conta a extensão e as atribuições conferidas ao *compliance* – na mesma linha do afirmado quanto à aferição do dolo e da culpa – a fim de se verificar inclusive eventual erro determinado por terceiro, diante da multiplicidade de atores do ambiente empresarial, mormente o *compliance officer*.

Responde pelo crime o terceiro que determina o erro, nos termos do §2º do art. 20 do CP. Contudo, convém rememorar que a instituição de um setor de *compliance* não desobriga o garantidor originário, mas cria novas posições de garantia, remanescendo ainda ao garantidor primário os deveres de seleção adequada, fiscalização, fornecimento das condições materiais necessárias ao desempenho correto das tarefas etc.

Logo, se verificado no caso concreto que o *compliance* era meramente formal, que não foram dadas ao *compliance officer* condições de trabalho ou se foi contratada pessoa visivelmente despreparada para o desempenho das funções, de acordo com natureza das atividades e o porte da empresa, não cabe ao garantidor originário alegar que deixou de agir por erro de terceiro, beneficiando-se assim de sua própria torpeza.

Destarte, se, por um lado, o *compliance* poderá implicar o afastamento do dolo, por outro lado, poderá levar também a um enfraquecimento da alegação da existência de erro ou mesmo contribuir para a constatação da não obtenção da informação de forma deliberada. Nesse ponto, convém também diferenciarmos erro e cegueira. O indivíduo que age em erro não sabe o que faz, acreditando que seu agir é indiferente penalmente, sendo também vítima, portanto, de sua equivocada representação da realidade. Quem, por outro lado, conhece a realidade que o rodeia e sabe o que faz, tem o domínio sobre sua conduta – comissiva ou omissiva – podendo guiar-se de modo consciente. Nesse ponto, são pertinentes as palavras de Pardini¹⁹⁹:

Parece claro que esse conhecimento, em si mesmo, já pode ser objeto de domínio: especialmente quanto a fatos que não ocorrem diretamente diante dos olhos do sujeito, tais como, em regra, são aqueles relacionados à temática da omissão imprópria do dirigente empresarial, a pessoa detém pleno domínio sobre a obtenção ou não do conhecimento, podendo decidir pela sua obtenção, mediante busca de informações, ou pela sua alienação, mediante inércia, e ainda mais efetivamente, construção de barreiras ao fluxo de informações até si.

Assim, enquanto no erro há ausência ou equívoco na representação da realidade, na cegueira o agente decide não conhecer. Logo, erro e ce-

199 PARDINI, Lucas. *A imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2019. p.160.

gueira são mutuamente excludentes. Para Sydow, a identificação do erro de tipo nega o quadro de representação requerida pelo dolo, enquanto a identificação da situação de cegueira deliberada implica (tanto em julgados brasileiros, norte americanos e espanhóis) a representação requerida para o dolo²⁰⁰. Assim, a ignorância geradora do erro afasta o dolo e permite a tipificação a título de culpa, se existente. A cegueira deliberada em sentido estrito, por sua vez, tem aparência de culpa, mas sua identificação imputa ao sujeito a culpabilidade a título doloso²⁰¹. Não se está a afirmar, por outro lado, que, com a implementação do *compliance*, se passará a exigir conhecimentos superiores, ou que qualquer situação que escape ao mapeamento de riscos da empresa e sua contenção derive, necessariamente, de dolo.

A existência do *compliance* não afasta a razoabilidade da previsibilidade dos resultados, dentro dos limites tecnológicos existentes e do conhecimento humano, mas pode levar a um enfraquecimento da alegação da invencibilidade do erro, tendo em vista que ao garantidor é imposto o dever de fiscalização e controle sobre as fontes de perigo oriundas da empresa, portanto, deve buscar conhecer os resultados prováveis de cada atividade.

Em derradeiro, finaliza-se com a afirmação de Toledo: “Tenha-se em mente que a teoria do erro protege a boa-fé; não é uma brecha no sistema penal por onde possam transitar os espertos”²⁰².

5. Conclusão

A convivência com riscos é uma realidade inevitável da sociedade atual, no entanto, ela os tolera cada vez menos e deposita suas expectativas de gestão desses riscos no Direito Penal. Tal expectativa, transferida para o ambiente empresarial, tem levado à ampliação do uso da omissão imprópria como ferramenta de atribuição de responsabilidade penal do empresário como garante de evitação desses riscos.

A imputação a título de omissão imprópria se reveste de uma complexidade na maioria das vezes inexistente quando se trata da subsunção de uma conduta comissiva a um tipo penal, uma vez que a verificação de

200 SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da cegueira deliberada*. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2019. p.189.

201 SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da cegueira deliberada*. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2019. p.190.

202 TOLEDO, Francisco de Assi apud PARDINI, Lucas. *A imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2019. p.159.

seus pressupostos vai além da simples relação de adequação da conduta ao tipo, já que se faz necessária a utilização da norma de extensão da figura típica, existente na parte geral do Código Penal, estampada no art. 13, §2º, com especial destaque para as posições de garante. A fixação da posição de garantidor é a primeira etapa de verificação da responsabilidade penal pela omissão imprópria. A partir dos aspectos estudados, vimos que a posição de garantidor é fundamentada pela assunção fática de uma fonte de perigo ou da proteção de um bem jurídico, e que o papel da regulação extrapenal – a qual pode ser inclusive oriunda de autorregulação no âmbito empresarial – é o de delimitar o dever do garantidor e, pois, os limites dessa responsabilidade.

A identificação do garante e a delimitação de suas responsabilidades, no ambiente empresarial, ainda ganham matizes diversos, diante da divisão de funções que abrange uma ampla gama de atividades, que vão desde simples rotinas administrativas a tomadas de decisões sobre os rumos da empresa e sua atividade econômica, exercida em estruturas horizontais e verticais, com descentralização e delegação de funções, que impactam diretamente a análise das responsabilidades, mormente a de natureza penal.

Vimos também que ao garante é estabelecido um dever de cuidado e, especialmente em relação ao ambiente empresarial, um dever de vigilância em relação a determinadas fontes de perigo. As fontes de perigo são, em regra, identificáveis, e o *compliance* tem justamente por finalidade contribuir para que os riscos – diretos e indiretos – sejam corretamente identificados e mantidos dentro dos critérios permitidos.

A partir da compreensão dessa realidade empresarial, observamos que o programa de integridade pode ser empregado como fator delimitador da responsabilidade penal, mormente diante da possibilidade de tais programas, ao mapearem os riscos, contribuírem para a identificação, no caso concreto, daquele que tinha o dever de agir e do elemento subjetivo do omissor. O estudo nos mostrou que o *compliance* tem por finalidade fazer cumprir normas legais e regulamentares, políticas e diretrizes estabelecidas para as atividades, bem como desenvolver ferramentas para evitar, detectar e tratar qualquer desvio ou inconformidade existente no ambiente empresarial, aprimorando assim o conhecimento acerca das circunstâncias que possam levar a situações de perigo bens jurídicos tanto de terceiros quanto da própria empresa.

Quanto à questão norteadora da pesquisa, concluímos que, além da contribuição para melhor constatação dos aspectos do tipo objetivo da omissão

imprópria – a exemplo da posição de garantidor –, o *compliance* permite, especialmente, melhor análise quanto ao aspecto subjetivo da conduta, contribuindo para detecção ou afastamento do dolo, ou ainda permitindo diluir a problemática dos casos limítrofes entre o dolo eventual e a culpa consciente.

Nessa perspectiva, sendo o conhecimento das elementares do tipo condição indispensável à formação do dolo, e considerando a realidade mencionada acerca das peculiaridades do ambiente empresarial, concluímos que a divisão horizontal e vertical de atribuições nesse ambiente, com fragmentação e delegação de responsabilidades, pode refletir na formação do componente cognitivo dos agentes envolvidos, especialmente em relação àqueles que se encontram nas camadas hierarquicamente superiores.

Assim, o *compliance* pode (ou deve) servir para compensar, ao menos parcialmente, os limites naturais nos fluxos de informação, seja por meio do mapeamento dos riscos – externos e internos –, criando-se uma rotina rígida das informações que transitam na empresa ligadas às tomadas de decisões; seja mesmo pelos canais de denúncias que contribuem para o monitoramento das atividades/conduas dos empregados e colaboradores.

Nessa ordem de ideias, se o empresário implementa um programa de *compliance* visando realmente à detecção e contenção dos riscos nos limites permitidos, valendo-se dos recursos tecnológicos e humanos dentro do que sua capacidade financeira pode dispor, isso é indiciário da inexistência de dolo, valendo lembrar que a boa-fé se presume, o contrário é que demanda esforço probatório. Por evidente, necessário se faz que o *compliance* tenha efetividade, que não seja mero instrumento de fachada para atender a formalidades legais ou exigidas pelo mercado, devendo o garantidor observar seus deveres de correta seleção das pessoas envolvidas no processo de implementação e execução do programa de conformidade, com sua contínua fiscalização desses agentes, além do fornecimento dos meios materiais imprescindíveis ao desempenho das funções afetas ao programa; não se criando ainda barreiras à chegada do conhecimento necessário aos escalões superiores da empresa. Mas tudo verificado, ao fim e ao cabo, não há porque se atribuir dolo omissivo quando, a despeito disso, um dano venha a ocorrer.

Por outro lado, se demonstrado que o *compliance* era de fachada, o efeito inverso poderá ser alcançado, demonstrando-se que o garante intencionalmente evitou alcançar o conhecimento que lhe era possível para evitar danos, agindo, no mínimo, com dolo eventual. E, na diretriz de pensar o trabalho com o olhar voltado à solução de problemas concretos, concluí-

mos que, embora não seja possível uma resposta genérica e adequada a todas as constelações de casos que a realidade empresarial pode propiciar, não havendo um *standard* de solução, a existência do programa não pode ser ignorada quando da aferição do elemento subjetivo daquele que deveria ter impedido um resultado danoso que acabou por se concretizar.

Assim, considerando que o elemento subjetivo (dolo e culpa) integra a tipicidade; considerando ainda que a tipicidade é manifestação do princípio da legalidade e que fora da legalidade não há Direito, a aplicação de uma pena somente se legitima a partir do perfeito juízo de adequação da conduta ao tipo legal.

Nessa perspectiva, se, por um lado, o ambiente empresarial, como visto, apresenta dificuldades próprias na individualização das condutas, dadas as suas características de divisão vertical e horizontal de atividades, com delegação e compartimentalização de decisões e ações; por outro lado, não se pode admitir uma pretensão de compensação de um déficit de punibilidade em determinados contextos criminosos, lançando-se mão da responsabilidade penal objetiva, violando frontalmente princípios tão caros à liberdade do indivíduo frente ao Estado.

O *criminal compliance* como uma nova realidade do Direito Penal pode, assim, levar ao afastamento da incidência típica pela possibilidade de se permitir adequadamente verificar a inexistência do dolo diante de resultados atribuídos a título de omissão imprópria.

6. Referências

ABBI – Associação Brasileira de Bancos Internacionais. Página institucional. Disponível em: <http://www.abbi.com.br/funcaoodecompliance.html>. Acesso em: 03 jun. 2020.

ASSI, Marcos. *Compliance: como implementar*. São Paulo: Trevisan Editora, 2018.

BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal compliance*. São Paulo: QuartierLatin, 2014.

BIERRENBACH, Sheila. *Crimes omissivos impróprios*. Uma análise à luz do Código Penal Brasileiro. Belo Horizonte: Ed. Delrey, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, parte geral. v.01. 25ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2019.

BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010.

BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2015b. v.1.

BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. Coimbra: Ed. Almedina, 2012.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Página institucional. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=91762CFCC7CB96779F813920CACDC300.proposicoesWebExterno2?codteor=1818737&filename=Tramitacao-PL+5442/2019. Acesso em: 14 jul.2020

COLEN, Guilherme Coelho. *O dolo no contexto estrutural da tipicidade*. 2014. Tese (doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco, 2014.

COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. São Paulo: Ed. Atlas, 2015.

COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. *Crimes omissos impróprios: tipo e imputação objetiva*. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2017.

ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Teoria do garantismo penal. 4ªed.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FEBRABAN. Federação Brasileira de Bancos. Página institucional. Disponível em: https://www.legiscompliance.com.br/images/pdf/febraban_manual_compliance_2018.pdf. Acesso em: 10 jan. 2020 e 03.jun.2020

FEBRABAN. Federação Brasileira de Bancos. Página institucional. Disponível em: https://cmsportal.febraban.org.br/Arquivos/documentos/PDF/febraban_manual_compliance_2018_2web.pdf. Acesso em: 13 jul. 2020.

GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004.

GREGO, Luis. *Autoria como domínio do fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRECO, Luís. *Dolo sem vontade*. In: DIAS, Augusto Silva *et al* (org.). Coimbra: Almedina, 2009, p.885-903.

GRECO, Luis. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

GUSTIN, M.B.S; DIAS, M.T.F. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Editora Delrey, 2010.

IBGC. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. Página institucional. Disponível em: www.ibgc.org.br/conhecimento/governanca-corporativa. Acesso em: 14 jul. 2020.

ISO. International Organization for Standardization. Página institucional. Disponível em: <https://www.iso.org/home.html>. Acesso em: 12 jul. 2020.

KPGM. Consultoria de Gestão. Página institucional. Disponível em: <https://cndi.org.br/politicaspUBLICAS/wp-content/uploads/estudos/Maturidade%20do%20compliance%20no%20Brasil%20-%20KPMG.pdf>. Acesso em 13 jul. 2020.

LEITE, M. L; DIAS, R.M.C.G. *O compliance nas empresas e o impacto na competitividade*. In: LOPES, L.S; MARTINS, A.J. *Direito Penal Econômico*. Belo Horizonte: D'Plácido: 2017.

LOPES, L.S; MARTINS, A.J. *Direito Penal Econômico*. Belo Horizonte: D'Plácido: 2017.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo culpa como dolo*. O uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2018.

PARDINI, Lucas. *A imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2019.

PLANAS, Ricardo Robles. *Estudos de dogmática jurídico-penal*. Belo Horizonte: D'Plácido: 2016.

MIR PUIG, Santiago. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais: 2004.

PINTO, F.M.; BRENER, P.R.C.V. Responsabilidade corporativa e *compliance*. In: LOPES, L.S.; MARTINS, A.J. *Direito penal econômico*. Belo Horizonte: D'Plácido: 2017.

ROCHA, Ronan. *A relação de causalidade no direito penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Corrupção e *compliance* no Brasil. In: *Comentários ao direito penal econômico brasileiro*. LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELL, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (org.) Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

SCANDELARI, Gustavo Britta. As posições de garante na empresa e o criminal *compliance* no Brasil: primeira abordagem em *Compliance* e Direito Penal. In: DAVID, Décio Franco (org.). *Compliance e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal*. Traduzido por Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVEIRA, Renato M. J. *Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime*. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido 2018.

SILVEIRA, R.M.J.; SAAD-DINIZ, E. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017.

SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da cegueira deliberada*. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2019.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Editora Delrey, 2003.

TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2017.

WEZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*. Uma introdução à doutrina da ação finalista. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

GISLANE TESTI COLET

Promotora de Justiça no MPMG. Especialista em Direito Público – PUC/MG. Mestre em Direito Penal – PUC Minas.



DELITOS TRIBUTÁRIOS E LAVAGEM DE DINHEIRO: ASPECTOS TEÓRICOS SOBRE A UTILIZAÇÃO DO PROVEITO ECONÔMICO DECORRENTE DA INFRAÇÃO PENAL ANTECEDENTE NA PRÓPRIA ATIVIDADE EMPRESARIAL COMO CONDUTA TÍPICA DA LAVAGEM DE DINHEIRO

TAX OFFENSES AND MONEY LAUNDERING
THEORETICAL ASPECTS OF THE USE OF ECONOMIC PROFIT
RESULTING FROM THE PREVIOUS CRIMINAL OFFENSE IN THE
BUSINESS ACTIVITY ITSELF AS A TYPICAL CONDUCT OF MONEY LAUNDERING

GUSTAVO SOUSA FRANCO

Promotor de Justiça

Resumo: aspectos teóricos sobre a utilização do proveito econômico dos valores provenientes de delitos tributários na própria atividade empresarial de sociedade anônima, como conduta típica do crime de lavagem de dinheiro, ainda que não haja acréscimo patrimonial direto do sujeito ativo do delito contra a ordem tributária. Inegavelmente, a sociedade empresária beneficiada com o reaproveitamento do acréscimo econômico do ilícito tributário tem vantagem sobre a concorrência no seu segmento de atuação e, invariavelmente, distribui mais dividendos aos seus acionistas. Há dissimulação dos valores provenientes da infração penal antecedente gerando incremento patrimonial indireto aos seus beneficiários. Apropriação indébita tributária praticada por devedor contumaz de imposto sobre circulação de mercadorias implica em desequilíbrio concorrencial e incremento econômico indevido ao sujeito ativo.

Palavras-chave: proveito econômico ilegal, lavagem de dinheiro, evasão fiscal, aumento patrimonial indireto.

Abstract: theoretical aspects on the use of the economic benefit of the values derived from tax offenses in the business activity of a corporation, as a typical conduct of money laundering crime, even if there is no direct asset growth for the perpetrator of the offense against the tax authority. Undoubtedly, the company that benefits from the reuse of the excess profit from the tax evasion has an advantage over the competition in its segment of activity and, invariably, distributes more dividends to its shareholders. There is a concealment of the amounts arising from the previous criminal offense, generating an indirect asset growth to its beneficiaries. Tax misappropriation practiced by a persistent tax evader of excise tax generate competitive imbalance and undue economic increase to the tax fraud perpetrator.

Keywords: illicit benefit, money laundering, tax offense, indirect asset growth.

1. Introdução

A ordem econômica é tratada no Título VII da Constituição da República, a partir de seu artigo 170, tendo como um dos pilares de sustentação a

livre iniciativa. Dentre seus princípios, a ordem econômica pressupõe a igualdade de tratamento das empresas e a livre concorrência.

O mercado deve ter regras claras e seguras para a garantia da livre concorrência, pilar fundamental para o equilíbrio entre as empresas de mesmo segmento econômico. O desrespeito às normas de ordem econômica implica, em certa medida, a diminuição ou eliminação da concorrência de forma desleal e, conseqüentemente, eventual domínio ou monopolização do mercado.

Neste cenário, fica evidente que a própria Carta Magna dispõe sobre a repressão ao abuso do poder econômico, aquele tendente a promover a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. Deste modo, o Estado deve atuar sobre a economia, mormente, para regulamentar os atores econômicos e suas ações, disciplinando comportamentos prejudiciais à concorrência.

Em face desse raciocínio, conclui-se que o Estado deve proporcionar a todas as empresas a igualdade de oportunidade de participação nos diferentes ramos econômicos e impedir que um ou poucos agentes econômicos influenciem indevidamente a lógica concorrencial. Esta igualdade de oportunidade de participação significa, inclusive, o cumprimento integral das obrigações das sociedades empresárias, como o pagamento dos tributos, por exemplo.

Destaque-se, ainda, que o Sistema Tributário Nacional é essencial para que o Estado obtenha os recursos financeiros necessários para a realização do bem comum. Os tributos são receitas derivadas do Estado, aquelas originadas do patrimônio do ente particular, sob a égide de regime público, por meio do qual o Estado usa seu poder de império para obrigar a contribuição do ente particular.

Em regra, os tributos devem ser regulados conforme a capacidade econômica do contribuinte, a exemplo do imposto sobre circulação de mercadorias – ICMS –, que tem finalidade fiscal, ou seja, visa à arrecadação de recursos pelo Estado.

Todavia, o poder estatal de tributar tem limitações e diretrizes bem delineadas na Carta Magna, a exemplo do princípio da isonomia, disposto no artigo 150, inciso II, da Constituição da República¹. Assim, *a priori*, o tratamento discriminatório entre sociedades empresárias somente encontra permissão constitucional e legal para empresas de pequeno porte, à luz

1 Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.

do artigo 170, inciso IX, da Constituição da República e da Lei Complementar n. 123/2006.

Já no âmbito do Direito Privado, o Código Civil de 2002 adotou a concepção da teoria da empresa e, a partir do conceito de empresário, plasmado em seu artigo 966², conclui-se que empresa é a organização de atividade econômica que tem por finalidade a circulação ou produção de bens ou serviços. Portanto, sociedade empresária é pessoa jurídica cujo objeto social é a exploração de atividade econômica organizada. Obviamente, esta exploração econômica visa, essencialmente, ao lucro, já que toda relação empresarial é onerosa. Neste contexto, o empresário assume os riscos técnicos e econômicos de sua atividade, dentre eles, o recolhimento de impostos.

Pois bem, conjugando as regras de ordem econômica com a atividade empresarial e o sistema tributário nacional, percebe-se, claramente, a necessidade de que este tenha regras claras e bem delineadas, de modo a limitar o poder estatal, permitindo a livre iniciativa que, certamente, só se demonstra viável mediante a igualdade de condições entre os concorrentes que atuam no mesmo segmento.

2. Dos delitos contra a ordem tributária e do crime de lavagem de capitais

O Estado, como ente destinatário dos tributos, tem a prerrogativa de fiscalizar o cumprimento da obrigação tributária. A fiscalização busca, primordialmente, estimular o cumprimento espontâneo da obrigação. Caso seja frustrado o adimplemento voluntário da obrigação tributária, permite-se ao fisco a inscrição em dívida ativa, por meio da qual são tomadas medidas executórias contra o devedor tributário.

Apesar do poder coercitivo do Estado, há severa resistência à tributação e ao cumprimento integral da obrigação tributária. As medidas administrativas e judiciais são, por vezes, insuficientes para sancionar os contribuintes inadimplentes. Neste norte, editou-se a Lei n. 8137/90 para tipificar penalmente as condutas atentatórias à ordem tributária.

Os tipos penais veiculados na norma em epígrafe tutelam a ordem tributária, em essência. Há, ainda, entendimento doutrinário acerca de proteção de outros bens jurídicos, conforme ensinamento de Renato Brasileiro de Lima:

Secundariamente, os crimes contra a ordem tributária também tutelam a Administração Pública, a fé pública, a garantia dos meios necessários

² Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

para que o Estado possa atender às prestações sociais, o trabalho e a livre concorrência, consagrada pela Constituição Federal como um dos princípios da ordem econômica (art. 170, IV), já que não se pode negar que o empresário sonegador poderá praticar preços mais baratos do que aquele que recolhe seus tributos de maneira regular o que caracterizaria evidente concorrência desleal. (LIMA, Renato Brasileiro de., legislação criminal especial comentada: volume único/ Renato Brasileiro de Lima – 8 ed. rev. atual. e ampl. – Salvador: JusPODIVM, 2020, p. 214)

Dentre os delitos previstos na Lei n. 8.137/90, a figura inserida no artigo 2º, inciso II, trata da apropriação indébita tributária³. A conduta prevista é crime formal, conforme firme jurisprudência dos Tribunais Superiores, a seguir:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO

ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 2º, II, DA LEI N. 8.137/1990. ICMS DECLARADO E NÃO PAGO. TIPICIDADE. PRESCINDIBILIDADE DE ESPECIAL FIM DE AGIR. ABSOLUÇÃO POR INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA E POR AUSÊNCIA DE DOLO.

SÚMULA N. 7 DO STJ. SÚMULA VINCULANTE N. 24 DO STF. NÃO INCIDÊNCIA. CRIME FORMAL. PRESCRIÇÃO SUPERVENIENTE.

OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO EM PARTE.

1. A configuração do delito previsto no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, nos casos em que não há o repasse de ICMS ao Fisco – o qual prescinde da diferenciação entre imposto próprio ou por substituição tributária –, o fato de o agente registrar, apurar e declarar em guia própria ou em livros fiscais o imposto devido não tem o condão de elidir ou exercer nenhuma influência na prática do delito, visto que este não pressupõe a clandestinidade.

(...)

4. O crime do art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990 é de natureza formal e prescinde da constituição definitiva do crédito tributário para sua configuração. Não incidência da Súmula Vinculante n. 24 do STF. Precedente.

(...)

(AgRg no AREsp 1121680 / GO; AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2017/0153407-5; Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ; STJ, 6ª Turma; Data do julgamento: 6/11/2018; DJe 21/11/2018).

3 Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

(Vide Lei nº 9.964, de 10.4.2000)

(...)

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

Referido tipo penal foi submetido à apreciação do Supremo Tribunal Federal para análise da constitucionalidade. A corrente favorável à inconstitucionalidade do delito sustenta que configuraria hipótese de prisão civil por dívidas, contrariamente, portanto, ao que dita o artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição da República⁴.

Na verdade, a conduta punida em referido tipo penal não é mera omissão no recolhimento de tributo, mas sim, ausência de recolher o tributo que, efetivamente, foi cobrado ou descontado. Definitivamente, a melhor doutrina e jurisprudência ensinam que não se trata de prisão civil por dívida.

Colocando uma pá de cal sobre a discussão, a Corte Maior se posicionou pela constitucionalidade do tipo penal no julgamento do Recurso em Habeas Corpus n. 163.334/SC, Relator Ministro Roberto Barroso.

Portanto, o devedor contumaz, aquele que faz da inadimplência tributária seu modo regular de operação, não é mero contribuinte inadimplente. Em verdade, trata-se de sujeito passivo tributário que, apesar de escriturar e declarar o débito, não recolhe o tributo cobrado ou descontado de terceiro, incidindo em conduta típica.

Notadamente, o contribuinte que se coloca nesta situação de forma peregrina, permanece em larga situação de vantagem econômica em relação aos seus concorrentes, afetando, sistematicamente, a livre concorrência.

A lei n. 9.613/98 foi alterada pela Lei n. 12.683/12, tornando a legislação de lavagem de dinheiro adequada às orientações do GAFI (Grupo de Atuação Financeira Internacional), de modo a gerar maior eficiência na persecução penal dos crimes de branqueamento de capitais.

A legislação pátria nacional previa, em sua redação original, um rol taxativo de infrações antecedentes (tráfico de drogas, terrorismo, contrabando ou tráfico de armas, extorsão mediante sequestro, crimes contra a administração pública, contra o sistema financeiro nacional e aqueles praticados por organização criminosa).

Somente com o advento da Lei n. 12.683/12 suprimiu-se o rol taxativo, permitindo, deste modo, a inclusão de crimes contra a ordem tributária como aquela figura típica antecedente ao crime de lavagem de dinheiro.

No Direito Penal brasileiro, aplica-se a regra da lei vigente ao tempo da prática da conduta (*tempus regit actum*), de modo a preservar a reserva legal e o princípio da anterioridade da lei penal, em respeito à normativa constitucional (art. 5º, XL da CR/88 e artigos 2º e 3º do Código Penal).

4 4 LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

Neste sentido, torna-se importante a lição de Renato Brasileiro de Lima, *in verbis*:

“Uma das principais mudanças produzidas pela Lei nº 12.683/12 foi a extinção do rol taxativo de crimes antecedentes que constava do art. 1º da Lei nº 9.613/98 e a possibilidade de que, doravante, qualquer infração penal passe a figurar como antecedente da lavagem de capitais. Ante a mudança, não há dúvidas de que, praticada determinada infração penal (**v.g. crimes tributários**) a partir da entrada em vigor da Lei nº 12.683/12 (10/7/2012), caso os bens, direitos ou valores dela provenientes venham a ser objeto de ocultação ou dissimulação, caracterizado estará o delito de lavagem de capitais, nos exatos termos do art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.613/98. Como se percebe, não há qualquer dúvida quanto à imediata aplicação da nova redação do art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.613/98, **às hipóteses em que a infração penal antecedente e a lavagem de capitais forem cometidas a partir da vigência da Lei nº 12.683/12.**” (*in* Lima, Renato Brasileiro de Legislação criminal especial comentada: volume único/ Renato Brasileiro de Lima – 8ª ed. rev., atual. e ampl. - Salvador: JusPODIVM, 2020, p. 665, sem grifos no original.)

Conforme exposto, o crime tributário pode ser considerado como delito antecedente à lavagem de capitais desde a vigência da Lei n. 12.683/12. Consequentemente, a conduta de apropriação indébita tributária serve como base para o crime consequente (lavagem de dinheiro).

3. Da utilização do proveito econômico do crime tributário

Na prática, o contribuinte que deixa de recolher, no prazo legal, valor de tributo, descontado ou cobrado, e que deveria recolher aos cofres públicos, mantém o montante financeiro em sua contabilidade, ocultando, assim, a origem espúria do dinheiro.

Em teoria, o delito de lavagem de dinheiro possui três fases: colocação (*placement*), dissimulação (*layering*) e integração (*integration* ou *recycling*). Na primeira delas, há a dissociação do capital do autor do delito, com sua introdução no sistema financeiro. Na segunda, ocorre a multiplicação de transações financeiras, com o fito de se eliminar o rastro do dinheiro. Finalmente, a última etapa consiste no emprego do dinheiro em negócios lícitos ou na aquisição de bens.

Ainda que teoricamente a lavagem de dinheiro pressuponha as três etapas, não se exige a ocorrência de todas elas, especialmente, porque elas podem ocorrer simultaneamente ou se confundirem em uma única

operação. Portanto, basta que a movimentação financeira ocorra para conferir aparência lícita a bens, direitos ou valores do crime antecedente.

Veja que, no caso da apropriação indébita de ICMS, o sujeito ativo ou empresário cobra efetivamente o tributo do consumidor, já que este imposto é cobrado “dentro” do valor da mercadoria, ou seja, incluído em seu preço. Neste caso, não importa se o ICMS é próprio ou por substituição tributária, como destacado no julgado acima mencionado (AgRg no AREsp 1121680 / GO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2017/0153407-5; Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ; STJ, 6ª Turma; Data do julgamento: 6/11/2018; DJe 21/11/2018), posto que não há ônus financeiro para o contribuinte de direito, já que o valor do tributo é repassado para o consumidor final.

Logo, ao vender determinada mercadoria, o empresário recebe certa quantia monetária que inclui o custo do produto, seu lucro e o imposto cobrado do consumidor. Deste modo, apenas contabilmente é possível distinguir qual é a efetiva parcela de cada um dos elementos acima mencionados, de onde se conclui que já há confusão de recursos lícitos e ilícitos na prática do delito antecedente.

Na verdade, o contribuinte, nesta hipótese, se assemelha ao depositário, posto que o ICMS não integra o faturamento do sujeito passivo da obrigação tributária, ou seja, o valor arrecadado a título deste imposto não ingressa em seu patrimônio, apenas deveria circular em sua contabilidade.

Considerando a enorme quantidade de relações comerciais levadas a efeito por uma sociedade empresária varejista ao longo de um mês, período em que se circunscreve cada conduta delitativa, a qual se consuma com a obrigação acessória de entrega à receita estadual da DAPI (Declaração de Apuração e Informação do ICMS), percebe-se que a multiplicidade de transações financeiras possui a condição de dificultar a identificação da origem ilícita dos valores arrecadados.

A participação nas sociedades anônimas ocorre por meio das ações. Quando bem administradas, as sociedades empresárias obtêm resultado financeiro positivo, sendo direito do acionista a participação nos lucros sociais. Ao cabo de cada exercício social, a partir das demonstrações contábeis, surge a obrigação de identificação do lucro líquido da sociedade. A assembleia geral ordinária pode deliberar sobre a distribuição do lucro líquido como dividendos entre os acionistas, conforme disposição dos artigos 201 e seguintes da Lei das Sociedade Anônimas (Lei n. 6.404/76).

Percebe-se, nessa perspectiva, que aqueles valores obtidos de forma espúria pela apropriação indébita tributária são misturados com fundos

lícitos da sociedade empresária e, após a consolidação dos resultados da companhia, são integrados no sistema financeiro mediante a outorga de dividendos aos acionistas. Cuida-se, deste modo, de se conferir, sofisticada e dissimuladamente, a aparência de licitude aos valores indevidos obtidos por meio da infração penal tributária antecedente.

Não há *bis in idem* entre os delitos tributários e a lavagem de dinheiro, posto que a conduta antecedente se exaure com a entrega da DAPI à receita estadual e com a omissão em não recolher o valor do tributo devido, ao passo que o mascaramento da origem espúria do proveito econômico do delito contra a ordem tributária não se configura como mero usufruto da infração antecedente, mas como claro ato da figura prevista no artigo 1º da Lei n. 9.613/98, mediante sofisticadas operações contábeis e empresariais.

4. Conclusão

Em suma, a sociedade empresária que ostenta a condição de devedora contumaz de ICMS gera desequilíbrio em relação aos concorrentes do mesmo segmento econômico, ao passo que reduz consideravelmente seus custos operacionais, obtendo nítida vantagem financeira e, conseqüentemente, aumentando deslealmente sua posição no mercado. Naturalmente, a tendência é incrementar seus lucros sociais, os quais reverterão aos sócios pela distribuição de dividendos. Portanto, todo aquele produto derivado da apropriação indébita tributária se confunde na complexa contabilidade da empresa com os ganhos lícitos da sociedade e, após a apuração contábil do exercício social, aporta de maneira sub-reptícia, apesar de aparentemente lícita, no patrimônio daqueles que cometeram a infração penal antecedente, configurando, neste caso, a lavagem de dinheiro derivada do delito tributário.

5. Referências

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário*. 13.ed. revi, atual. e ampl., Salvador: JusPodivum, 2019.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. AgRg no AREsp 1121680 / GO; *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial*. 2017/0153407-5; Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz; STJ, 6ª Turma; Data do julgamento: 6/11/2018; DJe 21/11/2018.

FORGIONI, Paula Andrea. *Direito Concorrencial e Restrições Verticais*. Prefácio Eros Roberto Grau, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*: volume único/ Renato Brasileiro de Lima – 8 ed. rev. atual. e ampl. – Salvador: JusPODIVM, 2020, p. 214 e 665.

GUSTAVO SOUSA FRANCO

Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais desde o ano de 2010, titular da 14ª Promotoria de Justiça de Contagem/Minas Gerais, atualmente atuando como coordenador da Coordenadoria Regional das Promotorias de Justiça da Ordem Econômica e Tributária de Contagem. E-mail: gsfranco@mpmg.mp.br.



OS VASOS (IN)COMUNICANTES: UMA INTRODUÇÃO AO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

THE INCOMMUNICABLE VESSELS:
AN INTRODUCTION TO THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM

HÉLVIO SIMÕES VIDAL

Promotor de Justiça

Resumo: Este artigo se constitui em um enfoque sociológico sobre as instâncias de controle penal formalizado, procurando discorrer sobre os problemas práticos que levam à formação de instâncias autistas na prevenção e repressão ao crime e as consequências desse isolamento institucional. A abordagem parte das teorias estruturalistas e funcionalistas para descrever o desengate entre as quatro instâncias (polícia, ministério público, judiciário e estabelecimentos penais), abordando-as de maneira individual para, ao final, descrever e analisar a pena-prisão na sociedade contemporânea.

Palavras-chave: Sociologia das instituições penais; instâncias de controle formalizado do crime; polícia; ministério público; justiça e execução penal.

Abstract: This article is based on a sociological focus on the instances of formalized criminal control, seeking to discern the practical problems that lead to the formation of autistic bodies in the prevention and repression of crime and the consequences of this institutional isolation. The approach departs of the structural and functionalist theories to describe the disengagement between the four instances (police, prosecutors, judiciary and criminal establishments), and dressing them individually, to finally describe and analyze the prison sentence in contemporary society.

Keywords: Sociology of criminal institutions; instances of formalized crime control; police; public prosecution; justice and criminal enforcement.

Súmario: 1. Física e equilíbrio (os vasos comunicantes): sociedade e compartimentação 2. O problema da (des)integração entre as instâncias de controle penal 3. O sistema policial 4. A ação persecutória do Ministério Público 5. A atuação garantista da justiça penal 6. A vingança da execução penal 7. Referências.

1. Física e equilíbrio (os vasos comunicantes): sociedade e compartimentação

No campo da física, os vasos comunicantes são um experimento utilizado para explicar o equilíbrio entre dois líquidos, através de um duto aberto.

Como o sistema está estabilizado, é possível aferir a relação perfeita entre a pressão e a altura dos líquidos na coluna, o que ocorre de forma inversamente proporcional às respectivas densidades.

Existindo uma relação invariável em todos os experimentos, é possível a síntese de uma lei geral para os fenômenos naturais, que se repetem em todo experimento, sem exceção.

No campo das ciências sociais se constata uma realidade bastante variável nas relações entre os “vasos”, representados pelas instâncias de controle penal.

O engate comunicativo entre elas deveria ser controlado pelo direito, supostamente para realizar finalidades comuns: a prevenção, a descoberta de infrações penais, a identificação e a punição dos culpados.

No entanto, as instituições de controle penal agem de acordo com regras elaboradas para si mesmas, sem interferência direta das demais instâncias.

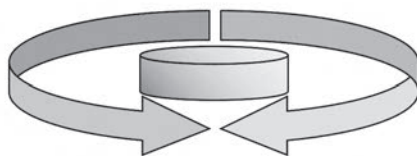
Esse é um fenômeno não exclusivo, mas que ocorre de forma geral na sociedade, porque esta se constitui de uma rede de sistemas parciais autônomos que se fecham uns em relação aos outros através de “semânticas próprias” (HABERMAS, 2003, p. 63).

Em cada domínio do controle social há uma atitude prática contínua que determina o comportamento dos seus integrantes.

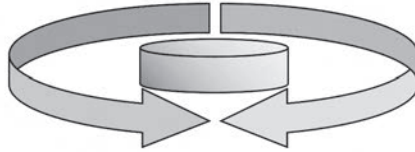
Nem a Constituição ou qualquer legislação consegue planificar e integrar em um objetivo comum as instituições e o comportamento, dentro delas, dos agentes do controle formalizado.

Cada instituição age de acordo com finalidades próprias, seguindo sua própria cultura, fenômeno que, sob o ponto de vista da sociologia jurídica, se denomina compartimentação das instâncias de controle penal.

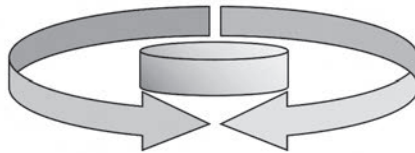
Compartimentação das instâncias de controle penal



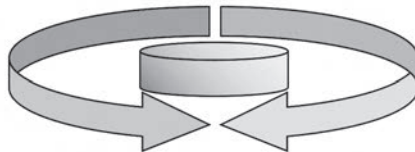
Judiciário



Ministério Público



Polícia



Estabelecimentos Prisionais

As teorias estruturalistas e funcionalistas são decisivas para a compreensão desse problema macrosociológico. Segundo as observações dessas teorias objetivistas, a sociedade está dividida em vários mundos circundantes, sendo diferenciada funcionalmente em vários sistemas, uns ao lado dos outros, formando sistemas parciais fechados.

Embora o direito tenha a pretensão de produzir a articulação, a integração e a estabilidade social (RAISER, 2013, p. 187), ele não é capaz de intervir diretamente para integrar todos os sistemas sociais parciais, porque a própria sociedade está dividida de maneira muito complexa.

O racionalismo das prescrições normativas, ou seja, do direito, é deslocado pelas constatações sociológicas para uma posição periférica. Embora o direito tenda a produzir expectativas comportamentais congruentes, outros mecanismos fáticos interferem decisivamente no comportamento dos agentes das instâncias formais de controle.

A disjunção entre os sistemas de justiça criminal é determinada por causas internas, de acordo com uma lógica diferenciada prevalecente em cada organização, de acordo com um código de comunicação próprio. Por isso, a ideia de sistema de justiça criminal se refere a um artifício conceitual utilizado em ciências sociais para referir-se aos diversos subsistemas de controle penal. O “sistema” de justiça criminal, como afirma WACQUANT (2003, p. 191), “só é sistemático no papel”.

Sendo muito questionável a possibilidade de compreensão e explicação das causas da criminalidade, é, entretanto, inteiramente viável, sob o ponto de vista sociológico, explicar a ação dos vários subsistemas penais.

Cabe à sociologia e à criminologia a explicação da autoprogramação das instâncias de controle penal, das razões da existência de bloqueios internos, da falta de coesão entre esses sistemas parciais (em síntese, a investigação da vida interna das instituições de controle penal) e da impotência do direito para integrá-las.

A partir da sociologia do conflito é possível compreender como agem as pessoas e como funcionam as instâncias que têm o poder de definir o que é crime.

2. O problema da (des)integração entre as instâncias de controle penal

Cada instância de controle obtém a sua autonomia através da criação de códigos e semânticas próprias, não traduzíveis entre si que nascem da diferenciação funcional entre as múltiplas instâncias, que, num certo sentido, são “autistas” e perdem a capacidade de comunicar diretamente entre si, limitando-se apenas à “observação mútua” (HABERMAS, 2003, p. 65).

Segundo Luhmann (1983, p. 146), os diversos sistemas parciais são orientados para funções específicas e produzem, em cada direção funcional abstrata, mais possibilidades de experimentação e de ação do que seria possível realizar na sociedade em sua totalidade.

A desintegração dos sistemas parciais de controle penal é causada pela diferenciação funcional entre eles, com a consequente “superprodução de possibilidades” (LUHMANN, 1983, p.177).

O encapsulamento da polícia e a sua repulsa a qualquer controle externo são devidos a uma herança colonial. No Brasil, mesmo após a entrada em vigor do atual Código de Processo Penal, em 1942, a função policial

era acometida, ante a falta de pessoal capacitado, aos “delegados de calça-curta”, ou seja, pessoas leigas e, mais tarde, em regimes ditatoriais, aos oficiais da polícia militar, indicados politicamente ao executivo, que os nomeava para presidir a investigação. Como não havia praticamente controle algum sobre suas atividades, toda a repressão e violência estavam concentradas nas mãos da polícia.

A polícia age segundo à estratégia da repressão e da punição dos suspeitos e considera que a excessiva latitude dos direitos individuais acaba por “embarreirar” as suas finalidades. Com isso, muitos comportamentos dos agentes policiais são praticados com arbitrariedade e pressão, o que não deve, entretanto, ser considerado num quadro individual, mas num que deixa raízes mais profundas.

Se a obtenção de um mandado de busca e apreensão parecer dificultoso, a entrada na residência do suspeito, por exemplo, pode ser obtida com a sugestão de novas investidas ou retaliações e, assim, a investigação pode ser “facilitada”. Outra “estratégia” é o oferecimento de certas “vantagens” se uma pessoa envolvida na investigação colaborar, por exemplo, entregando os demais comparsas. O delator será “premiado” com a supressão de seu nome da ocorrência policial ou com a sua inserção como “testemunha”, por exemplo.

Toda polícia é avessa ao controle externo, justamente, pelo risco a que seus agentes se expõem de, na rotina de trabalho, se ver apontados como eventuais autores de crimes. Contra esse risco existe uma dilargada e enraizada matriz corporativa. Além disso, toda política de intervenção sobre a polícia recebe o rechaço institucional dada à constatação de que a polícia é resistente a inovações (BRETAS, 1997, p. 80).

O avanço do Ministério Público sobre a titularidade da investigação criminal é outro ponto de grande conflito institucional. A polícia considera que a investigação criminal é um feudo próprio e, por isso, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, existe uma deplorável e paralisante resistência sobre esse controle, com repercussão no Supremo Tribunal Federal, cuja jurisprudência era cambiante, no sentido de vedar a investigação direta ao Ministério Público (RE 233.072-4/RJ; RE 205.473-9/AL) ou admiti-la, com fundamento na hermenêutica constitucional dos “poderes implícitos” (RE 468.523/SC).

Após essa hesitação, o STF firmou o entendimento no sentido da legitimidade constitucional da investigação direta promovida pelo Ministério Público (RE 593.727, com Repercussão Geral, julgado em 14/05/2015).

O Ministério Público é a instituição responsável pela ligação entre a polícia e a magistratura. Sua função é uma simbiose entre a investigação e o julgamento. Ao mesmo tempo em que o Ministério Público está ligado à polícia, pois depende muito do sucesso das investigações preliminares, estando, por isso, atrelado ao meio policial, também deve se comunicar com a magistratura segundo a visão que os juízes possuem sobre o sistema criminal.

Como órgão da acusação, o Ministério Público é o responsável pela “tradução” das investigações e pela sua persecução em juízo, retirando delas eventuais “excessos punitivos”, por exemplo, reduzindo, nas acusações oferecidas, o alcance do indiciamento feito pela polícia.

Oferecida a denúncia, entretanto, o Ministério Público é obrigado a abandonar a investigação policial, uma vez que todo o processo que se seguirá estará bitolado pelas restrições do contraditório judicial.

Assim, o Ministério Público vive um conflito situacional, ou seja, para acusar, necessita dos logros da “polícia judiciária” ou da sua própria investigação direta, mas, para obter sucesso no processo, deve abandoná-las e aguardar que as provas sejam confirmadas perante o juiz criminal, uma vez que a pessoa acusada tem direito ao contraditório (Constituição Federal, art. 5º, LV).

O empenho do Ministério Público, assim, é pela repetição das provas realizadas pela polícia ou por ele próprio nas investigações preliminares. Esse trabalho é muito difícil, pois a acusação deve lutar contra a “sabotagem” do tempo, tendo em vista que, sob o ponto de vista da mecânica procedimental, quanto maior for a distância entre os anéis intermediários (*Zwischenglieder*), tanto menor será o valor dos depoimentos prestados (SCHROEDER, 2007, p. 169).

As provas vão desbotando com o tempo pelo esquecimento, então o novo empenho da acusação é lutar pela aceleração do processo, mas isso já não depende exclusivamente do Ministério Público, que está no meio da engrenagem lenta do judiciário.

A aproximação com a magistratura está na atuação imparcial dos membros do Ministério Público. A neutralidade funcional não é mais do que a exigência de submeter-se aos fatos. Se a prova não for suficiente, o Ministério Público deve pedir a absolvição do réu. Os terríveis debates judiciais, a contenda com o colégio defensivo e a vaidade - também dos demais atores - podem turvar o dever de isenção.

A magistratura é uma “corporação insulada do ambiente externo” que se comunica com ele por meio da chamada “entrada lateral na corporação”,

em que preponderam critérios políticos no recrutamento de “notáveis das profissões jurídicas” (VIANNA et ali, 1997, p. 43), vale dizer, advogados e membros do Ministério Público, que preenchem 1/5 das vagas dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios, e 1/3 das vagas do STJ (CF, art. 94 e 104, parágrafo único II).

Quanto mais se está próximo dos vértices da sua hierarquia – federal ou estadual – é maior a sua exposição ao ambiente político (VIANNA et ali, 1997, p. 44), o que tem comprometido o instituto do “quinto constitucional”, com a indicação de pessoas por mecanismos familísticos e corporativistas (VIANNA et ali, 1997, p. 231).

Outro raro vaso de comunicação entre a magistratura e o ambiente externo está nas bancas de seleção dos concursos, onde a Ordem dos Advogados do Brasil tem presença obrigatória (Constituição Federal, art. 93, I).

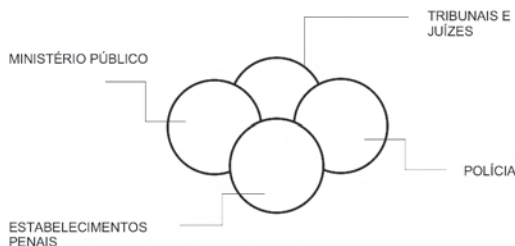
No que diz respeito às funções jurisdicionais, existe um fenômeno de fechamento sistemático, conjugado com a abertura externa do Poder Judiciário às outras instituições não só de controle, mas também democráticas, como é o caso da difusa legitimidade para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal (Constituição Federal, art. 103).

O fechamento interno do judiciário está localizado principalmente na formação da jurisprudência. É o que ocorre, por exemplo, com as Súmulas Vinculantes (CF, art. 103-A) editadas pelo Supremo Tribunal Federal que, a par de possuírem valor de lei, “tornam vulneráveis, na prática, o princípio da soberania do juiz singular” (VIANNA et ali, 1997, p. 46).

De fato, esse é o exemplo mais eloquente do fechamento interno do judiciário, pois todos os juízes devem seguir as Súmulas Vinculantes, editadas do vértice do judiciário para a sua base. Isso implica em reduzir toda a magistratura abaixo do STF em uma “vasta burocracia” sob o seu “comando centralizado” (VIANNA et. ali, 1997, p. 47).

A análise das funções constitucionais específicas das instâncias de controle penal (Polícia, Ministério Público, Judiciário e Estabelecimentos Penais) indica que, por questões estruturais internas, pelos objetivos próprios afetos a cada compartimento de poder ou pela cultura interna, a comunicação entre elas é apenas eventual.

A esquematização gráfica que melhor representa essa compartimentação é a de quatro círculos parcialmente secantes, mas que possuem diminutos campos em comum, limitados aos casos em que as finalidades institucionais podem ser as mesmas.



Descobrir essas concordâncias e os campos isolados do controle penal é o empenho da sociologia das instituições penais.

3. O sistema policial

As investigações sobre a polícia desafiam a ciência política e a sociologia. Há um espigão de dificuldades que obstruem o trabalho de campo e a obtenção de dados confiáveis sobre a atuação policial. O ambiente é envolto pela desconfiança e pela intransigência burocrática, além de ser extremamente perigoso para a própria instituição, por estar sujeita ao desvendamento de práticas ilegais e até mesmo criminosas dos seus agentes, o que não se distancia das demais agências de controle, dado o desvirtuamento da moralidade e dos freios em todos os círculos sociais.

A polícia, dentre as instâncias de controle penal formalizado, é aquela que está mais próxima da violência, tornando bastante problemático encontrar alguma legitimação para o trabalho policial. A polícia é “repugnante moralmente” (BAYLEY, 2006, p. 18). Enfim, é preciso uma paciência desmedida para estudar a polícia e colher informações.

Apesar disso, se constata que, em ciência política e sociologia, as investigações sobre a polícia alcançaram grandes avanços em qualidade e quantidade de pesquisa acadêmica. A polícia atrai o sociólogo, o cientista social e os estudos acadêmicos, não obstante se possa afirmar que ela, dentre as instituições de controle, seja aquela que obsta, pela sua atuação, as bem delineadas formas constitucionais do Estado de direito (inviolabilidade dos direitos fundamentais, princípio da legalidade, divisão dos poderes etc.), revelando suas margens de inefetividade.

Não havendo controle sobre as instituições policiais, fica em aberto a indagação: *Quis custodiet ipsos Custodes?* (Quem guardará os próprios guardas?) (BEATO FILHO, 1999, p. 17).

Embora as instituições policiais sejam resilientes às transformações propostas pelas ciências sociais, constituindo-se em um nicho cativo onde as mudanças não têm efetividade, se constata a existência de um caudal de estudos sociológicos sobre a polícia, o seu papel, as suas transformações contemporâneas e as implicações recíprocas entre a política e a segurança pública.

O diagnóstico sobre a função e a atuação concreta da polícia é crucial quando se tem em perspectiva a formulação de políticas sobre o tema segurança pública e as relações entre as organizações que compõem o sistema de controle penal.

Sem o conhecimento do padrão secular que caracteriza o hermetismo da produção e transmissão do conhecimento profissional, os programas de reorganização da prática policial são inúteis, porque atuam apenas através de uma interferência de natureza técnico-administrativa e não se adequam à situação real que propõem modificar (MACHADO DA SILVA, 2011, p. 78).

O caso brasileiro, apesar da incessante investigação acadêmica, ainda revela um quadro de improvisação policial no combate ao crime, o que se deve, em primeira linha, à refração das diversas polícias às críticas e propostas feitas pelos segmentos externos às instituições.

Infelizmente, ainda não dispomos de análises mais consequentes a amparar a formulação de programas de controle da criminalidade. Nossas autoridades ainda acreditam que bom senso, boas intenções e intuição sejam suficientes para a formulação de políticas de segurança. A dura realidade de nossos dias parece contrariar cada vez mais esta percepção (BEATO FILHO, 1999, p. 24).

O sistema policial brasileiro, de todo modo, é mais expressivo do que a ciência política denomina de “democracia disjuntiva”, ou seja, a existência, no país, de instituições políticas democráticas, dentre elas as instituições de controle social, mas, dentro delas, a realização de procedimentos à margem da lei e a constatação de que essas instituições, devendo garantir a substância da democracia em sua dimensão civil, podem ser as primeiras a violarem essas premissas (RIBEIRO, 2013, p. 201).

Os efeitos deletérios desses procedimentos à margem da lei estão no fato de que os indivíduos terminam por não considerar a polícia como uma agência capaz de garantir a lei, os direitos e a própria cidadania e, também, a busca por outras soluções à margem da intervenção da agência policial, ainda que sejam intervenções ilegais.

As polícias teriam uma importância adicional nesse cenário por serem a porta de entrada do sistema de justiça criminal. Essas são

as primeiras agências às quais os cidadãos deveriam recorrer sempre que se sentissem ameaçados em sua vida, liberdade, propriedade ou igualdade. Soma-se a isso o fato de que um trabalho policial inadequado compromete o próprio trabalho judicial. Afinal, no âmbito criminal, o devido processamento dos ilícitos apenas pode ocorrer de acordo com as regras do Estado Democrático de Direito se o trabalho policial for bem completado (RIBEIRO, 2013, p. 203).

Do ponto de vista legal, a polícia está subordinada ao Executivo. A função policial é uma mescla entre a prevenção e a repressão das infrações penais. A repressão (investigação das infrações penais) é reservada à Polícia Federal e às polícias civis dos estados (Constituição Federal, art. 144, § 1º, I e § 4º). A prevenção (policiamento ostensivo) cabe às polícias militares estaduais (Constituição Federal, art. 144, § 5º).

A divisão dessas funções possui nítido substrato político para impedir a concentração do poder e a hipertrofia da polícia. Não raro, na rotina operacional dessas instâncias, ocorrem atritos que vão contra a finalidade comum que entre elas deveria ser compartilhada. A teórica simplicidade da divisão de papéis, na prática, é foco de problemas interorganizacionais e também jurisdicionais: onde termina a prevenção (policiamento ostensivo) e onde começa a atividade investigatória?

Exemplo dessa falta de fronteiras claras é a disputa sobre quem detém competência para execução de mandados de busca e apreensão expedidos pelo Judiciário. Embora às polícias civil e federal caibam a função da polícia judiciária, se o “levantamento preliminar” é feito por agentes da polícia militar (pelos “serviços de inteligência”), essa instituição chama a si a prerrogativa, muito importante sob o ponto de vista da visibilidade pública, de executar a diligência, que já se insere claramente no espaço da formação da prova contra o suspeito, o que seria atribuição da polícia judiciária (civil ou federal).

De outro lado, se o caso envolve a necessidade de uma “investigação preliminar”, como numa denúncia envolvendo tráfico de drogas, por exemplo, surge a questão de saber se a polícia militar pode realizar o procedimento sigiloso de interceptação das comunicações telefônicas e a quem toca o cumprimento da medida cautelar, que não prescinde de autorização do judiciário (Constituição Federal, art. 5º, XII e lei n. 9.296/1996, art. 1º, parágrafo único).

Como não há concordância entre as instituições sobre os limites entre as duas atividades (prevenção e investigação), há “invasões” de competências, que o direito não equaciona e que são, na prática, resolvidas sob uma “lei de precedência”, segundo a qual a instituição que agir primeiro requer ao judiciário a autorização para executar a diligência que está sob a reserva de jurisdição.

A tematização dessa questão no Supremo Tribunal Federal recebe a solução jurídica da admissibilidade da busca feita pela polícia militar, já que a Suprema Corte interpreta que não há vedação expressa para que seus agentes a executem (STF, RE 404.593-1; HC 91.481-1).

Esses problemas são potencializados quando o caso envolve crimes praticados por agentes policiais (militares ou civis), pois há muita desconfiança de que as próprias instituições a que pertencem esses agentes possam realizar, com isenção, os mesmos levantamentos preliminares ou a própria investigação.

A solução encontrada pelo Superior Tribunal de Justiça foi a validação da interceptação feita por órgãos da Secretaria de Segurança Pública, onde se encontravam alocados policiais civis e militares, porque o fato envolvia prática delitiva grave, associação para o tráfico, além da referência da ingerência de quadrilha no aparelho policial (STJ, HC 57.118-RJ).

Sob a ótica dos tribunais, embora a lei n. 9.296/1996 preveja que a interceptação deva ser executada pela autoridade policial, vale dizer, pelo delegado de polícia, a interpretação jurídica do dispositivo deve ser ampliada para não inviabilizar a efetivação das interceptações telefônicas (STJ, HC 131.836-RJ).

As ações operacionais realizadas pelas nominadas instituições (polícia civil, militar e federal) são outro ponto de desencontro entre os aparelhos de repressão, pois se constata que não há uma coordenação das ações, ou seja, cada instituição age segundo objetivos e metas próprias.

O resultado disso é que as demais polícias são igualmente surpreendidas com as ações de uma delas, o que é fonte de inesgotáveis tumultos e desorganização operativa. Exemplo disso é a disponibilização de mandados de prisão no Banco Nacional de Mandados de Prisão (BNMP), o que permite a todos os agentes, e também à população, o acesso a estes mandados, provocando o embaralhamento das ações.

As disputas entre a polícia militar e a polícia civil indicam ser nítido o descompasso e desconfiança mútua. Essa desconfiança sobre a atuação das polícias civis estaduais está impressa na própria Constituição Federal (art. 144, § 1º), com a previsão de que a Polícia Federal possa realizar a apuração de infrações penais, cuja prática tenha repercussão interestadual e exija repressão uniforme, o que foi regulamentado pela lei n. 10.446/2002, que ampliou as atribuições investigativas da Polícia Federal, para abranger, por exemplo, delitos de sequestro, cárcere privado e extorsão mediante sequestro, quando praticado em razão da

função pública exercida pela vítima, o furto, roubo e receptação de cargas, bens e valores transportados em operação interestadual, envolvendo quadrilhas ou bandos com atuação em mais de um Estado.

Nas relações institucionais, o agente da polícia militar, que atua no cotidiano penoso das ruas, considera que a polícia civil é a censora de seus atos. A autoridade policial (delegado de polícia) é um agente de gabinete, inerte, burocratizado, muitas vezes corrupto e pronto para criar embaraços após o encaminhamento do caso, tornando todo o esforço militar inútil e frustrante. A visão do lado da polícia civil é a de que o policial militar realiza um trabalho arbitrário e imediatista, braçal e de pouco valor sob o ponto de vista dos objetivos próprios da polícia civil.

Quando as instituições conseguem estabelecer uma articulação comum, por exemplo, a prisão, pela polícia militar, de um marginal, a sua entrega à polícia civil, para autuação e formalização da investigação, gera a “apropriação” do caso por esta instituição, causando novos ressentimentos. A dicotomia das funções policiais é, assim, um fator de separação entre as instituições de prevenção e repressão.

Essa dicotomia entre as funções policiais enseja problemas que envolvem um quadro muito delicado na formulação de políticas públicas, como por exemplo, no caso brasileiro, a proposta de unificação das polícias, pois não é possível unificar funções cuja formação profissional e regras de ordem prática são bastante distintas (BEATO FILHO, 1999, p. 19). A este propósito, a unificação das polícias é um experimento social fadado a fracassar, tal como a tentativa de misturar água e óleo.

Dentro da teoria das organizações, importantes achados sociológicos indicam que dentro de cada polícia também há grande oposição de papéis, com desconfianças recíprocas que prejudicam a atividade finalística de cada organização.

Em relação ao inquérito policial, há uma disputa de saberes entre o responsável pela sua condução (delegado de polícia) e os investigadores (tiras), que, reciprocamente, se desqualificam. Os policiais enfatizam a sua experiência em lidar cotidianamente com o crime (saber policial), já delegados consideram o saber que detêm necessário à tradução dos resultados da investigação para a linguagem jurídica (saber jurídico); os investigadores desqualificam a função do delegado, visto que é limitada à tradução dos achados da investigação à linguagem jurídica e sem nenhum poder de decisão, já que perderam a prerrogativa de expedir mandados. Os delegados, por sua vez, são críticos em relação à postura dos agentes frente às atividades que desempenham (VARGAS; RODRIGUES, 2011, p. 83-84).

No relacionamento interorganizacional, se observa até mesmo que atos corriqueiros, pertinentes ao trabalho específico de cada instituição, como o simples pedido de novas diligências feito pelo promotor de justiça, para complementação de diligências investigatórias, a cargo da polícia judiciária, causa “reações pouco amistosas entre os policiais” (RATTON; TORRES; BASTOS, 2011, p. 49).

A prossecução dos estudos sobre o papel social da polícia deve ser feita pela indagação sobre quais crimes ela investiga.

A despeito do princípio da obrigatoriedade, que determina que todas as notícias de crimes sejam apuradas formalmente através do Inquérito Policial ou de um Termo Circunstanciado de Ocorrência (Lei n. 9.099/1995), se constata que os órgãos de investigação, embora tendo espaço legal para exercer o poder repressivo sobre qualquer habitante, se efetivam à margem da planificação legal, sobre um número muito restrito de infrações, a tal ponto que o maior indicador criminal continua sendo as infrações contra o patrimônio.

Essas infrações penais se constituem em definições tipológicas prolixamente estabelecidas na legislação, como herança do utilitarismo econômico e do pensamento liberal. Existe, no caso da legislação penal brasileira, uma teia de comportamentos delitivos de forma que quase todas as ofensas ao bem jurídico “patrimônio” possam se enquadrar em um tipo penal.

No contexto localizado de Minas Gerais, por exemplo, o diagnóstico sobre a evolução da taxa de crimes contra o patrimônio (furto e roubo de veículo) e tráfico de drogas, indica que é justamente este tipo de criminalidade que tem crescido nas grandes cidades, existindo uma clara tendência de evolução dos crimes violentos contra a propriedade, cuja participação percentual é crescente.

A cada ano, este tipo de delito abocanha uma parcela maior do total de crimes violentos. No início do período, em 1986, os delitos contra a propriedade contabilizavam cerca de 41,7% do total de crimes violentos. Em 1997, passaram a contribuir com 71,7% do total (BEATO FILHO, 1999, p. 16).

É muito sintomático que quase todo o trabalho policial envolva a rotina da apuração de furtos, roubos, extorsões, estelionatos, apropriações, receptações, danos etc. Não por acaso, os autores dessas infrações, e, por consequência, os investigados pelo aparato policial, são pessoas bem definidas quanto à sua procedência social. Também não é por mera coincidência que a punição quase integral dos crimes contra o patrimônio está associada à pena de prisão.

É inegável, assim, que a função policial seja um subproduto do positivismo criminológico, pois é ela quem prepara e encaminha à prisão os degenerados (anormais) que cometem crimes de acordo com fatores patológicos (etiologia criminal).

Se houver, simplesmente, a despenalização dos crimes patrimoniais sem violência contra a pessoa, ou pelo menos subordiná-los à representação da vítima, a título de estratégia de política criminal, a polícia judiciária ficaria praticamente esvaziada em sua função de controle social.

Basta pensar que, nos países de produção capitalista, “a estatística mostra que mais de 80% dos delitos perseguidos são delitos contra a propriedade” (BARATTA, 2002, p. 198).

Os pontos mais expressivos da polícia são a sua visibilidade e mobilidade. A polícia pode ser encontrada em todos os lugares e a qualquer hora ela pode ser solicitada, sem custos e ser imediatamente mobilizada nas situações conflituosas. A polícia é “amiga e assistente” (*Freund und Helfer*). Além disso, está autorizada a utilização da coação (EISENBERG, 2005, p. 269).

Em países de grande vastidão territorial, como é o caso do Brasil, a existência da polícia de investigação criminal e a manutenção do inquérito policial, como fase preparatória do processo criminal, foram justificados pela possibilidade de imediato deslocamento da autoridade policial para qualquer rincão e pela suposta eficiência na coleta das provas da infração.

Essa visibilidade massiva da polícia provoca, inclusive, uma mistificação de sua atuação, causando uma falsa concepção de que o trabalho policial é dedicado exclusivamente ao combate ao crime, relegando a segundo plano inúmeras atividades rotineiras, assistenciais e de manutenção da ordem que envolvem as polícias (BEATO FILHO, 1999, p. 18).

O recrutamento do pessoal da polícia, salvo para os cargos de delegado, que devem ser bacharéis em direito, em virtude da necessidade de “tradução” do resultado da investigação em linguagem jurídica, revela um quadro de baixo nível intelectual e de estudo. Como observa Bayley (2006, p. 18), os próprios policiais relatam que entrar para a polícia não é o melhor meio de conhecer pessoas interessantes, o que nada mais é do que o reflexo da falta de investimento global e da posição secundária da polícia na ordem de importância das instituições de controle penal.

A carreira não oferece atrativos para aqueles que possuem uma formação acadêmica mais intelectualizada ou um melhor aperfeiçoamento técnico-profissional.

A maioria dos agentes policiais está naquela linha de inércia e inapetência profissional, que é o resultado final do desprezo e da desconfiança sobre quase tudo que envolve a atuação policial, refletindo dentro da corporação em um estado geral de desânimo e desmobilização profissional, situação que somente não ocorre “logo após a conclusão dos cursos de formação e os primeiros anos na profissão” (EISENBERG, 2005, p. 272).

Um dos fatores para as respostas irracionais em quase tudo que a polícia intervém está na preparação deficiente dos agentes. Após curtíssimo prazo de “preparação” nas academias de polícia civil, o novato assume o cargo de investigador de polícia, perito criminal ou escrivão, ou é encaminhado, sob a mais baixa patente militar, para o patrulhamento de ruas e as atividades de prevenção.

Sob a ambiência das experiências cotidianas desenvolve-se uma cultura de ação policial, cujos limites podem não corresponder ao aparato legal.

É na atividade cotidiana dos policiais que podemos buscar as origens de seu saber, que ainda permanece largamente informal, distinto do treinamento que mais e mais se tenta oferecer nos centros de instrução. Se existe hoje uma preocupação acentuada em oferecer a novos policiais um treinamento mais adequado e melhor direcionado para temas como respeito aos limites legalmente estabelecidos de sua atuação, um dos pontos mais difíceis de quebrar será certamente o outro aprendizado, que é oferecido quando o novo policial passa da escola a rua, onde as verdades da profissão são apresentadas de forma muito diversa (BRETAS, 1997, p. 83).

Essa percepção sociológica é decisiva para a compreensão das práticas policiais e de como se dá a sua transmissão entre os membros das corporações, formando o que se denomina “cultura policial”. São os conhecimentos informais que, na verdade, moldam uma cultura própria e autônoma dentro das polícias, o que explica a formação de barreiras intransponíveis para os programas de reforma da polícia.

Sustentados pela secular delegação que recebem para operar a função repressiva de controle social com ampla liberdade de ação, o conhecimento profissional dos policiais permanece pessoalmente apropriado por eles, como uma posse individual dos agentes, que administram informalmente sua reprodução e transmissão (Nascimento, 2008). A definição do que é “ser policial” e de como atuar é produzida pelos próprios membros, segundo seus interesses e orientações práticas e sua interpretação particular sobre as expectativas sociais a respeito do desempenho da função que lhes cabe. Desse modo, as corporações produzem uma cultura própria, autônoma e pouco racionalizada, que depende em grande medida das decisões e trajetórias pessoais de cada policial e dos conflitos internos entre seus diferentes grupos (MACHADO DA SILVA, 2011, p. 78).

Obviamente, existe uma ambiência e uma representação social sobre a possibilidade de que os agentes policiais possam agir livremente para brutalizar e punir os “bandidos”. E talvez o que cause mais espanto seja o fato de que essas ações contam com grande apoio da população em geral, o que termina legitimando o desrespeito aos direitos e garantias fundamentais em nome da manutenção da ordem (RIBEIRO, 2013, p. 204).

A violência policial, entretanto, é reduzida drasticamente, ou anulada, quando o suspeito ou investigado é pessoa de recursos, aparenta possuí-los ou está acompanhada de advogado. Nesse caso, há um natural receio por parte dos agentes policiais de que fiquem expostos aos contratempos administrativos e às ações criminais que possam prejudicá-los.

Se a pessoa envolvida na “sujeição criminal”, ou seja, no processo de “criminação de sujeitos” (MISSE, 2010, p. 21), entretanto, não aparenta ter acesso aos canais de denúncia, a atuação da polícia pode resvalar para a violência.

De fato, “um aspecto decisivo para reduzir a possibilidade de castigo é o poder de reclamação do cidadão, traduzido em capacidade de denunciar e processar policiais por essa prática” (MUNIZ; PAES MACHADO, 2010, p. 446).

Ainda existe, conquanto positivamente reduzida pelo controle externo, nas instituições policiais o antigo pendor para “consertar” os conflitos autoritariamente e submeter os “vagabundos” (criminosos reiterados, brigões, pessoas incômodas, desocupados e vadios etc.) a castigos e punições físicas, sob a justificação da auto personificação da ordem e do Estado. Não é incomum que esses conflitos sejam letais, mas, quando atingem os celerados, a ação policial é representada socialmente como uma espécie de “inseticida social”.

Investigando os casos de autos de resistência, lavrados pela polícia militar no Rio de Janeiro, entre 2001 e 2011, Misse (2011b, p. 130) observou que a morte da pessoa envolvida na sujeição criminal é naturalizada pelos policiais como uma “obrigação moral” e com a visão de que a letalidade das ações é plenamente justificável, principalmente se as vítimas forem “bandidos”.

Segundo a lógica policial, há uma distinção entre homicídios investigáveis e homicídios não investigáveis, como, também, que há “indivíduos matáveis”, ou seja, pessoas que poderiam ser mortas por qualquer pessoa sem que isto implicasse crime (MISSE, 2010, p. 21). As representações sociais de “periculosidade”, “irrecuperabilidade” e “crueldade” participam dos processos de subjetivação que conduzem, no limite, à justificação do extermínio do sujeito criminal (MISSE, 2010, p. 25).

O processo de aprendizagem prática dos agentes policiais ocorre pelo contato e pela observação do comportamento dos mais “experientes”, que servem como referência profissional. Assim, por exemplo, o novato precisa aprender como suspeitar, obter informações, onde localizar os criminosos e como agir para prendê-los ou abordá-los nas situações de rotina. No universo policial, o conhecimento do perigo é muito significativo, pois dele decorre a suspeita, vale dizer, “o desenvolvimento de um mapa cognitivo do mundo social, para proteger-se contra os sinais de problema, crime ou ameaça potencial” (SKOLNICK; BAYLEY, 2006, p. 72).

No patrulhamento (*Streife*) existem “estratégias de suspeita” que são tomadas com base em circunstâncias absolutamente casuais e desprezíveis, sob o ponto de vista de estranhos ao círculo policial. As roupas, a aparência externa ordenada ou não e, sobretudo, o comportamento submisso (conduta devota) ou de confronto (arrogância) com os próprios agentes policiais, são determinantes da intensidade da atuação (EISENBERG, 2005, p. 275).

No campo de atuação da Polícia Federal, o levantamento e a investigação de pessoas suspeitas são rotinas muito mais complicadas. Como essa polícia investiga os “crimes federais”, se insere na sua atribuição institucional a descoberta de criminosos engravatados, de gente poderosa e endinheirada, com recursos para se defender, ou pessoas que agem com grande expertise etc., e então a estratégia de descoberta é mais sutil.

Essa mudança de perspectiva investigatória produz a necessidade institucional de serviços operacionais preventivos (por exemplo, a infiltração de agentes, a escuta ambiental, interceptações etc.), a acumulação e o cruzamento de dados (bancários, fiscais, tributários etc.), a observação e acompanhamento de suspeitos e de invasões à vida íntima das pessoas (interceptação telefônica e telemática etc.).

No campo informático, por exemplo, se demanda conhecimento técnico para o “patrulhamento *net*”. Essa ampliação das funções policiais tem provado o temor de importantes segmentos jurídicos (professores e juristas-advogados principalmente), mas também de criminólogos (GARLAND, 2008) de que sejam ampliadas as violações às esferas dos direitos individuais, o que, no entanto, não é suficiente para deter a avassaladora mudança de paradigma.

A luta preventiva contra a criminalidade (*vorbeugende Bekämpfung*) é um fenômeno institucional mais recente e que acompanha a mudança de curso da criminalidade (crime organizado, tráfico internacional de armas e drogas, corrupção, lavagem de dinheiro, sonegação de impostos, terroris-

mo internacional etc.), exigindo, da parte dos órgãos da repressão, certa “flexibilização” do campo de intervenção penal (espaço operativo) para limites temporais pré-delitivos, sob a justificção da “paridade de armas” em favor dos órgãos da persecuçō, fenômeno esse que se iniciou a partir da metade dos anos oitenta do século XX (EISENBERG, 2005, p. 276).

Para além da prevençō e repressō das infraçōes penais, a luta preventiva contra o delito significa uma reformataçō da instituiçō e atribui à polícia uma terceira funçō, além da prevençō e repressō, cujo objetivo é a descoberta de perigos (*Aufdeckung von Gefahren*). A funçō policial é deslocada para estágios prévios à prática de crimes, estando centrada, em primeiro lugar, no aprovisionamento de informaçōes que poderão ou não ser utilizadas no futuro: “Die Polizeiaufgabe der **Kriminalprävention** setzt **im Vorfeld der einzelnen, konkreten Straftat** ein” (GÖTZ, 2013, p. 187, grifos originais), vale dizer, a tarefa policial de prevençō da criminalidade se põe em marcha na fase prévia ao delito.

Essas intervençōes sōo realizadas clandestinamente e se constituem numa radical mudançā da rotina policial, pois o interessado (investigado ou acusado), ou terceiros, nōo toma conhecimento prévio da açōo policial e, com isso, a esfera íntima de pessoas nōo suspeitas encontra-se igualmente exposta.

Objeta-se que a atuaçōo oculta da polícia impede o controle público e também, gera o perigo do cometimento de crimes pelos agentes policiais, ou seja, favorece uma espécie de “mercado de ilegalidades” e, por fim, que dificulta a defesa criminal, aumentando os poderes policiais e a coaçōo (EISENBERG, 2005, p. 277).

Como se sabe, existe nesse segmento de fundo político-criminal uma disputa ideológica muito viva entre a “esquerda libertária”, que demoniza o controle e vitimiza o criminoso, e o movimento da “lei e da ordem” (potencializaçōo da pena de prisōo, aumento da repressōo, ampliaçōo dos poderes investigatōrios da polícia, flexibilizaçōo da prisōo processual, ou seja, antes do trânsito em julgado da sentençā penal etc.).

No centro desse debate pós-moderno há uma transformaçōo sutil do controle do crime e das funçōes da polícia, projetando uma nova era do panoptismo penal (WACQUANT, 2003, p. 242), materializado em uma gama de novos procedimentos que se aproveitam dos avanços da biologia e da informática, como sōo os casos dos bancos de dados genéticos para fins criminais (lei n. 12.654/2012), do monitoramento eletrônico e da interceptaçōo telefônica.

As forças que pretendem frear a expansão vertiginosa dos bancos de dados genéticos em matéria policial e penal – como também, aliás, no domínio do seguro, do emprego e dos litígios civis, e na determinação de paternidade – travam um combate de retaguarda que parece perdido por antecipação, tamanho é o fascínio por essa nova técnica de identificação e de vigilância. Ela parece aliar, na verdade, rigor legal, neutralidade moral, economia financeira e infalibilidade científica (WACQUANT, 2003, p. 243).

Essas tormentosas questões político-criminais vão se replicar no judiciário. Por exemplo, surge a questão de se saber se a interceptação telefônica (lei n. 9.296/1996), pode ser estendida para além dos 30 dias previstos na legislação.

A 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (HC 134372-DF) decidiu que não há qualquer restrição ao número de prorrogações possíveis, exigindo-se apenas que haja decisão fundamentando a dilatação do período. O Supremo Tribunal Federal possui o mesmo entendimento: “as interceptações telefônicas podem ser prorrogadas por mais de uma vez, desde que comprovada sua necessidade mediante decisão motivada do Juízo competente” (HC 104.934-MT).

Referidas decisões aplicam o princípio implícito da razoabilidade para dar aos órgãos de repressão maior elástico investigativo do que a lei prevê, surgindo como um dos raros casos de encontro de interesses entre a lei, o judiciário e a polícia, o que, aliás, já está em descompasso com o avanço da criminalidade clandestina e sofisticada, tornando o prazo de 15 dias previsto em lei, embora prorrogável, absurdamente curto, já que qualquer investigação séria demanda prazo muito superior à atrofia da lei n. 9.296/1996.

Os recursos de investigação criminal que, no passado limitavam-se ao auto de corpo de delito, à confissão e à prova testemunhal, ou, por vezes, ao reconhecimento de pessoas e coisas, vão sendo expandidos para formas mais sofisticadas e mais eficazes, sob o ponto de vista do sucesso da investigação.

A observação de pessoas é uma técnica silenciosa que pode ser acompanhada da realização de gravação de imagens em áudio e/ou vídeo. É uma atividade que tem por objetivo preparar a intervenção sobre pessoas suspeitas e pode envolver, inclusive, a deliberada omissão dos agentes policiais, no sentido de “deixar passar” alguns crimes menores, para alcançar fatos muito mais graves.

A venda de drogas, por exemplo, para pequenos consumidores, pode ser desprezada numa investigação sobre tráfico, se a polícia quer alcançar e prender os membros de uma associação para o tráfico ou o dono da “boca de fumo”. A atual Lei de Drogas (lei n. 11.343/2006), permite essa

estratégia de não-atuação policial sobre os portadores de drogas, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição (art. 53, II).

No entanto, submete-se essa omissão de intervenção à necessidade de autorização judicial (art. 53, “caput”), praticamente inutilizando a possibilidade fática da medida. Trata-se de uma questão relativa ao momento da intervenção policial, a qual está distante do judiciário, tornando inútil a previsão, pois a escolha da ocasião para agir é uma deliberação imprevisível da polícia, inclusive, a opção pela não atuação em situações desconhecidas, ainda, não pode ser regulamentada pela ação de um juiz no gabinete.

A escuta em ambientes privados (*Lauschangriff*) é uma situação bem problemática sob o ponto de vista do direito. Ela implica na colocação de aparelhos de captação acústica (*Wanzen*) em recintos ou meios de locomoção privados (interior de veículo, por exemplo), a fim de se conhecer o teor de conversações ou movimento de pessoas investigadas.

Como a Constituição Federal prevê a inviolabilidade da vida privada e do domicílio (art. 5º, X e XI), a intervenção policial na esfera particular depende de autorização judicial, estando regulada na lei n. 12.850/2013, que dispõe sobre a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Assim, por exemplo, a polícia pode inserir no interior de um veículo, no quarto de hóspedes, no interior de uma cela para presos ou no quarto de hospital o aparelho de captação acústica (BEULKE, 2006, p. 158-159).

O agente infiltrado (*Verdeckte Ermittler*) é outra técnica investigativa que merece abordagem. Esse “meio operacional” está previsto no Brasil, igualmente, em duas leis federais (12.850/2013 e 11.343/2006).

A infiltração de agentes policiais é um meio de atuação muito perigoso, em duas perspectivas: para o agente, que se expõe ao risco de ser descoberto e de sofrer graves represálias (e por isso a infiltração depende da sua concordância), e para o Estado, pois o policial pode ser “tentado” a se tornar, ele próprio, acólito dos criminosos que deveria investigar.

Sob o ponto de vista psicológico, o candidato a agente infiltrado está sujeito a um conflito pessoal causado pela “troca de papéis” (*Rollenwechsel*) após a infiltração. Ele deverá aprender valores não convencionais, estranhos à corporação onde foi treinado e passará a ter uma incondicional liberdade para agir, que deve ser interpretada como a “negação de si mesmo” (EISENBERG, 2005, p. 281). Basta pensar que o agente infiltrado pode ser obrigado pelas circunstâncias a usar drogas.

Esse meio operacional à disposição das polícias, entretanto, no Brasil, não possui qualquer tradição, ao contrário dos informantes da polícia, cuja importância para o funcionamento da repressão foi sem precedentes no regime militar entre 1964 a 1985.

Qualquer polícia tem seus “informantes de confiança”. Essas pessoas estão próximas do meio policial e, às vezes, são os próprios policiais aposentados, justamente aqueles que continuam a servir à polícia, com o despiste do sigilo. Outras vezes, são pessoas que estão ligadas ideologicamente aos círculos da repressão e passam a interagir com o meio policial, repassando informações fidedignas. Os “X-9”, como são conhecidos na gíria policial, não podem ser desprezados em qualquer estudo sociológico sobre a atuação policial. Não é sem razão que referidas pessoas são consideradas “colaboradores da polícia” (EISENBERG, 2005, p. 281).

No estado federal alemão de Hessen, entre 01.07.1985 e 31.12.1985, foi levada a efeito, através de questionário entregue a pessoas previamente conhecidas do *Landeskriminalamt* (LKA) - repartição de polícia criminal do Estado - como informantes de polícia, uma pesquisa por amostragem, que levou à conclusão estatística de que 71% dos entrevistados eram pessoas já sentenciadas pela justiça criminal, 13% das quais possuíam mais de três condenações (EISENBERG, 2005, p. 282).

No caso brasileiro se constata que a maior fonte de informação da polícia são os próprios marginais, que delatam os comparsas por livre vontade ou para tirar vantagens pessoais (MACHADO; NORONHA, 2002, p. 205), ou pessoas dentro da comunidade afetada que se dispõem a colaborar porque “simpatizam” com a polícia (RATTON; TORRES; BASTOS, 2011, p. 40) ou porque se sentem indignadas com o assaques de criminosos.

A aproximação da polícia com seus informantes tem um objetivo claro de potencialização da eficácia do trabalho, pois se as informações são precisas, o sucesso da atuação policial é quase certo. Portanto, é de todo procedente a constatação de que boa parte do trabalho dos agentes policiais consiste em construir uma rede de informantes que se torna estratégica para o andamento das investigações realizadas (RATTON; TORRES; BASTOS, 2011, p. 39).

Os espiões da polícia significam a aceitação nos meios policiais da delação como forma de descoberta de crimes e a estimação dessa intervenção externa como positiva pelos agentes, que divulgam nos meios de comunicação as “descobertas” como próprias, dando visibilidade pública ao seu suposto trabalho de “inteligência”.

Nos grandes centros urbanos, favorecidos pelo avanço tecnológico, está em consolidação um processo irreversível de observação e controle por câmeras de vídeo (*Videoüberwachung*). É o que acontece, atualmente, com os crimes de trânsito, assaltos, agressões, tumultos entre torcidas etc. A vigilância eletrônica é determinante para a identificação dos responsáveis e de grande valia para o sucesso das investigações. Esses maquinismos e a sua difusa utilização em prol da segurança coletiva e da prevenção de delitos são a “resposta política ao medo da criminalidade, em favor do aumento do sentimento de segurança coletiva” (KAISER; SCHÖCH, 2010, p. 47).

Entretanto, essa “técnica panóptica” moderna aumentaria, em verdade, a própria sensação de insegurança, pois é curial que a escolha dos locais que serão observados é feita segundo algum critério que leve em conta o alto percentual de criminalidade, ou seja, a simples colocação da câmera significa, numa observação sensata, que o local não é seguro. De outro lado, significa a possibilidade de transferência da criminalidade que se pretendia combater para outras regiões não vigiadas por câmeras de segurança.

A conclusão mais sensata, portanto, é que apenas na vigilância relativa aos crimes de rua é, de fato, melhor o controle pelos sistemas de vídeo (KAISER; SCHÖCH, 2010, p. 48).

A vigilância integral representada pelas câmeras de vídeo não se limita a controlar a criminalidade, mas possui um efeito não desejado de controle geral do comportamento, o que, agregado à utilização de novas tecnologias, principalmente a microeletrônica, possui profundas repercussões no campo policial, mas, principalmente, no debate sociológico sobre vigilância e modernidade: “Surveillance is a central feature of modernity” (LYON, 1994, p. 37).

O avanço tecnológico, conforme se objetiva sensatamente, tem o efeito peculiar de recair sobre todos e, nesse sentido, é justa a preocupação de que apesar da expansão da técnica de prevenção de crimes, existe uma marcha para o Estado de controle, que transforma os cidadãos em “homens de vidro” (KREY, 2006, p. 236).

A questão que se antepõe à sociologia criminal e à criminologia é a construção de limites à expansão vertiginosa da tecnologia aplicada ao controle do crime, sendo constatável que a obstrução desse avanço parece fora de questão, dado que os efeitos positivos da tecnologia do controle (infallibilidade científica e certeza das respostas) parecem alijar do debate os eventuais efeitos deletérios (controle generalizado e perda da liberdade), que são, convenhamos, ínfimos diante dos logros.

A prisão é uma típica atividade policial e representa uma atuação de grande significação para os agentes policiais, pois é a expressão máxima da coação, do poder e da submissão.

A polícia considera a prisão o momento culminante de sua intervenção contra o crime, já que ela se oferece como um “meio simples e direto de restaurar a ordem” (WACQUANT, 2003, p. 264).

O flagrante delito significa, igualmente, a descoberta imediata do criminoso e provoca uma sensação de alívio e recompensa que se transfere da polícia para a população, que percebe a “contra-ação” do Estado e, com isso, aplaca o sentimento de vingança.

A prisão em flagrante depende de como a polícia interpreta o fato e de outros determinantes relativos à pessoa sobre quem recai a suspeita do crime.

É óbvia a presença de um processo de interação entre os agentes da instância de controle e o sujeito detido, pois, segundo a previsão jurídica, existe situação de flagrância quando a pessoa é encontrada ou perseguida, logo depois do crime, em situação que faça presumir ser ele o autor da infração. Portanto, os espaços de estimação (*Spielräume*) são muito amplos (MEIER, 2010, p. 242).

Quando o flagrante ocorre, a polícia considera que o seu trabalho será encurtado e, então, procura agir com grande exatidão contra as pessoas flagradas cometendo crimes, dada à junção entre os processos de criminalização e incriminação que levam ao processamento institucional do caso.

Para que haja *criminalização*, não basta que se considere apenas a dimensão cognitiva que interpreta o evento como crime, é preciso agregar o interesse em levar adiante o reconhecimento cognitivo ao conhecimento de uma agência de proteção (no caso, o Estado), de modo a convencê-la não apenas quanto ao aspecto cognitivo, mas também quanto à validade e à racionalidade em iniciar o processo de *incriminação*. Quando há uma situação que facilite essa demonstração, como nos chamados “flagrantes delitos”, em que há evidência por testemunhos e provas, o processamento é praticamente imediato, de um ponto de vista institucional (MISSE, 2011a, p. 17).

A prisão é um fator determinante do sucesso da investigação, pois a perspectiva de cabal elucidação do crime é muito maior quando o suspeito é logo preso.

Ao contrário das credences incutidas pelos filmes policiais, o sucesso de qualquer investigação está condicionado, na grande maioria das vezes, não pela visibilidade e arrecadação dos vestígios que conduzem ao sus-

peito do crime, mas pelos subsídios fornecidos por populares, especialmente a vítima e testemunhas, que forneçam elementos para a identificação do suspeito. Se a polícia não tem uma pista quente (*heiße Spur*) sobre o autor, as chances do sucesso da investigação baixam para cerca de 10% (SCHNEIDER, 2007, p. 940).

A detenção imediata da pessoa antecipa a repressão e se insere numa das grandes questões da política criminal, “uma vez que a antecipação da repressão não é finalidade imediata da segurança pública” (ALBRECHT, 2010, p. 180).

A questão da prisão antes do julgamento é o problema jurídico-criminal e sociológico de maior importância em toda forma de prisão processual, chamada pelos teóricos do processo penal de “cautelar”, não obstante seja palmar que a detenção no curso do inquérito ou do processo não previna crimes, mas, antes, sirva à antecipação da punição. Não é de se estranhar que o sistema policial gire em torno da punição e da contenção dos suspeitos e, então, a “prisão cautelar” se insere nessa ótica.

A investigação sociológica sobre a atividade policial aponta para a existência de uma prática discrepante da sua planejada função normativo-institucional (apuração das infrações penais). Na realidade, a polícia, na luta contra a criminalidade, substitui a presunção de inocência pela presunção de culpa.

O aumento dos poderes da polícia ou a sua diminuição é um debate de cunho ideológico que vive em ciclos permanentes. A primeira hipótese - aumento dos poderes - tem implicações político-criminais que podem ser assim sintetizadas: a) a atuação oculta da polícia (interceptação telefônica, quebra de sigilo bancário e fiscal, infiltração de agentes, captação ambiental etc.), implica a substituição do princípio de transparência pelo princípio do sigilo e permite a intervenção no campo pré-delitivo (*Vorfeldermittlungen*), provocando a extensão da função policial até a repressão antecipada; b) como se trata de obter provas irrepetíveis, embora colhidas ocultamente, elas são aproveitáveis no processo penal, ou seja, a polícia realiza uma investigação definitiva sob o ponto de vista do material que será apreciado pelo juiz; não havendo a possibilidade de repetição das nominadas provas. A decisão que as considere relevantes implica apenas uma troca de bitola (*Spurwechsel*), na qual a prova contraditória, que não existe, é apenas substituída pela prova policial; c) o direito de defesa do acusado fica extremamente prejudicado, uma vez que, se não houver ilicitude explícita na obtenção da prova, a condenação é irrefragável; d) é patente a perda do poder de controle da justiça sobre a atividade policial e sobre os métodos de investigação e atuação contra o crime (ALBRECHT, 2010, p. 182-183).

4. A ação persecutória do Ministério Público

No campo criminal o Ministério Público realiza a prossecução do trabalho policial. Então, o interesse processual da acusação é a condenação dos culpados.

Não é sem razão que o Ministério Público é a instituição de maior visibilidade dentro da justiça criminal, pois é responsável pela movimentação da jurisdição e por limitar a atividade dos juizes dentro do contexto da imputação penal.

Todo processo criminal público se inicia por uma denúncia do Ministério Público, o que significa a aplicação do princípio acusatório no processo penal. A função de acusar é privativa do Ministério Público (Constituição Federal, art. 129, I), embora se admita uma teórica participação do ofendido, se houver inércia institucional (Constituição Federal, art. 5º, LIX).

A decisão pelo oferecimento da acusação não pode ser um ato arbitrário ou uma criação mental da acusação, mas deve estar fundada nos elementos de prova obtidos na investigação preliminar ou em documentos que forneçam ao judiciário a plausibilidade da imputação.

A deliberação positiva sobre a denúncia do Ministério Público é tomada segundo o “critério da antecipação” (EISENBERG, 2005, p. 299), ou seja, segundo entenda a acusação que a denúncia será acolhida ao final do processo.

A plausibilidade da imputação recebe a denominação dogmática de justa causa para a ação penal, sendo uma categoria processual cuja função é a de contenção persecutória. Como, entretanto, se trata de um conceito jurídico indeterminado, essa limitação garantista é a primeira causa da grande seletividade existente no processo penal.

A melhor aproximação do conceito é aquela que liga a justa causa aos elementos probatórios mínimos que servem de base para a acusação, mas a posição sistemática da justa causa provoca muita confusão na sua aplicação concreta, uma vez que ela pode ser considerada como uma condição para a ação penal ou o seu próprio mérito, já que envolve questão estritamente probatória e, desse modo, não é desarrazoado dizer que a decisão que reconhecer não haver justa causa para a ação penal é uma antecipação do mérito da ação penal, vale dizer, uma antecipação da decisão final.

Os tribunais refletem um atordoamento sobre o trato do problema e realizam a aplicação desse conceito garantista da forma mais desencontrada, justamente porque ele está ligado ao livre convencimento judicial em matéria de avaliação das provas no processo penal.

No Superior Tribunal de Justiça, a justa causa, quando veiculada no âmbito da impetração de *habeas corpus*, ora é entendida como um requisito negativo para a ação penal, qual seja, a inexistência de elementos indiciários demonstrativos da autoria e materialidade do delito, ou ainda a presença de alguma causa excludente de punibilidade (HC 166.816/DF), ora como a atipicidade da conduta (HC 116.461/PE).

No Supremo Tribunal Federal, a justa causa é entendida como um requisito positivo, consistente na descrição da conduta que configura crime em tese (HC 108.654/RJ).

Quando o Ministério Público consegue demonstrar a justa causa para ação penal, a acusação é formalmente recebida e o processo tem o seu início formalizado. Para acusar melhor, o Ministério Público possui poderes investigatórios diretos, o que é permitido pela hermenêutica do art. 129, VI e VIII da Constituição Federal, no âmbito da teoria jurídica dos poderes implícitos.

No âmbito institucional é grande o empenho do Ministério Público pela defesa dessa prerrogativa, uma vez que ela representa a consolidação da independência institucional em relação às investigações policiais. Após o “clamor das ruas” e de intensos protestos que varreram o país, em meados de 2013, a Câmara dos Deputados, embora sinalizasse em sentido francamente contrário, terminou, em 24.06.2013, por rejeitar fragorosamente a PEC 37, que ficou conhecida como “PEC da Impunidade”, que visava impedir a investigação direta pelo Ministério Público e atribuí-la, exclusivamente, às polícias civil e federal.

Após a obtenção dessa vitória na arena política, os diversos Ministérios Públicos, da União e dos Estados, implementaram a investigação direta através de previsões administrativas, com a criação do Procedimento de Investigação Criminal (PIC), onde são recolhidas as provas do crime, a fim de subsidiar a acusação pública. Trata-se, hoje, de procedimento sedimentado no âmbito do Ministério Público (Resolução 181/2017 CNMP) e respaldado pelo STF (HC 89.837/DF).

Sob o ponto de vista sociológico, o Ministério Público, quando investiga diretamente, procura dar uma resposta institucional ao crime e, em outro sentido, refrear a absurda seletividade policial e a desigualdade envolvida na atuação concreta dessa instituição, que, ao lado das elites do poder e da advocacia, são os principais adversários da investigação direta pelo Ministério Público.

Possui grandes implicações jurídico-sociais o desprendimento institucional da polícia, uma vez que, na sua atividade prática, o Ministério Público

a tem como seu “senhor”. A investigação direta afeta essa relação de subordinação e pretende redesenhar os papéis institucionais, a partir da mais correta colocação da polícia como instituição auxiliar e sujeita ao controle externo do Ministério Público.

No campo da jurisdição penal, o Ministério Público foi pensado ideologicamente como instituição que possibilitasse a imparcialidade da jurisdição, retirando desta toda iniciativa persecutória, para colocar a magistratura em posição de “indiferença”. Alguns garantistas extremados falam em “ignorância” em relação à solução do caso penal, o que, fatalmente, não existiria se a jurisdição pudesse se movimentar sem a provocação de um interessado.

A atuação processual do Ministério Público se inicia com a escolha dos casos que serão apreciados pela justiça criminal. Embora sob o ponto de vista normativo esteja a acusação vinculada à obrigatoriedade de ação, a movimentação da instituição é fortemente influenciada pelos fatores “dano” e “antecedentes” do acusado (ALBRECHT, 2010, p. 223). No Brasil, ainda faltam estudos metodológicos sobre os critérios de eleição dos casos pelo Ministério Público.

No entanto, pode ser afirmado que a atuação do Ministério Público não é impulsionada por questões afetas à prevenção geral ou à ressocialização do acusado, mas a necessidades repressivas. A atuação processual do Ministério Público é punitiva. É bizarra a contemplação do Ministério Público como “órgão de defesa”, posto que isso levaria a um processo no qual tanto juiz, o promotor e a defesa atuariam para defender o réu, sendo inexplicável como, nessa situação, ainda pudesse ocorrer uma sentença condenatória.

A perfeita descrição dos fatos é o primeiro cuidado da acusação pública, o que, sob o ponto de vista da técnica processual, se denomina imputação penal. Se essa imputação é falha, se não individualiza as condutas, o processo é anulado, pois os tribunais consideram que existe uma lesão à ampla defesa se o réu não pode compreender os fatos contra os quais ele deve se defender. Como, entretanto, a função de acusar é uma tarefa primária do Ministério Público, são raríssimos, nos repertórios de jurisprudência, os casos de anulação do processo por falta de precisão da denúncia.

As investigações sociológicas sobre a relação entre o trabalho policial e o arquivamento da investigação demonstram que, quando a polícia não consegue apontar o suspeito ou solucionar o caso (*Unbekanntsachen*), o Ministério Público quase nunca consegue, por investigação direta, esclarecê-los (EISENBERG, 2005, p. 299). Esse é, inclusive, um cenário que a investigação direta do Ministério Público tende a suplantar.

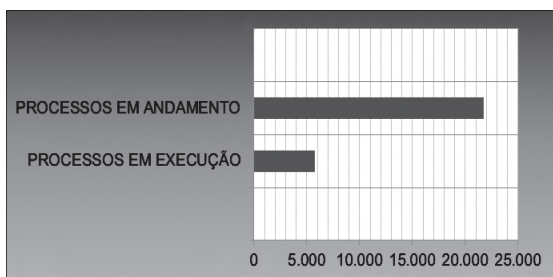
Se a acusação for recebida e as objeções do acusado rejeitadas, inicia-se a instrução probatória, na qual o Ministério Público deve possuir uma nova estratégia de atuação.

Essa fase é muito importante para a preparação da decisão. O juiz do caso deve ser convencido das hipóteses antagônicas e, então, a acusação e a defesa são levadas a se empenhar para provar os fatos que levarão à absolvição ou à condenação.

Os difusos filtros processuais a favor do acusado permitem afirmar que a possibilidade de condenação é excepcional. Todo o processo está estruturalmente “montado” para a exclusão do réu do sistema de justiça criminal. A começar pela presunção de inocência, que deve ser vencida, para além da dúvida razoável. Em situação inversa, a absolvição é irrefragável.

Na comarca de Juiz de Fora/MG, pesquisa de campo realizada pelo autor nas Varas Criminais e Tribunal do Júri, em agosto/2014, encontrou 21.727 processos em andamento; em contrapartida, na Vara de Execuções Penais, foram levantadas 5.777 pastas de execução penal para sentenciados em qualquer regime prisional (fechado, semiaberto e aberto, com ou sem prisão domiciliar) e penas alternativas, indicando que apenas 26,5% dos processos chegaram à fase de execução, vale dizer, encontrou-se uma perda de 73,5% dos processos instaurados que não resultaram em condenação (VIDAL, 2017, p. 156-157).

Gráfico 01: Fluxo processual nas Varas Criminais de Juiz de Fora/MG



Fonte: mapa estatístico mensal Tribunal de Justiça de Minas Gerais (agosto\2014).

Uma conclusão imediata desse levantamento, afora as questões estruturais que afetam a ação concreta do Ministério Público, é que a instituição é esmerada na abertura de ações penais, sendo excepcional demandis-

ta; no entanto, existe uma deficiência no acompanhamento dos processos e na obtenção de resultados finalísticos, já que é um contrassenso pensar-se que o acusador público abra uma ação penal para resultar na absolvição do réu.

A acusação, na prática, deve provar tudo que envolva a imputação e, então, a intensidade da atuação do Ministério Público é um fator de grande influência na decisão final.

A inércia do acusado, por outro lado, é uma das estratégias defensivas que o coloca em situação extremamente favorável durante o processo penal, podendo o acusado, ao ser interrogado, responder apenas às perguntas de seu advogado, vale dizer, responder apenas ao que for ensaiado com a defesa - situação só pensável num país como o Brasil - então, o Ministério Público deve impulsionar as provas e dar ao juiz muitas razões para acolher a acusação.

Nesse ponto, há uma visível discrepância de atuação entre o Ministério Público e a Magistratura, uma vez que esta é obrigada a aplicar os princípios garantistas do processo penal que são verdadeiros “obstáculos” à pretensão acusatória e punitiva do Ministério Público. Num certo sentido, a lei põe o juiz ao lado do criminoso. Aliás, não causa estranheza a percepção popular de que “a polícia prende e o judiciário solta”, o que corresponde à crua realidade do dia-a-dia.

Como a atuação dos membros do Ministério Público deve estar pautada pelos critérios da verdade e da justiça, existe um dever de objetividade na coleta das provas: as circunstâncias desfavoráveis e também as favoráveis ao acusado devem ser averiguadas (EISENBERG, 2005, p. 292).

Não se conhece qualquer estudo metodológico, no Brasil, sobre essa suposta objetividade. No entanto, ela leva a acusação a um terrível paradoxo, qual seja, demonstrar que a hipótese acusatória também pode estar errada, caso de verdadeira apoteose para os garantistas.

Conclui-se, desse modo, que a questão central da intervenção do Ministério Público no processo penal está ligada à imparcialidade da jurisdição e ao princípio de igualdade, uma vez que a instituição, teoricamente, pelas garantias de que desfrutam seus membros, estaria em condições de realizar a responsabilização penal de todos os criminosos, com igual intensidade.

Não obstante, se constata que o Ministério Público não consegue realizar esse planejamento normativo, quer por questões estruturais ou pela seletividade sistemática da justiça penal.

5. A atuação garantista da justiça penal

Nos sistemas de *civil law*, a magistratura é uma burocracia especial do Estado, preenchida por concurso público para o recrutamento dos seus quadros e na qual existe uma socialização *interna corporis* dos magistrados (VIANNA et ali, 1997, p. 37).

O poder judiciário está construído de forma piramidal, no seu ápice o Supremo Tribunal Federal, com a missão precípua de exercer a “guarda da Constituição” (Constituição Federal, art. 102).

O Supremo Tribunal Federal é composto por 11 ministros, detentores de notável saber jurídico e reputação ilibada. A escolha política dos ministros, entretanto, reduz os requisitos dos candidatos à idade mínima de trinta e cinco anos e máxima de sessenta e cinco anos de idade (Constituição Federal, art. 101), pois, na indicação presidencial para as vagas, existe um “silêncio obsequioso” na tradição do Senado, de referendar burocraticamente o nome apontado por vontade presidencial (VIANNA et ali, 1997, p. 45). Aliás, não há notícia de qualquer rejeição pelo Senado dos nomes indicados pelo Presidente da República para os cargos.

Abaixo desta corte está o Superior Tribunal de Justiça (STJ), composto, no mínimo, de 33 ministros (Constituição Federal, art. 104), detendo, precipuamente, a missão de interpretação da lei federal (Constituição Federal, art. 105, III). Também são órgãos do poder judiciário o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), os Tribunais Regionais Federais e os Juízes Federais, os Tribunais e Juízes do Trabalho, os Tribunais e Juízes Eleitorais, os Tribunais e Juízes Militares, os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios (Constituição Federal, art. 92, I-A, III, IV, V, VI e VII).

O ingresso na magistratura de primeira instância é feito por concurso público. Esse recrutamento, no Brasil, vem abrindo a carreira a profissionais com menos de 30 anos, com pouquíssimo tempo de experiência nas profissões legais anteriormente ao ingresso na carreira, representando uma “tendência à juvenilização” da magistratura (VIANNA et ali, 1997, p. 64), o que é o resultado de dois fatores: as transformações produzidas no sistema universitário e do cálculo das possibilidades de êxito fora da magistratura, ou seja, as estratégias alternativas ao mercado de trabalho.

O alargamento das oportunidades acadêmicas (criação de escolas privadas, cursos noturnos, política de quotas etc.), produziu notável ampliação do contingente de juízes jovens. Nos setores acadêmicos oriundos da classe média, principalmente da parte baixa dessa camada, a advocacia representa uma aventura longa, penosa e incerta e, assim, a

magistratura constitui-se em um mercado ocupacional para as camadas médias e para os jovens de origem subalterna que tiveram acesso ao sistema universitário (VIANNA et ali, 1997, p. 65).

Feito o ingresso na magistratura, o noviço é submetido à socialização interna, ou seja, o jovem magistrado deve assimilar a cultura do meio. A porta de entrada para o processo de assimilação institucional é a escola de magistratura, de frequência obrigatória, tendo em vista o fenômeno intenso de incorporação de jovens com baixa ou nenhuma experiência prévia à magistratura.

Sucessivamente, o magistrado deve absorver a cultura jurídica dos tribunais aos quais estão vinculados, que são capazes de exercer o controle sobre a reprodução da corporação (VIANNA et ali, 1997, p. 61).

O magistrado, então, aprende a reproduzir o pensamento jurídico dos tribunais, num contexto de reiteração que pode ser equiparado a um “treino meramente técnico”, que, nas ciências sociais, é guiado pela “solução de pequenos quebra-cabeças” (POPPER, 2004, p. 43).

Mais tarde, para entrar em lista e obter votação para o acesso aos tribunais, o juiz também deverá estar “alinhado” ao pensamento jurídico dos desembargadores mais velhos e às antigas práticas destes corpos da hierarquia superior da magistratura.

A construção da identidade do magistrado, então, começa pela obediência e pela repetição. De fato, no que se refere às questões de direito, o magistrado é um personagem sem importância, pois as suas decisões são uma repetição do que é decidido de cima para baixo. O campo da liberdade e da inovação ocorre em pequenas aberturas deixadas para os casos inéditos, que devem começar pelas instâncias mais baixas do poder judiciário.

Nesses casos, o magistrado “propõe” uma determinada solução que está sujeita à reavaliação dos tribunais, dentro dos quais os critérios de decisão poderão ser totalmente antagônicos ao decidido em primeira instância, ou mesmo nas instâncias sucessivas, à medida que o caso vai sendo elevado aos tribunais mais graduados.

Esse foi o caso da inelegibilidade reflexa nas relações homoafetivas, decidido pelo Tribunal Superior Eleitoral em 2004, tendo o tribunal concluído que as pessoas do mesmo sexo que mantivessem relação afetiva estável se encontravam submetidas à hipótese constitucional de inelegibilidade reflexa (Recurso Especial Eleitoral\PA n. 24.564).

Do mesmo modo, foi o caso criminal decidido pelo Supremo Tribunal Federal (Inquérito n. 726), julgado em 1993, em que se discutia a legitimidade para a ação penal nos crimes contra a honra de servidor público

e no qual a corte passou a admitir a legitimação alternativa do ofendido, sem que a pretensão de punição do ofensor tivesse que passar pelo juízo do Ministério Público. A interpretação sobre a questão, com reflexo na inviolabilidade da honra, foi objeto de sucessivas decisões, sendo posteriormente objeto da Súmula n. 714 do Supremo Tribunal Federal.

A questão que se segue é saber se o adestramento do magistrado e a contenção da sua liberdade de decisão *interna corporis* estão em situação de compatibilidade com os imensos problemas jurídico-sociais, socioeconômicos e com a mudança de papel do poder judiciário no cenário em que se apresenta o Estado contemporâneo.

O judiciário, assim, vem sendo chamado a assumir um papel protagonista na formação dos direitos, na luta contra a rigidez dos Códigos, na realização da justiça distributiva e na efetivação dos valores da cidadania, abrindo senda para uma crise do Poder Judiciário, em cujo ápice se encontra o enigmático e ideológico STF, na sua atual composição.

Essa crise é, na verdade, resultado das exigências do cenário atual de mutação das instituições e valores sociais e redesenho do próprio papel do judiciário como poder do Estado.

No campo das promessas não cumpridas do “Welfare State”, “que se materializaria na intervenção ativa para modificação das chances de vida das pessoas” (ALBRECHT, 2010, p. 221), por exemplo, as previsões sobre o direito à saúde, educação, políticas públicas, direitos sociais etc., o judiciário vem impondo ao executivo, que deveria realizá-las, obrigações decorrentes de sentenças. A ingerência entre os poderes é fato fora de discussão.

A Constituição Federal, por exemplo, assegura o direito à saúde e, então, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o Estado está obrigado ao fornecimento de medicamentos indispensáveis ao restabelecimento da saúde (Agravo de Instrumento n. 837.642, julgado em 07.02.2012). No entendimento da Suprema Corte, a interpretação de uma “norma programática” não pode transformá-la em “promessa inconstitucional”, de forma que, para dar efetividade a preceitos fundamentais da Constituição (direito à vida e à saúde), o Poder Público deve fornecer às pessoas destituídas de recursos financeiros medicamentos contra o vírus HIV (RE 271.286, julgado em 12.09.2000). Desse modo, o judiciário ainda é chamado a impor ao Poder Público o cumprimento da obrigação legal.

Em relação ao direito à educação, o mesmo Supremo Tribunal Federal foi chamado a manifestar-se sobre a legitimidade da intervenção judicial, quando o Poder Público, no caso o município, se omite no atendimento à obrigação decorrente do próprio texto constitucional (implementação de políticas públicas) e a neutralizar os efeitos perversos da omissão estatal.

No julgamento do Agravo Regimental n. 639.337/SP, julgado em 23.08.2011, decidiu a Suprema Corte que é legítima a determinação de atendimento, pelo município, de criança até cinco anos em creche pré-escolar próxima à residência ou ao endereço de trabalho dos responsáveis pelo menor.

O caso da união homoafetiva, igualmente, foi levado a julgamento perante a mais alta corte de justiça, sendo o resultado natural da evolução social, dos valores a ela subjacentes e da liberdade individual.

No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF n. 132/RJ), concluiu o STF que as referidas uniões devem ser reconhecidas como instituto jurídico, dando interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723 do Código Civil brasileiro, que reconhece como “entidade familiar” a união estável entre “homem e mulher”.

Segundo a Corte Suprema, para o reconhecimento da família pouco importa a sua constituição formal ou informal, ou se ela é integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A “questão gay” indica a projeção do Supremo Tribunal Federal na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural.

Não somente isso, mas aponta para o avanço do judiciário em campos antes restritos ao legislador, pondo em questão a separação dos poderes.

No controle da constitucionalidade das leis se põe um problema central nas democracias contemporâneas, e se renova o debate sobre o papel do poder judiciário dentro do Estado e do controle do poder legislativo.

Outro avanço do judiciário na questão da repartição de poderes se encontra nas chamadas decisões criativas, nas quais a mera declaração do direito aplicável e a posição de passividade da jurisdição são substituídas pela criação do direito, que se baseia nas premissas do “realismo jurídico”, acerca do caráter indeterminado do direito e da sua inaplicabilidade em termos mecanicistas (ROSS, 1994, p. 66).

Nas decisões judiciais se faz presente a perene questão da certeza do direito. A “escola realista” é a que melhor explica a imprevisibilidade das decisões e a inexistência de um direito objetivo, dedutível de certos dados, sejam eles fornecidos pelo costume, pela lei ou por precedentes judiciais: o direito é criação contínua do juiz, no ato em que decide uma controvérsia.

A certeza, um dos pilares dos ordenamentos jurídicos continentais, é um mito que deriva de uma espécie de aquiescência infantil diante do princípio de autoridade (FRANK. *Law and Modern Mind*, 1930, *apud*, BOBBIO, 2010, p. 58).

Nesse caso, a conclusão a que chegaram os teóricos do “Critical Legal Studies” é que a sentença do juiz refletiria suas preferências subjetivas. Por consequência, o juiz deverá atuar na construção do direito capaz de regular e direcionar em sentido normativo a própria realidade, pautado na ideia de uma “living Constitution” (CASALINI, 2006, p. 281).

Nas ações afirmativas (política de quotas, por exemplo) e dos direitos das minorias (homossexuais, por exemplo), é notável a mudança do pêndulo em direção à jurisdição constitucional.

A questão do aborto de anencéfalos (ADPF 54), julgada definitivamente pelo Supremo Tribunal Federal, em 12.04.2012, reflete um caso em que o tribunal age como “legislador positivo”.

Embora o Código Penal brasileiro (art. 128, I e II) exclua a criminalidade do aborto apenas nas situações de estupro e risco para a vida da gestante, o plenário da Corte declarou inconstitucional a interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez do feto anencéfalo é tipificada como crime. Ao interpretar o direito, o tribunal criou, como se fosse legislador, uma nova hipótese de descriminalização do aborto.

A referência pontual a alguns julgados, onde se faz nítida a criação judicial dos direitos, resulta também da independência do poder judiciário e do reconhecimento de que a função interpretativa não é estática, mas dinâmica, permitindo o avanço e o aperfeiçoamento do direito (ALBRE-CHT, 2010, p. 263).

A ciência social, entretanto, embora reconheça a importância do prefigurado engajamento institucional, mostra que o poder judiciário está sendo confrontado com questões de fundo político-social, que não pode resolver de forma global e racional.

Assim, é um poder que não é capaz de resolver as profundas desigualdades econômicas e políticas, a corrupção institucionalizada, a cultura da sonegação, o enfraquecimento do sistema de segurança pública, a violência e a criminalidade política, o mal funcionamento dos serviços públicos, a perda de valores morais, etc., quer dizer, o judiciário não é o *locus* institucional para todas as questões implicadas na agenda social.

Na área penal, o protagonismo do judiciário está estruturado normativamente no entorno das garantias penais. Elas são, aliás, uma coqueluche dos hermeneutas constitucionais e processuais, a ponto de o garantismo penal ter se tornado, no Brasil, a única matriz jurídico-filosófica do direito processual penal. A prática de um crime, por mais grave, sanguinolento, impiedoso, vil ou egoísta, ocasiona o nascimento de infinitas garantias legais.

Com toda razão, o acicate lançado à infinita proteção de criminosos, “na prática, garante mesmo apenas o crime e sua prosperidade, em um círculo vicioso de tal forma arraigado na cultura em geral que hoje causas e efeitos são quase indiscerníveis” (GIARDIN DE SOUZA, 2018, p 198).

O juiz também deve proteger os direitos fundamentais e expungir da jurisdição toda réstia de violência institucional. A pauta de atuação dos juízes deve respeitar os princípios democráticos do processo penal (contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, devido processo legal etc.), o que faz da justiça criminal um ponto de grande interesse sociológico.

O Poder Judiciário se interpola entre a Polícia e o Ministério Público, sendo um freio institucional ao ímpeto persecutório que aquelas instâncias representam. É inevitável que o judiciário seja visto como um “poder-obstáculo” à punição dos réus culpados, uma vez que, na sua atuação sistemática, interessa à jurisdição mais as garantias dos acusados do que a punição dos culpados. Não há espaço, neste artigo, para discorrer sobre este estado de coisas, que inclui o país como o paraíso dos criminosos.

As garantias individuais dos acusados são o resultado de uma longa história de dor, sofrimento e também de muita ideologia libertária desgarrada da realidade.

Em tempos recentes, com razão, elas são apontadas como causa de uma grande impunidade e da completa ineficácia da justiça penal. A amplificação das garantias é um exercício sem fim, ensinado nas academias, reproduzido em livros e repercutido nas decisões dos tribunais.

Entretanto, a questão central das garantias processuais não é propriamente esta, mas a sua desigual distribuição. Por exemplo, o direito à ampla defesa e aos recursos a ela inerentes (Constituição Federal, art. 5º, LV), implica a possibilidade de esgotamento da jurisdição até a última instância (Supremo Tribunal Federal), o que faz do país o paraíso dos recursos. No entanto, essa possibilidade é cara e não está ao alcance de todos.

A presunção de inocência - um princípio-âncora do garantismo - é um postulado cuja aplicação depende, em concreto, de um estado mental de isenção pura, que o juiz não é capaz de alcançar.

Todo o garantismo não é capaz de reduzir o nível de pré-juízo que envolve o julgamento de réus que praticaram crimes sexuais ou violências, por exemplo. Nesses casos, tornam-se decisivos dois critérios: a reincidência e a personalidade violenta do réu. A censurabilidade pela conduta de vida como que ressuscita do seu funeral penal e toma assento na sala de audiências.

Achados sociológicos indicam que a vista a partir da cadeira do juiz penal é altamente seletiva e envolve em pré-compreensões sobre as pessoas e os crimes que elas praticaram: “Auch ist der Blick vom Richterstuhl höchst seletiv” (KUNZ, 2011, p. 89).

Na Alemanha, por exemplo, achados sociológicos apontam que se o caso envolve o julgamento de alguém acusado por crime econômico, a sua visibilidade aos olhos do julgador pode ser a de um homem sem virtudes, nele se fundindo um estreito nexos entre personalidade e o próprio delito:

Der angeklagte Wirtschaftskriminelle erscheint als ein „Mann ohne Eigenschaften“, bei dem die Annahme eines Zusammenhanges zwischen Persönlichkeit und Delikt fernliegt (KUNZ, 2011, p. 89).

O acusado de crime econômico aparece perante a justiça como um homem sem caráter, em relação a quem a aceitação do nexos entre personalidade e delito é encontrado à distância.

A questão da política recursal, instituída pelo Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do HC 84.078/MG, julgado em 2009 (Informativo STF n. 534), se propunha a aprofundar ainda mais a questão das diferenças econômicas e sociais entre os acusados ricos e pobres no Brasil.

Segundo a Suprema Corte, mesmo após o julgamento do recurso de apelação do réu e, mantida a eventual condenação em segundo grau, o Recurso Extraordinário para o Supremo Tribunal Federal ou o Recurso Especial, para o Superior Tribunal de Justiça, impede a execução provisória da pena, salvo se já decretada a prisão cautelar do acusado.

Como na sistemática jurídica da prisão cautelar ela se aplica, na maioria dos casos, aos crimes violentos, ao tráfico de drogas, aos crimes contra o patrimônio ou às organizações criminosas, a prisão antes da sentença transitar em julgado sugeriria, de acordo com o HC 84.078/MG, a exclusão das elites e dos crimes sem dor e sangue, nem visibilidade, que essas elites geralmente cometem.

O precedente representado por esse *leading case* punha em conflito a questão da efetividade das decisões, suprimindo aos estratos inferiores do judiciário uma parte do *ius imperii*, uma vez que, a partir desse julgamento, seria o Supremo Tribunal Federal o único órgão do poder judiciário capaz de mandar à execução as decisões inferiores, se o acusado estiver solto e se houver recurso aos tribunais superiores.

Assim, por exemplo, se o caso é de furto na sede do Banco Central, a prisão preventiva dos réus para, garantia da ordem pública, é pacificamente aceita para acautelar o meio social, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal (HC 101.248/CE).

Mas, se o caso é de prisão cautelar para garantia da ordem econômica, “a magnitude da lesão não justifica, por si só, a decretação da prisão preventiva” (HC 99.210/MG), o que acaba por neutralizar toda censura sobre o dano social, fazendo valer o dito popular que o mundo é mesmo dos espertos, isso sob a “legítima” interpretação da Suprema Corte.

No caso em que o crime praticado era corrupção ativa, o Supremo Tribunal Federal (HC 95.009/SP) decidiu que a prisão preventiva representaria antecipação da pena e isso era inconstitucional, por violar a presunção de não culpabilidade:

A prisão cautelar, tendo em conta a capacidade econômica do paciente e contatos seus no exterior não encontra ressonância na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pena de estabelecer-se, mediante quebra da igualdade (artigo 5º, caput e inciso I da Constituição do Brasil) distinção entre ricos e pobres, para o bem e para o mal.

A equiparação entre pobres e ricos, nesse caso, é uma hipótese contráfática, pois os pobres não podem ter bens no exterior e não possuem capacidade econômica. Não é sem razão que a igualdade, utilizada como *ratio decidendi* pela Corte Suprema, é a igualdade formal, cuja manipulação concede às elites, que estão situadas na superestrutura social, a imunização contra a persecução penal.

Em 2016, o STF deu uma guinada no seu entendimento sobre a possibilidade de execução da sentença condenatória antes do trânsito em julgado, passando a admitir a execução depois da decisão de segunda instância, uma vez que a análise das provas se esgotou, cabendo ao STF ou STJ apenas as discussões de direito (HC 126.292/SP).

Pois bem, referida decisão remodelava a hierarquia dos recursos e impunha desejada coerência ao que se deve interpretar como presunção de inocência, limitando-a até o julgamento de segunda instância. Daí para frente, o réu declarado culpado, embora ainda pudesse recorrer ao STF ou STJ, deveria cumprir a decisão. Com isso, o STF havia reformulado a política recursal, contribuindo para a efetividade das decisões dos tribunais inferiores.

No entanto, bastou a prisão do ex-presidente Lula, no âmbito da Operação Lava-Jato, para que o Tribunal Pleno do STF moldasse novo paradigma sobre a presunção de inocência e a execução da pena após a decisão de segunda instância.

Como se sabe, o STF, em 07/11/2019, ao julgar as ADC (Ações Diretas de Constitucionalidade) 43, 44 e 45, reverteu seu próprio paradigma, para assentar a constitucionalidade do artigo 283, do CPP, na redação

dada pela lei 12.403/11, reduzindo a possibilidade de prisão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou em virtude de prisão temporária ou preventiva.

Na prática, referida decisão reverteu a possibilidade de prisão após decisão de segunda instância, suprimindo a execução da sentença até que sejam esgotados os recursos ao STF e STJ.

A estimação qualitativa, mesmo que poucas decisões analisadas, dentro da mais expressiva corte de justiça do país (STF), indica que este tribunal, situado no topo da pirâmide, não reflete a ideologia e o pensamento da justiça como um todo. Pelo contrário, os juízes e tribunais de estrato inferior agem com critérios repulsivos à “ideia de justiça” imperante no “andar superior” do poder.

O STF, sugestivamente, se mostra, na composição atual, como um órgão volúvel, cambiante, profundamente ideológico e contaminado pela política, sendo-lhe inteiramente cabível o labéu de “contrapoder”, tal o insulamento da realidade do país e do direito aplicado nos estratos subalternos.

Todas essas observações mostram que o Poder Judiciário está situado em posição de centralidade dentro do Estado. Mais do que isso, é um poder que é chamado a realizar a cidadania, embora a cidadania deva ser realizada em outras instâncias, mais especificamente, no campo da política e da prática social.

No campo penal, o Poder Judiciário desempenharia uma função garantista, mas, quando se trata das elites do poder (econômico, político, cultural, burocrático, industrial etc.), o judiciário é uma instância neutralizadora. O seu funcionamento cotidiano desacredita os ideais de justiça e de igualdade que supostamente deveria defender.

Por isso, viverá em permanente e profunda crise. Enquanto não for um poder que distribua justiça de forma igualitária, o judiciário será a instância da opressão dos pobres e da libertação das elites.

6. A vingança da execução penal

A execução penal é a última fase do processo criminal, que se inicia com a denúncia e termina com o cumprimento ou a extinção da pena. Julgar e punir são momentos indissolivelmente implicados um no outro e correspondem à manifestação do fenômeno punitivo. A execução penal que aqui interessa é a da pena privativa da liberdade.

Todo o sistema de execução dessa modalidade de pena corporal está fundamentado na diferenciação dos estabelecimentos e na classificação dos presos (KAISER; SCHÖCH, 2010, p. 221).

O objetivo de integração social do condenado é expressamente previsto na lei de execução penal (lei n. 7.210/1984). A segurança coletiva (defesa social) também é um objetivo implícito da execução penal, por exemplo, a aplicação do regime disciplinar diferenciado, as sanções disciplinares, os estabelecimentos de segurança máxima, o prazo indeterminado de duração da medida de segurança, o monitoramento eletrônico de sentenciados, o exame criminológico para os condenados por crimes violentos etc.

Uma primeira questão a ser enfrentada em conjunto pela sociologia e também pela dogmática do direito é a interferência do tempo sobre os fins da pena. A execução da pena muito tempo após a prática do crime nulifica qualquer finalidade de prevenção geral ou especial, com as quais os penalistas procuram explicar os fins da pena.

Esse era um dos problemas a serem resolvidos no “caso da sentinela do muro” (*Mauerschützenfall*), no qual um jovem militar que, no ano de 1984, quando tinha 19 anos de idade, atirou e matou, com uma pistola automática, um fugitivo político desarmado que procurava atravessar o “Muro de Berlim”. O julgamento ocorreu mais de 20 anos após o fato, resultando na condenação do acusado à pena de 04 anos de prisão por crime de homicídio.

Ficou comprovado, durante o julgamento, que após o fato, o acusado não veio a cometer qualquer crime ou a demonstrar qualquer alteração do seu comportamento, mas pelo contrário, apresentava uma plena integração social, caso em que a execução da pena e a prisionização representavam evidentes riscos de contaminação do sentenciado, segundo as leis da subcultura carcerária (KAISER; SCHÖCH, 2010, p. 222), efeitos desintegradores esses que o Landgericht (LG) de Berlim procurou mitigar, ao aplicar uma pena reduzida (KAISER; SCHÖCH, 2010, p. 226).

Em casos assim, existe um isolamento ideológico do direito penal tão evidente que leva a pensá-lo sem ligação com o processo penal e com as ciências sociais, e mais, é preciso isolar, mesmo dentro do processo penal, as suas duas fases (cognição e execução), para se aceitar a suposta necessidade de prevenção geral positiva, como reafirmação da ordem jurídica violada para legitimar a imposição da pena, e assim obter a distinção entre a finalidade da pena e isolá-la das finalidades da execução penal (reintegração e defesa social).

Na aplicação da pena, essa se dirige à generalidade para intimidar os delinquentes potenciais e robustecer a consciência dos cidadãos e sua

confiança no direito, mas na execução concreta, as finalidades são diversas, de forma que os horizontes teóricos do direito penal e da execução penal são chocantes, provocando a “antinomia dos fins da pena” (CONDE; HASSEMER, 2008, p. 194), expressão com a qual se quer dizer que os diferentes fins da pena não só perseguem objetos distintos e inclusive contraditórios, senão também procedem de mundos distintos e se fundamentam em pressupostos diversos, o que, em definitivo, desenvolve conflitos praticamente insolúveis no sistema penitenciário.

É extremamente questionável que a aplicação de uma pena criminal possa ter o efeito de impedir o próprio condenado ou a generalidade de pessoas à prática de outros delitos, dada à constatação de que o perigo do cometimento de crimes é uma situação meramente hipotética. Além disso, é duvidoso se as penas possuem realmente um efeito preventivo geral ou se expressam apenas uma defesa simbólica dos valores sociais mais elevados.

Então, o objetivo da pena criminal não é a prevenção geral ou individual, mas a repressão, através da imposição da pena que seja adequada ao fato e à culpa individual. Isso quer dizer que o direito penal e a persecução penal possuem fundamentos menos preventivos do que repressivos: “Strafrecht und Strafverfolgung sind weniger präventiv als vielmehr repressiv” (PIEROTH; SCHLINK; KNIIESEL, 2012, p. 22).

O estado de sujeição pessoal na execução da pena privativa da liberdade é total. É um eufemismo e uma erronia terminológica afirmar que o indivíduo sentenciado e preso está sob a “tutela” penal, quando, em verdade, a sua situação existencial é de pura submissão.

Na execução da pena ocorre uma espécie de “vingança institucional” contra o aprisionado. Embora se procure assegurar normativamente todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei, a perda dos direitos é quase integral, processo esse denominado, pela sociologia, de “morte civil” (GOFFMAN, 1974, p. 25).

A perda de papéis é o resultado mais do que esperado do isolamento imposto à pessoa nas instituições totais, que, como a prisão, é concebida para a segurança da sociedade e não para o bem-estar do preso.

O adestramento do recluso é feito pela obediência. Contraditoriamente, o preso deve aprender a obedecer também às normas informais existentes no mundo interno, sob a pena de sofrer represálias e violências físicas. A “mortificação do eu” (GOFFMAN, 1974, p. 24) é constituída por uma série de degradações, pessoais e patrimoniais, a que o indivíduo fica sujeito (corte do cabelo, uso do fardamento, obediência incondicional, regras de linguagem, dependência integral de terceiros, despojamento de todos os

bens, submissão a busca pessoal a qualquer momento, inclusive com retirada completa do uniforme prisional - *Entkleidung* - etc.), refletindo na imagem que o recluso possui de si mesmo como pessoa negativa, inferior, censurável e culpável.

A privacidade é sumariamente substituída pela divisão coletiva dos espaços e pela convivência imposta com as demais pessoas, algumas indesejáveis, inclusive para atos fisiológicos naturais.

Os presos provisórios ou já sentenciados por crimes sexuais estão expostos a riscos de profanações físicas que os façam “pagar”, segundo um código dos internos - irrevogável e não sujeito a revisão -, pelos crimes cometidos e, por isso, esses presos são colocados no “seguro”, jargão que significa o isolamento contra atos de perversão sexual e também violações físicas da população carcerária. Se assim não for, o preso fatalmente perderá a sua masculinidade, ficando sujeito às mais horríveis sevícias.

O dever de obediência cria, nas relações entre o preso e a administração carcerária, outra e mais sutil degradação em forma de “circuito”, na medida em que uma resposta defensiva do preso, diante do que considera um “ataque” dos agentes penitenciários, provoca uma nova “reação”, por exemplo, uma resposta expressiva de autodefesa contra exigências humilhantes pode resultar, dentro das instituições totais, em novo castigo, de forma que o mau humor e a insolência do preso são bases para outros castigos (GOFFMAN, 1974, p. 40).

O indivíduo preso, assim, está à mercê de sanções e não possui a mínima autonomia. É um submisso. A execução da pena é a vingança institucional contra as garantias processuais anteriores ao início do cumprimento da pena.

Existe, entre os presos, um sentimento de lealdade e solidariedade que, muitas vezes, dá origem a rebeliões, que surgem como protesto contra as normas da instituição total ou como forma de reivindicações (permissões de saída, aumento do tempo de visitas de parentes, melhorias físicas das instalações, maior contato com representantes de instituições de controle etc.).

Além das “normas da casa” (regulamentos internos e leis formais de execução penal), o sentenciado deve aprender as “normas dos prisioneiros”, ou seja, os códigos morais entre os sentenciados, cuja desobediência pode causar consequências muito mais terríveis do que as previsões legais.

Uma casa de detenção ou de cumprimento de pena é, certamente, um *espaço* reservado que serve para confinar, à força, uma *população* legalmente estigmatizada, no interior da qual esta população desenvolve *instituições*, uma cultura e uma identidade desonrada que lhe são específicas (WACQUANT, 2003, p. 345).

A subcultura prisional (*Gefängnissubkultur*) (KUNZ, 2011, p. 314) é um processo de socialização negativa que surge em virtude da necessidade de adaptação ao meio e ao sistema de valores dentro da instituição total que percorre quase toda a população carcerária e decorre, exatamente, da supressão da autonomia e do rebaixamento imposto ao encarcerado, que para suportar a terrível pressão interna, tende a aceitar e seguir as regras subculturais (KAISER; SCHÖCH, 2010, p. 231).

Uma dessas normas é a infalibilidade das sanções dentro da comunidade de presos. Ao contrário das leis do Estado, que são relativas e requerem o devido processo, as leis da subcultura prisional são irrefragáveis e imediatas. O alcaguete, por exemplo, não é admitido em qualquer hipótese, impondo a todos a lei do silêncio. Estupradores recebem a pena do estupro coletivo; quem mata um parente deve morrer; quem não pertence à facção que domina o estabelecimento morre e assim sucessivamente.

Talvez haja um aprendizado a retirar das leis dos presos, na medida em que a certeza das penas e a sua irrevogabilidade são fatores de contenção e submissão que eles próprios aplicam.

Tomando-se essa pequena amostragem da execução das penas corporais e da constatação de que a execução da pena corporal não pode servir à socialização de ninguém, é preciso discutir a função real da prisão e a sua utilidade contemporânea.

Em primeiro lugar, todo imenso esforço dos juristas para a legitimação da pena de prisão é ocioso. As teorias da pena criminal foram desenvolvidas em torno da justificação daquilo que é indemonstrável, ou seja, que há racionalidade na cominação (previsão abstrata feita pelo legislador para certos delitos) e na aplicação da pena de prisão.

A velha pergunta dos juristas (“por que punir?”) ainda povoa o imaginário dogmático, na busca de algum fundamento para a pena de prisão. Talvez esse seja o ponto mais inerte da filosofia penal: será possível mesmo justificar a pena de prisão?

Não há, entretanto, qualquer fundamento moral para a prisão. Ela é um ato de força que não precisa de justificação. A prisão é como a guerra, que carece de legitimação moral.

Se o sistema penal é um mero fato de poder, a pena não pode pretender nenhuma racionalidade, ou seja, não pode ser explicada a não ser como manifestação do poder (ZAFFARONI, 2001, p. 202).

A par da função elementar de controlar o crime e da constatação de que a perda desse controle pode minar a soberania e a autoridade política, o castigo simplesmente reafirma o poder (GARLAND, 2006, p. 80).

Depois de haver constatado a ausência de racionalidade da pena-prisão, é preciso indagar se a própria pena-prisão possui alguma finalidade, ou seja, responder a outra pergunta: “para que punir?”

A resposta que se propõe é que a única função da pena, especialmente a prisão, é a neutralização do criminoso. Com a aplicação da pena de prisão se objetiva a inocuidade da pessoa, pelo menos dentro do tempo em que o criminoso passar recluso.

Na prisão e no sistema carcerário não há nenhuma missão econômica positiva de recrutamento e disciplinamento de uma mão-de-obra ativa, como sugerem alguns pensadores de matriz socialista (WACQUANT, 2003, p. 349).

A finalidade única da prisão é a neutralização, pois se espera que essa supressão da liberdade tenha o efeito incapacitante: “Incapacitation ist eine im Wesentlichen auf den reiheitsentzug bezogene Wirkungserwartung” (KUNZ, 2011, p. 312): a incapacitação é uma expectativa essencialmente relacionada com a pena de privação da liberdade.

Ainda assim, em relação a certos delitos, como é o caso notório das infrações ligadas às drogas, o efeito de exclusão ocasionado pela prisão gera um novo “efeito de substituição” - a neutralização de um criminoso simplesmente produz a sua substituição por outro na “pista” -, o que significa que o encarceramento equivale a recrutar novos delinquentes (WACQUANT, 2003, p. 461), constatação que, por si só, não serve minimamente de argumento para a supressão da pena-reclusão.

Aliás, uma irrefutável observação de Garland ilumina essa questão, quando afirma que o destino do próprio castigo é nunca ter êxito pleno “debido a que las condiciones más activas para inducir la conformidad – o para fomentar la delincuencia y la desviación – quedan fuera de la jurisdicción de las instituciones penales” (GARLAND, 2006, p. 334).

Não obstante toda crítica sobre os efeitos da política de incapacitação, principalmente pelo aumento vertiginoso da população carcerária (KUNZ, 2011; WACQUANT, 2003), é muito evidente que a prisão e as medidas de segurança, executadas nas instituições totais, são reações finais contra o delito, portanto materializam a única proposta real do controle penal, que é a exclusão do delinquente, administrada modernamente sob uma filosofia gerencial de fluxos. Não é sem razão a comparação da execução penal e da prisão a uma “porta giratória”.

A prisão serve, nessa ótica, para isolar e neutralizar categorias desviantes ou perigosas por meio de uma vigilância padronizada e de uma gestão estocástica dos riscos, cuja lógica evoca mais a pesquisa operacional ou a retirada dos “dejetos sociais” do que o trabalho social (WACQUANT, 2003, p. 247).

A prisão é uma espécie de exílio. Aliás, no Brasil, quando se chega à aplicação da pena de reclusão, após uma infinita série de recursos, com direito a quatro instâncias e à proteção das infinitas garantias, esse exílio é o cume do próprio mérito.

Na prisão são meramente retidos os detritos sociais, a parte desprezível da população. No campo da antropologia, é perfeito o contraste feito por Lévi-Strauss (*Tristes Trópicos*) entre as sociedades primitivas, que lidam com os desviantes engolindo-os e adquirindo forças através deles (*antropofagia*), e as sociedades modernas, que vomitam os desviantes (*antropoemia*), conservando-os fora da sociedade ou encerrando-os em instituições especiais (YOUNG, 2002, p. 91).

Na pós-modernidade, a reinvenção da prisão possui um caráter de eliminação, centrada no gerenciamento de riscos simbólicos, em substituição à reabilitação, ideologia que vicejou no século XX (GARLAND, 2006, p. 337) e que cedeu espaço para um sistema exclusivo e meramente atualial de justiça criminal.

No sistema penal previdenciário, a prisão funcionava como a última instância do setor correcional, lidando com aqueles criminosos que não reagiram às medidas de reforma de outras instituições. Na teoria, se não na prática, a prisão era representada como o último estágio de um processo contínuo de tratamento. Hoje, ela é concebida explicitamente como mecanismo de exclusão e controle (...) A prisão é usada atualmente como um tipo de reservatório, uma zona de quarentena, na qual indivíduos supostamente perigosos são segregados em nome da segurança pública (GARLAND, 2008, p. 380-381).

Sob o olhar sociológico, a execução de uma pena de prisão é um “mar morto”, onde a pessoa condenada é apenas isolada do “grande mundo”.

Esse efeito de exclusão não pode ser suprimido desde que exista uma pena criminal. A teoria jurídica pode limitar o poder de aplicar a pena criminal, e então se reserva aos penalistas e processualistas penais a tarefa ideológica de construção das bases de restrição punitiva, trabalho este que não tem fim e que a cada dia é renovado com a “descoberta” de uma nova garantia contra o poder punitivo. Quais as consequências disso e quem deve suportá-las?

7. Referências

- ALBRECHT, Peter-Alexis. *Kriminologie*. 4. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2010.
- BAYLEY, David H. *Padrões de policiamento*. 2ª ed. São Paulo: Edusp, 2006 (Trad. Renê Alexandre Belmonte).

- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal. Introdução à sociologia do direito penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002 (Trad. Juarez Cirino dos Santos).
- BEATO FILHO, Cláudio C. *Políticas públicas de segurança e a questão policial*. In: São Paulo em Perspectiva: São Paulo, vol. 13, 1999, p. 13-27.
- BEULKE, Werner. *Strafprozessrecht*. 9. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- BRETAS, Marcos Luiz. *Observações sobre a falência dos modelos policiais*. In: Tempo Social. São Paulo: USP, vol. 9, 1997, p. 79-94.
- CASALINI, Brunela. Soberania popular, governo da lei e governo dos juizes nos Estados Unidos da América. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito. História, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- EISENBERG, Ulrich. *Kriminologie*. 5. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2005.
- GARLAND, David. *A cultura do controle. Crime e desordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008 (Trad. André Nascimento).
- _____. *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoria social*. Bogotá: Siglo XXI editores, 2006 (Trad. Berta Ruiz de La Concha).
- GIARDIN DE SOUZA, Leonardo; PESSI, Diego. Bandidolatria e demócídio: ensaios sobre garantismo penal e a criminalidade no Brasil. 3ª ed. Porto Alegre: SV Editora, 2018.
- GOFFMAN, Erwing. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Editora Perspectiva S/A, 1974.
- GÖTZ, Volkmar. *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht. Ein Studienbuch*. 15. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2013.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, vol. 2 (Trad. Flávio Beno Siebeneichler).
- YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Revan, 2002 (Trad. Renato Aguiar).
- KAISER, Günther; SCHÖCH, Heinz. *Kriminologie. Jugendstrafrecht. Strafvollzug*. 7. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2010.
- KREY, Volker. *Deutsches Strafverfahrensrecht*. Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 2006, Band I.
- KUNZ, Karl-Ludwig. *Kriminologie*. 6. Auflage. Bern: Haupt Verlag, 2011.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, vol. I (Trad. Gustavo Bayer).
- LYON, David. *The Eletronic Eye. The Rise of Surveillance Society*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1994.
- MACHADO, Eduardo Paes; NORONHA, Ceci Vilar. *A polícia dos pobres: violência policial em classes populares urbanas*. In: Sociologias: Porto Alegre, 2002, n. 7, p. 188-221.
- MACHADO DA SILVA, Luiz Antonio. *Polícia e violência urbana em uma cidade brasileira*. In: Etnográfica: Lisboa, n. 15 (1), 2011, p. 67-82.
- MEIER, Bernd-Dieter. *Kriminologie*. 4. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2010.
- MISSE, Michel. *O papel do inquérito policial no processo de incriminação no Brasil: algumas reflexões a partir de uma pesquisa*. In: Revista Sociedade e Estado: Brasília, 2011, vol. 26, p. 15-27.

_____. *Autos de resistência: uma análise dos homicídios cometidos por policiais na cidade do Rio de Janeiro (2001-2011)*. Rio de Janeiro: NECVU, 2011.

_____. *Crime, sujeito e sujeição criminal: aspectos de uma contribuição analítica sobre a categoria "bandido"*. In: Lua Nova: São Paulo, vol. 79, 2010, p. 15-38.

MUNIZ, Jaqueline de Oliveira; PAES-MACHADO, Eduardo. *Polícia para quem precisa de polícia: contribuições aos estudos sobre policiamento*. In: Caderno CRH: Salvador, vol. 23, n. 60, 2010, p. 437-447.

MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. *Introdução à criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008 (Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves).

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard; KNIESEL, Michael. *Polizei- und Ordnungsrecht*. 7. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2012.

POPPER, Karl. *A lógica das ciências sociais*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

RAISER, Thomas. *Grundlagen der Rechtssoziologie*. 6. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013.

RATTON, José Luiz; TORRES, Valéria; BASTOS, Camila. *Inquérito policial, sistema de justiça criminal e políticas públicas de segurança: dilemas e limites da governança*. In: Sociedade e Estado. Brasília: vol. 26, 2011, p. 29-58.

RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes. *A democracia disjuntiva no contexto brasileiro: algumas considerações a partir do trabalho das delegacias de polícia*. In: Revista Brasileira de Ciência Política. Brasília: n. 11, 2013, p. 193-227.

ROSS, Alf. *Sobre El derecho y la justicia*. Buenos Aires: Editorial Universitas de Buenos Aires, 1994.

SCHNEIDER, Hans Joachim. *Polizeiwissenschaft, -theorie und -forschung*. In: SCHNEIDER, Hans Joaquim. (Ed.). *Internationales Handbuch der Kriminologie. Grundlagen der Kriminologie*. Berlin: De Gruyter Recht, Band I, Part 2, 2007.

SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Strafprozessrecht*. 4. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2007.

VARGAS; Joana Domingues; RODRIGUES, Juliana Neves Lopes. *Controle e cerimônia: o inquérito policial em um sistema de justiça frouxamente ajustado*. In: Revista Sociedade e Estado: Brasília: vol. 26, 2011, p. 77-96.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

VIDAL, Héliu Simões. *Na portinha: uma investigação sobre o sistema de justiça criminal*. 2017. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) UFJF, 2017.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [a onda punitiva]*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas. A perda de legitimidade do sistema penal*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

HÉLUIO SIMÕES VIDAL

Promotor de Justiça. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho do Rio de Janeiro. Doutor em Ciências Sociais Universidade Federal de Juiz de Fora de Minas Gerais.



SEGURANÇA PÚBLICA E TECNOLOGIA: A IMAGEM COMO PROVA CRIMINAL E A IMPORTÂNCIA DA ALFABETIZAÇÃO DIGITAL

PUBLIC SECURITY AND TECHNOLOGY:
IMAGE AS A CRIMINAL PROOF AND THE IMPORTANCE OF DIGITAL LITERACY

ISABEL CRISTINA CAMPOS VIEIRA DO NASCIMENTO

Oficial do Ministério Público

Resumo: O presente artigo resultou de pesquisa bibliográfica exploratória que objetivou identificar aspectos relevantes na utilização da prova visual no âmbito do processo penal. A importância do tema emerge da constatação do uso crescente das tecnologias de captação e processamento de imagens e de inteligência artificial para o reconhecimento de supostos autores de práticas delituosas. A análise é adstrita às imagens produzidas por tecnologias auxiliares dos agentes de segurança pública na prevenção e repressão de crimes e incorporadas ao processo penal. Estas constituem um meio de prova não normatizado que apresentam potencial de violação de direitos fundamentais, exigindo cautela em sua valoração, pois contém uma representação parcial da realidade e há possibilidade de manipulação. A hipótese levantada é de que a “alfabetização visual” proposta por Richard K. Sherwin pode consistir um instrumento auxiliar na interpretação dos conteúdos dessas imagens enquanto elemento informador da *opinio delicti* ou prova no âmbito do processo penal.

Palavras-chaves: alfabetização visual; biometria facial; processo penal; prova; videomonitoramento.

Abstract: This article resulted from exploratory bibliographic research that aimed to identify relevant aspects in the use of visual evidence in the context of criminal proceedings. The importance of the theme emerges from the observation of the growing use of technologies for capturing and processing images and artificial intelligence for the recognition of alleged authors of criminal practices. The analysis is attached to the images produced by auxiliary technologies of public security agents in the prevention and repression of crimes and incorporated into the criminal process. These constitute a non-standardized means of proof that have a potential violation of fundamental rights, requiring caution in their valuation, as it contains a partial representation of reality and there is a possibility of its manipulation. The hypothesis raised is that the “visual literacy” proposed by Richard K. Sherwin can be an auxiliary instrument in the interpretation of the contents of these images as an element that informs the *opinio delicti* or evidence in the context of criminal proceedings.

Keywords: visual literacy; facial biometrics; criminal proceedings; proof; video monitoring.

Sumário: 1. Introdução. 2. Um panorama da segurança pública no Brasil. 3. O uso da tecnologia de imagem para o enfrentamento da criminalidade. 3.1. A tecnologia de videomonitoramento na segurança pública. 3.2. O reconhecimento facial por biometria na segurança pública. 4. O processo penal, a busca da verdade e a prova visual. 4.1. A importância da perícia para a validade das provas visuais: vídeo, fotos e biometria facial. 4.2 A imagem como argumento. 5. O realismo ingênuo e a importância da alfabetização visual. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1. Introdução

O desenvolvimento tecnológico, a facilitação do acesso à *internet* e a convergência das tecnologias de transmissão de dados têm propiciado novos usos dos recursos digitais de processamento de imagem e de inteligência artificial, auxiliando os órgãos de controle social na prevenção de algumas espécies de crimes. Por exemplo, cite-se a expansão do geoprocessamento e a utilização do videomonitoramento, cada vez mais comuns nos espaços urbanos. Mais modernamente, o videomonitoramento tem sido associado à biometria facial processada por meio de algoritmos de inteligência artificial. Paralelamente, também se constata o crescente uso de câmeras de vigilância privada que geram imagens e que igualmente podem auxiliar na investigação criminal. Outro fenômeno de destaque é a profusão de imagens geradas por *smartphones* e aparelhos similares, as quais são compartilhadas nas redes sociais e em outras plataformas. Todo esse conteúdo, diuturnamente produzido pelas tecnologias digitais e difundido na rede mundial de computadores, vem expondo aspectos da vida privada e do cotidiano de milhares de pessoas, bem como, em muitos casos, acabam por revelar flagrantes de práticas criminosas. Nestes casos, as imagens produzidas podem vir a compor o acervo probatório no âmbito do processo penal.

Em especial, as câmeras de vigilância aliadas às tecnologias computacionais de reconhecimento por biometria facial constituem novos e polêmicos instrumentos de apoio ao controle social que merecem uma análise criteriosa por parte dos órgãos responsáveis pela persecução penal. Isso porque as imagens resultantes dessas tecnologias constituem um meio de prova ainda não normatizado e cujas potencialidades ofensivas a direitos fundamentais ainda têm sido pouco discutidas no meio acadêmico. Daí se extrai o problema da correta valoração desses meios de prova no âmbito do processo penal, exigindo cautela dos operadores do Direito.

A proposta desse artigo é investigar de forma exploratória alguns aspectos que devem ser considerados para a valoração e utilização adequada da prova visual, de modo que não seja supervalorizada ou utilizada de forma inadequada pelos atores processuais. Num primeiro momento, a utilização das provas visuais no processo penal traz destaque para a prova pericial, que ganha relevo, uma vez que possui o escopo de garantir a autenticidade e integridade da prova apresentada, sendo o laudo pericial um grande auxiliar na formação da *opinio delicti*, bem como na tomada de decisão dos juízes e tribunais. Por outro lado, a análise pericial também apresenta certa falibilidade que deve ser considerada no momento de valoração desta prova.

Além das questões técnicas de autenticidade e integridade, há um grande desafio para os operadores do Direito no tocante à correta utilização da prova visual como argumento destinado a fundamentar uma condenação ou absolvição, em razão do seu uso, por vezes, retórico pelas partes e da dificuldade de traduzir para o contexto formal-escrito do Direito a exata representação desse elemento no contexto probatório.

A investigação se inicia pela análise da segurança pública como um direito fundamental e a contextualização dos instrumentos tecnológicos que estão sendo inseridos para auxiliar os agentes públicos na efetivação desse direito. Será dada ênfase à análise dos principais aspectos tecnojurídicos das imagens produzidas por videomonitoramento e utilizadas para o reconhecimento de autores de delitos, incluindo a biometria facial, os quais passaram a ser utilizados como instrumentos auxiliares das instituições responsáveis pelo controle social. As imagens coletadas desses equipamentos acabam sendo inseridas no acervo probatório do processo penal. A análise prossegue com a contextualização da prova visual no processo penal, com destaque para sua função argumentativa e para os efeitos inconscientes e emocionais que a imagem pode despertar nos atores processuais, influenciando na racionalidade de suas avaliações. Após, serão analisados os riscos do que se denominou “realismo ingênuo”, trazendo ao final deste artigo algumas propostas para orientar o melhor preparo dos operadores do Direito ante a incorporação da prova visual oriunda das novas tecnologias de imagem no contexto do processo penal, com base na concepção de “alfabetização visual” trazida por Richard K. Sherwin.

2. Um panorama da segurança pública no Brasil

A segurança pública é um direito fundamental expresso no artigo 5º da Constituição Federal, ao lado do direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade e, também, ao lado dos direitos sociais. A defesa desses direitos está intimamente atrelada à garantia da segurança dos cidadãos. É, portanto, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos (art. 144 da CF).

Não obstante a evidente relevância desse direito fundamental, até mesmo como facilitador do efetivo gozo dos demais direitos fundamentais, a Constituição de 1988 disciplinou de maneira tímida a segurança pública.

Extrai-se do texto constitucional apenas um artigo sobre o tema, o qual se limita a elencar os órgãos responsáveis pela segurança pública e competências básicas, deixando para a lei ordinária disciplinar-lhes a

organização e o funcionamento, de maneira que garanta a eficiência de suas atividades (art. 144, § 7º, da CF/88). Szabó e Risso afirmam que a segurança pública pode ser proporcionada pelo Estado por meio de vários instrumentos, dentre os quais merecem destaque:

a) um conjunto de normas que determinam o que é permitido e o que é proibido (leis); b) políticas públicas que buscam promover os direitos dos cidadãos com equidade, igualdade e oportunidades, além de prevenir atos violentos e manter a convivência harmoniosa na sociedade (programas, projetos e ações dos governos federal, estaduais e municipais); c) procedimentos que asseguram o direito a um julgamento justo (juízes imparciais, defesa ampla e processo juridicamente correto); d) um conjunto de instituições responsáveis por aplicar as medidas preventivas e as sanções determinadas pelos juízes (instituições policiais, prisionais, fiscais etc.). (SZABÓ, RISSO, 2018, p.14).

Contudo, ao contrário do tratamento dispensado ao direito à saúde e ao direito à educação, não há nenhum delineamento das ações e prioridades da política pública subjacente à segurança pública no texto constitucional. Esse tratamento revela uma histórica identificação do tema “segurança pública” como atrelado às funções de “polícia”. Uma adequada política pública deveria contar com a participação articulada de todas as instituições e agências envolvidas, tanto na prevenção quanto na repressão da criminalidade. Contudo, o que se verifica ainda é uma concentração das decisões nas Secretarias de Segurança Pública, com uma participação ainda tímida das demais agências e da sociedade na formulação e no controle dos resultados dessas políticas. Assim, a tímida abordagem do texto constitucional reflete uma abordagem limitadora do potencial diversificado de agências que podem atuar na efetivação desse direito fundamental, acarretando o emprego inadequado dos recursos públicos e de políticas públicas fragmentadas. Szabó e Risso (2018) destacam ainda a importância de outras instituições, como o Ministério Público, para a efetivação do direito fundamental à segurança pública:

A polícia é muito importante; contudo, quando a tratamos como a única responsável pela segurança pública, abordamos o assunto superficialmente e jogamos todo o compromisso do combate à criminalidade para os estados da federação, já que a Polícia Militar e a Civil são estaduais. As esferas federal e municipal, os três poderes do Estado, além da sociedade civil, também precisam se envolver para que possamos avançar. O sistema de segurança pública e justiça criminal, apesar de pouco coordenado, inclui, além das políticas, outras instituições – desde as que atuam na prevenção ao crime, como escolas, equipamentos de saúde, de assistência social e ordem pública, até as demais forças do aparato repressivo o Estado, como o Ministério Público (MP), defensorias, varas de Execução Penal e sistema penitenciário. (SZABÓ, RISSO, 2018, p. 29-30).

Neste aspecto, o Ministério Público ganha particular destaque, não somente por ser o titular da ação pública penal, mas também por possuir prerrogativas de requisição de diligências investigatórias, fiscalização e controle da atuação policial e na atuação na defesa da tutela coletiva da segurança pública (art. 129, incisos I, III, VII e VIII, da CF). É inegável o relevante papel e a vocação institucional do Ministério Público na defesa dos direitos fundamentais, principalmente na seara penal, o que possibilitaria articular com os demais órgãos públicos de segurança pública estratégias mais eficientes no combate à criminalidade.

É notório que o Brasil apresenta índices preocupantes de violência. Segundo o Atlas da Violência de 2019 (IPEA, 2019, p. 6-7), o país atingiu o maior nível histórico de letalidade violenta intencional, totalizando 65.602 homicídios em 2017. Os dados revelam que aproximadamente 59,1% das vítimas são jovens. Também foi constatado o aumento da violência letal contra públicos específicos, incluindo negros, população LGBTI e mulheres, nos casos de feminicídio. Além da violação aos direitos fundamentais desses cidadãos, esse quadro traz consequências negativas para as perspectivas de desenvolvimento no nosso país. Os relatores do *report* afirmam que:

[...] no atual cenário, enquanto está em curso a mais profunda transição demográfica de nossa história, rumo ao envelhecimento da população, a alta letalidade de jovens gera fortes implicações, inclusive sobre o desenvolvimento econômico e social. De fato, a falta de oportunidades, que levava 23% dos jovens no país a não estarem estudando nem trabalhando em 2017, aliada à mortalidade precoce da juventude em consequência da violência, impõem severas consequências sobre o futuro da nação. (IPEA, 2019, p. 7).

Além da criminalidade violenta e organizada, começam a emergir novas modalidades de práticas criminosas que se intensificam com o uso da *internet* e das tecnologias de informação, tornando a investigação mais complexa. O aparente anonimato que a *internet* proporciona, debaixo da criação de vários usuários e perfis falsos, propiciou a disseminação de crimes contra a honra, como difamação, injúria, *revanche porno*¹ e a conduta denominada de *bullying*², além do uso indevido de dados pessoais para a prática de fraudes de diversas naturezas, até bancárias.

1 Consiste na conduta de ameaçar a divulgação de conteúdo íntimo para a obtenção de alguma vantagem, geralmente relacionado à violência de gênero.

2 De acordo com a Lei nº 13.185/2015, em seu artigo 1º, § 1º, o *bullying* ou a intimidação sistemática refere-se a todo ato de violência física ou psicológica, intencional e repetitivo que ocorre sem motivação evidente, praticado por indivíduo ou grupo, contra uma ou mais pessoas, com o objetivo de intimidá-la ou agredi-la, causando dor e angústia à vítima, em uma relação de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas.

Em resposta à crescente criminalidade, algumas diretrizes têm sido adotadas, entre elas o recrudescimento da legislação, muitas vezes sem o atingimento do resultado propagado à sociedade. Mais especificamente, diversas operações policiais de combate ao crime organizado têm sido empreendidas, com estratégias de ação que acabam por trazer maiores restrições e violações a direitos fundamentais, que, com o apoio da mídia, têm sido tratadas como uma resposta mais eficiente para frear o problema da criminalidade, o que nem sempre condiz com os dados coletados da realidade (SOUSA, 2016).

De maneira geral, há um empirismo e pouca avaliação técnica dos resultados das políticas adotadas, bem como a insistência em um modelo reativo e pouco eficiente, o que acarreta desperdício dos escassos recursos públicos à disposição dos órgãos de segurança pública. Os subscritores do Atlas da Violência de 2019 sugerem, entre as mudanças propostas, a estruturação de “políticas de Estado visando a prevenção social do crime, com ações focalizadas na infância e na juventude, e nos territórios mais vulneráveis” e o investimento na “investigação, na inteligência e no trabalho de qualificação polícia”, abandonando a “crença nunca confirmada que o endurecimento na legislação penal trará resultados, sendo que ela já foi testada em diversos momentos, sem nenhum efeito visível” (IPEA, 2019, p.95).

No ano de 2018, foi aprovada a Lei nº 13.675, criando o Sistema Único de Segurança Pública (SUSP), o que constitui um primeiro passo na mudança no modo de pensar sobre a segurança pública. Contudo, há outros desafios, como a mudança do paradigma de planejamento das políticas adotadas de forma integrada. Outra linha de atuação que o Governo Federal tem sinalizado é o investimento em tecnologia de monitoramento, a exemplo da Portaria nº 793, de outubro de 2019, do Ministério da Justiça e Segurança Pública, que regulamentou o uso de dinheiro do Fundo Nacional de Segurança Pública para o “fomento à implantação de sistemas de videomonitoramento com soluções de reconhecimento facial, por *Optical Character Recognition – OCR*, uso de inteligência artificial ou outros” (BRASIL, 2019). Contudo, a reconhecida falibilidade desses sistemas e tecnologias, cujos resultados serão incorporados como prova no processo penal, merece atenção e traz à tona a importância do preparo dos operadores do Direito para lidarem com esse novo tipo de prova dentro do processo penal. A seguir, passa-se à análise do uso de tecnologias de imagem no combate à criminalidade.

3. O uso da tecnologia de imagem para o enfrentamento da criminalidade

A sociedade em rede³ trouxe para a contemporaneidade um modelo pós-panóptico⁴ que acarretou uma ruptura do modelo clássico de controle social como descrito por Michel Foucault em sua obra *Vigiar e Punir*, substituído pelo controle instrumentalizado pela “arquitetura das tecnologias”, não mais exclusivo do Estado, mas sob a gerência das grandes corporações da informação (BARRETO JÚNIOR, 2015). Acerca do problema da vigilância *versus* privacidade, Kanashiro afirma que

Stalder (2002) procura argumentar que a coleta e processamento de dados pessoais colocam os corpos físicos à sombra de um “corpo de dados”. Tanto as câmeras, como outras tecnologias de vigilância, garantem a inevitabilidade da transformação do indivíduo em fluxo e a interação constante com bancos de dados, na medida em que é nesse processo que se tem acesso a serviços, lugares, ou informações, por exemplo. Sinalizando a inexorabilidade desse processo, Stalder conclui pela completa inexistência da privacidade individual neste contexto. Ele afirma que o foco sobre a privacidade, que ele denomina como “uma espécie de bolha que cerca cada um”, aplica uma estrutura conceitual do século 19 a um problema do século 21. (KANASHIRO, 2006, p. 85).

As estratégias de enfrentamento da criminalidade há algumas décadas começaram a incorporar os novos instrumentos tecnológicos, visando a preservar a ordem pública, ao lado das ferramentas tradicionais de manutenção e repressão. Câmeras conectadas à rede, reconhecimento facial e comportamental e os *drones*⁵, que são espécies de Veículos Aéreo

3 Irineu Francisco Barreto Júnior (2015) afirma que o conceito é tratado por Manuel Castells e refere-se a um “novo estágio de desenvolvimento histórico, econômico, cultural, social, jurídico e político” que acarreta um novo padrão de sociabilidade humana, com mudança de paradigmas e onde a informação adquire o *status* de mercadoria, fundada em bases tecnológicas decorrentes da convergência de tecnologias digitais e da disseminação em escala mundial da *internet*.

4 O conceito de “panóptico” foi concebido por Jeremy Bentham como um mecanismo aplicável ao controle do comportamento dos prisioneiros nas prisões. Michel Foucault aplica esse sistema à estrutura da sociedade na qual alguns agentes detêm o poder de monitorar e sancionar o comportamento dos demais, sem que eles possam discernir se estão ou não sendo monitorados, não se limitando apenas ao ambiente prisional em que Bentham imaginou.

5 O termo ‘Drone’ é originado dos Estados Unidos da América (EUA), cuja tradução literal significa ‘zangão, zumbido’, é um termo genérico que foi mundialmente difundido por caracterizar todo e qualquer objeto voador não tripulado, seja ele de qualquer propósito (profissional, recreativo, militar, comercial, etc.), origem ou característica. É dizer que se trata de um termo genérico, sem amparo técnico ou definição na legislação” (SANTOS; SOUZA, 2019, p. 137). Os procedimentos e responsabilidades relativos à utilização do Espaço Aéreo Brasileiro por RPA, com uso exclusivamente voltado às operações dos Órgãos de Segurança Pública (OSP), da Defesa Civil (DC) e de Fiscalização da Receita Federal do Brasil (RFB), são disciplinados pela MCA nº 57-4, do Departamento de Controle do Espaço Aéreo (DECEA). A MCA 56-2 regulamenta o uso de aeronaves não tripuladas para uso recreativo – aeromodelos.

reos Não Tripulados (VANT) ou Aeronaves Remotamente Pilotada (*Remotely Piloted Aircraft* – RPA), são exemplos das diversas tecnologias à disposição dos órgãos de segurança pública. Na repressão da criminalidade urbana merece destaque ainda o videomonitoramento, que vem sendo implantado em várias cidades, com base em experiências de outros países (ROSA, 2018). Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza e Alex Torres Santos (2019, p. 143) destacam que a adoção dessas tecnologias disponíveis no mercado vem apresentando resultados positivos, aumentando a eficiência das atividades de segurança pública. Segundo os autores, as atividades de segurança pública em que esses recursos podem ser utilizados compreendem:

a) policiamento ostensivo e investigativo; b) policiamento e vigilância em áreas de responsabilidade; c) ações de inteligência; d) apoio ao cumprimento de mandado judicial; e) controle de tumultos; distúrbios e motins; f) escoltas de dignitários, presos, valores e cargas; g) operações de busca terrestre e aquática; h) controle de tráfego rodoviário, ferroviário e urbano; h) prevenção e combate a incêndios; j) patrulhamento urbano, rural, ambiental, litorâneo e de fronteiras; k) repressão ao contrabando e descaminho; e l) gestão e execução das atividades de fiscalização. (SOUZA; SANTOS, 2019, p. 143).

Antoniali et al. (2019, p. 21) destacam que o advento desses novos recursos tecnológicos pode, de fato, facilitar o trabalho de investigação e viabilizar novas estratégias de persecução criminal. Mas, por outro, há de suscitar um debate aprofundado sobre as garantias que devem balizar a atuação das autoridades de investigação nesse novo contexto. Em especial, o uso do reconhecimento facial tem gerado polêmicas quanto à confiabilidade dessa tecnologia, bem como quanto ao incremento da discriminação em relação à população negra masculina, uma vez que, segundo pesquisa da Rede de Observatórios de Segurança⁶, demonstrou-se que, com base no reconhecimento facial, os autores identificados em sua quase totalidade eram negros.

Outro problema a ser destacado é que, até recentemente, havia pouca preocupação e transparência sobre os procedimentos de coleta e guarda dos dados obtidos com essas tecnologias, uma vez que a legislação pertinente não detalha protocolos que devem ser adotados para a proteção dos dados coletados e as respectivas cadeias de custódia, a fim de garantir que estejam dentro das especificações previstas na Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018).

6 O relatório da Rede de Observatórios da Segurança constatou que, de 151 prisões efetivadas por reconhecimento facial no país, no ano de 2019, 90% eram de pessoas negras, homens, com idade média de 35 anos, indicados como autores de crimes de tráfico de drogas e roubo. Os dados dizem respeito aos meses de março a outubro de 2019 e referem-se aos seguintes Estados: Bahia, Rio de Janeiro, Santa Catarina, Paraíba e Ceará.

Sob esse aspecto, cumpre destacar a importante novidade trazida pela Lei nº 13.964/19 (Lei Anticrime), que introduziu no Código de Processo Penal o artigo 158-A até ao artigo 158-F, que trazem a definição legal de cadeia de custódia e disciplinam alguns procedimentos para serem adotados na coleta, transporte, recebimento, guarda, descarte, entre outros, visando à preservação da integridade das evidências (ou vestígios) físicas e materiais. Essas normas estabelecem procedimentos que vão desde a descrição da posição do vestígio no *locus* do crime (fixação), que pode ser ilustrada por fotografias, filmagens ou croqui, passando pela forma de coleta, acondicionamento e exame pericial dessas evidências, de acordo com características físicas, químicas e biológicas (processamento), até o descarte da evidência. A observância da cadeia de custódia permite que o juiz possa receber, no âmbito do processo penal, os elementos de prova ou vestígios coligidos no curso da instrução criminal em sua forma mais íntegra possível, sem perdas ou adulterações de seu conteúdo, de forma que sejam admissíveis no conjunto probatório. A cadeia de custódia contribui, portanto, para o reforço na confiança epistêmica a respeito da autoria/produção do elemento de prova e da integridade do conteúdo que ela informa.

Sobre as inovações trazidas pela Lei Anticrime, Lorenzo Parodi observa que a referida lei deixa uma lacuna no tocante ao tratamento das evidências digitais, as quais se mostram

[...] tão comuns em casos de corrupção, lavagem de dinheiro e crimes econômicos em geral, mas que, com a evolução e difusão da tecnologia, hoje aparecem também em investigações relativas a tipos penais como roubo, tráfico, sequestro e outras 'tradicionais' atividades criminosas organizadas. (PARODI, 2020, p. 3).

Não obstante, tais alterações apontam aos agentes de segurança pública e operadores do Direito para a importância de preservação da autenticidade dos elementos de prova. Como se observa, também as imagens produzidas pelos peritos na fase denominada fixação (art. 158-B, III, Lei nº 13.964/19) poderão compor os laudos periciais, seja por meio de fotografias ou de vídeos, os quais serão incorporados ao processo penal para corroborar a análise da materialidade e de outros elementos do crime, bem como de sua autoria.

É importante asseverar que o investimento em inteligência e em tecnologias digitais que apoiem a investigação criminal, por si só, não tem a eficácia propagada. Tanto uma atuação mais eficaz na prevenção da criminalidade, de um lado, quanto a busca de maior eficácia e celeridade na resposta à prática delituosa, de outro, devem ser complementadas pela incorporação

de novos conhecimentos científicos e pelo preparo técnico jurídico que possibilite o melhor treinamento dos agentes, dos responsáveis pela persecução criminal e do Poder Judiciário no uso das novas tecnologias e na avaliação dos dados por elas obtidos, possibilitando o aprimoramento daquelas ações bem-sucedidas e realinhamento das que não tiveram os resultados esperados. Assim, o uso de tecnologias deve fazer parte de uma estratégia integrada de segurança pública, racionalmente orientada e cientificamente reavaliada, uma vez que esses aparatos, por si sós, não são suficientes para a diminuição da criminalidade. No caso da videovigilância, *e. g.*, a instalação de câmeras em determinadas regiões pode transferir o fluxo de crimes para outras regiões, o que é preciso ser levado em consideração na formulação das políticas e estratégias de segurança pública, que devem buscar a integração com as políticas sociais e de urbanização, necessárias para minimizar os impactos negativos nessas localidades, e em respeito à proteção dos dados pessoais da população.

A seguir se passa especificamente à análise de alguns aspectos técnicos e jurídicos elementares relativos à tecnologia de videomonitoramento e de reconhecimento facial no combate à criminalidade, bem como de suas limitações como elementos de prova criminal.

3.1. A tecnologia de videomonitoramento na segurança pública

O uso de câmeras de monitoramento no Brasil iniciou-se entre meados da década de 1980 e meados de 1990. Com a Lei nº 7.102/83 e os projetos de lei propostos, a partir de 1996, emerge uma tendência de obrigatoriedade do uso de câmeras de monitoramento para segurança em locais como instituições financeiras, escolas, hospitais, *shoppings centers*, estádios de futebol, postos de gasolina, portos, ruas e avenidas, entre outros locais. Essas câmeras de monitoramento estão associadas ao aumento da segurança e à possibilidade de identificação de criminosos (KANASHIRO, 2006).

Depois da regulamentação legislativa e da oferta no mercado de produtos a menor custo, as câmeras de vídeo de vigilância vem se disseminando no espaço público e privado. Stanley e Steinhardt (2003, p. 2-3) destacam o aprimoramento da tecnologia dentre os fatores que impulsionam o que denominaram da “revolução da vigilância”. Avanços nas tecnologias de digitalização de vídeo e imagens significam custos mais baratos de equipamentos, de transmissão de vídeo, bem como de armazenamento e recuperação de imagens.

As câmeras de videomonitoramento podem auxiliar na prevenção primária dos delitos, capturando imagens de crimes e acidentes ocorridos em horários diversos, para que essas imagens sirvam como meio de prova no processo penal. Contam com equipamentos e tecnologias para guardar as informações, uma central de monitoramento de imagens coletadas. Em geral, um agente capacitado deve acompanhar as ações captadas por esses equipamentos (ALMEIDA et al., 2018):

O videomonitoramento de vias já é realizado em diversos estados e municípios do país, e internacionalmente, há vários anos, é adotado como suporte ao Policiamento Ostensivo executado pelas Polícias Militares, como também auxiliam a Polícia Civil nas investigações ao disporem de gravações como meio de “provas” para o Ministério Público e Poder Judiciário. O Estado requer e busca o fortalecimento e sua capacidade em gerir a violência, retomada da capacidade gerencial no âmbito das políticas públicas de segurança, como também um alongamento dos pontos de contato das instituições públicas com a sociedade civil e com a produção acadêmica mais relevante à área. (PLÁCIDO; SILVA, apud ANACLETO, 2018, p. 18-19).

De igual modo, o videomonitoramento possibilita um controle em tempo real e, por conseguinte, uma ação mais precisa e rápida dos agentes de segurança pública, auxiliando tanto na identificação do *modus operandi* da ação delitativa mais simples, quanto na identificação de forma mais célere do possível autor. Conforme Dal Santo:

[...] as câmeras teriam a função de auxiliar na visualização, registro e armazenamento de fatos ocorridos com o objetivo de retirar o anonimato da autoria. Com isso as câmeras produzem provas para a investigação policial e podem ser requeridas pela justiça. (DAL SANTO, 2009, p. 31).

Embora o videomonitoramento seja bem aceito por parte dos órgãos de segurança como auxiliar na prevenção do crime em geral, quanto à sua utilização para prevenir condutas abusivas dos agentes públicos de segurança ainda há no Brasil certa resistência. Recentemente, a Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado rejeitou a proposta do Projeto de Lei nº 4.223/19, que previa que todas as viaturas da Polícia Civil e Militar deveriam ser equipadas com rastreamento por GPS e câmeras de vigilância *on-line*, a fim de gravar as abordagens policiais, a exemplo do que já ocorre em outros países.

Por outro lado, a sensação de insegurança e de aumento de violência estimula os próprios cidadãos a buscarem meios privados pelos quais possam auxiliar na prevenção de delitos patrimoniais e aumentar a per-

cepção de segurança pessoal. Kanashiro constata a presença desses equipamentos de vigilância privada na realidade urbana:

Os sistemas de câmeras de monitoramento interligados por computadores, no qual as imagens são acessadas via Internet, num sistema que conta com programas de alarmes para a polícia, dentre outros recursos, já são freqüentes em conjuntos empresariais, comerciais ou em condomínios no Brasil. Já a interação entre câmeras e sistemas biométricos de reconhecimento facial é mais rara no país, mas é exaltada pelo mercado de segurança como uma forma de “elevar níveis de segurança”. Esse é o fosso apontado pelo regime de obsolescência que rege o mercado para que seja transposto, e que adquire um caráter agravante no contexto brasileiro. (KANASHIRO, 2006, p. 67).

Deve-se notar que, além do videomonitoramento implementado pelos órgãos públicos e pela vigilância privada, houve a proliferação de aparelhos *smartphones* e do acesso à *internet*, o que proporciona maior exposição de fatos cotidianos nas redes sociais e em outras plataformas, além de permitir até a visualização de condutas humanas em tempo real. O conteúdo desses vídeos abrange desde fatos da vida privada até condutas delituosas praticadas em ambientes comerciais e espaços públicos, incluindo condutas aparentemente abusivas praticadas por policiais durante a ação de repressão criminal. Vídeos e fotos são diuturnamente visualizados e debatidos no espaço público virtual e podem auxiliar na investigação e elucidação da autoria em diversos crimes.

Muito embora essa tendência venha se consolidando:

[...] não se pode, entretanto, pensar no videomonitoramento como algo suficiente em si mesmo para contemplar todas as exigências da demanda por segurança que existe na sociedade contemporânea. (ANACLETO, 2018, p. 12).

Em relação à eficácia ao combate de crimes, verifica-se que:

[...] embora os resultados obtidos com o uso de videomonitoramento das placas de veículo na redução de roubo de carros e cargas sejam incontestes, o mesmo não pode ser dito para ocorrências criminais como homicídios ou, até mesmo, para a repressão qualificada ao crime organizado” (MOURA, 2019).

Mais recentemente, as tecnologias de videomonitoramento estão sendo associadas a sistemas de inteligência artificial que possibilitam o monitoramento automatizado e podem auxiliar, com maior celeridade, na

identificação de autores de delito praticados em vias públicas ou de foragidos. Como será tratado a seguir, uma dessas técnicas auxiliares para a identificação de prováveis autores de delitos é a biometria voltada ao reconhecimento facial, realizada por programas de inteligência artificial.

3.2. O reconhecimento facial por biometria na segurança pública

O reconhecimento facial é uma das técnicas de biometria⁷. Segundo a definição de Kanashiro:

A biometria pode ser definida como um estudo das medidas e das estruturas e órgãos de seres vivos, associadas a sua importância funcional”, ou ainda, como “uma ciência de identificação baseada na medição precisa de traços biológicos (KANASHIRO, 2006, p.44).

O elemento corporal utilizado na biometria pode ser a digital, a face, o modo de caminhar. As unidades de registro mais comuns são os cadastros, como o Registro Geral (RG), o número da Previdência Social ou a conta bancária. Ressalte-se que a parte do corpo utilizada como padrão para a análise biométrica nunca é efetuada por completo, mas a partir de alguns pontos (NUNES, 2019, p. 67).

Essa técnica tem origem na década de 1960. Um dos cientistas pioneiros foi Woodrow Wilson Bledsoe, que “desenhava” manualmente as faces para ter as métricas das pessoas. Em seu artigo A Facial Recognition Project Report, o autor descreve a metodologia, que consistia em mapear, manualmente, as características de um determinado rosto. A ideia básica é que, apesar de existirem feições semelhantes, cada pessoa possui um mapeamento facial único, denominado “mask” (ROSA; BERNARDI, 2018). Cumpre destacar que a técnica efetua a associação de um elemento corporal único de um indivíduo a uma unidade de registro existente num banco de dados, transformando essas medidas em algoritmos. As características da face de cada indivíduo, denominada de *ponto nodal*, são medidas e armazenadas, formando a assinatura facial. A obtenção da assinatura facial completa a etapa de extração de características (PISA, 2012). Inseridos os dados de cada máscara no computador, identifica-se qual se en-

7 Essa tecnologia de segurança coleta dados biológicos, da íris, retina, traços faciais ou digitais, transforma-os em algoritmos matemáticos, e armazena-os em bancos de dados, chips ou códigos de barra, que possibilitam, por exemplo, identificar pessoas e negar ou permitir o acesso a determinados lugares ou informações” (KANASHIRO, 2006, p. 44).

caixa mais proximamente em cada rosto. À época, Bledsoe listou cerca de 20 delas. Atualmente, a técnica foi associada ao uso de câmeras digitais e, ainda, tridimensionais, possibilitando a identificação em torno de 80 a 150 dos pontos nodais. (ROSA; BERNARDI, 2018).

Uma etapa no reconhecimento facial é o *rastreamento da imagem*, por meio de uma imagem capturada pela *webcam* de um computador, celular ou por uma imagem armazenada em uma foto ou um quadro de vídeo.

A partir dessa imagem, aplicam-se filtros para detectar as formas que se assemelham com a cabeça humana, como os olhos, a boca, o nariz, entre outras características comuns da face humana, realizando-se a etapa de rastreamento do rosto. (PISA, 2012).

Para completar as etapas do reconhecimento facial, são comparadas as características extraídas da imagem capturada com as características armazenadas no banco de dados em busca do dono daquele rosto.

Atualmente, os algoritmos de *deep learning* permitem que em poucas horas um vídeo seja manipulado, diminuindo o tempo de resposta na identificação e possibilitando que sistemas integrados tenham mais precisão ao identificar um indivíduo. A tecnologia vem sendo utilizada em aeroportos, hotéis, igrejas, alfândegas de vários países e, mais recentemente, no Brasil. Esses sistemas estão sendo testados no Estado do Rio de Janeiro e em outras unidades da federação. Por exemplo, há um projeto em andamento no Rio Grande do Sul, que entrou em vigor em julho de 2019, que implementa o acesso recíproco de informações entre Estado, Tribunal de Justiça, Ministério Público e o município de Porto Alegre para uso do reconhecimento facial pelas forças de Segurança Pública. O mecanismo tem sido utilizado para reconhecer foragidos da Justiça, pessoas com mandados de prisão expedidos, além de torcedores impedidos de ingressar nos estádios. O convênio também prevê integração para reconhecer pessoas desaparecidas. Como visto, a Portaria nº 793, de outubro de 2019, do Ministério da Justiça e Segurança Pública, regulamentou o uso de dinheiro do Fundo Nacional de Segurança Pública para o fomento à implantação de sistemas de videomonitoramento com soluções de reconhecimento facial e uso de inteligência artificial e sinaliza para ampliação dessa tecnologia no combate à criminalidade.

Pablo Nunes (2019), Coordenador de Pesquisa da Rede de Observatórios da Segurança, adverte que as tecnologias de reconhecimento facial, como todas as inovações em processo de aperfeiçoamento, são suscetíveis de erros, os quais podem causar constrangimentos, prisões arbi-

trárias e violações de direitos humanos⁸. Pícoli et al. (2014) afirmam que, mais do que buscar uma técnica adequada, deve-se dar importância à formação científica dos profissionais que a utilizarão. Dentre os conhecimentos necessários para a análise facial, os autores destacam:

[...] um conhecimento profundo do crescimento e desenvolvimento craniofacial, da anatomia da cabeça e pescoço, histologia, fisiologia e até mesmo de áreas menos comuns nas formações acadêmicas, como a fotografia e o desenho, são de fundamental importância para que um profissional pudesse estar habilitado a desempenhar qualquer técnica que buscasse o registro e comparação de características faciais por meio de fotografias. (PICOLI et al., 2014, p. 297).

Todas essas tecnologias utilizadas para a prevenção e repressão da criminalidade acabam por compor os autos de inquéritos policiais e de processos em trâmites no Judiciário. Contudo, como já afirmado, a falibilidade desses sistemas e a incorporação dos seus resultados como prova no processo penal merece atenção e traz à tona a importância do preparo dos operadores do Direito para lidarem com esse novo tipo de prova dentro do processo penal.

4. O processo penal, a busca da verdade e a prova visual

Como anteriormente tratado, a segurança pública requer o enfrentamento do problema por várias facetas, incluindo a atividade jurisdicional que complementa as ações já iniciadas pelos órgãos de controle social. No Estado Democrático de Direito, podemos afirmar a importância do exercício do *jus puniendi* a partir de um processo que respeite os limites e princípios constitucionalmente estabelecidos (e. g., o contraditório, a ampla defesa) e que possibilite e oriente a produção de provas idôneas, lícitas e legítimas por todas as partes envolvidas, em igualdade de condições, as quais irão subsidiar o convencimento do julgador e dar sustentação e fundamentos às razões trazidas nas sentenças emanadas pelos órgãos jurisdicionais criminais, sejam absolutórias ou condenatórias.

No Estado Democrático de Direito, tendo em vista os princípios e valores constitucionais que orientam o processo penal, é imprescindível a correta identificação do autor de uma prática delituosa, a fim de evitar

8 Nunes narra que em julho de 2019 o sistema utilizado pela polícia do Rio de Janeiro apontou erroneamente, no segundo dia de atividade, uma mulher como procurada pela Justiça. "Não bastasse a abordagem equivocada, descobriu-se nos dias seguintes que a criminosa procurada já estava presa há quatro anos, indício claro de que o banco de dados utilizado à época tinha graves problemas de atualização. Dias depois, policiais do Rio de Janeiro prenderam outra pessoa por engano" (NUNES, 2019, p. 70).

condenações errôneas, uma vez que a função punitiva do Estado deve ser dirigida àquele que realmente cometeu o delito ou contribuiu para a sua prática de forma típica e juridicamente relevante.

A investigação criminal é uma primeira etapa fundamental da administração da justiça e constitui uma proteção ao cidadão

[...]no sentido de que não será submetido a um processo abusivamente, mas também uma defesa conferida à sociedade de que os atos ilícitos serão efetivamente reprimidos. (ARAGÃO, 2015, p. 101).

Assim, a busca pela correta reconstrução dos fatos se torna relevante para combater a impunidade e como medida de justiça criminal. A partir dos elementos de prova reunidos nos autos, o juiz deve empreender esforços para a busca da verdade. Por sua vez, afirma-se que “a decisão judicial baseada na lei é uma declaração de verdade na qual os enunciados fáticos são considerados verdadeiros” (RICCIO et al., 2016, [p. 4]).

Sobre a busca da verdade no processo, disputam duas teorias: a teoria narrativista e a teoria realista. Para a teoria narrativista do Direito, a busca da verdade é objeto de crítica, pois tem como ponto de partida a dúvida quanto à noção de realidade dos fatos. Os adeptos dessa teoria afirmam que os fatos nunca falam por si mesmos. O processo, destarte, ocupa-se de uma realidade já vivida, tendo por objeto fatos pretéritos (que ficaram definitivamente no passado) que, além da sua existência, fizeram desaparecer a sua verdade fática. Assim, os fatos alegados e provados pelas partes devem ser submetidos a um *teste de coerência narrativa*, que serve como um critério de verdade (CAMBI, 2018). No tocante à prova, para a teoria narrativista,

[...] a prova não assegura a verdade dos enunciados fáticos, mas apenas aporta razões para aceitar tais enunciados como verdadeiros. O juiz e as partes, no processo, não apreendem a realidade dos fatos, como algo independente da forma linguística que os transpõem. [...]. Com efeito, “os fatos” expostos pelas partes são alegações fáticas que integram a controvérsia do discurso dos direitos. (CAMBI, 2018, p. 425).

Por seu turno, a teoria realista confronta essa visão, afirmando que a teoria narrativista refuta a ideia de uma verdade objetiva no processo e ignora os fatos, considerando apenas as narrativas, premiando a história mais bem narrada. Entretanto, como diz Cambi (2018, p. 428), “não há decisões justas se as regras e os princípios jurídicos são aplicados a fatos equivocados ou não devidamente apurados” (CAMBI, 2018, p. 428). Na seara penal, não é aceitável a condenação de um inocente com base

somente em narrativas coerentes, razão pela qual a corrente realista fornece maior legitimidade à atuação do juiz em eventual condenação do réu. A incerteza sobre a integridade ou a autenticidade da prova visual (seja em vídeo ou fotos) pode afetar diretamente a confiabilidade das premissas empíricas que eventualmente irão subsidiar o juízo sobre a autoria do delito, ou do *modus operandi* ou das existências de causas justificantes da conduta.

Considerando que o juiz deve ser imparcial, para este

[...] as provas são dados informativos, destinados a obter a mais justa reconstrução possível dos fatos no processo, independente da sua ligação aos argumentos, interesses e fatos alegados por cada um dos sujeitos processuais. (CAMBI, 2018, p. 429).

A prova possui, neste caso, uma função demonstrativa, no sentido de que se destina a demonstrar, a partir de um raciocínio formal, a existência ou inexistência de um fato ou a verdade ou falsidade de uma afirmação sobre esse fato, fornecendo ao julgador elementos para motivar sua decisão. No caso brasileiro, a tradição romano-germânica prioriza a lei escrita e sistematizada em códigos, os quais consolidam as normas a partir da racionalidade definida pelo legislador (RICCIO et al., 2016). Riccio descreve a posição do juiz nessa cultura jurídica:

O garantidor da busca da verdade e do procedimento justo, na cultura jurídica romano-germânica, ainda é o juiz, responsável por conduzir o processo em conformidade com a lei. Na prática, contudo, costuma-se afirmar que a oralidade e a aproximação do juiz com as partes não se verificaram, e o procedimento continua sendo conduzido de forma escrita. Em suma, a atribuição de poderes ao juiz para iniciar e conduzir a atividade probatória é confrontada pela postura burocrática relacionada aos meios de prova usual e legalmente admitidos (RICCIO et al., 2018, p. 93).

É uma tendência que a imagem seja cada vez mais utilizada no contexto probatório do processo penal, tanto para a identificação de autoria de um crime, quanto para a confirmação da narrativa dos fatos e a busca da maior aproximação possível da verdade, seja veiculada em vídeo ou fotos, seja processada por tecnologias de reconhecimento biométrico facial ou obtida por meio de geoprocessamento. Não obstante, alguns aspectos merecem ser considerados.

Primeiramente, chama a atenção a lacuna legislativa a respeito do tema. Isso porque o uso da imagem e de outros meios de prova digital

no âmbito do processo penal ainda não é suficientemente normatizado, e a tradição escrita ainda vige como preponderante no Direito. Observa-se que o Código de Processo Penal contém um rol não taxativo de meios de prova, podendo admitir-se qualquer meio, desde que obtido de forma lícita e sem a violação de direitos fundamentais do acusado. Pode-se afirmar que, quanto à sua natureza como meio de prova, a imagem constitui efetivamente uma prova documental. Essa é a posição de Riccio et al. (2018, p. 93), quando afirmam que, a despeito da inexistência de previsão expressa de prova em vídeo no CPP, de modo análogo ao disposto no CPC, é possível considerá-la como prova do tipo documental. Portanto, concluem os autores que a *admissibilidade* da prova em vídeo é aceita tanto no processo civil como no penal, sendo seu valor estabelecido pelo juiz.

Em segundo, também se constata a existência de uma lacuna doutrinária a respeito dos impactos da disseminação do uso na imagem no processo. Esse ponto é assim destacado por Vicente Riccio:

Ocorre que os impactos da imagem na justiça são pouco discutidos pela doutrina brasileira, como também são escassos os estudos empíricos sobre a presença e efeitos do uso da imagem no Poder Judiciário. Isso porque a maioria dos atos processuais, como alegações, depoimentos, negociações, deliberações, são ainda, por uma questão de tradição, baseados na palavra escrita. Tal apego à palavra escrita foi reforçado pelo racionalismo, que era crítico da experiência sensorial como fonte de erros e confusões. Por isso, as questões relativas à imagem foram excluídas do projeto moderno, dado o seu critério anticientífico e alienante. (RICCIO, 2016, [p.5]).

Estudos efetuados com base na jurisprudência dos Tribunais de Minas Gerais e São Paulo sobre a utilização da prova em vídeo concluíram que um percentual pequeno de julgadores mencionam terem assistido aos vídeos para subsidiarem sua decisão e que o vídeo é um elemento parcial de convencimento (RICCIO et al., 2016, [p.11]). Especificamente sobre a influência que esse tipo de prova exerce sobre a decisão dos jurados do Tribunal do Júri, também não foram constatadas na doutrina brasileira pesquisas que abordassem o tema.

Considerando a crescente utilização da imagem nos processos, a pesquisa acima traz à luz uma preocupação, uma vez que no Estado Democrático de Direito vem sendo exigida do juiz a adequada e suficiente fundamentação de suas decisões, sem a qual é mitigado o exercício do contraditório ou da ampla defesa. Cláudia Toledo (2017, p. 39) ressalta

que “conferir objetividade aos julgamentos é não apenas proporcionar sua *controlabilidade*, mas promover a *justiça* das decisões tomadas”. E prossegue afirmando que:

Uma vez que objetividade controlável é a antítese de subjetividade arbitrária, indubitavelmente, uma decisão será tão mais justa quanto mais critérios objetivos tiver para a justificação das escolhas feitas. (TOLEDO, 2017, p. 39).

Assim, a devida fundamentação, principalmente quanto ao valor atribuído à prova visual, pode contribuir para uma maior racionalidade e controlabilidade das decisões judiciais, na medida em que exige do intérprete explicitar não somente sua motivação, mas também como cada meio de prova contribuiu efetivamente para o juízo de condenação ou de absolvição do réu. Esse procedimento pode evitar que valorações subjetivas do juiz sobre a prova, inconscientes ou não, fiquem ocultas das partes, impossibilitando que estas disponham de elementos suficientemente explícitos para verificação da correta distribuição do ônus probatório e sua discussão em sede recursal.

4.1 A importância da perícia para a validade das provas visuais: vídeo, fotos e biometria facial

Fotos e vídeos oriundos de videomonitoramento, de aparelhos *smartphones*, de equipamentos de vigilância privada (auxiliados ou não ao reconhecimento facial por meio algoritmos de inteligência artificial para a identificação de provável autor) têm sido uma das fontes de informações para investigações criminais, principalmente para a obtenção de identificações e de comprovação de fatos. Por se tratar de prova obtida em meio técnico-digital, a perícia desse material pode contribuir para sua admissibilidade como meio de prova.

A análise pericial consiste em um juízo de valoração científico, artístico, contábil, efetuado a partir de um exame elaborado por um especialista ou profissional, com o propósito de prestar auxílio ao julgador em questões fora de sua área de conhecimento (CAPEZ apud AGNOLETTI; BEZERRA, 2016). Assim, a perícia é um meio que auxilia os órgãos de persecução penal e o Poder Judiciário na obtenção da prova da materialidade dos delitos, na reconstrução de acontecimentos ou na obtenção de informações técnicas precisas sobre determinado fato juridicamente relevante e suas circunstâncias. Nesse sentido, o exame pericial pode ser realizado por especialistas com conhecimentos técnicos, científicos ou de domínio espe-

cífico em determinada área do conhecimento, quando surgirem questões importantes que dependam desse conhecimento para determinar qual a natureza de certos fatos (JÚNIOR apud DALFOVO; RICCI, 2018, p. 4).

Ocorre que nem sempre é possível conseguir imagens ou vídeos de boa qualidade em razão de problemas de configuração e capacidade dos equipamentos ou por causa das condições do ambiente, como pouca iluminação e ruídos, o que dificulta a visualização do jogador e das partes, comprometendo o contraditório e a ampla defesa. Dessa forma, a doutrina aponta que existem circunstâncias que podem afetar a qualidade da prova visual, a saber:

Características que podem afetar a qualidade da imagem: Baixa resolução de imagens, necessária para o aumento do tamanho dos detalhes 'úteis'; Falta de contraste; Diferentes tipos de ruídos e perturbações; - Tremido causado por movimento e/ou falta de foco; Distorções geométricas limitando, conseqüentemente, a reconstrução das dimensões dos objetos dentro da imagem. (HENRIQUES et al., 2012, p.72).

Além do aspecto da maior ou menor qualidade das imagens produzidas e incorporadas como meio de prova no processo criminal, o Ministério Público e também o juiz devem atentar para o problema de sua integridade⁹ e autenticidade¹⁰. Em razão da fluidez dos meios em que são armazenados e a possibilidade de adulteração e de manipulação de imagens, os vídeos e fotos são tipos de documentos que trazem preocupações em relação à sua integridade e autenticidade, principalmente quando utilizados como meio de prova.

A possibilidade de manipulação das imagens, seja em foto, seja em vídeo, pode comprometer a busca da verdade processual e obstar um julgamento justo para as partes. Caso haja dúvidas fundadas em relação a essas características, os documentos, fotos ou vídeos devem ser submetidos à perícia. Nessas situações, a prova pericial ganha relevo, uma vez que, em geral, há uma confiança maior na veracidade das informações contidas em um meio probatório que foi submetido a exame técnico para assegurar a boa margem de probabilidade de sua integridade e de sua autenticidade. Não obstante, não são todos os casos em que

9 Entende-se por integridade a estimativa que se faz se um documento foi ou não modificado após sua concepção. Será verificada a existência ou não de contrafação (rasuras, cancelamentos, escritos inseridos posteriormente, etc). Portanto, a integridade diz respeito ao conteúdo, às informações inseridas no documento. (GANDINI et al., 2001, p. 4)

10 A autenticidade é a verificação de sua proveniência subjetiva, determinando-se com certeza quem é seu autor. No documento em papel, o que demonstra a autoria geralmente é a assinatura (GANDINI et al., 2001, p. 4).

há possibilidade das partes arcarem com o custo de uma perícia desse material. Isso coloca em questão o valor da prova pericial na formação da convicção do Promotor de Justiça e do magistrado:

Essa situação aponta para outro problema relativo à maleabilidade da imagem. A partir do meio técnico adequado, é possível alterar o momento registrado anteriormente. Obviamente, existem instrumentos técnicos capazes de comprovar a adulteração, mas isso coloca o conhecimento científico em um patamar de relevo na autenticação do conteúdo apresentado. Por isso, o alerta de Silbey para uma leitura crítica da imagem é correto. Contudo, a capacidade de verificação da autenticidade de uma imagem é reduzida, em se comparando com as infinitas situações registradas no dia a dia. A sua autenticidade é testada em situações nas quais há uma disputa em torno de uma questão de direito. Ou seja, em se tratando da imagem, o perito ganha um poder imenso para atestar ou refutar o conteúdo apresentado. (RICCIO et al., 2016, [p.7]).

A utilização da tecnologia para o levantamento de informações úteis à investigação criminal demanda que as imagens e vídeos sejam digitalizados a fim de serem processados por um *software* capaz de melhorar as características úteis para a análise do material. No caso de imagens digitais, Jorge e Wendt (2016) orientam que as autoridades policiais e responsáveis pela apuração de um crime devem requerer ao perito as informações contidas nos metadados das imagens. Esses metadados são informações técnicas inseridas no próprio arquivo da imagem digital que permitem saber, entre outros dados, quando (data e hora) e onde (geolocalização) uma imagem foi produzida e a partir de que tipo de equipamento.

Dentro do escopo da perícia criminal, o exame de reconhecimento facial trata da:

[...] comparação de duas faces presentes em registros visuais, ou de uma face em registro visual e um indivíduo conhecido, tendo por objetivo determinar se se trata da mesma pessoa. À face conhecida dá-se o nome de “face padrão”, e a face não conhecida é denominada “face questionada”. (ARRUDA; MORISSON, 2012, p. 78).

Um alerta que os autores trazem sobre os laudos periciais de reconhecimento facial é que os procedimentos não são padronizados e os laudos em sua maioria são inconclusivos. Em suas palavras:

A análise de laudos periciais de reconhecimento facial realizados por peritos criminais federais mostrou que praticamente todos os casos com imagens oriundas de CFTV não resultaram em exames conclusivos. Por outro lado, os exames realizados em fotografias de documentos ou fichas criminais apresentam elevada probabilidade de resultado conclusivo. No

entanto, ainda se constata a necessidade de padronizar procedimentos e realizar treinamentos para os profissionais responsáveis pelo registro fotográfico de indivíduos, ou empregar equipamentos dedicados a esse fim, com algoritmo de controle de qualidade das fotografias obtidas. (ARRUDA; MORISSON, 2012, p. 78).

A partir das conclusões acima, verifica-se que é preocupante estabelecer um valor demasiadamente elevado à prova pericial no caso de meios probatórios visuais, uma vez que são sujeitos à falibilidade como qualquer método científico. Rosa e Bernardi (2018) trazem a seguinte advertência no tocante à técnica de reconhecimento facial realizada por sistemas de inteligência artificial:

Noutro viés, com a aplicação do reconhecimento facial à identificação em massa, eventuais falhas no sistema podem significar a identificação incorreta de suspeitos e, a exemplo do ocorrido com os exames de DNA, como apontado por Zulmar Coutinho, uma eventual “presunção de veracidade”, em decorrência da baixa probabilidade de erro, pode acarretar em consequências penais irreversíveis. (ROSA; BERNARDI, 2018).

Basear uma decisão condenatória na confiança cega em uma nova tecnologia, ou ainda, em resultados das perícias, independentemente de outros elementos de prova, é extremamente temerário. Nesse contexto, emerge a necessidade de estabelecer critérios para os julgadores avaliarem o quanto a prova pericial é confiável para provar um fato, uma vez que há poucos estudos sobre os impactos da imagem na formação da convicção dos magistrados. Caberia aos tribunais e à doutrina, na ausência de tratamento legislativo, construir esses critérios de modo que se equilibre a confiabilidade da prova pericial e seu peso como fundamento da sentença.

Com base no ocorrido no caso paradigmático de *Daubert v. Merrell Dow* (1993)¹¹, Jennifer L. Mnookin (2008) defende que os juízes devem ter cautela para não serem envolvidos pelas explicações de como um método funciona ou por descrições da operação de um método que soam intuitivamente plausíveis, quando são acompanhadas de evidências de que o método alcança o que se propõe a fazer. Assim, a questão não é se as conclusões do perito estão corretas, mas se elas são suficientemente validadas para que seja aceita como indício ou prova. Essa postura deve

11 Esse caso paradigmático se destaca por trazer à discussão nos tribunais a relevância de estabelecer critérios para a verificação da confiabilidade das evidências e argumentos científicos. A Suprema Corte Americana estabeleceu a importância de os juízes de primeira instância zelarem para que as evidências apresentadas pelas partes sejam suficientemente confiáveis e que sejam estabelecidos alguns parâmetros para a avaliação da prova científica. Ao comentar a decisão da Suprema Corte, Mnookin relata que “the Court said that federal trial court judges must serve as gatekeepers, assuring that parties’ proffered evidence is sufficiently reliable” (MNOOKIN, 2008, p. 343)

ser adotada principalmente diante de novas tecnologias como a biometria efetuada por algoritmos de inteligência artificial. Assim, o pioneirismo da técnica não pode se sobrepor à verificação da confiabilidade de seus resultados, cabendo até mesmo a consideração das taxas de erro no uso dessa tecnologia para o reconhecimento de autores por biometria facial. Isso porque, no caso de sistemas de inteligência artificial e reconhecimento biométrico, a possibilidade de viés dos algoritmos é amplamente divulgada entre os especialistas da área e ainda está associada ao problema da auditabilidade desses sistemas, o que muitas vezes vai inviabilizar a compreensão de como se chegaram aos resultados, comprometendo a confiabilidade do valor probatório desse tipo de resultado e a transparência, impossibilitando o contraditório e a ampla defesa do acusado, o que pode resultar em sua inadmissibilidade.

4.2 A imagem como argumento

A utilização de meios visuais digitais para formar a convicção do julgador sobre a ocorrência de determinado fato relevante no processo penal deve chamar a atenção dos operadores do Direito para o problema da imagem como um argumento. Assim, uma terceira concepção que disputa a explicação da busca da verdade no processo é a concepção pragmática. Essa teoria considera que a verdade é um produto do discurso jurídico, produzido intersubjetivamente, em um auditório de participantes competentes e razoáveis. Aos juízes compete dizer quais são os melhores argumentos e decidir quem deve obter a tutela jurisdicional. O órgão judicial deve mencionar os argumentos que serviram para o seu convencimento (valoração positiva das provas) e explicar por que as demais provas não foram suficientes para persuadi-lo (valoração negativa das provas). Esse procedimento evita a seleção de apenas as informações disponíveis dentre aquelas favoráveis ao seu entendimento e o descarte *a priori* das contrárias (CAMBI, 2018).

A verdade é, então, obtida no curso do processo, no qual são asseguradas às partes

plenas condições de participação (garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa), para poderem deduzir os melhores argumentos para convencer o órgão judicial de que têm razão e merecem a tutela jurisdicional. (CAMBI, 2018, p. 431).

Nesse contexto pragmático-argumentativo, a imagem agrega um potencial retórico, além da conhecida função demonstrativa, no sentido de pro-

mover o convencimento do julgador que a narrativa da parte é verdadeira. Por meio das evidências, testemunhas, exposições e imagens, as partes “re-apresentam” o fato crime, reconstruindo-o de forma verbal e/ou visual com suas explicações, gráficos, fotos ou outros métodos para “re-presentar” as memórias daqueles que realmente estavam presentes no momento real do fato (TAIT, 2007). No caso do Tribunal do Júri, cada jurado extrairá diferentes interpretações e impressões, suas próprias memórias da evidência, seus próprios valores sobre imagens que viram e palavras que ouviram. Nesse processo, uma nova representação do caso pode surgir. Uma vez que as provas são produzidas, os profissionais tendem a perder o controle sobre sua interpretação (TAITI, 2007).

Pesquisadores afirmam que o impacto da imagem não se limita a incorporar um elemento técnico, mas traz consigo um novo modo de argumentar e provar o que é verdadeiro ou não (RICCIO et al., 2016, [p. 4]).

O desenvolvimento tecnológico observado a partir do século XX alterou profundamente o modo como as experiências cotidianas são vivenciadas e compartilhadas, fundamentalmente por meio da comunicação de massas. O mundo do Direito também é afetado pelo novo contexto contemporâneo. A capacidade de registrar, armazenar e dispor imediatamente um fato específico impõe um novo meio de prova ao mundo do Direito. O registro de sons e imagens por meio técnico constitui-se como um novo, complexo e contraditório meio de argumentação jurídica. (RICCIO et al., 2018, p. 86).

Quando a imagem é inserida no contexto argumentativo do processo penal, um importante aspecto a ser destacado em relação à prova visual está em seu potencial de ir além da racionalidade costumeira apregoada aos operadores do Direito, abarcando a possibilidade de despertar emoções, tornando o sujeito um expectador ativo, que cria significados e raciocínios que ficam ocultos na justificação das decisões, donde se conclui que a retórica da imagem se aproxima de um entimema¹². Assim:

[...] a imagem não é somente evidência (prova), mas também pode funcionar como afirmação ou justificação, além de apresentar funções demonstrativas, probatórias ou explanatórias. (RICCIO et al., 2018, p. 90).

É de suma importância que os operadores do Direito tenham em mira que, para a obtenção de uma sentença justa no âmbito do processo penal, o argumento imagético não pode ser retirado do seu contexto, uma vez que

12 Isso se dá porque envolve: “1 – premissas prováveis e conclusões, 2 – acomodação das dimensões éticas e emocionais dos argumentos, 3 – dependência de acordo entre mensageiro e audiência” (KJELDSEN apud RICCIO et al., 2018, p. 90).

a imagem capta somente uma parte da realidade do fato que se pretende ou não provar. Não se pode extrair exclusivamente das imagens trazidas aos autos elementos subjetivos dos autores e vários outros elementos que são importantes na identificação da tipicidade objetiva e subjetiva da conduta imputada ao acusado. Portanto, o argumento trazido pela imagem sempre deve ser analisado em conjunto com os demais elementos probatórios escritos e orais, buscando a coerência com outras narrativas, assim como deve ocorrer com os demais elementos de prova.

5. O realismo ingênuo e a importância da alfabetização visual

Vários autores têm alertado para o que se denominou de *realismo ingênuo*, ou seja, a tendência, baseada na intuição e no senso comum, de identificar uma imagem da realidade como a própria realidade, sendo desnecessária a interpretação daquela representação, como se fosse autoevidente: “a imagem fala por si só”. Um dos problemas dessa postura é que o viés cognitivo do julgador pode ser afetado pela facilidade cada vez maior com que as imagens são passíveis de alteração ou manipulação por conta do desenvolvimento de tecnologias nessa área. Esse viés geralmente acaba por compor implicitamente os fundamentos da decisão e passa à margem do conhecimento das partes processuais, impossibilitando o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Em geral, as imagens sempre despertam respostas cognitivas e emocionais mais imediatas do que o texto escrito. Dessa forma, um grande equívoco a ser evitado, decorrente do realismo ingênuo, é pensar que a produção e a interpretação da imagem são um ato neutro. Como explicita Vicente Riccio:

Ao contrário, a partir do momento em que uma câmera é posicionada, um ângulo é escolhido e o conteúdo é editado, há subjetividade. Por esta razão, não se deve incorrer em alguns mitos típicos em torno da imagem, como: 1 - a imagem em vídeo é objetiva; 2 - os seus significados são claros e sem ambiguidades; 3 - o filme transforma o observador em testemunha. A incorporação desses mitos apresenta grande risco de injustiça e reforça uma visão acrítica do meio técnico. (RICCIO et al., 2016, p. 5).

Associado a essa falsa neutralidade, o perigo que permeia as imagens é a falsa impressão que se pode criar de que o espectador do vídeo ou da imagem passa a ser uma testemunha do fato, uma vez que “presencia” os acontecimentos por meio do vídeo, embora em tempo posterga-

do. Neal Feigenson adverte que a abordagem do realismo ingênuo não é a mais recomendada para decisões judiciais, pois decorre do senso comum. E esclarece:

Because naïve realism tells people that reality is just out there to be seen and known and that pictures give that reality to them, it tends to keep them from recognizing that (most) pictures can plausibly mean different things to different people – that viewers who bring different preconceptions to the viewing may reasonably construe the picture in different ways. So the force of naïve realism, like appeals to common sense generally, tends to be a conversation-stopper. It ends discussion on the ground that the picture “speaks for itself.” This approach to visual evidence, however, neither enhances the accuracy of legal judgments nor comports with ideals of how those judgments should be reached. (FEIGENSON, 2014, p. 106).

Elizabeth G. Porter (2014) analisa o crescente uso de imagens na argumentação jurídica como meio de prova de fatos, chamando a atenção para os riscos da adesão inconsciente decorrente do *realismo ingênuo*¹³, do qual afloram preconceitos implícitos e inconscientes que podem influenciar o conteúdo das decisões judiciais, comprometendo a imparcialidade. A autora também adverte para a ausência de critérios jurídicos (que denominou de cânones) para a análise e interpretação das imagens trazidas ao processo:

The biggest risk of failing to take images seriously is that—in stark comparison with our rich tools for dealing with the inherent problems of text—law lacks tools and traditions for mitigating the risks of image driven communication. By education and practice, lawyers and courts take language seriously. There are no corresponding traditions in law to guide the interpretation of images, no training that forces viewers to treat images as “entit[ies] with a complicated relationship to the real.” Because we don’t take images seriously, we have no grammar, no syntax, no canons of interpretation for the visual. We lack the ingrained, institutionalized skepticism that we bring to text. In the absence of such institutionalized skepticism, it is likely that lawyers and courts will fall prey to naïve realism—the tendency to believe that images are transparent conveyors of a single truth—and implicit biases. (PORTER, 2014, p. 1756).

Sem dúvida, os novos recursos tecnológicos possibilitaram grandes avanços na busca por justiça. Não obstante, Richard K. Sherwin (2011) adverte que a utilização das imagens, por sua aparente simplicidade e assimilação associativa e não silogística, traz diversos riscos nem sem-

¹³ A autora explica o realismo ingênuo como “the belief that an image represents a transparent window into a single truth” (PORTER, 2014, p. 1687).

pre explícitos, como, por exemplo, quando argumentos e evidências visuais visuais causam impacto em forte conteúdo afetivo e associativo do julgador, cuja justificaco seria inadmissvel se tivesse sido expressa explicitamente em uma deciso judicial, permanecendo oculto em um nvel implcito (ou seja, inconsciente) de criao de significado. A desconsiderao desses aspectos relacionados ¢ interpretaco da imagem suscita o problema de que uma deciso fundamentada numa interpretao desprovida de tecnicidade, quanto ¢ real fora probatria da imagem no contexto processual penal e quanto ¢s suas caractersticas peculiares, consistiria apenas na sobreposio arbitrria do senso comum do julgador sobre o senso comum dos demais atores processuais.

No obstante, esses equvocos podem ser evitados pela formao de uma cultura jurdica capaz de treinar os operadores do Direito a respeito do potencial argumentativo e retrico da imagem. Richard K. Sherwin (2011) afirma que tendemos a tratar as imagens e reagir a elas como se fossem reais. Para afastar esse equvoco, o autor defende a necessidade de desenvolver uma capacidade cognitiva dos operadores do Direito para compreender as caractersticas da imagem e o seu impacto no cotidiano, afastando as armadilhas do realismo ingnuo que podem comprometer a justia das decises judiciais. Para ele, o mtodo contraditrio deve se adaptar a esses novos aspectos culturais, ¢s condies cognitivas e tecnolgicas. O ensino do Direito e a teoria jurdica tambm precisam se preocupar com a correta interpretao dessas realidades (incluindo as realidades simuladas digitalmente), que esto sendo cada vez mais projetadas em telas eletrnicas nas salas de audincias de todo o mundo. No Brasil, essa ideia ¢ defendida por Riccio et al.:

Logo, ¢ necessria a alfabetizao visual para a compreenso desta nova realidade. A ideia da alfabetizao visual aplicada ao ¢mbito do direito incorpora uma lgica descritiva e pragmtica, que busca decifrar os elementos metafsicos inscritos no ¢mbito da imagem. A habilidade de ler e compreender o contudo das imagens ¢ o que garante o entendimento adequado de sua presena no cotidiano. Ou seja, torna-se necessrio o desenvolvimento de uma nova eloquncia visual. A combinao de tais elementos potencializa o entendimento crtico da imagem no ¢mbito do direito, principalmente como instrumento de prova e persuaso. (RICCIO et al., 2016, [p. 6]).

Em artigo sobre o tema, Porter (2014) formula sugestes prticas para a regulamentao da utilizao dos recursos de multimdia, incluindo dois cnones fundamentais da interpretao visual. O primeiro cnone proposto para a interpretao visual seria a regra do "significado no evidente", ou seja:

[...] as imagens não têm um significado claro e, portanto, os tribunais devem ser explícitos sobre o fundamento de qualquer significado que eles atribuem a uma imagem. (PORTER, 2014, p. 1778; tradução nossa).

O segundo cânone proposto pela autora sustenta que “a existência do meio visual não deve alterar o padrão de distribuição dos ônus da prova de uma parte” (PORTER, 2014, p. 1778; tradução nossa). Neste aspecto, ressalte-se que as regras de ônus da prova não podem, portanto, ser substituídas por convicções do intérprete, não fundamentadas.

A utilização da prova visual e sua correta avaliação probatória dependerão, portanto, de vários aspectos, elencados por Riccio et al. (2018). O primeiro consiste no entendimento de sua natureza, do modo como se constitui e dos elementos responsáveis por validar ou anular seus conteúdos. Nesse aspecto, o processo de validação não é restrito exclusivamente à ciência do Direito. O perito ganha papel de relevo nesse arranjo, pois domina o conhecimento científico necessário à validação definitiva desse tipo de prova. Em segundo lugar, a leitura dos argumentos visuais presentes na imagem demanda competências específicas, especialmente as relacionadas à linguística forense, que exige a compreensão da natureza retórica da imagem para sua efetiva aplicação no âmbito do processo judicial. Afirmam ainda que não há um modelo único de alfabetização visual. Adicionalmente, é necessário que os tribunais construam parâmetros para a fundamentação das decisões que envolvam argumentos visuais, possibilitando traduzir para a cultura escrita do Direito as razões que motivaram a decisão e garantir o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, evitando-se entimemas e motivações ocultas que possam causar algum impacto nos julgadores por não terem conscientização do potencial argumentativo das imagens e de suas limitações para retratar a verdade.

Essas propostas despertam para a possibilidade de um exercício argumentativo-jurídico mais racional e eficiente, adaptado às novas tecnologias que têm integrado a prova visual no processo penal, possibilitando, ainda, um maior controle da racionalidade das decisões e de suas justificações, ante um contexto de legislação insuficiente para disciplinar esse tipo de prova. Para o Ministério Público, o domínio da alfabetização visual permite que no momento da formação da *opinio delicti* o Promotor de Justiça adote uma postura mais tecnicamente informada e fundamentada na adequada interpretação do peso probatório dos elementos oriundos dos recursos tecnológicos postos à disposição dos agentes responsáveis pela persecução penal. Durante o processo, a interpretação da prova visual realizada a partir da consideração de suas limitações e

de seus efeitos associativos, simplificadores e emocionais, possibilita minimizar os impactos inconscientes que ela pode impingir aos julgadores (tanto magistrados, quanto integrantes do conselho de sentença). Dessa forma, objetiva-se garantir que a avaliação da prova visual e dos pesos a ela atribuídos sejam adequadamente dirigidos e explicitados, a fim de evitar absolvições ou condenações indevidas, reforçando os princípios informadores do processo penal e da jurisdição, compatibilizando o processo penal na sociedade da informação com os valores subjacentes ao Estado Democrático de Direito.

6. Considerações finais

A Segurança Pública é um direito fundamental cujo dever de concretização é partilhado entre Estado e sociedade. O contexto de criminalidade no Brasil vem se intensificando, resultante de vários fatores culturais, socioeconômicos e morais. Em grande parte, as políticas públicas adotadas têm dado ênfase ao papel das polícias como responsável pela segurança, descurando de outros aspectos. Mais recentemente tem se intensificado a utilização das tecnologias visuais na prevenção de crimes, em especial as câmeras de vigilância, e no reconhecimento por biometria facial, que constituem instrumentos de apoio ao controle social e acabam por compor o acervo probatório no processo penal.

As Polícias Civis têm usado cada vez mais as imagens de videomonitoramento para a prevenção e repressão de crimes. Mais modernamente, o videomonitoramento tem sido associado à biometria facial. De igual modo, há o crescente uso de câmeras de vigilância privada que também geram imagens e auxiliam na investigação criminal. Outro fenômeno em expansão é a profusão de imagens geradas por *smartphones* e aparelhos similares, as quais são compartilhadas nas redes sociais e em outras plataformas, cujo conteúdo contém imagens da vida privada e do cotidiano, muitas delas com flagrantes de práticas criminosas, o que traz discussões tanto na seara de direitos fundamentais, quanto no tratamento dessas imagens como prova no processo penal. A imagem produzida por meio dessas tecnologias constitui um meio de prova não normatizado e que exige cautela e preparo técnico do julgador para sua valoração, trazendo à tona a importância da correta valoração da prova pericial e da alfabetização visual para análise da prova visual pelos tribunais.

Na utilização de provas visuais no processo penal, ganha relevo a análise pericial, a fim de que seja garantida a autenticidade e a integridade da prova apresentada. O laudo pericial constitui assim um grande auxiliar

na tomada de decisão dos juízes e tribunais. Contudo, foi demonstrada a falibilidade das provas visuais, por se tratar de tecnologias sujeitas a viés, o que deve ser considerado no exame da prova.

Não obstante, além das questões técnicas de autenticidade e de integridade, há um grande desafio para os julgadores quanto à correta interpretação das imagens no contexto fático-probatório, em razão de seu valor retórico. A pesquisa ressalta a importância da tomada de consciência por parte dos operadores do Direito sobre as peculiaridades e potencialidades argumentativas das imagens. Nem sempre é possível de traduzir para a racionalidade escrita e formal do Direito os impactos diretos e indiretos na tomada de decisão, pela ausência de preparo formal dos operadores do Direito na leitura dos argumentos visuais presentes na imagem, baseada, atualmente, no senso comum. O correto manejo dos argumentos visuais, em sua dimensão demonstrativa e retórica, demandará competências específicas, especialmente as relacionadas à linguística forense, abrangendo a compreensão da natureza retórica da imagem e de suas limitações, para sua efetiva aplicação no âmbito do processo judicial. Como solução, sugere-se a inclusão em currículos acadêmicos e a disponibilização de cursos, nas Escolas de Magistratura e do Ministério Público, de conteúdo que capacite os futuros operadores do Direito e os atuais profissionais para a análise dessas novas tecnologias, com base na proposta que foi denominada por Richard K. Sherwin de *alfabetização visual*.

Conclui-se pela importância do treinamento e da construção de parâmetros para a fundamentação das decisões que envolvam argumentos visuais, possibilitando traduzir para a cultura escrita do Direito as razões que motivaram a decisão e garantir o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, evitando-se entimemas e motivações ocultas que podem impactar os julgadores e as decisões proferidas no âmbito do processo penal, comprometendo a busca da verdade e a justa aplicação da norma penal.

7. Referências

A teoria da panóptica de Michel Foucault: sobre o poder político e econômico que nos controla sem que possamos perceber. *Pensar Contemporâneo*. 29 nov. 2017. Disponível em: <<https://www.pensarcontemporaneo.com/teoria-da-panoptica-de-michel-foucault/>>. Acesso em: 25 fev. 2020.

AGNOLETTI, Celso; BEZERRA, Clayton. *Combate ao crime cibernético-doutrina e prática* (A visão do delegado de polícia). Rio de Janeiro: Mallet Editora, 2016.

ALMEIDA, Jorge Luiz de Almeida et al. Tecnologia das câmeras de videomonitoramento na segurança pública. *Revista Homens do Mato*, Mato Grosso, v. 18, n. 1, jan./jun. 2018. Disponível em: <<http://revistacientifica.pm.mt.gov.br/ojs/index.php/semanal/article/view/396/440>>. Acesso em: 13 fev. 2020.

ANACLETO, Leandro da Silva. *Videomonitoramento como ferramenta para a diminuição dos índices de criminalidade na área comercial urbana de Cacoal-RO*. 2018. 39 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Administração) – Fundação Universidade Federal de Rondônia, Cacoal, 2018. Disponível em: <<http://www.ri.unir.br/jspui/bitstream/123456789/2555/1/LEANDRO%20DA%20SILVA%20ANACLETO.pdf>> . Acesso em: 25 fev. 2020.

ANTONIALLI, Dennys Marcelo; FRAGOSO Nathalie; MASSARO Heloisa Maria Machado. Da investigação ao encarceramento: as propostas de incremento do uso da tecnologia no Projeto de Lei Anticrime. *Boletim*. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, ano 27, n. 318, p. 21-23, maio, 2019.

ARAGÃO, David Farias de. *Crimes Cibernéticos na Pós-Modernidade: Direitos fundamentais e a efetividade da investigação criminal de fraudes bancárias eletrônicas no Brasil*. 2015. 115 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça) – Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal do Maranhão, 2015. Disponível em: <<https://tedebc.ufma.br/jspui/bitstream/tede/6671/1/Dissertacao-%20DavidFariasAragao.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2020.

ARRUDA, Gustavo H. M. de; MORISSON, André L. da C. Exames de reconhecimento facial na Polícia Federal. *Anais da Conferência Internacional de Ciências Forenses em Multimídia e Segurança Eletrônica*. Brasília, 2012, p. 78-85.

ARRUDA, Wellington. Reconhecimento facial funciona mesmo na segurança pública? *IT Forum*. 29 jun. 2019. Disponível em: <<https://itforum.com.br/noticias/reconhecimento-facial-funciona-mesmo-na-seguranca-publica/>>. Acesso em: 25 fev. 2020.

BARRETO JÚNIOR, Irineu Francisco. Proteção da privacidade e de dados pessoais na internet: O marco civil da rede examinado com fundamento nas teorias de Zygmunt Bauman e Manuel Castells. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Org.). *Direito & Internet III*. Tomo I. Marco Civil da Internet. (Lei nº 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 405-443.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 mar. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Portaria nº 793*, de 24 de outubro de 2019. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-793-de-24-de-outubro-de-2019-223853575>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 12 fev. 2021.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. 2. ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2018.

DAL SANTO, Rafael. *Cidade monitorada: controle social e o processo de implementação de câmeras de monitoramento em Farroupilha-RS (2005-2008)*. 2009. 64 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Sociais) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2009. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/18375/000728470.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

DALFOVO, Amanda Dominique Kupfer; RICCI, Camila Milazzotto. *Importância da prova pericial no processo judicial: análise das perícias realizadas no caso de feminicídio de Tatiane Spitzner*. Trabalho de Conclusão de Curso (Pós-Graduação *lato sensu* em Perícia Forense) – Centro Universitário FAG, 2018. Disponível em: <<http://tconline.fag.edu.br:8080/app/webroot/files/trabalhos/20181107-020303.pdf>>. Acesso em: 11 fev. 2020.

FEIGENSON, Neal. Visual Common Sense. In: SHERWIN, Richard K.; WAGNER, Anne (Org.). *Law, Culture and Visual Studies*. Springer Dordrecht Heidelberg New York London, 2014. Disponível em: <<https://books-library.net/files/books-library.online-10091707Yr2B2.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

GANDINI et al. A validade jurídica dos documentos digitais. *Boletim Jurídico*. Uberaba, ano 31, n. 1, 2001. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-e-internet/35/a-validade-juridica-documentos-digitais>>. Acesso em: 11 fev. 2020.

HENRIQUES, André P. et al. Uma proposta de ferramenta para investigação forense em imagens. Departamento de Ciência da Computação. *Anais da Conferência Internacional de Ciências Forenses em Multimídia e Segurança Eletrônica*. Brasília, 2012, p. 72-77.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *Atlas da Violência*, 2019. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/6363-atlasdaviolencia2019completo.pdf>>. Acesso em: 11 fev. 2020.

JORGE, Higor Vinícius Nogueira; WENDT, Emerson. Perícia computacional e investigação de delitos informático: importância e desafios contemporâneos. In: AGNOLETTTO, Celso; BEZERRA, Clayton. *Combate ao crime cibernético-doutrina e prática* (A visão do delegado de polícia). Rio de Janeiro: Mallet Editora, 2016. p.187-200.

KANASHIRO, Marta Mourão. *Sorria, você está sendo filmado: as câmeras de monitoramento para segurança em São Paulo*. 2006 Dissertação (Mestrado). Departamento de Sociologia do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2006.

MNOOKIN, Jennifer L. Of Black Boxes, Instruments, and Experts: Testing the Validity of Forensic Science. *Episteme: A Journal of Social Epistemology*. Edinburgh, v. 5, issue 3, p. 343-358, 2008. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/231900887_Of_Black_Boxes_Instruments_and_Experts_Testing_the_Vailidity_of_Forensic_Science>. Acesso em: 25 fev. 2020.

MOURA, Ricardo. Novas tecnologias para os suspeitos de sempre. *Rede de Observatórios da Segurança*. 2019. Disponível em: <<http://observatorioseguranca.com.br/tag/reconhecimento-facial/>>. Acesso em: 25 fev. 2020.

NUNES, P. Novas ferramentas, velhas práticas: reconhecimento facial e policiamento no Brasil. In: CENTRO DE ESTUDOS DE SEGURANÇA E CIDADANIA; REDE DE OBSERVATÓRIO DA SEGURANÇA. *Relatos da violência: cinco meses de monitoramento, análises e descobertas*. São Paulo: Universidade Candido Mendes, 2019. p. 67-70. Disponível em: <https://bit.ly/3r6lsE3>. Acesso em: 8 jan. 2020.

PARODI, Lorenzo. A cadeia de custódia da prova digital à luz da lei 13.964/19 (Lei anticrime). *Migalhas de Peso*. 17 fev. 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/320583/a-cadeia-de-custodia-da-prova-digital-a-luz-da-lei-13-964-19--lei-anticrime>>. Acesso em: 11 mar. 2021.

PÍCOLI, Fernando Fortes et al. A Fragilidade da Análise Facial como Único Método de Identificação Humana. *Brazilian Journal of Forensic Sciences, Medical Law and Bioethics*, Ribeirão Preto, v. 3, n. 4, 2014. Disponível em: <[dx.doi.org/10.17063/bjfs3\(4\)y2014281](http://dx.doi.org/10.17063/bjfs3(4)y2014281)>. Acesso em: 11 mar. 2012.

PISA, Pedro. Como funciona o reconhecimento facial. *Techtudo*. 2012. Disponível em: <<https://www.techtudo.com.br/artigos/noticia/2012/04/como-funciona-o-reconhecimento-facial.html>>. Acesso em: 26 fev. 2020.

PITZER, Rafael Mendes Zainotte. Câmeras de Vigilância - Um sistema de controle social. In: XII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI/UNICURITIBA, 2013, Curitiba. *Direito penal e criminologia*. Curitiba, 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/unicuritiba/livro.php?gt=15>>. Acesso em: 13 fev. 2020.

PORTER, Elizabeth G. Taking images seriously. *Columbia Law Review*. v. 114, Columbia, p. 1687-1782, 2014.

REDE DE OBSERVATÓRIOS DE SEGURANÇA. *Retratos da Violência – cinco meses de monitoramento análises e descobertas*. Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (CESeC) da Universidade Cândido Mendes. jul/out, 2019.

RICCIO, Vicente et al. A utilização da prova em vídeo nas cortes brasileiras: um estudo exploratório a partir das decisões criminais dos tribunais de justiça de Minas Gerais e São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 118, jan/fev, [n.p.], 2016.

RICCIO, Vicente et al. Imagem e Retórica na prova em vídeo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 55, n. 220, out/dez, p. 85-103, 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril_v55_n220_p85>. Acesso em: 22 mar. 2021.

ROSA, Alexandre Morais da; BERNARDI, Sagra di. Quando o reconhecimento facial chega ao processo penal. *Consultor Jurídico*. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-03/limite-penal-quando-reconhecimento-facial-chega-processo-penal?imprimir=1>>. Acesso em: 25 fev. 2020.

SHERWIN, Richard. K. *Visualizing law in the age of the digital baroque*. London, New York: Routledge, 2011.

SOUZA, Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de; SANTOS, Alex Torres. A inserção dos drones (RPAS) na segurança pública brasileira: uma análise sob a ótica do princípio da eficiência. *Em Tempo*. Marília, v. 18, p. 133-155, 2019.

STANLEY, Jay; STEINHARDT, Barry. *Bigger Monster, Weaker Chains: The Growth of an American Surveillance Society*. New York: American Civil Liberties Union, 2003. Disponível em: <<https://www.aclu.org/report/bigger-monster-weaker-chains-growth-american-surveillance-society>>. Acesso em: 25 fev. 2020.

TAIT, David. Rethinking the role of the image in justice: visual evidence and science in the trial process. *Law, Probability and Risk*, Oxford, 6 (1-4). p. 311-318, 2007. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/240956499_Rethinking_the_role_of_the_image_in_justice_visual_evidence_and_science_in_the_trial_process/link/00b49533040e4d92c9000000/download>. Acesso em: 25 fev. 2020.

TOLEDO, Cláudia (Org.). *O pensamento de Robert Alexy como sistema*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VIEIRA, Letícia Maria. *A contenção da política: usos de videomonitoramento para controle social nos espaços públicos de São Paulo*. 2018. 170 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

ISABEL CRISTINA CAMPOS VIEIRA DO NASCIMENTO

Oficial do Ministério Público. Mestre em Direito e Argumentação Jurídica na Universidade Federal de Juiz de Fora. Graduada em Direito e em Administração. Pós-graduada em Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Digital e *Compliance*. Pós-graduada em Direito Contemporâneo. Pós-graduada em Políticas Públicas e Segurança.



O MOMENTO DE REALIZAÇÃO DO INTERROGATÓRIO E AS CARTAS PRECATÓRIAS COMENTÁRIOS À DECISÃO DO STJ NO HABEAS CORPUS 585.942/MT

THE MOMENT FOR JUDICIAL INTERROGATION AND THE
PROCEEDING OF WITNESS HEARING IN ANOTHER JURISDICTION
COMMENTS ON HABEAS CORPUS 585.942/MT

LUCAS PARDINI GONÇALVES

Promotor de Justiça

Resumo: O interrogatório passou por mudanças ao longo das últimas décadas no Brasil, guiadas pelo modelo de processo penal adotado. Do paradigma inquisitório vigente quando da edição do código de processo penal de 1941 ao modelo acusatório instituído pela constituição da república de 1988, o ato teve alterada sua natureza, de meio de prova para meio de defesa, deixando de ser o primeiro ato da fase instrutória, para ser o último. Os casos em que há produção de provas em juízo diverso, por meio de cartas precatórias, desafiam tal construção dogmática, por possibilitarem uma inversão na ordem dos atos. A matéria foi julgada pelo superior tribunal de justiça, que, em revisão de sua jurisprudência, decidiu que, mesmo nessas hipóteses, o interrogatório deve ser o último ato da instrução. O presente artigo busca abordar essa evolução dogmática do instituto e, ao final, comentar tal decisão, analisando suas consequências para o processo penal.

Palavras-chave: interrogatório; processo penal; carta precatória; prova.

Abstract: Judicial interrogation has passed through changes in the last decades in Brazil, in accordance with the model of criminal procedure that is adopted. From the inquisitorial paradigm in force by the time of the publication of the criminal procedure code of 1941 to the accusatory model brought by the republican constitution of 1988, it is said to have had its nature altered, from a mean of evidence to a mean of defense, having forsaken being the first act of the judicial procedure, going to its end. The cases in which there are victims or witnesses to be heard in another jurisdiction challenge this construct, since they enable an inversion in the order of the acts. The matter has been ruled by the superior justice court, which altered its jurisprudence to decide that, even in such hypotheses, the interrogation of the accused must be held at the end of the procedure. This article intends to discuss the judicial interrogation evolution and, finally, comment the court ruling, analyzing its consequences for the criminal procedure.

Keywords: judicial interrogation; criminal procedure; witness hearing; evidence.

Sumário: 1. Introdução. 2. A natureza jurídica do interrogatório. 3. O momento de realização do interrogatório. 4. A produção de provas por carta precatória. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O interrogatório no processo penal foi objeto de remodelação e revisão principiológica no Direito brasileiro ao longo dos últimos anos, em decorrência da própria evolução do modelo de processo penal adotado. Afinal, já se disse que “é no interrogatório que se manifestam e se aferem as diferenças mais profundas entre método inquisitório e método acusatório”.¹ Com a promulgação da Constituição da República de 1988 (CR/88), com suas garantias fundamentais à ampla defesa e ao contraditório (art. 5º, LV), iniciou-se movimento doutrinário, legislativo e, posteriormente, jurisprudencial, no sentido de se adequar o tratamento do interrogatório ao novo paradigma.

Assim é que, desde então, a figura processual passou por importantes mudanças referentes, em especial, a dois pontos: o direito ao silêncio e o momento de realização do ato ao longo da cadeia procedimental.

O presente trabalho se propõe a analisar o segundo ponto² e, para isso, estrutura-se sobre três eixos.

Inicialmente, fará uma breve análise da natureza jurídica do interrogatório no processo penal, buscando fundamentar o posicionamento de se tratar de um meio de defesa.

Em seguida, calcado nas constatações trazidas no tópico anterior, abordará a evolução legal e jurisprudencial a respeito do objeto de estudo, qual seja, o momento adequado para a realização do interrogatório, almejando demonstrar a razão pela qual o ato passou da abertura para o encerramento da fase instrutória da ação penal.

Por fim, aplicando as conclusões alcançadas nos itens anteriores a uma hipótese específica, em raciocínio dedutivo, o trabalho tratará de uma situação-problema frequentemente vivenciada por todos que operam no processo penal: os casos de colheita de provas pela via de cartas precatórias.

A pesquisa se justifica e se motiva por recente decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que, alterando sua jurisprudência, até então, firme sobre a matéria, assentou a ilegalidade, como regra, da realização do interrogatório antes da produção de provas em outros Juízos.

Por se tratar de revisão de entendimento, a decisão merece atenção por parte de membros do Ministério Público, do Poder Judiciário, da Defensoria Pública e da advocacia, sendo esse o fim último deste trabalho, mediante a apresentação de algumas considerações a respeito do julgado.

1 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer Sica *et al.* 3. ed. rev. São Paulo: RT, 2010. p. 559.

2 Para uma análise aprofundada do primeiro, *cf.* HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*. Campinas: Bookseller, 2005.

2. A natureza jurídica do interrogatório

A discussão quanto à natureza jurídica do interrogatório no processo penal (se meio de prova, meio de defesa ou, ainda, ato de natureza híbrida) já é antiga na doutrina³.

Haddad⁴ pontua que, historicamente, a tradição francesa desenvolveu a visão do interrogatório como meio de prova, ao passo que a inglesa acentuou seu caráter de meio de defesa⁵, o que demonstra que a na-

3 Ilustrativamente, Vicente Greco Filho pontua que "o entendimento mais aceito sobre a natureza do interrogatório é o de que é ato de defesa, porque pode nele esboçar-se a tese de defesa e é a oportunidade para o acusado apresentar sua versão dos fatos, mas é, também, ato de instrução, porque pode servir como prova" (GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 241); Aury Lopes Jr., por sua vez, entende que "é estéril aprofundar a discussão sobre a 'natureza jurídica' do interrogatório (...) pois as alternativas 'meio de prova' e 'meio de defesa' não são excludentes, senão que coexistem de forma inevitável. Assim, se de um lado potencializamos o caráter de meio de defesa, não negamos que ele também acaba servindo como meio de prova, até porque ingressa na complexidade do conjunto de fatores psicológicos que norteiam o *sentire* judicial materializado na sentença" (destaque no original) (LOPES JR. Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 448); Grinover *et al.* prelecionam que "consubstanciando-se a autodefesa, enquanto direito de audiência, no interrogatório, é evidente a configuração que o próprio interrogatório deve receber, transformando-se de meio de prova (como o considerava o Código de Processo Penal de 1941, antes da Lei 10.792/2003) em meio de defesa: meio de contestação da acusação e instrumento para o acusado expor sua própria versão. É certo que, por intermédio do interrogatório – *rectius*, das declarações espontâneas do acusado submetido a interrogatório –, o juiz pode tomar conhecimento de notícias e elementos úteis para a descoberta da verdade. Mas não é para esta finalidade que o interrogatório está preordenado. Pode constituir *fonte de prova*, mas não *meio de prova*: não está ordenado *ad veritatem quaerendam*" (destaques no original) (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011. p. 77); e, ainda, o entendimento de Pacelli e Fischer é de que "(...) o interrogatório é meio de *defesa*, com o que não se pode mais exigir o comparecimento do acusado ao referido ato, ao menos para essa específica finalidade. No entanto, embora essencialmente seja um meio de defesa, ele (interrogatório) pode-se comprovar um efetivo *meio* ou *fonte* de prova, como, aliás, qualquer outra modalidade probatória reconhecida pelo ordenamento. É dizer: o depoimento prestado pelo acusado, ainda quando destinado – originária e intencionalmente – a favorecer os interesses defensivos, poderá ser considerado em desfavor do réu, se ele, não exercendo o direito ao silêncio, apresentar versão contrária aos seus interesses. E não só a *confissão* pode ser assim entendida; também um depoimento contraditório, desarticulado ou evidentemente mendaz poderá ser levado em consideração pelo juiz, no sentido de infirmar as teses defensivas levantadas pela defesa técnica. Se é verdade que o *silêncio* não pode ser considerado, pois dele nada se pode extrair – por determinação constitucional, inclusive – a eloquência e a loquacidade, sobretudo quando mal utilizada (*sic*), podem" (destaques no original) (PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 424).

4 HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *O interrogatório no processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 30.

5 No mesmo sentido, Moraes analisa: "Historicamente o interrogatório surgiu, com as feições que hoje possui em nosso sistema processual, como meio de prova, aliás, era incluído como fase primeira e obrigatória do procedimento inquisitorial da Europa Continental. Com ele se buscava precipuamente a confissão do acusado, a qual, em ocorrendo, encerrava o processo com a condenação do confitente. (...) No sistema inglês, que por razões político-religiosas, não aceitou a influência canônica e/ou eclesial da Europa Continental, incorporou-se o critério helênico-romano de um sistema acusatório em que o acusado poderia, no momento de sua defesa, confessar (*plea guilt*), sendo que nesse caso o processo também cessaria e a pena seria aplicada. Percebe-se, portanto, que embora a confissão em ambos os sistemas levasse à aplicação de pena ao confitente, no sistema inglês, e em todos que dele derivaram, o interrogatório não existia como fase inicial e obrigatória da fase instrutória e, outrossim, o acusado não era obrigado (ou legitimamente torturado) a confessar. O sistema da *common law* prescinde da colaboração do acusado com seu depoimento. A ele compete apenas se defender e se, para isso, entende ser conveniente confessar ou apresentar suas razões, ele o faz sem obrigações ou ônus por ter calado no processo" (MORAES, Maurício Zanoide de. Interrogatório: uma leitura constitucional. In. *ESCRITOS em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: RT, 2003. p. 336-8).

tureza jurídica do ato não lhe é algo intrínseco, senão atribuído pelo direito positivo⁶.

Assim é que, no direito brasileiro, a nosso juízo, o interrogatório é meio de defesa, sem prejuízo de, eventualmente, poder também servir como fonte de prova, com caracteres peculiares.

A CR/88, ao prever a ampla defesa e o direito ao silêncio no rol dos direitos e garantias fundamentais (incisos LV e LXIII⁷, respectivamente, do art. 5º), deu roupagem de meio de defesa ao interrogatório⁸, o qual passou a ser o *locus* adequado ao exercício de uma das facetas da defesa no processo: a autodefesa, desempenhada de forma personalíssima pelo acusado, sendo complementada pela defesa técnica⁹.

A diretriz constitucional impôs, desde logo (considerando a aplicação imediata da norma, conforme art. 5º, § 1º, da CR/88), radical alteração da natureza do interrogatório em nosso ordenamento, o qual, até então, se revestia de caráter de meio de prova, sob a égide do Código de Processo Penal (CPP) de 1941¹⁰.

6 (...) para se saber qual a natureza jurídica do interrogatório, mister o recurso ao direito positivo. É questão de política legislativa configurar o interrogatório essencialmente como meio de prova e, acidentalmente, como meio de defesa, ou vice-versa" (HADDAD, *op. cit.*, p. 46).

7 Embora a Constituição, no art. 5º, LXIII, fale em 'preso', a garantia deve ser estendida para toda e qualquer pessoa suspeita da prática de infração penal, não apenas àqueles que estão presos. Afinal, em se tratando de garantia individual, a aplicação do princípio da isonomia é corolário do próprio espírito da Carta Magna" (COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: RT, 2004. p. 185). No mesmo sentido, GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES. *op. cit.*, p.77.

8 A previsão constitucional levou Tourinho Filho, que via o interrogatório como meio de prova, a reformular seu entendimento: "Sempre pensamos, em face da sua posição topográfica (no capítulo da instrução), fosse o interrogatório, também, meio de prova. E como tal era e é considerado. Meditando sobre o assunto – principalmente agora que a Constituição, no art. 5º, LXIII, reconheceu o direito ao silêncio -, chegamos à conclusão de ser ele, apenas, um meio de defesa. Embora o juiz possa formular ao acusado uma série de perguntas que lhe parecerem oportunas e úteis, transformando o ato numa oportunidade para a obtenção de provas, o certo é que a Constituição de 1988 consagrou o direito ao silêncio. O réu não é obrigado a responder às perguntas que lhe foram formuladas" (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. 3. 34. ed. rev. e de acordo com a Lei n 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 296).

9 A defesa, no processo penal, apresenta-se sob dois aspectos: defesa técnica e autodefesa. A primeira é sem dúvida indisponível, na medida em que, mais do que garantia do acusado, é condição da paridade de armas, imprescindível à concreta atuação do contraditório e, conseqüentemente, à própria imparcialidade do juiz. (...) Já a autodefesa, não podendo ser imposta ao acusado, é considerada renunciável por este. Mas essa renunciabilidade não significa sua dispensabilidade pelo juiz. (...) Com relação à autodefesa, cumpre salientar que se compõe ela de dois aspectos, a serem escrupulosamente observados: o *direito de audiência* e o *direito de presença*. O primeiro traduz-se na possibilidade de o acusado influir sobre a formação do convencimento do juiz mediante o *interrogatório*. O segundo manifesta-se pela oportunidade de tomar ele posição, a todo momento, perante as alegações e as provas produzidas, pela imediação com o juiz, as razões e as provas" (destaques no original) (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES. *op. cit.*, p.73-5).

10 Nesse sentido, é interessante notar que a clássica doutrina processual penal brasileira, ao discorrer sobre o interrogatório à luz das previsões originais do CPP de 1941, não titubeava em lhe reconhecer o caráter de meio de prova, ainda que concomitante à nota de meio de defesa: "O interrogatório do acusado

Diversos eram os dispositivos do Código que corporizavam esse viés conferido à figura, de índole marcadamente inquisitória¹¹, inspiradora da legislação processual penal do Estado Novo¹²: o art. 186, que previa a possibilidade de o silêncio do réu ser interpretado em seu desfavor; o art. 187, que previa que o defensor não poderia intervir ou influir, de qualquer modo, nas perguntas e respostas; o art. 191, que determinava que se consignassem as perguntas que o réu deixasse de responder, bem como as razões que invocasse para assim proceder.

Diante da incompatibilidade entre a previsão constitucional e as normas processuais anteriores, desde 1988, cobrava-se uma adequação da le-

é, atualmente, meio probatório, pois que, entre as provas, o arrolou o Cód. de Processo Penal. Alguns autores, no entanto, como Bento de Faria, Edgar Costa e outros o conceituam como sendo unicamente *ato de defesa*. Tal entendimento se apresenta inaceitável, em face da estruturação e forma que tem o instituto em nossa legislação de processo penal. Mais aceitável se nos afigura o ensinamento de Lincoln Prates, de que o interrogatório é, concomitantemente, *meio de prova e ato de defesa*. Desde que se realize com plena liberdade para o réu, o interrogatório constitui relevante fonte de prova” (destaques no original) (MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Vol 2. 1. ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Forense, 1961. p. 321); “O Código vigente considera o interrogatório meio de prova. (...) O interrogatório tanto pode ser aproveitado por lei para servir como expediente de prova quanto como para ser instrumento de defesa. (...) Compare-se o que acontece no Direito italiano, em que o interrogatório é expediente de defesa, com o que ocorre no brasileiro, em que ele serve de prova. Naquele, a lei manda que o juiz dê ciência, de modo claro e preciso, ao acusado, do fato que lhe é atribuído, das provas já existentes contra ele, das origens dessas provas e que o convida a desculpar-se e a indicar as provas em seu favor (CPP italiano, art. 65, 2). E por quê? Porque o juiz não se deve louvar no que o réu diz, mas tem de ir à cata das provas do que ele afirma. O interrogatório é meio de defesa (...) e fonte de prova. Mas ele mesmo não prova nada. Aqui, no Brasil, o juiz encara as declarações do réu como importante elemento de convicção, porque elas são realmente um dos materiais que a lei ministra para formá-la. Elas têm valor probante e podem até ser aceitas contra o réu. (...) O interrogatório, pois, na lei em vigor, é meio de prova. O fato de ser assim não significa que o réu não possa valer-se dele para se defender. Pode; ele é excelente oportunidade para fazer alegações defensivas. O que há é que, enquanto em algumas leis o interrogatório é essencialmente meio de defesa e acidentalmente fonte de prova (v.g., a italiana), em outras ele é essencialmente meio de prova e acidentalmente fonte de defesa” (TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. Vol. 1. 8. ed. de acordo com a CF/88. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 357-9). É notável a semelhança entre a atual disciplina constitucional e legal brasileira do interrogatório, analisada a seguir, e a italiana a que se referia Tornaghi, classificando o ato, em tal sistema, como meio de defesa e acidentalmente fonte de prova.

11 Analisando a diferença do papel do interrogatório entre os sistemas inquisitório e acusatório, Pereira pontua: “A maior ou menor importância do interrogatório varia conforme o sistema processual penal examinado. No sistema acusatório, o interrogatório e, por conseguinte, a confissão são desnecessários e de menor importância devido ao fato de a prova ficar inteiramente a cargo das partes: à acusação cabe fazer as provas de suas alegações e tentar demonstrar a ocorrência do fato delituoso e a autoria, enquanto à defesa cabe refutar os argumentos e as provas apresentadas, ficando o juiz inerte aguardando a produção das provas que influenciarão seu convencimento. Grande ênfase é dada à prova técnica como forma de comprovação dos fatos, o que, por conseguinte, dispensa a participação do acusado. Todavia, no modelo inquisitorial, o interrogatório e a confissão são exageradamente valorizados devido à centralização do ritual do processo criminal na pessoa do acusado, à participação do juiz na colheita da prova e à propalada (ou malfadada) *busca da verdade* a que ele se lança” (destaque no original) (PEREIRA, Gisele Mendes. *O direito ao silêncio no processo penal brasileiro*. Caxias do Sul: Educus, 2012. p. 189-90).

12 Nota-se, portanto, que o interrogatório, da forma como estava colocado no CPP, detinha explicitamente uma estrutura inquisitorial, com o juiz gerindo o ato e a proibição de intervenção da defesa (ou até mesmo acatando a sua ausência) e da acusação. Permitir que o indiciado, ou acusado, comparecesse ao ato sem a possibilidade de anteriormente consultar um advogado e de estar acompanhado por ele significava a manutenção (travestida em outro nome) do malfadado sistema inquisitorial, transformando o juiz em inquisidor, e o acusado, em objeto de prova contra si mesmo e, não raro, no principal fator de sua própria condenação” (*Ibid.*, p. 182).

gislação ordinária, o que veio sendo paulatinamente feito pelo Congresso Nacional, mediante edição de uma sucessão de leis alteradoras do CPP em matéria de interrogatório, culminando, dentre outras inovações, com a revogação dos três artigos supramencionados¹³.

Assim é que, hodiernamente, entendemos que, seja pela Constituição da República, seja pela legislação ordinária reformada, o interrogatório se revela como elemento processual posto a serviço da defesa¹⁴, não se apresentando acertada sua classificação, ainda que simultânea, como meio de prova¹⁵.

Ora, qualquer elemento processual, sendo prova, no sentido técnico do termo, deve ser passível de submissão ao contraditório, além de ser acessível tanto à defesa, quanto à acusação, sob pena de quebra da paridade de armas.

Traçando um paralelo com a prova testemunhal, por exemplo, tem-se que uma testemunha pode ser arrolada tanto pela acusação, quanto pela defesa; caso não compareça em Juízo, pode ser coercitivamente conduzida; presta compromisso legal de dizer a verdade e não pode se calar, sendo dado à parte que não a arrolou lhe formular questionamentos, os quais deve ela responder, exercendo-se, assim, o contraditório sobre a prova.

Diversamente, a realização do interrogatório depende, na prática, da vontade do réu, não havendo mecanismo jurídico posto à disposição da acusação para conduzi-lo coercitivamente a Juízo. Ademais, não há compromisso legal de dizer a verdade, e é consagrado o direito ao silêncio, o qual não pode ser interpretado em desfavor da defesa, do que é corolário que o acusado somente responde ao que quiser, podendo optar, livremente, por não responder a qualquer indagação.

Nesse sentido, vale lembrar que, em reforço a tal posicionamento, há o art. 15, parágrafo único, da recente Lei 13.869/19 (“Lei de Abuso de Autoridade”), prevendo como crime a conduta de prosseguir com o inter-

13 Atualmente, no lugar da previsão do antigo art. 186, vige o art. 186, p.ú., com redação dada pela Lei 10.792/2003, prevendo que do silêncio, que não importa em confissão, não podem advir prejuízos à defesa; no lugar do antigo art. 187, vige o art. 188, com redação dada pela mesma Lei, prevendo que o Juiz, após formular suas perguntas, indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido e formulará as perguntas correspondentes, se pertinentes e relevantes.

14 (...) no modelo garantista do processo acusatório, informado pela presunção de inocência, o interrogatório é o principal meio de defesa, tendo a única função de dar vida materialmente ao contraditório e de permitir ao imputado contestar a acusação ou apresentar argumentos para se justificar” (FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 560).

15 Em sentido diverso, reconhecendo, simultaneamente, os dois caracteres na figura do interrogatório, *cf.* HADDAD, *op. cit.*, p. 30-58.

rogatório de pessoa que tenha decidido exercer o direito ao silêncio ou de pessoa que tenha optado por ser assistida por advogado ou defensor público, sem a presença de seu patrono.

É dizer, a realização ou não do interrogatório está, em última análise, nas mãos da defesa (acusado e defesa técnica), dado não se admitir o prosseguimento de interrogatório de pessoa que já se manifestou no sentido de permanecer em silêncio.

Vale lembrar que a própria presença do réu ao ato destinado ao interrogatório não pode ser exigida pela acusação ou pelo Juízo, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal (STF), ao reconhecer a inconstitucionalidade da condução coercitiva para fins de interrogatório¹⁶.

Destarte, descabe ver no interrogatório, ainda que simultaneamente ao caráter de meio de defesa, um viés de meio de prova. Caso contrário, estaríamos diante de uma modalidade de prova que não se submeteria ao contraditório e, pior ainda, que não estaria ao alcance de ambas as partes processuais – uma modalidade de prova que só uma das partes teria o poder de produzir.

Isso não implica, contudo, que o interrogatório não possa, eventualmente, funcionar como fonte de prova em um caso concreto, o que se dá, *v.g.*, com a confissão, que é legalmente classificada como prova, não havendo óbice a que se preste a fundamentar uma condenação. Entretanto, como essa potencialidade se encontra exclusivamente nas mãos da defesa, isso não retira do ato seu caráter de meio de defesa, visto que mesmo uma confissão pode ser, em última análise, uma estratégia defensiva¹⁷.

3. O momento de realização do interrogatório

Intimamente ligada à visão do interrogatório como meio de prova, própria do modelo inquisitório de processo penal, está a sua colocação como primeiro ato da fase instrutória da ação penal.

16 ADPF 444, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 14/06/2018, DJe 22/05/2019. Similarmente, a previsão do art. 457, §2º, do CPP, no sentido de que o julgamento pelo Tribunal do Júri pode ocorrer normalmente sem a presença do réu preso, se ele e seu defensor dispensarem sua condução.

17 (...) assim como é possível permanecer em silêncio e anular o aspecto probatório, também pode acontecer do acusado tecer considerações abertamente desfavoráveis, eliminando-se qualquer manifestação defensiva. O acusado pode abrir mão da garantia do silêncio e negar, justificar ou confessar a infração. De igual modo, pode calar-se totalmente, sem possibilidade de fornecer prova. Falar e calar-se são opções postas à disposição do acusado e a escolha de uma ou outra indica, no caso concreto, a adoção de uma estratégia" (HADDAD, *op. cit.*, p. 37-8).

Sem se afastar da ideologia que lhe subjazia, o CPP de 1941 previa a oitiva do acusado já na abertura do processo, sendo ele citado, após recebimento da denúncia, para comparecer em Juízo e ser interrogado, após o que se oportunizava a apresentação de defesa escrita, arrolando-se testemunhas (arts. 394 e 395)¹⁸.

Desde a promulgação da Constituição de 1988, a doutrina já vinha apontando a incompatibilidade de tal previsão com o modelo de processo penal instituído, de índole acusatória e pautado, dentre outras máximas, pela ampla defesa como garantia fundamental.

Diante desse cenário, após perder a oportunidade de inovar quanto ao momento de realização do interrogatório ao longo da cadeia de atos procedimentais quando da edição da Lei 8.038/90¹⁹ e, igualmente, da Lei 8.666/93²⁰, o legislador o fez em 1995, ao prever, na Lei 9.099/95, que o interrogatório, no procedimento dos Juizados Especiais Criminais, se daria ao cabo da instrução processual, após oitiva da vítima e das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nessa ordem (art. 81).

Contraditoriamente, em 2003, adveio Lei 10.792/03, alterando substancialmente a disciplina do interrogatório no CPP, em alinhamento à diretriz constitucional. O diploma, contudo, conservou o ato no início do procedimento.

Três anos depois, em 2006, editou-se a nova Lei de Drogas (Lei 11.343/06), a qual prevê um procedimento especial para o processamento das ações penais referentes aos crimes que tipifica, dispondo, igualmente, que o interrogatório é o primeiro ato da audiência de instrução, antes da tomada dos testemunhos (art. 57).

Foi apenas em 2008 que a verdadeira reforma foi efetivada, por meio das Leis 11.689/08 e 11.719/08, que alteraram dispositivos do CPP referentes, respetivamente, ao procedimento do Tribunal do Júri e aos procedimentos ordinário e sumário, deslocando o interrogatório para o final da audiência de instrução e julgamento, após a colheita de todas as demais provas, conforme arts. 400, 411 e 531 do CPP, em sua atual redação²¹.

18 Com semelhante redação, ainda em vigor, é a correspondente previsão (art. 302) do Código de Processo Penal Militar (CPPM), colocando o interrogatório logo após o recebimento da denúncia.

19 A qual rege, dentre outros, o procedimento das ações penais de competência originária de tribunais, tendo mantido o interrogatório como primeiro ato da fase instrutória (art. 7º).

20 A qual institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, tipificando, também, crimes relativos a essa matéria e prevendo o procedimento a ser aplicado às respectivas ações penais, com o interrogatório anteriormente à apresentação de defesa escrita e pedido de produção probatória (art. 104).

21 Interessante notar, aqui, a radical alteração no que tange ao momento de realização do interrogatório em Plenário do Tribunal do Júri. Pela redação original do Código (com pontuais reformas operadas pela

Após essa reforma processual, reconhecida a vantagem ao réu representada pela colocação de sua oitiva ao cabo da instrução, iniciaram-se discussões nos tribunais acerca da aplicabilidade dessas novas previsões aos procedimentos regidos por legislação especial, com regras em sentido diverso (Lei 11.343/06, Lei 8.666/93, CPPM etc.).

Sustentou-se a tese de que, tratando-se de norma posterior, seria esta aplicável em detrimento das anteriores, conforme brocardo *lex posterior derogat legi prior*, mormente por se mostrar favorável ao acusado e, portanto, alinhada ao princípio constitucional da ampla defesa.

Os Tribunais Superiores firmaram sua jurisprudência, durante considerável tempo, pela rejeição de tal tese, sendo vários os acórdãos exarados tanto pela Quinta, quanto pela Sexta Turmas, no âmbito do STJ, e por ambas as Turmas do STF²², podendo-se constatar nos julgados a presença recorrente de dois fundamentos estruturantes das decisões: os princípios *lex specialis derogat legi generali* e *pas de nullité sans grief*.

Extraem-se das decisões referências constantes ao art. 394, § 2º, do CPP, com redação dada pela Lei 11.719/08, que estatui que se aplicam as previsões atinentes ao procedimento comum, *salvo disposição em contrário de lei especial*, pelo que se entendeu, nesses julgamentos, que a lei especial deveria prevalecer sobre a geral, conforme expressa previsão da Lei de 2008.

Ademais, algumas das decisões fazem alusão ao art. 563 do CPP, sustentando não ter a parte demonstrado a ocorrência de prejuízo em decorrência da realização do interrogatório no início da instrução, pelo que descaberia a declaração de nulidade.

Lei 263/48), o interrogatório era tomado logo em seguida à exortação aos Jurados, após o que o Juiz Presidente procedia à leitura do relatório do processo, *expondo os fatos, as provas e as conclusões das partes*, seguindo-se oitiva de testemunhas e debates orais (arts. 465 a 472 do CPP, com redação original e alterações da Lei 263/48). A Lei 11.689/08 inverteu absolutamente essa ordem, dispondo que, após a exortação aos Jurados, estes recebem cópias de peças processuais e do relatório feito pelo Juiz Presidente, seguindo-se, nesta ordem, oitiva da vítima (se possível), de testemunhas e, por fim, do acusado (art. 472 a 474 do CPP, com atual redação, dada pela Lei 11.689/08).

22 No âmbito do STJ, veja-se: HC 300.008/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. 03/02/2015, DJe 11/02/2015; HC 245.752/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. 20/02/2014, DJe 06/03/2014; RHC 48.485/PR, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 06/12/2016, DJe 12/12/2016; RHC 40.514/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, j. 08/05/2014, DJe 16/05/2014; dentre outros. No âmbito do STF, veja-se: HC 122229, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. 13/05/2014, DJe 30/05/2014; HC 113625, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. 11/12/2012, DJe 01/02/2013; HC 122673, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, j. 24/06/2014, DJe 01/08/2014; HC 125094 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 10/02/2015, DJ 04/03/2015; dentre outros. Para um completo levantamento jurisprudencial quanto à questão, cf. VILELA, Augusto Tarradt. A posição do interrogatório no rito da Lei de Drogas e sua (in)compatibilidade com o processo penal constitucional: uma crítica à jurisprudência do TJRS, TRF4, STJ e STF. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 124/2016, out/2016, *passim*.

Contudo, a maturação das discussões ensejou uma guinada jurisprudencial, a partir, inicialmente, das ações penais de competência originária de tribunais, sujeitas à Lei 8.038/90.

Já em 2011, ao julgar agravo regimental do Ministério Público contra decisão monocrática do Ministro Ricardo Lewandowski (que, na qualidade de relator da Ação Penal 528, determinara a realização do interrogatório ao fim da instrução, nos termos do art. 400 do CPP, com redação dada pela Lei 11.719/08), o Plenário do STF, à unanimidade, referendou o entendimento do relator, negando provimento ao agravo²³, ao fundamento principal de que a realização do ato ao cabo da instrução é benéfica à defesa, prestigiando os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Após esse julgamento, a Primeira Turma do Tribunal passou a adotar o mesmo entendimento em casos de crimes militares, afastando a aplicação do art. 302 do CPPM em prol do art. 400 do CPP²⁴, mediante argumentação semelhante.

Entretanto, o Tribunal permaneceu firme no entendimento anterior em relação a outras leis especiais (notadamente, a Lei de Drogas, à qual se refere a maioria dos casos julgados), não obstante a *quaestio juris* ser rigorosamente a mesma, independentemente de qual Lei especial se trate²⁵.

A instabilidade da jurisprudência do STF perdurou até março de 2016, quando a matéria foi levada a Plenário por iniciativa do Ministro Dias Toffoli, oportunidade em que, por maioria, se firmou a tese de que

*a norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aplica-se, a partir da publicação da ata do julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial, incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado*²⁶.

O fundamento estruturante do voto do Ministro relator, acompanhado pela maioria, foi, sucintamente, o fato de a nova Lei ser benéfica à defesa (*lex mitior*), pelo que deveria preponderar sobre normas conflitantes, em atenção aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

23 AP 528 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. 24/03/2011, DJe 08/06/2011.

24 Nesse sentido: HC 115530, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 25/06/2013, DJe 14/08/2013; HC 115698, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 25/06/2013, DJe 14/08/2013; HC 121877, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 03/06/2014, DJe 25/06/2014; HC 121907, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, j. 30/09/2014, DJe 28/10/2014.

25 Nesse sentido, destacamos que todos os casos do STF referidos na nota 22, *supra*, foram julgados após tal decisão do Plenário.

26 HC 127900, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 03/03/2016, DJe 03/08/2016.

O STJ, após tal julgamento paradigmático, também alterou sua jurisprudência, passando a alinhá-la com o entendimento firmado pela Suprema Corte²⁷.

Assim, reconhece-se, atualmente, o direito do acusado de ser interrogado quando já coletadas todas as provas, o que decorre da conformação do interrogatório como meio de defesa e, simultaneamente, reforça tal natureza. Afinal, ao se manifestar já tendo conhecimento das provas produzidas, o réu tem favorecida a sua autodefesa, podendo exercê-la de forma estratégica e informada²⁸.

4. A produção de provas por carta precatória

Um problema, porém, permanecia em aberto: os casos de produção de provas (normalmente a oitiva de testemunhas ou da vítima) por carta precatória.

Nos termos do art. 222, *caput* e §§ 1º e 2º, do CPP, as testemunhas²⁹ no processo penal são ouvidas pelo Juízo do local de sua residência. Sendo este diverso do foro onde tramita a ação penal, expede-se carta precatória para a realização do ato, sendo que a expedição da carta não suspende a instrução, competindo ao Juízo deprecante a estipulação de prazo ao cumprimento do ato, após o qual, com ou sem o retorno da carta, pode-se realizar o julgamento.

Assim, admitiu-se, por muito tempo, a realização do interrogatório antes da oitiva a ser realizada pelo Juízo deprecado. A jurisprudência tradicional era firme no sentido de não haver nulidade em tal procedimento, conclusão a que chegava com base em uma interpretação literal do dispositivo legal acima referido, de acordo com o qual a expedição de precatória, *tout court*, não suspende a instrução³⁰.

Nesses casos, portanto, o interrogatório deixaria de ser o ato final da fase instrutória, em prejuízo à autodefesa que, conforme já posto, se benefi-

27 Nesse sentido, veja-se: RHC 60.178/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. 22/11/2016, DJe 02/12/2016; AgRg no RHC 69.110/ES, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, j. 02/02/2017, DJe 09/02/2017.

28 Em pesquisa anterior (da qual extraímos algumas das reflexões novamente apresentadas no presente trabalho), fundamentamos tal conclusão a partir da teoria dos jogos: XXX. O interrogatório no processo penal sob a óptica da teoria dos jogos. A relevância do momento da oitiva do acusado. *Revista de Estudos Criminais*, v. 71, 2018, p. 173-178.

29 O artigo legal diz, apenas, testemunhas, porém nessa previsão inclui-se, igualmente, a vítima, por analogia.

30 Na jurisprudência do STJ: AgRg no HC 615.886/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. 13/10/2020, DJe 19/10/2020; RHC 106.872/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 06/08/2019, DJe 13/08/2019; HC n. 441.533/SP, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. 21/08/2018, DJe 27/8/2018; HC 313.050/BA, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. 08/03/2016, DJe 15/03/2016.

cia pela oitiva do acusado somente quando já produzidas as provas que subsidiarão o convencimento do Juízo.

Como aqui já se expôs, o deslocamento do interrogatório para o final da instrução decorreu de paulatina evolução legal e jurisprudencial calcada na sua nova conformação constitucional, informada pelos princípios da ampla defesa e da não autoincriminação. Não se trata de uma irrelevância, mas da afirmação da natureza do ato como meio de defesa.

Seguindo essa linha, sempre nos incomodou o entendimento de que toda essa construção dogmática poderia ser afastada mediante algo tão simplório quanto a expedição de uma carta precatória para produção de provas.

Ora, se se reconhece que o interrogatório é meio de defesa e que sua realização ao final da instrução favorece a autodefesa (o que justificou, repita-se, toda a evolução legal e jurisprudencial alhures exposta), indaga-se: é legítimo que isso seja posto de lado, em prejuízo ao réu, pelo só fato de, em um determinado caso, haver provas a serem produzidas em outra localidade? O réu de um processo tal tem menos direito à autodefesa?

A jurisprudência, tal como até então firmada, mostrava-se, a nosso juízo, contraditória. Por um lado, reconhecia que a realização do interrogatório antes da produção de outras provas era prejudicial à defesa; por outro, admitia tal situação, em casos de provas a serem produzidas por precatória.

Poder-se-ia sustentar que se trata de uma situação de colisão entre princípios: a ampla defesa, de um lado, e talvez a efetividade ou a duração razoável do processo, de outro³¹. A necessidade de se prosseguir com a ação, em atenção à garantia do inciso LXXVIII do art. 5º da CR/88 e à própria efetividade do processo penal, reclamaria um juízo de ponderação frente à ampla defesa – inciso LV do mesmo dispositivo.

O argumento, contudo, não convence.

Primeiramente, uma breve digressão: não constitui objetivo deste trabalho discutir a própria existência das cartas precatórias ou debater se a figura ainda se justifica na atualidade, em que não é rara a tomada de depoimentos em audiência de instrução por videoconferência: Ministério Público, defesa técnica, réu, testemunha e Juiz, cada qual em um lugar diferente, utilizando seus respectivos aparelhos eletrônicos (computadores, smartphones etc.) logados em plataforma de contato digital³².

31 A jurisprudência tradicional do STJ referia-se ao princípio da *celeridade processual* (HC 388.688/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 04/04/2017, DJe 17/04/2017).

32 Resoluções nº 314/20 e 337/20 do Conselho Nacional de Justiça.

Sem aprofundar na temática, não podemos deixar de apenas pontuar que se a formalidade e a burocracia das precatórias para simples tomada de depoimentos já nos perturbava antes, agora, então, em cenário de pandemia a impor o distanciamento social, a situação se mostra, no dia-a-dia forense, ainda mais esdrúxula: tem-se o trabalho de se expedir uma carta, com todos os custos e as complicações que isso traz, para que o Juízo deprecado intime a testemunha ou vítima a comparecer ao Fórum local, para ser ouvida por pessoas que não estarão lá, mas se conectarão por videoconferência. Ou, pior ainda: intime a testemunha ou vítima a acessar um *link* para uma reunião virtual, não importa onde ela esteja!

O contraste entre o velho, arcaico, formalista e burocrático, de um lado, e o moderno, simples e expedito, de outro, é gritante. Se for para ser ouvida à distância, por que então não ser ouvida pelo próprio Juízo da causa, com a participação do membro do Ministério Público que atua no caso?

Enfim, o desabafo ficou maior que o devido, decorrência de nossa insatisfação com a questão³³. O objetivo de fazê-lo foi apenas demonstrar que a expedição de carta precatória não é algo que se deva a uma suposta complexidade da causa, de modo a justificar algum sacrifício a princípio constitucional. É algo simples (ou, pelo menos, que poderia e deveria sê-lo) que se deve, em verdade, às vicissitudes do sistema de justiça, ao qual cabe encontrar meios mais simples, eficazes, modernos e econômicos de realização dos atos processuais³⁴.

Nesse diapasão, não se justifica o sacrifício do direito fundamental à ampla defesa pelo só fato de haver provas a serem produzidas por carta precatória. Esse arranjo certamente não resiste ao crivo do princípio da proporcionalidade, em juízo de ponderação entre princípios.

33 Nesse sentido, aplaudimos a recente edição da Portaria nº 6.710/CGJ/2021, da Corregedoria-Geral de Justiça de Minas Gerais, prevendo que “os depoimentos pessoais, as oitivas de testemunhas e vítimas residentes fora da comarca e, quando for o caso, os interrogatórios de réus presos na forma do art. 185 do Código de Processo Penal, no âmbito do Estado de Minas Gerais, relativos a processos de quaisquer competências, que tramitam em meio físico ou em meio eletrônico, nas unidades judiciárias da Justiça de Primeira Instância do Estado de Minas Gerais, serão realizados por sistema de videoconferência” e que apenas “excepcionalmente, poderá ser expedida carta precatória para a oitiva da pessoa no juízo de sua residência, desde que devidamente fundamentada a necessidade” (art. 1º). A medida veio em boa hora, lançando mão de recursos tecnológicos modernos à disposição para a realização dos atos e tornando exceção o que, até então, era regra: a necessidade de expedição da antiga carta precatória para simples oitiva de vítima ou testemunha. A Portaria pode (e assim esperamos) até mesmo esvaziar, em alguma medida, a discussão proposta neste trabalho, diante da solução que traz à celeuma. De toda forma, o problema persistirá, seja em relação aos casos em que a expedição de carta se faça necessária, seja em relação aos casos de produção probatória em outra Unidade da Federação, não abrangida pelo referido ato normativo estadual.

34 Tudo quanto aqui dito se refere às hipóteses de cartas precatórias. O presente trabalho não se propõe a discutir a questão de processos penais que envolvam produção probatória por carta rogatória, pois aí sim se vislumbra uma justificável dificuldade de efetivação dos atos, na medida em que a questão sai do controle do Poder Judiciário nacional e passa a depender de autoridade estrangeira, sobre a qual o Juízo brasileiro, em regra, não exerce influência. Assim, nesses casos, o raciocínio a ser construído deve ser diferente. Deixa-se aqui a questão em aberto para futuras reflexões, que fogem ao limitado escopo deste trabalho.

Outro argumento que poderia ser erigido em favor da jurisprudência tradicional é, exatamente, aquele do qual ela, expressamente, se valia: a interpretação literal do art. 222 do CPP. Se a própria lei prevê que a expedição de precatórias não suspende a instrução, não haveria fundamento legal para não se poder realizar o interrogatório na pendência de cumprimento da missiva.

Também essa proposta não nos convence.

A redação do art. 222 do CPP é, ainda, aquela original do *codex*, datada de 1941. Por outro lado, o deslocamento do interrogatório para o final da instrução operou-se por leis reformadoras do estatuto processual do ano de 2008. Assim, considerando a principiologia subjacente às novas previsões, mostra-se sustentável o entendimento de terem os §§ 1º e 2º do art. 222 do CPP perdido sua aplicabilidade, ao menos no que tange ao interrogatório.

Tal proposição alinha-se, inclusive, à fundamentação do voto do Ministro Dias Toffoli no julgamento paradigmático alhures analisado, no sentido de que a *lex mitior* deve ser aplicada em detrimento de outras disposições legais com as quais conflite.

Ademais, essa interpretação é placitada, ainda, pela literalidade do art. 400 do CPP, com redação dada pela Lei 11.719/08, o qual estatui que:

Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

Veja-se que a Lei de 2008 incluiu a ressalva quanto ao disposto no art. 222 do CPP logo após a menção à ordem de inquirição das testemunhas, pondo, apenas ao final, a realização do interrogatório. A exegese que aqui se propõe, portanto, é a de que a menção feita à exceção do art. 222, conforme redação dada pela Lei 11.719/08, não abala a previsão de dever o interrogatório ser, sempre, o último ato da fase instrutória. Ela apenas pode levar à inversão da ordem natural de realização dos atos no que tange à oitiva do ofendido e de testemunhas, de modo a, por exemplo, ouvir-se uma testemunha arrolada pela defesa antes da oitiva de uma testemunha arrolada pela acusação, a ser realizada por carta.

Não fosse essa a *ratio* da Lei de 2008, por certo, a expressão *ressalvado o disposto no art. 222 deste Código* (contida no art. 400 do CPP, acima transcrito) não viria na posição em que veio, mas sim ao final do artigo,

após a menção ao interrogatório. Da forma como redigido o artigo acima transcrito, está claro, a nosso ver, que a ressalva feita ao disposto no art. 222 do CPP apenas se refere à ordem *ofendido – testemunhas arroladas pela acusação – testemunhas arroladas pela defesa*. Após tudo isso, interroga-se, *em seguida*, o acusado.

Reforça tal entendimento, inclusive, a percepção de que o art. 222 do CPP está inserido no Livro I (“Do processo em geral”), Título VII (“Da prova”), Capítulo VII (“Das testemunhas”), e não no Capítulo III (“Do interrogatório do acusado”) ou mesmo no Capítulo I (“Disposições gerais”). É dizer, trata-se de norma atinente à produção da prova testemunhal, em nada relacionada ao interrogatório.

Já adotamos esse posicionamento há tempos, desde o período em que ele não encontrava eco na jurisprudência dominante sobre a matéria³⁵.

Os ventos, porém, mudaram. Em julgamento ocorrido em 09 de dezembro de 2020, a Terceira Seção do STJ, por unanimidade, promoveu verdadeiro *overruling* sobre os diversos julgados do Tribunal sobre a questão, passando a se posicionar na linha do que foi aqui defendido.

No *habeas corpus* 585.942/MT, o Tribunal entendeu que o interrogatório deve ser o ato final da fase instrutória, mesmo nos casos em que há expedição de precatórias para a produção de provas em Juízo diverso³⁶.

O julgamento é paradigmático, por se tratar de alteração de jurisprudência procedida, à unanimidade, pela Terceira Seção (colegiado que reúne os Ministros da Quinta e da Sexta Turmas, órgãos fracionários com competência penal) do STJ, Tribunal constitucionalmente incumbido da uniformização da interpretação da lei federal (art. 105, III, da CR/88). Deve, portanto, ser objeto de atenção por todos que atuam no processo penal (membros do Ministério Público, do Poder Judiciário, da Defensoria Pública e da advocacia).

Alguns pontos da decisão merecem destaque, para que não haja interpretações equivocadas do julgado.

Conforme alertado pelo Relator, Ministro Sebastião Reis Júnior, é importante pontuar, em primeiro lugar, que o julgamento não se referia à oitiva de testemunhas arroladas pela defesa antes de oitiva de testemunhas

35 XXX, *op. cit.*, p. 178-180.

36 HC 585.942/MT, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, j. 09/12/2020, DJe 14/12/2020. No mesmo sentido, já tomando tal julgado como precedente: RHC 137.339/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. 15/12/2020, DJe 17/12/2020.

arroladas pela acusação (ou à oitiva de testemunhas antes do ofendido), nos casos de expedição de carta precatória para a realização de qualquer desses atos. Para essas situações, é inteiramente aplicável o art. 222 do CPP, não havendo qualquer óbice à inversão da ordem dos atos trazida como regra geral pelo art. 400 do CPP, conforme expressa ressalva deste dispositivo, já aqui analisada.

Em segundo lugar, o eminente Relator faz outro importante alerta: o que possibilita o prosseguimento da instrução, com regular condução do interrogatório enquanto último ato da fase instrutória, é a realização do ato pelo Juízo deprecado (é dizer, a produção da prova – em regra, a oitiva da testemunha ou do ofendido), não a devolução da missiva cumprida e sua juntada aos autos da ação penal.

Creemos que esse ponto é de suma importância no trato da matéria. Dele se extrai que eventual morosidade na devolução da carta precatória em nada prejudicará o prosseguimento da instrução, já que, produzida a prova objeto da carta, o Juízo deprecante estará autorizado a proceder ao interrogatório, ainda que a prova alhures produzida ainda não esteja juntada aos autos de origem.

A razão é simples: a produção da prova, no Juízo deprecado, deve sempre se dar, por certo, na presença da acusação e da defesa. Uma vez produzida, presume-se, legitimamente, que ambas já têm conhecimento dela, independentemente da juntada da carta aos autos principais.

Reforça-se, assim, a unidade do Ministério Público, o que, importante reconhecer, pode trazer ao membro que participar do ato no Juízo deprecado o ônus de, em determinado caso, repassar ao membro que oficia nos autos principais um relato do que ocorrido, levando a seu conhecimento informações que podem ser relevantes para o prosseguimento da instrução (como perguntas a serem formuladas em sede de interrogatório, por exemplo, já que este estará automaticamente autorizado)³⁷.

Da mesma forma, tal ônus recairá também sobre a defesa. Assim, ao ser nomeado pelo Juízo deprecado apenas para aquele ato, o membro da Defensoria Pública ou da advocacia deve estar ciente, agora, de que seu múnus não se esgota na simples participação naquela audiência, senão engloba o dever de, sendo o caso, comunicar o que ocorrido, por conta própria, ao defensor nos autos principais, sob pena de exercício infiel do encargo recebido.

37 Diante da reconhecida dificuldade prática de assim se proceder em todos os casos, parece mais razoável que caiba ao membro do Ministério Público oficiante no feito principal o dever de, em sendo o caso, solicitar tais informações junto ao colega oficiante perante o Juízo deprecado, e não o contrário.

Prosseguindo, tem-se que, em terceiro lugar, o Tribunal assentou que eventual nulidade decorrente da realização do interrogatório na pendência da produção de provas por precatória deve ser arguida de imediato, quando da realização do ato, sob pena de preclusão.

Quanto a esse ponto, a decisão não se aprofunda na discussão acerca da necessidade de demonstração de prejuízo para acolhimento de tal alegação de nulidade.

O voto do eminente Relator, acompanhado por todos os demais integrantes do colegiado, parece caminhar no sentido de que a nulidade reclamaria demonstração de prejuízo. Afinal, se se atribuiu a sanção processual da preclusão à não arguição da questão em momento oportuno, pode-se razoavelmente concluir que tal nulidade foi vista como de natureza relativa, em relação à qual, tradicionalmente, se exige demonstração de efetivo prejuízo³⁸.

Por sua vez, o eminente Ministro Rogério Schietti Cruz, em voto de declaração, consignou seu entendimento pela prescindibilidade da demonstração de prejuízo, trazendo julgado da Sexta Turma, de sua relatoria, nesse sentido³⁹.

A nosso juízo, é certo que eventual declaração de nulidade do feito por realização do interrogatório antes da colheita de provas via precatória requer demonstração do prejuízo, nos exatos termos do art. 563 do CPP⁴⁰. Entendimento contrário, com o devido respeito, implicaria injustificável formalismo.

Ora, imagine um caso em que, após o interrogatório, é ouvida, via precatória, uma testemunha arrolada pela acusação que se manifesta exatamente como já feito pelas demais testemunhas (ouvidas antes do interrogatório), sem absolutamente nada de diferente trazer. Declarar-se a nulidade do ato em um caso tal, com retrocesso da marcha processual, parece despropositado.

Defendemos, portanto, que a declaração de nulidade decorrente da condução do interrogatório antes da realização da prova via precatória submete-

38 Em verdade, a jurisprudência do STJ tem se firmado no sentido de que “o reconhecimento de nulidades no curso do processo penal, ainda que absolutas, reclama uma efetiva demonstração do prejuízo à parte, sem a qual prevalecerá o princípio da instrumentalidade das formas positivado pelo art. 563 do CPP - pas de nullité sans grief (...)” (HC 504.461/RS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 8/08/2020, DJe 24/08/2020).

39 REsp 1808389/AM, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, j. 20/10/2020, DJe 23/11/2020.

40 Em relação a esse dispositivo, registre-se que o mesmo Ministro Rogério Schietti Cruz já assentou, na mesma linha do julgado referido na nota n. 38, *supra*, que “esta Corte Superior tem entendimento de que, em homenagem ao art. 563 do CPP, não se declara a nulidade do ato processual - seja ela relativa, seja absoluta - se a arguição do vício: a) não foi suscitada em prazo oportuno e b) em consonância com o princípio pas de nullité sans grief, não vier acompanhada da prova do efetivo prejuízo para a parte (...)” (HC 460.697/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, j. 12/02/2019, DJe 08/03/2019).

-se, sim, à regra do art. 563 do CPP⁴¹. Incumbe à parte que alegar o vício demonstrar como o réu foi prejudicado pela forma como se deram os atos, indicando concretamente, por exemplo, em que ponto o interrogatório poderia ter sido diferente, se realizado após a colheita daquela prova.

5. Conclusão

Diante dos comandos da CR/88, com suas previsões do direito ao silêncio e da ampla defesa enquanto direitos fundamentais, concluímos que o interrogatório, no Estado brasileiro, tem contornos de meio de defesa. O legislador ordinário observou esse estatuto, procedendo a reformas processuais que adequaram a figura legal à tônica constitucional, o que culminou no posicionamento do interrogatório como último ato da fase instrutória, por meio das Leis 11.689/08 e 11.719/08.

Após a evolução legal, foi a vez de a jurisprudência também revisitar a questão. Após idas e vindas, firmou-se, no âmbito dos Tribunais Superiores, o entendimento de que a inovação introduzida pelas referidas Leis aos procedimentos do Tribunal do Júri, ordinário e sumário, deveria ser aplicada também a outros procedimentos, regidos por leis especiais. Reforçou-se, assim, o caráter do interrogatório enquanto meio de defesa, assegurando-se a qualquer réu em processo penal o direito de ser ouvido pelo Juiz da causa após a produção de todas as demais provas que influirão na decisão final.

Mesmo assim, permanecia esquecida, ainda regida pelo raciocínio já superado quanto a todos os outros aspectos do interrogatório, a questão referente aos processos em que há produção probatória perante Juízo distinto, a ser efetivada por meio da expedição de carta precatória.

Após recente decisão do STJ, entretanto, a matéria foi equalizada: com ou sem precatória, o interrogatório deve ser o último ato da fase instrutória da ação penal.

Concluímos pelo acerto da decisão, a qual vem em arremate a toda a construção dogmática do interrogatório enquanto meio de defesa. E, se é defesa, não pode ser legitimamente prejudicada por circunstância própria da estrutura do sistema de justiça. Adotados os procedimentos corretos, a simples expedição de precatórias não impede a conservação do interrogatório como encerramento da instrução, parecendo-nos que o sacrifício do direito à ampla defesa em casos tais, em prol, supostamente, da efetividade ou da duração razoável do processo, não resiste ao crivo do princípio da proporcionalidade.

41 O que, necessário pontuar, certamente torna improvável o reconhecimento do vício em casos de interrogatório realizado antes da oitiva de testemunhas arroladas pela defesa, não por qualquer incompatibilidade teórica, mas pela experiência prática, considerando o teor que comumente têm tais depoimentos.

6. Referências

- COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: RT, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer Sica *et al.* 3. ed. rev. São Paulo: RT, 2010.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011.
- XXX. O interrogatório no processo penal sob a óptica da teoria dos jogos. A relevância do momento da oitiva do acusado. *Revista de Estudos Criminais*, v. 71, p. 159-183, 2018.
- HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *O interrogatório no processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- _____. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*. Campinas: Bookseller, 2005.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Vol 2. 1. ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Forense, 1961.
- MORAES, Maurício Zanoide de. Interrogatório: uma leitura constitucional. In. *ESCRITOS em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: RT, 2003. p. 334-43.
- PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.
- PEREIRA, Gisele Mendes. *O direito ao silêncio no processo penal brasileiro*. Caxias do Sul: Educs, 2012.
- TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. Vol. 1. 8. ed. de acordo com a CF/88. São Paulo: Saraiva, 1991.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. 3. 34. ed. rev. e de acordo com a Lei n 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012.
- VILELA, Augusto Tarradt. A posição do interrogatório no rito da Lei de Drogas e sua (in)compatibilidade com o processo penal constitucional: uma crítica à jurisprudência do TJRS, TRF4, STJ e STF. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 124/2016, p. 105-41, out/2016.

LUCAS PARDINI GONÇALVES

Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela mesma Instituição, com indicação ao Prêmio Barão do Rio Branco. Especialista em Direito Público pelo Instituto para o Desenvolvimento Democrático - Centro de Direitos Humanos de Coimbra. Ex-Assessor Judiciário do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Autor de livro e artigos publicados, com foco nas áreas de Direito Penal e Processo Penal.



SENCIÊNCIA ANIMAL E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DOS ANIMAIS

ANIMAL SENTIENCE AND THE PUBLIC PROSECUTOR'S PERFORMANCE IN ANIMAL DEFENSE

LUCIANA IMACULADA DE PAULA

Promotora de Justiça

CLARICE GOMES MAROTTA

Analista em Direito

ANNA BEATRIZ ABREU OTONI

Bacharel em Direito

Resumo: O recrudescimento da pena imposta ao crime de maus-tratos a cães e gatos decorrente da promulgação da Lei nº 14.064/2020 evidencia a crescente valorização da ótica senciocêntrica no ordenamento jurídico brasileiro. Esse movimento evidencia a necessidade de redirecionar a abordagem jurídica, a fim de salvaguardar os interesses fundamentais dos seres sencientes. Em consequência, a atuação do Ministério Público nesta área deve acompanhar a evolução do tratamento jurídico, em atenção à constante construção jurisprudencial e às recentes inovações nas três esferas legislativas, a fim de cumprir adequadamente sua missão constitucional de defesa dos animais, enquanto valor fundamental da sociedade contemporânea. O presente artigo visa a apresentar possibilidades de atuação no âmbito criminal para assegurar a proteção e o bem-estar dos animais vítimas de maus-tratos, à luz dos ensinamentos do Direito Animal.

Palavras-chave: Lei nº 14.064/2020. Maus-tratos. Ministério Público. Defesa dos animais. Senciência animal. Direito Animal.

Abstract: The mistreatments punishment's increase caused by the enactment of the law nº. 14.064/2020 highlights the growing appreciation of the senciocentric perspective in Brazilian's legal system. This movement highlights the need to redirect the legal approach in order to safeguard the fundamental interests of sentient beings. As a result, the role of the Public Prosecutor's Office in this area must keep up with the legal treatment's evolution, in regard of the constant construction of jurisprudence and the recent innovations from the three legislative spheres, in order to properly execute its constitutional mission to defend animals, as a fundamental value of today's society. This article, therefore, aims to present strategies for criminal action that can be applied to ensure the protection and well-being of abused animals, from the perspective of Animal Law.

Keywords: Law nº 14.064/2020. Mistreatment. Public Prosecutor's Office. Animal Defense. Animal sentience. Animal Law.

Sumário: 1. Introdução; 2. Reconhecimento da senciência, *status* constitucional e tutela jurídica penal; 3. Aspectos relevantes para configuração do crime de maus-tratos; 4. Aspectos práticos decorrentes da constatação do crime; 4.1. Destinação dos animais; 4.2. Acordo de não persecução penal – ANPP; 4.3. Perda da guarda; 5. Conclusão; 6. Referências.

1. Introdução

A relação entre os seres humanos e os animais ao longo da história não é pacífica. Pelo contrário, é marcada por dominação e cerceamento de interesses básicos dos animais, tais como liberdade, integridade física, autonomia e vida. A exploração se deu por meio de instrumentos como domesticação, caça e utilização dos animais para satisfazer as mais diversas finalidades humanas.

Esse abismo de tratamento tem sido gradativamente desconstruído a partir de avanços filosóficos, técnicos e científicos que demonstram que, assim como os seres humanos, os animais não humanos são seres sencientes, capazes de experimentar sensações e sentimentos positivos e negativos, de forma consciente, conforme reconhecido no documento científico conhecido como Declaração de Cambridge (2012).

Não há dúvida de que o vínculo entre seres humanos e seus animais de companhia tem se tornado cada vez mais estreito, moldando o conceito de família multiespécie, amparada no afeto. De fato, os animais encontram-se presentes em grande parte dos lares brasileiros.

Conforme dados apresentados pelo Instituto Brasileiro de Geografia Estatística (2013), existem cerca de 132,4 milhões de animais de estimação no Brasil. Segundo a Associação Brasileira da Indústria de Produtos para Animais de Estimação, o país ocupa a quarta posição no ranking da maior população de animais do mundo, perdendo apenas para a China, os Estados Unidos e o Reino Unido (Abinpet, 2014).

Estudo realizado pela Organização Mundial de Saúde demonstra que o Brasil possui aproximadamente 30 milhões de animais abandonados, entre 10 milhões de gatos e 20 milhões de cães. Já em cidades de grande porte, estima-se que a cada cinco habitantes haja um cachorro, sendo que 10% dos animais estão abandonados. No interior e em cidades menores, a proporção de cachorros chega a 1/4 da população humana.

Os números também indicam que a situação dos animais no país é precária. De acordo com dados coletados pelo Instituto Pet Brasil (2019), dos 54,2 milhões de cães e 23,9 milhões de gatos existentes no território

nacional, 3,9 milhões (2,7 milhões de cães e 1,2 milhões de gatos) estão em condição de vulnerabilidade, o que, segundo a definição do próprio IPB, significa tratar-se de animais “que vivem sob tutela das famílias classificadas abaixo da linha de pobreza, ou que vivem nas ruas, mas recebem cuidados de pessoas”.

O mencionado conceito não engloba os animais abandonados, ou seja, aqueles que vivem por um determinado tempo sem um tutor definido, sendo a maioria amparada por entidades da sociedade civil ou protetores que assumem a responsabilidade de mantê-los e promover a adoção voluntária.

Apesar do elevado número de animais vivendo em condições de vulnerabilidade e abandono, a enorme repercussão midiática e social de casos de maus-tratos a animais demonstra que a sociedade tem se posicionado cada vez mais no sentido de repelir atos que gerem sofrimento aos animais – ao menos daqueles tidos como animais de companhia –, o que culminou na promulgação da Lei Federal nº 14.064/2020.

Por meio da mencionada lei, sancionada em 30 de setembro de 2020, o tipo penal de maus-tratos contra animais foi alterado, passando a prever forma qualificada do delito, quando praticado contra cães e gatos (artigo 32, § 1º-A, da Lei n. 9.605/1998), hipótese em que o crime passa a ser punido com pena de reclusão, de dois a cinco anos, multa e proibição da guarda.

A alteração legislativa consolida o Projeto de Lei nº 1.095/2019, proposto pelo Deputado Federal Fred Costa em fevereiro de 2019, e foi rapidamente aprovada no Congresso Nacional, justamente em função da repercussão midiática dada a crimes brutais praticados contra cães e gatos.

A própria exposição de motivos do texto legal menciona o extermínio de um animal cometido por funcionário de uma grande rede de supermercados no município de Osasco, em São Paulo (Caso Manchinha). O cão veio a óbito em 28 de novembro de 2018, após ser envenenado e espancado pelo segurança do estabelecimento, não resistindo aos ferimentos. A aprovação do projeto também guarda relação com caso em que houve pronta atuação do MPMG. Trata-se da história de Sansão, cão da raça pitbull, que teve as duas pernas traseiras brutalmente decepadas após adentrar o imóvel do vizinho de seu tutor. Em virtude da repercussão dos fatos, a norma ficou popularmente conhecida como “Lei Sansão”, em homenagem ao animal.

A comoção causada pela gravidade das lesões impingidas ao animal encetou não somente a atuação do Ministério Público, mas também dos poderes legislativo e executivo federais, culminando na promulgação da

Lei Federal nº 14.064/2020, que acrescentou à Lei de Crimes Ambientais o seguinte dispositivo:

Art. 32. (...)

§ 1º-A Quando se tratar de cão ou gato, a pena para as condutas descritas no caput deste artigo será de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda.

Ao elevar o mínimo e o máximo de pena previstos abstratamente para o crime, a mencionada alteração afasta o caráter de menor potencial ofensivo do tipo penal de maus-tratos quando praticado contra cães ou gatos, o que enseja o deslocamento da competência para análise e julgamento do crime do Juizado Especial Criminal para a Justiça Comum.

Ao fazê-lo, observa KURKOWSKI (2020) que:

é notória a intenção do legislador de, no caso de maus tratos contra cães e gatos, afastar medidas despenalizadoras e de conferir um tratamento mais severo ao sujeito ativo. Além de admitir a prisão preventiva (art. 313, I, do CPP), a Lei torna defesos a transação e a suspensão condicional do processo bem como o arbitramento da fiança pela autoridade policial (art. 322 do CPP).

Além disso, prevê a proibição da guarda como forma de punição, ao lado da prisão e multa.

Sendo certo que as inovações trazidas pela lei ultrapassarão a seara processual penal, atingindo, também, o cotidiano dos órgãos públicos responsáveis pela defesa dos animais domésticos e promoção do bem-estar animal, objetiva-se, com o presente artigo, apresentar aos promotores de Justiça, cuja atribuição engloba a proteção aos animais, possibilidades de atuação no âmbito criminal que assegurem a proteção e o bem-estar dos animais vítimas de maus-tratos.

Aborda-se de forma breve o reconhecimento da senciência dos animais, o status constitucional da matéria e sua disciplina penal. Em seguida, analisam-se os aspectos relevantes para a configuração do crime de maus-tratos. Por fim, são tratados aspectos práticos decorrentes da constatação do crime, tais como a destinação dos animais, a necessária comunicação ao órgão administrativo competente, o acordo de não persecução penal e a pena de perda da guarda.

Para atingir o objetivo, adotou-se o método teórico-documental e o raciocínio dedutivo, com utilização de fontes bibliográficas.

2. Reconhecimento da senciência, status constitucional e tutela jurídica penal

O tratamento jurídico dos animais passa por constante evolução, tendo absorvido os avanços ocorridos na ética e na ciência. A interpretação constitucional construtiva tem conduzido ao entendimento de que a Constituição da República reconheceu o princípio da dignidade animal, adotando-se o critério da senciência. Essa consideração jurídica que alberga o valor de respeito para com os seres sencientes leva à conclusão de que os animais possuem interesses fundamentais que devem ser tutelados pelos operadores do Direito.

O princípio da dignidade dos animais é implícito, com sede no art. 225, §1º, inciso VII, da CR/1988, que dispõe que:

Art. 225. *Todos* têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

VII. *proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade.* (grifos acrescidos).

Como exposto, o critério escolhido na CR/88, em seu art. 225, §1º, inciso VII, é o da senciência, especialmente pela adoção do termo “crueldade”, que subentende a capacidade da vítima de sentir dor, como é o caso dos animais, de acordo com as conclusões consolidadas na Declaração de Cambridge.

Não se ignora que os animais são tratados pelo Código Civil como coisas ou bens móveis, como se pode observar no art. 82 e em dispositivos esparsos no texto.

Encontra-se em discussão no Congresso o Projeto de Lei n. 3.670/2015, de autoria do Senador Antônio Anastasia, que pretende alterar o *status* dos animais de coisas para bens móveis. Além dele, outros projetos pretendem alterar a natureza jurídica dos animais prevista na lei civilista, de forma a harmonizá-la com a CR/88.

A contradição interna no ordenamento jurídico brasileiro não passou despercebida ao Superior Tribunal de Justiça. O Min. Og Fernandes, no REsp nº 1797175, julgado em 20 de março de 2019, sustentou a inviabilidade da objetificação dos animais presente no Código Civil diante da previsão constitucional.

De fato, os Tribunais Brasileiros têm se esforçado para implementar a mudança de paradigma consolidada na CR/88. Nesse sentido, destaca-se o julgamento da ADIn nº 4.983/CE, que trata da vaquejada, cujo acórdão é de 06 de outubro de 2016. Constitui verdadeira aula de direito animal, fazendo prevalecer a vedação ao sofrimento dos seres sencientes em detrimento de atividade humana de natureza cultural.

Com efeito, o Min. Luís Roberto Barroso, em seu voto proferido na referida ADIn, ao justificar a autonomia da norma, de caráter biocêntrico, que veda a crueldade contra os animais, fez algumas considerações dignas de nota:

Primeiramente, essa cláusula de vedação de práticas que submetam animais a crueldade foi inserida na Constituição brasileira a partir da discussão, ocorrida na assembleia constituinte, sobre práticas cruéis contra animais, especialmente na “farra do boi”, e não como mais uma medida voltada para a garantia de um meio-ambiente ecologicamente equilibrado. Em segundo lugar, caso o propósito do constituinte fosse ecológico, não seria preciso incluir a vedação de práticas de crueldade contra animais na redação do art. 225, § 1º, VII, já que, no mesmo dispositivo, há o dever de “proteger a fauna”. Por fim, também não foi por um propósito preservacionista que o constituinte inseriu tal cláusula, pois também não teria sentido incluí-la já havendo, no mesmo dispositivo, a cláusula que proíbe práticas que “provocuem a extinção das espécies”.

Portanto, *a vedação da crueldade contra animais na Constituição Federal deve ser considerada uma norma autônoma*, de modo que sua proteção não se dê unicamente em razão de uma função ecológica ou preservacionista, e a fim de que os animais não sejam reduzidos à mera condição de elementos do meio ambiente. Só assim reconheceremos a essa vedação o valor eminentemente moral que o constituinte lhe conferiu ao propô-la em benefício dos animais sencientes. *Esse valor moral está na declaração de que o sofrimento animal importa por si só, independentemente do equilíbrio do meio ambiente, da sua função ecológica ou de sua importância para a preservação de sua espécie.* (destaques acrescidos).

O destaque à citada manifestação se justifica, uma vez que o reconhecimento da vedação à crueldade como norma autônoma, independente, portanto, de funções ecológicas e ecossistêmicas voltadas ao interesse humano, é que vai permitir a generalização do princípio da dignidade dos animais.

Isso porque a Constituição, como norma fundamental da República, vai proteger aqueles bens jurídicos considerados valiosos. E se foi dada proteção aos animais, por si mesmos, é porque se reconheceu a eles a qualidade de merecedores de respeito, apta a configurar a dignidade.

Ainda, a união do princípio da dignidade da pessoa humana (fundamento da República Federativa do Brasil, de acordo com o art. 1º, inciso III, da

Constituição da República de 1988 – CR/1988) com o princípio da não discriminação (como visto, objetivo da República Federativa do Brasil, de acordo com o art. 3º, inciso IV, da CR/1988, além de direito fundamental, conforme art. 5º, caput, da CR/1988), leva à conclusão de que não há justificativa para que apenas os seres humanos tenham a sua dignidade alçada a princípio constitucional, se o que se pretende é a construção de uma sociedade solidária e fraterna.

Se os animais sentem e sofrem como os seres humanos, não teria sentido, dentro de uma perspectiva de justiça e solidariedade, sustentar que não merecem respeito, que é justamente o valor que caracteriza a dignidade.

Essa compreensão não escapou ao Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu, por meio do já citado voto do Relator, Min. Og Fernandes, a condição de sujeito de direito ao animal.

Outro julgado interessante do Superior Tribunal de Justiça acolheu o conceito de família multiespécie ao prever direito de visitas a animal após a dissolução de união estável. Trata-se do REsp nº 1.713.167/SP, datado de 19 de junho de 2018.

É fácil perceber, portanto, um contínuo movimento, anterior à Constituição da República, por conta especialmente do Decreto n.º 24.645/34, mas fortalecido a partir de sua promulgação, em direção à consolidação do entendimento de que os animais, por serem sencientes, merecem consideração jurídica e respeito a seus interesses fundamentais.

Tal consideração já se encontra inclusive expressa na Lei Estadual n.º 22.231, de 20/07/2016, que reconhece que os animais são seres sencientes, sujeitos de direito despersonalizados, fazendo jus a tutela jurisdicional em caso de violação de seus direitos (art. 1º, parágrafo único).

A mudança de paradigma em relação aos animais operada a partir da CR/88 determina que todos os ramos do Direito sejam revisitados sob essa nova ótica, já que a Constituição é o parâmetro sob o qual deve ser analisado todo o ordenamento jurídico. Não poderia ser diferente com o Direito Penal, que extrai suas garantias e limites do texto constitucional.

A regra que veda a crueldade contra os animais, da qual se pode abstrair o princípio da dignidade animal, foi regulamentada pela Lei de Crimes Ambientais, Lei n.º 9.605/98, que, em seu art. 32, considera típica a conduta de causar maus-tratos aos animais.

Recentemente, e no sentido de tutelar os especiais laços de afeto mantidos entre seres humanos e cães e gatos (em consonância com o reco-

nhcimento do instituto da família multiespécie), a Lei nº 14.064/2020, ao alterar a Lei de Crimes Ambientais, busca punir mais severamente aquele que pratica maus-tratos contra estes animais.

Ao se olhar para o animal como ser senciente e dotado de dignidade, percebe-se que não se trata mais de objeto do crime, mas de sujeito passivo, que sofre a ação que lhe causa sofrimento. É vítima do delito e sua vida e integridade são os bens jurídicos tutelados. É a conclusão alcançada por GONÇALVES (2020-b):

Na seara criminal, o efeito primário da alteração da natureza jurídica do animal refere-se ao bem jurídico tutelado no crime de maus-tratos (art. 32 da Lei nº 9.605/98), impondo-se o reconhecimento da centralização da tutela penal na vida e no bem-estar dos animais, com a superação das concepções de bem jurídico de viés antropocêntrico, designadamente a que considera o meio ambiente como objeto jurídico da norma e aquela que incorpora a tese do transbordamento moral para considerar que o fim último da figura delitiva é a prevenção da violência entre seres humanos.

Concebe-se então que, no crime de maus-tratos a animais, o bem jurídico protegido é a vida e a integridade psicofísica do animal, enquanto ser vivo senciente, de forma que os animais são protegidos per se, independentemente de qualquer benefício para a fauna e o interesse ecológico em sentido amplo. Ou seja, os animais são protegidos pelo Direito Penal não em função do ser humano, mas em função de si mesmos (destaques acrescidos).

Nesse sentido, a retirada do animal da tutela do infrator é condição *sine qua non* para frear a continuidade da ofensa aos interesses do animal (sendo também o que determina o art. 25 da Lei de Crimes Ambientais).

Além da imperatividade de se retirar o animal da esfera de influência do infrator, o reconhecimento da dignidade animal e da posição jurídica de sujeito passivo do animal agredido indica a aplicação do instituto do concurso material de crimes (Art. 69 do CP) nos casos em que mais de um ser senciente é vitimado. O exemplo paradigmático desse entendimento foi a condenação de Dalva Lina¹, conhecida como *serial killer* dos animais, condenada pelo TJSP a uma pena privativa de liberdade total de 16 (dezesseis) anos por crimes de maus-tratos praticados contra dezenas de animais. Houve, portanto, o reconhecimento de que foram atingidos bens jurídicos de diferentes vítimas, mediante mais de uma ação e com desígnios autônomos.

1 TJSP, Apelação nº 0017247-24.2012.8.26.0050, Rel. Des. Rachid Vaz de Almeida, j. 09.11.2017

Em relação ao “caso Sansão”, pode-se afirmar que o concurso material de crimes foi acolhido por meio da decisão de 30 de setembro de 2020, proferida no âmbito do Juizado Especial Criminal da comarca de Pedro Leopoldo, que recebeu a denúncia, reconheceu a condição de sujeito de direito e a dignidade do cão Sansão e determinou a remessa dos autos à Justiça Comum. A fundamentação é digna de transcrição:

Desta forma, sendo o cão Sansão claramente um sujeito de direito, digno, com total acesso à Justiça e aos direitos fundamentais, entendo como justa a remessa dos autos à Justiça Comum, não por me desobrigar de julgar tamanha atrocidade, mas seguindo firmemente os mais modernos entendimentos, tenho plena convicção que a Justiça Comum chegará a decisão mais adequada e digna, para um ser que merece nada menos que sua irrestrita dignidade².

Percebe-se que a Constituição da República fez um chamado e os operadores do Direito, dentre os quais se destacam nesse estudo especialmente os promotores de Justiça, devem atender à relevante missão de reinterpretar o ordenamento jurídico à luz da compreensão da dignidade animal e atuar, em sua tarefa de defesa dos animais, de forma a garantir que os interesses fundamentais dos seres sencientes sejam respeitados. Para tanto, exige-se, nos casos de maus-tratos, a retirada dos animais da tutela do investigado, a destinação adequada e a garantia de seu bem-estar.

3. Aspectos relevantes para configuração do crime de maus-tratos

A tipificação do delito de maus-tratos possui raiz constitucional, no art. 225, §1º, inciso VII, que traz não apenas o princípio implícito da dignidade animal, mas também a regra proibitiva dos maus-tratos contra animais.

No plano infraconstitucional, a Lei de Crimes Ambientais regulamentou a regra constitucional, prevendo no art. 32 a punição para aquele que abusa, pratica maus-tratos, fere ou mutila animais.

No tipo básico, punem-se os maus-tratos praticados contra todos os animais (silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos), sem exceção. Já o tipo qualificado, previsto no art. 32, §1º-A, abarca exclusivamente domésticos e, mais especificamente, apenas cães e gatos.

Em função da necessária interseccionalidade entre Direito e Ciência Animal para fins de caracterização do crime de maus-tratos, faz-se neces-

2 Juizado Especial de Pedro Leopoldo. Autos nº 0210.20.000769-3.

sário esclarecer os conceitos de crueldade (utilizado pela CR/88), abuso e maus-tratos (utilizados no art. 32 da LCA)³, para que se possa ter a dimensão de quais condutas efetivamente configuram o crime.

Samylla Mól, analisando o conceito de crueldade, ressalta que o sofrimento do animal vai além do físico, podendo ser também psicológico, quando privado de suas necessidades naturais da espécie.

Crueldade é, pois, o resultado de toda atitude humana que possa resultar em sofrimento para o animal. Para se entender a dimensão do que é cruel, é necessário compreender os limites e necessidades dos animais, bem como suas características naturais. Privar um ser vivo de viver conforme a sua natureza é causar-lhe sofrimento, ainda que de cunho apenas psicológico.

Segundo a jurista Helita Barreira Custódio, configuram crueldade as ações humanas, comissivas ou omissivas, que ocasionam sofrimentos aos animais:

Em princípio, considera-se crueldade contra animais vivos em geral toda ação ou omissão, dolosa ou culposa (ato ilícito), em locais públicos ou privados mediante matança cruel pela caça abusiva (profissional, amadorista, esportiva, recreativa ou turística), por desmatamentos ou incêndios criminosos, por poluição ambiental, mediante dolorosas experiências diversas (didáticas, científicas, laboratoriais, genéticas, mecânicas, tecnológicas, dentre outras), *amargurantes práticas diversas (econômicas, sociais, populares, esportivas, como tiro ao voo, tiro ao alvo, de trabalhos excessivos ou forçados além dos limites normais, de prisões, cativeiros ou transportes em condições desumanas, de abandono em condições, mutiladas, sedentas, famintas, cegas ou extenuantes, de espetáculos violentos como lutas entre animais até exaustão ou morte, touradas, farra do boi ou similares)*, abates atroz, castigos violentos e tiranos, adestramentos por meios e instrumentos torturantes para fins domésticos, agrícolas ou para exposições, ou quaisquer outras condutas impiedosas resultantes em maus tratos contra animais vivos. (destaques acrescidos).

Trazendo a definição de crueldade, Alvim (2010) a define como sendo a realização severa de algo pungente, doloroso e lancinante. O autor ainda completa:

Para os efeitos esperados pelo texto de lei, a leitura necessária é que o abuso nada mais é que um uso incorreto e indevido, um mau uso, que se expressa em excesso, descomedimento, ou então em contrariedade às boas normas, em síntese, gerando violações. no caso dos maus

3 Não serão abordados os termos ferir e mutilar, por serem facilmente compreensíveis e estarem inseridos no conceito de maus-tratos.

tratos, como a lei utiliza um termo já usado pelo ordenamento jurídico (no Código Penal), de certa maneira, permite a analogia conceitual, que no Decreto-lei 3.914/41 significa exposição ao perigo a vida ou a saúde da pessoa que se acha sob sua autoridade, guarda ou vigilância, seja privando de alimentação ou cuidados indispensáveis, seja impondo-lhe trabalho excessivo ou impróprio, seja abusando dos meios corretivos disciplinares. Significa, em resumo, expor ao sofrimento, por ultraje ou violência, independentemente de lesão visível ou morte. O ato de ferir refere-se à produção de ferida, ou seja, fratura ou contusão. Por fim, a mutilação é uma privação de membro ou parte do corpo. Além disso, o sofrimento gerado por todas essas condutas pode ser de natureza física ou psicológica para estar abarcado pela regra.

Miguel Reale Júnior (*apud* Antunes, 2002) indica a aplicabilidade do que já se entende como maus-tratos aos seres humanos para os maus-tratos aos animais.

(...) maus-tratos é o nome jurídico da conduta constante do artigo 136 do Código Penal, que tipifica como crime expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda, vigilância, privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, ou abusando de meios de correção.

Segundo o Novo Dicionário Aurélio (2021), abusar significa “usar mal ou inconvenientemente de qualquer situação de superioridade de que desfruta”, “ir além das medidas ou limites; exceder-se, exorbitar”.

Com o intuito de dirimir as divergências doutrinárias sobre o tema, e considerando a importância da proteção aos animais, as condutas que caracterizam o tipo penal previsto no art. 32 da Lei nº 9.605/98 foram elencadas, primeiramente, pelo Decreto 24.645, de 10 de julho de 1934 e, mais recentemente, tanto pelo Estado de Minas Gerais quanto pelo Conselho Federal de Medicina Veterinária (CFMV).

A Lei Estadual nº 22.231/2016, em seu art. 1º, afirma que “são considerados maus-tratos contra animais quaisquer ações ou omissões que atentem contra a saúde ou a integridade física ou mental de animal” e apresenta rol exemplificativo:

- I - privar o animal das suas necessidades básicas;
- II - lesar ou agredir o animal, causando-lhe sofrimento, dano físico ou morte, salvo nas situações admitidas pela legislação vigente;
- III - abandonar o animal;
- IV - obrigar o animal a realizar trabalho excessivo ou superior às suas forças ou submetê-lo a condições ou tratamentos que resultem em sofrimento;

V - criar, manter ou expor animal em recinto desprovido de segurança, limpeza e desinfecção;

VI - utilizar animal em confronto ou luta, entre animais da mesma espécie ou de espécies diferentes;

VII - provocar envenenamento em animal que resulte ou não em morte;

VIII - deixar de propiciar morte rápida e indolor a animal cuja eutanásia seja necessária e recomendada por médico veterinário;

IX - abusar sexualmente de animal;

X - promover distúrbio psicológico e comportamental em animal;

XI - outras ações ou omissões atestadas por médico veterinário.

Também a Resolução nº 1.236/2018 do Conselho Federal de Medicina Veterinária - CFMV apresenta rol exemplificativo de práticas que se sub-somem à conduta e, em seguida, estipula os critérios que deverão ser avaliados pelos profissionais para constatação da infração em situações não previstas no artigo anterior, veja-se:

Art. 6º Em casos não previstos no *caput* do artigo 5º, os médicos veterinários procederão ao diagnóstico de crueldade, abuso e maus-tratos mediante exame de corpo de delito consubstanciado em laudo pericial ou parecer técnico, podendo incluir exames necroscópicos ou, em caso de animais vivos, *a avaliação da saúde física e comportamental e do grau de bem-estar dos animais, considerando os conjuntos de indicadores nutricionais, ambientais, de saúde e comportamentais, validados em protocolos reconhecidos internacionalmente.* (destaques acrescidos).

Da leitura do dispositivo mencionado, depreende-se que para aferir a existência ou não de sofrimento em situações diversas daquelas legalmente previstas é preciso verificar as características de cada espécie e o grau de bem-estar que lhes é propiciado em dada situação.

A referida Resolução nº 1.236/2018 do CFMV ainda forneceu conceitos de maus-tratos, abuso e crueldade contra animais vertebrados⁴:

Art. 2º [...]

[...]

II - maus-tratos: qualquer ato, direto ou indireto, comissivo ou omissivo, que intencionalmente ou por negligência, imperícia ou imprudência provoque dor ou sofrimento desnecessários aos animais;

4 De acordo com a própria resolução, animais vertebrados são "o conjunto de indivíduos pertencentes ao reino animal, filo dos Cordados, subfilo dos Vertebrados, incluindo indivíduos de quaisquer espécies domésticas, domesticadas ou silvestres, nativas ou exóticas" (art. 2º, I).

III - crueldade: qualquer ato intencional que provoque dor ou sofrimento desnecessários nos animais, bem como intencionalmente impetrar maus tratos continuamente aos animais;

IV - abuso: qualquer ato intencional, comissivo ou omissivo, que implique no uso despropositado, indevido, excessivo, demasiado, incorreto de animais, causando prejuízos de ordem física e/ou psicológica, incluindo os atos caracterizados como abuso sexual.

Como o art. 32 da LCA fala em abuso e maus-tratos, em ferir e mutilar, tem-se que o crime pode ser praticado mediante qualquer ato, direto ou indireto, comissivo ou omissivo, que intencionalmente provoque dor ou sofrimento desnecessários aos animais, ou que implique uso despropositado, indevido, excessivo, demasiado, incorreto de animais, causando prejuízo de ordem física e/ou psicológica, incluindo os atos caracterizados como abuso sexual. Os inúmeros exemplos fornecidos pelo Decreto 24.645/1934, pela Lei Estadual nº 22.231/2016 e pela Resolução do CFMV n.º 1.236/2018 demonstram a amplitude de condutas abarcadas pelo guarda-chuvas do crime conhecido como “maus-tratos”.

Vale salientar que, apesar do conceito fornecido pela resolução do CFMV, o crime de maus-tratos, da forma como previsto na LCA, não contempla condutas culposas, devendo a conduta ser necessariamente intencional, ainda que por dolo eventual.

Ultrapassado esse ponto, e considerando que apenas seres capazes de sofrer podem ser vítimas de crueldade, todo o esforço hermenêutico de compreensão e aplicação da norma constitucional que veda a crueldade e da lei penal que tipifica os maus-tratos depende também da compreensão da senciência e consciência dos animais.

Conforme exposto anteriormente, a senciência indica a existência de sensações, ou seja, a inequívoca capacidade de sentir e expressar esses sentimentos. Já no que tange à consciência dos animais, a professora Irvênia dos Santos Prada, médica veterinária, docente em Anatomia Animal e Prof^ª. Emérita na Pós-graduação da Faculdade de Medicina Veterinária e Zootecnia da Universidade de São Paulo – USP, analisando o tema, ressalta que “o ‘sentir’ não está dissociado do cognitivo, pois para ‘sentir’ é necessário que o indivíduo perceba o estímulo e o interprete mentalmente”, respondendo de maneira compatível àquele estímulo, *in verbis*: “Poderíamos concluir que os animais são seres sencientes porque ‘sentem’ e porque são capazes de, cognitivamente, processar os estímulos de natureza a ‘convertê-los’ em sensações”.

Portanto, em face da capacidade de sentir e sabendo-se que determinadas práticas podem ter como consequência imediata o comprometimento

do nível de bem-estar dos animais atingidos, faz-se necessária a investigação sobre o grau de sofrimento caracterizador de crueldade, maus tratos e abuso contra animais.

Conforme ensina o médico veterinário e professor de ética e bem-estar animal na Universidade Luterana do Brasil, Renato Silvano Pulz ^(2013, p. 78), deve-se levar em conta que o bem-estar se vincula à capacidade do indivíduo de relacionar-se bem com o meio ambiente no qual está inserido e a possibilidade de “satisfação das suas necessidades físicas, psicológicas, comportamentais, sociais e ambientais”.

Para aferir o nível de bem-estar, a ciência que estuda o comportamento animal estabeleceu um critério objetivo, denominado de “cinco liberdades”, criado em 1979 pelo Conselho de Bem-Estar de Animais de Produção da Inglaterra, que não se fundamenta em valorações subjetivas, mas em parâmetros objetivos, científicos e técnicos.

De acordo com o apresentado anteriormente, as “cinco liberdades” da ciência do bem-estar animal são i) liberdade nutricional, que equivale a ser livre de fome e sede, tendo acesso à água fresca e à dieta adequada; ii) liberdade psicológica, a qual engloba o direito do animal de ser livre de medo e estresse e a ser submetido à condições de manejo que não lhe inflijam sofrimento psicológico; iii) liberdade ambiental, que lhes permite ser livre de desconforto e ter acesso a ambientes apropriados com área de descanso e abrigo; iv) liberdade sanitária, consistente no direito a ser livre de dor, lesões e doenças, tendo acesso a rápido diagnóstico e tratamento; e v) liberdade comportamental, equivalente a ser livre para expressar seu comportamento natural, mediante acesso a espaço suficiente, instalações adequadas e convívio entre indivíduos da mesma espécie (PULZ, 2013, p. 78). Esses indicadores podem ser utilizados para caracterização ou não de maus-tratos, conforme comando expresso do art. 6º da já mencionada Resolução do CFMV.

E, uma vez verificada a prática do crime previsto no art. 32 da Lei n.º 9.605/98, é papel do Estado, na condição de detentor legítimo da força coercitiva, atuar efetivamente na proteção dos animais contra os quais se praticam atos de abuso ou maus-tratos, com fundamento na proteção constitucional a eles destinada.

4. Aspectos práticos decorrentes da constatação do crime

Nos tópicos subsequentes serão apresentados temas aderentes ao combate à prática do crime de maus-tratos. Considerada a finalidade

do presente artigo, os assuntos a seguir serão abordados com a devida fundamentação teórica, contudo, sob o viés pragmático.

4.1 Destinação dos animais

Uma vez diante de conduta que se amolda ao tipo penal de maus-tratos, incumbe ao Poder Público o dever de fazer cessar a prática delitativa. Nesse cenário, a retirada do animal da posse do infrator mostra-se absolutamente recomendável, até como forma de evitar a continuidade da conduta criminosa.

Assim, é salutar que os órgãos de execução ministeriais velem pelo cumprimento do comando inserto no art. 25 da Lei de Crimes Ambientais, adotando medidas para que animais vítimas de crimes e infrações administrativas sejam apreendidos, cuidados e destinados adequadamente.

Art. 25. Verificada a infração, serão apreendidos seus produtos e instrumentos, lavrando-se os respectivos autos.

§ 1º Os animais serão prioritariamente libertados em seu habitat ou, sendo tal medida inviável ou não recomendável por questões sanitárias, entregues a jardins zoológicos, fundações ou entidades assemelhadas, para guarda e cuidados sob a responsabilidade de técnicos habilitados. (Redação dada pela Lei nº 13.052, de 2014)

§ 2º Até que os animais sejam entregues às instituições mencionadas no § 1º deste artigo, o órgão atuante zelará para que eles sejam mantidos em condições adequadas de acondicionamento e transporte que garantam o seu bem-estar físico. (Redação dada pela Lei nº 13.052, de 2014)

[...] (sem grifos no original).

A apreensão dos animais é medida indicada tanto no âmbito penal quanto no âmbito administrativo (Lei Estadual n.º 22.231/2016 - art. 2º -, regulamentada pelo Decreto Estadual n.º 47.309/2017 - art. 3º, IV -, que remete às sanções da Lei Estadual n.º 7.772/80 - art. 16, IV).

Na dicção da LCA, os animais devem ser prioritariamente libertos em seu habitat, ou, não sendo possível, entregues a entidades protetivas para guarda e cuidados sob a responsabilidade de técnicos adequados (art. 25, §1º).

No entanto, os desafios que envolvem o cumprimento desta norma são inúmeros, uma vez que são escassas as estruturas públicas para recebimento, cuidado e destinação de animais vítimas de maus-tratos, sejam eles domésticos ou silvestres.

Por esse motivo, muitos animais, mesmo em situação de evidentes maus-tratos, são mantidos sob tutela do infrator, situação em que a atuação dos órgãos públicos fica restrita à expedição de recomendações e celebração de acordos para impedir a reiteração da conduta delitiva pelo agente.

Enfatiza-se fortemente que esse arranjo não é recomendável quanto ao bem-estar físico e psíquico do animal, que corre risco iminente de ser novamente maltratado.

KURKOWSKI (2020) sugere que a questão seja direcionada ao Município ou resolvida no âmbito do ANPP:

O que deve suceder com os animais cuja guarda foi perdida? Animais em situação de abandono ou maus tratos constituem típica questão sanitária local, pelo que é dever do município cuidar deles. Assim tem-se decidido: "Conforme entendimento desta Corte, é da competência dos Municípios a guarda de animais domésticos abandonados, por se tratar de medida sanitária para a promoção da saúde pública. Tratando-se de dever do Município o cuidado com animais abandonados em seu território, não há fundamento para invocação da precariedade de recursos para o cumprimento do dever legalmente estabelecido" (TJRS, 21ª C. Cív., Apelação Cível 70083786400, Rel. Marco Heinz, J. em: 11/03/2020). Logo, os animais de cuja guarda o agente condenado foi proibido devem ser encaminhados ao município, que, por conta própria ou por instituição conveniada, os manterá e inclusive poderá providenciar o seu oferecimento para adoção.

Aqui se divisa uma das principais vantagens do ANPP. É sabido que a maioria dos municípios brasileiros não têm abrigos para cães e gatos; quando têm, as condições são precárias. Uma vez cabível o ANPP, com base no art. 28-A, V, do CPP, deve ser avençado com o agente que ele custeie toda a guarda do cão ou gato até que haja a adoção.

Nesse contexto, sobrepõe-se em importância o desenvolvimento de soluções locais, mediante a construção de rede de proteção animal, formada por Município e outros órgãos públicos atuantes na tutela dos animais, tais como entidades protetoras, protetores auto ONGs locais, lares solidários ou casas de passagem, abrigos públicos e/ou privados, clínicas veterinárias, hotelzinho e creches parceiros, academia e sociedade civil.

Em parceria com a rede de proteção animal, o fomento à divulgação em redes sociais de fotos dos animais para adoção, assim como a realização de entrevista de adoção, visita ao adotante para entrega do animal, assinatura de termo de adoção e monitoramento pós-adoção, são essenciais para a garantia do bem-estar do animal.

Para tanto, será necessário: i) planejar o local adequado para receber o animal; ii) prover recursos e insumos para cuidados básicos aos animais, como alimento, água, medicamentos; iii) providenciar avaliação médico-veterinária, que também servirá como prova técnica do crime; iv) prover procedimentos básicos como banho, vacinação e desparasitação; v) prover transporte seguro, arejado, apropriado para este fim, utilizando caixas de transporte e coleiras. Podem, ainda, ser providenciados, se possível, identificação (microchip) e castração eletiva.

Não se ignora que a destinação dos animais domésticos apreendidos representa um desafio diante da ausência de estrutura estatal adequada, como os CETAS o são para os animais silvestres. Trata-se de problema complexo, para o qual não existe solução simples e que sem dúvida demanda esforços intersetoriais e engajamento. No entanto, é a alternativa que atualmente se mostra adequada à consecução dos fins de proteção animal, dever constitucionalmente atribuído ao Poder Público.

4.2 Acordo de não persecução penal - ANPP

A Lei Federal nº 13.964/2019, popularmente conhecida como “Pacote Anti-Crime”, promoveu importantes e profundas alterações no sistema jurídico-penal brasileiro, a exemplo da introdução do acordo de não persecução penal no artigo 28-A do CPP.

Ao fazê-lo, o Legislador Ordinário estendeu aos delitos de média lesividade, cometidos *sem violência ou grave ameaça*, a aplicação de medidas despenalizadoras, fomentando o denominado Direito Penal Negocial.

Como a lei não tratou expressamente da vedação ao ANPP em relação aos crimes ambientais, tal como o fez com os crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, contra a mulher, por razões da condição de sexo feminino, abrem-se algumas possibilidades aos órgãos de execução quanto a propor ou não o ANPP ao caso do art. 32, §1-A. São elas:

- a) entender pelo seu não cabimento, por ser necessariamente crime cometido com violência contra o animal;
- b) entender pelo seu cabimento, por considerar que a vedação à violência é exclusivamente àquela praticada contra seres humanos;
- c) entender pelo seu não cabimento no caso concreto, se a gravidade dos maus tratos perpetrados evidenciar que a reprovação e prevenção não seriam garantidas pela via do acordo.

Considerando que incumbe ao *Parquet* deliberar acerca da propositura ou não do ANPP e em face da relevância do princípio da independência funcional dos Membros, é importante destacar a existência de entendimento doutrinário sinalizando a impossibilidade de aplicação do Acordo de Não Persecução Penal à figura qualificada do crime de maus-tratos.

Dentre os argumentos que embasam esse posicionamento, destaca-se a incompatibilidade entre o benefício, a natureza do delito e o claro intento da Lei nº 14.064/2020 de recrudescer a reprimenda do crime e afastar os benefícios despenalizadores. Conforme sustenta GONÇALVES (2020-a, p. 14-15):

Neste sentido, a finalidade do novo instituto despenalizador é incompatível com a figura qualificada de maus-tratos, esbarrando, ainda, no requisito referente à natureza do crime (sem violência). Note-se que, diferentemente de outras previsões, o dispositivo não exige que se trate de crime sem violência à pessoa, de forma que não há razão para se excluir da vedação legal a prática de violência contra seres sencientes, até porque não se está diante de violência contra a coisa.

(...)

A incompatibilidade do ANPP com a figura dos maus-tratos a animais deve ser entendida à luz da teoria do link, que demonstra a forte vinculação entre a propensão criminoso para atos de violência contra à pessoa humana e aquela direcionada para atos de violência contra animais. A teoria do link encontra sustentação nos dados estatísticos que demonstram a semelhança do perfil da personalidade voltada para a prática de atos de violência contra seres humanos, especialmente no contexto doméstico, e de violência contra animais. O traço comum refere-se à prática de violência contra seres vulneráveis, indicando a correlação entre violência doméstica, abuso infantil e crueldade animal. Neste contexto, a aplicação do ANPP não se mostra, em uma análise geral e abstrata, suficiente para a prevenção do crime de maus-tratos contra cães e gatos e a sua admissão pode comprometer a própria eficácia e o escopo da nova lei penal.

Doutra banda, a argumentação adotada pelos teóricos favoráveis à propositura do acordo dá destaque à ausência de vedação expressa à aplicação do instrumento aos crimes praticados mediante emprego de violência contra todo e qualquer ser senciente.

Do mesmo modo, o vínculo intrínseco entre os dispositivos que tratam do oferecimento do ANPP (art. 28-A, CPP) e da substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos (art. 44, I, CP), também é utilizado para justificar a possibilidade de celebração do acordo nos crimes em comento. Isso porque poucos seriam os casos em que a pena

concretamente cominada alcançaria patamar superior ao necessário para obstar a substituição da reprimenda (quatro anos), haja vista o teto de cinco anos delimitado pelo legislador.

Segundo KURKOWSKI (2020, p. 7) caso a intenção recrudescedora da Lei nº 14.064/2020 abarcasse também o afastamento a propositura do ANPP, o legislador teria sido incoerente ao permitir a substituição logo após negar às partes o direito de transacionar sobre a reprimenda fixada.

A propositura do ANPP viabiliza não apenas a pronta responsabilização do agente, dispensando a provocação do Poder Judiciário e os inegáveis riscos de submeter a questão ao arbítrio do Magistrado, como também o custeio das necessidades imediatas do animal em um primeiro momento, o que facilita a execução da árdua tarefa anteriormente mencionada, consistente na mobilização e o estabelecimento de uma rede de apoio e adoção, elementos essenciais à promoção do bem-estar e do adequado tratamento das vítimas.

Além disso, o oferecimento do acordo é medida que coaduna com a política criminal atualmente adotada pelos CNMP por meio da Resolução nº 118/2014 e que incentiva a atuação resolutiva do Ministério Público.

Assim, caso se entenda cabível o oferecimento Acordo de Não-Persecução Penal, abrem-se ainda duas possibilidades em relação à composição dos danos.

A primeira delas é prever, na própria oferta do ANPP, condições que estabeleçam a entrega dos animais, pelo infrator, a entidades apropriadas para seu cuidado e destinação, bem como o pagamento das despesas relativas à reparação do dano animal e indenização de natureza compensatória, de forma a cumprir as finalidades de reprovação e prevenção do crime, exigidas pelo art. 28-A, *caput*, do CPP, observada, ainda, a necessária proporcionalidade trazida no inciso V do referido dispositivo legal.

Importante salientar que nessa hipótese a reparação do dano extrapatrimonial pode ser incluída no ANPP, já que a jurisprudência admite a imposição, na sentença penal condenatória, de valor mínimo para reparação de dano moral⁵. Outra implicação decorrente desse entendimento, em que a tutela penal e cível é feita por meio de um único documento - ANPP, com acompanhamento perante o Juízo da Execução, consoante previsão legal (art. 28-A, §6º, do CPP), é que a possibilidade de ser denunciado em caso de descumprimento pode funcionar como estímulo

5 REsp 1.585.684-DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 9/8/2016, DJe 24/8/2016." (Informativo nº 588 – STJ. 17 a 31 de agosto de 2016.

para que o investigado cumpra o acordo em sua integralidade, podendo-se destacar experiência do MPF nesse sentido.

Além disso, para resguardar amplamente ambas as esferas – cível e penal – a inclusão de cláusula que assegure que o acordo civil constitui título executivo é medida eficaz na consecução do fim proposto.

Há, também, a possibilidade de tratar da responsabilização cível e penal do agente em acordos distintos. Essa opção consubstancia-se na proposição do ANPP para resolver a responsabilidade penal e de Termo de Ajustamento de Conduta – TAC – para tratar a composição civil, em documentos apartados.

Nesse contexto, tal como na hipótese aventada anteriormente, deverão ser contempladas as medidas indicadas anteriormente, referentes à entrega dos animais, sua destinação e custeio de tratamentos e afins. Contudo, a transação acerca de tais elementos ocorrerá em documento próprio TAC, que, em caso de descumprimento, poderá ser executado no juízo cível competente, por seu caráter de título executivo.

Por fim, salienta-se que o investigado/réu não possui direito público subjetivo ao acordo de não persecução penal, sendo este um poder-dever atribuído ao Ministério Público⁶.

4.3 Perda da guarda

O artigo 32, § 1º-A, prevê, ainda, a proibição da guarda de cão ou gato, como forma de pena restritiva de direito fixada diretamente pela lei.

Trazendo a discussão sobre a guarda para o âmbito do crime de maus-tratos, KURKOWSKI (2020, p. 9) interpreta que a proibição de guarda se estende a cães e gatos em geral, e não apenas aos animais vítimas dos maus-tratos.

[...] compreende-se que a “proibição da guarda” é genérica e abrangente, envolvendo tanto a perda da guarda de todos os cães e gatos pertencentes ao agente, no momento da sentença condenatória, bem como a impossibilidade, durante certo tempo, de ele ter novos animais dessas duas espécies. A extensão da proibição da guarda para os outros cães e gatos que não foram vítimas justifica-se pela alta probabilidade de que eles também venham a ser agredidos. Essa é a interpretação que atende à força normativa do artigo 225, § 1º, VII, da CF.

6 Mesma inteligência do entendimento pacificado por STF e STJ em relação à transação penal e à suspensão condicional do processo. HC 84342/RJ. Rel. Min. Ayres Britto. 1ª Turma. Julgamento: 12/04/2005. Publicação: 23/06/2006.

O autor também esclarece que, “quanto aos cães e gatos existentes à época da sentença, ocorre a perda da guarda; logo, não há que se falar em prazo. Já a proibição para que o agente, a partir da sentença condenatória, tenha outros cães e gatos deve ocorrer pelo prazo fixado para a pena privativa de liberdade” (KURKOWSKI, 2020, p. 9).

Por fim, indica que o descumprimento da vedação da guarda implica em crime de descumprimento (art. 359 do CP).

Da análise do exposto, conclui-se que a proibição da guarda é medida essencial à salvaguarda do bem-estar de todos os animais mantidos sob a tutela do infrator à época do fato e também daqueles que possam ser submetidos a tal situação durante o período de cumprimento da pena. Por esse motivo, é essencial que a medida seja pleiteada tanto em sede cautelar quanto no curso da ação penal, a fim de que possa ser reconhecida pelo Magistrado em caráter preliminar e também definitivo.

5. Conclusão

O estudo proposto teve como tema central a análise do crime de maus-tratos a animais, previsto no art. 32 da LCA, em sua forma qualificada, conforme recente alteração legislativa (art. 32, §1º-A, da LCA), que previu penas mais graves na hipótese de o delito ser praticado contra cães e gatos.

No contexto jurídico atual, fica evidente a crescente valorização da ótica senciocêntrica, que reconhece a dignidade dos animais, tornando necessário o direcionamento da abordagem jurídica para a salvaguarda dos interesses fundamentais dos seres sencientes.

A atuação do Ministério Público nesta área deve acompanhar a evolução do tratamento jurídico, em atenção à constante construção jurisprudencial e às recentes inovações nas três esferas legislativas, a fim de cumprir adequadamente com a missão constitucional de defesa e proteção dos animais, enquanto valor fundamental da sociedade contemporânea.

O ordenamento jurídico é sistemicamente organizado para tutelar o bem-estar dos animais e resguardar seus direitos.

Corroborando o exposto, destaca-se o art. 225, §1º, VII, da Constituição da República, que traz a vedação à crueldade contra animais; o art. 32 (e sua forma qualificada, presente no §1º-A) da Lei Federal nº 9.605/98, que criminaliza a prática de maus-tratos e, no âmbito do estado de Minas Gerais, e a Lei Estadual nº 22.231/2016, que prevê que os animais são reconhecidos como seres sencientes, sujeitos de direito despersonalizados, fazendo jus a tutela jurisdicional em caso de violação de seus direitos.

A releitura do ordenamento constitucional, especialmente a partir da interpretação atual conferida pelo STF, impõe também a releitura do tipo penal de maus-tratos a animais, para o alinhamento da compreensão em torno do bem jurídico-penal, que não poderá se distanciar da ótica sencio-cêntrica e do respeito à dignidade do animal.

Assim, com vistas a cumprir a finalidade proposta neste artigo, o tipo penal previsto no art. 32-A da Lei 9.605/98 foi analisado sob o viés teórico e pragmático.

Para tanto, inicialmente foi visto que o crime pode ser praticado mediante qualquer ato, direto ou indireto, comissivo ou omissivo, que intencionalmente provoque dor ou sofrimento desnecessários aos animais, ou que implique no uso despropositado, indevido, excessivo, demasiado, incorreto de animais, causando prejuízo de ordem física e/ou psicológica, incluindo os atos caracterizados como abuso sexual. Os inúmeros exemplos fornecidos pelo Decreto 24.645/1934, pela Lei Estadual nº 22.231/2016 e pela Resolução do CFMV n.º 1.236/2018 demonstram a amplitude de condutas abarcadas pelo guarda-chuvas do crime conhecido como “maus-tratos”.

Ultrapassada a questão acerca da pluralidade de condutas que podem caracterizar o delito, passou-se a tratar das implicações inerentes à atuação ministerial no combate ao mencionado delito, oportunidade em que diferentes frentes de atuação foram abordadas, apresentando-se as considerações e sugestões a seguir mencionadas.

A retirada do animal da condição lesiva aos seus interesses é pressuposto inarredável no caso da constatação da situação de maus-tratos, sob pena de se permitir a continuidade da conduta criminosa, além de ser a medida legalmente determinada no art. 25, §1º, da LCA.

A questão da destinação dos animais apreendidos é tormentosa, visto que o Poder Público normalmente não dispõe de local adequado para o acolhimento. Sugere-se que se arquitetue solução local, mediante a construção de rede de proteção animal, formada por Município e órgãos públicos atuantes em nível local na tutela dos animais, ONGs locais, lares solidários ou casas de passagem, abrigos públicos e/ou privados, clínicas veterinárias, hotelzinho e creches parceiros, academia e sociedade civil.

Consubstanciada na previsão legal de tríplice responsabilização do agente, o órgão ministerial deve comunicar aos órgãos administrativos competentes sobre maus-tratos a animais de que tenha ciência por outros meios, para que sejam adotadas as medidas administrativas cabíveis.

Quanto ao novel instituto do acordo de não persecução penal – ANPP, indicou-se três possibilidades aos órgãos de execução, em respeito à sua independência funcional, podendo-se entender que não é cabível o acordo, por se tratar de crime cometido com violência; que não é cabível o acordo no caso concreto, por não estarem atendidos os requisitos de prevenção e reparação; que é cabível o acordo, por ausência de vedação expressa e por não se tratar de violência contra a pessoa.

Nesse último caso, a composição cível pode integrar o ANPP em documento único ou o Promotor de Justiça pode optar por celebrar TAC e ANPP, em documentos autônomos. Em qualquer caso, deverão ser previstas condições que estabeleçam a entrega dos animais, pelo infrator, a entidades apropriadas para seu cuidado e destinação, bem como o pagamento das despesas relativas à reparação do dano animal e indenização de natureza compensatória.

Ao final das considerações acerca da propositura do ANPP, observam-se os benefícios do oferecimento do acordo para os fins práticos de proteção e bem-estar dos animais e para a formação da rede de acolhimento e destinação das vítimas de maus-tratos, sendo este o entendimento cuja adoção se sugere.

A pena da proibição da guarda é materializada pela perda definitiva da guarda de todos os cães e gatos que o agente tenha no momento da sentença condenatória, assim como pela proibição de, no prazo da pena privativa de liberdade, manter outros cães e gatos. O descumprimento da pena restritiva de direitos enseja a prática do crime de desobediência à decisão judicial.

6. Referências

ABINPET - Associação Brasileira de Produtos para Animais de Estimação. Em 2014, setor pet cresceu 10% sobre 2013 e atingiu um faturamento de 16,7 bilhões no Brasil. São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://abinpet.org.br/em-2014-setor-pet-cresceu-10-sobre-2013-e-atingiu-um-faturamento-de-r-167-bilhoes-no-brasil/#:~:text=No%20Brasil%20h%C3%A1%20132%2C4,animais%2C%20como%20repteis%20e%20mam%C3%ADferos>> Acesso em: 12 mar. 2021.

ABUSAR. *In*: DICIO, Dicionário Online de Português. Porto: 7 Graus, 2021. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/abusar/>>. Acesso em: 10 fev. 2021.

ALVIM, Mariana Spacek. A experimentação animal na nova lei 11.794/08 à luz da interpretação conforme a Constituição. Revista Brasileira de Direito Animal. Ano 5 – Vol. 7, 2010, p. 221-249. Disponível em: <<https://cienciasmedicasbiologicas.ufba.br/index.php/RBDA/article/viewFile/11045/7966>>. Acesso em: 10 fev. 2021.

ANDA - AGÊNCIA DE NOTÍCIAS DE DIREITOS ANIMAIS. Brasil tem 30 milhões de animais abandonados. São Paulo, 2014. Disponível em: <<https://anda.jusbrasil.com.br/noticias/100681698/brasil-tem-30-milhoes-de-animais-abandonados>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

BRASIL, Conselho Federal de Medicina-Veterinária. *Resolução nº 1.236/2018*. Define e caracteriza crueldade, abuso e maus-tratos contra animais vertebrados, dispõe sobre a conduta de médicos veterinários e zootecnistas e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.cfmv.gov.br/manual/arquivos/resolucao/1236.pdf>>.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. *Direito ambiental e questões jurídicas relevantes*. Campinas: Millennium, 2005, p. 580.

GONÇALVES, Monique Mosca. A tutela penal dos animais no contexto da nova Lei nº 14.064/2020. In: *Boletim Criminal Comentado 114*, São Paulo, p. 5-15, out. 2020-a. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Boletim_Semanal/Boletim%20Caocrim%20114.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2021.

GONÇALVES, Monique Mosca. A descoisificação dos animais e a defesa dos seus interesses pelo Ministério Público: aspectos teóricos e práticos. *CGMP Notícias: Informativo da Corregedoria-Geral do MPMG*. Belo Horizonte. 2020-b.

IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFICA E ESTATÍSTICA. *População de Animais de Estimação no Brasil - 2013 - ABINPET 79*. Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <<https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/camaras-setoriais-tematicas/documentos/camaras-tematicas/insumos-agropecuarios/anos-anteriores/ibge-populacao-de-animais-de-estimacao-no-brasil-2013-abinpet-79.pdf/view>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

INSTITUTO PET BRASIL. País tem 3,9 milhões de animais em condição de vulnerabilidade. São Paulo, 2019. Disponível em: <<http://institutopetbrasil.com/impressa/pais-tem-39-milhoes-de-animais-em-condicao-de-vulnerabilidade/>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

KURKOWSKI, Rafael Schwez. Crime de maus-tratos contra cães e gatos: ANPP e Proibição da Guarda (com vídeo do autor ao final do texto). *Boletim Criminal Comentado 120*, São Paulo, p. 4-11, nov. 2020. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Boletim_Semanal/Boletim%20Caocrim%20120.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2021.

LOW, Philip, *et al.* *The Cambridge Declaration on Consciousness*. Cambridge, Reino Unido, 2012. Disponível em: <<http://fcmconference.org/img/CambridgeDeclarationOnConsciousness.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

MINAS GERAIS, Assembleia Legislativa do Estado de. *Lei nº 22.231/2017*. Dispõe sobre a definição de maus-tratos contra animais no Estado e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=22231&comp=&ano=2016>>. Acesso em: 15 nov. 2020.

MÓL, Samylla. *Carroças urbanas & animais: uma análise ética e jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 98.

PRADA, Irvênia Luiza de Santis. Os animais são seres sencientes. In: TRÉZ, Thales. (org.) *Instrumento animal: o uso prejudicial de animais no ensino superior*. Bauru: Canal 6, 2008. p. 27.

PULZ, Renato Silvano. *Ética e bem-estar animal*. Canoas: ULBRA, 2013.

STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICA. *REsp nº 1797175*, voto do Ministro Relator Og Fernandes, j.20/03/2019.

LUCIANA IMACULADA DE PAULA

Graduada em direito pela Universidade Estadual de Minas Gerais. Mestre pela Universidade Federal de Ouro Preto. Doutoranda pela Universidade Federal de Minas Gerais. Promotora de Justiça do MPMG. Coordenadora Estadual de Defesa da Fauna do MPMG.

CLARICE GOMES MAROTTA

Analista em Direito da CEDEF/MPMG, mestre em Direito Ambiental e Sustentabilidade pela ESDHC, autora do livro Princípio da Dignidade Animal: reconhecimento jurídico e aplicação. Pós-graduações em Direito Público, pelo IEC; Direito, Impacto e Recuperação Ambiental, pela Fundação Gorceix e; Direito Ambiental e Sustentabilidade, pela ESDHC.

ANNA BEATRIZ ABREU OTONI

Bacharel em Direito pela UFMG, Especialista em Advocacia Cível pela ESA OAB/MG e em Direito Animal pela ESMAFE/PR. Atuou como estagiária de Pós-Graduação na CEDEF entre 2019 e 2021 e atualmente exerce a mesma função na Defensoria Pública de Minas Gerais.



CRITÉRIOS LÓGICOS E OBJETIVOS PARA A DOSIMETRIA DA PENA

LOGICAL AND OBJECTIVE CRITERIA FOR THE DOSIMETRY OF CRIMINAL PUNISHMENT

MARCELO MATTAR DINIZ¹

Procurador de Justiça

Resumo: O presente estudo tem como objetivo apresentar ao leitor uma análise sobre as regras e critérios para a dosimetria das penas, questão tormentosa que sempre gerou muita controvérsia na doutrina e na jurisprudência. Assim, trataremos de modo pormenorizado do consagrado sistema trifásico de Nelson Hungria, com ênfase na análise das circunstâncias judiciais do art. 59/CP e sua influência na pena-base, no concurso de agravantes e atenuantes e o *quantum* recomendável para aumento ou diminuição e no concurso de majorantes e minorantes, buscando trazer critérios objetivos e lógicos para se atingir a reprimenda penal adequada a cada fato criminoso. Trataremos também da pena de multa, com ênfase no brilhante sistema aprovado pelo plenário do excelso STF no julgamento da Ação Penal 470, em 2012, das regras do concurso de crimes e da fixação do regime inicial de cumprimento de pena, sugerindo, com o devido respeito aos leitores, ideias para a parametrização do sistema, visando reduzir a incerteza que por vezes paira sobre as decisões judiciais.

Palavras-chave: dosimetria; sistema trifásico; critérios objetivos; política criminal.

Abstract: The present study aims to present the reader with an analysis of the rules and criteria for the dosimetry of sentences, a stormy issue that has always generated many controversies in doctrine and jurisprudence. Thus, we will deal in detail with the renowned three-phase system of Nelson Hungria, with emphasis on the analysis of the judicial circumstances of art. 59 CP and its influence on the base penalty, in the aggravating and mitigating contest and the recommended quantum for increase or decrease and in the contest of major and minor, seeking to bring criteria and logic to achieve an appropriate criminal reprimand for each criminal fact. We will also deal with the fine penalty, with emphasis on the brilliant system approved by the plenary of the STF in the judgment of Criminal Action 470 in 2012, the rules of the contest of crimes and the correction of the initial regime of serving the sentence, suggesting, with due respect to the readers, ideas for parameterization of the system, reducing the uncertainty that sometimes hangs over judicial decisions.

Keywords: dosimetry; three-phase system; objective criteria; criminal policy.

Sumário: 1. Introdução; 2. Aspectos gerais da dosimetria da pena; 3. Da pena-base; 4. Da pena provisória; 5. Da pena definitiva; 6. Da pena de multa; 7. Do concurso de infrações; 8. Do regime prisional; 9. Considerações finais; 10. Abreviaturas; 11. Referências.

¹Agradecimentos especiais à assessora Natália Gelape dos Santos Ribeiro pela inestimável contribuição na elaboração deste trabalho.

1. Introdução

Questão que sempre se apresentou controversa e caracterizada pela presença de múltiplos critérios de aplicação prática é a dosimetria da pena a ser aplicada ao autor de fato criminoso/contravencional. O sistema adotado pelo Código Penal pátrio, notadamente após a reforma de 1984, remonta ao modelo trifásico de Nelson Hungria, o qual sempre consideramos notavelmente eficiente, permitindo ao operador do direito inegável compreensão do raciocínio do julgador na fixação da pena aplicável ao caso concreto. Todavia, o modelo não é perfeito, não estando pronto e acabado, deixando, por assim dizer, inúmeras brechas interpretativas, muitas vezes com solução vinculada ao arbítrio e ao pensamento individual de cada julgador, o que, por óbvio, retira a clareza do sistema e gera insegurança jurídica. Neste trabalho, buscaremos elencar os principais entendimentos acerca do tema e explicitar, expressamente, nossa opinião sobre o que consideramos mais lógico, claro e objetivo para aplicação das regras de dosimetria da pena. Não se pretende esgotar o assunto nem apresentar argumentos definitivos sobre nenhum critério apresentado, mas apenas demonstrar o que, a nosso ver, traduz as melhores e mais viáveis soluções às questões suscitadas, sempre com o devido respeito à inteligência do leitor e ao pensamento dos doutrinadores e tribunais citados.

O trabalho será enriquecido com jurisprudência atualizada e abalizada, especialmente dos tribunais superiores e do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a quem muito respeitamos e sempre citamos. Assim, várias questões serão lançadas à discussão: quais os critérios para a análise de cada circunstância judicial trazida no art. 59 CP? Qual o melhor sistema para definir o *quantum* da pena-base? Qual deve ser o índice de aumento na pena provisória, quando do concurso de agravantes e atenuantes? Como funcionam as causas de aumento e diminuição de pena (majorantes e minorantes) e qual deve ser o raciocínio no caso de várias circunstâncias incidirem sobre o fato? Qual o melhor critério para o cálculo da pena de multa? Como funciona o concurso de crimes? Qual deve ser o regime inicial de cumprimento de pena a ser fixado pelo juiz para cada caso concreto?

A partir destas reflexões, iremos nos posicionar sobre cada tema, sempre declarando de modo expresso o que consideramos justo e acertado, obviamente sem embargo a entendimentos contrários e sempre respeitando a independência de cada operador do direito.

2. Aspectos gerais da dosimetria da pena

Ao final da instrução probatória, no momento da decisão de mérito, o julgador, ao considerar o réu penalmente responsável pelos fatos narrados na denúncia/queixa, julga procedente o pedido inaugural, de modo devidamente fundamentado, alcançando a parte dispositiva da sentença, em que se depara com a missão de individualizar a pena do condenado, em respeito ao princípio previsto no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal.

Para tanto, é importante enfatizar que nosso Código Penal dispõe no art. 68 que o julgador deve obediência a um sistema trifásico de cálculo da pena, consistindo, primeiramente, na fixação da pena-base, após análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, fixando em seguida a pena provisória (ou intermediária), em que se opera o concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes, chegando, por fim, à pena definitiva, com a verificação da incidência de eventuais causas de aumento e diminuição de pena.

A propósito, a obediência ao referido sistema é norma cogente, sob risco de nulidade da sentença penal em caso de descumprimento, conforme já decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça (REsp 194.218/MG).

A adoção do sistema trifásico se deu após a reforma penal de 1984, após um elevado embate entre o modelo bifásico proposto por Roberto Lyra, onde a primeira fase também alcançava as agravantes e atenuantes, restando para a segunda fase as causas de aumento e diminuição de pena, e o modelo trifásico de Nelson Hungria, onde agravantes e atenuantes devem ser analisadas em momento próprio.

O modelo trifásico mostra-se realmente mais qualificado, como pensamos, por se apresentar mais afinado com o regime de individualização da pena e por trazer maior clareza nas decisões, inteirando-se o réu, passo a passo, do raciocínio seguido pelo julgador até atingir a reprimenda final.

Por fim, cabe ressaltar que o ordenamento jurídico-penal brasileiro adotou, para cominação das penas, o *sistema da relativa determinação*, no qual o legislador fixa um *quantum* mínimo e máximo no preceito secundário de cada tipo penal (ou fixa apenas o patamar máximo no tipo, como nos crimes eleitorais, estando o mínimo previsto em norma geral – art. 284 do Código Eleitoral), deixando para o julgador um espaço de trabalho relevante na fixação efetiva das penas, permitindo a necessária individualização, uma vez que cabe ao juiz complementar o trabalho iniciado no processo legislativo. Tal sistema mostra-se superior às opções existentes, de *absoluta determinação*, onde a pena é cominada em patamar fixo, sem nenhum arbítrio do julgador, que está vinculado exclusivamente à letra da lei (lega-

lismo extremo), em uma verdadeira ditadura do texto legal ou de *absoluta indeterminação*, no qual o legislador simplesmente não estipula nenhum parâmetro no tipo incriminador, limitando-se a prever normas genéricas de aplicação da pena na parte geral, deixando a critério do juiz a aplicação da sanção no patamar que entender justo e adequado (livre-arbítrio judicial), o que, por óbvio, gera insegurança jurídica.

Pela importância teórica e prática do assunto, certo é que cada uma das referidas fases do modelo trifásico merece especial análise, o que passaremos a fazer, de modo pormenorizado, iniciando, obviamente, pela primeira fase da dosimetria, sempre no intuito de buscar critérios lógicos e objetivos para fixação da pena, objetivo maior deste breve trabalho.

3. Da pena-base

Em um primeiro momento, deve o julgador fixar, dentre o mínimo e o máximo cominados no preceito secundário de cada tipo penal, a pena-base, a pena inicial, o marco sobre o qual irão incidir as demais fases até o resultado final.

Para tanto, deve atentar para a análise das chamadas circunstâncias judiciais previstas expressamente no art. 59 do CP, que representam as oito vetoriais a serem consideradas na fixação da pena-base. São elas: a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social do agente, a personalidade do agente, os motivos determinantes do crime, as circunstâncias do crime, as consequências do crime e o comportamento da vítima. Vejamos cada vetorial e suas especificidades:

A culpabilidade

A expressão culpabilidade possui duas acepções. Na primeira, constitui a terceira elementar do conceito analítico ou estratificado do crime, representando o juízo de reprovação que recai sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente, formando um juízo relativo à necessidade de aplicação da sanção penal. Já na segunda acepção, a culpabilidade diz respeito ao maior ou menor grau de reprovabilidade da conduta do agente, ao nível de censura social que mereça por seu comportamento. É com este sentido que a culpabilidade é empregada no art. 59 do Código Penal.

O colendo STJ, em sua publicação “jurisprudência em teses”, faz bem tal distinção:

a culpabilidade normativa, que engloba a consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa e que constitui elementar do tipo penal,

não se confunde com a circunstância judicial da culpabilidade (art. 59 do CP), que diz respeito à demonstração do grau de reprovabilidade ou censurabilidade da conduta praticada.

Neste tópico, o julgador analisa se a conduta do agente merece uma pena maior porque seu grau de reprovabilidade excede aquele naturalmente inerente ao tipo penal. Assim, por exemplo, não é possível que o juiz exaspere a pena do autor de um estelionato ao argumento de que sua conduta foi ardilosa, pois o artil é figura própria do estelionato, uma característica elementar deste crime. Também não é possível a elevação da pena-base no furto ao argumento de que o agente tinha consciência da ilicitude e praticou ato reprovável visando à obtenção do lucro fácil da atividade criminosa, pois esta é justamente a razão de existir do crime de furto. Ambas as hipóteses citadas fazem parte do juízo de reprovação natural do tipo, não havendo motivos para elevar a pena em tais circunstâncias.

A contrario sensu, é possível que juiz aumente a pena porque, para obter vantagem ilícita, o agente se aproveitou da vulnerabilidade de um enfermo, oferecendo-lhe fraudulentamente serviços para agilizar o pedido de aposentadoria no órgão previdenciário. Também é possível elevar a pena quando o agente cometeu novo crime de furto estando em pleno cumprimento de pena por crime anterior, pois sua conduta demonstra que a sanção dantes aplicada não foi suficiente para o efeito preventivo da pena, demonstrando o agente descaso com o sistema de Justiça.

Os antecedentes

Conforme ensina Nucci (2015), os antecedentes se referem a tudo o que existiu ou aconteceu no campo penal ao agente antes da prática do fato criminoso, ou seja, sua vida pregressa em matéria criminal. Antes da reforma do Código Penal no ano de 1984 (Lei nº 7209/84), podia-se afirmar que os antecedentes do réu abrangiam todo o seu passado, desde seus registros criminais e condenações existentes até seu relacionamento na família e no trabalho. Todavia, atualmente se deve separar a conduta social do réu do cenário dos antecedentes, que acabou sendo esvaziado, restringindo sua abrangência à folha de antecedentes criminais do agente.

Cabe ressaltar que o julgador pode levar em consideração os antecedentes desfavoráveis e a reincidência desde que não tenham como base fática as mesmas condenações. Nesse contexto, salienta-se o disposto na Súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça: “A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”.

A respeito:

APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO - REPRIMENDA - PRETENSÃO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE - DUAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS - MAUS ANTECEDENTES - CONSEQUÊNCIAS DO CRIME - PREJUÍZO CONSIDERÁVEL - ANÁLISE CORRETA - ELEVAÇÃO PROPORCIONAL - FRAÇÃO SUGERIA PELOS TRIBUNAIS. - *Ostentando o réu mais de uma condenação definitiva, não há ilegalidade na utilização de uma delas na fixação da pena-base (maus antecedentes) e de outra no reconhecimento da reincidência, com acréscimo na segunda fase do cálculo penal.* - No tocante às consequências do crime, a majoração da pena-base foi suficientemente fundamentada à vista de dados concretos, declinando a sentença elemento que emprestou à conduta especial reprovabilidade, o significativo valor do prejuízo imposto à vítima, superior àquele inerente ao tipo penal. (TJMG - Apelação Criminal 1.0079.19.005340-9/001, Relator(a): Des.(a) Cássio Salomé, 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 19/02/2020, publicação da súmula em 28/02/2020) – grifei.

Sem olvidar que para determinação dos antecedentes servem apenas condenações anteriores, de acordo com a Súmula 444 da mencionada Corte: *“É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”*.

Outro ponto importante é a discussão acerca da caducidade ou não dos antecedentes, em um certo “direito ao esquecimento”. Neste tema, a jurisprudência do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em consonância com o entendimento da 2ª Turma do STF, desconsidera a existência de qualquer período depurador para consideração dessa circunstância como desfavorável ao réu. Destaca-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. PERÍODO DEPURADOR. NÃO INCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO, PARA DENEGAR A ORDEM. 1. Com a conclusão do julgamento do RE 593.818, em 17.08.2020, o Pleno desta Suprema Corte, apreciando o tema 150 da repercussão geral, fixou a tese de que *“Não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal”*. Suplantado, portanto, o entendimento em sentido oposto, até então adotado por esta Segunda Turma. 2. Agravo regimental provido, para denegar a ordem. (HC 187860 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 08/09/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-285 DIVULG 02-12-2020 PUBLIC 03-12-2020) – grifei.

Comungamos com tal entendimento, não havendo que se falar em caducidade dos antecedentes, visto que o período depurador, por expressa previsão legal, só se aplica à reincidência. Assim, condenações antigas podem não servir para fins de agravamento da pena na segunda fase, mas se ajustam perfeitamente ao conceito de “maus antecedentes” ou “antecedentes desabonadores”, já tão esvaziado pela jurisprudência, devendo incidir na primeira fase.

Em suma, os antecedentes se referem ao histórico criminal do agente que não foi utilizado para caracterização da reincidência.

A conduta social

O exame dessa circunstância judicial traduz verdadeira “culpabilidade pelos fatos da vida”, de duvidosa aceitação, isto porque devem ser examinados, nessa ocasião, os elementos indicativos de inadaptação ou de bom ou mal relacionamento do agente perante a sociedade em que está integrado, sendo necessária uma análise pormenorizada e circunstanciada da forma como o agente se comporta em seu meio.

Assim como a vetorial da personalidade, remonta ao antigo e antidemocrático direito penal de autor, pelo que há quem sugira sua retirada do sistema. Neste contexto, o projeto do novo Código Penal, em tramitação no Congresso Nacional (PLS 236/2012), limitou as circunstâncias judiciais, em seu artigo 75, a apenas seis, em nova e interessante redação, eliminando justamente a conduta social e a personalidade.

Observe-se:

Art. 75: O juiz, atendendo à culpabilidade, aos motivos e fins, aos meios e modo de execução, às circunstâncias e consequências do crime, bem como a contribuição da vítima para o fato, estabelecerá, conforme seja necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III – o regime inicial de cumprimento da pena de prisão;

IV – a substituição da pena de prisão aplicada por outra espécie de pena, se cabível.

Trata-se, como visto, de circunstância de difícil efeito prático, já que os antigos “estudos de vida pregressa” do agente não mais são levados a efeito pelo sistema de Justiça ou são feitos de modo insuficiente.

De todo modo, infere-se a conduta social do réu na análise de fatores que fazem parte da vida do cidadão comum: família, trabalho, escola, vizinhança, etc. A partir destes campos da vida, permite-se analisar o modo de agir do agente nas suas ocupações, sua cordialidade ou agressividade, egocentrismo ou prestatividade, rispidez ou finura de trato, seu estilo de vida honesto ou reprovável.

A personalidade

De acordo com Bitencourt (2012), a personalidade deve ser entendida como a síntese das qualidades morais e sociais do indivíduo. Em sua análise, deve-se verificar sua boa ou má índole, sua maior ou menor sensibilidade ético-social e a presença ou não de eventuais desvios de caráter, de forma a identificar se o crime constituiu um episódio acidental ou corriqueiro na vida do réu.

Segundo o mencionado autor, os atos infracionais análogos a crimes e contravenções praticados pelo réu durante a menoridade penal servem para subsidiar a análise da personalidade do agente, assim como outras infrações criminais praticadas depois do crime objeto do processo em julgamento. Tais circunstâncias constituem elementos concretos demonstradores da personalidade identificada com o crime, que não podem ser ignorados. Nesse sentido também é a jurisprudência egrégio TJMG:

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. FALSO TESTEMUNHO. REDUÇÃO DA PENA-BASE. INVIABILIDADE. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. AUSÊNCIA DE ESTUDO PSICOSSOCIAL DO AGENTE PARA AUFERIR SUA PERSONALIDADE COMO NEGATIVA. OUTROS MEIOS DE PROVA. CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS QUE DEMONSTRA SEU REITERADO ENVOLVIMENTO NA PRÁTICA DE CRIMES. PERSONALIDADE VOLTADA À DELINQUÊNCIA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO DELITO DE USO DE ENTORPECENTES. IMPOSSIBILIDADE. CONDUTA CRIMINOSA. PENA MANTIDA. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA JÁ ANALISADA À EXAUSTÃO. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS REJEITADOS. - É imperativo o aumento da pena-base do réu quando presente ao menos uma circunstância judicial do art. 59 do CP que lhe foi valorada negativamente, respeitando sempre a razoabilidade e proporcionalidade do caso concreto. A fixação da pena-base no patamar mínimo legal cominado ao tipo somente tem lugar se favoráveis absolutamente todas as circunstâncias judiciais inculpidas no art. 59 do Código Penal. - *Se por outros meios de prova for possível concluir que a personalidade do agente é voltada ao cometimento de crimes, como pela extensa certidão de antecedentes criminais, é possível que essa circunstância judicial*

lhe seja considerada como desfavorável, mesmo sem a presença de estudo psicossocial. - O STF ainda não se pronunciou a respeito da suposta inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06, de modo que o referido artigo ainda está em pleno vigor. - Rejeitam-se os embargos de declaração que tem por fim a reapreciação de questões já enfrentadas no aresto que, no entendimento do embargante, não teriam sido analisadas de acordo com a melhor aplicação do direito ou a correta valorização da prova. Ausência dos requisitos constantes do artigo 619 do Código de Processo Penal. - Embargos de declaração rejeitados. (TJMG - Embargos de Declaração - Cr 1.0145.08.495189-9/002, Relator(a): Des.(a) Doorgal Borges de Andrada, 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 24/01/2018, publicação da súmula em 31/01/2018) – grifei.

O colendo STJ, entretanto, tem entendimento de que condenações passadas somente podem ser usadas para fins de antecedentes, não podendo ser utilizados nas vetoriais da personalidade ou da conduta social do agente, visto que tais circunstâncias são muito complexas para se aferir desfavoráveis por simples análise da folha de antecedentes criminais (EAREsp 1311636). Logo, expressões rotineiramente trazidas nas sentenças judiciais como “personalidade criminógena”, “comportamento social reprovável” e “personalidade voltada para o crime” carecem de maiores elementos nos autos, não podendo ser extraídas simplesmente da folha corrida do réu.

Há quem recomende inclusive um estudo psicossocial do agente. Ney Moura Teles (1996) destaca que “a personalidade não é um conceito jurídico, mas do âmbito de outras ciências – da psicologia, psiquiatria, antropologia – e deve ser entendida como um complexo de características individuais próprias, adquiridas, que determinam ou influenciam o comportamento do sujeito”.

Trata-se, como visto, de outra circunstância de difícil aplicação prática. Greco (2020), inclusive, sustenta que tal circunstância não deve ser levada em consideração pelo julgador, pois se mostra contrária ao chamado *direito penal de fato*, visto considerar as características pessoais do autor e não as circunstâncias fáticas da infração que cometeu.

A personalidade se relaciona, portanto, a aspectos como o comportamento agressivo do agente, sua insensibilidade, sua crueldade, maldade, ambição, desonestidade e perversidade, ou seja, as qualidades morais do agente, realmente de difícil aferição com base em uma simples certidão.

Assim, mais elementos devem ser colhidos: o réu é conhecido no meio policial como autor de crimes? É conhecido na comunidade como usuário de drogas? Envolve-se em episódios de violência doméstica? Não é afeto ao

trabalho, vivendo do lucro fácil da atividade criminosa? Dedicar-se ao ócio, sendo rotineiramente visto consumindo bebidas alcoólicas em dias úteis? É indivíduo avalentado e temido na comunidade? Tem fama de andar armado? É violento e agressivo? É facilmente irritável? Como visto, conceitos difíceis de extrair de um simples documento, tornando necessário um trabalho mais elaborado e profissional durante a persecução penal.

Os motivos do crime

Os motivos constituem a fonte propulsora da vontade criminosa. Não há crime sem motivo, ainda que, por vezes, não seja possível identificá-lo ou não nos pareça lógico. Ocorre que o motivo pode ser nobre, o que pode inclusive beneficiar o réu, ou de especial repugnância, o que obviamente irá prejudicá-lo. Assim, para a dosagem da pena é fundamental considerar a natureza e a qualidade dos motivos que levaram o indivíduo à prática do crime.

A título de exemplo, um ocasional crime de furto praticado em situação de desespero para levar alimentos para os filhos famintos não nos parece especialmente reprovável, beirando o estado de necessidade. Já um crime patrimonial cometido para sustentar o hábito das drogas se mostra reprovável e permite a negatificação da vetorial, como pensamos.

As circunstâncias do crime

Nesse tópico, devemos alertar que as “circunstâncias dos crimes” não se confundem com as circunstâncias legais relacionadas no Código Penal em seus artigos 61, 62, 65 e 66, mas defluem do próprio fato delituoso, tal como forma e natureza da ação delituosa, os tipos de meios utilizados, objeto, tempo, lugar, forma de execução e outras semelhantes.

As circunstâncias do crime representam as circunstâncias fáticas do delito, o *modus operandi* da ação criminosa e o comportamento do agente durante a prática ilícita que extrapolem o juízo de censura inerente ao tipo. Afinal, o juízo de censura tangencia todas as circunstâncias judiciais, visto que a culpabilidade representa a medida e o limite de aplicação da pena.

Para fins de ilustração, o assaltante especialmente violento, que ofende e agride as vítimas gratuitamente, que submete a vítima a constrangimentos e humilhações e que pratica atos lesivos desnecessários durante a prática ilícita, merece especial reprovação jurídica, visto que tais comportamentos não são inerentes ao tipo penal e extrapolam o necessário para a simples prática do crime patrimonial.

Várias são as hipóteses passíveis de justificar a consideração desfavorável de tal circunstância judicial: a prática do crime em local de grande aglomeração de pessoas, levando risco desnecessário a terceiros; o elevado número de agentes; o elevado número de armas de grande poder vulnerante; a duração da restrição da liberdade da vítima, dentre inúmeras outras.

Esta vetorial também apresenta especial relevância, visto que se mostra pacífico na doutrina e na jurisprudência que *circunstâncias qualificadoras e causas de aumento de pena podem ser deslocadas para a primeira fase da dosimetria e influir na pena-base*, justamente na vetorial das circunstâncias do crime, como entendemos. Assim, o crime de roubo praticado em concurso de pessoas e com emprego de arma branca permite que uma das majorantes seja utilizada para elevar a pena-base enquanto a outra segue aplicada em local próprio. O crime de homicídio duplamente qualificado permite que uma das qualificadoras seja utilizada na pena-base (ou na segunda fase, como agravante, se houver previsão legal), enquanto a outra qualifica o crime. O julgador, em sua discricionariedade regrada e fundamentada, deve decidir o que se mostra mais razoável no caso concreto e suficiente para reparação e prevenção.

A respeito, o colendo STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DECISÃO MONOCRÁTICA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO USO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES. DOSIMETRIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. INCREMENTO NA PRIMEIRA FASE COM BASE NO CONCURSO DE AGENTES E UTILIZAÇÃO DA OUTRA CAUSA DE AUMENTO PARA MAJORAR A PENA NA TERCEIRA FASE. POSSIBILIDADE. PRESENÇA DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO. PRECEDENTES. QUANTUM DE AUMENTO DA PENA-BASE PROPORCIONAL E FUNDAMENTADO. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. COMPROVAÇÃO DA SUA UTILIZAÇÃO NA AÇÃO CRIMINOSA POR OUTROS MEIOS DE PROVA.

POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r.

decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - Na hipótese, verifica-se que as instâncias ordinárias fixaram a pena-base do paciente acima do mínimo legal, tendo em vista que a majorante do concurso de agentes foi utilizada como circunstância

judicial desfavorável (art. 157, § 2º, inciso II, Código Penal). Tal majoração, entretanto, é legítima, uma vez que a inclusão da majorante sobejante (concurso de agente) como vetorial gravosa na pena-base é prática majoritariamente admitida nesta Corte.

III - Quanto ao critério numérico de aumento para cada circunstância judicial negativa, “A ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não é uma operação aritmética em que se dá pesos absolutos a cada uma delas, a serem extraídas de cálculo matemático, levando-se em conta as penas máxima e mínima cominadas ao delito cometido pelo agente, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada que impõe ao magistrado apontar os fundamentos da consideração negativa, positiva ou neutra das oito circunstâncias judiciais mencionadas no art. 59 do CP e, dentro disso, eleger a reprimenda que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato-crime” (AgRg no HC n. 188.873/AC, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 16/10/2013).

[...]

VI - A toda evidência, o decisum agravado, ao confirmar o aresto impugnado, rechaçou as pretensões da defesa por meio de judiciosos argumentos, os quais encontram amparo na jurisprudência deste Sodalício.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 642.042/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2021, DJe 12/03/2021) – grifei.

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. DOSIMETRIA. CULPABILIDADE. MOTIVAÇÃO CONCRETA DECLINADA. CIRCUNSTÂNCIAS. VALORAÇÃO DA QUALIFICADORA REMANESCENTE. PROPORCIONALIDADE DO INCREMENTO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte - HC 535.063/SP, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgR no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.

3. No tocante à culpabilidade, para fins de individualização da pena,

tal vetorial deve ser compreendida como o juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, o menor ou maior grau de censura do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito. No caso, a pluralidade de tiros que atingiram a vítima, pelas costas, evidencia a maior intensidade do dolo do agente, o que permite o incremento da reprimenda-base.

5. Para fins do art. 59 do Código Penal, as circunstâncias do crime devem ser entendidas como os aspectos objetivos e subjetivos de natureza acidental que envolvem o delituoso. In casu, não se infere ilegalidade na primeira fase da dosimetria, pois o decreto condenatório demonstrou que o modus operandi do delito revela gravidade concreta superior à ínsita aos crimes de homicídio qualificado, pois o crime foi perpetrado de forma premeditada, o que impossibilitou a defesa da vítima.

6. *Nos moldes da jurisprudência desta Corte, “no delito de homicídio, havendo pluralidade de qualificadoras, uma delas indicará o tipo qualificado, enquanto as demais poderão indicar uma circunstância agravante, desde que prevista no artigo 61 do Código Penal, ou, residualmente, majorar a pena-base, como circunstância judicial” (AgRg no REsp n. 1.644.423/MG, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 7/3/2017, Dje 17/3/2017).*

7. *In concreto, a qualificadora dos motivos do crime foi sopesada para tipificar a conduta como homicídio qualificado, remanescendo a qualificadora do art. 121, § 2º, IV, do CP, a qual foi valorada na fixação da pena-base, de forma idônea, a título de circunstâncias do crime.*

8. No que diz respeito ao quantum de aumento da pena-base, cumpre salientar que “o Superior Tribunal de Justiça entende que o julgador não está adstrito a critérios puramente matemáticos, havendo certa discricionariedade na dosimetria da pena, vinculada aos elementos concretos constantes dos autos.

9. No entanto, o quanto de aumento, decorrente da negatização das circunstâncias, deve observar os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da necessidade e da suficiência à reprovação e à prevenção do crime, informadores do processo de aplicação da pena” (REsp 1.599.138/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 24/4/2018, Dje 11/5/2018) – grifei.

10. Mantida a valoração negativa das duas vetoriais, descabe falar em excesso na elevação da pena-base em 3 anos, considerando o intervalo de apenamento do crime de homicídio qualificado, bem como em razão dos maus antecedentes do agente, os quais foram valorados, de igual modo, na primeira fase da dosimetria.

11. Writ não conhecido.

(HC 646.905/ES, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/03/2021, Dje 19/03/2021)

As consequências do crime

As consequências do crime representam o resultado da conduta do agente em relação à vítima, sua família ou sociedade. Quando próprias do tipo, não se prestam à exasperação da pena na primeira fase da dosimetria. Assim, a negatificação da vetorial relaciona-se à extrapolação da consequência natural esperada pela prática ilícita.

A hipótese é bem demarcada nos casos de homicídio, em que a vítima pode deixar viúva ou filhos menores que lhe eram dependentes econômicos, vindo o agente a reduzir a família à miséria. Também se podem considerar circunstâncias danosas do homicídio o trauma psicológico causado pela ação delitiva, como na hipótese em que o agente assassina a esposa na frente dos filhos menores, causando-lhes inarredável trauma, fato este que demanda, obviamente, um tratamento mais severo. No homicídio tentado, os ferimentos sofridos pela vítima que lhe limitam os movimentos e dificultam a vida em sociedade também podem levar à consideração da circunstância como desfavorável.

Na verdade, o trauma psicológico da ação criminosa violenta sempre serve para negativar a circunstância, o que não se restringe apenas ao crime de homicídio, ocorrendo também, a título de ilustração, na hipótese em que a vítima do roubo ou do estupro passa a ter medo de sair sozinha ou desenvolve transtornos psicológicos como a agorafobia.

Nas lesões corporais, constitui consequência que extrapola o tipo a hipótese em que a vítima retém constrangedoras marcas da agressão pelo corpo, prejudicando seu convívio social.

Nos crimes patrimoniais, o prejuízo causado à vítima tem sido considerado circunstância relevante a justificar a negatificação da vetorial, o que não sucede quando a coisa é recuperada por ato da polícia ou restituída pelo próprio criminoso. Aliás, nos crimes em geral, o prejuízo representa um fator determinante para negatificação desta circunstância, como no dano ao erário causado nos crimes contra a administração pública, que limita o investimento público e prejudica a prestação do serviço à população.

A respeito:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO QUALIFICADO TENTADO - MATERIALIDADE E AUTORIA INCONTESTES - PENA-BASE - CONDUTA SOCIAL - PROCESSOS SEM CONDENAÇÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO - IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO PARA A ANÁLISE DESFAVORÁVEL DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS - SUM. 444 STJ - CONSEQUÊNCIAS NEGATIVAS

VERIFICADAS - PREJUÍZO CONSIDERÁVEL SUPOSTO PELA VÍTIMA - QUANTUM DA TENTATIVA - ITER CRIMINIS PERCORRIDO – MANUTENÇÃO.

- “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base” (Súmula 444 do STJ)

- *A valoração negativa das consequências do crime é admissível nos casos em que evidenciado considerável prejuízo causado à vítima.*

- O quantum da tentativa deve ser fundamentado de acordo com o iter criminis percorrido, ou seja, com os atos que foram praticados pelo acusado até o momento em que foi interrompido por circunstâncias alheias a sua vontade. (TJMG - Apelação Criminal 1.0024.17.072649-1/001, Relator(a): Des.(a) Cássio Salomé, 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 19/08/2020, publicação da súmula em 21/08/2020) – grifei.

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBOS MAJORADOS – ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – CONFISSÃO E DELAÇÃO EXTRAJUDICIAIS EM HARMONIA COM AS DEMAIS PROVAS – CONDENAÇÃO MANTIDA – PENA-BASE – REDUÇÃO PARA O MÍNIMO LEGAL – IMPOSSIBILIDADE – CONSEQUÊNCIAS DO CRIME DESFAVORÁVEIS – PRESENÇA DE DUAS MAJORANTES – CONCURSO DE PESSOAS E EMPREGO DE ARMA – CRITÉRIO QUALITATIVO E NÃO QUANTITATIVO – ALTERAÇÃO DO PERCENTUAL DE AUMENTO PARA 1/3 (UM TERÇO) - NECESSIDADE – RECURSO PROVIDO EM PARTE – HABEAS CORPUS DE OFÍCIO – CORRÉU NÃO APELANTE – REDUÇÃO DA PENA – NECESSIDADE – ORDEM CONCEDIDA. (...) - *Deve ser considerada desfavorável ao réu a circunstância judicial das consequências do crime quando o ofendido sofrer prejuízo em razão da ausência de restituição da res apropriada, justificando-se a fixação da pena-base em patamar um pouco superior ao mínimo legal.* (...) (TJMG – Apelação Criminal nº 1.0035.05.054410-1/001, Relator(a): Des.(a) Agostinho Gomes de Azevedo, 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 17/10/2013, publicação da súmula em 25/10/2013) - grifei.

O comportamento da vítima

No tocante à circunstância judicial do comportamento da vítima, o tema se mostra bastante desafiador, até porque a doutrina diverge em relação aos critérios de análise dessa vetorial, bem como em relação às suas consequências na pena-base. Enquanto parte dos doutrinadores entende que o comportamento da vítima pode ser apenas interpretado de forma neutra ou favorável ao condenado, outros defendem que essa circunstância também pode gerar consequências negativas ao réu.

Na verdade, não entendemos como uma circunstância judicial possa existir de forma limitada, apenas em benefício do infrator, o que acarre-

taria indevida quebra do sistema. Afinal, as circunstâncias são favoráveis ou desfavoráveis. A expressão “neutra”, a menos que se aceite a contestada compensação entre circunstâncias judiciais positivas e negativas, representa o mesmo que ser favorável, já que não elevará a pena-base.

Obviamente, por vezes o comportamento da vítima pode ser benéfico ao réu, como no caso da vítima provocadora e irritante, que acaba agredida pelo acusado após levá-lo ao descontrole emocional. Há ocasiões em que a vítima verdadeiramente “contribui” para o crime, pelo que o juízo de censura que recai sobre a conduta do réu deve ser reduzido. Na colocação de Mirabete (2005),

“estudos de vitimologia demonstram que as vítimas podem ser ‘colaboradoras’ do ato criminoso, chegando-se a falar em ‘vítimas natas’ (personalidades insuportáveis, criadoras de casos, extremamente antipáticas, pessoas sarcásticas, irritantes, homossexuais e prostitutas, etc.). Maridos verdugos e mulheres megeras são vítimas potenciais de cônjuges e filhos; homossexuais, prostitutas e marginais sofrem maiores riscos de violência diante da psicologia doentia de neuróticos com falso entendimento da justiça própria. Quem vive mostrando sua carteira recheada de dinheiro aumenta as probabilidades do furto e do roubo; o adúltero há de ser morto pelo cônjuge. A jovem de menor pudor pode induzir o agente de estupro ou atentado violento ao pudor pelas suas palavras, roupas e atitudes imprudentes, etc. Tais comportamentos da vítima, embora não justifiquem o crime, diminuem a censurabilidade da conduta do autor do ilícito, implicando abrandamento da pena”.

Embora haja uma carga de ultrapassado preconceito em tais afirmações (afinal, a simples orientação sexual de uma pessoa, fruto da complexidade do ser humano, não pode, por si só, beneficiar o infrator que se sentiu “ofendido” com o comportamento de terceiro, contrário ao seu pensamento individual. Os trajes de uma mulher, dentro de sua liberdade individual, ou mesmo seu comportamento social não podem, por si só, servir de fundamento para o abrandamento da pena do agressor – vide a “Marcha das Vadias”, que protesta justamente contra tal linha de pensamento), é inegável que há situações em que a vítima “provoca” a ação delitiva. A circunstância então se mostra favorável ao infrator, quando não atenua a pena (art. 65, III, “c”, do CP).

Todavia, quando a vítima nada faz para estimular a ação criminosa, notadamente quando busca evitar a prática ilícita, reagindo à ação delitiva, pedindo socorro, entrando em luta corporal com o autor ou tentando fugir de seu algoz, não entendemos por que tal comportamento não possa ser considerado desfavorável ao réu, que praticou o crime apesar da reação

da vítima, que tentou evitá-lo, tendo o agente, mesmo diante das dificuldades impostas pelo sujeito passivo, optado por prosseguir na prática ilícita, merecendo, por conseguinte, maior censura social e consequente exasperação da pena.

Certo é que nem todo delito permite o exame da circunstância judicial em comento, como no caso dos crimes vagos, em que o sujeito passivo imediato é indeterminado e, por essa razão, não se mostra possível a análise da circunstância. O mesmo ocorre no tocante a crimes em que, muito embora haja sujeito passivo determinado, o comportamento da vítima não possui qualquer inferência na sua prática, como no caso da receptação.

Na esfera dos delitos contra o patrimônio, pode-se considerar como atitude da vítima que busca impedir a prática delituosa a adoção de sistema de alarme ou outros métodos de segurança, sendo estes meios indicativos seguros de que pretendeu evitar o crime. Em se tratando de crimes cometidos em âmbito doméstico, temos a situação recorrente do agente que pratica o crime em face da vítima que busca do agressor se esquivar, alterando seu número de telefone, evitando contato pessoal e até mesmo pleiteando judicialmente o seu afastamento. Estes são alguns dentre inúmeros exemplos que podem configurar hipóteses desfavoráveis ao acusado e aptos a acarretar, em consequência, aumento da pena.

A propósito, tais hipóteses são bastante comuns na prática, mas muitas vezes ignoradas quando da prolação da sentença condenatória, em desrespeito às especificidades do feito e à necessidade de individualização da reprimenda.

O entendimento dominante, contudo, é que tal circunstância não deve desfavorecer o condenado. Respeitosamente, discordamos.

A propósito, o Tribunal da Cidadania:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. TIPIFICAÇÃO DO ART. 313-A. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DOSIMETRIA. PERSONALIDADE E COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. INTERRUÇÃO DO LAPSO TEMPORAL. ÚLTIMO MARCO INTERRUPTIVO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. CONCEDIDO HABEAS CORPUS DE OFÍCIO PARA RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO.

1. É entendimento pacífico desta Corte que a ausência de enfrentamento da questão objeto da controvérsia pelo Tribunal a quo impede o acesso à instância especial, porquanto não preenchido o requisito constitucional do prequestionamento, nos termos da Súmula n. 282 do Supremo Tribunal Federal.

[...]

4. São reiterados os precedentes desta Corte segundo os quais o comportamento da vítima não deve exasperar a pena-base. Ou seja, essa circunstância judicial será considerada neutra (não interferindo na pena), ou será utilizada favoravelmente ao réu (minorando a pena-base exasperada por outra circunstância judicial), jamais para lhe prejudicar.

[...]

7. Recurso especial parcialmente provido para fixar a sanção definitiva da pena em 2 anos de reclusão. Contudo, concedo habeas corpus, de ofício, para, com amparo nos arts. 109, V, e 110, § 1º, ambos do CP, declarar extinta a punibilidade do recorrente, pela prescrição da pretensão punitiva, no Processo n. 0004149-72.2012.4.05.8300.

(REsp 1528244/PE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2021, DJe 15/03/2021) – grifei.

E o egrégio TJMG:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO. PENA-BASE. REDUÇÃO. NECESSIDADE. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. DANO MORAL. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PARA AFERIÇÃO. DADO PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. 1. A circunstância judicial referente ao comportamento da vítima, presente no artigo 59 do Código Penal, somente pode favorecer o réu ou lhe ser indiferente, nunca servindo como fundamento para elevação da pena-base. 2. A ausência de elementos colhidos durante a instrução para mensurar o dano moral suportado pelas vítimas inviabiliza a fixação de quantum justo e razoável, devendo ser a questão objeto de discussão na esfera cível, onde haverá a devida dilação probatória. 3. Dado parcial provimento ao recurso. (TJMG - Apelação Criminal 1.0024.19.058278-3/001, Relator(a): Des. (a) Marcílio Eustáquio Santos, 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 10/06/2020, publicação da súmula em 17/06/2020) – grifei.

Delineadas as circunstâncias judiciais, questão tormentosa que se apresenta é a influência de cada uma delas na fixação da pena-base.

Particularmente, consideramos ilógica e contraproducente a fixação aleatória do *quantum* da reprimenda na pena-base, como rotineiramente se observa nas lides forenses, em uma verdadeira “loteria judiciária”. Se o juiz é mais rigoroso, fixa pena-base maior. Se não, a pena permanece próxima ao mínimo, em que pese a presença de várias vetorais negativas.

Fazer a compensação entre circunstâncias judiciais favoráveis e desfavoráveis também conduz fatalmente à fixação da pena-base em patamar aquém do recomendável, até porque, como visto, há circunstâncias de improvável negatização ou que sempre beneficiarão o condenado.

Também não somos favoráveis à aplicação de entendimentos sem respaldo na legislação, que sugerem “partir do terço médio” da pena e ir aumentando ou reduzindo na presença de circunstâncias favoráveis ou desfavoráveis ou ainda “partir do máximo” e ir reduzindo a pena na presença de circunstâncias favoráveis.

Assim, na tentativa de trazer alguma coerência ao sistema, surgiram dois modelos: um deles propõe a elevação de 1/6 aplicada sobre o patamar mínimo por cada circunstância negativa, visto que este é o patamar usual em causas de aumento. Outro prevê a elevação sobre o mínimo abstrato em 1/8 do intervalo entre os patamares mínimo e máximo cominados no preceito secundário do tipo incriminador, já que oito são as circunstâncias judiciais. Observe-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. AUMENTO. PROPORCIONALIDADE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Nos termos do entendimento desta Corte, considerando o silêncio do legislador, a doutrina e a jurisprudência estabeleceram dois critérios de incremento da pena-base, por cada circunstância judicial valorada negativamente, sendo o primeiro de 1/6 (um sexto) da mínima estipulada e outro de 1/8 (um oitavo) a incidir sobre o intervalo de condenação previsto no preceito secundário do tipo penal incriminador (AgRg no AgRg nos EDcl no AREsp 1617439/PR, Rel.

Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2020, DJe 28/09/2020).

[...]

(AgRg no REsp 1900150/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2021, DJe 15/03/2021) – grifei.

Embora sempre tenhamos considerado que se deva partir do mínimo cominado, até porque pena fixada no patamar mínimo não necessita de rigorosa fundamentação, nunca concordamos com o critério de 1/6, por carecer de certa lógica matemática. Afinal, como são oito as circunstâncias judiciais, mostra-se hipoteticamente possível a concomitância de mais de seis vetoriais negativas, embora se trate de hipótese de difícil ocorrência.

Imaginemos: autor de roubo com várias condenações anteriores, péssimo comportamento demonstrado em estudo psicossocial, o qual atesta que nunca se dedicou ao trabalho honesto, temido na comunidade por seu reiterado envolvimento em crimes graves, ataca um casal de idosos em sua residência e os agride violentamente, levando o dinheiro da aposentadoria, que não é recuperado, visando, com sua conduta, adquirir

drogas para comercialização. Poderíamos negatar as vetoriais da culpabilidade, dos antecedentes, das circunstâncias do crime, dos motivos do crime, da personalidade, da conduta social e das consequências do crime, sem falar no comportamento das vítimas, que nada fizeram para estimular a ação do réu, estando no recesso do lar quando foram atacadas. Grosso modo, percebem-se facilmente sete vetoriais negativas).

Se considerarmos a lógica de 1/6 da pena-base para cada circunstância, a pena dobraria em 6/6, atingindo o limite possível na espécie. Iríamos para 7/6? 8/6? A conta não fecha, até porque nunca atingiríamos o máximo abstrato.

Assim, por uma questão de lógica jurídica, sempre comungamos com o entendimento de que *o aumento por cada circunstância judicial desfavorável deve representar um oitavo do intervalo entre o mínimo e o máximo abstratos*, já que oito são as circunstâncias judiciais.

A título de ilustração, no caso do furto qualificado, um oitavo do intervalo corresponde a exatos 09 meses, visto que a pena cominada varia de 02 a 08 anos.

Logo, quando presente apenas uma circunstância desfavorável, a pena-base será fixada em 02 anos e 09 meses; com duas circunstâncias desfavoráveis, a pena-base será fixada em 03 anos e 06 meses; com três vetoriais negativas, em 04 anos e 03 meses e assim sucessivamente.

Tal entendimento é amplamente aceito no STJ:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO TENTADO. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. VALORAÇÃO DA QUALIFICADORA REMANESCENTE NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. PRESENÇA DE DUAS CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO A SEREM SOPESADAS. ELEVAÇÃO MAIS EXPRESSIVA DA BÁSICA. PROPORCIONALIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDO. REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...). 6. *Diante do silêncio do legislador, a jurisprudência e a doutrina passaram a reconhecer como critério ideal para individualização da reprimenda-base o aumento na fração de 1/8 por cada circunstância judicial negativamente valorada, a incidir sobre o intervalo de pena abstratamente estabelecido no preceito secundário do tipo penal incriminador. Deveras, tratando-se de patamar meramente norteador, que busca apenas garantir a segurança jurídica e a proporcionalidade do aumento da pena, é facultado ao juiz, no exercício de sua discricionariedade motivada, adotar quantum de incremento diverso diante das peculiaridades do caso concreto e do maior desvalor do agir do réu. (...)* (HC 594.024/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2020, DJe 10/08/2020) – grifei.

Somente desta forma a pena aproximar-se-ia do máximo previsto em lei, ou até o atingiria, se fosse possível a presença concomitante de oito circunstâncias desfavoráveis.

De todo modo, o critério exposto não visa retirar a discricionariedade do julgador. Sempre é possível, no caso concreto, valorar determinada circunstância a maior ou a menor, de acordo com as especificidades do delito. Mas não se pode negar que o critério em análise, que propõe o aumento de um oitavo do intervalo por cada circunstância judicial negativa, traz segurança, clareza e proporcionalidade na aplicação da pena.

Este critério, lógico e objetivo, já consagrado em inúmeras decisões do STJ, busca evitar a malsinada “loteria judiciária”, evitando cominações arbitrárias de pena vinculadas somente ao pensamento individual de cada julgador.

Ainda o STJ:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. MOTIVAÇÃO IDÔNEA DECLINADA. PROPORCIONALIDADE DO AUMENTO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARCIAL QUANTO A UM DOS DELITOS. SÚMULA 545/STJ. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE EM RELAÇÃO AO CRIME CONFESSADO. SÚMULA 443/STJ. CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA INCREMENTO SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL PELA INCIDÊNCIA DAS MAJORANTES. REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDO. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

5. Deve ser reconhecida a proporcionalidade do aumento operado na primeira fase da dosimetria. Verifica-se que a pena-base de ambos os réus foi estabelecida em 6 anos de reclusão, dada a presença de três circunstâncias judiciais desfavoráveis, quais sejam, “culpabilidade”, “circunstâncias” e “consequências” do crime. *Decerto, considerando o critério ideal de aumento de 1/8 por vetorial desabonadora, a incidir sobre o intervalo de pena do crime de roubo (72 meses), chega-se ao incremento de 9 meses por vetorial desabonadora. Assim, revela-se favorável aos pacientes a fixação da básica 24 meses acima do piso legal de 4 anos. [...]*

(HC 433.782/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 25/04/2018) - grifei

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. VALORAÇÃO DE TÍTULOS CONDENATÓRIOS ATINGIDOS PELO PRAZO DEPURADOR DE CINCO ANOS. POSSIBILIDADE. DESPROPORCIONALIDADE DO AUMENTO DA PENA-BASE NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

4. No caso, ao contrário do sustentado pela impetrante, descabe falar em desproporcionalidade no aumento da básica, pois os parâmetros adotados na dosimetria foram, na verdade, bastante favoráveis ao réu. *Com efeito, estabelecido a fração ideal de aumento de 1/8 (um oitavo) por circunstância judicial desabonadora, fazendo-a incidir sobre o intervalo de pena em abstrato do preceito secundário do crime de furto qualificado (6 anos), chegar-se-ia ao acréscimo da reprimenda em 9 meses, ou seja, em patamar superior ao estabelecido pelas instâncias ordinárias, que limitaram a exasperação a 6 meses.*

Ademais, forçoso reconhecer que existência de três títulos condenatórios a serem sopesados na primeira fase do procedimento dosimétrico permitiria que o incremento da pena-base fosse superior ao critério ideal de 9 meses.

5. Writ não conhecido.

(HC 433.281/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 20/06/2018) – grifei.

E o egrégio TJMG:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - HOMICÍDIO QUALIFICADO - DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA ÀS PROVAS DOS AUTOS - INOCORRÊNCIA - REDUÇÃO DA PENA-BASE - NECESSIDADE - REAPRECIÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS PREVISTAS NO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. Na conformidade do entendimento condensado na Súmula 28 deste Tribunal, não se qualifica como manifestamente contrária à prova dos autos a decisão tomada pelo Conselho de Sentença que se apoia em uma das versões apresentadas em Plenário de julgamento. Para fixar a pena-base, deve-se considerar as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. Sendo elas, em sua maioria, favoráveis ao réu, deve-se fixar a pena-base no próximo ao mínimo legal. *A jurisprudência tem aceitado, como parâmetro para se chegar a uma exasperação proporcional, o aumento na fração de 1/8 (um oitavo) sobre o intervalo entre as margens mínima e máxima da pena, por cada uma das oito circunstâncias do art. 59, CP.* (TJMG - Apelação Criminal 1.0453.08.014018-0/003, Relator(a): Des.(a) Paulo César Dias, 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 02/07/2019, publicação da súmula em 12/07/2019)

Repita-se: o critério não é puramente matemático. É apenas um norteador, um parâmetro, uma linha de raciocínio a orientar o julgador, que sempre pode se afastar do *quantum* sugerido, desde que de modo fundamentado, explicando ao operador do direito porque considerou tal situação mais ou menos gravosa, merecedora de maior ou menor censura social.

Respeitosamente e com a devida vênia a entendimentos contrários, consideramos este o melhor sistema.

4. Da pena provisória (ou intermediária)

Na segunda fase da dosimetria, na pena provisória, incidem sobre a pena-base as circunstâncias agravantes e atenuantes, sem que a lei tenha especificado um *quantum* fixo para aumento ou diminuição.

Novamente comungamos com o entendimento de que a ausência de critérios é prejudicial ao sistema e contribui para a perpetuação da “loteria judiciária”. Assim, também se mostra necessária a devida parametrização da segunda fase da dosimetria.

Interessante é que o Código Penal de 1969 (Decreto-Lei nº 1004, de 21/10/1969), revogado em 1978 sem nunca ter entrado em vigor, trazia um critério objetivo para agravantes e atenuantes, em seu artigo 59: “Quando a lei determina a agravação ou atenuação da pena sem mencionar o *quantum*, deve o juiz fixá-lo entre um quinto e um terço, guardados os limites da pena cominada ao crime”.

Mas tal texto nunca teve vigência, pelo que, à míngua de previsão legal, o entendimento que entendemos mais satisfatório utiliza como parâmetro o patamar mínimo fixado para causas de aumento ou diminuição (majorantes e minorantes), estipulado em 1/6 (um sexto), salvo motivo razoável e fundamentado que justifique variação diversa. Nesse sentido, os ensinamentos de Cezar Roberto Bitencourt:

O Código não estabelece a quantidade de aumento ou de diminuição das agravantes e atenuantes legais genéricas, deixando ao prudente arbítrio do juiz. *No entanto, sustentamos que a variação dessas circunstâncias não deve ir muito além do limite mínimo das majorantes e minorantes, que é fixado em um sexto.* Caso contrário, as agravantes e as atenuantes se equiparariam àquelas causas modificadoras da pena que, a nosso juízo, apresentam maior intensidade, situando-se pouco abaixo das qualificadoras (no caso das majorantes). (Tratado de direito penal: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v.1, p. 708) – grifei.

O Tribunal da Cidadania:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE AMEAÇA. REINCIDÊNCIA. AUMENTO ACIMA DE 1/6. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ILEGALIDADE FLAGRANTE. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO IMPROVIDO. [...] 2. Apesar de a lei penal não fixar parâmetro específico para o aumento na segunda fase da dosimetria da pena, o magistrado deve se pautar pelo princípio da razoabilidade, não se podendo dar às circunstâncias agravantes maior expressão quantitativa que às próprias causas de aumentos, que

variam de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços). *Portanto, via de regra, deve se respeitar o limite de 1/6 (um sexto)* (HC 282.593/RR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2014, DJe 15/08/2014). 3. Hipótese em que pena foi elevada em 100%, na segunda fase, em face de circunstância agravante, sem fundamentação, o que não se admite, devendo, pois, ser reduzida a 1/6, nos termos da jurisprudência desta Corte.4. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 373.429/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 13/12/2016) – grifei.

E o egrégio TJMG:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - SEQUESTRO - ROUBO E DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS - ART.148, §1º, IV, C/C ART.157, CAPUT, AMBOS DO CP, C/C ART.24-A, DA LEI Nº11.340/2006 DÚVIDA RELEVANTE ACERCA DA EXISTÊNCIA DOS CRIMES - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO - ABSOLVIÇÃO – NECESSIDADE. - Não estando a versão apresentada pela vítima em consonância com as demais provas produzidas nos autos e, havendo diversas contradições nas declarações por ela prestadas, emergindo fundadas dúvidas a respeito da prática dos crimes narrados na denúncia, deve-se invocar o princípio in dubio pro reo para se absolver o acusado.

V.V. APELAÇÃO CRIMINAL - SEQUESTRO, ROUBO SIMPLES E DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - PALAVRA DAS VÍTIMAS - RELEVÂNCIA - COERÊNCIA COM AS DEMAIS PROVAS COLHIDAS NOS AUTOS - REDUÇÃO DAS PENAS-BASES - NECESSIDADE - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS MAJORITARIAMENTE FAVORÁVEIS AO RÉU - PATAMAR DE EXASPERAÇÃO PELA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA - UM SEXTO.

- É de rigor a manutenção da condenação do acusado se a materialidade e a autoria delitiva foram devidamente comprovadas, sobretudo pelos relatos firmes e coerentes das vítimas que, em crimes desta natureza, praticados na clandestinidade, revestem-se de extrema relevância para o deslinde do caso. - Impõe-se a redução das penas-bases se as circunstâncias judiciais são majoritariamente favoráveis ao réu. - *Embora não exista previsão legal a respeito do quantum, a jurisprudência majoritária é no sentido de que o aumento ou diminuição por força do reconhecimento das agravantes e atenuantes não deve ultrapassar o limite de 1/6 (um sexto) sobre a pena-base.* (TJMG - Apelação Criminal 1.0481.18.005532-1/001, Relator(a): Des.(a) Jaubert Carneiro Jaques, 6ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 04/08/2020, publicação da súmula em 17/08/2020) – grifei.

Assim, salvo fato específico que justifique maior elevação (a multirreincidência e a reincidência específica, por exemplo) ou maior redução (a especial relevância dos motivos do crime, por exemplo), deve-se respeitar o patamar de 1/6.

Outra questão tormentosa é a possibilidade de agravantes e atenuantes elevarem ou reduzirem a pena acima ou abaixo de seu balizamento legal.

Embora haja inúmeros argumentos a favor (todos defensivos, diga-se de passagem, sustentando que atenuantes podem trazer a pena abaixo do mínimo abstrato em face do princípio da individualização da pena, em atenção ao modelo garantista do direito penal consagrado na Constituição Federal, ao fato do art. 65 do CP afirmar textualmente que atenuantes “sempre” atenuam a pena, dentre outros), consideramos acertado o entendimento já consagrado na Súmula 231 do STJ: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

E referendado pelo Grupo de Câmaras Criminais do TJMG, na Súmula 42: “Nenhuma circunstância atenuante pode reduzir a pena aquém do mínimo legal, como nenhuma agravante pode aumentá-la além do máximo cominado”. (unanimidade).

Embora a Súmula 231 se refira expressamente a atenuantes, o mesmo raciocínio vale para agravantes, por uma questão de isonomia, como bem exposto na Súmula 42, não podendo também ser ultrapassado o teto previsto na norma face à incidência de tais circunstâncias.

Logo, com a devida vênia a visões e posicionamentos contrários, continuamos sustentando o entendimento já consagrado de que atenuantes e agravantes se limitam ao *quantum* abstrato trazido no tipo. Afinal, agravantes e atenuantes são circunstâncias periféricas que não podem aumentar ou reduzir o juízo de reprovação jurídica que o legislador fixou para a conduta em patamares que extrapolem o permissivo legal.

Assim, os enunciados das súmulas citadas, embora não tenham caráter vinculante, efetivamente espelham a melhor orientação sobre o tema. Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. IMPRESTABILIDADE DA ARMA DE FOGO. AFASTAMENTO DO AUMENTO DA PENA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INAPLICABILIDADE NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. WRIT NÃO CONHECIDO E, NO MAIS, ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO APENAS EM PARTE. 1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal. 2. “Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que ‘De acordo com a Súmula n. 231 do STJ, descabe a

redução da pena na segunda fase da dosimetria a patamar aquém do mínimo legal em razão da existência de circunstância atenuante, no caso, a menoridade relativa' (HC n. 404.340/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, Dje de 20/3/2018, grifei). Precedentes (AgRg no AREsp 1.261.222/RN, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 4/6/2018). 3. A jurisprudência desta Corte Superior está sedimentada no sentido de que a utilização de arma desmuniçada ou sem potencialidade para realização de disparo, utilizada como meio de intimidação, serve unicamente à caracterização da elementar grave ameaça, não se admitindo o seu reconhecimento como a causa de aumento de pena em questão. 4. Writ não conhecido e, no mais, ordem concedida, de ofício, em parte, apenas para reduzir a pena para 5 anos e 4 meses de reclusão.

(HC 445.043/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 06/03/2019).

Por fim, outro ponto relevante a influir na dosagem da pena provisória é a questão da “preponderância” das circunstâncias agravantes e atenuantes, conforme previsto no art. 67 do CP:

Art. 67 - No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.

Esta “preponderância” sempre foi extremamente tormentosa. Há quem defenda que sequer deveria existir:

(...) não existe fundamento científico para a preponderância, em abstrato, de determinadas circunstâncias sobre as demais, sejam elas objetivas ou subjetivas, porque o fato criminoso, concretamente examinado, é que deve indicar essa preponderância. (Mirabete, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal I *apud* Cezar Roberto Bitencourt. Tratado de Direito Penal I. São Paulo. Editora Saraiva. 2017. P. 584).

De todo modo, a lei elenca como “preponderantes” as circunstâncias que derivam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência. Todas de caráter pessoal. A reincidência é sempre preponderante, por expressa previsão legal, até porque sugere propensão à vida criminosa.

A menoridade também é considerada preponderante (para alguns, incidindo até mesmo sobre a reincidência), visto que se relaciona à personalidade ainda em formação do indivíduo. O mesmo raciocínio vale para a senilidade, preponderante pela gradual perda das faculdades mentais com a idade avançada, o que afeta o poder decisório do indivíduo.

A confissão também é citada com possível preponderância sobre as demais, por supostamente demonstrar arrependimento e indícios de ressocialização, influenciando na personalidade.

Por fim, os motivos do crime, desde que relevantes e altruístas (atenuantes) ou especialmente reprováveis (agravantes), também são considerados preponderantes. Difícil a aplicação prática, como se percebe.

No concurso de uma circunstância preponderante com outra que não o seja, a solução é simples: aplica-se a preponderante. No concurso de duas circunstâncias preponderantes, tem-se entendido que uma anula a outra, o mesmo valendo quando do concurso de duas circunstâncias não preponderantes.

Mas não é tão simples e as dúvidas são comuns. O Pretório Excelso tem entendimento consolidado de que a reincidência prepondera sobre a confissão:

O acórdão impugnado está em conformidade com a jurisprudência de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que, a teor do art. 67 do Código Penal, “a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada” (RHC 110.727, Rel. Min. Dias Toffoli). 2. Habeas Corpus extinto sem resolução de mérito por inadequação da via processual (HC 105.543/MS, j. 29/04/2014).

Sempre comungamos com tal entendimento, pois, se a reincidência indica que a pena dantes aplicada não foi suficiente para afastar o réu da senda do crime, as confissões que atualmente se percebem nas lides forenses nada têm de espontâneas. Quando muito, são voluntárias e raramente demonstram arrependimento.

De fato, após a mirirreforma processual de 2008, com o deslocamento do interrogatório para o final da instrução, o que se percebe (na verdade salta aos olhos) é que a confissão no interrogatório é vinculada à qualidade da prova colhida no processo. Se prejudicial ao réu, quando se percebe que a condenação é inevitável, confessa para obter a atenuante. Se duvidosa ou, na visão da defesa, insuficiente, utiliza o direito constitucional ao silêncio ou nega a autoria.

Nada mais existe daquela “espontaneidade” trazida no texto original do CP, inicialmente dirigida a criminosos que confessassem infrações das quais sequer eram suspeitos diretos, facilitando a investigação e a posterior *persecutio criminis in judicio*.

Logo, consideramos que a reincidência prepondera sobre a confissão, até porque possui expressa previsão legal.

O STJ, contudo, tem entendimento diverso, permitindo a compensação, com a ressalva de que, em caso de múltiplas condenações anteriores, a compensação não pode ser total, mas, quando muito, parcial. Afinal, seria um contrassenso uma confissão anular quatro ou cinco condenações anteriores. Assim, uma delas pode perfeitamente compensar a atenuante, enquanto as demais elevam a pena na segunda fase, quando, obviamente, não tiverem sido utilizadas para elevar a pena-base nos antecedentes, o que acarretaria intolerável *bis in idem*.

A respeito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. FURTO SIMPLES. DOSIMETRIA. 1ª FASE. ANÁLISE NEGATIVA DA CONDUTA SOCIAL COM BASE EM ANOTAÇÕES CRIMINAIS. IMPOSSIBILIDADE. EXCLUSÃO. 2ª FASE. ALEGAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. NÃO CARACTERIZADO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E MULTIRREINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO PARCIAL. POSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]

IV - Embora reconhecida a atenuante da confissão no presente caso, é inviável a compensação integral com a agravante, considerando que o paciente é efetivamente multirreincidente. Com efeito, em se tratando de agente que ostenta mais de uma sentença configuradora de reincidência (cinco), a compensação deve ser parcial. Assim, demonstrada a multirreincidência, o paciente faz jus à compensação parcial, de forma que nenhuma censura merece o quantum estabelecido pelo v. acórdão impugnado, que se mostra proporcional.

Habeas corpus não conhecido. [...]

(HC 521.082/MG, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 19/11/2019) – grifei.

5. Da pena definitiva

Na terceira fase da dosimetria, tratamos do concurso de causas de aumento e diminuição. Neste ponto também há importantes aspectos a considerar, uma vez que a discricionariedade do julgador não deve ser absoluta na escolha do *quantum* de aumento ou diminuição.

A princípio, a súmula 443 do STJ nos traz um relevante balizamento: “O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo cir-

cunsciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes”.

Obviamente, tal interpretação não pode se restringir somente ao roubo circunstanciado (ou majorado), mas a qualquer situação análoga. Assim, a presença de duas majorantes, como o emprego de arma branca e o concurso de pessoas, por si só, não serve de justificativa para elevação das penas em patamar superior ao mínimo de 1/3 (em uma previsão legal de 1/3 à metade trazida no § 2º do art. 157 CP), devendo o juiz demonstrar, em cada caso concreto, as razões que o levaram a elevar a pena provisória, sobre a qual incide a pena final, em patamar superior ao mínimo, reflexo de um maior juízo de reprovação jurídica sobre o fato.

Especificamente quanto ao roubo, várias são as hipóteses passíveis de justificar o acréscimo superior ao mínimo: o elevado número de agentes, a presença de várias armas brancas com real poder intimidante, a restrição da liberdade da vítima por tempo considerável, causando-lhe profundo temor, dentre outras, cabendo sempre lembrar que a mesma circunstância não pode ser considerada em duplicidade. A título de exemplo, se o juiz considerou o número de agentes para elevar a pena-base na vetorial das circunstâncias do crime, não pode novamente considerar tal fato na terceira fase.

Interessante questão se apresenta no parágrafo único do artigo 68 do CP e tem sido objeto de muita divergência:

Art. 68. A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

Como visto, o juiz pode, na presença de várias causas de aumento ou diminuição, aplicar somente uma delas, a que mais aumente ou a que mais diminua. **Ênfase no “pode”, tratando-se obviamente de uma possibilidade, um permissivo legal e não uma obrigação, um dever, uma norma cogente.** Logo, de modo devidamente fundamentado, o juiz pode aplicar todas as causas de aumento ou diminuição existentes, desde que, obviamente, explique suas razões de decidir.

Em um exemplo prático, alteração legislativa recente (Lei 13654/2018) retirou, no crime de roubo, o emprego de arma de fogo do § 2º, inciso I,

do artigo 157 do CP, deslocando-o para o § 2º-A e alterando o *quantum* do aumento de 1/3 à metade para uma elevação fixa de 2/3.

Art. 157. (...)

§ 2º-A. A pena aumenta-se de 2/3 (dois terços):

I – se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo.

Hipótese comum nas lides forenses é o concurso entre duas diferentes causas de aumento no roubo, previstas em momentos distintos do tipo incriminador: o concurso de pessoas e o emprego de arma de fogo (art. 157, § 2º, inciso II, e § 2º-A, inciso I, do CP). Neste exemplo, pode o juiz, a depender do caso concreto, tanto aplicar a causa que mais aumente (§ 2º-A), elevando a pena provisória em 2/3, quanto aplicar, de modo escalonado, ambas as majorantes. Desde que fundamente, por óbvio. Demonstra-se:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DELITO DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONCURSO DE PESSOAS. RESTRIÇÃO À LIBERDADE. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APLICAÇÃO CUMULATIVA DAS CAUSAS DE AUMENTO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. DECISÃO MANTIDA.

1. *No crime de roubo circunstanciado, a aplicação cumulativa das causas de aumento de pena relativas ao concurso de pessoas, à restrição à liberdade e ao emprego de arma de fogo é possível quando fundamentada a necessidade do emprego cumulativo da reprimenda, atendendo-se os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade.*

2. Mantém-se integralmente a decisão agravada cujos fundamentos estão em conformidade com o entendimento do STJ.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1876138/PR, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUINTA TURMA, julgado em 02/03/2021, DJe 05/03/2021) – grifei.

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO.

CONCURSO DE PESSOAS E EMPREGO DE ARMA DE FOGO. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DAS DUAS CAUSAS DE AUMENTO. INDICAÇÃO DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. ART. 68, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

I - É pacífico no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça o entendimento no sentido de que «A teor do art. 68, parágrafo único, do Código Penal, é possível, de forma concretamente

fundamentada, aplicar cumulativamente as causas de aumento de pena previstas na parte especial, não estando obrigado o julgador somente a fazer incidir a causa que aumente mais a pena, excluindo as demais. Precedentes.” (AgRg no AREsp n. 1.632.669/SE, Sexta Turma, Rel. Min.

Sebastião Reis Júnior, DJe de 09/09/2020). Precedentes.

II - In casu, forçoso reconhecer que as causas de aumento foram aplicadas com a devida fundamentação pelo juízo sentenciante, com remissão às peculiaridades do caso em comento, quais sejam, número de agentes e a forma de violência empregada no crime, pois o *modus operandi* do delito, como narrado, não se confunde com a mera descrição típica das majorantes reconhecidas, refletindo especial gravidade.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1886978/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 27/10/2020, DJe 12/11/2020) – grifei.

Por fim, embora o art. 68 do CP sugira que causas de diminuição devem incidir antes das causas de aumento, pela ordem de previsão dos institutos, tal premissa não faz a menor diferença prática, pois o resultado matemático será sempre o mesmo, não importa se a minorante foi aplicada em primeiro ou segundo lugar.

6. Da pena de multa

O sistema de dias-multa surgiu em nosso país pela primeira vez no Código Criminal do Império de 1830, que, em seu artigo 55, previa:

Art. 55. A pena de multa obrigará os réus ao pagamento de uma quantia pecuniária, que será regulada pelo que os condenados puderem haver em cada dia pelos seus bens, empregos ou indústria, quando a lei especificamente não a designar de outro modo.

O Código Penal atual, em sua redação original, não previa tal sistema, determinando a fixação da reprimenda em valor pecuniário: “Art. 35. A pena de multa consiste no pagamento, em selo penitenciário, da quantia fixada na sentença”.

Como consequência, mostrava-se tormentosa a conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade, como previa o art. 38 daquele *códex*, visto que se convertia dinheiro em tempo de prisão.

Art. 38. A multa converte-se em detenção, quando o condenado reincidente deixa de pagá-la ou o condenado solvente frustra a sua cobrança.

Modo de conversão

Parágrafo único. A conversão da multa em detenção é feita à razão de dez mil réis por dia, até o máximo de um ano, não podendo, porém, ser ultrapassado o mínimo da pena privativa de liberdade, cumulativa ou alternativamente cominada ao crime.

Assim, a reforma penal de 1984 (Lei nº 7209/84) trouxe solução simples e inteligente para a questão, adotando expressamente o sistema de dias-multa, deixando a conversão vinculada a uma mera alteração de índices: a cada dia-multa corresponderia um dia de prisão.

Art. 49. A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

Ocorre que em 1996, com o advento da Lei nº 9268/1996, a pena de multa tornou-se dívida de valor e sua cobrança passou a sujeitar-se às regras da Lei de Execução Fiscal, não mais sendo possível a conversão em prisão. O sistema de dias-multa, com a devida vênia, perdeu sua utilidade.

De todo modo, sempre foi tormentosa a questão da fixação da quantidade de dias-multa (o valor de cada dia-multa nunca foi problema, pois é subordinado à capacidade econômica do réu, com limites definidos em lei). Surgiram as mais variadas correntes, das quais destacamos as três principais.

A primeira sustenta que o único critério a ser utilizado é a condição econômica do réu.

A segunda sustenta que a pena de multa não deve levar em conta as três fases da dosimetria, relacionando-se apenas à primeira, afastando da pena pecuniária as agravantes, atenuantes, causas de aumento e causas de diminuição de pena.

A terceira, a qual julgamos mais lógica e acertada, sustenta que o modelo de fixação da pena de multa é bifásico: em um primeiro momento se estipula a quantidade de dias-multa, segundo o já consagrado sistema trifásico (pena-base, pena provisória e pena definitiva). Em um segundo momento, fixa-se o valor de cada dia-multa, em atenção à condição econômica do réu, variando de 1/30 do salário-mínimo vigente até 5 (cinco) vezes este indexador. Assim, em valores atuais, em que o salário-mínimo corresponde a R\$ 1.100,00 (um mil e cem reais), cada dia-multa pode variar de R\$ 36,66 (trinta e seis reais e sessenta e seis centavos) até R\$ 5.500,00 (cinco mil e quinhentos reais), atingindo todas as vertentes econômicas da sociedade.

Logo, para a estipulação da pena de multa, primeiro o julgador determina a quantidade de dias-multa e depois o valor de cada um deles.

A ausência de regras claras quanto à determinação da quantidade, contudo, sempre levou a decisões totalmente desencontradas e desarrazoadas, isto porque não há proporcionalidade, na maioria dos casos, entre a quantidade de pena de prisão e a quantidade de dias-multa prevista em lei, a qual, como regra geral, varia de 10 a 360 dias-multa.

As penas de multa tendiam a se aproximar do mínimo legal, restando absolutamente inócuas.

Todavia, o excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento de um dos mais importantes processos de nossa história recente, a Ação Penal 470, conhecida como o “processo do mensalão”, o ilustre Ministro Ricardo Lewandowski apresentou brilhante voto aos seus pares, criando, pela primeira vez, verdadeira proporcionalidade entre as penas de prisão e multa, fazendo uma regra de três entre os valores mínimos e máximos de cada reprimenda.

O voto é autoexplicativo:

AÇÃO PENAL 470 MINAS GERAIS

V O T O

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR):

DOSIMETRIA

PENA PECUNIÁRIA

[...]

No sistema atual, após a modificação promovida pela Lei 9.268/1996, o Código Penal brasileiro passou a considerar a multa somente como dívida de valor, suprimindo a hipótese de conversão em pena privativa de liberdade em caso de sua não satisfação.

Temos, a partir de então, uma pena pecuniária de natureza híbrida. Ou seja, de natureza penal e fiscal ao mesmo tempo. De toda sorte, não há uma metodologia que encaminhe o julgador a um critério puramente objetivo quanto à sua fixação.

Por outro lado, penso que o juiz deve levar em consideração alguns princípios constitucionais fundamentais, tais como o da razoabilidade, proporcionalidade, o do não confisco e o princípio da individualização da pena.

Outra garantia da qual não podemos nos afastar é a prevista no art. 5º XLV, que dispõe que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento

de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

Vale lembrar, também, no que toca à pena de multa, que essa não se confunde com o confisco penal, nem com a perda do produto ou instrumento do crime. São coisas distintas.

É com esse espírito que proponho à Corte a adoção de um critério mais objetivo e que se aproxime, a meu sentir, dos ditames constitucionais.

Com efeito, há três correntes doutrinárias quanto à aplicação da pena de multa. A primeira, capitaneada por Fernando Capez, defende que o único critério a ser utilizado pelo magistrado na fixação da quantidade dos dias-multa deve ser a situação econômica do réu. Uma segunda corrente, na qual se insere Damásio de Jesus, propugna que, embora o critério para fixação do quantum seja a culpabilidade do agente, deve ser afastado do cálculo a incidência de agravantes ou atenuantes, bem como de causas de aumento e diminuição de pena. A terceira corrente, a qual perfilho e utilizei na dosimetria da pena de multa que fixei inicialmente, entende que a aplicação da pena de multa não pode se afastar do critério trifásico idealizado por Nelson Hungria para aplicação das penas em geral.

Essa afirmação tem embasamento na própria redação do art. 59 do Código Penal, in verbis:

“Art. 59 - *O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:*

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível” (grifei).

Note-se pela própria redação do mencionado dispositivo que na primeira fase da dosimetria o magistrado estabelecerá as penas aplicáveis entre as cominadas. O art. 59, portanto, não está dirigido apenas às penas privativas de liberdades, mas a todas as penas abstratamente cominadas ao delito. Desse modo, inclui-se, quando prevista, a pena de multa.

O que proponho nesse momento é tão somente um pequeno ajustamento na fixação da pena-base de multa, sem me afastar, portanto, do critério trifásico anteriormente utilizado.

Assim, tomemos como exemplo o delito de corrupção passiva, cuja pena cominada é reclusão de 2 a 12 anos e multa.

Na primeira fase da aplicação da pena, em relação à pena privativa de liberdade, o julgador pode percorrer 10 (dez) anos, entre o máximo e o mínimo da pena abstratamente cominada. Já em relação a pena de multa, conforme dispõe o art. 49 do Código Penal, ela será fixada entre 10 (dez) e 360 (trezentos de sessenta) dias-multa, ou seja, o intervalo que pode ser percorrido pelo magistrado, qualquer que seja o crime, será sempre de 350 (trezentos e cinquenta) dias-multa.

A minha proposição é que levemos em consideração na fixação da pena de multa a mesma proporção que “caminhamos” na pena privativa de liberdade.

Assim, se para o crime de corrupção passiva, tendo em conta as circunstâncias judiciais desfavoráveis do art. 59, o julgador fixa a pena-base 1 (um) ano acima do mínimo legal, isto significa que ele caminhou 1/10 do que poderia, pois a pena prevista para o crime do art. 317 é de 2 a 12 anos de reclusão.

A pena de multa, portanto, deverá também “caminhar” 1/10 dos 350 possíveis, fixando-a em 45 dias-multa (10 do mínimo e mais 35 que equivale a 1/10 dos 350 que poderiam ser acrescidos).

Nas demais fases, o magistrado deverá aplicar a mesma proporcionalidade em relação à pena privativa de liberdade. Dessa forma, se, por exemplo, aumentar a pena em 1/6, tendo em consideração alguma circunstância agravante, aumenta também em 1/6 a pena de multa. De maneira semelhante, se na terceira fase aplicar qualquer causa de aumento ou diminuição, o percentual utilizado será igual em ambas as penas.

Por fim, na fixação do valor do dia-multa, o juiz deverá atentar sobretudo à situação econômica do réu, de modo que o quanto final atenda aos seus propósitos.

Com arrimo nesse critério, exemplifico como ficaria a pena de multa do réu *MARCOS VALÉRIO*, tomando por base a pena privativa de liberdade que prevaleceu no julgamento colegiado.

1) Corrupção ativa - Câmara dos Deputados.

A pena abstratamente considerada foi reclusão de 1 a 8 anos, uma vez que a consumação ocorreu antes da Lei 10.763/2003.

A pena-base foi fixada em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

O relator, portanto, acresceu 2 anos e 6 meses ao mínimo legal de 1 (um) ano, ou seja, 2,5 dos 7 possíveis. Assim, a pena-base da pena de multa seria 135 dias-multa, aplicada uma regra de três simples.

Na segunda fase, foi acrescido 1/6 tendo em consideração a agravante do art. 62, I, do CP. A pena privativa de liberdade foi elevada para 4 anos e 1 mês, o que eleva a pena de multa para *157 dias-multa*, tornada definitiva ausentes quaisquer outras causas que pudessem influenciar no quantum.

Observo que essa proposta está próxima da pena fixada pelo relator que foi de 180 dias-multa.

(STF - AP 470 Minas Gerais - fls. 59.628/59.634 - numeração do acórdão: fls. 8.013/8.019 - 06/12/2012 - Plenário) - grifos no original.

O raciocínio do ilustre Ministro, seguido pela maioria de seus pares, mostra-se irrepreensível, trazendo pela primeira vez verdadeira proporcionalidade entre penas de naturezas distintas.

A pena de multa deve ter como parâmetro as mesmas circunstâncias judiciais consideradas para a fixação da pena privativa de liberdade, sob pena de serem violados princípios constitucionais fundamentais, tanto explícitos, como a individualização da pena, quanto implícitos, como a proporcionalidade.

Assim, se a pena de prisão se aproxima do máximo abstrato, a pena de multa também deve respeitar tal proporção. Se a pena de prisão se encontra próxima ao mínimo, a pena de multa também deve estar em idêntico patamar. Simples raciocínio lógico a afastar a malfadada política da pena mínima e as penas de multa inócuas e irrelevantes rotineiramente vistas nas lides forenses.

No “mensalão”, o excelso STF, de forma irrepreensível, aplicou uma regra de três, na qual os fatores são compostos da diferença entre as penas privativa de liberdade máxima e mínima e a quantidade de dias-multa.

Na verdade, nunca houve real proporcionalidade entre as penas de prisão e multa até a decisão do STF na AP 470. O que ocorria era que os intervalos eram por demais díspares, não sendo possível, sem um raciocínio matemático, atingir-se real equivalência. No critério até então adotado, partindo-se da pena mínima de 10 dias-multa, nunca, absolutamente nunca seria possível chegar a patamar remotamente próximo ao máximo abstrato de 360. No critério defendido no julgamento da AP 470, se a pena de prisão superar o máximo abstrato, a pena de multa também irá superá-lo; se a pena de prisão permanecer no mínimo, a pena de multa também permanecerá.

No tráfico de drogas, a título de ilustração, o legislador já cominou penas proporcionais de multa e prisão: 05 a 15 anos de prisão e 500 a 1500 dias-multa. Ali não é necessário qualquer cálculo, pois as penas já são proporcionais.

Para maior clareza, vejamos mais um exemplo prático, em um caso hipotético de condenação por roubo simples praticado por indivíduo reincidente e com antecedentes desabonadores, culpabilidade intensa e circunstâncias do crime desfavoráveis (três vetoriais negativas) em que a

pena-base foi fixada em 06 anos e 03 meses de reclusão (três oitavos do intervalo sobre o mínimo) e a pena provisória foi elevada em um sexto pela reincidência, sem causas de aumento ou diminuição, tornada definitiva em *07 anos, 03 meses e 15 dias de reclusão*:

Pena-base: 06 anos e 03 meses de reclusão, ou *2,25 anos* acima do mínimo.

Diferença entre o mínimo e o máximo cominados: 06 anos

Diferença entre o mínimo e o máximo para a pena de multa: *350 dias-multa*.

Logo:

2,25 está para 6 assim como X está para 350, sendo X a quantidade de dias-multa que se quer estipular.

Assim:

$$6X = 2,25.350$$

$$6X = 787,50$$

$$X = 787,50/6$$

$$X = 131,25$$

A este *quantum* deve ser somado o mínimo de 10 dias-multa, perfazendo o total de 141 dias-multa (já arredondando), representando a pena-base.

Com a elevação em um sexto pela reincidência e sem outras alterações, a pena de multa restará definitiva em *164 dias-multa*.

Constata-se real proporcionalidade. A pena de prisão foi estipulada no terço médio, superior a 07 anos de reclusão, em um permissivo legal de 04 a 10 anos. A pena de multa também foi fixada no terço médio, em 164 dias-multa, em um permissivo de 10 a 360 dias-multa.

Como dito, este é o único critério até hoje criado que representa real proporcionalidade entre pena privativa de liberdade e pena de multa. Sustentamos, respeitosamente, seu acerto e aplicação a todos os casos em que haja cominação de pena pecuniária com previsões díspares de penas de multa e prisão, como ocorre na maioria dos tipos penais.

7. Do concurso de infrações

Em caso de concurso de infrações, as regras são claras e objetivas, mas sempre há questões que geram dúvidas e demandam maiores discus-

sões. A princípio, dois são os sistemas aplicáveis na hipótese: o sistema do cúmulo material (previsto no concurso material – art. 69 do CP e no concurso formal impróprio – art. 70, 2ª parte do CP) e o sistema da exasperação (previsto no concurso formal próprio – art. 70, 1ª parte do CP e no crime continuado simples e específico – art. 71, *caput* e seu parágrafo único, do CP).

A boa técnica recomenda que o juízo sentenciante estipule a pena em separado para cada uma das infrações, passando por todas as fases da dosimetria, inclusive no que concerne à pena de multa, quando houver. Todavia, quando idênticas as circunstâncias a serem analisadas pelo julgador, os tribunais têm considerado aceitável a análise conjunta, com a fixação de apenas uma reprimenda penal, já que idênticas para todos os crimes. Particularmente, consideramos que os tribunais, embora percebam a deficiência em tal arranjo, não reconhecem a nulidade da sentença por simples ausência de prejuízo às partes, mas tal análise conjunta não prima pela boa aplicação da técnica jurídica. Assim, seguimos sustentando que as penas devem ser fixadas para cada crime, isoladamente, o que se justifica inclusive para fins prescricionais, na forma do art. 119 do CP, pois os prazos se contam para cada crime, individualmente.

De todo modo:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - CRIMES DE ROUBO - NULIDADE - AUSÊNCIA DE FIXAÇÃO DA PENA ISOLADAMENTE PARA CADA DELITO - INOCORRÊNCIA DE PREJUÍZO - PRELIMINAR REJEITADA. OFENSA AO

PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO - OCORRÊNCIA - AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO NA DENÚNCIA DE DOIS DOS QUATRO CRIMES DE ROUBO - PRELIMINAR ACOLHIDA PARA DECOTAR DA CONDENAÇÃO DOIS CRIMES DE ROUBO. RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO - INVIABILIDADE - OFENSA À PATRIMÔNIOS DISTINTOS - CONCURSO FORMAL CARACTERIZADO - FRAÇÃO DE AUMENTO DECORRENTE DO RECONHECIMENTO DE MAJORANTES - REDUÇÃO - IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO SOMENTE PELO NÚMERO DE CAUSAS DE AUMENTO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1- *Embora não constitua a melhor técnica a realização de uma única análise do critério trifásico para todos os delitos praticados em concurso formal, não há que se falar em nulidade se não restou qualquer prejuízo à defesa, ainda mais quando se tem em mente que eventuais falhas na aplicação da pena são passíveis de correção nesta instância.*

2- Se a inicial acusatória narra a ofensa, pela conduta dos réus, de apenas 02 (dois) patrimônios e não de 04 (quatro), somente pode ser reconhecida a prática de 02 (dois) crimes de roubo, sob pena de

ofensa ao princípio da correlação. 3- A Súmula 442 do STJ dispõe que "o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes".

4- Os agentes que, mediante uma única ação, subtraem pertences de duas pessoas, dirigindo ameaças a ambas, praticam 02 (dois) delitos de roubo em concurso formal, nos termos do art. 70 do CP, sendo irrelevante o fato de fazerem parte da mesma família.

(TJMG - AP 1.0209.14.002529-4/001- 5ª Câmara Criminal – Relator: Des.(a) Júlio César Lorens - Data do Julgamento: 15/09/2015 - Data da Publicação: 23/09/2015) – grifei.

Na regra do cúmulo material é feito um somatório simples, o que torna a operação pouco complexa. Todavia, questão tormentosa é quando ocorre a aplicação de diferentes penas privativas de liberdade: reclusão, detenção ou prisão simples, forma ainda existente nas contravenções, mas com sua aplicação mitigada pelas medidas despenalizadoras da lei do Juizado Especial Criminal.

A execução penal se torna tormentosa com a fixação da pena, a título de exemplo, em 05 anos e 04 meses de reclusão e 11 meses de detenção, por vezes com diferentes regimes prisionais. Por tal motivo, recentemente se tem admitido a soma simples de penas de naturezas distintas, já que todas são de mesma espécie: privativas de liberdade. Assim, o exemplo anterior se resolveria com um somatório único e o mesmo regime prisional inicial: *06 anos e 03 meses de prisão em regime inicial semiaberto*, mantendo o exemplo anterior. A execução penal se torna evidentemente mais clara e objetiva, facilitando o acompanhamento desta fase final do processo. Ademais, o projeto do novo Código Penal em discussão no Congresso Nacional (PLS 236/2012, em seu artigo 45) já elimina a dicotomia reclusão/detenção, transformando o instituto, de modo mais lógico, em prisão.

A respeito:

HABEAS CORPUS. REGIME PRISIONAL. UNIFICAÇÃO DAS PENAS. ART. 111 DA LEP. RÉU APENADO COM PENA DE RECLUSÃO E DE DETENÇÃO. SOMATÓRIO DE AMBAS AS REPRIMENDAS PARA FIXAÇÃO DO REGIME SEMI-ABERTO. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. *Concorrendo penas de reclusão e detenção, ambas devem ser somadas para efeito de fixação da pena, porquanto constituem reprimendas de mesma espécie, penas privativas de liberdade. Inteligência do art. 111 da Lei 7.210/84.*

2. Constatado que o paciente foi condenado à pena total superior a 4 anos, cabe a fixação do regime inicial semiaberto (art. 33, § 2º, b, do Código Penal).

3. Ordem denegada.

(HC 79.380/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2008, DJe 22/09/2008) Ainda, a propósito, o julgado do Pretório Excelso:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA ÀS REGRAS DE UNIFICAÇÃO DAS PENAS DE DETENÇÃO E RECLUSÃO:

INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. O art. 111 da Lei de Execução Penal estabelece que, em condenação por mais de um crime, para a determinação do regime de cumprimento considera-se o resultado da soma ou unificação das penas, independentemente de serem de detenção ou reclusão.

2. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que a soma ou unificação das penas em execução definem o regime prisional de seu cumprimento, podendo o resultado implicar a regressão. Precedentes.

3. Recurso ao qual se nega provimento. (RHC 118.626, Rel. Ministro CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 26/11/2013, 02/12/2013).

Ademais, no mesmo sentido: REsp 1.544.390/MT, Relator Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, DJe 02/06/2017; HC 372.996/SP, Relator Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 11/04/2017; REsp 1564910/MT, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, DJe 06/04/2016; REsp 1.468.202/MS, Relator Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, DJe 09/10/2014.

Na espécie, a somatória das penas privativas de liberdade impostas ao recorrido ultrapassa 8 anos de reclusão, razão pela qual deve ser estabelecido o regime inicial fechado para desconto da sanção.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso especial para fixar o regime inicial fechado para cumprimento das reprimendas impostas ao recorrido.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 02 de agosto de 2017.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO Relator (grifei).

Na regra da exasperação, a lógica é a mesma. O juiz deve fixar a pena para cada um dos crimes isoladamente. Se idênticas, aplica-se apenas uma delas, exasperada. Se diversas, aplica-se a maior, também exas-

perada. O *quantum* da exasperação, por sua vez, é objetivo e vinculado ao número de infrações. Os critérios consolidados na jurisprudência e na doutrina, de amplo conhecimento e aplicabilidade, são os seguintes:

(...) o *quantum* de aumento no concurso formal e no crime continuado deve ter como base o número de infrações penais praticadas, ou seja, a quantidade de resultados obtidos pelo agente (...).

A par disso, muito embora não se torne uma regra absoluta, os Tribunais Superiores têm adotado os seguintes critérios:

a) Concurso formal (aumento de 1/6 a 1/2):

- 2 (dois) crimes = aumento de 1/6 (um sexto);
- 3 (três) crimes = aumento de 1/5 (um quinto);
- 4 (quatro) crimes = aumento de 1/4 (um quarto);
- 5 (cinco) crimes = aumento de 1/3 (um terço);
- 6 (seis) ou mais crimes = aumento de 1/2 (metade).

b) Crime continuado (aumento de 1/6 a 2/3):

- 2 (dois) crimes = aumento de 1/6 (um sexto);
- 3 (três) crimes = aumento de 1/5 (um quinto);
- 4 (quatro) crimes = aumento de 1/4 (um quarto);
- 5 (cinco) crimes = aumento de 1/3 (um terço);
- 6 (seis) ou mais crimes = aumento de 1/2 (metade);
- 7 (sete) ou mais crimes = aumento de 2/3 (dois terços)".

(SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória – Teoria e Prática. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 190 e 191)

Por fim, se houver concomitância entre o concurso formal e a continuidade delitiva, deve ser aplicado apenas o aumento referente ao crime continuado, considerando-se a maior pena e o número total de crimes para determinação da porcentagem de acréscimo:

(...) Contudo, este Superior Tribunal de Justiça entende que, ocorrendo na hipótese o concurso formal e a continuidade delitiva, deve o primeiro ser afastado, sendo aplicada na terceira fase da dosimetria apenas o disposto no art. 71 do Código Penal, pela quantidade total de delitos, sob pena de *bis in idem*. (HC 441.763/SP, j. 07/06/2018)

A pena de multa possui tratamento diferenciado. A regra é sempre o somatório das penas, não se aplicando o sistema da exasperação, como consta expressamente no art. 72 do CP: “No concurso de crimes, as penas de multa são aplicadas distinta e integralmente”.

Todavia, o STJ tem entendido que, devido ao crime continuado ser considerado fictamente um crime único, a pena de multa também deve ser única, postura com a qual particularmente não concordamos. De todo modo:

A jurisprudência desta Corte assentou compreensão no sentido de que o art. 72 do Código Penal é restrito às hipóteses de concursos formal ou material, não sendo aplicável aos casos em que há reconhecimento da continuidade delitiva. Desse modo, a pena pecuniária deve ser aplicada conforme o regramento estabelecido para o crime continuado, e não cumulativamente, como procedeu a Corte de origem. (AgRg no AREsp 484.057/SP, j. 27/02/2018)

Assim, entende o Tribunal da Cidadania que na pena de multa a regra da exasperação segue aplicável ao crime continuado, limitando-se o sistema do cúmulo material às demais hipóteses.

8. Do regime prisional

No sistema progressivo, no qual se pretende a gradual reinserção do criminoso na sociedade, três são os regimes previstos: fechado, semiaberto e aberto, na forma do art. 33 do CP:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 1º - Considera-se:

- a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b) regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
- c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

§ 4º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.

Os regimes fechado e semiaberto devem ser trazidos na sentença como regimes iniciais, pois admitem progressão. O regime aberto, quando estipulado, não necessita do termo “inicial”, já que não há progressão possível, visto ser o mais brando.

Para os fins deste trabalho, não importam as regras de cada regime, nem os mecanismos de progressão ou regressão. Como estamos discutindo a dosimetria da pena, importa-nos apenas a estipulação do regime neste momento, se inicialmente fechado, inicialmente semiaberto ou aberto. A questão, como entendemos, é pouco tormentosa.

O primeiro critério é objetivo e matemático: pena superior a 08 anos deve ser cumprida inicialmente em regime fechado; pena fixada entre 04 e 08 anos admite o regime inicial semiaberto para o não reincidente; pena inferior a 04 anos admite o regime aberto para o não reincidente.

Assim, não há regime semiaberto ou aberto para penas maiores que 08 anos. Não há regime aberto para penas superiores a 04 anos e inferiores a 08 anos.

O § 3º do art. 33 do CP, contudo, nos traz importante balizamento: a fixação do regime prisional deve levar em conta as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. Assim, réu não reincidente com todas as circunstâncias judiciais favoráveis deve seguir as regras acima, vinculadas somente ao *quantum* da pena e dar início ao cumprimento da reprimenda nos termos das alíneas “a”, “b” e “c” do § 2º do art. 33 do CP.

Para reincidentes e/ou réus com circunstâncias judiciais desfavoráveis, a realidade é outra.

Ab initio, é perfeitamente possível a fixação do regime inicial fechado para penas menores que 04 anos envolvendo reincidentes com circunstâncias desfavoráveis, visto que regime mais brando pode não se mostrar suficiente para reparação e prevenção.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. FURTO QUALIFICADO. INSIGNIFICÂNCIA. REINCIDÊNCIA. VALOR DA COISA SUPERIOR A 10% (DEZ POR CENTO) DO SALÁRIO-MÍNIMO. RELEVANTE LESÃO AO BEM JURÍDICO. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. RÉU REINCIDENTE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REGIME FECHADO CABÍVEL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

8. *Os fundamentos utilizados no decreto condenatório constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), nos termos da Súmula 440 desta Corte. Tratando-se de réu reincidente, cujas circunstâncias judiciais foram desfavoravelmente valoradas, deve a reprimenda ser cumprida em regime fechado.*

9. Em interpretação *contrario sensu* da Súmula 269 desta Corte, mostra-se descabida a alegação de desproporcionalidade na imposição do meio prisional mais severo, pois, *nada obstante ser a pena total do réu inferior a 4 anos de reclusão, as circunstâncias judiciais negativas e a sua reincidência indicam a necessidade de imposição do regime fechado.*

10. Não cabe substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porque o paciente é reincidente em crime doloso contra o patrimônio, nos termos do art. 44, II, c/c art. § 3º, ambos do Código Penal.

11. Habeas corpus não conhecido.

(HC 436.593/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 25/04/2018) – grifei.

E o egrégio TJMG:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - DELITO DE FURTO QUALIFICADO TENTADO - NEGATIVA DE AUTORIA - PALAVRA SEGURA DO OFENDIDO - BEM LOCALIZADO EM PODER DO AGENTE - CONDENAÇÃO MANTIDA - REGIME PRISIONAL - CONDENADO REINCIDENTE E QUE OSTENTA CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS - CÂRCERE FECHADO – POSSIBILIDADE.

1. A palavra segura do ofendido, que indicou o acusado como aquele que tentou subtrair som automotivo de sua propriedade, e a apreensão do bem subtraído em poder do agente, são circunstâncias que autorizam a ratificação da condenação criminal, pelo delito de furto.

2. *Em se tratando de réu reincidente, e que ostenta circunstâncias judiciais negativas, a título de antecedentes e personalidade, deve cumprir a pena, desde o início, no regime prisional fechado.*

3. Recurso a que se nega provimento. (TJMG - Apelação Criminal 1.0699.16.005751-8/001, Relator(a): Des.(a) Beatriz Pinheiro Caires, 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 25/04/2019, publicação da súmula em 03/05/2019) – grifei.

Todavia, a reincidência, por si só, não obriga a imposição do regime fechado como marco inicial do cumprimento da pena privativa de liberdade. De acordo com o caso concreto, mostra-se aceitável regime mais brando em penas menores que 04 anos para réus reincidentes, notadamente quando as circunstâncias judiciais lhes forem favoráveis, nos termos da Súmula 269 do STJ: “É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais”.

Se desfavoráveis as circunstâncias, como visto, o regime fechado mostra-se realmente mais recomendável.

Já reincidentes condenados a pena superior a 04 anos devem iniciar o cumprimento em regime fechado, como pensamos, ainda que as circunstâncias judiciais lhes sejam favoráveis.

A respeito, o STJ:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. REGIME PRISIONAL. RÉU REINCIDENTE CONDENADO A PENA SUPERIOR A 4 ANOS E INFERIOR A 8. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE.

1. *“É cabível o regime fechado ao condenado reincidente, cuja pena seja superior a 4 anos de reclusão, nos termos do art. 33 do Código Penal, ainda que reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis”* (HC 314.296/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO, Desembargador convocado do TJSP, SEXTA TURMA, julgado em 14/4/2015, DJe 24/4/2015).

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1712438/GO, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 26/03/2018)

Em se tratando de réus primários com circunstâncias judiciais desfavoráveis, a questão vai se resolver no caso concreto, mostrando-se perfeitamente possível o regime aberto para penas inferiores a 04 anos e o semiaberto para penas superiores a 04 e inferiores a 08 anos, dentro da discricionariedade regrada do julgador, mostrando-se também viável a imposição de regime mais gravoso, desde que de modo fundamentado.

Algumas questões sumuladas pelos tribunais superiores, entretanto, devem ser levadas em conta, como nas súmulas do STJ:

Súmula 440

Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Súmula 493

É inadmissível a fixação de pena substitutiva (art. 44 do CP) como condição especial ao regime aberto.

Bem como do STF:

Súmula 718

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

Súmula 719

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Quanto aos crimes hediondos, o plenário do excelso Supremo Tribunal Federal reafirmou sua jurisprudência dominante no sentido da inconstitucionalidade da fixação de regime inicial fechado obrigatório para cumprimento de pena com base exclusivamente no artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos). A decisão ocorreu no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1052700, de relatoria do Ministro Edson Fachin, que teve repercussão geral reconhecida e mérito julgado pelo Plenário Virtual.

Estas regras gerais, como entendemos, resolvem praticamente todas as questões.

9. Considerações finais

Não se pretendeu, de modo algum, esgotar o tema. Existem inúmeras questões relevantes que aqui não foram tratadas, até pela natural limitação de envergadura de um artigo jurídico. Mas o objetivo do presente trabalho, como dito e repetido, sempre foi trazer balizamentos lógicos e critérios objetivos para fixação das penas, muitas vezes estipuladas sem nenhum critério perceptível, com aumentos e reduções extraídas unicamente do pensamento individual de cada julgador, situação que, obviamente, não contribui para a eficácia do sistema e gera insegurança jurídica. Esperamos ter nos aproximado do objetivo traçado e contribuído, dentro dos limites do presente trabalho, para o melhor entendimento do tema.

10. Abreviaturas

STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais
CF – Constituição Federal
CP – Código Penal

11. Referências

- NUCCI, Guilherme de Sousa. Manual de Direito Penal. 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 432/434.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 375/376.
- BRASIL. Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.
- BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.
- BRASIL, Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.
- GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 14ª edição. Niterói, RJ: Impetus, 2020, p. 161/167.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Código Penal Interpretado. 10ª edição. São Paulo: Atlas, 2019.
- Manual de Direito Penal – Parte Geral. 22ª edição. São Paulo: Atlas, 2005, p. 295.
- TELES, Ney Moura. Direito Penal – Parte Geral. São Paulo: Editora de Direitos, 1996, v. 1.
- <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/53958/a-analise-das-circunstancias-judiciais-do-artigo-59-do-codigo-penal-e-a-fixacao-da-pena-base-luz-da-atual-jurisprudencia-do-superior-tribunal-de-justica>
- <https://jus.com.br/artigos/6232/criterios-para-a-valoracao-das-circunstancias-judiciais-art-59-do-cp-na-dosimetria-da-pena>
- https://pt.wikipedia.org/wiki/Marcha_das_Vadias (movimento citado na análise do comportamento da vítima, quando do estudo da pena-base)
- <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404> (PLS 236/2012)
- <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/> (Jurisprudência em teses)

MARCELO MATTAR DINIZ

O autor é Procurador de Justiça Criminal em Minas Gerais, com atuação na área dos crimes contra o patrimônio e dignidade sexual, além de processos de execução penal. Como Promotor de Justiça, exerceu as funções de coordenador à frente do Caocrim (Centro de Apoio Operacional Criminal), foi conselheiro do Programa Estadual de Proteção às Vítimas e Testemunhas Ameaçadas (PROVITA), foi membro do Comitê Interinstitucional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, foi gestor estadual da meta ENASP (Estratégia Nacional de Segurança Pública) do CNMP, foi membro do Conselho Penitenciário do Estado e do Conselho Municipal de Políticas sobre Drogas de Belo Horizonte. Possui mestrado em Administração Pública pela Escola de Governo da Fundação João Pinheiro, especialização em Direito Público e especialização em Ciências Penais pela Universidade Gama Filho. É bacharel em Direito pela UFMG. É professor universitário das disciplinas Direito Penal e Direito Processual Penal.



A APLICAÇÃO DOS DEVERES DE LEALDADE, BOA-FÉ E COOPERAÇÃO NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL E AS CONSEQUÊNCIAS DO SEU DESCUMPRIMENTO

APPLICATION OF LOYALTY, GOOD FAITH AND COOPERATION DUTIES IN CRIMINAL
PROCEDURE, AND THE CONSEQUENCES OF NON-COMPLIANCE OF THIS DUTIES

MARCOS PAULO DE SOUZA MIRANDA

Promotor de Justiça

Resumo: O presente artigo aborda a aplicação dos deveres da lealdade, boa-fé e cooperação no âmbito do Direito Processual Penal sob a ótica de que eles são componentes indissociáveis do princípio constitucional do devido do processo legal, que não se contenta apenas com as dimensões do contraditório, ampla defesa, juiz natural etc, mas, também, compreende a obrigação das partes colaborarem com o exercício da jurisdição em qualquer dos campos do processo. Analisa hipóteses do descumprimento da lealdade processual no âmbito do Processo Penal, a possibilidade da aplicação de sanções aos atores do processo e o posicionamento de nossos Tribunais Superiores sobre o assunto.

Palavras-chave: Processo penal. Lealdade. Boa-fé. Cooperação. Devido processo legal.

Abstract: This article addresses the application of the duties of loyalty, good faith and cooperation in Criminal Procedure from the perspective that they are inseparable components of the Constitutional Principle of Due Process of Law, which is not limited only by the dimensions of the Adversarial Principle, the Broad Defense Principle, The Natural Judge Principle, etc., but also includes the obligation of the parties to collaborate with the exercise of jurisdiction in any fields of the process. It analyzes hypotheses of non-compliance of procedural loyalty within the scope of the Criminal Procedure, the possibility of applying sanctions to the participants of the process and the positions of our Superior Courts on the subject.

Key words: Criminal procedure. Loyalty. Good faith. Cooperation. Due process of law.

Sumário: 1. Introdução. 2. Lealdade, boa-fé e cooperação no âmbito do processo penal. 3. Caracterização do descumprimento dos deveres de lealdade, boa-fé e cooperação no processo penal. 4. Consequências do descumprimento dos deveres de lealdade, boa-fé e cooperação no processo penal. 5. Posicionamentos do STJ e do STF sobre a imposição de multa por descumprimento dos deveres de lealdade, boa-fé e cooperação. 6. Conclusões. 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O processo, enquanto instrumento a serviço da paz social, possui um relevantíssimo papel no âmbito das relações da sociedade e do poder público em busca da justiça.

Segundo lecionam Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco: o processo não é mero instrumento técnico a serviço da ordem jurídica, mas, acima disso, um poderoso instrumento ético destinado a servir à sociedade e ao Estado.¹

Em razão do exposto, não se admite que as partes que se relacionam no processo se sirvam dele faltando com o dever de verdade, agindo de forma desleal ou empregando artifícios fraudulentos, violando o princípio da lealdade processual que impõe os deveres de moralidade e probidade a todos aqueles que participam do processo (partes, juízes e auxiliares da justiça, advogados e membros do Ministério Público).²

Com efeito, os deveres da lealdade e boa-fé são componentes indissociáveis do princípio constitucional do devido processo legal, que não se contenta apenas com as dimensões do contraditório, ampla defesa, juiz natural etc, mas, também, compreende o dever das partes colaborarem com o exercício da jurisdição.

Fredie Didier Júnior, citando Joan Pico i Junoy, expõe que o princípio da boa-fé processual compõe a cláusula do devido processo legal, limitando o exercício do direito de defesa, como forma de proteção do direito à tutela efetiva, do próprio direito de defesa da parte contrária e do direito a um processo com todas as garantias (“processo devido”), citando, para explicar o fenômeno, a eloquente expressão: “devido processo leal”³.

Ainda segundo Fredie Didier, existe um dever geral de boa-fé processual como conteúdo do devido processo legal. Afinal, o processo para ser devido (*giusto*, como dizem os italianos; *equitativo*, como dizem os portugueses) precisa ser ético e leal, não podendo ser admitido um processo pautado em comportamentos desleais ou antiéticos⁴.

Em nosso país, o Supremo Tribunal Federal brasileiro já teve a oportunidade de se pronunciar no sentido de que a cláusula do devido processo legal exige um processo realmente leal e pautado na boa-fé.

Segundo a Suprema Corte, o princípio do devido processo legal, que lastreia todo o leque de garantias constitucionais voltadas para a efetividade dos processos jurisdicionais e administrativos, assegura que todo julgamento seja realizado com a observância das regras procedimentais pre-

1 Teoria Geral do Processo, p. 45.

2 Teoria Geral do Processo, p. 71.

3 Princípio da boa-fé processual no direito processual civil brasileiro e seu fundamento constitucional. p. 182-183.

4 Princípio da boa-fé processual no direito processual civil brasileiro e seu fundamento constitucional. p. 184.

viamente estabelecidas e, além, representa uma exigência de *fair trial*, no sentido de garantir a participação equânime, justa, leal, enfim, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais⁵.

O STF assenta, ainda, na mesma decisão, que a exigência de comportamento segundo a boa-fé atinge a todos os sujeitos processuais, e não apenas as partes:

Nesse sentido, tal princípio possui um âmbito de proteção alargado, que exige o *fair trial* não apenas entre aqueles que fazem parte da relação processual ou que atuam diretamente no processo, mas de todo o aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgãos, públicos e privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções qualificadas constitucionalmente como essenciais à Justiça.

2. Lealdade, boa-fé e cooperação no âmbito do processo penal

Como componentes do constitucional princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/88) e instrumentos ancilares da efetivação do princípio da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF/88), a lealdade, boa-fé e cooperação são mandamentos/deveres que se espriam para todos os ramos do direito processual brasileiro, incluindo o processo penal, vinculando a atuação de todos quantos participem do processo, como partes ou não.

Nessa mesma linha, Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna lecionam que a ética, o respeito à lealdade e a necessidade de enxergar valorativamente as formas processuais independem do objeto do processo e devem inspirar tanto o intérprete civil quanto o penal.⁶

A incidência de tais deveres no âmbito do processo penal já foi objeto de reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal, que assentou que no sistema processual penal vigoram os princípios da lealdade, da boa-fé objetiva e da cooperação entre os sujeitos processuais, não sendo lícito à parte arguir vício para o qual concorreu em sua produção, sob pena de se violar o princípio de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza - *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.⁷

5 STF, 2ª T., RE nº 464.963-2-GO, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 14.02.2006, publicado no DJ de 30.06.2006.

6 BEDÊ JÚNIOR, Américo. SENNA, Gustavo. *Garantismo e (des)lealdade processual*. p. 131

7 RHC 187927 ED, Relator: Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 08/09/2020.

A lealdade processual (abrangendo os requisitos sinceridade, fidelidade, honestidade) obriga aqueles que participam do processo a agirem norteados por um padrão ético e moral, objetivando contribuir para o deslinde processual justo e célere, com respeito absoluto aos direitos dos envolvidos, sem o recurso a manobras temerárias, alegações inverídicas e expedientes procrastinatórios ou manifestamente contrários ao direito.

Exige-se, ainda, no campo do processo penal, que todos que venham a participar do processo pautem seu comportamento pela boa-fé, de forma aceitável, segundo padrões de conduta socialmente adequados, sem abuso de direitos ou a frustração da confiança do outro. Ou seja, no campo do processo exige-se a adoção de um comportamento justo, desprovido de malícias ou segundas intenções. Trata-se da boa-fé objetiva, que corresponde a uma norma de conduta que impõe e proíbe condutas, além de criar situações jurídicas ativas e passivas.

Por derradeiro, exige-se ainda aos atores processuais - apesar dos interesses divergentes normalmente existentes no confronto de pretensões - o recíproco dever de cooperação para a obtenção, em tempo razoável, de uma decisão de mérito justa e efetiva, abstendo-se de condutas desleais e maliciosas.

Insta salientar que, para além de integrarem o rol dos princípios gerais do processo e comporem o princípio do devido processo legal (de estatura constitucional), hodiernamente os deveres de lealdade, boa-fé e cooperação estão expressamente previstos no texto do recente Código de Processo Civil (arts. 5º e 6º), deveres esses que são extensíveis ao processo penal em decorrência da aplicação do art. 3º do CPP, como adiante demonstraremos.

A não submissão aos deveres referidos só se admite em hipóteses excepcionais amparadas por normas ou princípios de estatura constitucional, a exemplo do princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere, nemo tenetur se ipsum accusare, nemo tenetur se ipsum prodere, privilegie against self-incrimination*).

Quanto à específica aplicação da lealdade processual ao acusado no processo penal, Edilson Mougenot Bonfim, depois de afirmar que tal mandamento decorre dos princípios do devido processo legal e da paridade de armas, implicando um *fair play* e um processo justo, sustenta que, apesar de o réu ter o direito de exercitar amplamente sua defesa, inclusive o de calar e de mentir, adverte que no campo processual isso não significa que se legitime uma postura maliciosa para além dos limites constitucionalmente admitidos⁸.

8 BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de Processo Penal. p. 124-125.

De forma mais específica, Antônio do Passo Cabral leciona⁹:

Se o réu não é obrigado a produzir prova contra si mesmo e não pode ser compelido a responder perguntas ou exibir documentos, por exemplo, não podemos enxergar um ordenamento jurídico que autorize um verdadeiro “vale tudo” para a defesa. Como imaginar que o réu e seu advogado possam violar provas sem fazer letra morta de diversos crimes contra a administração da justiça (por exemplo, dentre outros, os arts. 343, 344, 346, 347, 356, todos do CP)? A boa-fé não é alheia ao processo penal, ainda que aqui seja mais restrito seu âmbito de aplicação.

...

No que tange aos advogados, aos deveres de ética disciplinados nas regras da OAB, somam-se outros deveres tipicamente processuais derivados da boa-fé e do princípio da cooperação. Mesmo se entendendo que o réu, por sua especial posição no processo, poderia mentir, igual conclusão não pode subsistir para o seu advogado. Isso ocorre porque o advogado ou defensor têm, sem qualquer restrição que seria cabível ao réu, o dever de veracidade no processo. As únicas exceções ao dever de veracidade decorrem de outras obrigações que seu mandato exige, como deveres de confiança e deveres de preservação e sigilo em relação ao cliente. Por isso, pode ser que, em determinadas hipóteses, seja dada ao patrono do acusado a possibilidade de conduta omissiva. Vale dizer, ao advogado ou defensor, às vezes é concedido omitir a verdade, mas não mentir ou falsear provas.

3. Caracterização do descumprimento dos deveres de lealdade, boa-fé e cooperação no processo penal

Conquanto não faça menção expressa aos deveres de lealdade, boa-fé e cooperação entre as partes e sujeitos processuais, tais valores estão indiscutivelmente presentes no texto do Código de Processo Penal, de sorte que – ainda que editado em tempos outros – referido *codex*, em sua teleologia, repudia atos de improbidade processual e litigância de má-fé, inclusive no que tange ao abuso de direitos.

Os dispositivos do velho Código de Processo Penal ganham reforço expressivo da doutrina dos tempos atuais, que afirma que se pode falar, no processo penal, sobre a existência do princípio da lealdade processual, segundo o qual todos os sujeitos do processo devem manter uma conduta ética adequada durante todas as fases: pré-processual, processual e

⁹ Nulidades no processo penal entre garantismo, instrumentalidade e boa-fé: a validade *prima facie* dos atos processuais. p. 416, 418.

até mesmo de execução, em conformidade com os deveres de verdade, moralidade e probidade.¹⁰

Gregório Assagra de Almeida e Rafael de Oliveira Costa, em recente e inovadora obra, apontam o princípio da máxima cooperação e boa-fé entre todos os sujeitos da relação processual penal coletiva para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva – os deveres de proceder com cooperação e com boa-fé buscam evitar os exageros no exercício da acusação e da ampla defesa, prevendo condutas que violam a lealdade processual, traçando-se um equilíbrio entre os deveres éticos e a ampla atuação das partes na defesa de seus interesses. A medida abrange todas as recentes conquistas nas esferas do Direito Civil e do Processo Civil, que incidem em relação às partes e aos juizes, o que inclui a *supressio (verwirkung)*, *tu quoque*, *exceptio doli*, *venire contra factum proprium*, *duty to mitigate the loss*, dentre outras¹¹.

Vejam os dispositivos do CPP que agasalham os deveres de lealdade, boa-fé e cooperação, impondo sanções a quem os descumprem:

- a) Imposição de multa ao excipiente que arguir suspeição de forma maliciosa (art. 101);
- b) Imposição de multa à testemunha faltosa sem prejuízo do processo penal por crime de desobediência e condenação ao pagamento das custas da diligência de condução coercitiva (art. 219 e 458);
- c) Imposição de multa ao defensor que abandonar o processo sem motivo imperioso (art. 265);
- d) Imposição de multa ao perito nomeado que se furtar às suas obrigações (art. 277);
- e) Imposição de multa em caso de recusa injustificada ao serviço do júri ou descumprimento das obrigações impostas aos jurados (art. 436, § 2º, 442 e 466, § 1º);
- f) Dever do acusado de informar a mudança de endereço ao juízo criminal (art. 367);
- g) Proibição das partes de arguirem nulidade a que tenham dado causa, ou para que tenham concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse (art.565);

10 BEDÊ JÚNIOR, Américo. SENNA, Gustavo. *Garantismo e (des)lealdade processual*. p. 123

11 A tutela penal dos bens jurídicos e coletivos. Belo Horizonte: D'Plácido. 2019. p. 173.

h) Imposição de multa ao carcereiro, diretor da prisão, escrivão, oficial de justiça ou a autoridade judiciária ou policial que embarçar ou procrastinar a expedição de ordem de habeas corpus (art. 655).

No campo jurisprudencial, nossos tribunais têm reconhecido a prática de atos de deslealdade e má-fé no processo penal em inúmeras hipóteses, como as abaixo elencadas:

a) Reconhecimento do abuso do direito de defesa diante das sucessivas oposições de embargos de declaração com nítido caráter protelatório, no intuito de impedir o trânsito em julgado da sentença condenatória, implicando violação dos deveres de lealdade processual e comportamento ético no processo, bem como o desvirtuamento do próprio postulado da ampla defesa. (STJ; EDcl-EDcl-AgRg-EDcl-REsp 1.692.844; Proc. 2017/0215345-1; MT; Quinta Turma; Rel. Min. Jorge Mussi; Julg. 05/05/2020; DJE 02/02/2021)

b) Rejeição de alegação de nulidade engendrada pela parte unicamente com a finalidade de obter a declaração de vício de seu ato, alcançando, com isso, o retrocesso na marcha processual, em prejuízo da parte contrária e da própria atuação jurisdicional. (STJ; HC 452.528; Proc. 2018/0129412-5; SP; Sexta Turma; Rel. Min. Sebastião Reis Júnior; Julg. 12/05/2020; DJE 19/05/2020);

c) Rejeição de alegação de nulidade de citação por edital do réu que, mesmo sabendo da existência de ação penal movida em seu desfavor, não informou ao juízo seu novo endereço nem forneceu meios para ser localizado, justificando a adoção da medida para efetivar seu chamamento ao processo. (STJ; AgRg-HC 573.903; Proc. 2020/0089096-3; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca; Julg. 12/05/2020; DJE 19/05/2020);

d) Aplicação de *astreintes* em desfavor do Facebook por descumprir ordem judicial de fornecimento de dados do Whatsapp para fins de instrução de inquérito policial (STJ; RMS 62.452; Proc. 2019/0360067-0; PR; Rel. Min. Nefi Cordeiro; Julg. 24/06/2020; DJE 20/08/2020);

e) Recorribilidade vazia, infundada, tão somente com nítido intuito protelatório, configurando abuso do direito de recorrer, que não é admissível em nosso ordenamento jurídico, notadamente em respeito aos postulados da lealdade e da boa-fé processual, além de desvirtuamento do próprio cânone da ampla defesa (STJ; EDcl-

EDcl-AgRg-RE-EDcl-AgRg-AREsp 906.853; Proc. 2016/0122002-3; GO; Corte Especial; Rel^a Min^a Maria Thereza de Assis Moura; Julg. 07/08/2019; DJE 21/08/2019);

f) Utilização de mentiras ou omissões relevantes para proveito próprio ou alheio (STJ - AGRG no RMS n. 39.859/PE, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 16/3/2017);

g) Reconhecimento de comportamento contraditório e de má-fé do réu que solicitou, com insistência, um encontro com o juiz e, após ser atendido, fora das dependências do foro, alegou suspeição do magistrado em razão dessa reunião. (STJ – HC n. 206.706 – RR, Ministro OG Fernandes, j. 27.09+2011);

h) Parte responsável por sucessivos adiamentos da marcha processual e que, concordando com a suspensão do processo e do prazo prescricional, adota comportamento processual contraditório, ao pretender que seja reconhecida a prescrição em seu favor, ofendendo o princípio da boa-fé objetiva. (TJMG; RSE 0536989-51.2014.8.13.0702; Uberlândia; Oitava Câmara Criminal; Rel. Des. Anacleto Rodrigues; Julg. 26/09/2019; DJEMG 02/10/2019).

4. Consequências do descumprimento dos deveres de lealdade, boa-fé e cooperação no processo penal

A doutrina de Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna aponta que, em virtude do princípio da lealdade processual, é possível buscar no processo penal mecanismos para a repressão ao comportamento desleal das partes, até mesmo da defesa, por exemplo, por meio do reconhecimento da litigância de má-fé, pois isso não implica, de modo algum, diminuição do direito de defesa, mas apenas evita que o seu eventual exercício se dê por meio de malícia, embuste, espertezas, fraudes, mentiras e desonestidade¹².

Contudo, questão ainda não pacificada no âmbito da jurisprudência diz respeito à possibilidade de se aplicar, no âmbito do processo penal, multa ao responsável pela prática de atentatório à dignidade da justiça ou por litigância de má-fé nas hipóteses em que a sanção não tiver previsão expressa no próprio CPP.

Entendemos que se mostra absolutamente viável a imposição da multa sancionatória em casos tais, havendo três fundamentos distintos a amparar a decisão oriunda da jurisdição criminal: a) aplicação da teoria dos

12 BEDÊ JÚNIOR, Américo. SENNA, Gustavo. *Garantismo e (des)lealdade processual*. p. 123.

poderes implícitos; b) a aplicação analógica das regras do Código de Processo Civil; c) o suplemento dos princípios gerais do direito.

Quanto ao primeiro fundamento, de acordo com o previsto no art. 251 do CPP: “Ao juiz incumbirá prover à regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos, podendo, para tal fim, requisitar a força pública”.

Para se desincumbir da missão de prover o escoamento tramitar do processo penal, impedindo atos de obstrução ou efetivação da justiça de acordo com os padrões vigentes, por óbvio que o Magistrado deve contar com todos os poderes necessários ao cumprimento de tal mister. Segundo a teoria dos poderes implícitos, de matriz norte-americana, quando uma norma concede uma função a determinado órgão ou instituição, também lhe confere, implicitamente, os meios necessários para a consecução das funções que lhe foram atribuídas.

Logo, para prevenir e reprimir comportamentos violadores dos deveres de lealdade, boa-fé e cooperação, evidente que o juiz penal necessita ter mecanismos para tanto, sendo a imposição de multa uma das ferramentas das quais pode se valer. Assim, não se trata de buscar a possibilidade de aplicação de multa em outra norma, mas de extraí-la da própria sistemática e lógica do Código de Processo Penal, cuja interpretação não pode ser meramente literal.

A teoria dos poderes implícitos, nesta específica hipótese, alinha-se, ainda, à universal vedação do *contempt of court*¹³ que autoriza o magistrado

13 Apoiados no microsistema do processo penal, os precedentes do Tribunal Regional Federal da 4ª Região têm por lícita a fixação de penalidade em face de descumprimento de ordem judicial. Hipótese em que a imposição de multa sancionatória não visa à indenização da parte ou à expropriação do dever, tendo, ao revés, a pretensão de assegurar a necessária força imperativa das decisões judiciais, sob pena de tornar inócua e ineficiente a tutela do processo e dos interesses públicos envolvidos. Hipótese em que tem maior afeição com o *contempt of court* do Direito Anglo-Saxônico, do que propriamente com o regime jurídico que o Novo Código de Processo Civil fixou para astreintes, notadamente em razão do fixado no art. 144-A do Código de Processo Penal. (TRF4, apelação criminal nº 5003809-05.2017.4.04.7004, 8ª Turma, Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto, por maioria, vencido parcialmente o relator, juntado aos autos em 28/06/2019) 4. Ambas as formas de coercitividade pecuniária - as astreintes e o ato atentatório à dignidade da justiça - são admissíveis no processo penal, acrescidas a todos os demais recursos disponíveis ao juízo criminal para garantir a imperatividade das decisões judiciais. Precedentes STJ. 5. Diante do prejuízo ao adjudicatário pelo longo tempo decorrido até a emissão do certificado de registro e licenciamento do veículo adquirido, cabe a imposição das astreintes propriamente ditas, em aplicação subsidiária do art. 536 do CPC, não havendo impedimento de aplicação concomitante de multa decorrente do poder de coerção do juiz oriundo do processo penal. 6. A multa por descumprimento de ordem judicial no processo penal, por constituir o descumprimento afronta ao Poder Judiciário, assemelha-se ao ato atentatório à dignidade da justiça do art. 77 do CPC, com o que não há óbice à destinação prevista no artigo 97 do Código de Processo Penal. 7. Assim como as astreintes, a multa por descumprimento de ordem judicial no processo penal também deve ser progressiva, na medida da recalcitrância no cumprimento da ordem, o que pode ser alcançado com a multa fixada por dia de descumprimento, sendo inaplicável o limite no patamar de 20% do valor da causa referido no art. 77 do CPC e não havendo óbice em que o valor da multa aplicada ultrapasse, ao final, o valor dos bens alienados (TRF 4ª R.; MS 5014788-18.2019.4.04.0000; Sétima Turma; Relª Desª Fed. Salise Monteiro Sanchotene; Julg. 01/12/2020; Publ. PJe 02/12/2020)

a se valer de meios para coagir à cooperação, ainda que de modo indireto, por meio da aplicação de sanções às pessoas sujeitas à jurisdição, o que é inerente à própria existência do Poder Judiciário, sob pena de absoluto descrédito e ineficiência da função jurisdicional do Estado.

O segundo fundamento refere-se à possibilidade da aplicação analógica, ao processo penal, das regras do Código de Processo Civil que tratam dos atos atentatórios à dignidade da justiça e dos de litigância de má-fé, pois o art. 3º do CPP é expresso ao consignar que a lei processual penal admitirá a aplicação analógica.

Por isso, o juiz penal, ao se deparar com um caso que não possui previsão legal, com lastro no art. 3º do CPP, poderá se valer das normas do processo civil que regulam a hipótese, razão pela qual entendemos plenamente viável a aplicação da multa prevista no art. 77 do Código do Processo Civil àqueles que participem do processo penal sempre que deixarem de cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, ou que criarem embaraços à sua efetivação; ou quando praticarem inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso (incisos IV e VI).¹⁴

Vale ressaltar que não se trata de dar interpretação extensiva em norma penal incriminadora, visto que tratamos de normas essencialmente processuais, atreladas a assegurar a efetividade e o funcionamento da função jurisdicional segundo os cânones do devido processo legal e da duração razoável do processo, ambos de matriz constitucional.

O valor da multa poderá atingir até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta. Por valor da causa, no processo penal, pode-se entender o valor atribuído na denúncia aos danos causados pela infração penal (art. 387, IV, CPP) e, quando tal valor for irrisório ou inestimável, a multa prevista poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo.

Da mesma sorte, perfilhamos o entendimento de ser aplicável àquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente no processo penal as sanções previstas no art. 81 do CPC, quando a parte, desde que não

14 Nesse sentido: AGRAVO INTERNO. MANDADO DE SEGURANÇA. Pretensão à reforma da decisão monocrática que negou seguimento ao feito porque não comprovada afronta a direito líquido e certo, ilegalmente ou com abuso de poder, oriundo de autoridade, na forma do art. 1º da Lei nº 12.016/09. Impetrante punido com a imposição de multa por ter se ausentado de audiência plenária mediante atestado médico falso. Ato atentatório à dignidade da justiça. Aplicação correta do art. 77, IV, e §§ 2º e 5º, do código de processo civil consoante o art. 3º do código de processo penal. Decisão devidamente fundamentada. Desprovemento do agravo. (TJRJ; MS 0009451-83.2019.8.19.0000; Nilópolis; Quarta Câmara Criminal; Rel. Des. Francisco Jose de Azevedo; DORJ 11/11/2020; Pág. 163).

acobertada por algum direito fundamental: deduzir pretensão contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; alterar a verdade dos fatos; usar do processo para conseguir objetivo ilegal; opuser resistência injustificada ao andamento do processo; proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; provocar incidente manifestamente infundado; interpor recurso com intuito manifestamente protelatório¹⁵.

Em casos tais, de ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou. Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo. O valor da indenização será fixado pelo juiz ou, caso não seja possível mensurá-lo, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos.

O derradeiro fundamento é, com lastro na parte final do art. 3º do CPP, a aplicação suplementar dos princípios gerais do direito, entre os quais está o da inafastabilidade da jurisdição, que pressupõe a capacidade do Poder Judiciário fiscalizar e sancionar a conduta dos partícipes do processo (*Contempt Power*), repelindo ações e omissões contumeliosas e obstrutivas da adequada administração da justiça — o que corresponde, na linguagem jurídica nacional, a toda evidência, a um poder de polícia administrativo como função atípica do juiz, atribuindo-lhe a prerrogativa de “pôr ordem na casa”, ou melhor, na corte. São, portanto, “atributos necessários para tornar efetiva a função jurisdicional de administração da justiça”¹⁶.

15 Nesse sentido: Verificado os fins meramente procrastinatórios dos embargos de declaração, é cabível a execução imediata da sentença. Precedentes. III. Reputa-se litigante de má fé aquele que interpõe recursos apenas com o objetivo de retardar o andamento regular do processo. Restou demonstrada a litigância de má fé do embargante, valendo-se do presente recurso, apenas com o intuito de retardar o andamento do feito, impedindo que o mesmo alcance seu término. IV. Possibilidade de reconhecimento da litigância de má-fé prevista no art. 17 do CPC nos termos do art. 3º do CPP cuja regra clara autoriza a aplicação subsidiária por analogia. Aplicação de multa nos termos do art. 18 do CPC. Destacando-se que tal permissivo possui amparo também nos arts. 4º e 5º do dec-lei nº 4.657/1994. Lei de introdução ao Código Civil, com a redação dada pela Lei nº 12.376/2010 denominada de Lei de introdução às normas do direito brasileiro. Responsabilidade subsidiária do advogado nos termos do art. 32 c/c 34, VI da Lei nº 8.906/94 com as devidas comunicações à OAB. Embargos de declaração rejeitados. Decisão unânime. (TJPE; Rec 0069188-49.2011.8.17.0001; Terceira Câmara Criminal; Relª Desª Daisy Maria de Andrade Costa Pereira; Julg. 02/12/2015; DJEPE 13/01/2016). O processo penal admite a fixação de multa por litigância de má-fé, quando demonstrado o fim meramente procrastinatório de recursos pelas partes, todavia inafastável a necessidade de fundamento idôneo para sua aplicação. (TJRO; APL 0135647-85.2008.8.22.0005; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Valdeci Castellar Citon; Julg. 27/06/2018; DJERO 03/07/2018; Pág. 62)

16 GUERRA, Marcelo Lima. Execução indireta. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 91.

5. Posicionamentos do STJ e do STF sobre a imposição de multa por descumprimento dos deveres de lealdade, boa-fé e cooperação

Apesar da resistência do STJ em relação à possibilidade de imposição de sanções por atos atentatórios à dignidade da justiça e litigância de má-fé¹⁷, o Supremo Tribunal Federal, a nosso sentir de forma correta, vem decidindo no sentido de aplicá-las no âmbito do processo penal, o que valoriza o princípio do devido processo legal, que não pode prescindir de sua dimensão ética e moral.

Vejamos os fundamentos que vêm sendo adotados pelos Ministros da Suprema Corte:

Conforme já assentei em outros casos, o direito assegurado às partes de se insurgirem contra decisões judiciais é decorrente da garantia do devido processo legal, todavia, o ato abusivo faz cessar esse direito, eis que ultrapassa os limites previstos nas normas processuais ou se desvia de seus legítimos fins, resultando em patente prejuízo para a administração e dignidade da justiça. Ora, não se pode admitir que os Tribunais da Federação sofram a descaracterização de suas missões institucionais ao constatar que a qualidade de seus trabalhos vem sendo comprometida por demandas de escassa ou nenhuma repercussão geral, diante do atual e conhecido quadro de sobrecarga de processos a que estão submetidos, fazendo com que o tempo consumido com esses casos deixe de ser utilizado no deslinde de matérias complexas e de real significado para a sociedade. Com efeito, cabe ao Poder Judiciário, apoiado nos mecanismos previstos nas leis processuais, o papel de coibir tais abusos, de modo a evitar a banalização do acesso à justiça e buscando, dessa forma, a efetividade da prestação jurisdicional, pressuposto elementar de uma sociedade que almeja a justiça e a solidariedade. (STF – ED-EI-EXT – AP 946/DF – Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, j. 14.11.2018).

Em recente decisão, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, integrada pelos Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Edson Fachin e Nunes Marques, decidiu por unanimidade:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ARGUMENTOS DEFENSIVOS NÃO EXAMINADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSIÇÃO DE MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ EM PROCESSOS DE NATUREZA

¹⁷ O STJ vem reiteradamente decidindo: Dessa forma, embora na esfera penal não seja viável a fixação de multa por litigância de má-fé, impõe-se tal registro, para fins de não conhecimento dos aclaratórios. (STJ; EDcl-EDcl-EDcl-AgRg-Ag-REsp 1.355.658; Proc. 2018/0224743-3; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca; Julg. 18/08/2020; DJE 24/08/2020). Grifo nosso.

PENAL. POSSIBILIDADE. ABUSO DO DIREITO DE RECORRER. Para afastar qualquer possibilidade de concessão da ordem, de ofício, cumpre registrar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a utilização indevida das espécies recursais no processo penal desvirtua o postulado da ampla defesa e configura abuso do direito de recorrer, sendo permitido, em tais casos, a fixação de multa por litigância de má-fé. Precedentes.(STF - HC 192814 AgR, Relator: Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 16/11/2020, public. 30-11-2020).

6. Conclusões

Ante as considerações que acima expusemos, podemos concluir, sinteticamente, que:

- a) Os deveres da lealdade, boa-fé e cooperação processual são componentes indissociáveis do princípio constitucional do devido processo penal e instrumentos ancilares da efetivação do princípio da duração razoável do processo;
- b) Como componentes do constitucional princípio do devido processo legal, a lealdade, a boa-fé e a cooperação são mandamentos que se espraiam para todos os ramos do direito processual brasileiro, incluindo o processo penal, vinculando a atuação de todos quantos participem do processo;
- c) Conquanto não faça menção expressa aos deveres de lealdade, boa-fé e cooperação entre as partes e atores processuais, tais valores estão presentes no texto do Código de Processo Penal, que repudia atos de improbidade processual e litigância de má-fé;
- d) Mostra-se absolutamente viável a imposição de multa sancionatória em casos de descumprimento dos deveres de lealdade, boa-fé e cooperação, havendo três fundamentos distintos a amparar a decisão oriunda da jurisdição criminal: a) aplicação da teoria dos poderes implícitos; b) a aplicação analógica das regras do Código de Processo Civil; c) o suplemento dos princípios gerais do direito;
- e) Por valor da causa, no processo penal, pode-se entender o valor atribuído na denúncia aos danos causados pela infração penal (art. 387, IV, CPP) e, quando tal valor for irrisório ou inestimável, a multa prevista poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo;

f) Apesar da resistência do Superior Tribunal de Justiça em relação à possibilidade de imposição de sanções por atos atentatórios à dignidade da justiça e litigância de má-fé, o Supremo Tribunal Federal vem decidindo no sentido de aplicá-las no âmbito do processo penal, o que valoriza o princípio do devido processo legal, que não pode prescindir de sua dimensão ética e moral.

7. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra de. COSTA, Rafael de Oliveira. Direito Processual Penal Coletivo. A tutela penal dos bens jurídicos e coletivos. Belo Horizonte: D'Plácido. 2019.

ASSIS, Araken de. *O contempt of court no direito brasileiro*. Revista de Processo. n. 111, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BEDÊ JÚNIOR, Américo. SENNA, Gustavo. *Garantismo e (des)lealdade processual*. In: CALABRICH, Bruno. FISCHER, Douglas. PELELLA, Eduardo. Garantismo penal integral. 4. Ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico. 2017. p. 119-134.

BONFIM, Edilson Mougénot. Curso de Processo Penal. 13 ed. São Paulo: Saraiva. 2019.

CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo penal. Entre garantismo, instrumentalidade e boa-fé: a validade prima facie dos atos processuais*. In: CALABRICH, Bruno. FISCHER, Douglas. PELELLA, Eduardo. Garantismo penal integral. 4. Ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico. 2017. p. 397-430.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 15. ed. 1999.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Princípio da boa-fé processual no direito processual civil brasileiro e seu fundamento constitucional*. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 70, out./dez. 2018, p. 179-188.

GUERRA, Marcelo Lima. Execução indireta. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SILVA, Osmar Vieira da. *O contempt of court (desacato à ordem judicial) no Brasil*. Londrina: Revista Jurídica da UniFil, Ano IV, nº 4, 2007.

VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003

MARCOS PAULO DE SOUZA MIRANDA

Promotor de Justiça em Minas Gerais. Coordenador do Caocrim.



A IMPRESCINDÍVEL ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA FORMAÇÃO DO PADRÃO DECISÓRIO VINCULANTE NO JULGAMENTO DOS RECURSOS REPETITIVOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM ÂMBITO CRIMINAL, SOB A ÓTICA DO CONTRADITÓRIO DINÂMICO

THE ESSENTIAL ROLE OF THE PUBLIC PROSECUTOR IN THE FORMATION OF THE
BINDING DECISION-MAKING STANDARD IN THE JUDGMENT OF
REPETITIVE APPEALS BY THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE IN THE
CRIMINAL SPHERE FROM THE PERSPECTIVE OF THE DYNAMIC ADVERSARY

NATHÁLIA MANSUR DOS REIS

Coordenadora da Assessoria Jurídica

Resumo: O presente artigo visa demonstrar, pela adoção do método jurídico-prospectivo, a imprescindibilidade da atuação do Ministério Público na fase de discussão e formação do precedente vinculante pelo Superior Tribunal de Justiça, considerando o precedente como uma realidade na sistemática processual brasileira, de crescente adesão e aplicabilidade e, considerando, ainda, o órgão ministerial como instituição fundamental do Estado Democrático de Direito, bem como a sua atuação diante das peculiaridades do julgamento por amostragem na matéria penal e a necessidade do exercício do contraditório dinâmico com o objetivo de garantir a legitimidade dos padrões decisórios oriundos do julgamento submetido ao rito especial.

Palavras-chave: precedente; Superior Tribunal de Justiça; Ministério Público; recursos repetitivos.

Abstract: The present article aims to demonstrate the indispensability of the Public Prosecutor's role in the discussion and formation phase of the binding precedent by the Superior Court of Justice, considering the precedent as a reality in the Brazilian procedural system, of increasing adhesion and applicability and, considering, also, the ministerial agency as a fundamental institution of the Democratic Rule of Law, as well as its performance in face of the peculiarities of the trial by sampling in criminal matters and the need to exercise dynamic adversary in order to guarantee the legitimacy of the decision standards arising from the trial submitted to the special procedure.

Keywords: precedent; Superior Court of Justice; Public Prosecutor; repetitive actions.

Sumário: 1. Introdução. 2. Afinal, o que é o precedente? 3. O julgamento de recurso extraordinário e especial repetitivo como instituto do sistema de precedentes brasileiro. 4. O surgimento do contraditório dinâmico como consequência do Estado Democrático do Direito. 4.1. Histórico do contraditório. 4.2. O contraditório dinâmico. 5. A imprescindibilidade de atuação do Ministério Público no Superior Tribunal de Justiça no curso da formação dos precedentes criminais pelo rito do recurso repetitivo. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. Introdução

Discute-se mais sobre a aplicação dos precedentes judiciais no âmbito dos processos penais do que sobre a sua formação, a exemplo do que ocorre

no julgamento de recursos repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça. Uma vez consolidados no ordenamento jurídico, a partir de julgados prolatados sob procedimentos específicos, resta ao aplicador do direito, nas hipóteses em que abstratamente incidentes, afastar a sua eficácia vinculante pela demonstração do *distinguishing* ou pela proposta de *overruling*.

Ocorre que, uma vez definido o seu campo de incidência, a consequente aplicação da tese firmada oferece restrito campo interpretativo e discursivo, impondo-se como verdadeiras premissas postas.

A preocupação em afirmar a atuação da parte na elaboração do precedente vinculante no âmbito de recurso repetitivos cinge-se ao reforço da observância do princípio participativo, por meio do qual as partes atuam, de forma ativa e paritária, com o objetivo de influenciar o julgador na tomada de decisão, mormente na formação de tese que vinculará o julgamento de casos futuros semelhantes.

Por essa razão, é preciso que o Ministério Público de atuação criminal utilize, de forma eficaz, os mecanismos de participação para a formulação desses enunciados, a fim de que expressem, com a maior fidedignidade possível, o entendimento do tribunal sobre a tese jurídica discutida no processo, em sua maior amplitude possível. Além disso, as funções constitucionais atribuídas ao Ministério Público, alçado ao *status de instituição fundamental do Estado Democrático de Direito*,¹ sendo titular exclusivo da ação penal, impõem ao órgão o poder-ônus de prezar pela legitimidade do sistema de precedentes criminais (neste estudo, restrito ao julgamento dos recursos criminais pelo rito dos recursos repetitivos).

Dessa forma, defende-se, pelo presente artigo, a pertinência do assento definitivo do Ministério Público Estadual na Comissão Gestora de Precedentes do STJ, para fins de seleção prévia dos recursos a serem afetados em matéria criminal e de formulação de propostas dos padrões decisórios vinculantes a serem submetidos ao julgamento pela Corte Superior.

2. Afinal, o que é o precedente?

Precedente, instituto processual originário do *common law*, é resultado da consolidação das teses de julgamentos de processos judiciais para aplicação em casos futuros. Trata-se, pois, em sua origem, do ponto de partida para a discussão do caso concreto, cujo acerto do direito em juízo terá como diretriz os julgados anteriores sobre o mesmo tema.

¹ Nesse sentido, cf. ALMEIDA; SOARES JÚNIOR, 2013, p. 116.

É instituto processual próprio e distinto, que diverge de outras classes de decisões prolatadas pela segunda instância ou pela instância extraordinária, a saber:

a) *precedente* (em sentido amplo): qualquer julgamento que venha a ser utilizado como fundamento de outro a ser proferido, transcende o caso concreto (1º julgamento), com caráter de concretude (enunciado / julgado);

b) *jurisprudência*: conjunto de decisões judiciais no mesmo sentido sobre a mesma matéria;

c) *súmula*: é a consolidação objetiva da jurisprudência, sendo elaborada de acordo com o Regimento Interno dos Tribunais, e deve atender às circunstâncias fáticas do caso concreto (art. 926, § 2º, do CPC - *similaridade fática dos precedentes*). Sua eficácia é vinculante, sendo a violação de seu enunciado objeto de reclamação, desde que obedecidos os requisitos legais.

Adotado formalmente pelo ordenamento jurídico brasileiro com o advento do Código de Processo Civil, o precedente passou a integrar o sistema processual pátrio com características próprias e distintas do instituto originário.

O direito brasileiro, tradicionalmente, adota o sistema *civil law*, de positividade das leis para a regulação de casos futuros, sendo a adoção do precedente a alternativa adotada para a celeridade e segurança jurídica da resolução das demandas em juízo, criado tanto por ações e procedimentos específicos (precedentes vinculantes) quanto pela consolidação da jurisprudência (precedentes não vinculantes).

O Brasil, no entanto, não importou diretamente o modelo precedentalista do *common law*, mas criou um método próprio. Isto porque, pelas disposições do novo ordenamento processual (CPC-2015), a legislação é que define em qual espécie de processo se criará um precedente com força vinculante em sentido forte, de obrigatoria observância pelos tribunais.

Citando Lenio Streck, esclarece Bernardo Gonçalves Fernandes (2017, p. 1272-1273):

O precedente não tem força vinculante nos países que têm a *common law* como sistema, de tal forma que também não deveriam ter essa força os precedentes de *civil Law*. Na realidade, a aplicação dos precedentes deveria ter caráter eminentemente argumentativo (...). Ademais, sustenta o autor que é justamente porque os precedentes, no Brasil, têm a sua força atrelada à autoridade (e não à qualidade de seu conteúdo) que se torna necessária a atribuição de efeito vinculante

pela via legislativa – o que, conforme mencionado acima, não ocorre nos países nos quais os precedentes fazem parte da cultura jurídica.

Segundo Elpídio Donizete (2015):

[...] a igualdade, a coerência, a isonomia, a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões judiciais, constituem as principais justificativas para a adoção do *stare decisis* ou em bom português, o sistema da força obrigatória dos precedentes.

Assim, pontua o autor:

[...] o que se pretende, então, com a adoção de um sistema de precedentes, é oferecer soluções idênticas para casos idênticos e decisões semelhantes para demandas que possuam o mesmo fundamento jurídico, evitando, assim, a utilização excessiva de recursos e o aumento da quantidade de demandas.

O precedente, especificamente, transcende o teor da jurisprudência ao exigir, para a sua caracterização, a existência concomitante de elementos que resultam numa tese ou princípio jurídico objetivo. São eles: a) *circunstâncias fáticas relacionadas a controvérsia*: definição de semelhança entre os casos; b) *argumentação jurídica em torno da questão*: argumentação acerca do uso de precedentes. Raciocínio da analogia para indicar as similaridades e da contra-analogia para apontar as distinções; c) *tese ou princípio jurídico utilizado na exposição da motivação da decisão*: é o próprio precedente em sentido estrito.

Assim, ao decidir uma demanda cujo acórdão passa a valer como precedente vinculante, o Magistrado, em ações e procedimentos específicos, criará duas normas: a) uma primeira norma, de cunho *geral* (esfera interpretativa dos fatos frente ao direito positivo vigente) e b) uma segunda, de caráter *específico* (relacionada somente ao específico caso julgado).

É a primeira norma, à qual, excepcionalmente, a lei conferirá caráter vinculante, e de observância de obrigatória ao deslinde de demandas semelhantes. E é sobre ela que, no presente estudo, pretendemos demonstrar a necessidade da atuação ministerial mais próxima.

Luiz Guilherme Marinoni (2016, p. 991), por seu turno, reforça mais uma peculiaridade do sistema precedentalista brasileiro ao destacar que o precedente, enquanto julgamento de um único caso concreto, não detém força vinculante de per si, dependendo, para tanto, das conclusões de incidentes específicos (IRDR ou IAC – aplicável, da mesma forma, ao procedimento especial do julgamento por amostragem, pela técnica dos recursos repetitivos):

[...] é preciso lembrar que a noção de precedente é uma noção material – tem a ver com a autoridade das decisões das Cortes Supremas – e qualitativa – tem a ver com o fato de as razões constantes da justificação serem necessárias e suficientes para a solução de determinada questão de direito. Daí que, em primeiro lugar, é preciso distinguir por uma vez mais o produto do trabalho das Cortes de Justiça – que depende ainda de uma forma específica para ser vinculante, qual seja, a do incidente de resolução de demandas repetitivas ou do incidente de assunção de competência – do produto do trabalho das Cortes Supremas – que independe de semelhante forma, na medida em que não só recursos extraordinários e recursos especiais decididos na forma dos recursos repetitivos ou do incidente de assunção podem gerar precedentes. Em segundo lugar, é preciso ter presente que falar na observância de enunciados e acórdãos diz muito pouco. Como é evidente, o que deve ser observado é são as *rationes decidendi* que podem ser extraídas interpretativamente da justificação desses acórdãos. O art. 927, CPC, serve, porém, para deixar claro que é necessário compreender a administração da Justiça Civil dentro de uma perspectiva demarcada por competências claras a respeito de quem dá a última palavra do significado do direito no nosso país, de qual é a eficácia que se espera desses julgados e qual o tipo de comportamento que se espera para que o processo civil possa promover de maneira adequada, efetiva e tempestiva a tutela dos direitos. O art. 927, CPC, consagra a necessidade de *stare decisis* vertical no sistema jurídico brasileiro.

Com efeito, no atual estágio de aplicação do NCPC, já não restam mais dúvidas sobre a aplicação de seus institutos ao processo penal. Conforme pontua Fernando Gajardoni (2015):

A necessidade de estabilidade da jurisprudência e da vinculação dos juízos aos precedentes (arts. 926 e 927 do NCPC) – inclusive às súmulas não vinculantes (sic) –, mais do que uma regra de processo civil, parece ser uma regra de teoria geral do processo (ou até mesmo do Direito), como tal a deitar influências em todos os quadrantes da nação, inclusive no processo penal. Mitiga-se a liberdade de convicção sobre matéria de direito (não a de fato!) dos juízes criminais, em favor de um sistema mais coerente, íntegro e igualitário. Também no processo penal, os juízes passarão a dever obediência aos precedentes superiores em matéria criminal (e são tantos), vez que a legislação processual penal é absolutamente omissa a esse respeito.

Portanto, certa é a existência de um sistema processual de precedentes, próprio do direito criminal, orientado, entretanto, pela a sistemática própria do Direito Penal e do Direito Processual Penal.

3.0 julgamento de recurso extraordinário e especial repetitivo como instituto do sistema de precedentes brasileiro

As demandas repetitivas (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, julgamento por amostragem pelo rito dos recursos repetitivos e Incidente de assunção de competência) constituem técnicas procedimentais distintas que visam alcançar a mesma finalidade: a formação de precedentes obrigatórios.

Enquanto os Recursos Repetitivos, o IRDR e o IAC têm como pressuposto a repetição *de relevantes questões*, os dois primeiros (RR e IRDR) pressupõem a *multiplicidade de demandas sobre o mesmo tema*, ao contrário do último (IAC).

O julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos está regulamentado pelos arts. 1036 a 1041 do CPC, cuja eficácia vinculante é evidente, em razão dos seguintes fenômenos processuais: a) hipótese de improcedência liminar do pedido (art. 332, II, do CPC); b) não sujeição ao duplo grau de jurisdição (art. 496, § 4º, II, do CPC); c) possibilidade de juízo de admissibilidade negativo de recursos especiais (art. 932, IV, *b*; art. 1.030, I, *b*, CPC); e d) possibilidade de provimento de recursos especiais por decisão monocrática do relator (art. 932, V, *c*, CPC). Segundo o *caput* do art. 1036 do CPC:

Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

Ao contrário do IRDR, cujo julgamento é de competência exclusiva dos Tribunais de 2ª instância, o rito dos recursos repetitivos constitui técnica de julgamento de recursos por amostragem, atribuída exclusivamente aos tribunais superiores. No caso do STJ, à sua Corte Especial (art. 11, XVI, do RISTJ).

Neste caso, o tribunal de 2ª instância selecionará recursos (*recurso representativo da controvérsia*), que serão encaminhados ao STF ou ao STJ para fins de afetação, possibilitando a suspensão do trâmite dos processos pendentes sobre o mesmo tema, individuais ou coletivos, conforme decisão do ministro relator. Após trâmite processual específico, sendo proferido julgamento, “decididos os recursos afetados, os órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos versando sobre

idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese firmada” (art. 1039, CPC). E estabelece, ainda, o CPC:

Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma:

I - o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior;

II - o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior;

III - os processos suspensos em primeiro e segundo grau de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior;

[...]

§ 1º A parte poderá desistir da ação em curso no primeiro grau de jurisdição, antes de proferida a sentença, se a questão nela discutida for idêntica à resolvida pelo recurso representativo da controvérsia.

§ 2º Se a desistência ocorrer antes de oferecida contestação, a parte ficará isenta do pagamento de custas e de honorários de sucumbência.

§ 3º A desistência apresentada nos termos do § 1º independe de consentimento do réu, ainda que apresentada contestação. (grifamos)

Assentada a tese pelo Tribunal Superior, o entendimento definido pelo julgamento especial terá grau de eficácia média quanto à sua vinculação em relação aos casos futuros, porquanto cabível a Reclamação Constitucional somente após o exaurimento das instâncias ordinárias (art. 988, § 5º, II, do CPC). Isso porque, como já pontuaram Aurélio Viana e Dierle Nunes (2018, p. 303), em relação ao sistema de precedentes adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro:

[...] em virtude da prematura mudança do CPC/2015, instala-se um rígido modelo de obrigatoriedade, acarretando o empobrecimento do sistema processual, verificável pelas hipóteses normativas que inserem o precedente”. Além disso, afirmam que “corre-se o risco de ocorrer o engessamento do direito em razão de um critério ultrapositivista, pois, uma vez que tenha um tribunal firmado determinado precedente, nada de direito poderia haver além do precedente criado.

Uma vez formado o padrão decisório, há uma perda significativa de possibilidade de discussão da matéria pelo exercício do duplo grau de jurisdição, uma vez que o recurso contra decisão fundada em recurso repetitivo é objeto de Agravo Interno, ou seja, julgado pelo Tribunal prolator da própria decisão recorrida. Neste sentido, esclarece Dierle Nunes (2018, p. 304):

[...] se a decisão combatida se conformar com padrões decisórios eleitos pelo legislador (ausência de reconhecimento ou contrariedade ao regime de repercussão geral ou ainda divergir de acórdão do STF ou STJ oriundo do julgamento de recursos repetitivos), será cabível somente o recurso de agravo interno, portanto, perante o mesmo tribunal (Tribunal de Justiça do Estado ou do Distrito Federal ou Tribunal Regional Federal), nos termos do art. 1.021. Assim, impede-se a rediscussão do padrão decisório diretamente no órgão jurisdicional responsável por sua formação.

Perceba-se que ainda vivemos um contexto no qual o fomento de *lawtechs* (*legaltechs*) induz à utilização de tecnologias que visem facilitar a elaboração de decisões e postulações que serão alimentadas por esses pronunciamentos (precedentes) e que tendem a reduzir o espaço dialógico e promover uma aplicação desses conteúdos de modo automático.?

De algum tempo para cá o uso de tecnologias vem se tornando uma preocupação dos profissionais do Direito, especialmente pela sua utilização constante nos processos eletrônicos.

[...]

O uso de redes neurais vem obtendo várias aplicações no Direito, pois, apesar de elas não possuírem ainda o potencial de resolver todos os para computar o conhecimento jurídico, seu uso oferece excelentes benefícios para recuperação, catalogação de informações e auxílio na determinação da semelhança problemas presentes.

Não bastasse, o padrão decisório consolidado pode constituir em verdadeira jurisprudência defensiva, que inviabiliza a discussão jurídica sobre diversas questões de direito, preocupação já sinalizada pela doutrina, a ser combatida pelo exercício do contraditório efetivo e dinâmico:

Um dos objetivos do CPC/15 foi a criação de mecanismos de combate à jurisprudência defensiva (arts. 4º, 218, § 4º, 932, parágrafo único, para citar alguns exemplos) e os Tribunais se adaptam e sofisticam o modo pelo qual passam a inadmitir os recursos. [...]

De imediato, há de se pontuar que já vimos defendendo há algum tempo que os ônus argumentativos das partes e dos magistrados tenham se modificado no CPC/15, especialmente pela aplicação do disposto no § 1º do art. 489, por força do modelo participativo adotado. No entanto, esse ônus impõe uma análise acurada de todos os fundamentos por todos os sujeitos processuais sem que se criem novos rigores formais.

[...] embora estejamos nesse modelo (comp participativo) de processo, no qual se exige responsabilidade e interdependência dos sujeitos processuais, não se pode admitir a deturpação do Código – e à obviedade, da Constituição – de forma que a jurisprudência defensiva

seja repaginada e implique inadmissão de uns sem-número de impugnações, principalmente se levarmos em conta a necessidade de ampla discussão das questões jurídicas, já que o legislador optou pela criação de precedentes judiciais diferenciados, cujo funcionamento exige seriedade e esforço de todos os sujeitos processuais, de forma que se tematizem os padrões decisórios antes que se possam servir de modelos para outros casos. (VIANA; NUNES, 2018, p. 394).

Tal cenário se agrava quando se verifica que, pelo RISTJ, não se confere a possibilidade de o MPE manifestar-se previamente acerca da escolha do recurso representativo da controvérsia, mas apenas ao MPF.

É possível, contudo, pela atuação prévia à consolidação da tese e julgamento do recurso repetitivo, contribuir para que o padrão decisório seja formado de maneira que atenda aos interesses apresentados na demanda e à legítima vinculação de casos futuros, considerando os interesses individuais, sociais e coletivos em questão.

Além do trâmite formal previsto no CPC, o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça estabelece importante rito procedimental que vai, desde a fase da seleção do recurso repetitivo como candidato à afetação, até o julgamento do recurso do qual se extrai a tese vinculante.

Neste sentido, estabelece o art. 46-A, I, de seu Regimento Interno, incluído pela Emenda Regimental n. 26, de 2016, que compete à Comissão Gestora de Precedentes:

[...] supervisionar os trabalhos do Núcleo de Gerenciamento de Precedentes – NUGEP, em especial os relacionados à gestão dos casos repetitivos e dos incidentes de assunção de competência, bem como ao controle e ao acompanhamento de processos sobrestados na Corte, em razão da aplicação da sistemática dos recursos repetitivos e da repercussão geral.

E ainda:

Art. 121-A. Os acórdãos proferidos em julgamento de incidente de assunção de competência e de recursos especiais repetitivos bem como os enunciados de súmulas do Superior Tribunal de Justiça constituem, segundo o art. 927 do Código de Processo Civil, precedentes qualificados de estrita observância pelos Juízes e Tribunais.

[...]

Art. 256-Q. **No julgamento de mérito do tema repetitivo, o relator ou o Ministro relator para acórdão delimitará objetivamente a tese firmada pelo órgão julgador.** (Incluído pela Emenda Regimental n. 24, de 2016)

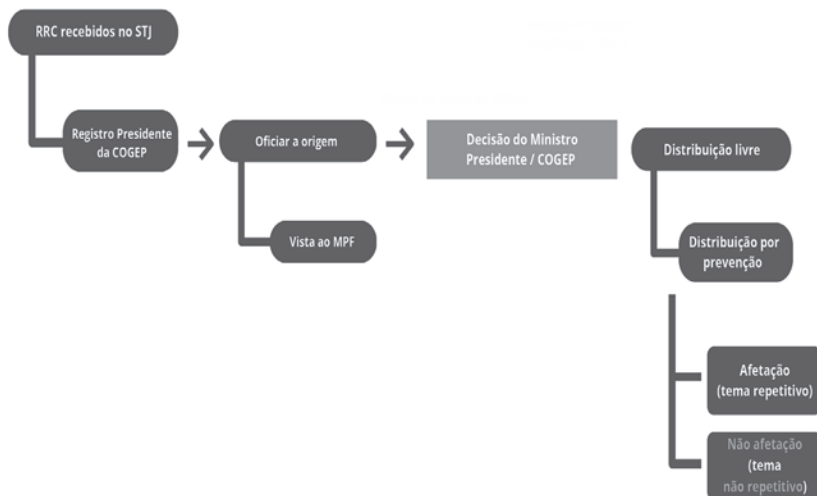
§ 1º Alterada a tese firmada no julgamento de recurso interposto contra o acórdão citado no caput, proceder-se-á à nova delimitação com os fundamentos determinantes da tese. (Incluído pela Emenda Regimental n. 24, de 2016)

§ 2º A decisão de que trata o § 1º deste artigo será objeto de comunicação aos Ministros do órgão julgador, ao Presidente do STJ e aos presidentes ou vicepresidentes dos Tribunais de origem. (Incluído pela Emenda Regimental n. 24, de 2016). (BRASIL, 2021).

Conforme informações disponibilizadas pelo próprio STJ, uma das estratégias do trabalho de seleção dos recursos consiste em identificar questões jurídicas pacificadas pela jurisprudência do STJ, não obstante possibilitem a interposição de recursos especiais ou agravos em recursos especiais em sentido contrário. Para viabilizar tal atividade, a Secretaria de Jurisprudência do Tribunal Superior realiza o acompanhamento dos processos direcionados ao Tribunal, a indicar a uniformidade de entendimento da Corte.

Após análise técnica, as informações são disponibilizadas à Presidência da Comissão Gestora de Precedentes, que poderá alocar o recurso como representativo da controvérsia e candidato à afetação, nos termos dos arts. 256 ao 256-D do RISTJ, privilegiando o julgamento coletivizado da questão, visando pacificar, em âmbito nacional, questões de direito que se repetem em múltiplos processos.

A propósito, o seguinte quadro ilustra a tramitação dos representativos no âmbito do STJ (BRASIL, 2021):



Vê-se que o RISTJ confere expressamente ao Ministério Público Federal a possibilidade de manifestação prévia à escolha de um recurso representativo da controvérsia, oportunidade que, igualmente, deve ser conferida ao Ministério Público Estadual.

Atendo-se às lições de Dworkin, na figura ideal do juiz Hércules, Viana e Nunes (2018, p. 319) observam a doutrina que:

[...] todo o direito pode ser revisitado, interpretado, e, claro, não há nenhuma razão para excepcionar o direito jurisprudencial, algo que deve decorrer de processos argumentativos desenvolvidos pelas partes, com a disciplina das garantias processuais.

Nesse sentido, sendo possível a participação do MPF no curso da escolha do representativo da controvérsia, como se extrai do procedimento acima ilustrado, a atuação, autônoma e disjuntiva, do MPE, perante os Tribunais Superiores, deve lhe conferir, de igual forma, a possibilidade ampla de manifestação. Valendo-se da teoria do direito como integridade, formulada por Dworkin:

[...] é imprescindível que o uso do direito jurisprudencial no Brasil se dê a partir de premissas teóricas compatíveis com o Estado democrático de Direito e capazes de fornecer as balizas aos atos jurisdicionais decisórios, algo que somente se vislumbra a partir da reformulação do papel (hermenêutico) do direito e, por conseguinte, do afastamento de propostas dos sujeitos processuais, do reconhecimento do caráter linguístico construtivo insistem em depositar as esperanças no acerto das decisões prolatadas pelos garbosos integrantes de altos tribunais do que “teóricas” que sapiência do juiz, no ou mesmo que desprezam o *iter* de formação decisória, de modo a exigir que a fundamentação se dê apenas nas decisões. (VIANA; NUNES, 2018, p. 322).

Note-se que, como exigência do constitucionalismo contemporâneo, já tratado neste trabalho, a legitimidade dos julgamentos não se restringe à sua adequação formal, o que impõe ao Ministério Público a atribuição de, também, analisar a conformação material do precedente com a principiologia criminal sob o aspecto do garantismo integral.

Dessa forma, dada a constatação do recurso repetitivo como meio eficaz de julgamento por amostragem, cumpre ao Ministério Público atuar na prévia formação do precedente vinculante no âmbito do recurso repetitivo, visando à escorregia formação do padrão decisório vinculante.

4. O surgimento do contraditório dinâmico como consequência do Estado Democrático de Direito

4.1. Histórico do contraditório

O princípio constitucional do contraditório, hoje garantia fundamental prevista no art. 5º, LV, da Constituição da República, tem como conceito tradicional o direito de informação à parte aliada à possibilidade de sua reação, em processos judiciais e administrativos. Neste sentido, tradicionalmente, a observância deste princípio exigia apenas que as partes fossem devidamente comunicadas de todos os atos processuais, como forma de garantir a sua participação na defesa de seus interesses individuais.

A propósito, esclarece Cândido Rangel Dinamarco (2013, p. 216-217):

Para cumprir a exigência constitucional do contraditório, todo o modelo procedimental descrito em lei contém e todos os procedimentos concretamente se instauram devem conter momentos para que cada uma das partes peça, alegue e prove. O autor alega e pede na demanda inicial; instituído o processo mediante o ajuizamento desta, o réu é admitido a pedir logo de início, podendo alegar fundamentos de defesa e postular a improcedência da demanda ou a extinção do processo; o autor pode pedir a antecipação da tutela, o que obterá se concorrerem os requisitos postos em lei (CPC, art. 273); ambas as partes são admitidas a produzir provas dos fatos alegados; a parte contrariada por uma decisão tem o caminho aberto para pedir ao Tribunal uma decisão favorável (recurso). Ao pedir, cada um dos litigantes alega, isto é, traz fundamentos destinados a convencer o juiz; e alega também, ao fim do procedimento e antes da sentença, analisando os fatos, as provas e as consequências jurídicas daqueles etc.

Modernamente, ao dever de informação e à possibilidade de reação, acresceu-se o exercício do poder de influência das partes para a formação do convencimento do juiz.

Vê-se que a atual concepção do princípio do contraditório transpôs seus limites formais, ingressando no aspecto material do instituto. Logo, para que seja efetivamente observado no caso concreto, além da possibilidade de reação pela parte, tal reação deve ser apta a influenciar o juiz, a demonstrar a importância da efetiva participação da parte.

Tamanha é a importância do princípio do contraditório no curso dos processos, que o próprio CPC, em seu art. 10, estabelece que:

[...] o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes

oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Trata-se da vedação à chamada “*Decisão-Surpresa*”, ou seja, aquelas que, nas palavras de Vitor Luís de Almeida (2020), Juiz do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

[...] são caracterizadas por aspectos subjetivos e discricionários do poder judiciário, uma vez que não são resultado do debate das partes, mas apenas da íntima convicção do juiz, sem respeito ao dever legal de fundamentação previsto na Constituição Federal. (ALMEIDA, 2020).

4.2. O contraditório dinâmico

O contraditório efetivo e dinâmico é corolário do direito moderno, concebido à luz do princípio democrático, que impõe ao magistrado, pela observância do policentrismo processual, o dever de zelar pela efetividade de seu exercício no caso concreto. Nesse sentido, leciona Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 83) que:

[...] o princípio do contraditório receberia uma nova significação, passando a ser entendido como direito de participação na construção do provimento, sob a forma de uma garantia processual de influência e não surpresa para a formação das decisões.

Trata-se de mudança de paradigma no trato do princípio processual do contraditório para justificar o compromisso democrático e de efetivo acesso à justiça determinado pela Constituição da República.

Conforme esclarece Rodrigo Mazzei (2015):

Não se pode, portanto, pensar que as codificações (assim como qualquer legislação infraconstitucional) fiquem imunes se o paradigma constitucional foi alterado. Há, em suma, necessidade de conformação do direito às opções postas na Constituição, postura esta que demanda a interpretação de todo sistema legal guiada pelo farol constitucional, notadamente quando se pretende plasmar na nação um verdadeiro Estado Democrático de Direito amparado em diploma constitucional.

Sob o ponto de vista do constitucionalismo, leciona o doutrinador Adilson de Oliveira Nascimento (2002):

A participação, principal característica da democracia, passa a integrar a ideia do Processo, concebido como queria FAZZALARI, ou seja, como procedimento em contraditório, com participação das partes na preparação do provimento final em simétrica paridade.

Não se quer, com isso, desmerecer a contribuição da jurisdição para o avanço da ideia democrática. Porém, como todo poder deve ser limitado por vínculos constitucionais, sua discricionariedade é dirigida para a consecução dos fins estabelecidos pelo devido processo legal, com a observância do contraditório, ampla defesa e isonomia das partes. O juiz continua no exercício de seu mister a procurar a pacificação social, mas passa a contar com a participação dos interessados conflitantes, o que fará com que o provimento final tenha legitimidade substancial democrática.

O contraditório qualificado como dinâmico é aquele situado em uma condição de superioridade qualitativa em relação aos demais direitos e garantias constitucionais, amplificado em importância, legitimidade e aplicação prática, sendo discutido há bastante tempo pelo direito estrangeiro.

Neste sentido, a doutrina italiana, da década de 1950, pelos estudos de Elio Fazzalari (2006, p. 121), para quem o processo apenas se constitui quando sua estrutura se fundamenta no contraditório e na dialeticidade da argumentação das partes.

Na mesma linha, o art. 16 do *Nouveau Code de Procédure Civile* francês, sobrelevando a importância do princípio do contraditório, impede a prolação de decisão pelo juiz acerca de aspectos jurídicos suscitados de ofício sobre os quais as partes não foram previamente intimadas para se manifestarem. Confira-se:

Art. 16. O juiz deve, em todas as circunstâncias, ter ele mesmo observado o princípio da contradição. Não pode reter, na sua decisão, os meios, explicações e documentos invocados ou produzidos pelas partes, a menos que estas os tenham podido discutir de forma contraditória. [...] (tradução nossa)².

Igualmente, o art. 103, I, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha,³ que estatui o direito à audiência jurisdicional (*Anspruch auf Rechtliches Gehör*), foi interpretado de forma extensiva, para além de simples literalidade: “todos têm o direito de serem ouvidos no tribunal” (tradução nossa).

O contraditório dinâmico, conquista do processo constitucional, atribui, aos interessados, segundo Andolina e Vignera (apud THEODORO JÚNIOR; NUNES, 2012, p. 290), “possibilidades de participação preventiva”

2 No original, “le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d’en débattre contradictoirement”.

3 No original, “Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör”.

em relação aos aspectos fáticos e jurídicos discutidos no processo, o que leva à seguinte equação: “defesa = contraditório = participação = audiência preventiva”.

Na mesma linha, leciona Marcelo Veiga Franco (2012), para quem o modelo participativo de processo baseado na cooperação processual e no policentrismo processual – decorrente de um contraditório simultaneamente dinâmico, equilibrado e participativo –, supera a teoria do processo como relação jurídica. Entende-se, dessa forma, que a participação isonômica, coordenada, direta e influente das partes atuantes de forma interdependente e em um trabalho conjunto com o magistrado é essencial para a concretização dos ideais democráticos do Estado de Direito, assim considerados como a legitimidade do provimento formulado a partir das propostas e considerações formuladas direta e efetivamente pelos interessados.

Para Humberto Theodoro Júnior (2012), citando Luigi Paolo Comoglio, “o moderno processo traz em seu bojo significativa carga ética, tanto na regulação procedimental como na formulação substancial dos provimentos decisórios”, impondo ao juiz o dever-ônus de provocar previamente as partes sobre questões determinantes sobre o deslinde da controvérsia. E complementa:

[...] a participação, advinda da leitura dinâmica do contraditório (e de outras garantias processuais constitucionais) importa uma democratização do sistema de aplicação da tutela. Assim, chegaremos a uma aplicação da tutela com resultados úteis e de acordo com as perspectivas de um Estado Democrático de Direito.

No que diz respeito à formação dos precedentes, sobretudo pela sistemática do rito dos recursos repetitivos, incide o dever de fundamentação vinculada, a ela se aplicando o estabelecido no art. 927, § 1º do CPC, segundo o qual “os juízes e os tribunais observarão o disposto no artigo 10 e no artigo 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo”. Neste sentido, afasta-se a possibilidade de prolação de decisões-surpresa (art. 10 do CPC).

Tratando-se de tese vinculante, no sentido de determinante para os casos futuros, a postura ativa e vigilante do Ministério Público no curso da formação da tese repetitiva, revela-se imprescindível para a correta aplicação do instituto, sobretudo com vistas ao atendimento dos direitos fundamentais e das expectativas sociais.

5. A imprescindibilidade de atuação do Ministério Público no Superior Tribunal de Justiça no curso da formação dos precedentes criminais pelo rito do recurso repetitivo

O Ministério Público, não só enquanto fiscal do ordenamento jurídico e titular exclusivo da ação penal, pode e deve exercer papel de protagonismo na escorregia formação do precedente, a partir de um estudo aprofundado que viabilize a correta formulação do enunciado objetivo que traduza o padrão decisório oriundo do julgamento por amostragem, pela Corte Superior do STJ. Mas, principalmente, o Ministério Público, enquanto defensor da democracia, é “instituição fundamental do Estado Democrático de Direito”, segundo o Procurador de Justiça do MPMG, Gregório Assagra de Almeida (2013, p. 116).

Sobre a importância do Ministério Público no contexto do Estado Democrático de Direito Brasileiro, no âmbito da Constituição de 1988, esclarece Almeida e Costa (2019, p. 243-244):

O Ministério Público, em razão da função constitucional (arts. 127 a 129 da CR/1988), possui a natureza jurídica da Instituição de Acesso à Justiça, ao lado do Poder Judiciário e de outras instituições que formam a garantia constitucional de acesso à justiça, tendo em vista que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 insere a instituição no Título IV do Capítulo IV – “*Das Funções Essenciais à Justiça*”.

O Ministério Público é, portanto, garantia constitucional institucional fundamental da sociedade e do cidadão.

Isto porque a relevância ímpar da atuação ministerial, declarada expressamente pela Constituição de 1988, atribui ao Órgão, sobretudo sob o ponto de vista da atuação criminal e do resguardo às garantias e direitos fundamentais, o poder-ônus de manifestar-se em todos os processos criminais cujos recursos especiais e respectivos agravos tenham o potencial de serem afetados para fins de julgamento pelo rito dos recursos repetitivos.

Não se trata apenas da submissão do recurso a um rito processual específico de julgamento (após a sua afetação), mas da adoção de sistemática própria, que estabelece requisitos específicos para que a irresignação seja concebida como apta à definição do precedente vinculante.

A propósito, nos termos do art. 1036, *caput* e § 5º, do CPC, os recursos representativos da controvérsia podem ser selecionados tanto pelo Tribunal de Justiça quanto pelo Tribunal do Superior, que, no caso do STJ, deverão observar os seguintes requisitos regimentais para que possam ser afetados ao rito dos recursos repetitivos: a) a maior diversidade de fundamentos

constantes do acórdão e dos argumentos no recurso especial; b) a questão de mérito que puder tornar prejudicadas outras questões suscitadas no recurso; ou c) a divergência, se existente, entre órgãos julgadores do Tribunal de origem, caso em que deverá ser observada a representação de todas as teses em confronto (art. 236, § 1º, do RISTJ).

Tais requisitos, imprescindíveis à delimitação da matéria a ser submetida à Corte Superior, devem ser objeto de prévia manifestação pelo Ministério Público Estadual, nas demandas criminais reais ou potenciais de sua atuação, visando à observância do contraditório dinâmico e efetivo e, por conseguinte, a garantia de acesso à justiça, a defesa dos direitos e garantias fundamentais e, por fim, a legitimidade da aplicação do sistema de precedentes criminais.

Ademais, a necessidade do exercício do contraditório na formulação dos precedentes avulta sob o ponto de vista criminal, uma vez que a aplicação das teses vinculantes deve observar as peculiaridades do sistema penal e processual penal. Sobre a questão, esclarece Hermes Zanetti Jr. (2016, p. 454):

Os problemas que os precedentes apresentam no direito penal e no processo penal são, em alguma medida, distintos dos existentes no direito civil. No direito penal e no processo penal o princípio da legalidade é reforçado pelo sistema garantista (SG). No contexto dos precedentes, esta mudança de lógica do direito civil em sentido amplo para o direito penal e processual penal implica em reconhecer que o campo do direito em que se trabalha impõe limites aos julgadores no momento de considerarem a universalização de suas decisões.

Note-se, por oportuno, a pertinência da prévia intimação ministerial à afetação do recurso representativo da controvérsia, diante da expressa disposição regimental no sentido de que:

[...] o relator poderá solicitar informações aos Tribunais de origem a respeito da questão afetada e autorizar, em decisão irrecorrível, ante a relevância da matéria, a manifestação escrita de pessoas naturais ou jurídicas, órgãos ou entidades especializadas, com representatividade adequada, a serem prestadas no prazo improrrogável de quinze dias. (art. 256-J do RISTJ). (BRASIL, 2021).

A Resolução nº 235, de 13 de julho de 2016, do CNJ, que dispõe sobre a padronização de procedimentos administrativos decorrentes de julgamentos de repercussão geral, de casos repetitivos e de incidente de assunção de competência previstos na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, também autoriza a participação do Ministério Público na padro-

nização dos precedentes oriundos de recursos repetitivos. Confira-se a redação do dispositivo:

DO NÚCLEO DE GERENCIAMENTO DE PRECEDENTES

Art. 6º O **STJ**, o TST, o TSE, o STM, os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais Regionais do Trabalho devem organizar, como **unidade permanente, o Núcleo de Gerenciamento de Precedentes (Nugep)** no âmbito de suas estruturas administrativas com as atribuições previstas no art. 7º.

§ 1º O prazo de implantação dos Nugep's será de até 90 (noventa) dias contados da publicação desta Resolução.

§ 2º Para a organização do Nugep, os tribunais deverão aproveitar os servidores e a estrutura administrativa dos Núcleos de Repercussão Geral e Recursos Repetitivos (Nurer), que atuem diretamente com a gestão da repercussão geral e dos recursos repetitivos.

§ 3º O Nugep será vinculado à Presidência ou à Vice-Presidência do tribunal e será supervisionado por uma Comissão Gestora composta por Ministros ou Desembargadores, conforme o caso, representativa de Seção ou Grupo de Câmaras ou congêneres, de acordo com o regimento interno de cada tribunal, por matéria de competência.

§ 4º O Nugep será constituído por, no mínimo, 4 (quatro) servidores, dos quais pelo menos 75% (setenta e cinco por cento) devem integrar, de forma efetiva, o quadro de pessoal do respectivo tribunal e possuir graduação em Direito.

§ 5º Aos tribunais com grande número de processos é facultada a designação de magistrados para compor o Nugep.

§ 6º **A critério do tribunal, poderão ser convidados a acompanhar as reuniões da Comissão Gestora de que trata o § 3º um representante da Ordem dos Advogados do Brasil, indicado pelo Conselho Federal, e um representante do Ministério Público.** (grifamos).

Revela-se, portanto, pertinente, viável e imprescindível a atuação do Ministério Público no Superior Tribunal de Justiça no curso da formação dos precedentes criminais pelo rito do recurso repetitivo.

6. Conclusão

Diante das peculiaridades do sistema de precedentes brasileiros, cujas teses obrigatórias decorrem da autoridade da decisão e da formalidade do rito adotado, o déficit democrático dos provimentos jurisdicionais dele emanados impõe a prévia manifestação ministerial acerca do recurso que deve ser julgado como representativo da controvérsia criminal, conferindo-

-lhe, outrossim, a possibilidade de formular a proposta de padrão decisório a ser adotado como vinculante. Tudo isso com o objetivo principal de garantir o acesso à justiça, a defesa dos direitos e garantias fundamentais e, por fim, a legitimidade da aplicação do sistema de precedentes criminais.

7. Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público como instituição permanente. In: ALMEIDA, Gregório Assagra de; SOARES JÚNIOR, Jarbas (Coord.). *Teoria Geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2013.

ALMEIDA, Gregório Assagra de; COSTA, Rafael de Oliveira. *Direito Penal Processual Coletivo: A Tutela dos Bens Jurídicos Coletivos: Direitos ou Interesses Coletivos e Individuais Homogêneos*. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2019.

ALMEIDA, Vitor Luís de. O contraditório como poder de influência no Código de Processo Civil de 2015 e a vedação à decisão-surpresa. In: PEREZ, Áurea Maria Brasil Santos et al. *Cinco Anos do Código de Processo Civil 2015: Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Escola Judicial “Des. Edésio Fernandes”, 2020. Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/11281/1/CPC%205%20anos%20-%20TJMG.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça*. Brasília: STJ, 2021. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Regimento/issue/view/1/showToc>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DONIZETTI, Elpídio. A força dos precedentes no Novo Código de Processo Civil. *Revista Direito UNIFACS*, Salvador, n. 175, 2015. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3446>>. Acesso em: 19 mar. 2021.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. Elaine Nassif. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2006.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e aum. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

FRANCO, Marcelo Veiga. A evolução do contraditório: a superação da teoria do processo como relação jurídica e a insuficiência da teoria do processo como procedimento em simétrico contraditório. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, Salvador, v. 22, n. 24, 2012. Disponível em: <<https://periodicos.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/11896>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Impactos do novo CPC no processo penal. *Revista JOTA*, 2015. Disponível em: <<http://jota.info/artigos/impactos-do-novo-cpc-no-processo-penal%C2%B9-11052015>>. Acesso em 10 mar. 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Breve História (ou estória) do Direito Processual Civil Brasileiro: das ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Novo CPC doutrina selecionada*. Volume 1. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015.

NASCIMENTO, Adilson de Oliveira. Da natureza jurídica do Processo Penal epistemologicamente adequada à concepção democrática do Estado de Direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 461-477, abr. 2002. Disponível em: <<https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/36168>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo Justo e Contraditório Dinâmico. In: ASSIS, Araken de; MOLINARIO, Carlos Alberto; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel et al (Org.). *Processo Coletivo e outros Temas de Direito Processual*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle. Princípio do contraditório no Direito brasileiro. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle (Coord.). *Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. *Precedentes: A mutação no ônus argumentativo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

ZANETI JR, Hermes. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. Pro futuro in malam partem (processo penal) e tempus regit actum (matéria processual penal). In: DIDIER JR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Coord.). *Processo Penal*. v. 13, Salvador: Juspodivm, 2016. p. 453-468. (Coleção Repercussões do Novo CPC).

NATHÁLIA MANSUR DOS REIS

Coordenadora da Assessoria Jurídica da Procuradoria de Justiça de Recursos Especiais e Extraordinários Criminais do MPMG. Mestranda em Direito. Especialista em Direito Constitucional e Novo Constitucionalismo pelo CEAF-MPMG/Milton Campos.



REFLEXÕES SOBRE O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E AS MEDIDAS DE DESPENALIZAÇÃO DA LEI N 9.099/95

REFLECTIONS ABOUT THE NON-CRIMINAL PROSECUTION AGREEMENT
AND THE DECRIMINALIZATION MEASURES OF LAW 9.099/95

PABLO GRAN CRISTÓFORO

Promotor de Justiça

Resumo: Este texto aborda o instrumento do Acordo de Não Persecução Penal como inovação trazida no Pacote Anticrime. O instituto consolida um novo modelo de Justiça Negocial. Parece haver uma aproximação do *Common Law*, mais célere e com construção bilateral de solução. A verdade não é mais o alvo do processo, contentando-se, doravante, com uma solução alternativa melhor avaliada pela oportunidade e conveniência. Há necessidade de acomodações de institutos processuais penais a permitir que o Ministério Público possa bem cumprir sua missão constitucional e, ao mesmo tempo, se valer do ANPP, não como um instrumento de despenalização, nos moldes do Juizado Especial Criminal, mas como uma forma célere e uma efetiva resposta do Estado.

Palavras-chave: acordo de não persecução penal; instrumento do Ministério Público; efetividade da Resposta do Estado.

Abstract: The text addresses the instrument of the Criminal Non-Persecution Agreement, as an innovation brought in the Anti-Crime Package. The institute consolidates a new model of Business Justice. There seems to be a closer approach to Common Law, with a bilateral solution construction. The truth is no longer the target of the process, being satisfied, from now on, with an alternative solution better evaluated by the opportunity and convenience. There is a need for accommodation of criminal procedural institutes to allow the Public Prosecution Service to fulfill its constitutional mission and, at the same time, to use the ANPP, not as an instrument of decriminalization, along the lines of the Special Criminal Court, but as a quick way and effective response from the State.

Keywords: non-criminal prosecution agreement; public prosecutor's instrument; effectiveness of the State's Criminal Response.

Sumário: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 3. Conclusão. 4. Referências.

1. Introdução

O Pacote Anticrime aprovado recentemente trouxe para o Direito Processual pátrio o instituto do Acordo de Não Persecução Penal, nas hipóteses de crimes cuja pena mínima abstrata seja inferior a 4 anos. Tal previsão veio com a alteração do texto do artigo 28 do Código de Processo Penal e o acréscimo da alínea A e subsequentes incisos e parágrafos. Trata-

-se de uma regra que consolida aquilo que já vinha sendo utilizado nos Juizados Especiais Criminais, desde 1995, como plano piloto, com uma aproximação do sistema do *Common Law* e da Justiça Negocial.

A bem da verdade, os benefícios da Lei nº 9.099/95, entre os quais estão a transação penal e a suspensão condicional do processo (artigos 76 e 89, respectivamente), mitigaram o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, autorizando o Ministério Público a entabular, com o suposto autor do fato, uma espécie de acordo de não persecução penal ou de suspensão da ação, em troca de uma contraprestação. Vale lembrar, todavia, que tais benefícios seriam propostos pelo Ministério Público e homologados pelo Magistrado se o autor do fato preenchesse os requisitos objetivos e subjetivos dispostos na lei, de modo a selecionar as hipóteses em que o processo sequer teria início ou seria extinto, cumpridas as condições, sem julgamento do mérito.

A inovação advinda com o Acordo de Não Persecução Penal amplia as possibilidades de resolução da demanda sem análise probatória, saltando da tradição de se buscar a verdade para o pragmatismo de se dar vazão às infundáveis exigências de resposta penal, em um país que é recordista no cometimento de crimes, em um cenário de impunidade.

A deficiência da engrenagem da Justiça na prestação jurisdicional é uma velha conhecida entre nós. As cifras negras de crimes que não são elucidados são estratosféricas. Por sua vez, o precário aparato policial preventivo e judiciário contribui para a ineficiência do sistema. A máquina judiciária criminal é movimentada quase que em sua totalidade por processos que tiveram início com a prisão em flagrante; os demais dormitam, em regra, no aguardo da prescrição. É intuitivo perceber que, neste país, é muito difícil provar um crime e, uma vez obtida a façanha, torna-se por demais tormentoso aplicar e manter a responsabilização penal.¹ Vivenciamos um sistema absolutamente disfuncional em franco prejuízo à sociedade ordeira.

Parte da solução vem com o ANPP e a justiça negocial, com os quais é possível abreviar o caminho rumo a uma resposta Estatal. Nota-se, entretanto, que as expectativas positivas criadas em torno do ANPP só poderão ser confirmadas se, após transportada a noção de Justiça Negocial do Juizado Especial Criminal, se preservar a efetividade do Direito Penal tão longe daquela especializada.

Como alertou Alexandre Rocha Almeida de Moraes, o Brasil, desde a promulgação da Constituição da República, em 1988, já criminalizou cerca de 800 comportamentos e condutas, dos quais foram distribuídos os

¹ Apenas, para exemplo, 5% a 8% dos casos de homicídios registrados são levados à denúncia, conforme diagnóstico da investigação de homicídios no Brasil (ESTRATÉGIA NACIONAL DE JUSTIÇA E SEGU-RANÇA PÚBLICA, 2012, p. 43).

tipos penais entre as 193 leis extravagantes, sendo certo que apenas 20%, em média, admitem a pena privativa de liberdade, consolidando, desse modo, uma espécie de Direito Penal Simbólico (ou *fake*):

Este é o dilema que vem vivendo, por exemplo, a sociedade brasileira: iludida pelo Poder Político que, em vez de implementar políticas públicas de caráter preventivo-penal efetivo, (re)educando esse homem light, aumenta a carga simbólica do Direito Penal e gera expectativas que fatalmente irão se coagular em frustrações até que outro projeto de lei seja encaminhado ao Congresso Nacional. (MORAES, 2009, p. 28)

Nesse passo, a partir da utilização do ANPP, será possível saber, doravante, se este servirá como mecanismo de resposta eficiente do Estado ou se desvirtuará no processo.

2. Desenvolvimento

A crítica não reside na raiz do acordo de não persecução penal ou na tendência de aproximação da Justiça Negociada, mesmo porque o Poder Judiciário não vinha atendendo bem as expectativas da sociedade, por problemas de inúmeras amarras legais, processos morosos, em que a delonga era a regra, com a previsão de “um cem número” de recursos e a efetiva postergação da resposta do Estado.

Percebe-se que o Brasil está seguindo uma tendência já consolidada em outros países, adotando um rito abreviado, com respostas mais rápidas por meio da Justiça Consensual.²

2 Os Estados Unidos da América, baseados no sistema do *plea bargaining* (*plea discussion* ou *plea conference*). No sistema italiano não é diferente: no procedimento *giudizio abbreviato* (sem muita aplicação prática), por economia processual e com base nas provas colhidas na investigação preliminar, o Juiz pode reduzir o rito processual, escolhendo o menor trâmite e diminuindo a pena em 1/3. Existe, ainda, no processo italiano a *applicazione della pena su richiesta delle parti*, na qual, em razão de acordo entre as partes sobre a pena a ser aplicada, o Juiz elimina o processo e submete a imediata conclusão, com afastamento da apelação. Há, ainda, o *giudizio direttissimo*, admitindo-se o julgamento direto, sem audiência, quando o fundamento da acusação é muito evidente, como no caso de prisão em flagrante ou de confissão do acusado. Existem, ainda, o *giudizio immediato* e *giudizio per decreto*, com supressão da fase preliminar e dos debates, este último para crimes menores com penas reduzidas, com condenação logo após as investigações preliminares, sem prévio contraditório. Na mesma toada, existe o *processo abreviado português*, para os crimes apenados com multa ou com pena de prisão não superior a cinco anos, o qual é composto por atos de instrução reduzidos ao mínimo dispensável, depois de haver provas suficientes de se ter verificado o crime e de quem foi o agente, após inquérito sumário (modificações introduzidas pela Lei n. 59/98, nos artigos 391-A a 391-D no Código de Processo Penal Português). Seguindo a tendência, no *processo sumaríssimo português*, para crimes com pena de prisão não superior a 3 anos ou apenados exclusivamente com multa, pode-se julgar sem instrução e julgamento e com imediato trânsito em julgado. Na Espanha, o sistema penal denominado *conformidad* consiste em um acordo da acusação com o réu, assistido por um defensor, mediante o qual há anuência com o pedido de condenação, desde que a privação de liberdade não ultrapasse 6 anos, abrindo-se mão da instrução oral, culminando na sentença com força condenatória e com efeito de trânsito em julgado (imutabilidade). Pelo que se pode constatar, malgrado a polêmica em torno do assunto, o que diferencia o instituto espanhol da *conformidad* do inglês *guilty plea* é que, no primeiro, só há acordo consensual entre acusação e Defesa para os crimes com penas privativas de liberdade até 6 anos, enquanto o segundo, é amplamente aplicado, sem restrição de pena.

Crê-se que o problema não está na decisão de aderir à Justiça Negociada, mas sim na forma pela qual se consolida essa adesão. Ao invés de limitar a abrangência do instituto do ANPP à pena máxima prevista, adotou-se o critério da pena mínima, ampliando ainda mais a incidência ao eleger como parâmetro a pena de até quatro anos. Percebe-se, assim, que a questão é que a lei ampliou demasiadamente a gama de incidência do instituto do acordo de não persecução penal, esvaziando, por exemplo, na prática, outros aparatos de grande importância, como, por exemplo, a delação premiada.

Convém lembrar que o ANPP (pela exigência de pena mínima abaixo de quatro anos e pelo *modus operandi* não violento) abraça, entre muitos, os crimes do colarinho branco e todos os delitos contra a Administração Pública³ (peculato e modalidades – art. 312; inserção de dados falsos no sistema e modalidades – art. 313; extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento – art. 314; emprego irregular de verbas ou rendas públicas – art. 315; concussão – art. 316; excesso de exação, corrupção passiva – art. 317; facilitação de contrabando ou descaminho – art. 318; prevaricação – art. 319 e art. 319-A; condescendência criminosa – art. 320; advocacia administrativa – art. 321; violência arbitrária – art. 322; abandono de função – art. 323; exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado – art. 324; violação de sigilo – arts. 325 e 326; todos do Código Penal).

Por qual motivo nossos gestores públicos ímprobos fariam acordo de delação premiada e dismantelariam o esquema, delatariam comparsas, devolveriam dinheiro surrupiado, se poderão, a depender da interpretação dada ao novo instituto, se valer do acordo de não persecução penal, cuja exigência legal parece ter alcance prático bem mais limitado? É claro que o ANPP não poderá ser proposto para os crimes do artigo 288 do Código Penal ou para integrantes de organizações criminosas (por expressa proibição do art. 28, inciso II, § 2º, do Código de Processo Penal). Assim, em uma análise apressada, poder-se-ia concluir que o ANPP jamais prejudicaria a viabilidade de futura delação premiada, posto que esta última, em regra, se justifica em situações em que haja uma estrutura criminosa e vários coautores. Convém alertar, contudo, que muitas investigações começam pequenas (alvos de crimes sujeitos ao ANPP), despreziosas e, por uma reviravolta ou, até mesmo, com uma confissão de participação em algo muito maior, chegam ao todo. Esse é um caso em que o ANPP esvaziaria, *ab initio*, a delação premiada.

3 “Não nos admira ter o Parlamento aprovado esse novo benefício, pois abrange a maioria dos crimes do colarinho branco. Extremamente conveniente. No entanto, o legislador torna a mencionar que o acordo de não persecução penal precisa ser necessário e suficiente para a reprovação (retribuição) e prevenção do crime” (NUCCI, 2020, p. 60-61).

Assim, é questionável a opção do legislador que agraciou os “crimes de tinta” (praticados pela caneta dos corruptos) com o ANPP, desconsiderando que, em muitos casos, possuem reflexos e alcance mais danosos que alguns delitos de violência. Não se duvida que a ausência de leitos de hospitais, a falta de remédios, escolas de qualidades e creches, a inexistência de saneamento básico, infraestrutura e tantos dissabores sofridos pela sociedade brasileira perpassam pela ética e a forma como o Estado lida com tais situações.

Em 1968, o ganhador do Prêmio Nobel de economia, Gary Becker,⁴ publicou o artigo intitulado *Crime and Punishment: An Economic approach*, no qual atesta que a decisão de cometer crimes perpassa por uma avaliação de custo-benefício realizada pelo criminoso, ponderando satisfação e lucros obtidos com o ilícito e, na mão reversa, a probabilidade da pena e o seu caráter aflitivo. Seguindo por essa linha, até que ponto a lei estaria desestimulando a prática da corrupção ou outros delitos similares, se a certeza do ANPP pode servir para tranquilizar as mentes desviantes?

Estejamos atentos, também, para o fato de que alguns meses da costumeira jurisprudência, ao tom e ao sabor do garantismo hiperbólico monocular, não desnatura o ANPP e o projeto para um “direito subjetivo *brasilis* do réu”. Um acordo em que não se tenha a voluntariedade das partes, com uma obrigação e imposição de propô-lo. Basta perceber o que foi feito do Juizado Especial Criminal e a flexibilização ilimitada da lei no pós-positivismo fluido, em que o texto legal é apenas um detalhe a ser percebido pelo ativismo judicial. Nesse passo, para ser validado como um instrumento positivo para a nossa sociedade, é necessário que o Judiciário o entenda como tal e não o desnatura, esvaziando seu conteúdo e seu alcance original.

Ainda no âmbito do zelo, a transação penal, prevista pela Lei nº 9.099/95 como benefício aplicado pelo Ministério Público para os crimes de ação penal pública, ganhou incidência, também, nos crimes de ação penal privada. Para tanto, não foi preciso alterar a lei, bastou um par de jurisprudências

4 “A racionalidade sugere que alguns indivíduos se tornam criminosos por conta das recompensas financeiras e outras que derivam do crime se comparadas ao trabalho legal, ao levar em conta a probabilidade de apreensão e condenação, e a severidade da punição. A quantidade de crime é determinada não só pela racionalidade e pelas preferências de potenciais criminosos, mas também pelo ambiente econômico e social criado pelas políticas públicas, dentre elas, os gastos com a polícia, as punições para diferentes crimes, as oportunidades de emprego, de educação e de programas de capacitação. Resta claro que os tipos de empregos legais disponíveis, bem como a lei, a ordem e a punição, são parte integrante da abordagem econômica ao crime. O total do gasto público no combate ao crime pode ser reduzido, mantida inalterada a punição matematicamente prevista, ao equiparar o gasto nas despesas para capturar criminosos com um aumento substancial na punição daqueles já presos. No entanto, os indivíduos que preferem o risco são mais dissuadidos de cometer crimes por uma probabilidade de condenação do que por punições mais severas” (BECKER, 1993, p. 385-409).

dência a entender que se tratava de direito subjetivo do autor do fato e que não se justificaria a aplicação para uns e não para outros. Não ponderou na balança, todavia, que, nas ações privadas, ao contrário dos crimes de ação penal pública, vigem os princípios da oportunidade e disponibilidade.

Mas não foi só! Apesar de a Lei n. 9.099/95 deixar claro que apenas o Ministério Público pode propor a transação penal (artigo 76), sem qualquer previsão a outro sujeito do processo, a mesma jurisprudência aceitou ser de legitimidade do querelante o oferecimento do benefício, fazendo ouvidos moucos às distinções entre os regramentos da ação penal pública e da ação penal privada. Se, na ação penal privada, a vítima pode aceitar a composição civil (solução que pode beneficiá-la), por qual motivo deixaria escapar esse instrumento de pacificação social e ofereceria, *a posteriori*, uma transação penal que não tem o condão de beneficiá-la?

E mais, qual seria o critério pautado para a eleição da modalidade da transação penal e o *quantum* afliitivo? Ao aceitar situações como as tais, estar-se-ia fazendo uma analogia *in bonam partem*, para incluir os crimes de ação penal privada no rol de possibilidades de incidência da transação penal, e uma analogia *in malam partem*, para afastar o Ministério Público com parte isenta do processo (*sui generis* – parte e fiscal da ordem jurídica) e incluir o querelante que tem interesse no deslinde do feito, ampliando, para o campo processual, a possibilidade de vingança.

Apesar de o tratamento flexível dado aos benefícios da Lei nº 9.099/95, com incidência elástica e abrangência ao infinito, ser, inegavelmente, um plano piloto, aqui, no ANPP, o assunto não tem a fluidez do Juizado Especial Criminal, porquanto longe do campo da informalidade, celeridade e simplicidade das infrações penais de menor potencial ofensivo. O ANPP segue a sistemática do Código de Processo Penal, com sua liturgia e objetivo de garantir a proteção integral eficiente da sociedade. Desse modo, apesar da aproximação com o sistema do *Common Law*, não se assemelha ao Juizado Especial Criminal e seu Direito Penal de Segunda Velocidade, expressão cunhada pelo Professor Silva Sánchez,⁵ no qual existe uma flexibilização do rito processual e aplicação de uma sanção menos afliitiva.

5 Direito Penal a) “de primeira velocidade, em que a rigidez da reação penal – penas privativas da liberdade – seria acompanhada da ampliação das garantias individuais, seja no que toca às regras gerais da imputação, seja no âmbito das garantias processuais penais (Direito penal liberal); e b) de segunda velocidade, assim definido o modelo de maior flexibilidade da intervenção penal, sobretudo ao nível de diminuição das exigências para a atribuição da responsabilidade penal, com a contrapartida da prevalência de penas alternativas, restritivas e/ou pecuniárias, chega à inevitável indagação acerca da possibilidade de se ter eu admitir um direito penal de terceira velocidade, caracterizado pela soma dos elementos de maior rigidez dos anteriores (penas de prisão e redução de garantias individuais)” (SÁNCHEZ, 2002, p. 148).

Estejamos, assim, livres de situações como essa no acordo de não persecução penal e que este não seja instrumento de retrocesso rumo à proteção deficiente do Estado.⁶

Antes que pareça que o acordo de não persecução penal não é uma inovação importante, avalia-se que veio em boa hora como forma de desafogar o Judiciário e para, de fato e efetivamente, cumprir, na área criminal, aquilo que se prestou a fazer quando assumiu o papel de substituir a vingança privada e a proteção da sociedade. De mais a mais, é aqui que o papel do Ministério Público avança na construção de uma resposta criminal satisfatória e que garanta a proteção suficiente do cidadão de bem.

Os apontamentos iniciais foram no sentido de alertar para que o bom instrumento não protagonize a transformação da Justiça Criminal em um grande Juizado Especial Criminal!⁷

É evidente que a mudança legislativa trouxe para os operadores do Direito, no campo criminal, um novo *modus operandi*. Após relatado o inquérito policial, o *Parquet*, por exemplo, nos casos em que não se vislumbra o arquivamento ou a complementação de diligências, deverá avaliar se a situação é de tentativa de efetivação de acordo de não persecução penal ou se a hipótese não comporta a citada benesse. Para tanto, o indiciado

6 Ao explicar o princípio da proporcionalidade em suas duas facetas (proibição de excesso estatal e proibição de proteção insuficiente), Canotilho explica que “o campo de aplicação mais importante do princípio da proporcionalidade é o da restrição dos direitos, liberdades e garantias por actos dos poderes públicos. No entanto, o domínio lógico de aplicação do princípio da proporcionalidade estende-se aos conflitos de bens jurídicos de qualquer espécie. Assim, por exemplo, pode fazer-se apelo ao princípio no campo da relação entre a pena e a culpa no direito criminal” (CANOTILHO, 2003, p. 457). Edilson Mougenot Bonfim explica, ainda, que tal princípio “funciona como método hermenêutico para dizer qual deles (princípios em conflito) e de que forma prevalece sobre o outro princípio antagônico. Argumenta-se, dessa forma, ser o princípio da proporcionalidade, na verdade, um ‘princípio hermenêutico’, uma nova categoria, próxima ou análoga a um verdadeiro método de interpretação jurídico posto em prática sempre que houver a necessidade de restringir direitos fundamentais. Objetiva ser uma restrição às restrições dos direitos fundamentais por parte do Estado. [...] A modalidade ‘proibição de excesso’. Em um primeiro aspecto, sua concretização implica a proibição de que o Estado, ao agir, tanto na posição de acusador quanto na de julgador, pratique, em sua atividade, qualquer excesso. [...] Proibição de infraproteção ou proibição de proteção deficiente: a outra vertente do princípio da proporcionalidade. [...] se compreende que, uma vez que o Estado se compromete pela via constitucional a tutelar bens e valores fundamentais (vida, liberdade, honra etc.), deve fazê-lo obrigatoriamente da melhor maneira possível [...] uma garantia dos cidadãos contra agressões de terceiros – ‘proteção horizontal’ -, no qual o Estado atua como garante eficaz dos cidadãos, impedindo tais agressões (tutelando eficazmente o valor ‘segurança’, garantido constitucionalmente) ou punindo os agressores (valor ‘justiça’, assegurado pela Constituição Federal). Dessa forma, pelo ‘princípio da infraproteção’, toda atividade estatal que infringi-lo seria nula, ou seja, inquina-se o ato jurídico violador do princípio com a sanção de nulidade” (BONFIM, 2017, p. 37-41).

7 Nem se diga que a crítica ao Juizado Especial Criminal vem como uma forma de negar-lhe eficiência. É sabido que este tem importante papel pacificador, além de ser o responsável por uma resposta mais célere do Estado aos crimes de menor potencial ofensivo. Todavia, não se pode olvidar que o Juizado Especial Criminal não traz uma resposta penal adequada para muitas das infrações penais catalogadas como de menor potencial ofensivo, mormente quando praticadas por delinquente useiro e vezeiro na prática de outros delitos mais graves.

deverá ser intimado a comparecer na Promotoria de Justiça para que possa, com o Promotor de Justiça, discutir sobre o acordo de não persecução penal e quais seriam seus termos, lembrando que aquele deverá confessar⁸ a prática delituosa.

Esse novo modelo de Justiça Negocial traz uma dinâmica diferenciada que exige adaptações de todos. O Ministério Público terá que se estruturar rapidamente para cumprir a burocracia de intimações da vítima no novo regramento da promoção do arquivamento e, agora, do autor do fato, atinente à possibilidade de acordo de não persecução penal.

O Promotor de Justiça terá de trabalhar com uma pauta de reuniões para a efetivação de ponderações que envolvem o acordo de não persecução penal, a partir das quais, cara a cara, buscará a confissão do indiciado por meio de termo de declarações (se já não houver) e trabalhará para formatar as condições do ANPP. Isso tudo, certamente, demandará tempo, atenção e trabalho. O desafogar do Judiciário tem um custo operacional para o órgão do Ministério Público. Claro que o prazo legal para oferecimento da denúncia após encerramento da investigação dificilmente será cumprido à risca.

Apesar de o prazo legal não ter-se alterado, foi enxertada uma série de protocolos dentro de tal interstício, de forma que os 15 dias (no caso de autor solto) em regra para oferta da peça vestibular acusatória (e 5 dias para a situação do preso) serão insuficientes para vencer a burocracia.

Convém atentar que dificilmente haverá ANPP para o preso privado cautelarmente de sua liberdade, porquanto os requisitos da prisão preventiva coincidem com os obstáculos legais para o oferecimento do acordo de não persecução penal. A gravidade do fato e o *modus operandi* carregado de violência ou de grave ameaça, por si, já excluem a possibilidade de acordo de não persecução penal.

Ora, se os prazos para oferecimento da denúncia e deflagração da ação penal necessitam ser alargados para cumprimento das fases que antecedem o acordo de não persecução penal, a análise da desídia do órgão ministerial no cumprimento do interregno legal deverá sofrer alteração. Bastava o Ministério Público deixar de oferecer denúncia no prazo legal, após conclusão da investigação, para que a vítima ganhasse legitimidade para oferecer queixa-crime, assumindo a ação penal pública a roupagem de ação penal privada subsidiária da pública.

⁸ Apenas com o fito de alertar para a tendência de flexibilizar os institutos penais e processuais penais para que agasalhem o garantismo hiperbólico monocular, na busca de uma situação de grande vantagem para o réu, já existe posicionamento no sentido de se retirar a exigência de confissão como precedente necessário à celebração do ANPP.

Passados os 15 dias do relatório do inquérito policial ou da conclusão das diligências investigativas sem que o Promotor de Justiça promovesse o arquivamento, solicitasse novas diligências ou deflagrasse a ação penal, estaria evidenciada a “mora ministerial”, exigência para que a legitimidade *ad migrasse*, também, para o ofendido.

Com a regra do ANPP, para os crimes que possuem pena mínima inferior a 4 anos e praticados sem violência ou grave ameaça (além dos demais requisitos legais), o só avançar do prazo para além dos 15 dias, sem promoção de arquivamento, oferta de denúncia ou solicitação de novas diligências, não se mostra mais suficiente para caracterizar desídia do Ministério Público a justificar a ação penal privada subsidiária da pública, carecendo que seja analisada movimentação do *Parquet* no sentido de tentar localizar o autor do fato para intimá-lo, provocando uma costura de ANPP ou qualquer outro passo a indicar a busca pela efetivação do novo instituto.

A continuar como estava, bastando o mero descumprimento do prazo legal para configurar desídia ministerial, sem atentar à movimentação do Ministério Público na tentativa de formação do ANPP, estar-se-ia ampliando em demasia a legitimação para ajuizar a ação penal pública (incluindo inadequadamente a vítima), violando preceito constitucional trazido no artigo 129, inciso I, da Constituição da República.

Percebe-se, assim, que a alteração legislativa não impede a propositura da ação penal privada subsidiária da pública, mas traz novos parâmetros para a análise da omissão do órgão ministerial na promoção da Justiça. Além disso, sabendo que o acordo de não persecução penal é um instrumento de Justiça Negocial “pré-processual”, com o qual o Ministério Público trilha um caminho de não persecução e deixa de ajuizar ação penal, o oferecimento da queixa-crime em ação penal privada subsidiária impediria, a princípio, o ANPP.

Se a queixa-crime é o primeiro passo para a deflagração da ação penal pública subsidiária, a análise do ANPP deveria acontecer momentos antes de sua propositura. Desse modo, uma vez oferecida a queixa, não haveria mais que se falar em acordo de não persecução penal, mas de suspensão da persecução penal.

Argumentos se levantarão a favor do ANPP na situação de omissão do Ministério Público, no curso da ação penal privada subsidiária da pública, fulcrados na ideia de não se justificar que o autor do fato saia prejudicado pela desídia do órgão ministerial e pela antecipação da deflagração da ação penal com o oferecimento de queixa por parte da vítima.

Aliás, em relação à possibilidade de acordo no curso da ação penal, desfigurando-se o instituto pré-processual⁹ inicialmente idealizado pelo legislador, já há posicionamentos na jurisprudência aceitando tal situação.

Nesse sentido:

Ainda, da simples leitura do art. 28-A do CPP, se verifica a ausência dos requisitos para sua aplicação, porquanto o embargante, em momento algum, confessou formal ou circunstancialmente a prática de infração penal, pressuposto básico para a possibilidade de oferecimento de acordo de não persecução penal, instituto criado para ser proposto caso o Ministério Público assim o entender, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, na fase de investigação criminal ou até o recebimento da denúncia e não, como no presente em que há condenação confirmada por Tribunal de segundo grau. Precedentes (Embargos de Declaração no Agravo Regimental nos EDC1 no Agravo em Recurso Especial n. 1.681.153-SP, SJ, 5ª Turma, publicado no DJ em 14.9.2020).

Ademais, ainda que se aceitasse o ANPP em ação penal privada subsidiária da pública (mesmo porque esta não deixou para trás sua natureza pública), e mais, que fosse permitido entabulá-lo após a propositura da ação (com o que não concordamos, apesar de posição adotada pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 191.464/SC, na Sessão Virtual de 30/10/2020 a 10/11/2020, que concluiu que o ANPP só pode ser aplicado a casos anteriores à Lei n. 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia), haveria que ser o Ministério Público aquele a assumir a tarefa de efetivá-lo, posto que é ele o agente definido em lei (artigo 28-A do Código de Processo Penal), sendo qualquer alargamento uma analogia *in malam partem* (como já apontamos acima quando tratamos da transação penal).

3. Conclusão

Vê-se, pois, que o ANPP é um instrumento que emprestou efetividade a um processo penal disfuncional e moroso, apresentando grande potencial para desafogar o Judiciário e deixar, ao talante deste último, a análise de condutas cujo desvalor e reprovabilidade sejam evidentes e que violem bens jurídicos com capacidade estabilizante, harmônico-sociais.

Equivocou-se, a todo sentir, o legislador em agasalhar uma infinidade de condutas infracionais ao prever a aplicação do ANPP a todos os crimes não

9 “[...] atinge-se agora o acordo de não persecução penal, que haverá de funcionar antes do ingresso da ação penal em juízo [...]” (NUCCI, 2020, p. 60).

violentos que tenham pena mínima inferior a quatro anos, sem levar em conta a pena máxima ou a reprovação do comportamento. Ademais, apesar de emprestar a ideia de justiça consensual trazida no Juizado Especial Criminal, é importante que mantenha as características do Direito Penal.

Ao Ministério Público, cabe adaptar e conferir efetividade a esse importante e novo instituto, podendo, a depender de seu manejo e propósitos, servir como um resgate da eficiência na resposta criminal Estatal.

É evidente que, por ser um instrumento recente em nosso ordenamento jurídico, muitos questionamentos ainda não surgiram, de modo que a doutrina e a jurisprudência discutirão os moldes e adaptações do instituto à prática jurídica, acomodando interesses e tensionamentos entre sociedade e acusado.

Que se consolide como instrumento de Justiça e que o Ministério Público faça dele o melhor caminho!

4. Referências

ANDRADE, Manuel da Costa. Consenso e oportunidade. In: CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. **Jornadas de Direito Processual Penal: o novo Código de Processo Penal**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

ASSIS, João Francisco de. **Juizados Especiais Criminais: Justiça Penal Consensual e Medidas Despenalizadoras**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

BECKER, Gary S. Nobel Lecture: The Economy Way of Looking at Behavior. **The Journal of Political Economy**, Chicago, vol. 101, n. 3, p. 385-409, Jun. 1993.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Código de Processo Penal Anotado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTRO, Ana Lara Camargo de. **Plea Bargain: resolução penal pactuada nos Estados Unidos**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

ESTRATÉGIA NACIONAL DE JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Relatório Nacional da Execução da Meta 2: um diagnóstico da investigação de homicídios no país**. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2012. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio_enasp_FINAL.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2021.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados Especiais Criminais Lei n. 9.099/95: abordagem crítica: acordo civil, transação penal, suspensão condicional do processo, rito sumaríssimo**. 3. ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. **Juizados criminais federais, seus reflexos nos juizados estaduais e outros estudos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados especiais criminais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LIMA, Marcellus Polastrí. **Juizados Especiais Criminais**: o procedimento sumaríssimo no processo penal. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo**: A Terceira Velocidade do Direito Penal. Curitiba: Juruá, 2009.

NETO, Fernando da Costa Tourinho. **Juizados Especiais Federais**: Cíveis e Criminais. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

NOGUEIRA, Márcio Franklin. **Transação Penal**. São Paulo: Malheiros, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote Anticrime Comentado**: Lei 13.964/2019. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

PINHEIRO, Luiz Eduardo Sant'Anna et al. **Manual da Lei Anticrime**. Campo Grande: Contemplar, 2020.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de Processo Penal norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. As Ciências Criminais no Século XXI, Volume 11.

PABLO GRAN CRISTÓFORO

Promotor de Justiça. Coordenador Pedagógico do CEAF-MPMG. Mestre em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara, Especialista em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo e na Escola de Altos Estudos em Ciências Criminais.



**REFLEXÕES REFERENTES AO CRITÉRIO OBJETIVO TEMPORAL
PARA A PROGRESSÃO DE REGIME DOS
CONDENADOS REINCIDENTES NÃO ESPECÍFICOS
EM CRIMES HEDIONDOS E EQUIPARADOS
SOB A ÓTICA DA LEI Nº 13.964/19: PACOTE ANTICRIME?**

**REFLECTIONS REGARDING THE OBJECTIVE TEMPORAL CRITERION FOR THE
PROGRESSION OF THE REGIME OF NON-SPECIFIC REPEAT OFFENDERS
IN HEINOUS AND SIMILAR CRIMES UNDER THE PERSPECTIVE OF
LAW 13.964/19: ANTI-CRIME PACKAGE?**

PALOMA COUTINHO CARBALLIDO

Promotora de Justiça

RODRIGO ANTONIO RIBEIRO STORINO

Promotor de Justiça

MARCOS PAULO DE SOUZA MIRANDA

Promotor de Justiça

Resumo: A pesquisa investiga a possibilidade de aplicação dos percentuais de 60% e 70% de cumprimento da pena para a progressão de regime de condenados reincidentes não específicos, a partir das alterações promovidas pela Lei nº 13.964/19, conhecida como pacote anticrime, na Lei de Execução Penal. O estudo busca conferir plena efetividade à Lei nº 13.964/19 para alcance do escopo de recrudescimento no combate aos crimes de corrupção e à criminalidade violenta praticada por organizações criminosas, amplamente discutido durante o trâmite do Projeto de Lei nº 10.372/2018, que a originou. Colocados e criticados os argumentos contrários, pela necessidade de a reincidência ser específica para a aplicação dos percentuais mais graves de cumprimento de pena para progressão de regime, concluiu-se pela possibilidade de aplicação dos percentuais mais gravosos em homenagem à interpretação integradora, sistemática e histórica da norma.

Palavras-chave: progressão de regime; pacote anticrime; percentual aplicado; reincidência específica e não específica.

Abstract: The research investigates the possibility of applying the percentages of 60% and 70% of serving the sentence to progress the regime of non-specific repeat offenders, based on the changes promoted by Law No. 13.964 / 19, known as the Anticrime package, in the Execution Law Penal. The study seeks to give full effect to Law nº 13.964 / 19 to reach the scope of recrudescence in the fight against crimes of corruption and violent crime practiced by criminal organizations, widely discussed during the processing of Bill no. 10.372 / 2018 that gave rise to it . Once the contrary arguments were placed and criticized, due to the need for recidivism to be specific for the application of the most serious percentages of serving time for progression of the regime, it was concluded that the most serious percentages could be applied in honor of the integrative, systematic and historical interpretation of the rule.

Keywords: regime progression; anti-crime package; percentage applied; specific and nonspecific recurrence.

Sumário: 1 Introdução. 2 Contextualização da execução penal no direito brasileiro. 3 Panorama da progressão de regime na esteira do pacote anticrime. 4 Análise do atual percentual objetivo utilizado na progressão de regimes dos condenados em crimes hediondos ou equiparados que são reincidentes não específicos. 5 Conclusão. 6 Referências.

1. Introdução

O objetivo geral desta pesquisa é investigar o percentual de pena exigido como critério objetivo para a progressão de regime dos condenados em crimes hediondos ou equiparados reincidentes não específicos após a Lei nº 13.964/19 – pacote anticrime –, que modificou o art. 112 da Lei de Execuções Penais.

O tema possui densa relevância prática, pois possibilita que os operadores do direito e a sociedade em geral saibam de maneira clara o período temporal que de fato os condenados permanecerão em cada um dos regimes de cumprimento de pena, em especial no regime fechado, por tratar-se de grupo de sentenciados com condenação anterior em crimes comuns, os quais reincidem no cometimento dos crimes mais graves previstos em nosso ordenamento, quais sejam, nos crimes hediondos e equiparados.

Há ainda relevância teórica, pois o estudo visa contribuir de modo técnico para que o Supremo Tribunal Federal defina o critério temporal nos casos acima delimitados.

Justifica-se também a pesquisa sob a ótica sócio-filosófica para que se reflita, a partir do objeto proposto, se a Lei nº 13.964/19, denominada de pacote anticrime, representou ou não um verdadeiro recrudescimento na política de execução penal no Brasil.

O artigo iniciará com a apresentação descritiva e explicativa da execução penal no direito brasileiro, especificamente, quanto à temática da progressão de regime, opção legislativa referente ao cumprimento de pena privativa de liberdade em nosso país. Nesta parte inicial, será exposta visão crítica do próprio instituto da progressão de regime à luz da segurança social. Ademais, será relatada a visão prática dos autores no que se refere à falta de políticas públicas para o aparato estatal de unidades típicas para os regimes semiaberto e aberto, geradora, de fato, da substituição deste regime pela prisão domiciliar, ao arrepio e desvirtuamento da Lei de Execuções Penais.

Na sequência, será feita análise técnica perfunctória da Lei nº 13.964/19 – pacote anticrime – para contextualização da temática proposta, com

recorte nos requisitos estabelecidos de modo geral para a progressão de regimes pela nova legislação. Com isso, será estabelecido um panorama histórico do antes e depois da citada lei na progressão de regime de cumprimento de pena, para se refletir se esta representa verdadeiramente um “pacote anticrime”.

Na parte final do estudo, passa-se à análise das diferentes linhas de pensamento doutrinário sobre o tema, bem como das decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre a questão debatida.

Nessa senda, questiona-se neste artigo científico se à progressão do reincidente não específico em crime hediondo e equiparado aplicam-se os percentuais de 60% e 70% previstos nos incisos VII e VIII do art. 112 da Lei de Execução Penal.

A partir de pesquisa teórico-bibliográfica e documental, foi possível debater criticamente a temática posta, mediante consulta de decisões judiciais dos Tribunais de Justiça de todo o país, da Quinta e da Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça e de autores que abordam direta ou indiretamente o assunto.

A delimitação do problema ocorreu através do método dedutivo, partindo-se de concepções macroanalíticas do direito criminal, no campo da execução penal, para delimitação do caso específico estudado no que diz respeito à progressão de regime dos condenados em crimes hediondos ou equiparados reincidentes não específicos após a Lei nº 13.964/19.

2. Contextualização da execução penal no direito brasileiro

Muito se discutia sobre a natureza da execução de pena no Brasil, chegando-se à conclusão de que o processo de execução da sanção penal é realmente uma atividade complexa e envolve o direito penal substancial, o direito processual penal e o direito penitenciário, este último incluído no direito administrativo.

Hodiernamente, não mais se discute a autonomia do Direito Penitenciário, o que culminou na sua definição como “o conjunto de normas jurídicas reguladoras da execução das penas e medidas privativas de liberdade” (VALDES, 1982. p. 18). No Brasil, a discussão também se encontra pacificada; desde a Constituição de 1824 já havia previsão de normas acerca da execução de penas, inclusive a extinção das penas cruéis ou degradantes.

A autonomia legislativa do Direito Penitenciário foi finalmente consagrada na Lei nº 7.210/84, conhecida como Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984). Com o advento da citada legislação, foi reconhecida a autonomia do Direito da Execução Penal, muito embora as normas do direito executivo das penas constem também de outros diplomas legais, tais como a Constituição Federal (BRASIL, 1988) e o Código Penal (BRASIL, 1940).

Importante ponto do Direito da Execução Penal diz respeito à forma de cumprimento da pena privativa de liberdade. Dos sistemas existentes, podem-se citar os seguintes: a) Sistema da Filadélfia: de origem norte-americana, no qual o condenado cumpre pena de forma absolutamente isolada. b) Sistema Auburniano: considerado como uma evolução do anterior, também de origem norte-americana, cujo nome deriva da penitenciária de Auburn, situada em Nova York. De acordo com critérios estabelecidos, os sentenciados eram divididos três classes: os presos mais contumazes e perigosos eram submetidos ao isolamento de forma contínua; os que ainda poderiam ser corrigidos eram tratados de forma híbrida, permanecendo isolados alguns dias por semana e com autorização para trabalhar em outros; em uma terceira categoria, eram selecionados os executados que possuíam maiores chances de correção, com imposição do isolamento somente à noite, permitindo-se o trabalho em grupo durante o dia. c) Sistema progressivo: adotado pelo Brasil e por isso merecedor de maiores observações.

O Código Penal brasileiro de 1940 consagrou o sistema progressivo de pena, diferente do modelo atual, pois ainda previa o isolamento absoluto por certo período de tempo.

A Lei de Execução Penal estabelece no art. 112 o sistema progressivo do cumprimento da pena e elenca, em seus incisos, alíneas e parágrafos, os requisitos de ordem objetiva e subjetiva para a progressão de regime. Por outro lado, a Lei de Execuções Penais consagrou também o sistema de regressão de regime de cumprimento da pena no art. 118. Destarte, o condenado poderá progredir ou regredir de regime de cumprimento de pena, a depender do seu comportamento e mérito durante a execução da pena.

Diversas críticas têm sido feitas quanto ao sistema progressivo da pena, principalmente quando há divulgação na imprensa referente à prática de crimes graves e que provocam grande clamor social por condenados em cumprimento de pena em regime mais brando, questionando os critérios que são utilizados para a progressão de regime.

Noutro giro, a falta de investimentos no sistema penitenciário tem esvaziado a pretensão ressocializadora progressiva da Lei de Execução Penal, tornando-a, em alguma medida, “letra morta” no ordenamento jurídico no que diz respeito às normas que possibilitam um maior controle para

deferimento de benefícios e, até mesmo, desconfiguração do regime de cumprimento da pena, fazendo desaparecer na prática do sistema o regime semiaberto e o aberto, com transferência dos condenados nesses regimes para a prisão domiciliar¹.

Do mesmo modo, cabe registrar a Portaria Conjunta n° 834/PR/2019, ato expedido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que criou hipóteses não previstas em lei para a concessão de prisão domiciliar e novo lapso temporal para a progressão do regime semiaberto para o aberto, sem qualquer tipo de fiscalização, já que a monitoração eletrônica não é obrigatória, mas apenas uma faculdade do Juízo da Execução, consoante se depreende do próprio ato normativo citado² e da Lei de Execução Penal³.

O citado ato normativo do Tribunal de Justiça mineiro é inconstitucional por afronta ao princípio da legalidade estrita, típico da seara criminal⁴. Ademais, tal ato infralegal viola a Lei de Execução Penal, pois relativiza os requisitos objetivos para a concessão de benefícios no cumprimento de pena.

Ressalte-se também que, na prática, a análise dos requisitos subjetivos para deferimento de benefícios é realizada de forma perfunctória no bojo da execução de pena, resumindo-se à verificação do atestado carcerário.

O resultado do não cumprimento efetivo das disposições da Lei de Execução Penal gera o não alcance da finalidade da pena e o sentimento de impunidade, que resvala no alto índice de reincidência em crimes graves e na enorme sensação de insegurança social.

Passa-se então ao estudo do impacto do pacote anticrime na progressão de regime brasileira, com o objetivo de investigar historicamente a ocorrência ou não de efetivo recrudescimento na execução penal.

3. Panorama da progressão de regime na esteira do pacote anticrime

Com o anúncio de combate à criminalidade, principalmente em relação aos crimes de corrupção, aos cometidos com violência ou grave ameaça à

1 Súmula Vinculante n° 56 do Supremo Tribunal Federal: 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.

2 Art. 9° A decisão judicial, respeitada a independência funcional do Magistrado, **poderá** determinar a monitoração eletrônica indicando o perímetro livre e horário de recolhimento do beneficiado (se for o caso), bem como o prazo inicial durante o qual que será usufruída, além da data de reavaliação (MINAS GERAIS, 2019, grifo nosso).

3 Art. 146-B da Lei 7.210/84 (BRASIL, 1984).

4 Art. 5°, XXXIX, da Constituição da República (BRASIL, 1988).

pessoa, aos hediondos ou a eles equiparados e às organizações criminosas, foi promulgada a Lei nº 13.964/19 (BRASIL, 2019), conhecida como “pacote anticrime”, que entrou em vigor em 23/01/2020, apesar das profundas alterações em seu texto originário ocorridas no decorrer do trâmite legislativo, bem como na atividade interpretativa dos operadores do direito.

É de se observar que, antes da alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.964/2019, o art. 112 da Lei de Execução Penal previa os seguintes lapsos temporais para a progressão de regime: crimes comuns (primários ou reincidentes) – 1/6; crimes hediondos e equiparados, se primário – 2/5; crimes hediondos e equiparados, se reincidente – 3/5.

Contudo, a Lei nº 13.964/19 promoveu a alteração do art. 112 da Lei de Execução Penal, que passou a ter a seguinte redação:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - 16% (dezesesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.

A análise histórica e comparativa auxilia na compreensão dos impactos práticos ocasionados a partir da alteração legislativa. Vejamos as seguintes hipóteses:

Hipótese 1 – primário em crime comum (sem violência ou grave ameaça contra a pessoa): Exemplo: Tício é condenado por furto à pena de 1 ano. Anteriormente, a progressão ocorreria em 2 meses, correspondente a 1/6 da pena. Atualmente, a progressão ocorrerá em 1 mês e 28 dias (58 dias), correspondente a 16% da pena imposta (art. 112, I, da LEP).

Hipótese 2 – reincidente em crime comum (sem violência ou grave ameaça): Exemplo: Tício é condenado por novo crime de furto à pena de 2 anos, já tendo condenação definitiva anterior pelo mesmo delito. Anteriormente, a progressão ocorreria em 4 meses, correspondente a 1/6 da pena. Atualmente, a progressão ocorrerá com 4 meses e oito dias, correspondente a 20% da pena imposta (art. 112, II, da LEP).

Hipótese 3 – primário em crime comum (com violência ou grave ameaça à pessoa): Exemplo: Tício é condenado por roubo à pena de 4 anos. Anteriormente, a progressão ocorreria em 8 meses, correspondente a 1/6 da pena. Atualmente, a progressão ocorrerá em 1 ano, correspondente a 25% da pena imposta (art. 112, III, da LEP).

Hipótese 4 – reincidente em crime comum (com violência ou grave ameaça à pessoa): Exemplo: Tício é condenado por novo crime de roubo simples à pena de 5 anos, já tendo condenação definitiva anterior pelo mesmo delito. Anteriormente, a progressão ocorreria em 10 meses, correspondente a 1/6 da pena. Atualmente, a progressão ocorrerá com 1 ano e 6 meses (18 meses), correspondente a 30% da pena imposta (art. 112, IV, da LEP).

Hipótese 5 – primário em crime hediondo ou equiparado: Exemplo: Tício é condenado por tráfico ilícito de entorpecentes à pena de 5 anos. Anteriormente, a progressão ocorreria em 2 anos, correspondente a 2/5 da pena. Atualmente, a progressão ocorrerá nos mesmos 2 anos, correspondente a 40% da pena imposta (art. 112, V, da LEP).

Hipótese 6 - primário em crime hediondo ou equiparado (com resultado morte): Exemplo: Tício é condenado por latrocínio à pena de 20 anos.

Anteriormente, a progressão ocorreria em 8 anos, correspondente a 2/5 da pena. Atualmente, a progressão ocorrerá em 10 anos, correspondente a 50% da pena imposta (art. 112, VI, da LEP).

Hipótese 7 – reincidente em crime hediondo ou equiparado: Exemplo: Tício é condenado por novo crime de tráfico de drogas à pena de 8 anos e 4 meses, já tendo condenação definitiva anterior pelo mesmo delito. Anteriormente, a progressão ocorreria em 4 anos, correspondente a 3/5 da pena. Atualmente, a progressão ocorrerá nos mesmos 4 anos, correspondente a 60% da pena imposta (art. 112, VII, da LEP).

Hipótese 8 – reincidente em crime hediondo ou equiparado (com resultado morte): Exemplo: Tício é condenado por novo crime de latrocínio à pena de 25 anos, já tendo condenação definitiva anterior pelo mesmo delito. Anteriormente, a progressão ocorreria em 15 anos, correspondente a 3/5 da pena. Atualmente, a progressão ocorrerá em 17 anos e 6 meses, correspondente a 70% da pena imposta (art. 112, VIII, da LEP).

A partir dessa análise panorâmica, percebe-se que não ocorreram profundas modificações no percentual de pena objetivamente exigido para a progressão de regime, como fora propagado durante a tramitação da Lei nº 13.964/19. No que tange especificamente aos crimes hediondos, a partir da análise das hipóteses 5 e 7, verifica-se a manutenção do percentual anterior, apenas com nova roupagem. A novidade e o recrudescimento na execução cingem-se à prática de crimes com resultado morte, como se verifica a partir da análise das hipóteses 6 e 8, situações não antes previstas, que efetivamente representam o aperfeiçoamento prometido pelo pacote anticrime.

Postas as premissas, passa-se ao recorte proposto nesta pesquisa referente aos reincidentes não específicos no cometimento de crimes hediondos ou equiparados. Nesses casos, anteriormente à modificação legislativa, o condenado necessitava cumprir 3/5 da pena imposta para ter satisfeito o requisito objetivo da progressão de regime. Diante na nova dicção do art. 112 da Lei de Execução Penal, surgiram entendimentos divergentes sobre qual o percentual cabível.

De um lado, há os que entendem pela aplicação dos incisos V e VI, os quais trazem como condicionante o cumprimento das frações de 40% e 50%; e, de outro lado, os que defendem a aplicação dos incisos VII e VIII, com os percentuais de 60% e 70% da reprimenda para alcance do regime mais benéfico.

As duas correntes de pensamento serão analisadas de forma crítica e reflexiva no próximo tópico da pesquisa. Entretanto, destaque-se que,

adotada a primeira corrente de pensamento, o pacote anticrime representaria drástico abrandamento no cumprimento de pena da criminalidade hedionda ou equiparada.

Voltando aos didáticos exemplos, Tício é definitivamente condenado por tráfico de drogas à pena de 5 anos, possuindo condenação anterior por roubo simples. Anteriormente ao pacote anticrime, necessitaria de 3 anos para progredir de regime. Atualmente, para a primeira corrente, que entende pela aplicação dos 40% do art. 112, V, da Lei de Execução Penal, a progressão ocorreria em 2 anos; já para a segunda corrente, que entende pela aplicação dos 60% do art. 112, VII, a progressão ocorreria nos mesmos 3 anos, como no passado.

Nesse contexto, comprova-se que o pacote anticrime não representou aperfeiçoamento na execução penal quanto aos reincidentes não específicos.

4. Análise do atual percentual objetivo utilizado na progressão de regimes dos condenados em crimes hediondos ou equiparados que são reincidentes não específicos

Em abordagem explicativa da corrente que defende a aplicação da fração de 60% do cumprimento da pena para a progressão de regime somente aos sentenciados reincidentes específicos, afirma-se que a novel legislação possui uma lacuna que merece ser interpretada observando-se o princípio do *in dubio pro reo*, consoante entendimento esposado por Rogério Sanches Cunha:

O dispositivo faz referência à reincidência específica em crime com violência ou grave ameaça. Mas e se o reeducando for reincidente, mas não específico, ou seja, somente um dos crimes, passado e presente tiver sido cometido com violência ou grave ameaça? Lendo e relendo o artigo em comento, concluímos que estamos diante de uma lacuna, cuja integração, por óbvio, deverá observar o princípio do *in dubio pro reo* (CUNHA, 2020, p. 371).

Na mesma linha, cita-se a doutrina de Lima Netto e Tavares:

Antes do PAC, o tratamento mais gravoso ao condenado reincidente que cometeu crime hediondo ou equiparado não exigia a reincidência específica. Percebam que a nova legislação exige, para o tratamento mais gravoso, a reincidência na prática de crime hediondo ou equiparado (com ou sem resultado morte, a depender do caso, incisos VII e VIII), isto é, é preciso que a reincidência seja específica (TAVARES; NETTO LIMA, 2020, p. 175).

A discussão jurídica aportou no Superior Tribunal de Justiça, instaurando-se inicialmente uma controvérsia naquele tribunal superior. Enquanto a Sexta Turma entendeu pela necessidade de ser a reincidência específica para aplicação do percentual mais grave para progressão de regime⁵; a Quinta Turma, em sentido contrário, aplicou o percentual de 60% ao reincidente genérico⁶.

Contudo, posteriormente, alterou-se o quadro jurídico no Superior Tribunal de Justiça, a partir da mudança de entendimento da Quinta Turma, no julgamento do AgRg no REsp 1912938 / MT, de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, no seguinte sentido:

EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROGRESSÃO DE REGIME. RÉU CONDENADO POR CRIME COMUM (ROUBO MAJORADO). REINCIDÊNCIA EM CRIME HEDIONDO (LATROCÍNIO). PERCENTUAL DE CUMPRIMENTO DE PENA NECESSÁRIO PARA PROGREDIR DE REGIME. ANALOGIA IN BONAM PARTEM. APLICAÇÃO DO ART. 112, INCISO V, DA LEP, COM AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI N. 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME). CUMPRIMENTO DE 40% DA PENA. ORIENTAÇÃO REVISTA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Este Tribunal Superior havia firmado o entendimento de que a entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019 não alterou a aplicação, ao reincidente simples, da porcentagem de 60% (sessenta por cento) do cumprimento de pena para a progressão de regime prisional, pois “a condição de reincidente, uma vez adquirida pelo sentenciado, estende-se sobre a totalidade das penas somadas, não se justificando a consideração isolada de cada condenação e tampouco a aplicação de percentuais diferentes para cada uma das reprimendas” (HC 307.180/RS, MINISTRO FELIX FISHER, QUINTA TURMA, DJe 13/5/2015).

2. Todavia, essa orientação foi revista em recentes julgados de ambas as Turmas Criminais, as quais passaram a adotar posicionamento no sentido de que a alteração promovida pelo Pacote Anticrime no art. 112 da LEP não autoriza a aplicação do percentual de 60% (sessenta por cento), relativo aos reincidentes em crime hediondo ou equiparado, aos reincidentes não específicos. 3. Isso porque, ante a omissão legislativa, impõe-se o uso da *analogia in bonam partem*, para se aplicar, na hipótese, o inciso V do artigo 112, que prevê o percentual de 40% (quarenta por cento) ao primário e ao condenado por crime hediondo ou equiparado.

5 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC 598839/SP. Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 04/12/2020.

6 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1894190/TO, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 15/12/2020.

4. No caso em apreço, trata-se de reincidente não específico, devendo-se aplicar, portanto, o percentual de 40% (quarenta por cento) previsto no inciso V do art. 112 da LEP.

5. Agravo regimental a que se nega provimento⁷.

Ocorre que a interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça ao art. 112 da Lei de Execução Penal, *data maxima venia*, vai de encontro ao escopo da Lei nº 13.964/2019, o pacote anticrime.

Na justificação do Projeto de Lei nº 10.372/2018, o qual deu origem à Lei nº 13.964/19, foram feitas considerações acerca da execução de pena, importante seara para se estabelecer regras mais rígidas, objetivando o combate à criminalidade violenta e organizada⁸, consoante trechos que seguem:

O sistema de execução penal, igualmente, necessita de alterações que possam permitir um tratamento mais racional e necessário ao cumprimento de penas privativas de liberdade relacionado à criminalidade organizada [...] É imperioso sintonizar a Lei de Execuções Penais com a necessidade de se combater de maneira efetiva a criminalidade organizada, que amplia a cada dia sua esfera de atuação e o recrutamento de novos membros, notadamente no sistema prisional. Não é preciso enfatizar que a ampliação do poder das organizações criminosas, notadamente quando ligadas ao tráfico de entorpecentes, passa pela obtenção e distribuição de armamento pesado, utilizado diretamente para a prática de homicídios e outros atos de extrema violência, para demonstração de poder e intimidação de forças policiais e de concorrentes na seara criminosa. E constata-se que, não raras vezes, a ordem para cometimento desses crimes parte de dentro das próprias prisões. Nenhuma política de combate a essas organizações será bem sucedida, portanto, sem a adoção de medidas que propiciem o efetivo e real isolamento de suas lideranças. [...] Observado o absoluto respeito à dignidade humana e a vedação a penas cruéis, estabelecidas pela Constituição (art. 1º, III, e art. 5º,

7 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1912938 / MT, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 26/02/2021.

8 Em total consonância com o espírito constante no Projeto de Lei que deflagrou o pacote anticrime, destaca-se o elucidativo conteúdo do voto da Desembargadora mineira Paula Cunha e Silva, prolatado no Agravo em Execução Penal 1.0024.17.018022-8/001: Nesse contexto, nota-se que a inovação legislativa trouxe substanciais alterações nas frações a serem adotadas para fins de progressão de regime, revogando expressamente o disposto no art. 2º, §2º, da Lei nº 8.072/90 que previa o cumprimento de 2/5 (dois quintos) se o apenado fosse primário, e 3/5 (três quintos) se reincidente. Ocorre que a atual redação conferida ao art. 112 da LEP não foi clara quanto à natureza da reincidência, dispondo apenas ser necessário o cumprimento de “60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado”. Com efeito, apesar de o legislador não ter sido expresso nesse sentido, certo é que, em momento algum, exigiu-se que a reincidência prevista no inciso VII, do mencionado dispositivo legal, fosse específica. Destarte, o escopo da Lei 13.964/19 não seria alcançado, invertendo, inevitavelmente, a lógica idealizada na sua elaboração, de modo que o reincidente comum alcançaria o requisito objetivo para a progressão de regime como se primário fosse (MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo em Execução Penal 1.0024.17.018022-8/001. Relator(a) Des.(a) Furtado de Mendonça; 6ª Câmara Criminal. Data da publicação 02/12/2020).

XLVII, “e”), bem como, com base em bem sucedidas experiências de diversos países democráticos, são propostas regras mais rigorosas para o Regime Disciplinar Diferenciado (art. 52 da LEP), e ainda o aumento dos prazos mínimos para progressão de regime no caso dos crimes hediondos ou assemelhados, bem como dos crimes cometidos com violência ou grave ameaça, atentando-se para diferenciar a hipótese de reincidência (BRASIL, 2018).

Em análise crítica da corrente de pensamento dominante hoje na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, destaca-se que, em interpretação sistemática, em matéria penal, quando quer se referir à reincidência específica, o legislador utiliza o termo de maneira expressa, consoante arts. 44, §3º, e 83, inciso V, ambos do Código Penal (BRASIL, 1940). O Ministério Público do Estado de São Paulo, através do Enunciado 49 do seu Caocrim, faz essa mesma crítica de interpretação técnica legislativa⁹.

Outrossim, a reincidência em crime comum, ainda que não seja específica, não pode ser interpretada como primariedade para fins de progressão de regime, sob pena de se realizar interpretação flagrantemente contrária à lei e ao próprio objetivo do pacote anticrime, além de ferir o princípio da individualização da pena, na medida em que iguala o condenado primário ao reincidente para fins de progressão de regime.

É inconteste que, nas propostas e debates legislativos sobre o pacote anticrime, não houve nenhuma discussão que envolvesse o interesse de se considerar específica a reincidência para os fins previstos no art. 112, VII, da LEP; assim como, de fato, não há a previsão legal para a exigência de reincidência específica como condição parâmetro da dicação do tratado diploma legal. Não houve no processo legislativo e não deve haver, no processo de aplicação da norma em pauta, discussão sobre a natureza de uma ou de outra reincidência, uma vez que se trata de instituto sem nenhuma distinção previsto no art. 63 do Código Penal.

Ademais, a lei deve atender à finalidade social a que se destina, ou seja, deve-se interpretar a legislação de forma teleológica, bem como não se pode olvidar que a norma jurídica não possui palavras inúteis, sendo inadmissíveis interpretações que levem ao seu desvirtuamento, como bem leciona Carlos Maximiliano em sua clássica obra “Hermenêutica e Aplicação do Direito”:

Considera-se o Direito como uma ciência primariamente normativa ou finalística; por isso mesmo sua interpretação há de ser na essência, teleológica. O hermeneuta sempre terá em vista o fim da lei, o resultado

9 Enunciado 49 Caocrim MPSP: “Tendo em vista que o artigo 112 da LEP não utiliza o termo “reincidente específico”, a aplicação das frações previstas nos incisos IV, VII e VIII se baseia da recidiva, independente da natureza do crime anterior [...]” (SÃO PAULO, 2021).

que a mesma precisa atingir em sua atuação prática. A norma enfeixa um conjunto de providências, protetoras, julgadas necessárias para satisfazer a certas exigências econômicas e sociais; será interpretada de modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure plenamente a tutela de interesse para a qual foi redigida (MAXIMILIANO, 2020).

Prosseguindo na análise crítica e reflexiva, a antiga redação do § 2º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 já previa fração superior aos reincidentes condenados em crimes hediondos e equiparados sem exigir reincidência específica, não havendo como se estabelecer para a mesma situação nenhuma diferenciação sem previsão expressa nesse sentido.

Na verdade, a alteração legislativa determinou que os prazos para a progressão de regime no caso de crimes hediondos fossem escalonados, mantendo-se na atual redação do inciso VII do art. 112 da LEP a *mens legis* do §2º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 e, para além disso, que a normatização da questão passasse a contar com mais de um critério de agravamento, especificamente para os casos de crimes hediondos ou equiparados com resultado morte, pois a característica pessoal da reincidência já vinha sendo corretamente aplicada pela antiga redação do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos.

É de se registrar que exigir a reincidência específica para fins de progressão de regime reaviva discussão jurídica há muito superada pelos Tribunais Superiores.

Com efeito, em sua redação original, a Lei nº 8.072/90 não previa frações distintas para a progressão de regime de crimes hediondos, uma vez que se referia ao cumprimento integral da pena em regime fechado. Em 2006, o regime integralmente fechado foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal¹⁰ e, com o advento da Lei nº 11.464/07, houve a alteração legislativa que condicionou dito benefício ao cumprimento de 2/5 da pena se o condenado fosse primário e 3/5, se reincidente.

Nessa esteira, pacificou-se no Superior Tribunal de Justiça “entendimento no sentido de que, nos termos da legislação de regência, mostra-se irrelevante que a reincidência seja específica em crime hediondo para aplicação da fração de 3/5 na progressão de regime, pois não deve haver distinção entre as condenações anteriores (se por crime comum ou por delito hediondo¹¹)”.

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82959 SP. Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio de Mello. Brasília, DJe 23/02/2006.

11 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC 494.404/MS, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 20/05/2019 e AgRg no HC 521.434/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 01/10/2019, DJe 08/10/2019.

Assim, condicionar a aplicação do percentual de 60% do cumprimento da pena ao *status* de “reincidente específico” não se coaduna com a *ratio* do legislador nem com o mencionado entendimento jurisprudencial. Como a redação do dispositivo em comento não contemplou o termo “reincidente específico”, fica evidente que, de fato, há a possibilidade do reconhecimento de qualquer reincidência.

Considerar o percentual de 40% do cumprimento da pena para progressão de regime ao condenado por crime hediondo ou equiparado e reincidente significa, portanto, aplicação de interpretação *contra legem*.

Outro argumento contrário à corrente exposta é o de que também não há se falar na ocorrência de *novatio legis in melius*, pois a nova redação do art. 112 da LEP, no que tange ao patamar para a progressão de regime, apenas mudou de 3/5 para 60%, que, em termos matemáticos, são razões equivalentes.

Feitas essas críticas e reflexões, compreende-se neste artigo que a tese que resguarda o cumprimento do texto normativo vigente e os objetivos do cumprimento da sanção penal está vinculada à desnecessidade de a reincidência ser específica para a aplicação do percentual mais gravoso, o que se revela como interpretação integradora da norma penal¹² – sem que haja se falar em interpretação extensiva *in malam partem*.

Diversos Tribunais de Justiça do país estão decidindo pela desnecessidade de a reincidência ser específica, com a consequente aplicação do percentual de 60% (e 70%, se for o caso) do cumprimento da pena para fins de progressão de regime. Vejamos alguns julgados:

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. Progressão de regime. Réu reincidente. Lapso temporal de 3/5 ou 60%. Aplicação. Hipótese. Artigo 112, inciso VII, da LEP. Redação dada pela Lei nº 13.964/2019 (pacote anticrime) que não faz distinção entre reincidência comum ou específica. AGRAVO DESPROVIDO. (TJSP; AG-ExPen 0008028-08.2020.8.26.0502; Ac. 14219109; Campinas; Sexta Câmara de Direito Criminal; Rel. Des. Marcos Correa; Julg. 10/12/2020; DJESP 17/12/2020; Pág. 3237).

RECURSODEAGRAVOEMEXECUÇÃO.PROGRESSÃODEREGIME. REQUISITO OBJETIVO. CRIME HEDIONDO OU EQUIPARADO. REINCIDÊNCIA EM CRIME COMUM. LEI Nº 13.964/2019. PACOTE ANTICRIME. INTERPRETAÇÃO. TELEOLÓGICA. FINALIDADE DA LEI. INVIABILIDADE DE CONSIDERAR O REINCIDENTE EM CRIME

12 Sobre a relevância da interpretação integradora da norma, é esclarecedor o voto do Ministro Rogério Schietti Cruz proferido no julgamento do REsp 1385916/PR, julgado em 20/02/2014, publicado 04/09/2014, cuja leitura se recomenda a quem deseje se aprofundar na temática.

COMUM COMO PRIMÁRIO. REINCIDÊNCIA. CONDIÇÃO PESSOAL QUE DEVE SER OBSERVADA EM TODAS AS EXECUÇÕES. I. Com a edição da Lei nº 13.964/2019, denominada Pacote Anticrime, houve profunda modificação no requisito objetivo para o benefício da progressão de regime no sistema jurídico brasileiro, inclusive com a revogação do §2º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990 II. A interpretação do novo diploma legal deve se compatibilizar com sua finalidade, desde que não viole os direitos e garantias fundamentais do apenado. O intuito do Pacote Anticrime foi tratar com mais rigor os crimes hediondos e equiparados. III. A reincidência em crime comum não pode ser considerada primariedade para fins de progressão, o que configuraria interpretação contrária à finalidade da nova legislação, além de afronta aos princípios constitucionais: I. Da individualização das penas. Que visa garantir a pessoa condenada criminalmente que sua pena seja individualizada, levando-se em conta as circunstâncias do caso concreto; II. Da isonomia. Posto que apenas a reincidência específica geraria efeitos, quando a regra geral manda que ela agrave a pena de todos sem distinção do tipo; III. Da proporcionalidade. Uma vez que para crimes menos graves a reincidência geraria efeitos e para os crimes hediondos e equiparados a reincidência só acarretaria efeito se específica, sendo verdadeiro contrassenso. (HC 602034. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Publicação 18/09/2020) IV. O percentual determinado pelo Pacote Anticrime para os reincidentes em crime comum, a saber, 60% (sessenta por cento), equivale à fração de 3/5 aplicada anteriormente, de modo que não se verifica a hipótese de retroatividade in malam partem. V. Não se pode desconsiderar o entendimento há muito firmado na jurisprudência, de que a reincidência é condição pessoal que surtirá efeitos em todas as penas após a unificação, inclusive quando não reconhecida no título. Precedentes do STJ e do TJDF. VI. Recurso conhecido e provido. (TJDF; RAG 07094.89-53.2020.8.07.0000; Ac. 130.0730; Terceira Turma Criminal; Relª Desª Nilsoni de Freitas; Julg. 12/11/2020; Publ. PJe 01/12/2020).

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. ALTERAÇÃO DO PERCENTUAL PARA PROGRESSÃO DE REGIME. REDAÇÃO DO ART.112 DA LEP. ALTERAÇÃO NORMATIVA PROMOVIDA PELA LEI Nº. 13.964/19 (PACOTE ANTICRIME). PLEITO DE APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 40% (ART. 112, INC, V, LEP). IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DO CUMPRIMENTO DE 60% DA PENA (ART. 112, INC. VII, LEP). IRRELEVÂNCIA SE A REINCIDÊNCIA É GENÉRICA OU ESPECÍFICA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. A leitura da novel legislação (pacote anticrime) e o seu cotejo com a antiga redação do art. 2º, §2º, da Lei nº 8.072/90, revela-nos a manutenção da ratio legislativa em não fazer qualquer diferenciação entre a reincidência específica e a reincidência “genérica”. 2. Tratando-se de réu reincidente, o percentual a ser aplicado para fins de progressão de regime é aquele previsto no inciso VII, do artigo 112 da LEP, qual seja, 60% de cumprimento da pena. 3. Recurso conhecido e desprovido. (TJAC; AgExPen 0101547-84.2020.8.01.0000; Câmara Criminal; Rel. Des. Pedro Ranzi; Julg. 14/01/2021; DJAC 20/01/2021; Pág. 11).

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. CRIME HEDIONDO. PROGRESSÃO DE REGIME. REINCIDÊNCIA GENÉRICA. MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI Nº 13.964/19 FRAÇÃO APLICÁVEL DE 3/5. RECURSO IMPROVIDO. I. Com o advento da Lei nº 11.934/19, denominado Pacote Anticrime, houve uma modificação substancial no artigo 112 da Lei de Execução Penal. Porém, prevalece o entendimento de que, o agente condenado por crime hediondo ou equiparado que for reincidente, ainda que na forma genérica, deve cumprir 60% da pena para adquirir o direito à progressão da pena, pois o inciso VI, a, do aludido artigo emprega-se somente ao réu primário. II. Com o parecer, recurso desprovido. (TJMS; AG-ExPen 6001561-46.2020.8.12.0001; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Zaloar Murat Martins de Souza; DJMS 11/01/2021; Pág. 585).

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. FRAÇÃO. CONDENADO REINCENTE NÃO ESPECÍFICO. CUMPRIMENTO DE 60% (SESSENTA POR CENTO) DA PENA IMPOSTA. ALTERAÇÃO DO ARTIGO 112 DA LEI Nº 13.964/2019. INTERPRETAÇÃO LÓGICA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA QUE TEM AMPARO A JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. 1) Encontra-se consolidado no âmbito dos Tribunais Superiores que o reconhecimento da reincidência importa na exigência do cumprimento de 3/5 (três quintos) da pena para a progressão de regime, seja ela em crime da mesma natureza (reincidência específica) seja em delitos diversos (reincidência genérica). Precedentes do STJ e desta Corte de Justiça. 2) Na hipótese, possuindo o agravante condenação, não há falar em aplicação do percentual de 2/5 para a progressão de regime, consoante pacífica jurisprudência do STJ, no sentido de que a Lei dos Crimes Hediondos não faz distinção entre a reincidência comum ou específica. Assim, havendo reincidência, o condenado deverá ser aplicada a fração de 3/5, qual seja, 60% da pena cumprida para fins de progressão do regime, como no caso dos Páginas 70 de 123 Amapá. Macapá, 17 d e novembro de 2 020 | Diário da Justiça Nº 20 9 | Diário da Justiça Eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá. Documento assinado digitalmente conforme MP n. 2.200-2/2001 de 24.8.2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira. ICP- Brasil, podendo ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tjap.jus.br/autos>. 3) Agravo em Execução Penal conhecido e não provido (TJAP; Rec. 0001938-74.2020.8.03.0000; Rel. Des. Agostino Silvério; DJEAP 18/11/2020).

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. DECISÃO QUE MANTEVE A REINCIDÊNCIA DA FRAÇÃO DE 3/5 (60%) NO QUE SE REFERE À PROGRESSÃO DE REGIME. PLEITO DE APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 2/5 (40%) DIANTE DA REINCIDÊNCIA GENÉRICA. Descabimento. Condição de reincidente que independe se a reincidência é específica ou genérica. Mudança legislativa trazida pelo pacote anticrime que em nenhum momento determina a necessidade da reincidência ser específica. Fração de 3/5 que deve ser utilizada. Agravo conhecido e desprovido. (TJCE; AG-ExPen 8002530-92.2020.8.06.0001; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Antônio Padua Silva; DJCE 01/12/2020; Pág. 221).

Outro ponto que merece destaque e auxilia na compreensão da distorção sistêmica do entendimento pela aplicação dos percentuais menos gravosos é a conceituação de reincidência específica na visão do Superior Tribunal de Justiça. É que a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que a reincidência específica ocorreria somente pela prática de dois ou mais crimes da mesma espécie, assim considerados aqueles delitos que tutelam o mesmo bem jurídico, independentemente de constarem ou não no mesmo tipo penal¹³.

Cabe registrar que bem jurídico é toda coisa que pode ser objeto do Direito e, no direito penal, refere-se a valores específicos os quais a sociedade elegeu como fundamentais. Devido a essa importância, os bens jurídicos servem de alicerce para a materialização de tipos penais. Trata-se, enfim, do valor ou do interesse que é protegido por lei, sendo a base do direito criminal para criar normas penais incriminadoras. No homicídio, por exemplo, o bem jurídico tutelado é a vida humana.

Assim, caso prevaleça a tese pela exigência da reincidência específica para a aplicação dos percentuais previstos nos incisos VII e VIII do art. 112 da Lei de Execução Penal, um indivíduo condenado por estupro de vulnerável e depois por homicídio qualificado (ambos hediondos, portanto) em lapso temporal que configuraria a reincidência não seria considerado reincidente específico para fins de progressão de regime, já que os bens jurídicos protegidos são diversos.

A aplicação em conjunto desses dois entendimentos, atualmente prevalentes no Superior Tribunal de Justiça, gera a distorção da ratio legislativa e o esvaziamento de modo substancial das normas dos incisos VII e VIII do art. 112 da Lei de Execução Penal.

É salutar complementar que a fração para a progressão de regime deve ser exigida em face de toda a pena somada, visto que, na esteira de reiteradas decisões do egrégio STJ, a reincidência perfaz-se condição pessoal do condenado e, assim, deve influenciar o requisito objetivo de todas as condenações executadas, mesmo aquelas de quando o sentenciado ainda era primário¹⁴.

A questão de fundo que envolve o tema em debate tem cunho constitucional, pois está previsto no art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal o

13 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AgRg no AREsp: 1276547 RS 2018/0083214-1, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 20/09/2018, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/09/2018.

14 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 468756/RS, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., j. 26/03/2019.

princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. Diante da constitucionalidade do tema tratado, caberá ao Supremo Tribunal Federal a sua pacificação. Está pendente de julgamento o HC 187.817/SP¹⁵; a Ministra Carmen Lúcia indeferiu a liminar, mantendo a decisão do Superior Tribunal de Justiça, que, àquela altura, sustentou o percentual de 60% para a progressão de regime do condenado reincidente não específico.

Por isso, espera-se, com as reflexões postas nesta pesquisa, contribuir para que o Supremo Tribunal Federal reveja a posição atualmente dominante no Superior Tribunal de Justiça, revigorando o espectro de aplicação do art. 112, VII e VIII, da Lei de Execução Penal, para colocar em prática a verdadeira mens legis pretendida com o pacote anticrime.

5. Conclusão

Diante do exposto, por força de interpretação sistemática no que tange à utilização da expressão “reincidência específica”; histórica quanto à jurisprudência da progressão de regime à luz da lei dos crimes hediondos; e integradora com referência à ratio do pacote anticrime, devem ser aplicados os percentuais de 60% e 70%, previstos nos incisos VII e VIII do art. 112 da Lei de Execução Penal, para as progressões de regime dos condenados em delitos hediondos ou equiparados quando reincidentes não específicos.

Tal posição doutrinária e jurisprudencial resguarda a aplicação e o cumprimento da Lei nº 13.964/2019, prestigiando a sua finalidade de recrutamento no combate à criminalidade violenta e organizada e de aperfeiçoamento da execução penal.

O posicionamento pela aplicação dos percentuais de 40% e 50%, previstos nos incisos V e VI do art. 112 da Lei de Execução Penal, distorce os objetivos legislativos da Lei nº 13.964/19, criando exigências não previstas pelo legislador quanto ao tratamento de modo expresso e distinto da reincidência genérica e específica, não podendo, por esses motivos, ser aplicada tal linha de pensamento.

6. Referências

ACRE. *Tribunal de Justiça do Acre*. AgExPen 0101547-84.2020.8.01.0000; Câmara Criminal; Rel. Des. Pedro Ranzi; DJAC 20/01/2021.

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 187.817/SP. Rel. Min. Carmem Lúcia, Brasília, DJe 02/07/2020.

AMAPÁ. *Tribunal de Justiça do Amapá*. Rec. 0001938-74.2020.8.03.0000; Rel. Des. Agostino Silvério; DJEAP 18/11/2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988). Diário Oficial da União, Brasília, 05 out. 1988.

BRASIL. *Código Penal (1940)*. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 07 dez. 1940.

BRASIL. *Lei n. 7.210/1984*. Lei de Execução Penal. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União, Brasília, 13 jul. 1984.

BRASIL. *Projeto de Lei n. 10.372/18*. Pacote Anticrime. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Diário Oficial da União, Brasília, 24 dez. 2019.

BRASIL. *Lei n. 13.964/19*. Pacote Anticrime. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Diário Oficial da União, Brasília, 24 dez. 2019.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. HC 82959 SP. Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio de Mello. Brasília. DJe 23/02/2006.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. HC 187.817/SP. Rel. Min. Carmem Lúcia, Brasília, DJe 02/07/2020.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. AgRg no AgRg no AREsp: 1276547 RS 2018/0083214-1, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 20/09/2018, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/09/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 468756/RS, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., j. 26/03/2019.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. AgRg no HC 598839/SP. Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 04/12/2020.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. AgRg no REsp 1894190/TO, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 15/12/2020.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. AgRg no REsp 1912938 / MT, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 26/02/2021.

CEARÁ. *Tribunal de Justiça do Ceará*. AG-ExPen 8002530-92.2020.8.06.0001; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Antônio Padua Silva; DJCE 01/12/2020.

CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime: Lei n. 13.964/2019 – Comentários às alterações no CP, CPP e LEP*. Salvador: Editora JusPodvim, 2020. p. 371.

DISTRITO FEDERAL. *Tribunal de Justiça do Distrito Federal*. RAG 07094.89-53.2020.8.07.0000; Ac. 130.0730; Terceira Turma Criminal; Rel^a Des^a Nilsoni de Freitas; PJe 01/12/2020.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 22ª ed. Rio de Janeiro: forense. 2020, p. 124/125.

MINAS GERAIS. *Tribunal de Justiça de Minas Gerais*. Portaria Conjunta nº 834/PR/2019. Diário Oficial Eletrônico, Belo Horizonte, 30 abr. 2019.

MINAS GERAIS, *Tribunal de Justiça de Minas Gerais*. Agravo em Execução Penal 1.0024.17.018022-8/001. Relator(a) Des.(a) Furtado de Mendonça; 6ª Câmara Criminal. Data da publicação 02/12/2020.

SÃO PAULO. *Tribunal de Justiça de São Paulo*. AG-ExPen 0008028-08.2020.8.26.0502; Ac. 14219109; Campinas; Sexta Câmara de Direito Criminal; Rel. Des. Marcos Correa; Julg. 10/12/2020; DJESP 17/12/2020.

SÃO PAULO. *Ministério Público do Estado de São Paulo*. Enunciado Caocrim n. 49. Disponível em: www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwwpob_page.show?_docname=2656840.PDF. Acesso em 28 mar. 2021.

TAVARES, Pedro Tenório Soares Vieira; NETTO LIMA, Estácio Luiz Gama. *Pacote Anticrime: as modificações no sistema de justiça criminal brasileiro*. e-book, 2020. p.175.

VALDES, Carlos García. *Comentarios a la legislación penitenciaria*. 2 ed. Madri: Civitas, 1982. p. 18.

PALOMA COUTINHO CARBALLIDO

Promotora de Justiça em Minas Gerais. Coordenadora do Núcleo de Execução Penal do Caocrim.

RODRIGO ANTONIO RIBEIRO STORINO

Promotor de Justiça em Minas Gerais. Mestre em Direito Processual Coletivo pela Universidade de Itaúna/MG. Professor de Direito Civil da FASF (Faculdade do Alto do São Francisco) de Luz/MG. Professor de Direito do Consumidor da Fundação Escola do Ministério Público de Minas Gerais. Promotor Cooperador junto ao CAOET.

MARCOS PAULO DE SOUZA MIRANDA

Promotor de Justiça em Minas Gerais. Coordenador do Caocrim.



A INTERVENÇÃO ESTRATÉGICA COMO MEDIDA EFICAZ NA RE- PRESSÃO QUALIFICADA DA CRIMINALIDADE: UMA ANÁLISE PROPOSITIVA, A PARTIR DA REDUÇÃO DOS CRIMES DE ROUBO EM BELO HORIZONTE

STRATEGIC INTERVENTION AS AN EFFECTIVE MEASURE IN
QUALIFIED CRIME REPRESSION: A PROPOSITIVE ANALYSIS FROM
THE REDUCTION OF ROBBERY CRIMES IN BELO HORIZONTE

RAFAEL HENRIQUE MARTINS FERNANDES

Promotor de Justiça

DANIELLE TÔRES TEIXEIRA

Assessora Jurídica

Resumo: Este artigo suscita a importância da intervenção estratégica no controle da criminalidade, notadamente, dos delitos de roubo, a partir da queda dos índices nacionais e análise regional da exitosa experiência da cidade de Belo Horizonte/MG. Aferiu-se que a capital vem experimentando diminuição do número de roubos desde 2016, época coincidente com a consolidação de medidas de repressão qualificada. Os projetos Bases Comunitárias Móveis da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais e Grupo de Intervenção Estratégica de Enfrentamento ao Crime de Roubo, e seus significativos resultados, se destacam e reforçam a importância de políticas públicas inteligentes, interdisciplinares e sensíveis às especificidades locais. Conclui-se que a intervenção estratégica deve ser fomentada em Minas Gerais e em outros estados, a fim de potencializar os resultados da atuação do Ministério Público na área criminal, de modo a contribuir para a melhoria da segurança pública e da qualidade de vida da população.

Palavras-chave: Roubo. Redução. Causas. Intervenção Estratégica.

Abstract: This article intends to highlight the importance of strategic intervention to control crime, notably, robberies, based on the drop in national rates and regional analysis of the successful experience in Belo Horizonte/MG. It was verified that the state capital has been experiencing a decrease in the number of robberies since 2016, coinciding with the implementation and expansion of qualified repression measures. The Mobile Community Bases of the Military Police of the State of Minas Gerais and the Strategic Intervention Group to Combat Robberies projects, and their significant results, stand out and reinforce the importance of intelligent, interdisciplinary public policies that are sensitive to local specificities. It is concluded that strategic intervention should be promoted in Minas Gerais and other states, to enhance the results of the Public Prosecutor's Office in the criminal area, aiming to contribute to the improvement of public security and quality of life for the population.

Key-words: Robbery. Reduction. Causes. Strategic intervention.

Sumário: 1. Introdução. 2. A repressão qualificada da criminalidade. 3. A exitosa experiência da cidade de Belo Horizonte/MG a partir da repressão qualificada da criminalidade. 3.1 As bases de segurança comunitária móveis. 3.2 O Grupo de Intervenção Estratégica de Enfrentamento a Roubos (GIE-R). 4. Conclusão. 5. Referências.

1. Introdução

O crime de roubo é um fenômeno delitivo difuso que assola o cotidiano de milhares de brasileiros, por todas as regiões do país, e que muito tem contribuído para cristalizar na sociedade uma percepção pessimista em relação à capacidade do Estado de prover segurança pública e, assim, de desempenhar o seu dever constitucional positivado no artigo 144, *caput*, da Constituição Federal.

Dados extraídos do anuário do Fórum de Segurança Pública (2020, p. 44-47) mostram que foram registrados 73.483 roubos de veículos, 22.954 roubos a estabelecimentos comerciais, 15.470 roubos a residências, 222.079 roubos a transeuntes, 194 roubos a instituições financeiras, 6.547 roubos de carga, totalizando 515.523 roubos, apenas no primeiro semestre de 2020. Os números parecem altíssimos, e realmente são.

Porém, revelam uma redução de 22,5%, 18,8%, 16%, 34%, 21,1% e 25,7%, respectivamente às categorias, no primeiro semestre de 2020 em relação ao mesmo período do ano anterior. Considerando todos os tipos de roubos, a redução foi de 24,2%.

A partir dos anuários brasileiros de segurança pública dos últimos dois anos (2019, p. 76; 2020, p. 47), analisando as taxas por estado, verifica-se que todos apresentaram quedas, com exceção do Acre, de Alagoas, de Roraima e de Rondônia entre 2017 e 2018 e Ceará e Rondônia de 2019 para 2020 – no último ano o levantamento não obteve dados da Bahia e de Roraima.

Segundo Barros e Marques (2020, p. 28-29), “entre 2018 e 2019, o total de registro de roubos também havia apresentado redução no país, saindo de 1,5 milhão de registros para 1,3 milhão em 2019, uma redução de -13,4% na taxa de roubos por 100 mil habitantes”.

No mesmo sentido, dados extraídos do Sistema Nacional de Segurança Pública (Sinesp) mostram que, no primeiro quadrimestre do ano de 2019, foram registrados 200 roubos a instituições financeiras, 5.783 roubos de cargas e 63.852 roubos de veículos no Brasil. Os números também escancaram uma queda de 38,5%, 27,3% e 27,5%, respectivamente, em relação ao primeiro quadrimestre de 2018.

A redução, portanto, é generalizada, não tendo ocorrido apenas em uma ou outra unidade da federação. Para Mingardi (2019, p. 78), em regra, os entes federativos seguiram a tendência nacional, destacando-se Minas Gerais e Espírito Santo, onde as estatísticas mostraram uma queda de mais de 30% nos índices.

No caso de Minas Gerais, o destaque para a tendência de redução de roubos é ainda maior, considerando que, de acordo com dados disponíveis no Sinesp, foi o estado que registrou tanto em 2018 quanto em 2019 as menores taxas de vítimas por 100 mil habitantes da forma mais grave de roubo, qual seja, o latrocínio (roubo seguido de morte).

Com efeito, o estado mineiro teve em 2019 uma taxa de mortes por latrocínio de 0,35 por 100 mil habitantes, ao passo que em 2018 foi de 0,39 por 100 mil habitantes. A título de comparação, em 2019 o índice foi significativamente maior mesmo em entes federados com IDH sensivelmente mais alto, como Rio Grande do Sul, Paraná e Distrito Federal, que registraram taxas de 0,71, 0,87 e 0,80 vítima de latrocínio por grupo de 100 mil habitantes. Em alguns estados do Norte/Nordeste o problema é ainda mais grave, com destaque para Pernambuco, Rio Grande do Norte e Pará, com taxas de 1,33, 1,82 e 1,50 vítima por 100 mil habitantes.

Em meio a um contexto de descrença consolidada em relação ao panorama nacional da segurança pública, é fundamental que as estatísticas positivas de Minas Gerais sejam difundidas, visto que indicam significativa melhoria do cenário. Mais ainda, é imprescindível que sejam discutidas as razões da redução da modalidade criminosa, ainda que em escala regional e sem a pretensão de esgotá-las, a fim de que sejam melhor compreendidas pelos operadores do sistema de justiça criminal e para que seja possível fomentar o aperfeiçoamento dos mecanismos estatais de controle da criminalidade, inclusive no que concerne à atuação do Ministério Público, de modo a dar concretude ao direito fundamental à segurança pública¹.

1 "Na sua dimensão atual, o direito à segurança pública tem previsão expressa na Constituição Federal do Brasil (preâmbulo, arts. 5º, 6º e 144) e decorre do Estado Democrático de Direito (cidadania e dignidade da pessoa humana, art. 1º, II e III, CF) e dos objetivos fundamentais da República (sociedade livre, justa e solidária e bem de todos, art. 3º, I e IV), com garantia do recebimento de serviços respectivos. A segurança pública é considerada dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, destinada à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144, *caput*, CF), que implicam num meio de garantia da inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, direitos e garantias fundamentais do cidadão (art. 5º, *caput*, CF). Os valores protegidos também são considerados direitos humanos, pela garantia do direito à vida (art. 4º), direito à integridade pessoal (art. 5º), direito à liberdade pessoal (art. 7º), direito à propriedade privada (art. 21) e direito de circulação e de residência (art. 22), previstos na Convenção Americana dos Direitos Humanos, Pacto de São José, em vigor no Brasil por força do Decreto Legislativo 27, e Decreto 678, de 1992, o que evidencia que o direito à segurança pública tem característica de direito humano, pelos valores que protege e resguarda para uma qualidade de vida comunitária tranqüila e pacífica.

O termo "segurança" constante do preâmbulo e dos art. 5º, *caput*, e 6º da Constituição Federal, deve ser interpretado como relativo ao direito à segurança pública, predominantemente de caráter difuso, que visa tutelar a manutenção da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144, CF), componente importante para proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º) e exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, preservação da harmonia social e solução pacífica das controvérsias (preâmbulo da Constituição Federal)" (SANTIN, 2004, p. 80-81).

Na verdade, a redução chama atenção em meio à completa sensação de impunidade e ao disseminado descrédito às ações estatais. Em tempo de intensa veiculação de desinformação pelas redes sociais, é primordial que a população seja abastecida com dados verídicos e, principalmente, positivos. Como ensinam Szabó e Risso (2018, p. 13), engajar-se em uma discussão bem informada é essencial para que a sociedade brasileira construa uma nova visão acerca da segurança.

Decerto trata-se de fato complexo e multifacetado. No que tange aos índices de 2020, deve-se considerar até mesmo a pandemia do Covid-19, uma vez que, com o menor número de potenciais vítimas em circulação nas ruas e parte dos comércios fechados, é natural que a incidência de crimes de natureza difusa, como os patrimoniais, diminua.

Sem dúvida, é tarefa intrigante diferenciar o que é efeito das medidas de distanciamento social e o que não é, notadamente, pelas especificidades no combate à doença por região brasileira, seja pelas diferentes formas com as quais suas instituições de segurança pública se organizaram, com a implementação disforme de medidas sanitárias ou pelo estágio de propagação do vírus, além das dinâmicas criminais próprias de cada localidade. Todavia, os dados mostram que a redução generalizada dá sequência à tendência de queda verificada entre 2018 e 2019, antes da chegada do vírus ao Brasil.

Outrossim, o fator socioeconômico pode ser descartado logo de início como causa precursora da diminuição:

Embora seja uma proposição controversa, muitos atribuem o aumento da criminalidade à pobreza e à exclusão social, assim como sua queda a melhora nesses índices. Ocorre que todos os indicadores mostram que a situação permaneceu praticamente a mesma em 2017/2018. O alto índice de desemprego e a instabilidade política continuaram afligindo os brasileiros nesses dois anos. Como consequência, nosso país continuou sua marcha rumo à recessão e aumentou a distância entre ricos e pobres. O que deveria, segundo a teoria, aumentar a incidência criminal, e não reduzi-la (MINGARDI, 2019, p. 78).

De fato, como bem lembram Szabó e Risso (2018, p. 18): “a violência é um fenômeno com muitas facetas e diversas causas, e, por isso, seu enfrentamento requer ações de diferentes campos de atuação e a união de esforços de todos os setores da sociedade: governos e suas instituições, além do setor privado e dos cidadãos”.

Todavia, restringindo a presente análise às medidas do setor público, é mínima – para não dizer inexistente – a possibilidade de sucesso no

combate à criminalidade sem o estabelecimento de estratégias e a utilização de tecnologia, de inteligência, de estudos estatísticos, de enfoque interdisciplinar e de diálogo entre as instituições.

2. A repressão qualificada da criminalidade

A sofisticação cada vez maior com a qual os delitos são praticados exige das instituições com atuação nas áreas de segurança pública e de *controle*² da criminalidade, entre elas as Polícias Civil e Militar e o Ministério Público, a adoção de novas medidas de prevenção, investigação, apuração e repressão, de modo que sejam implementados métodos igualmente complexos que viabilizem o êxito das ações estatais.

No âmbito do Ministério Público, considerando os efeitos deletérios que as altas taxas de criminalidade e de insegurança provocam na coletividade, a atuação na área criminal já não comporta apenas o modelo clássico e reativo de persecução penal, com atuação fragmentada de promotores de justiça em varas e comarcas, com pouca interlocução com as demais instituições atuantes no campo da segurança pública. É necessário buscar um modelo que, atuando na repressão, tenha efeitos práticos na redução da criminalidade, ou seja, na prevenção ao delito.

Com efeito, como bem lembram Couto, Gouvêa e Evangelista (2018, p. 81), numa perspectiva de atuação que contemple o princípio constitucional da eficiência, não basta que o órgão ministerial promova a defesa da coletividade, sendo necessário que a sociedade, seu cliente maior, sinta as consequências de sua atuação.

Ainda em 2010, um dos autores deste artigo levantou a necessidade de utilização de novas estratégias na busca por uma repressão qualificada da criminalidade:

Os membros devem velar pelo andamento mais célere de persecuções criminais relativas a elementos-chave da criminalidade, sendo fundamental que o órgão de execução do Ministério Público efetue pesquisas, junto aos bancos de dados disponíveis, para verificar a existência de persecuções criminais contra o agente criminoso em outras comarcas ou mesmo em outras unidades da federação, devendo

² Embora o termo “combate à criminalidade” seja de uso corrente, seguindo a linha de pensamento da Criminologia moderna, prefere-se o emprego da expressão controle da criminalidade, pois “a expressão combate ao crime dá ideia de exclusão – eu contra você, nós contra eles – e traz no seu bojo a ideia de que nós somos o bem e os outros o mal. O controle da criminalidade é uma expressão neutra, sem preconceitos e mais bem adequada ao pensamento criminológico moderno” (CALHAU, 2020, p. 11).

articular-se com os órgãos de execução ministerial dessas outras comarcas e expor a importância de uma maior ênfase nas persecuções criminais (inquéritos ou processos) relativas a esses criminosos, a fim de viabilizar não só a troca de informações e provas levantadas nessas investigações e processos com trâmite em diferentes comarcas, mas, sobretudo, para viabilizar uma sincronia da atuação estatal e aumentar a probabilidade de obtenção de condenações mais céleres e com penas mais rigorosas (FERNANDES, 2010, p. 79).

É interessante destacar que a *repressão qualificada da criminalidade* foi posta como um dos eixos temáticos da 1ª Conferência Nacional de Segurança Pública, em 2009, tida como um grande marco para a implementação de medidas que visam a qualificação dos mecanismos de controle, bem como dos agentes da repressão. Em especial, destaca-se:

A modernização da ação policial compreende o reconhecimento das especificidades dos tipos de trabalho exercido pelos policiais e, conseqüentemente, das necessidades de cada um. Policiamento de proximidade, incremento da polícia técnico-científica, aperfeiçoamento dos métodos de investigação criminal e persecução demandam incursões simultâneas e complementares que conjuguem investimentos de aprimoramento técnico, tais como compra de equipamentos novos e diversificados, com formação e treinamento específicos.

O policiamento de proximidade promove a ação policial com maior possibilidade preventiva, em função do seu potencial de interação com a comunidade. Já o incremento da polícia técnico-científica, o aperfeiçoamento dos métodos de investigação criminal e a persecução garantem o conhecimento apurado e aumenta as possibilidades de resolução dos crimes, uma etapa essencial à ação da Justiça na repressão às atividades criminosas, sobretudo em áreas caracterizadas pela criminalidade reincidente. Nesse sentido, a *articulação com o sistema de justiça* é igualmente importante, uma vez que a celeridade dos processos judiciais, bem como a própria investigação que sucede a apreensão de pessoas que cometem delitos, é parte fundamental da resolução de crimes e desarticulação de redes criminosas (PORTAL DO GOVERNO BRASILEIRO, 2009, p. 29).

A questão também foi problematizada por Luiz Eduardo Soares:

Caso não se implementem políticas públicas inteligentes, pluridimensionais, intersetoriais e sensíveis às especificidades locais, em larga escala, capazes de interceptar as microdinâmicas imediatamente geradoras da criminalidade violenta, sobretudo de natureza letal, em um cenário caracterizado pela manutenção dos atuais indicadores de desigualdade, pobreza, qualidade de vida degradada, deficiências na escolaridade e precariedade no acesso aos direitos, facilitando crises familiares, e gerando vulnerabilidade,

baixa autoestima, sentimento de exclusão, estigmatizações, invisibilidade social e dupla mensagem cultural, as consequências só podem ser o agravamento do atual quadro de violência criminal, que já constitui uma tragédia, particularmente quando afeta a juventude pobre e negra, do sexo masculino, provocando verdadeiro genocídio (SOARES, 2006, p. 102).

Assim, consolidou-se a ideia de que, mais do que preocupar-se apenas em reprimir crimes, a atuação estatal na área criminal deve primar por uma repressão qualificada, que consiste, segundo Matos (2013, p. 15) “em uma resposta certa e rápida do sistema de polícia e justiça criminal, agindo de forma integrada e sistêmica contra pessoas ou organizações criminosas com potencial de ameaça ou lesão à segurança pública”.

A propósito, evidenciando a consolidação da importância da repressão qualificada, o Plano Estratégico do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (2019, p. 23-24) – documento que instituiu os macro-objetivos, os objetivos e as iniciativas que devem nortear o planejamento estratégico institucional no período de 2020 a 2029 – prevê que, na área criminal, uma das principais metas é agir de forma coordenada com outras instituições para a prevenção e *repressão qualificada da criminalidade* comum e organizada. E mais, o Plano Estratégico também contemplou a necessidade de uma maior integração interna, em oposição ao caráter fragmentário que por muito tempo fez parte da cultura de atuação institucional, estabelecendo também como objetivo fortalecer as promotorias com atuação criminal e os GAECOS, bem como promover sua atuação coordenada e integrada com as demais promotorias de justiça.

De toda forma, a questão da criminalidade, como já asseverado, é multifacetada e o seu controle envolve a participação de várias instituições. Como se sabe, é também atribuição do poder executivo estadual nomear chefias, determinar prioridades e o grau de investimento nas polícias e no sistema penitenciário. Assim, a grande extensão territorial e a pluralidade de sistemas e medidas estaduais e distritais dificultam a identificação e análise dos fatores que ocasionaram a melhoria da segurança pública no âmbito nacional, para muitos iniciada em 2018, sendo certo que cada estado tem fatores específicos para a inflexão dos números.

Portanto, faz-se necessário e valioso o estudo regional do fenômeno nas localidades de maior destaque, a fim de que medidas adotadas localmente, se fizerem sentido para outras regiões, sejam reproduzidas.

3. A exitosa experiência da cidade de Belo Horizonte/MG a partir da repressão qualificada da criminalidade

Minas Gerais se destaca como um dos estados que registrou a maior queda no número de roubos. Propõe-se, a partir daqui, analisar as medidas adotadas na capital Belo Horizonte, onde foram obtidos índices extremamente positivos.

A redução se deu também em outros municípios do estado mineiro. Porém, em princípio, a alteração do índice na capital é mais significativa não apenas pelo alto percentual, mas também pelos maiores números absolutos e pela complexidade dos focos de criminalidade combatidos, já que se trata de uma cidade com mais de 2,5 milhões de habitantes, em uma área metropolitana com população de cerca de 5 milhões de pessoas.

Os dados fornecidos pelos órgãos públicos que atuam no controle à criminalidade no estado de Minas Gerais são uníssonos quanto à redução de roubos na capital a partir do ano de 2016.

Através de números obtidos no Portal da Transparência do Governo do Estado de Minas Gerais, cuja fonte é o banco de informações dos Registros de Evento de Defesa Social (REDS - popularmente conhecido como “boletins de ocorrência”), infere-se que no ano de 2016 foram registrados, dentre tentados e consumados, 49.451 roubos na capital, enquanto em 2017 foram 41.233 (-16,96%), 25.949 (-36,51%) em 2018, 17.945 (-31,13%) em 2019 e 11.653 (-35,39%) em 2020.

Esses números revelam que, se no ano de 2016, na capital mineira, a média de roubos consumados e tentados era superior à assustadora cifra de 135 por dia, tal incidência foi sendo gradualmente reduzida, até chegar a números mais civilizados, como cerca de 71 roubos por dia em 2018 e 49 em 2019. No atípico ano de 2020 a redução foi ainda maior, resultando na média aproximada de 32 roubos por dia, potencializada pela baixa circulação de pessoas durante a pandemia de Covid-19.

Não coincidentemente, uma análise temporal do período próximo ao início da redução revela a expansão e a criação de dois relevantes projetos de segurança pública na capital, que atuam nos parâmetros expostos acima, encampados pelo Governo do Estado de Minas Gerais, pelas Polícias Civil e Militar e pelo Ministério Público de Minas Gerais. Ambos foram implementados com o objetivo específico de diminuir o número dos crimes de roubos na capital, que vinha aumentando significativamente nos anos de 2015 e 2016.

3.1 As bases de segurança comunitária móveis

Baseado em princípios preventivos no modelo de polícia por proximidade e com o objetivo de proporcionar maior segurança aos cidadãos, o projeto das bases comunitárias móveis foi executado pela Polícia Militar, em parceria com a Prefeitura de Belo Horizonte, ainda em 2005, como um serviço especializado em atendimento comunitário, que contava à época, com sete bases. No ano de 2013, o Governo Estadual disponibilizou mais quinze bases comunitárias móveis para a capital mineira.

No ano de 2017, no entanto, houve a expansão e a verdadeira concretização do projeto, com a instalação de bases em cada um dos oitenta e seis setores de policiamento da cidade.

As bases são veículos do tipo *van*, equipados com câmeras de video-monitoramento, rádios digitais, equipamentos de segurança e tecnologias, auxiliados por motocicletas responsáveis pelo patrulhamento nos setores, em reforço ao policiamento ordinário já realizado naquele espaço.

No local são exercidas atividades de polícia ostensiva de prevenção criminal, de preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio com o registro de boletins de ocorrência, a efetuação de prisões, a abordagem de pessoas e de veículos suspeitos, bem como a realização de visitas e reuniões comunitárias.

Assim, embora o projeto tenha uma função precipuamente preventiva, também auxilia na repressão, na medida em que a Polícia Militar também age na contenção imediata às infrações penais que estejam acontecendo ou que tenham acabado de ocorrer em sua área de atuação. Há ainda que se ressaltar a grande relevância na facilitação dos registros das ocorrências, viabilizando a apuração de delitos que muitas vezes não seriam sequer noticiados e o alcance de índices mais reais na esfera da segurança pública, atenuando o problema da subnotificação.

No âmbito desse projeto, a Polícia Militar atua com a organização territorial preventiva, de modo que seja garantida a interação entre os militares e a comunidade. A partir de informações de análise criminal e inteligência de segurança pública, a setorização permite que os recursos disponíveis sejam dispostos no território com maior racionalidade e eficiência através da identificação e do monitoramento dos locais e territórios que merecem maior atenção.

É interessante destacar que, a partir de uma eficiente gestão do Comando da Polícia Militar, após treinamento especializado, houve o deslocamento de militares que eram incumbidos de trabalhos burocráticos nos batalhões para o policiamento ostensivo.

Com isso, tem sido possível um significativo aumento da ostensividade do aparato policial e do patrulhamento urbano, fatores que contribuem decisivamente para a melhoria da segurança e do bem-estar social.

Essa é também a percepção da população belorizontina. Uma pesquisa realizada por Mascarenhas et al. (2018) concluiu que 89,1% dos entrevistados entendem que a implementação das bases comunitárias é investimento, estratégia ou despesa necessária. Além disso, 80% responderam que se sentem mais seguros, confiantes ou protegidos e, ainda, 69,1% afirmaram que as bases ensejaram a redução do número de assaltos e o aumento da segurança.

A medida também é vista de forma positiva por especialistas da área, como Luiz Flávio Saporì, membro do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, que em entrevista concedida ao Estado de Minas (2017), afirmou que a melhor maneira de reduzir os roubos em uma cidade como Belo Horizonte é aumentar o patrulhamento e a presença ostensiva da polícia, exatamente o que é feito com as bases comunitárias.

3.2 O Grupo de Intervenção Estratégica de Enfrentamento a Roubos (GIE-R)

A despeito da melhoria observada no policiamento da capital mineira, é inconteste que para o efetivo controle da criminalidade é também necessário um sistema de justiça criminal eficiente e com atuação integrada, em rede, que garanta uma aplicação segura, célere e justa da lei penal e que, para além de reprimir o crime, contribua para que a pena exerça seu papel de prevenção geral e especial.

De fato, embora a atividade de segurança pública seja comumente relacionada à atividade policial – visão decorrente de um tratamento reducionista dado ao tema na Constituição Federal, já que em seu capítulo dedicado ao tema menciona expressamente apenas os órgãos policiais –, não há dúvida de que, numa visão *lato sensu*, a temática está indissociavelmente ligada à atuação do sistema de justiça criminal e, naturalmente, ao Ministério Público, como titular exclusivo da ação penal pública (art. 129, I, da Constituição Federal).

Nesse sentido, faz-se oportuna a lição de Douglas Fischer:

[...] também como imperativo constitucional (art. 144, *caput*, CF), o dever de garantir segurança (que se desdobra em direitos subjetivos individuais e coletivos) não está em apenas evitar condutas criminosas que atinjam

direitos fundamentais de terceiros, mas também na devida apuração (com respeito aos direitos dos investigados ou processados) do ato ilícito e, em sendo o caso, da punição do responsável. [...] Efetivamente não se pode esquecer que a segurança (*lato sensu*) é ínsita e imanente a um Estado calcado nas mais democráticas e sociais regras dirigentes (como também se apresenta o ordenamento brasileiro). [...] Exatamente por isso é que compreendemos que o processo criminal e a respectiva imposição de pena aos infratores é uma forma de, mediante as irradiações dos efeitos da prevenção geral positiva, garantir a segurança e convivência entre os pares que não infringiram o ordenamento jurídico (CALABRICH; FISCHER; PELELLA, 2017, p. 71-72).

Como visto alhures, a fim de alcançar a almejada e necessária eficiência na promoção da segurança e no controle da criminalidade, a atuação estatal não pode se restringir a um modelo fragmentado e reativo que por muito tempo a caracterizou. Em plena era digital, não é mais cabível o seguimento de um padrão analógico, fragmentado e meramente reativo, sendo fundamental sua evolução para uma atuação em rede, que propicie a entrega de resultados cada vez mais efetivos na defesa da sociedade.

Nessa perspectiva, o Grupo de Intervenção Estratégica de Enfrentamento a Roubos (GIE-R), fórum deliberativo que promove a ação integrada e coordenada de enfrentamento à criminalidade, foi instituído por meio de iniciativa conjunta do Ministério Público de Minas Gerais, das Secretarias de Estado de Segurança Pública e Administração Prisional e das Polícias Militar e Civil do Estado de Minas Gerais.

Pode-se dizer que o projeto surgiu em abril de 2017, através da Resolução Conjunta SESP SEAP PGJ PMMG PCMG nº 1/2017, na esteira de uma experiência exitosa com o Grupo de Intervenção Estratégica de Enfrentamento a Homicídios (GIE-Homicídios)³, no âmbito do Programa Fica Vivo, o qual iniciou-se como ação da sociedade civil e foi institucionalizado pelo Governo Estadual de Minas Gerais no ano de 2003, a partir do Decreto nº. 43.334/2003.

Os projetos não contam com exata semelhança na atuação ante as especificidades de cada delito, sendo o homicídio crime concentrado sobretudo em zonas quentes de criminalidade, no que se difere do roubo, fenômeno difuso que tende a ocorrer de forma mais disseminada na capital. A despei-

3 Ao instituir o GIE-R, a Resolução Conjunta SESP SEAP PGJ PMMG PCMG nº 1/2017 reconheceu expressamente nos seus considerandos "que a existência e funcionamento do Grupo de Intervenção Estratégica – GIE, mecanismo interinstitucional de prevenção e redução da criminalidade, vinculado ao programa de controle de homicídios, através da ampliação da assertividade e tempestividade das ações repressivas realizadas no âmbito do Estado de Minas Gerais, tem se mostrado uma estratégia eficaz para a redução do número de homicídios nos municípios em que foi implantado".

to de diferenças procedimentais, pode-se dizer que ambos trabalham com a repressão qualificada de delitos e com a ação conjunta de instituições e, dessa forma, têm obtido índices positivos com a queda dos números.

Além disso, a partir de diagnósticos detalhados da criminalidade e de uma visão interdisciplinar, o GIE-R e o GIE-Homicídios entendem que é preciso haver uma ação diferenciada e integrada em relação a agentes que praticam crimes em série, os quais são elementos-chave da criminalidade e responsáveis por impactos significativos no panorama da segurança pública.

Essa criminalidade em série reflete, ainda, a crise do sistema de justiça criminal, que devido à pouca capacidade de apuração, processamento e punição de delitos, acaba por gerar um sentimento de impunidade, o que contribui para que criminosos se tornem recorrentes em seus atos e formem uma trajetória criminosa prolífica. (FARIA; DINIZ, 2019, p. 37)

Essa abordagem em relação não somente a fatos, mas a indivíduos, é plenamente justificada pela existência de uma quantidade considerável de criminosos repetentes, autores de um número elevado de delitos em relação à incidência geral em determinadas áreas. Ou seja, trata-se de um círculo vicioso, fortemente alimentado pela ineficiência do sistema de justiça criminal.

Assim, para romper com esse ciclo que retroalimenta a incidência de roubos, o GIE-R trabalha a partir da identificação de indivíduos com alto grau de periculosidade e contumácia na prática de roubos em Belo Horizonte/MG pelos setores de inteligência das polícias. Após isso, há rigorosa análise exclusivamente técnica – sem qualquer subjetivismo – dos perfis em conjunto. Se incorporados ao programa, os indivíduos integrantes são acompanhados periodicamente pelas instituições, que visam ao andamento célere dos inquéritos e dos processos criminais em curso, de modo que ocorra uma atuação estatal efetiva que impeça ou ponha fim à prática de crimes em série por determinados indivíduos. Isso, por óbvio, considerando todos os direitos e garantias fundamentais dos investigados na persecução penal.

Para tanto, a par da realização mensal de reuniões interinstitucionais e da constante troca de informações promovida no grupo, há uma divisão interna quanto à atuação de cada órgão. A Polícia Militar cuida da monitoração preventiva dos indivíduos em liberdade, evitando a prática de novos delitos e viabilizando a realização de eventual prisão, se houver os requisitos para tanto. Ademais, por meio do seu setor de inteligência, efetua minucioso trabalho de análise criminal dos registros de ocorrências de roubo em diferentes áreas da cidade, em busca de reconhecimento de elementos convergentes que permitam, por meio de critérios, como

modus operandi e características físicas ou pessoais dos agentes, apontar a vinculação de um mesmo indivíduo já suspeito a outras ocorrências de roubo sem apontamento de autoria. Essa análise criminal complementar feita pela Polícia Militar permite, não raramente, a elucidação de autoria que dificilmente seria identificada caso a Polícia Civil não tivesse nenhuma indicação.

A Polícia Civil, por sua vez, empenha-se em agilizar a investigação da autoria dos crimes praticados e na conclusão de inquéritos, articulando-se internamente e com o restante do grupo para averiguar, no menor espaço de tempo possível, todos os fatos envolvendo indivíduos que são monitorados pelo GIE-R e que sejam suspeitos de cometimento de crimes em série. Ao final das investigações, sempre conduzidas com respeito a todas as garantias constitucionais dos investigados, e havendo confirmação dos indícios de autoria, a Polícia Civil também representa pela prisão preventiva dos suspeitos, sempre que essa medida se mostre cabível, especialmente para a garantia da ordem pública, considerando a necessidade de evitar a reiteração de crimes graves e de conferir proteção eficiente à sociedade.

O Ministério Público, por outro lado, além de atuar como coordenador dessa política de segurança pública e de articular-se com todas as instituições que integram o grupo, também o faz internamente, com os diversos órgãos de execução ministerial incumbidos da persecução penal, e com o Poder Judiciário. Possui atuação voltada para a celeridade do andamento processual, desde o oferecimento de denúncia até a eventual condenação dos denunciados e a execução das penas, essa última com a participação dos órgãos do sistema prisional, que também integram o GIE-R e auxiliam no monitoramento do efetivo cumprimento das penas.

A maior articulação entre diversas promotorias têm permitido a evolução de uma persecução penal fragmentada para uma persecução penal sistêmica, sendo que a sensibilidade do Poder Judiciário em contribuir para a agilização de processos relativos a situações que sugerem maior grau de lesividade tem sido de grande valia para aumentar a efetividade da resposta estatal e, ao mesmo tempo, atender ao ditame constitucional da duração razoável do processo, consagrado pelo artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

Vale ressaltar que o GIE-R também promove a alimentação e atualização de dados em sistema próprio e consolida a existência de redes interinstitucionais e interdisciplinares de trabalho por meio da realização de reuniões periódicas, tendo criado, com isso, um ambiente ideal para a comunicação constante entre as instituições, inclusive com o uso de ferramentas ágeis de comunicação, como o *whatsapp*, o que garante o sucesso das ações.

Os resultados obtidos com a definição de estratégias e com a antecipação de audiências, de julgamentos e outros fatores ligados à persecução penal são extremamente positivos, tendo possibilitado a agilização coordenada e integrada de inúmeras demandas do sistema de justiça criminal, que resultaram na repressão qualificada dos crimes de roubo, com a imposição de sanções maiores decorrentes da unificação de penas referentes a múltiplas condenações contra indivíduos que cometeram crimes em série.

Importa frisar, mais uma vez, que o GIE-R visa tão somente à eficácia da justiça criminal em um contexto de *garantismo penal integral*, ou seja, com estrito respeito aos *direitos* e às *garantias* fundamentais do indivíduo e máxima observância da ordem jurídica, mas também aos seus *deveres* fundamentais perante o Estado e os cidadãos. Tem-se, assim, o necessário equilíbrio entre os princípios da *vedação à proteção deficiente (Untermassverbot)* e *ao excesso do poder estatal (Übermassverbot)*, concebidos pela doutrina constitucional alemã e que bem sintetizam o equilíbrio que deve nortear a ação estatal na busca pelo bem comum, notadamente no tocante à segurança pública. A visão é também trabalhada com excelência pela doutrina brasileira, capitaneada por Douglas Fischer (2017, p. 67), a partir de um viés crítico ao *garantismo penal hiperbólico monocular*, desvirtuamento do *garantismo integral*, o qual verdadeiramente se enquadra nos ditames concebidos por Luigi Ferrajoli.

Não por acaso, a estratégia adotada pelo GIE-R vai ao encontro de diversos princípios⁴ inerentes à Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social – PNSPDS, instituída pela Lei Federal nº 13.675, de 11/06/2018, além de convergir com diretrizes constantes da Cartilha de Segurança Pública do Conselho Nacional do Ministério Público (2020), a qual estimula o diálogo interinstitucional e o aprimoramento da atuação repressiva por meio de maior articulação com os órgãos policiais e a identificação de agentes envolvidos com a criminalidade e eventuais processos existentes em seu desfavor.

Noutro giro, impende ressaltar que, além de contribuir para resultados expressivos para a repressão e para a prevenção de crimes, as ações do GIE-R geram grande sinergia entre importantes instituições e repercutem de modo extremamente positivo entre protagonistas da área de segurança pública, dando concretude ao conceito *de atuação estatal em*

4 Respeito ao ordenamento jurídico e aos direitos e garantias individuais e coletivos (art. 4º, I); proteção dos direitos humanos, respeito aos direitos fundamentais e promoção da cidadania e da dignidade da pessoa humana (art. 4º, III); eficiência na prevenção e no controle das infrações penais (art. 4º, IV); eficiência na repressão e na apuração das infrações penais (art. 4º, V); proteção da vida, do patrimônio e do meio ambiente (art. 4º, X); otimização dos recursos materiais, humanos e financeiros das instituições (art. 4º, XIII); simplicidade, informalidade, economia procedimental e celeridade no serviço prestado à sociedade (Lei Federal 13.675/2018).

rede, fundamental para o enfrentamento eficiente de um fenômeno tão dinâmico e complexo como a criminalidade.

Em entrevista veiculada no *site* da Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública (2017), a subsecretária de Políticas de Prevenção à Criminalidade Andreza Rafaela Gomes, representante da pasta no grupo de intervenção, afirmou que as ações realizadas possibilitam a troca rápida de informações entre as instituições e dão celeridade às intervenções sobre os alvos monitorados.

No ano de 2018, o então Secretário de Segurança Sérgio Barboza Menezes, em notícia oficial publicada pelo Governo do Estado de Minas Gerais, afirmou que os resultados positivos retratam o trabalho de integração das forças de segurança e de proteção social aliado à repressão qualificada:

Para Menezes, a interlocução adotada pelo sistema de segurança mineiro com outros atores, como o Ministério Público, Tribunal de Justiça, polícias Federal e Rodoviária Federal, instituições de pesquisa, entre outras, tem dado força e eficiência aos trabalhos voltados para a redução da criminalidade.

“Há ações de gestão importantes em andamento, que exemplificam essa integração, como a criação do Grupo de Intervenção Estratégica de Enfrentamento a Roubos e Homicídios (GIE-R) [...]” (MINAS GERAIS, 2018).

Notícia veiculada na página oficial da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais (2018) também exalta o Grupo de Intervenção Estratégica de Enfrentamento a Roubos (GIE-R) como ação de gestão que tem contribuído para a redução dos índices e que foi potencializada no último ano.

O êxito alcançado pelo GIE-R também já é reconhecido institucionalmente⁵, o que motivou o Ministério Público de Minas Gerais a expandir o

5 O Relatório de Gestão Estratégica do quadriênio 2017/2020, do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, feito com o propósito de prestar contas à sociedade e aos membros da instituição, em relação às principais realizações da instituição, destacou a atuação do GIE-R, nos seguintes termos: “À frente de grupos interinstitucionais de intervenção estratégica de combate a homicídios e roubo, em parceria com as Polícias Civil, Militar, Rodoviária Federal e demais órgãos de segurança pública e com a atuação dos promotores de Justiça na coordenação desses grupos, o Gaeco tem alcançado importantes resultados que contribuem diretamente para a redução dos índices dessas modalidades criminosas, a partir do fortalecimento do trabalho conjunto entre as instituições de segurança pública e o Ministério Público. Em um cenário de mais de 3 mil roubos por mês na cidade de Belo Horizonte, foi publicada a Resolução Conjunta Sesp Seap PGJ PMMG PCMG nº 1, de 24 de abril de 2017, criando o Grupo de Intervenção Estratégica de Enfrentamento a Roubos no Estado de Minas Gerais (GIE-R), composto por representantes do Ministério Público, da Secretaria Estadual de Justiça e Segurança Pública e das Polícias Civil e Militar, com o objetivo de definir parâmetros de atuação coordenada e integrada dos órgãos que agem no combate a essa modalidade delitiva. Apresentando bons resultados e contribuindo para queda dos índices – em setembro de 2018, foi registrada uma redução de cerca de 44% em relação a abril de 2017 –, o grupo foi ampliado para os municípios de Betim, Ibitiré, Ribeirão das Neves, Sabará, Santa Luzia, Sete Lagoas e Vespasiano, que também apresentavam elevados índices de roubos”.

projeto para outras comarcas da região metropolitana de Belo Horizonte, como Santa Luzia, Ribeirão das Neves e Sabará, além de Sete Lagoas, situada na região central do estado.

Ademais, a implementação do GIE-R e sua expansão estão em plena consonância com o Plano Estratégico do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (2019, p. 18), haja vista que as ações coordenadas e integradas de repressão qualificada do crime de roubo enquadram-se à perfeição nos objetivos estratégicos do Ministério Público para a área criminal, conforme já mencionado anteriormente, e também estão em consonância com importantes macro-objetivos estratégicos do Ministério Público no tocante aos resultados que a instituição pretende entregar para a sociedade, consistentes no aprimoramento da efetividade da persecução penal, bem como na consolidação de uma atuação ministerial integrada e com forte articulação interinstitucional.

4. Conclusão

O número de crimes de roubos registrados vem diminuindo significativamente no Brasil a cada ano, o que chama atenção em meio à completa sensação de impunidade e à descrença nas ações estatais.

A redução é generalizada, não tendo ocorrido apenas em uma ou outra unidade da federação. Destacam-se, nesse cenário, Minas Gerais e Espírito Santo, onde as estatísticas mostraram uma queda de mais de 30% nos índices.

O fator socioeconômico, apesar de importante, é descartado como causa precursora da diminuição, já que todos os indicadores mostram que a situação nacional permaneceu praticamente a mesma nos anos de 2017 e 2018. O alto índice de desemprego e a instabilidade política continuaram afligindo os brasileiros nesses dois anos. Contudo, a incidência criminal continuou decrescendo.

Por outro lado, verificou-se que as estratégias no combate aos crimes têm se tornado cada vez mais sofisticadas, ante a crescente demanda delitativa, que se torna mais complexa e organizada a cada dia. A despeito de inexistir uma única solução capaz de resolver em curto prazo a tormentosa situação da segurança pública brasileira, é inequívoco que medidas de repressão qualificada vem obtendo resultados extremamente positivos – o que deve ser difundido em outros estados e regiões brasileiros.

Como é bastante difícil a avaliação do fenômeno em nível nacional, ante a pluralidade de medidas e sistemas locais, faz-se necessário o estudo

regional do fenômeno em localidades de maior destaque, a fim de que medidas adotadas localmente, se fizerem sentido para outras regiões, sejam reproduzidas.

Optou-se, assim, por restringir o presente estudo à experiência exitosa realizada na cidade de Belo Horizonte/MG, capital de um dos estados cujos índices apresentaram maior queda a partir do ano de 2016.

Duas medidas identificadas, de extrema relevância para a crescente diminuição dos crimes de roubos em Belo Horizonte/MG, são a implementação das Bases Comunitárias Móveis pela Polícia Militar e do Grupo de Intervenção Estratégica de Enfrentamento a Roubos, coordenado pelo Ministério Público de Minas Gerais e executado em parceria com as Polícias Civil e Militar e as Secretarias de Segurança Pública e de Administração Prisional do Governo Estadual.

Além de um policiamento ostensivo, medida de suma importância para a prevenção de crimes de roubo, é fundamental para o efetivo controle da criminalidade que o sistema de justiça criminal funcione de forma eficiente, de modo a promover uma repressão qualificada que contribua para que a pena exerça seu papel de prevenção geral e especial ao delito.

A partir de uma atuação interdisciplinar e da adoção de ações estratégicas como a identificação de indivíduos de alta periculosidade e recorrentes nos crimes de roubos, para que seja dada maior celeridade aos procedimentos instaurados em desfavor deles, o GIE-R contribui para o alcance de resultados extremamente significativos. A medida está em sintonia com a atual visão institucional, demonstrada no Plano Estratégico do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, que prevê como um dos grandes objetivos do órgão, para a área criminal, a ação coordenada internamente e com outras instituições para a prevenção e *repressão qualificada da criminalidade* comum e organizada.

Verificou-se que a entrada em vigor dos projetos coincide com o período em que os roubos começam a diminuir na capital mineira, sendo os índices positivos crescentes enquanto os projetos continuam em plena expansão.

Conclui-se, portanto, que, sem prejuízo de outros projetos e programas direcionados à área de segurança pública, é fundamental que se fomente, inclusive no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, a expansão de políticas públicas inteligentes, interdisciplinares e sensíveis às especificidades locais, como é o caso do GIE-R e do método de intervenção estratégica que o caracteriza, bem como seja estimulada a expansão desse modelo para outras unidades da federação, a fim de

potencializar os resultados da atuação do Ministério Público na área criminal, de modo a contribuir para a melhoria da segurança pública e da qualidade de vida da população.

5. Referências

AMMP Notícias. *Grupo de Intervenção Estratégica de Enfrentamento a Roubos contribui para redução de mais de 30% de roubos em Minas Gerais*. Biênio 2018/2020 – Maio. 115/2019. p. 12-13.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 13.675, de 11 de junho de 2018. Diário Oficial da União, Brasília, DF.

BARROS, Betina Warmling; MARQUES, David. O impacto da pandemia no crime e na violência no Brasil – análise do primeiro semestre de 2020. Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020. Ano 14, p. 26-30. Disponível em: <<https://static.poder360.com.br/2020/11/Anuario-Brasileiro-de-Seguranca-Publica-2020.pdf>>. Acesso em: 21 fev.2021.

CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 4 ed. Porto Alegre. Verbo jurídico, 2017.

CALHAU, Lélío Braga. *Princípios de Criminologia*. 9 ed. Niterói RJ. Editora Impetus, 2020.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Cartilha de Segurança Pública*. 2020. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/noticias/2020/outubro/cartilha_seguranca_publica.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2021.

COUTO, Renan; GOUVÊA, Ana Cecília; EVANGELISTA, Vanessa. *Gestão da produção no Ministério Público e o pensamento lean*. Frontiq, 2018.

DE MIRANDA, Débora Silva. *O papel da política de prevenção à criminalidade para o alcance da segurança cidadã: estudo de caso dos programas de base local do governo do estado de minas gerais*. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Administração Pública, 2013-2015, da Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho da Fundação João Pinheiro.

ESTADO DE MINAS. *PM promete combater roubos em BH com bases móveis e mais 500 policiais*. 2017. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2017/01/24/interna_gerais,841929/pm-promete-combater-roubos-em-bh-com-bases-moveis-e-mais-500-policiais.shtml>. Acesso em: 12 jun. 2020.

FARIA; Antônio Hot Pereira; DINIZ, Alexandre Magno Alves. *Criminosos em série: análise conceitual e perfil atuante em Belo Horizonte*. Revista Brasileira de Segurança Pública, v. 13, n. 1, p. 35-57, 2019. Disponível em: <<https://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/1051/320>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

FERNANDES, Rafael Henrique Martins. *Inteligência e repressão qualificada da criminalidade, na perspectiva do Ministério Público*. Artigo apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Inteligência de Segurança Pública, da Fundação Escola Superior do Ministério Público, 2010.

FILHO, Cláudio C. Beato. *Políticas públicas de segurança e a questão policial*. São Paulo, v. 13, n. 4, out/dez 1999. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88391999000400003>. Acesso em: 23 mar. 2021.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2019*. Ano 13, 2019. Disponível em: <https://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2021.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020*. Ano 14, 2020. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

GOMES, Andreza Rafaela Abreu. *O olhar comunitário sobre as ações da Política de Prevenção Social à Criminalidade nos territórios: estudo de caso nas comunidades Jardim Felicidade e Morro Alto*. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Administração Pública 2016-2018; da Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho a Fundação João Pinheiro.

JÚNIOR, Almir de Oliveira (Org.). *Instituições Participativas no âmbito da segurança pública brasileira: programas impulsionados por organizações policiais*. Rio de Janeiro, Rede Ipea, 2016. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/storage/publicacoes/FBSP_Instituicoes_Participativas_ambito_seguranca_publica_2014.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2021.

MASCARENHAS, Mariana; SALES, Priscilla Martins; DA SILVA, Talita Gonçalves; JESUINO, Thays de Moraes. *Qual a percepção da população com relação a segurança pública após a implantação das bases comunitárias da Polícia Militar de Belo Horizonte*. 2018. Disponível em: <<http://engemausp.submissao.com.br/20/anais/arquivos/15.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2021

MATOS, José Walter da Mota. *A construção do conceito de segurança pública na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no século XXI*. 2013. p. 15. Disponível em: <<https://www.fdsu.edu.br/conteudo/dissertacoes/8a77842e1af515ad3fcf170128976dd6.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

MINAS GERAIS. Polícia Militar. Comando Geral. Instrução n. 3.03.07/2010 – CG. Regula a atuação da Base Comunitária (BC) e da Base Comunitária Móvel (BCM) na Polícia Militar de Minas Gerais. Belo Horizonte, PMMG, 2010.

MINAS GERAIS. Polícia Militar. Comando-Geral. Instrução n. 3.01.06/2011 – CG. Diretriz para a produção de serviços de Segurança Pública: regula a aplicação da filosofia de Polícia Comunitária pela Polícia Militar de Minas Gerais. Belo Horizonte, PMMG, 2011.

MINAS GERAIS. Polícia Militar. Comando-Geral. Instrução n. 3.03.18/2016-CG. Setorização e Gestão Operacional: estabelece critérios para a setorização e gestão do policiamento no Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte: Comando-Geral - PMMG, 2016a.

MINAS GERAIS. Polícia Militar. Comando-Geral. Instrução n. 3.03.21/2017-CG. Base de Segurança Comunitária: regula o emprego das Bases do Projeto Segurança Comunitária vinculado ao programa “Mais Segurança” do Governo de Minas Gerais. 2. ed. rev. Belo Horizonte: Assessoria Estratégica de Emprego Operacional, 2018.

MINAS GERAIS. *Estratégia para redução de roubos passa por inédito grupo integrado de intervenção*. 2017. Disponível em: <<http://www.seguranca.mg.gov.br/component/gmg/story/3378-estrategia-para-reducao-de-roubos-passa-por-inedito-grupo-integrado-de-intervencao>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

MINAS GERAIS. *Minas tem queda de 32% nos roubos e 21,6% nos homicídios*. 2018. Disponível em: <<http://www.2015-2018.agenciainas.mg.gov.br/noticia/minas-tem-queda-de-32-nos-roubos-e-21-6-nos-homicidios>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

MINAS GERAIS. *Minas tem queda de 32% nos roubos e 21,6% nos homicídios*. 2019. Disponível em: <<http://www.seguranca.mg.gov.br/component/gmg/story/3575-minas-tem-queda-de-32-nos-roubos-e-21-6-nos-homicidios>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

MINAS GERAIS. *Dados abertos portal da transparência*. Disponível em: <<http://www.seguranca.mg.gov.br/2018-08-22-13-39-06/dados-abertos>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

MINGARDI, Guaracy. *Ladrões de férias? A queda dos roubos em 2018*. Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2019. Ano 13, p. 80-82. Disponível em: <https://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS. *Criado grupo de combate a roubos no estado*. Disponível em: <<https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/criado-grupo-de-combate-a-roubos-no-estado.htm>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS. *Relatório de Gestão Estratégica 2017-2020*. 2020. Disponível em: <https://gestaoestrategica.mpmg.mp.br/areas_tematicas/combate_criminalidade.html>. Acesso em: 23 mar. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS. *Planejamento estratégico 2020-2029*. 2019. Disponível em: < <https://www.mpmg.mp.br/conheca-o-mpmg/planejamento-institucional/planejamento-estrategico/>> Acesso em: 23 mar. 2021.

PIMENTEL, André de Pieri. *Crimes patrimoniais, economias pujantes e desigualdades violentas: analisando os dados sobre o roubo e o furto de veículos no Brasil*. Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2019. Ano 13, p. 72-78. Disponível em: <https://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2021.

POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE MINAS GERAIS. *SEGURANÇA - Governo de Minas entrega 311 veículos*. Disponível em: <<https://www.policiamilitar.mg.gov.br/portal-pm/conteudo.action?conteudo=48245&tipoConteudo=noticia>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE MINAS GERAIS. *Bases Comunitárias Móveis reforçam a prevenção em BH*. Disponível em: <<https://www.policiamilitar.mg.gov.br/portal-pm/conteudo.action?conteudo=442&tipoConteudo=noticia>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE MINAS GERAIS. *Balanço do 1º trimestre apresenta redução de mais de 29% nos crimes violentos em MG*. Disponível em: <<https://www.policiamilitar.mg.gov.br/portal-pm/conteudo.action?conteudo=173600&tipoConteudo=noticia>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

PORTAL DO GOVERNO BRASILEIRO. *Brasil permanece registrando queda na criminalidade em 2019*. 2019. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1565716046.28>> Acesso em: 23 mar. 2021.

PORTAL DO GOVERNO BRASILEIRO. *Dados e informações nacionais de segurança pública*. 2021. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/sinesp-1/bi/dados-seguranca-publica>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

PORTAL DO GOVERNO BRASILEIRO. Ministério da Justiça. *1ª Conferência Nacional de Segurança Pública. Texto-base*. Brasília, 2009. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/conferencias/Seguranca_Publica/texto_base_1_conferencia_seguranca_publica.pdf> Acesso em: 22 mar. 2021.

SANTIN, Valter Foletto. *Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SOARES, Luiz Eduardo. *Segurança pública: presente e futuro*, Rio de Janeiro. v.20, n.56, p.91-106, jan. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v20n56/28629.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

SILVEIRA, Andréa Maria; ASSUNÇÃO, Renato Martins; DA SILVA, Bráulio Alves Figueiredo; FILHO, Cláudio Chaves Beato. *Impacto do Programa Fica Vivo na redução dos homicídios em comunidade de Belo Horizonte*. Rev. Saúde Pública vol.44 no.3 São Paulo, 2010.

SZABÓ, Ilona; RISSO, Melina. *Segurança pública para virar o jogo*. 1.ed. – Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 18.

RAFAEL HENRIQUE MARTINS FERNANDES

Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais (MPMG). Coordenador da Coordenadoria de Planejamento Institucional do MPMG. Coordenador do Grupo de Intervenção Estratégica de Enfentamento a Roubos (GIE-R) em Belo Horizonte. Pós-graduado em Inteligência de Estado e Inteligência de Segurança Pública pela Fundação Escola Superior do Ministério Público de Minas Gerais (FESMPMG). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

DANIELLE TÔRRES TEIXEIRA

Assessora Jurídica da Procuradoria Regional da República da 1ª Região. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pós Graduada em Ciências Criminais pela Fundação Escola Superior do Ministério Público de Minas Gerais. Ex-estagiária de graduação e de pós-graduação do Ministério Público de Minas Gerais.



O NÃO PAGAMENTO DA PENA DE MULTA OBSTA A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE E PODE INFLUENCIAR NA AMPLIAÇÃO DO EFEITO SECUNDÁRIO DE NATUREZA PENAL DA CONDENAÇÃO

FAILURE TO PAY THE FINE PREVENTS THE EXTINCTION OF PUNISHMENT AND MAY INFLUENCE THE EXPANSION OF THE SECONDARY EFFECT OF A CRIMINAL NATURE OF THE CONVICTION

RAQUEL DE BASTOS REZENDE RIBEIRO FREIRE

Assessora Jurídica

Resumo: O entendimento trazido pelo STF no bojo da ADI 3150/DF, de onde se extrai que o não pagamento da pena de multa obsta a extinção da punibilidade do agente, porquanto esta pena, em que pese ter natureza jurídica de dívida de valor, não perdeu seu caráter de sanção penal atribuído pela Constituição Federal, culmina em procedimento específico para sua execução e, por consequência, para a declaração da perda da pretensão após a sua suspensão e o decurso do lapso temporal determinado pelo Código Penal, culminando, ainda, em consequências na aplicação do efeito secundário de natureza penal da condenação, qual seja, a reincidência.

Palavra-chave: pena de multa; extinção da punibilidade; execução; prescrição; efeitos.

Abstract: The understanding brought by the STF within the scope of ADI 3150/DF, from which it is extracted that the non-payment of the fine penalty prevents the extinction of the punishment of the agent, since this penalty, in spite of having a legal nature of value debt, does not lose its character of penal sanction attributed by the Federal Constitution, culminates in a specific procedure for its execution and, consequently, for the declaration of the loss of the claim after its suspension and the lapse of the time lapse determined by the Penal Code, culminating, still, in consequences in the application of the secondary effect of a criminal nature of the conviction, that is, recidivism.

Keywords: fine penalty; extinction of punishment; execution; prescription; effects.

Sumário: 1. Introdução. 2. Conceito e evolução histórica. 3. Procedimento e prazo de prescrição da cobrança da pena de multa. 4. Qual a influência do procedimento de cobrança da pena de multa em face da agravante da reincidência? 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

1. Introdução

O não pagamento da pena de multa obsta a extinção da punibilidade pelo cumprimento da pena restritiva de direitos ou privativa de liberdade. Dito isso, qual o procedimento e o prazo de prescrição para esta cobrança? E qual a sua influência no lapso temporal para o cômputo da agravante da reincidência, quando inexistente o seu pagamento durante o cumprimento das demais penalidades impostas ao agente?

2. Conceito e evolução histórica

A multa é uma espécie de pena¹ que incide sobre o patrimônio do recuperando, consistente no pagamento ao fundo penitenciário de quantia calculada em dias-multa (pelo sistema bifásico) fixada na sentença condenatória,² no prazo de até dez dias após o seu transitado em julgado.³

Pena é a espécie de sanção penal consistente na privação ou restrição de determinados bens jurídicos do condenado, aplicada pelo Estado em decorrência do cometimento de uma infração penal, com as finalidades de castigar seu responsável, readaptá-lo ao convívio em comunidade e, mediante a intimidação endereçada à sociedade, evitar a prática de novos crimes ou contravenções penais. (MASSON, 2018, p. 586-587).

Inicialmente, rememore-se que, com a redação do artigo 51 do Código Penal, dada pela Lei nº 7.209/1984,⁴ a pena de multa passou a ser considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, até mesmo no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

Valendo-se desse conceito, a cobrança da penalidade, após a omissão do sentenciado durante o lapso temporal para o pagamento, foi atribuída à advocacia pública, conferindo natureza tributária ao débito, que passou a tramitar na esfera das Varas de Execuções Fiscais, deixando o Juízo das Execuções Penais. O que implica afirmar que o *jus puniendi* do Estado exauria-se após o cumprimento das penas privativas de liberdade ou restritivas de direitos.⁵

1 "Art. 32 - As penas são: I - privativas de liberdade; II - restritivas de direitos; III - de multa." (BRASIL, 1984).

2 "Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa." (BRASIL, 1984).

3 "Art. 50 - A multa deve ser paga dentro de 10 (dez) dias depois de transitada em julgado a sentença. A requerimento do condenado e conforme as circunstâncias, o juiz pode permitir que o pagamento se realize em parcelas mensais." (BRASIL, 1984).

4 Redação anterior à Lei 7.209/84: "Art. 51. A multa converte-se em pena de detenção, quando o condenado solvente deixa de paga-la ou frustra a sua execução. Modo de conversão. § 1º - Na conversão, a cada dia-multa corresponderá um dia de detenção, não podendo esta ser superior a um ano. Revogação da conversão. § 2º - A conversão fica sem efeito no, a qualquer tempo, é paga a multa." (BRASIL, 1984).

5 "Nos casos em que haja condenação a pena privativa de liberdade e multa, cumprida a primeira (ou a restritiva de direitos que eventualmente a tenha substituído), o inadimplemento da sanção pecuniária não obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade. A Lei nº 9.268/1996 deu nova redação ao art. 51 do CP e extirpou do diploma jurídico a possibilidade de conversão da pena de multa em detenção, no caso de inadimplemento da sanção pecuniária. Após a alteração legislativa, o mencionado artigo passou a vigorar com a seguinte redação: 'Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição'. Portanto,

Seguindo esse norte e diante do seu entendimento pacífico sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 521, cujo verbete se transcreve: “a legitimidade para a execução fiscal de multa pendente de pagamento imposta em sentença condenatória é exclusiva da Procuradoria da Fazenda Pública.”

Visualizando uma afronta à Carta Magna, porquanto a multa, na esfera penal, pelo texto constitucional, é conceituada como uma espécie de pena, o Procurador Geral da República, valendo-se de sua legitimidade conferida pelo artigo 103, inciso VI, da Constituição Federal/88,⁶ ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3150) buscando conferir à redação do artigo 51 do Código Penal, dada pela Lei nº 7.209/1984, interpretação conforme a Constituição.

Na ocasião, o PGR alegou, em apertada síntese, que a única interpretação da norma compatível com o texto constitucional direciona a restringir o alcance da modificação ao nível procedimental, adotando-se o rito previsto na Lei nº 7.210/1984, com a manutenção da competência das Varas de Execuções Penais.

Assevera ser a finalidade do dispositivo garantir a melhor atuação do Estado na persecução criminal, mediante procedimento vantajoso ao erário, cujas repercussões não extrapolam o escopo do tratamento

diante da nova redação dada ao CP, a pena de multa não mais possui o condão de constranger o direito à locomoção do sentenciado (STF: AgRg no HC 81.480-SP, Primeira Turma, DJ 5/4/2002; e HC 73.758-SP, Segunda Turma, DJ 24/9/1999). É imperioso frisar que a nova redação do art. 51 do CP trata da pena de multa como dívida de valor já a partir do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, em momento, inclusive, anterior ao próprio cumprimento da pena privativa de liberdade ou da restritiva de direitos. Isso implica afirmar que o *ius puniendi* do Estado exaure-se ao fim da execução da pena privativa de liberdade ou da restritiva de direitos, porquanto, em nenhum momento, engloba a pena de multa, considerada dívida de valor a partir do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Entendimento oposto, ou seja, a possibilidade de constrição da liberdade daquele que é apenado somente em razão de sanção pecuniária, consistiria em legitimação da prisão por dívida, em afronta, portanto, ao disposto no art. 5º, LXVII, da CF e, ainda, no art. 7º, 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), cujo texto estabelece que ‘ninguém deve ser detido por dívida’. Dessa forma, o reconhecimento da pena de multa como dívida de valor atribui à sanção pecuniária caráter extrapenal. Se a natureza da multa, após o trânsito em julgado da condenação, fosse compreendida como de caráter penal, mesmo diante da extinção da pena privativa de liberdade ou da restritiva de direitos pelo cumprimento, os efeitos da sentença se conservariam até o adimplemento da pena pecuniária, porquanto não reconhecida a extinção da punibilidade do apenado. Após a alteração legislativa que considerou a pena de multa como dívida de valor, deve-se assinalar também a alteração da competência para a execução da sanção, exclusiva, então, da Fazenda Pública, conforme disposto no enunciado da Súmula 521 do STJ: ‘A legitimidade para a execução fiscal de multa pendente de pagamento imposta em sentença condenatória é exclusiva da Fazenda Pública’. Portanto, extinta a pena privativa de liberdade (ou restritiva de direitos) pelo seu cumprimento, o inadimplemento da pena de multa não obsta a extinção da punibilidade do apenado, porquanto, após a nova redação do art. 51 do CP, dada pela Lei 9.268/1996, a pena pecuniária é considerada dívida de valor e, desse modo, possui caráter extrapenal, de forma que sua execução é de competência exclusiva da Procuradoria da Fazenda Pública.” (SÃO PAULO, 2015).

6 “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: VI - o Procurador-Geral da República.” (BRASIL, 1988).

processual. Articula com a inobservância do artigo 129, inciso I, da Carta da República, considerada a transposição da legitimidade processual em jogo para a Fazenda Pública. Diz que a atribuição privativa do Ministério Público para ajuizar a ação penal pública abrange a execução da sentença condenatória no seu todo. Anota que qualificar a multa penal como crédito fazendário permite a formalização de execução contra os herdeiros do réu, contrariando a garantia preconizada no artigo 5º, inciso XLV, do Diploma Maior. Salienta inexistir responsabilidade coletiva ou sucessiva no Direito Penal, presente a intranscendência da sanção como fundamento do Estado Democrático de Direito. Assinala ser impróprio transmutar a finalidade das multas penais, cujo produto arrecadado, segundo destaca, deve ser integralmente destinado ao Fundo Penitenciário Nacional. (BRASIL, 2018).

Assim, ainda que a Lei nº 9.268/1996 tenha alterado a redação do artigo 51 dada pela Lei nº 7.209/1984,⁷ considerando a multa penal como dívida de valor e aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, incluindo o que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição, o seu caráter de sanção penal persistiu por força do art. 5º, XLVI, “c”, da Constituição Federal,⁸ permanecendo inalterados os efeitos decorrentes da condenação, com o que não se pode falar em extinção da punibilidade da pena de multa quando não há o seu pagamento.

Ao julgar parcialmente procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal fixou duas teses, vejamos:

EMENTA: EXECUÇÃO PENAL. CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PENA DE MULTA. LEGITIMIDADE PRIORITÁRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO CONFORME. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO. 1. A Lei nº 9.268/1996, ao considerar a multa penal como dívida de valor, não retirou dela o caráter de sanção criminal, que lhe é inerente por força do art. 5º, XLVI, c, da Constituição Federal. 2. Como consequência, a legitimação prioritária para a execução da multa penal é do Ministério Público perante a Vara de Execuções Penais. 3. Por ser também dívida de valor em face do Poder Público, a multa pode ser subsidiariamente cobrada pela Fazenda Pública, na Vara de Execução Fiscal, se o Ministério Público não houver atuado em prazo razoável (90 dias). 4. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga parcialmente procedente para, conferindo interpretação conforme à Constituição ao art. 51 do Código Penal, explicitar que a expressão

7 Art. 51. A multa converte-se em pena de detenção, quando o condenado solvente deixa de paga-la ou frustra a sua execução. Modo de conversão. § 1º - Na conversão, a cada dia-multa corresponderá um dia de detenção, não podendo esta ser superior a um ano. Revogação da conversão. § 2º - A conversão fica sem efeito se, a qualquer tempo, é paga a multa.

8 “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: c) multa.” (BRASIL, 1988).

“aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição”, não exclui a legitimação prioritária do Ministério Público para a cobrança da multa na Vara de Execução Penal. Fixação das seguintes teses: (i) *O Ministério Público é o órgão legitimado para promover a execução da pena de multa, perante a Vara de Execução Criminal, observado o procedimento descrito pelos artigos 164 e seguintes da Lei de Execução Penal;* (ii) *Caso o titular da ação penal, devidamente intimado, não proponha a execução da multa no prazo de 90 (noventa) dias, o Juiz da execução criminal dará ciência do feito ao órgão competente da Fazenda Pública (Federal ou Estadual, conforme o caso) para a respectiva cobrança na própria Vara de Execução Fiscal, com a observância do rito da Lei 6.830/1980.* (BRASIL, 2018).

Salienta-se, outrossim, que, de modo geral, a decisão proferida pelo STF na esfera da Ação Direta de Inconstitucionalidade tem efeitos *erga omnes*, ou seja, contra todos. Sendo, ainda, retroativa, *ex tunc*, caso inexistente a modulação dos seus efeitos por maioria qualificada de 2/3 dos membros.⁹

Na ADI em comento, modulou-se os efeitos, visando assegurar a segurança jurídica e o excepcional interesse social. Dito isso, atribuiu-se às teses fixadas pelo Egrégio Tribunal o efeito *ex nunc*.

Diante da adequação trazida pelo STF em controle de constitucionalidade, o Superior Tribunal de Justiça reviu seu entendimento acerca do tema. Assim, não se pode mais declarar a extinção da punibilidade pelo cumprimento integral da pena privativa de liberdade quando pendente o pagamento da multa criminal. (i) *O Ministério Público é o órgão legitimado para promover a execução da pena de multa, perante a Vara de Execução Criminal, observado o procedimento descrito pelos artigos 164 e seguintes da Lei de Execução Penal;* e (ii) *Caso o titular da ação penal, devidamente intimado, não proponha a execução da multa no prazo de 90 (noventa) dias, o Juiz da execução criminal dará ciência do feito ao órgão competente da Fazenda Pública (Federal ou Estadual, conforme o caso) para a respectiva cobrança na própria Vara de Execução Fiscal, com a observância do rito da Lei 6.830/1980.*

Em posterior julgado, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça alterou o entendimento sobre a matéria. Veja-se:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO INTEGRAL DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. INADIMPLEMENTO DA PENA DE MULTA.

9 Lei nº. 9.868/99, art. 27. “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.” (BRASIL, 1999).

EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. INVIABILIDADE. LEGITIMIDADE PRIORITÁRIA DO MP PARA EXECUÇÃO DA PENA DE MULTA. CARÁTER DE SANÇÃO CRIMINAL RECONHECIDO PELO STF NAADI 3150/DF (DJE 6/8/2019). EFEITO VINCULANTE. RESTABELECIMENTO DO ACÓRDÃO DO AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL N. 7006377-53.2016.8.26.0050. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI n. 3.150/DF, declarou que, à luz do preceito estabelecido pelo art. 5º, XLVI, da Constituição, a multa, ao lado da privação de liberdade e de outras restrições – perda de bens, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos –, é espécie de pena aplicável em retribuição e em prevenção à prática de crimes. 2. O Ministério Público tem legitimidade, ainda que não exclusiva, mas prioritária, para cobrar a multa decorrente de condenação criminal transitada em julgado. A legitimidade da Fazenda Pública para propor execução fiscal é subsidiária, dependendo da hesitação do órgão ministerial dentro de prazo, foi fixado em 90 dias contados a partir da intimação para a execução da reprimenda. 3. O Ministério Público é o órgão legitimado para promover a execução da pena de multa, perante a Vara de Execução Criminal, observado o procedimento descrito pelos artigos 164 e seguintes da Lei de Execução Penal; (ii) Caso o titular da ação penal, devidamente intimado, não proponha a execução da multa no prazo de 90 (noventa) dias, o Juiz da execução criminal dará ciência do feito ao órgão competente da Fazenda Pública (Federal ou Estadual, conforme o caso) para a respectiva cobrança na própria Vara de Execução Fiscal, com a observância do rito da Lei 6.830/1980. (ADI n. 3150, Ministro Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 6/8/2019). 4. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI n. 3.150/DF, ocorrido em 13/12/2018, firmou o entendimento de que “a Lei n. 9.268/96, ao considerar a multa penal como dívida de valor, não retirou dela o caráter de sanção criminal que lhe é inerente por força do art. 5º, XLVI, c, da CF. Como consequência, por ser uma sanção criminal, a legitimação prioritária para a execução da multa penal é do Ministério Público perante a Vara de Execuções Penais” (CC n. 165.809/PR, Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Terceira Seção DJe 23/8/2019). 5. As declarações de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, são dotadas de eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário. *Portanto, fixada a interpretação constitucional do tema pelo Pretório Excelso, no exercício de controle concentrado, impõe-se a superação da jurisprudência desta Corte Superior que há pouco decidia pela ilegitimidade do Ministério Público para a execução da pena de multa.* 6. O Tribunal paulista dispôs que embora o art. 51 do Código Penal, com a redação dada pela Lei n. 9.268/1996, disponha que, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se a ela legislação relativa à Fazenda Pública, ela não perdeu o seu caráter penal, permanecendo inalterados os efeitos decorrentes da condenação, razão pela qual é o Juízo das Execuções Criminais o competente para apreciação do pedido de indulto da multa inadimplida. [...] *Quanto ao pedido de extinção da punibilidade do agravante, independentemente do pagamento da pena pecuniária, melhor sorte não assiste à douta Defesa. [...] Realmente, dispõe o artigo 51 do Código Penal, com a redação dada pela Lei n. 9.268/1996, que, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, devendo ser*

aplicada com relação a ela a legislação relativa à Fazenda Pública. [...] Entretanto, mesmo sendo considerada dívida de valor, a pena de multa, como já mencionado, não perdeu seu caráter penal, permanecendo inalterados os efeitos decorrentes da condenação, com o que não se pode falar em extinção da punibilidade da pena de multa pelo não pagamento.

7. As razões colacionadas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo estão em conformidade com o novo entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI n. 3.150/DF, motivo pelo qual devem ser mantidos. 8. Embargos de declaração acolhidos para negar provimento ao recurso especial. (BRASIL, 2019). (destaque nosso).

A 5ª turma do STJ seguiu a mesma linha no REsp 1850903/SP, e o ver-bete da súmula 521 deste Tribunal foi superado.

Por fim, observa-se que a redação do artigo 51 do Código Penal foi mantida pelo Pacote Anticrime (PAC – Lei nº 13.964/2019)¹⁰, que, contudo, acrescentou a competência dos Juízos das Varas de Execuções Penais para a execução do valor.

3. Procedimento e prazo de prescrição da cobrança da pena de multa

De fato, a legitimação prioritária para a execução da multa penal é do Ministério Público perante a Vara de Execuções Penais. Que, doravante, seguirá a Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 5, de 26 de março de 2021, em *vacatio* por 60 (sessenta) dias, nos seguintes termos:

RESOLUÇÃO CONJUNTA PGJ CGMP N.º 5, DE 26 DE MARÇO DE 2021 Dispõe sobre a cobrança da pena de multa prevista no art. 49 do Código Penal Brasileiro pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais. O PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA e o CORREGEDOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, no exercício das atribuições que lhes foram conferidas, respectivamente, pelo art. 18, inciso LV, e pelo art. 39, ambos da Lei Complementar Estadual nº 34, de 12 de setembro de 1994, e CONSIDERANDO que o art. 51 do Código Penal, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 13.964/19, dispõe que, transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será executada perante o juiz da execução penal e será considerada dívida de valor, aplicáveis as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição; CONSIDERANDO que no julgamento da ADI 3150 foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal que o Ministério Público é o órgão

¹⁰ "Art. 51. Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será executada perante o juiz da execução penal e será considerada dívida de valor, aplicáveis as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição." (BRASIL, 2019).

legitimado para promover a execução da pena de multa, perante a Vara de Execução Criminal, observado o procedimento descrito pelos artigos 164 e seguintes da Lei de Execução Penal; CONSIDERANDO que o efetivo pagamento da pena de multa contribui para que o Direito Penal alcance seus objetivos de prevenção e repressão, reforçando a credibilidade do sistema de combate à criminalidade; CONSIDERANDO que a movimentação do Poder Judiciário por parte do Ministério Público não prescinde da observância dos princípios da eficiência, razoabilidade e proporcionalidade; CONSIDERANDO que estudos realizados no ano de 2011 pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), a requerimento do Conselho Nacional de Justiça, indicam que o custo médio de um processo de execução fiscal gira em torno de R\$ 4.685,39 (Custo unitário do processo de execução fiscal na Justiça Federal. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Diretoria de Estudos e Políticas do Estado, das Instituições e da Democracia. 2011); CONSIDERANDO que a Lei Estadual nº 19.971/2011 autoriza o não ajuizamento de execução fiscal que verse sobre valor inferior a sessenta mil Unidades Fiscais do Estado de Minas Gerais - Ufemgs -, devendo, em tal hipótese, serem adotadas medidas alternativas de cobrança, a exemplo do protesto extrajudicial; CONSIDERANDO que o protesto cartorário se mostra como instrumento extrajudicial de extrema relevância para alcançar o pagamento de dívidas sem a necessidade de acionamento do Poder Judiciário; CONSIDERANDO que o protesto cartorário permite que o nome do devedor seja incluído em serviços de restrição ao crédito e financiamento, o que constitui instrumento de coerção de grande valia, induzindo o adimplemento da dívida protestada; CONSIDERANDO que o Novo Código de Processo Civil previu, em seu art. 517, a possibilidade do protesto de decisões judiciais transitadas em julgado como forma de auxiliar o adimplemento das obrigações fixadas pelo Poder Judiciário; CONSIDERANDO os estudos realizados pelo Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais, de Execução Penal, do Tribunal do Júri e da Auditoria Militar (Caocrim) sobre as melhores práticas envolvendo a execução da pena de multa; RESOLVEM: Art. 1º. Incumbe ao membro do Ministério Público com atribuição na área de execução penal a adoção de medidas para a cobrança da pena de multa prevista no art. 49 do Código Penal. Parágrafo único - Deverão ser priorizadas medidas que levem ao adimplemento da pena de multa prevista no art. 49 do Código Penal sem a necessidade de propositura de ação de execução. Art. 2º. O membro do Ministério Público com atribuição na área de execução penal, ao tomar conhecimento de guia de recolhimento com previsão de pena de multa, deverá requerer a intimação da parte devedora (apenado) para o pagamento multa penal e, em caso de inadimplência, a expedição da respectiva certidão judicial de pena de multa, com negativa de pagamento. Art. 3º. O pagamento da multa poderá ser realizado em parcelas mensais, bem como mediante desconto no vencimento ou salário do condenado, nos termos do art. 50 do Código Penal. Art.4º. O membro do Ministério Público com atribuição na área de execução penal, ao tomar conhecimento da certidão e verificar o preenchimento dos requisitos exigidos, deverá remetê-la, no prazo máximo de trinta dias, ao Cartório de Protesto de Títulos para que seja protestada, nos termos da Lei nº 9.492/1997. Art. 5º. Para as penas

de multa cujo valor atualizado seja igual ou inferior a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a cobrança por meio de protesto cartorário dispensa o manejo de ação judicial de execução, considerando os princípios da eficiência, razoabilidade e proporcionalidade. Art. 6º. Sem prejuízo do protesto cartorário, é obrigatória a propositura de ação judicial de execução, no prazo máximo de noventa dias a contar da ciência da certidão com negativa de pagamento, das multas cujo valor atualizado seja superior a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Art. 7º. O Promotor de Justiça deverá velar para que a declaração da extinção da pena de multa somente ocorra no âmbito judicial, após a juntada de comprovação de integral pagamento, ainda que a quitação tenha sido efetivada extrajudicialmente, no Cartório de Protestos. Art. 8º. Na eventualidade do adimplemento da pena de multa ocorrer no âmbito do Poder Judiciário depois de realizado o protesto, o Promotor de Justiça responsável velará para que a decisão judicial de extinção ressalve a necessidade do cancelamento do protesto após o condenado providenciar o devido pagamento dos emolumentos ao respectivo Cartório. Art. 9º. Os valores das penas de multa deverão ser integralmente destinados ao Fundo Penitenciário do Estado de Minas Gerais (FUNPEN), criado pela Lei Estadual 11.402/94, inscrito no CNPJ sob o nº 05.487.631/0001-09. Art. 10 O recolhimento do valor das multas deverá ser feito através do DAE - Documento de Arrecadação Estadual em benefício do Fundo Penitenciário Estadual. Art. 11 A Procuradoria-Geral de Justiça adotará medidas de facilitação do protesto extrajudicial das penas de multa mediante acordos de cooperação com o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e com as entidades representativas dos Cartórios de Protestos. Art. 12 Esta resolução aplica-se às penas de multa fixadas a partir do advento da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Art. 13 Esta resolução entra em vigor no prazo de sessenta dias a contar da data de sua publicação. Art. 14 Ficam revogadas as disposições em contrário. (MINAS GERAIS, 2021).

Seguindo o disposto nesta resolução, dificilmente chegará ao término da execução da pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos sem o início da execução da pena de multa. Mas, inexistindo o pagamento e inexistindo bens a serem penhorados, facilmente haverá o término das demais penalidades com a pena de multa ainda devida.

Assim, diante da inadimplência do sentenciado no que tange ao pagamento desta dívida de valor, qual o procedimento que deverá ser adotado para que o débito não seja sinônimo de pena perpétua porquanto o seu não cumprimento obsta a extinção da punibilidade?

Destarte, o artigo 51 do Código Penal é claro ao dispor que:

Art. 51. Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será executada perante o juiz da execução penal e será considerada dívida de valor, aplicáveis as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

Rememore-se, outrossim, consoante o anteriormente exposto, que o STF fixou a seguinte tese com efeito vinculante:

(i) O Ministério Público é o órgão legitimado para promover a execução da pena de multa, perante a Vara de Execução Criminal, observado o procedimento descrito pelos artigos 164 e seguintes da Lei de Execução Penal.

O artigo 164 e seguintes da Lei de Execução Penal esclarecem que, decorrido o prazo concedido ao sentenciado sem que ele efetue o pagamento da pena de multa, a nomeação de bens à penhora e a posterior execução seguirão o que dispuser a lei processual civil.¹¹

Por sua vez, o Código de Processo Civil nos traz, com propriedade, a redação de que a execução será suspensa quando o executado não possuir bens penhoráveis e será extinta quando ocorrer a prescrição intercorrente.¹²

Dito isso, inexistindo o pagamento ou bens passíveis de penhora, o dispositivo legal determina que a execução seja suspensa pelo prazo de um ano. O efeito mais importante desta suspensão é que, decorrido o seu lapso temporal, iniciar-se-á a contagem do prazo da prescrição intercorrente (art. 921, § 4º, do CPC), que independe de decisão judicial, nos termos do Enunciado 195 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC)¹³(NEVES, 2018, p. 1385-1386).

Desta feita, decorrido o prazo de um ano da suspensão da execução, qual o período do prazo para a perda da pretensão?

A súmula 150 do STF consagra que *prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação*.

Assim, inexistindo o pagamento da pena de multa e diante da inexistência de bens passíveis de penhora, não sendo o caso da aplicação do § 5º do artigo 921 do CPC. Forçoso concluir que haverá a prescrição da pena de multa decorrido o prazo de dois anos da sua suspensão, no caso do artigo 114, inciso I, do Código Penal,¹⁴ ou, no mesmo prazo estabeleci-

11 "Art. 164. Extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de 10 (dez) dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora. § 2º A nomeação de bens à penhora e a posterior execução seguirão o que dispuser a lei processual civil." (BRASIL, 1984).

12 "Art. 921. Suspende-se a execução: III - quando o executado não possuir bens penhoráveis. [...] Art. 924. Extingue-se a execução quando: V - ocorrer a prescrição intercorrente." (BRASIL, 2015).

13 O prazo de prescrição intercorrente previsto no art. 921, § 4º, tem início automaticamente um ano após a intimação da decisão de suspensão de que trata o seu § 1º. (BRASIL, 2015).

14 "Art. 114 - A prescrição da pena de multa ocorrerá: I - em 2 (dois) anos, quando a multa for a única cominada ou aplicada." (BRASIL, 1940).

do para prescrição da pena privativa de liberdade, quando a multa for alternativa ou cumulativamente cominada ou cumulativamente aplicada, consoante inciso II do mesmo dispositivo legal,¹⁵ com a consequente extinção da punibilidade do agente.

4. Qual a influência do procedimento de cobrança da pena de multa em face da agravante da reincidência?

Enquanto não ocorrer a extinção da punibilidade do agente pela prescrição da pena de multa cumulada com o cumprimento da pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, a execução de pena ficará suspensa e o período da suspensão será computado como efeito secundário de natureza penal da condenação, qual seja, a reincidência.

Pois, para efeito da reincidência, não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos. Contudo, ainda que cumprida a pena privativa de liberdade, inexistindo o pagamento da pena de multa, esse prazo de cinco anos se iniciará somente após todo o procedimento da execução da dívida de valor, o que deverá ser observado pelo *Parquet* e pelo Juízo Criminal e o de Execução Penal.

5. Conclusão

Há que se pontuar que o entendimento trazido pelo STF no bojo da ADI 3150/DF, de onde extrai-se que o não pagamento da pena de multa obsta a extinção da punibilidade do agente, porquanto esta pena, em que pese ter natureza jurídica de dívida de valor, não perdeu seu caráter de sanção penal atribuído pela Constituição Federal, culmina em procedimento específico para sua execução e, por consequência, para a declaração da perda da pretensão após a sua suspensão e o decurso do lapso temporal determinado pelo Código Penal, culminando, ainda, em consequências na aplicação do efeito secundário de natureza penal da condenação, qual seja, a reincidência.

6. Referências

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988. 292 f.

¹⁵ "Art. 114, inciso II - no mesmo prazo estabelecido para prescrição da pena privativa de liberdade, quando a multa for alternativa ou cumulativamente cominada ou cumulativamente aplicada." (BRASIL, 1940).

BRASIL. Presidência de República. *Decreto-Lei n° 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 30 mar. 2021.

BRASIL. Presidência da República. *Lei n° 7.209*, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Brasília, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7209.htm>. Acesso em: 29 mar. 2021.

BRASIL. Presidência da República. *Lei n° 7.210*, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 30 mar. 2021.

BRASIL. Presidência da República. *Lei n° 9.868*, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm>. Acesso em: 29 mar. 2021.

BRASIL. Presidência da República. *Lei n° 13.105*, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 30 mar. 2021.

BRASIL. Presidência da República. *Lei n° 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm>. Acesso em: 30 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial 7006377-53.2016.8.26.0050/SP 2019/0096768-6*. Sexta Turma. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Brasília, 5 de novembro de 2019. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859926322/embargos-de-declaracao-no-agravo-regimental-no-recurso-especial-edcl-no-agrg-no-resp-1806025-sp-2019-0096768-6>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 3.150/DF*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Min. Roberto Barroso. Brasília, 13 de dezembro de 2018. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750449016>>. Acesso em: 29 mar. 2021.

MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral – vol.1 – 12. ed.* Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

MINAS GERAIS. Ministério Público. *Resolução Conjunta PGJ CGMP n° 5*, de 26 de março de 2021. Belo Horizonte, 2021. Disponível em: <<https://www.mpmg.mp.br/files/diariooficial/DO-20210327.PDF>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 10. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. (Volume único).

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Recurso Especial n° 1.519.777-SP*. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 26/8/2015, DJe 10/9/2015. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em: 29 mar. 2021.

RAQUEL DE BASTOS REZENDE RIBEIRO FREIRE

Assessora Jurídica da Promotoria de Candeias/MG. Especialista em Direito Processual pela PUC/MG, em Direito Privado pela Faculdade Arnaldo Janssen e em Direito Público pela Faculdade Estácio de Sá. Membro da Comissão da 1ª Jornada de Direito Administrativo do Conselho da Justiça Federal, coopera na equipe da Secretaria de Assuntos Internacionais do MPMG.



A PROFECIA *RANSOMWARE* E O FENÔMENO CIBERNÉTICO DA EXTORSÃO CRIPTOVIRAL

RANSOMWARE PROPHECY AND THE CYBER PHENOMENON OF CRYPTOVIRAL EXTORTION

RENATO TEIXEIRA REZENDE

Promotor de Justiça

Resumo: O presente artigo tem por escopo expor e analisar o fenômeno cibernético e os efeitos socioeconômicos e criminais da extorsão criptoviral, manifestados pela evolução e sofisticação da ferramenta maliciosa denominada *ransomware*, empregada por agentes criminosos na execução de ataques eficientes. As pesquisas foram desenvolvidas com bases em livros, artigos científicos, teses e materiais audiovisuais disponíveis on-line, sobre a construção histórica e a prova de conceito do *ransomware*, sem descurar do atual cenário de explosão de crimes cibernéticos no Brasil, em plena pandemia de Covid-19, que exigiu, dos setores públicos e privados, novas arquiteturas de rede, interconectividade e meios eletrônicos para garantir continuidade dos serviços, das operações e dos negócios, aumentando as superfícies de vulnerabilidades *zero-day*. Pretende-se, também, alertar para a necessidade da criação e da capacitação de forças tarefas coordenadas para o combate aos criminosos cibernéticos, com destaque para a implantação e desenvolvimento de novas ferramentas investigativas.

Palavras-chave: *ransomware*; extorsão criptoviral; direito penal.

Abstract: This article aims to expose and analyze the cyber phenomenon and the socioeconomic and criminal effects of cryptoviral extortion, manifested by the evolution and sophistication of the malicious tool called ransomware, used by criminal actors in the execution of efficient cyber attacks. The researches were developed based on books, scientific articles, theses and audiovisual materials available online, on the historical construction and proof of concept of ransomware, without neglecting the current scenario of explosion of cybercrimes in Brazil, in the midst of Covid-19 pandemic, which required new network architectures, interconnectivity and electronic means from the public and private sectors to ensure continuity of services, operations and business, increasing the surfaces of zero-day vulnerabilities. It is also intended to alert to the need for the creation and training of coordinated task forces to combat cyber criminals, with emphasis on the implementation and development of new investigative tools.

Keywords: ransomware; cryptoviral extortion; criminal law.

Sumário: 1. Introdução. 2. O *software* malicioso. 3. A criptovirologia e a evolução do *ransomware*. 3.1. O *modus operandi* da ferramenta de ataque. 3.2. Da dificuldade de rastreamento dos infratores. 3.3. Da pandemia de *ransomware*. 3.4. Das tendências da ameaça cibernética global. 3.5. Da tipificação penal dos crimes cibernéticos e técnicas de investigação. 4. Considerações finais. 7. Referências.

1. Introdução

Em meados do ano de 1995, na fase primitiva da *internet*, quando o acesso ao público leigo era deveras reduzido e interessados dependiam, para interação digital, de barulhentos *modems dial-up* e conexões telefônicas para o uso de sistemas de *e-mail* e *chats* em rudimentares servidores BBS,¹ Adam L. Young e Moti Yung (2017) se reuniram em um dos laboratórios do Departamento de Ciência da Computação da Universidade de Columbia e cogitaram a seguinte questão: quão devastador poderia ser o mais furtivo, traiçoeiro e malicioso *software* contra um dispositivo informático? Em outros termos, como seria e atuaria o mais poderoso vírus de computador? Até aquela data, o mundo havia experimentado o primeiro ataque de *cryptotrojan* em 1989, com a disseminação da praga digital conhecida como *AIDS Info Disk* ou *PC Cyborg Trojan* (FISCUTEN, 2021). Os usuários receberam disquetes flexíveis contendo um *software* de questionário para mensuração dos riscos de contaminação do vírus HIV, causador da AIDS. Todavia, o programa ocultava um *Cavalo de Troia* (*trojan horse*). Após certo número de reinicializações, o *malware* insidioso criptografava os arquivos do computador hospedeiro e lançava um aviso na tela para que as vítimas adquirissem a licença anual ou vitalícia por determinado valor em dólar, caso quisessem desbloquear (descriptografar) os dados. Pela primeira vez os usuários se depararam com um “sequestro de dados” e uma extorsão criptoviral em um mundo que engatinhava na tecnologia cibernética.

Contudo, os arquivos foram facilmente desbloqueados, tendo-se em conta que o autor do *malware* utilizou uma chave simétrica, que permitia ser descoberta pela engenharia reversa do código binário do *trojan* e a sua consequente descriptografia. Na sequência, forças policiais de diversas partes do mundo lograram êxito em rastrear e localizar o autor da praga maliciosa, prendendo-o. Deparando-se com esse caso, os pesquisadores Adam L. Young e Moti Yung não só perceberam a potencialidade nociva do desenvolvimento de pragas virtuais dessa natureza, como vaticinaram o perigo real do uso da criptografia como instrumento lesivo e de consequências devastadoras. Nesse contexto, a *Criptovirologia* nasceu da curiosidade científica sobre o que o futuro reservava para os

¹Um *Bulletin Board System* (BBS) era um sistema informático (*software*) que permitia a conexão discada, via telefone, a um sistema externo, por meio de dispositivo de computador e interagir com ele, tal como hoje se faz com a *internet*. [...] Além de proporcionar a distribuição de *softwares*, aplicativos, informações e lazer, como jogos *online*, os BBSs eram usados por empresas que precisavam integrar seus funcionários externos. Com um computador, às vezes um *laptop*, e um telefone, o usuário conseguia enviar os pedidos de vendas, relatórios e interagir com os dados da empresa, com custos relativamente baixos. Hoje em dia isso é simples com a *internet* e o hipertexto nos documentos”. (BULLETTIN, 2021)

ataques cibernéticos criminosos que mesclam programação de *malware* com tecnologia criptográfica de ponta (YOUNG; YUNG, 1996). Pode-se dizer que a *Criptovirologia* está para a penetração ou a violação de sistemas de computador como a *Criptoanálise* está para a quebra de códigos (YOUNG; YUNG, 2004, p. 22). Por meio de “prova de conceito”, os pesquisadores criaram um *malware* em ambiente seguro de laboratório e provaram, na prática, a teoria da extorsão criptoviral: o infrator coloca uma chave criptográfica pública na programação do código do *malware*, enquanto mantém, em sigilo, a chave privada de descryptografia.

O *malware* gera uma chave simétrica aleatória, que é usada para criptografar os dados da vítima, armazenados no dispositivo informático. Ato contínuo, essa chave simétrica é criptografada com a chave pública. Após a infecção do hospedeiro e o “sequestro” dos arquivos, o vírus digital zera a chave simétrica e o texto simples e, em seguida, coloca uma nota de resgate contendo o texto cifrado assimétrico e um meio para entrar em contato com o invasor. Para cada dispositivo “sequestrado”, gera-se uma chave aleatória, de modo que um eventual acesso à chave daquele que pagou o “resgate” não servirá para descryptografar (“libertar”) os dados de outras vítimas. As chaves criptográficas não poderiam ser extraídas do isolamento do vírus digital e do emprego de engenharia reversa. Se o vírus se espalhasse para diversos hospedeiros, as consequências seriam catastróficas. Ainda no ano de 1996, com a apresentação da hipótese e das pesquisas no Simpósio IEEE sobre Segurança e Privacidade, a dupla de autores previu que esse tipo de ataque seria ainda mais devastador com o surgimento das “moedas eletrônicas”, quatorze anos antes do surgimento do *bitcoin* e do *blockchain*.

A expressão “extorsão criptoviral” se converteu em *ransomware* por imposição da mídia, que cunhou esse termo quando os ataques se tornaram uma realidade brutal a partir de 2010. Os pesquisadores sofreram uma espécie de *Maldição de Cassandra*,² uma vez que profetizaram o perigo concreto da extorsão criptoviral, demonstrando o conceito para o mundo, mas ninguém acreditou nas previsões. Décadas após o vaticínio, o mundo é aterrorizado pelas ondas de ataques cibernéticos destrutivos, cada vez mais específicos e direcionados, com o emprego insidioso de *ransomwares*. No ano de 2020, o Brasil não só é o segundo país com o maior número de ataques cibernéticos, como também se tornou celeiro de desenvolvimento, uso, locação e disseminação dessas pragas digitais, empregadas por criminosos em invasões direcionadas, como ferramentas para a extor-

2 Cassandra, personagem da mitologia grega, filha do rei Príamo e da rainha Hécuba, de Troia, previu o desastre da Guerra de Troia para o povo troiano, mas foi desacreditada e tida por louca, em razão de um desentendimento com o deus Apolo. Troia foi então vencida pelos gregos.

são das vítimas e a obtenção de vantagens econômicas ilícitas. Nesse cenário de explosão da criminalidade digital, o Ministério Público e as forças de segurança não podem ignorar o perigo real e imediato.

2. O *software* malicioso

No universo da segurança da informação, *malware*³ é uma terminologia utilizada para descrever um *software* malicioso, caracterizado pela furtividade, desenvolvido por agentes criminosos para interromper as operações ou atividades, provocar danos ou obter acesso a computadores, sistemas informatizados ou redes de equipamentos informáticos, sem o conhecimento ou permissão de usuário ou de administradores. Em outros termos, *malware* pode ser definido como qualquer *software* intencionalmente projetado para causar danos a um computador, servidor, cliente ou rede de computadores, terminologia que distingue tais programas dos *bugs de software*, ou seja, danos, alterações ou corrupções de programas ou sistemas operacionais legítimos, causados por defeitos, falhas ou erros de programação não desejados pelos fabricantes, desenvolvedores ou programadores. *Malware* tornou-se um termo genérico usado para descrever todos os tipos de *softwares* considerados hostis, mal-intencionados ou invasores de sistemas ou de redes de computadores.

Constituem exemplos de programas maliciosos, os vírus cibernéticos, *worms*, *droppers*, *trojans* (Cavalos de Troia), *rootkits*, *bootkits*, *keyloggers*, *ransomwares*, *spywares*, *adwares*, *scarewares* e outros programas mal-intencionados, linhas de código ou *scripts* análogos. Na atualidade, pode-se afirmar que inexistem equipamentos eletrônicos ou de informática, *softwares* ou aplicativos de dispositivos móveis ou de IoT (*Internet of Things*), ainda que produzidos pela mais alta tecnologia militar, invulneráveis ou imunes às ameaças de infecção e às atividades insidiosas ou destrutivas de *malwares*. Insta salientar que os *malwares* compartilham inegáveis semelhanças com as doenças biológicas causadas por micro-organismos patogênicos (vírus, bactérias, fungos, protozoários, etc.) (GROOT, 2020). Devido a essas semelhanças, os pontos de entrada considerados são comumente chamados de “vetores”, assim como no mundo da epidemiologia, que usa esse termo para designar os agentes portadores/transmissores de patógenos prejudiciais à saúde. Como no mundo dos organismos biológicos, existe uma gama de métodos, meios e modos de corromper os sistemas e de curá-los (ou resgatá-los).

³ *Malware* é a abreviatura de *malicious software* e é normalmente usada como um termo para se referir a qualquer *software* projetado para causar danos a um único computador, servidor ou rede de computadores, seja um vírus, *spyware*, etc. Para outras definições, ver Moir (2009).

Em linhas gerais, vírus podem ser definidos como programas de computador ou *scripts*⁴ que tentam se espalhar de um arquivo para outro em um único computador e/ou de um computador para outro, usando uma variedade de métodos, sem o conhecimento e consentimento do usuário (vítima). Um vírus é um código malicioso executável que está anexado a outro arquivo executável, como um programa legítimo. A maioria dos vírus necessitam da iniciativa do usuário (vítima) e podem ser programados para execução (operação) em hora ou data específica. Os vírus de computador geralmente são transmitidos por meio de mídias ou dispositivos removíveis (HD externo, *pendrives*, disquetes, cartões de memória, etc.), *downloads* de arquivos disponíveis na *internet*, anexos de e-mails ou em virtude de vulnerabilidades de aplicativos ou de sistemas operacionais.

Hodiernamente, os vírus são projetados e potencialmente perigosos para a quase totalidade dos dispositivos eletrônicos e de informática, incluindo os móveis (celulares, *notebooks*, *smartphones*, *tablets*, câmeras fotográficas, consoles portáteis, roteadores, dispositivos de IoT, etc.). Os vírus podem ser inofensivos e apenas exibir uma imagem na tela (memes ou pornografia) ou podem ser destrutivos, como aqueles que modificam, sequestram ou excluem sistemas, programas e arquivos. Para evitar a detecção, o vírus sofre mutações ou é auxiliado pela camuflagem de *rootkits*.⁵ O simples ato de abrir um arquivo pode ativar um vírus, infectando sistemas operacionais, setores de *boot*, *pendrives* conectados em portas USB, discos rígidos, roteadores, *switches*, modems, *smartphones*, etc. A execução de um programa específico, como, por exemplo, um jogo *online* ou editor de textos, pode ativar um vírus instalado no sistema. Uma

4 Segundo o verbete da *Wikipedia* sobre "linguagem de script": "Linguagem de *script* ou *scripting* é uma linguagem de programação que suporta *scripts*, programas escritos para um sistema de tempo de execução especial que automatiza a execução de tarefas que seriam executadas, uma de cada vez, por um operador humano. Linguagens de *script* são frequentemente interpretadas (ao invés de compiladas). Primitivas são frequentemente as tarefas elementares ou chamadas de API, e a linguagem permite a elas serem combinadas dentro de programas complexos. Os ambientes que podem ser automatizados através de *scripting* incluem aplicações de *software*, páginas *web* dentro de um navegador *web*, os *shells* de sistemas operacionais (OS), sistemas embarcados, bem como numerosos games. Uma linguagem de *script* pode ser vista como uma linguagem de domínio específico para um ambiente particular (no caso do *scripting*, uma aplicação também conhecida como uma "linguagem de extensão")."

5 "Um *rootkit* é um programa de computador clandestino projetado para fornecer acesso privilegiado contínuo a um computador enquanto oculta ativamente sua presença. O termo *rootkit* é uma junção das duas palavras *root* e *kit*. Originalmente, um *rootkit* era uma coleção de ferramentas que permitia o acesso de nível de administrador a um computador ou rede. *Root* se refere à conta *Admin* em sistemas Unix e Linux, e *kit* se refere aos componentes de *software* que implementam a ferramenta. Hoje, os *rootkits* são geralmente associados a *malware* - como Cavalos de Troia, worms, vírus - que ocultam sua existência e ações dos usuários e outros processos do sistema. [...] Um *rootkit* permite que alguém mantenha o comando e controle sobre um computador sem que o usuário/proprietário do computador saiba disso. Depois que um *rootkit* é instalado, o controlador do *rootkit* tem a capacidade de executar arquivos remotamente e alterar as configurações do sistema na máquina *host*. Um *rootkit* em um computador infectado também pode acessar arquivos de *log* e espionar o uso legítimo do proprietário do computador." (ROOTKIT, 2021, tradução minha)

vez ativo, o vírus normalmente afetará outros programas no computador ou outros dispositivos conectados à infraestrutura de rede. Com efeito, o presente artigo tem por escopo circunscrever a pesquisa e a discussão sobre os *ransomware* que, embora possam ser considerados, por definição, como vírus cibernéticos, possuem características, funcionalidades e finalidades específicas.

3. A criptovirologia e a evolução do *ransomware*

3.1. O *modus operandi* da ferramenta de ataque

Ransom (sequestro) *software* (programa de computador), conhecido pela abreviatura *ransomware*,⁶ é um tipo de *malware* utilizado por criminosos cibernéticos como método insidioso para infectar os sistemas operacionais ou redes de computadores de usuários finais (indivíduos ou empresas) e criptografar arquivos, dados e sistemas, com o propósito de extorquir as vítimas, mediante emprego de grave ameaça e, assim, obter vantagem econômica ilícita. Não raro, os infratores que controlam remotamente ou utilizam o *ransomware*, após a infecção, instalação e a atividade de sequestro criptográfico de dados das vítimas, ameaçam torná-los públicos na rede mundial de computadores (ou em outros meios de comunicação) ou bloquear o acesso ao material capturado por tempo indeterminado, a menos que um resgate, com valor pré-determinado pelos agentes criminosos, seja pago a tempo e a modo.

Conquanto alguns *ransomwares* singelos possam bloquear os sistemas com métodos simples ou óbvios, não sendo difícil o emprego de engenharia reversa por indivíduos experientes, permitindo a rápida restauração ao *status quo ante*, variantes avançadas desse *malware* empregam técnicas criptográficas de chaves assimétricas, complexas e sofisticadas, conhecidas como *extorsão criptoviral*. A criptografia assimétrica,⁷ utilizan-

6 Uma definição didática pode ser obtida em Ransomware (2021).

7 Segundo o verbete da *Wikipedia* sobre criptografia de chave pública: "Criptografia de chave pública, também conhecida como criptografia assimétrica, é qualquer sistema criptográfico que usa pares de chaves: chaves públicas, que podem ser amplamente disseminadas, e chaves privadas que são conhecidas apenas pelo proprietário. Isto realiza duas funções: autenticação, onde a chave pública verifica que um portador da chave privada parelhada enviou a mensagem, e encriptação, onde apenas o portador da chave privada parelhada pode decriptar a mensagem encriptada com a chave pública. [...] Em um sistema de criptografia de chave pública, qualquer pessoa pode criptografar uma mensagem usando a chave pública do destinatário. Essa mensagem criptografada só pode ser descriptografada com a chave privada do destinatário. Para ser prática, a geração de uma chave pública e privada deve ser computacionalmente econômica. A força de um sistema de criptografia de chave pública depende do esforço computacional (fator de trabalho em criptografia) necessário para encontrar a chave privada de sua chave pública emparelhada. Segurança efetiva requer apenas manter a chave privada. A chave pública pode ser distribuída abertamente sem comprometer a segurança".

do chaves públicas e privadas, torna os arquivos, dados e sistemas inacessíveis ao usuário, compelindo-o ao pagamento do resgate exigido, para descriptografá-los e restaurá-los. Esse processo criptográfico equivale ao aprisionamento indefinido dos dados e à inutilização de sistemas. A depender do método de criptografia, com uso de algoritmos mais complexos, torna-se impossível para o usuário obter os meios necessários à descriptografia. Em alguns casos, esse processo demandaria bilhões de horas de esforços computacionais para descobrir as combinações da chave privada, resultando em inutilização perpétua de dados e sistemas, assim como enormes prejuízos financeiros e materiais para a recuperação do desastre. Como assinalado por Renan Cabral Saisse (2016), a peculiaridade de um *ransomware* em “se passar” por arquivos comuns impede a detecção por ferramentas antivírus tradicionais, elevando a sua periculosidade a um grau alarmante, considerando, ainda, o *modus operandi* agressivo quando executados, resultando no “sequestro de dados”. O panorama dessas consequências nefastas, principalmente para o setor privado, gera indelével pressão psicológica nas vítimas, que, não raro, optam por pagar o resgate exigido pelos infratores, na esperança de recuperar o acesso aos arquivos e restaurar os sistemas indispensáveis à realização de operações críticas, máxime quando indivíduos e empresas não dispõem de sistemas seguros e eficientes de *backup* e de projetos de recuperação de desastres e de continuidade de negócios.

3.2. Da dificuldade de rastreamento dos infratores

Outro fator criminológico também é observado no padrão comportamental das vítimas: a intolerância econômica ao longo do tempo de paralisação das atividades e das operações. Isso ocorre em empreendimentos que operam 24 (vinte e quatro) horas e 07 (sete) dias da semana. Cada hora de suspensão das atividades representa perda considerável de receitas e aumento de despesas. Como definido pela *Cybersecurity and Infrastructure Security Agency (CISA)*,⁸ *ransomware* é uma forma de *malware* projetado para criptografar arquivos em um dispositivo, bloqueando ou inutilizando quaisquer arquivos e sistemas. Ato contínuo, os atores maliciosos exigem resgate em troca do fornecimento da chave privada (específica e única) de descriptografia. Deve-se averbar que ine-

8 A CISA desenvolve a capacidade nacional de defesa dos Estados Unidos da América contra os ataques cibernéticos e trabalha com o governo federal para fornecer ferramentas de segurança cibernética, serviços de resposta a incidentes e recursos de avaliação para proteger as redes '.gov' que suportam as operações essenciais de departamentos e agências parceiros.

xiste garantia de que os criminosos cibernéticos forneçam as chaves privadas para descryptografia, ainda que tenham acesso ao valor pago pelo resgate, circunstância que incrementa o risco da decisão da vítima. Além da metodologia criptográfica utilizada pelos cibercriminosos no desenvolvimento do *ransomware*, o inegável sucesso da ferramenta maliciosa advém da forma como os resgates são extorquidos.

Na fase primitiva da *internet*, infratores exigiam o pagamento em dinheiro físico, transferências para contas bancárias em paraísos fiscais, carregamento de cartões de crédito pré-pagos, entre outras transações caracterizadas pela célere rastreabilidade pelos órgãos multilaterais e forças tarefas de investigação e vigilância financeira. Com o surgimento do *CryptoLocker*, em 2013, os infratores passaram a exigir das vítimas que adquirissem criptomoedas em carteiras eletrônicas, como, por exemplo, o *bitcoin* e o *moneros*. Esse método de obtenção de vantagem econômica ilícita trouxe o poder do anonimato aos criminosos e a extrema dificuldade de rastreamento do destino da criptomoeda. A conjunção desses elementos (criptografia e anonimato), assim como o intercâmbio de conhecimentos e experiências em fóruns de discussão e redes sociais privadas que pululam na *darkweb*, fomentou a explosão do fenômeno criminológico da fabricação e uso de *ransomware*. Nos últimos anos, incidentes de *ransomware* têm se tornado cada vez mais presentes em entidades governamentais federais, estaduais e municipais de diversas Nações e organizações, públicas ou privadas, principalmente em relação à infraestrutura crítica. Incidentes de *ransomware* podem afetar severamente os negócios e deixar as organizações (públicas ou privadas) sem os dados de que precisam para operar e entregar serviços de missão crítica (saúde, assistência social, educação, transporte, finanças, produção e logística de alimentos, abastecimento de água, energia elétrica, atividades militares, etc.). Com a eficácia de ataques dessa natureza, os valores das extorsões se tornaram elevados, atingindo a marca de milhões de dólares. As atividades com *ransomware* inauguraram uma nova fase das ameaças cibernéticas mundiais, o *malware as a servisse* (VILLADIEGO, 2020), ou seja, o desenvolvimento, a venda ou a locação de *softwares* maliciosos por determinados infratores, em geral em transações camufladas pela *deepweb* ou *darkweb*, para outros grupos criminosos, surgindo um mercado clandestino altamente lucrativo de *extorsão criptoviral*. Alguns invasores sofisticados estão desenvolvendo *kits* de ferramentas que podem ser baixados e implantados por invasores com menos habilidades técnicas, para execução de crimes cibernéticos.

3.3. Da pandemia de *ransomware*

Alguns dos cibercriminosos mais avançados estão monetizando o *ransomware* (GROOT, 2020), fenômeno representativo do aumento da proeminência de *ransomwares* conhecidos como *CryptoLocker* (KELION, 2013), *CryptoWall*,⁹ *Locky* (PAUL, 2016), e *TeslaCrypt*.¹⁰ Estes são alguns exemplos de tipos comuns de *malware* avançado. Estima-se que o *CryptoWall*, por exemplo, gerou mais de US\$ 320.000.000,00 (trezentos e vinte milhões de dólares) em lucros ilícitos distribuídos entre os atores da cadeia criminosa, no período de atuação global. Todavia, um dos ataques mais perversos de *ransomware* advém do *Wannacry*,¹¹ que se iniciou em maio de 2017. O *malware* tinha como alvos computadores que executavam o sistema operacional *Microsoft Windows*, criptografando dados e exigindo pagamentos de resgate na criptomoeda *Bitcoin*. É considerado um *worm* de rede porque também inclui um mecanismo de transporte para se espalhar automaticamente, sem a necessidade de intervenção do usuário. Em outros termos, o código malicioso procurava por sistemas operacionais vulneráveis, geralmente desprovidos de atualizações, se instalava e iniciava a autorreplicação, espalhando-se lateralmente pelas redes para contaminar outros dispositivos, independentemente da atuação dos usuários finais.

Fontes constataram que o *Wannacry* atingiu as redes hospitalares do *National Health Service* (serviço público de saúde) na Inglaterra e na Escócia, sendo que aproximadamente setenta mil dispositivos, incluindo computadores, escâneres de ressonância magnética, geladeiras para armazenamento de sangue e equipamentos médicos podem ter sido afetados.¹² Em 12 de maio de 2017, alguns serviços do *National Health Service* tiveram que recusar emergências não críticas e algumas ambulâncias foram desviadas. Em 2018, um relatório de membros do Parlamento Britânico concluiu que todos os duzentos hospitais do sistema público de saúde, assim como outras organizações, meses após o ataque brutal do *Wannacry*, ainda eram falhos e deficientes em segurança cibernética

9 “É uma forma particularmente desagradável de *ransomware*. Ele faz muito mais que apenas criptografar os arquivos e solicitar que a vítima pague pela chave. Ele tenta se esconder dentro do sistema operacional e se adiciona a pasta Inicializar. Pra piorar, o *CryptoWall* exclui cópias de sombra de volume dos arquivos, tornando difícil restaurar os dados”. (BERTOLLI, 2018) Veja o excelente artigo *Cryptowall* em 2018, para entender o avanço dessa ameaça cibernética.

10 Cf. TROJAN.TeslaCrypt.

11 Para o aprofundamento dos estudos, recomenda-se o documentário “A Arma Perfeita” (The Perfect Weapon). Direção de John Maggio. Estados Unidos: HBO Max, 2020. Duração: 87 min.

12 Cf. Global, 2017.

(SMYTH, 2018). Nissan Motor Manufacturing UK em Tyne and Wear, Inglaterra, interrompeu a produção depois que o *ransomware* infectou alguns de seus sistemas. A Renault também interrompeu a produção em vários locais na tentativa de impedir a disseminação do *ransomware* (SHARMAN, 2017). As empresas Telefónica, FedEx e Deutsche Bahn foram atingidas, junto com muitos outros países e empresas em todo o mundo (LARSON, 2017). De acordo com a empresa de modelagem de risco cibernético Cyence, as perdas econômicas com o ataque cibernético podem chegar a quatro bilhões de dólares, com outros grupos estimando que as perdas sejam da ordem de centenas de milhões (BERR, 2017).

No dia 9 de setembro de 2020 (O'NEILL, 2020), um ataque de *ransomware* em uma rede hospitalar, na Alemanha, resultou na provável morte de uma paciente em Düsseldorf, que estava programada para passar por cuidados intensivos. Em virtude do impacto do *ransomware* no hospital, a paciente foi transferida para outra unidade, distante trinta quilômetros. A paciente faleceu no deslocamento. Repetindo a proeza do *Wannacry*, surgiu a ameaça *Ryuk*, que afetou drasticamente as unidades médicas e hospitalares do *Universal Health System* nos Estados Unidos da América, em 27 de setembro de 2020, resultando no desvio de ambulâncias, interrupção de procedimentos, falhas e atrasos no acesso a dados e exames clínicos e laboratoriais, fazendo com que as urgências e emergências retornassem à utilização, ainda que provisória, de formulários, cadastros e registros em papéis e documentos físicos, para assegurar a continuidade dos serviços médicos. Na mesma esteira, foram os efeitos devastadores globais do *ransomware NotPetya*, que adquiriu o título de arma cibernética, tendo em vista ter sido projetado por *hackers* patrocinados pela Rússia, para uso específico na Guerra da Ucrânia, no auge do conflito em 2017. De acordo com o Andy Greenberg (2018), horas após a primeira aparição em território ucraniano, o *worm* ultrapassou as fronteiras da Ucrânia e se espalhou em inúmeras máquinas ao redor do mundo, de hospitais na Pensilvânia (Estados Unidos da América) a uma fábrica de chocolate na Tasmânia (Oceania). O *malware* paralisou empresas multinacionais, incluindo a gigante logística Maersk, a farmacêutica Merck, a subsidiária europeia da FedEx, TNT Express, a construtora francesa Saint-Gobain, a produtora de alimentos Mondelez e a fabricante Reckitt Benckiser (GREENBERG, 2019). Em cada caso, infligiu custos de nove dígitos. Até se espalhou para a Rússia, atingindo a companhia petrolífera estatal Rosneft. Com a disseminação global da infecção cibernética, os danos materiais atingiram a cifra estratosférica de dez bilhões de dólares.

3.4. Das tendências da ameaça cibernética global

No cenário cibernético hodierno, há duas tendências que se destacam em se tratando de *ransomware*: a) os ataques direcionados e orquestrados por grupos *Advanced Persistent Threat* (APT), contra alvos específicos;¹³ b) o uso do *malware* como arma cibernética em conflitos regionais entre países, como instrumento eficaz em guerras híbridas (RADIN, 2017, p. 5-6). O recente Relatório de Ameaças Cibernéticas Netwrix 2020 revelou que uma em cada 03 (três) organizações de saúde sofreu ataque de *ransomware* durante os últimos meses, o que é o maior resultado entre todos os setores. A razão para taxas tão altas é fácil de compreender. O setor de saúde revelou-se como alvo preferencial para *hackers* que se dedicam aos ataques direcionados e persistentes, principalmente desenvolvedores e operadores de *ransomware*, dada a escassez de recursos na área de segurança cibernética e de maturidade das infraestruturas de tecnologia de informação, uso de sistemas operacionais obsoletos, ausência de efetiva capacitação dos recursos humanos (ponta a ponta) e a enorme pressão sobre exercida pela comunidade nacional e internacional no desenvolvimento de estratégias eficientes no enfrentamento do Covid-19. No momento, sistemas de saúde e hospitais concentram recursos materiais, financeiros e humanos para o atendimento de pacientes graves e que necessitam de internações e cuidados intensivos, não restando tempo suficiente e dinheiro para a evolução das defesas cibernéticas.

Aliás, a pandemia de Covid-19 também contribuiu para o incremento do perigo concreto de propagação de *ransomware* (JOYCE, 2020). O risco para os hospitais e os pacientes será agravado por outro aumento nas infecções, que sobrecarregará as unidades de atendimento, emergência e internações, deixando pouco espaço para erros estratégicos. Laboratórios de pesquisa que trabalham para desenvolver vacinas e tratamentos também foram alvos desses ataques específicos e direcionados, que tinham por finalidade a subtração de informações críticas sobre a evolução e a eficiência das pesquisas médicas e biológicas, provavelmente com o escopo de vendê-las, posteriormente, no mercado clandestino para organizações criminosas ou

13 “Uma ameaça persistente avançada (APT) consiste em um ataque cibernético prolongado e direcionado no qual um invasor (os grupos de invasores), patrocinados por Estados-Nação ou pelo crime organizado, obtém acesso a uma rede determinada e permanece sem ser detectado por um longo período de tempo, utilizando múltiplas e sofisticadas técnicas, táticas e procedimentos. Os ataques APT são empregados para espionagem e subtração de dados críticos ou sensíveis, em vez de causar danos à rede e aos computadores da organização alvo. Os ataques APT são normalmente direcionados a organizações em setores como defesa nacional, manufatura e indústria financeira, já que essas empresas lidam com informações de alto valor, incluindo propriedade intelectual, planos militares e outros dados de governos e organizações empresariais. O objetivo da maioria dos ataques APT é alcançar e manter o acesso contínuo à rede visada, em vez de entrar e sair o mais rápido possível. Como geralmente são necessários muitos esforços e recursos para realizar ataques de estilo APT, os hackers costumam selecionar alvos de alto valor, como Estados-Nações e grandes corporações, com o objetivo final de subtrair informações críticas e valiosas por um longo tempo.” (tradução nossa). (ROSENCRANCE, 2020).

Estados-Nação, violando os direitos sobre propriedade industrial e intelectual. Mesmo quando a disponibilidade desses sistemas é crucial para aliviar o sofrimento humano em todo o mundo, os invasores cibernéticos não mostraram escrúpulos ou compaixão na execução dos ataques.

Noutro vértice, tem-se a falsa percepção de que as vítimas (indivíduos, empresas ou organizações), em geral, não realizam pagamentos das extorsões aos cibercriminosos, nas situações de ataque bem-sucedido com *ransomware*. Entretanto, pesquisas mais recentes revelaram números assustadores em relação àqueles que cederam às chantagens, adquiriram e transferiram criptomoedas às carteiras dos infratores, objetivando restaurar arquivos e sistemas bloqueados por criptografia assimétrica ou evitar vazamentos de dados críticos ou sensíveis na *internet* (VIJAVAN, 2020). A IBM, por exemplo, relatou que, em setembro de 2020, um em cada quatro ataques corrigidos pela equipe de resposta a incidentes, conhecida como *X-Force*, era relacionado a *ransomware*. Alguns ataques envolveram pedidos de resgate de mais de quarenta milhões de dólares.

Escolas e universidades se tornaram alvos de *ransomware*, em virtude da mudança para o ensino a distância e a adoção de ambientes de trabalho híbridos, como resultado da pandemia de Covid-19, aumentando a superfície de vulnerabilidades e a exposição aos ataques cibernéticos (SINGLETON, 2020). Há notícias de que instituições acadêmicas dos Estados Unidos (WOOD, 2020), que sofreram ataques de *ransomware* em agosto e setembro de 2020, pagaram resgates que variam de quatrocentos mil dólares a mais de um milhão de dólares, na esperança de que informações confidenciais sobre professores, alunos e pesquisas não fossem divulgadas ao público (MCKENZIE, 2020). Um em cada três ataques de *ransomware* que a IBM corrigiu em 2020 envolveu *Sodinokibi*, uma família de *ransomware* que substituiu o *GandCrab* de 2019 como a cepa de *ransomware* mais prolífica. A análise da IBM mostrou que os operadores do *Sodinokibi* consideraram as receitas da organização ou corporação (vítima) ao determinar o valor da extorsão, com resgates médios variando de 0,08% a 9,1% da receita anual da empresa alvo.

A somar-se a isso, as estatísticas revelaram que 36% das vítimas de *Sodinokibi* pagaram resgate em troca da descryptografia dos dados aprisionados pela ação do *malware*. Os ataques observados no ano de 2020 sugerem que os agentes de ameaças de *ransomware* estão procurando vítimas com baixa tolerância ao tempo de inatividade, como, por exemplo, os setores industriais. As organizações que exigem muito tempo de atividade podem perder milhões de dólares todos os dias devido à paralisação das operações administrativas e finalísticas. Portanto, é mais provável que essas vítimas paguem o resgate para recuperar o acesso aos dados e retomar as operações.

Ressalta-se que uma pesquisa encomendada pela Sophos,¹⁴ com cinco mil gerentes de Tecnologia de Informação, divulgada em maio de 2020, revelou que 26% das vítimas de *ransomware* pagaram seus atacantes no ano passado. Mais da metade das organizações representadas na pesquisa relataram um ataque de *ransomware* nos últimos doze meses. Deve-se acrescentar que a Sophos descobriu que os incidentes de *ransomware* se tornaram qualitativamente mais graves no ano de 2020. Muitos dos relatos eram ataques baseados em servidor que exigiam mais esforço para implantar e buscavam criptografar ativos críticos de negócios de alto valor (VIJAVAN, 2020).

De acordo com a pesquisa supracitada, o Brasil está em segundo lugar no ranking de países mais atingidos por *ransomware* em 2020. Estimou-se que 65% das organizações foram alvo de ataques dessa natureza. Com a pandemia de Covid-19, diversas empresas, entidades, instituições e organizações, públicas ou privadas, que já não possuíam uma infraestrutura cibernética em estágio de maturidade, migraram, às pressas, para o que se convencionou *home office*, aumentando, sobremaneira, a superfície de ataque e as vulnerabilidades. Os recursos financeiros e materiais, ainda que abundantes em determinados setores (públicos ou privados), não são adequadamente alocados. As capacitações periódicas dos empregados, servidores, gestores e administradores são raras ou meramente formais. No setor público, por exemplo, não há investimentos em educação em segurança cibernética, de forma contínua e periódica. Outro fator relevante: o Brasil não dispõe de órgãos suficientes de investigação de crimes digitais e recursos de perícia digital forense. As cadeias de vestígios deixados pelos cibercriminosos são ignoradas, sem olvidar que as vítimas, em geral, não acionam os órgãos de segurança pública, mantendo os incidentes em absoluto sigilo e longe da imprensa. Salvo exceções no setor privado, os órgãos públicos não fazem investimentos na implantação da doutrina de *Threat Intelligence* (inteligência de ameaças) e coordenação interinstitucional de tratamento e resposta a incidentes, como ocorre em países desenvolvidos que adotaram a doutrina de *Cyber Kill Chain*.¹⁵

14 Cf. The State of Ransomware 2020: Results of an independent study of 5,000 IT managers across 26 countries. Sophos, 2020.

15 “*Cyber Kill Chain* (cadeia de eliminação cibernética) é um modelo guiado por inteligência, que se baseia em uma série de etapas que traçam os estágios (ou camadas) de um ataque cibernético, desde os estágios iniciais de reconhecimento até a exfiltração de dados. A cadeia de eliminação ajuda a compreender e combater infecções por *ransomware*, violações de segurança e ataques persistentes avançados (APTs). A Lockheed Martin derivou a estrutura da cadeia de destruição de um modelo militar - originalmente estabelecido para identificar, se preparar para atacar, engajar e destruir o alvo. Desde o seu início, a cadeia de destruição evoluiu, como modelo, para melhor antecipar e reconhecer ameaças internas, engenharia social, *ransomware* avançado e ataques inovadores.” (HOSPELHORN, 2020, tradução nossa).

No mês de maio de 2017, dez tribunais brasileiros sofreram ataques cibernéticos de *ransomware*, com variantes do *Wannacry* (Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo, Alagoas, Espírito Santo, Maranhão, Minas Gerais, Pará, Rio Grande do Norte, Roraima e do Distrito Federal e o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região) (LUCHETE; GALLI, 2017). Decorridos três anos após aquelas invasões, no dia 3 de novembro de 2020, os técnicos de segurança e tecnologia da informação do Superior Tribunal de Justiça foram surpreendidos com um ataque de *ransomware*, que atingiu, pelo menos, mil e duzentos servidores, criptografando dados (o acervo de processos e *e-mails*) e *backups*. No dia 5 de novembro de 2020, o Superior Tribunal de Justiça, reconhecido como instituição pioneira na digitalização processual, era virtualmente inexistente, com a paralisação geral das atividades jurisdicionais (ESCOSTEGUY, 2020c). O invasor deixou uma curiosa mensagem para que os responsáveis pelo tribunal entrassem em contato por e-mail anônimo, se quisessem a restauração dos dados sequestrados pelo *malware*, sem contudo estabelecer o valor do resgate (ESCOSTEGUY, 2020b). De acordo com a imprensa, um servidor responsável pelo monitoramento do *firewall* e da proteção dos sistemas do Superior Tribunal de Justiça tinha autorização para trabalhar em casa, provavelmente em razão da pandemia de Covid-19. A conexão remota (*home office*) com sistemas críticos constituiu a provável brecha para a invasão dos sistemas da corte (ESCOSTEGUY, 2020d). É provável que os ataques contra o Superior Tribunal de Justiça resultaram em perdas de dados, sendo que as atividades permaneceram suspensas até o dia 15/11/2020. Noticiou-se, ainda, que, no mesmo período, o Conselho Nacional de Justiça, o DataSUS (órgão do Ministério da Saúde) e o Governo do Distrito Federal sofreram tentativas de ataques com método idêntico ao usado na invasão do Superior Tribunal de Justiça (ESCOSTEGUY, 2020a). Essa sequência de ataques, sem olvidar aqueles que ocorreram contra o Tribunal Superior Eleitoral¹⁶ durante as eleições municipais, expuseram a fragilidade dos órgãos e das instituições públicas aos ataques cibernéticos, principalmente aqueles empregados por *Advanced Persistent Threats* (APT).

Com a evolução dos ataques com *ransomware*, os cibercriminosos aprimoraram e diversificaram as táticas, técnicas e procedimentos de invasão e contaminação dos alvos. Os infratores deixaram de lado a antiga doutrina de “*spray and pray*”,¹⁷ para se dedicarem, cada vez mais, aos ataques específicos e direcionados, com prévia seleção das vítimas e

16 Cf. AMORIM (2020)

17 A expressão de língua inglesa pode ser traduzida, literalmente, como “espalhar e rezar”, fazendo alusão às ações no atacado, caracterizadas como aleatórias, indiscriminadas e abrangentes, visando capturar o maior número de vítimas, independentemente de quem são os alvos (pessoas físicas ou jurídicas, órgãos públicos ou empresas privadas, nações, setores econômicos ou profissionais, civis ou militares etc.). Nos ataques cibernéticos primitivos com emprego de *ransomware*, os atores não se importavam com as vítimas e sequer dedicam tempo e recursos para coleta de informações precisas sobre elas.

reconhecimento da infraestrutura e das capacidades de defesa e reação dos alvos. No final de 2019, constatou-se que os *hackers* que fazem uso de ferramenta *ransomware* adotaram, como primeiro passo, o reconhecimento e a cuidadosa penetração dos sistemas vitimados, com prévia *exfiltração* de dados e informações relevantes e, sendo possível, infectam os sistemas de *backup*. Na sequência, os atacantes executam o *ransomware*, criptografando os dados armazenados nos sistemas, sequestrando-os. Ainda que as vítimas conseguissem recuperar os sistemas, eliminando a ameaça cibernética e com o subsequente recurso aos sistemas de *backups*, estariam expostas à chantagem de vazamento dos dados, previamente capturados pelos invasores no ataque persistente, na rede mundial de computadores.

Esse fator se tornou determinante para que várias vítimas cedessem à extorsão, haja vista os riscos concretos de danos irremediáveis à reputação de usuários, organizações e instituições atingidas. Como pode-se inferir, o pagamento do resgate não é garantia de que os dados sensíveis ou críticos subtraídos não sejam expostos ao público, ou de que os infratores não darão continuidade à extorsão, talvez em outra oportunidade, aproveitando-se da vulnerabilidade social, econômica e psicológica das vítimas, em uma sucessão indefinida de chantagens. Nos últimos doze meses, os agentes maliciosos por trás desses ataques também ficaram melhores na infiltração de redes corporativas, incluindo ataques de força bruta em interfaces de acesso remoto, como RDP (protocolo de acesso remoto) e *Virtual Private Networks* (VPN), ambientes de virtualizações, serviços e soluções em nuvem (*cloud computing*), uso de *malware* e *exploits* para obter uma posição inicial, emprego de *spear phishing*¹⁸ e outras técnicas de engenharia social, e *botnets* para ajudar a espalhar o *ransomware* (STAFF, 2020). Nos ataques contemporâneos, é possível que uma parcela dos invasores cibernéticos e criminosos estejam utilizando o *ransomware* como manobra diversionista e, como *dinamite lógica*, ativam a praga cibernética na fase final do ataque, para ocultação dos vestígios da espionagem e da exfiltração de dados críticos, objetivos reais da invasão, criando sobrecarga e desorientação nas equipes de defesa e de resposta ao incidente, além de dificultar as futuras investigações pela perícia digital forense.

Como exposto por Sandra Joyce (2020) em recente artigo publicado no sítio da *FireEye*, em vez de visar a vítimas indiscriminadamente, os ope-

18 Técnicas de engenharia social direcionadas a instituições ou indivíduos específicos são denominadas de *spear phishing*. Consiste na coleção de detalhes e informação pessoais de modo a aumentar a probabilidade de sucesso dos atacantes, em ludibriar as vítimas. É considerada a técnica de *phishing* mais eficaz na atualidade, sendo responsável por 91% de ataques deste gênero. (Spear Phishers: Angling To Steal Your Financial Info, 2009).

radadores estão explorando entidades, organizações ou empresas críticas com os meios e a motivação para pagar enormes resgates, em ataques direcionados e persistentes, orientados pela inteligência e divididos em fases. Uma vez que as redes são violadas, os operadores se movem lateralmente, com habilidade, através das redes das vítimas, excluindo ou criptografando *backups* se puderem encontrá-los nessa jornada. Em seguida, os infratores implantam o *malware* em sistemas confidenciais. O resultado é a eficiência da implantação e difusão de *ransomware*, guiada pela inteligência humana, em vez do método indiscriminado que afeta máquinas aleatórias. Obter acesso a sistemas críticos permite que os operadores de *ransomware* exijam valores de resgate mais altos e aumenta o senso de urgência para pagar. E, à medida que o criminoso procura uma presa mais crítica, as consequências se tornam mais terríveis, não apenas em termos econômicos. Atualmente, o *ransomware* se tornou uma indústria criminosa que gira bilhões de dólares.

Os *hackers* costumam ter como alvo empresas, bloqueando tecnologias e roubando dados antes de demandar até milhões de dólares em extorsão. Com o desenvolvimento da doutrina dos ataques persistentes, os invasores almejam permanecer no ambiente interno da rede, sem serem detectados e, assim, podem passar semanas ou meses explorando a infraestrutura em profundidade, tentando escalar privilégios, realizar movimentos laterais, implantar bombas lógicas e aproveitar as permissões subtraídas para enviar o *ransomware* para o maior número possível de dispositivos *endpoint*, aguardando o momento adequado para execução. Os criminosos cibernéticos também podem usar esse tempo para identificar recursos de rede críticos, como *backups* de sistema, segmentos de rede que armazenam dados confidenciais e outros sistemas importantes que podem ser usados para disseminar a ferramenta *ransomware*. O tempo também se tornou relevante para a eliminação dos vestígios do ataque que poderiam possibilitar futuros rastreamentos por expertos em perícia digital forense, assegurando a impunidade dos agentes infratores. Portanto, a pressa na execução do *payload* se tornou inimiga da perfeição do plano criminoso.

3.5. Da tipificação penal dos crimes cibernéticos e técnicas de investigação

Do ponto de vista repressivo, na remota hipótese de identificação dos autores de ataques cibernéticos com *ransomware*, eles poderão responder por extorsão (artigo 158, *caput*, do Código Penal – pena de reclusão

de quatro a dez anos) e invasão de dispositivo informático (artigo 154-A, *caput*, do Código Penal – pena de detenção de três meses a um ano e multa). Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta de invasão de dispositivo informático (artigo 154-A, § 1º, do Código Penal). Aumenta-se a pena em um sexto a um terço se da invasão resulta em prejuízo econômico (artigo 154-A, § 2º, do Código Penal). Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido, a pena é reclusão de seis meses a dois anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave (artigo 154-A, § 3º, do Código Penal). A pena será aumentada de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos (artigo 154-A, § 4º, do Código Penal).

A pena também poderá ser aumentada de um terço à metade, se o crime for praticado contra: a) Presidente da República, governadores e prefeitos; b) Presidente do Supremo Tribunal Federal; c) Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; d) dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal (artigo 154-A, § 5º, do Código Penal). Caso haja concurso de agentes com vínculos duradouros e divisão social de tarefas na execução do ataque de *ransomware*, abra-se espaço para a incidência do crime de organização criminosa (artigo 1º, § 1º, da Lei n.º 12.850/2013 – considera-se organização criminosa a associação de quatro ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos, ou que sejam de caráter transnacional – pena de reclusão de três a oito anos de reclusão e multa).

Todavia, nos crimes definidos no artigo 154-A do Código Penal, somente se procede mediante representação, salvo se o crime for cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos (artigo 154-B do Código Penal). *In casu*, constata-se que o legislador infraconstitucional, de forma tímida, criminalizou as condutas de invasão de dispositivos informáticos, que podem gerar consequências gravíssimas às vítimas e à sociedade, em um mundo globalizado e amplamente conectado em uma realidade ci-

bernética, como se fossem infrações penais de menor potencial ofensivo. No caso da invasão de dispositivos ou sistemas de informática, abre-se a discussão se há hipótese de concurso material de crimes entre a extorsão e o ataque cibernético (artigo 69 do Código Penal) ou se ocorrerá a incidência do princípio da consunção, como nos casos envolvendo estelionato e falsificação de documentos.

Como lecionado por Cezar Roberto Bitencourt (2003, p. 135), pelo princípio da consunção, ou absorção, a norma definidora de um crime constitui meio necessário ou fase normal de preparação ou execução de outro crime. Há consunção quando o fato previsto em determinada norma é compreendido em outra, mais abrangente, aplicando-se somente esta. Na relação consuntiva, os fatos não se apresentam em relação de gênero e espécie, mas de *minus* e *plus*, de continente e conteúdo, de todo e parte, de inteiro e fração. A norma consuntiva constitui fase mais avançada na realização da ofensa ao um bem jurídico, aplicando-se o princípio *major absorbet minorem*. Assim, como a invasão e a execução do *ransomware* em sistemas informáticos é meio para se atingir a extorsão (crime-fim), mostra-se defensável a aplicação do princípio da consunção. Porém, os crimes de extorsão e de invasão de sistemas informáticos protegem bens jurídicos diversos. O primeiro se destina à proteção do patrimônio, ao passo que o segundo se destina à proteção da liberdade individual, da imagem, da intimidade e da vida privada das vítimas. Não bastasse a tutela de bens jurídicos diversos, deve-se ter em conta que o *ransomware* desenvolvido para a invasão não se exaure em uma única conduta, podendo ser utilizado, com eficiência, em outros crimes e contra vítimas diversas, com ou sem modificações do código de programação original. Nesse contexto, é igualmente defensável a pretensão de se aplicar a regra do concurso material de crimes, resultando, na hipótese de condenação dos agentes, na soma das penas dos tipos penais, incrementando a reprimenda final, salvo em relação ao artigo 154-A, § 3º, do Código Penal, que prevê, expressamente, que a norma incriminadora não será aplicada, quando da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido se a conduta não constitui crime mais grave.

Noutro vértice, caso os criminosos cibernéticos, no uso de *ransomware*, tenham por escopo causar lesão ou perigo de lesão à integridade territorial, à soberania nacional, ao regime representativo e democrático, à Federação, ao Estado de Direito e às pessoas dos Chefes dos Poderes da União, poderão responder por crimes previstos na Lei n.º 7.170/83

(Lei de Segurança Nacional), como, por exemplo, nas condutas de: a) comunicar, entregar ou permitir a comunicação ou a entrega, a governo ou grupo estrangeiro, ou a organização ou grupo de existência ilegal, de dados, documentos ou cópias de documentos, planos, códigos, cifras ou assuntos que, no interesse do Estado brasileiro, são classificados como sigilosos (artigo 13 e seguintes da Lei n.º 7.170/83); b) praticar sabotagem contra instalações militares, meios de comunicações, meios e vias de transporte, estaleiros, portos, aeroportos, fábricas, usinas, barragem, depósitos e outras instalações congêneres (artigo 15 e seguintes da Lei n.º 7.170/83); c) devastar, saquear, extorquir, roubar, sequestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou atos de terrorismo, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas (artigo 20 da Lei n.º 7.170/83).

Em se tratando de métodos e meios de investigação, o Professor Doutor, Leonardo Perin Vichi (2021), em recente artigo, admoestou que, conquanto os dados como códigos-fontes, endereços IP (*Internet Protocol*) e carteiras de criptomoedas não permitem muitos avanços na elucidação da autoria de ataques cibernéticos com emprego de *ransomware*, o texto do “pedido de resgate”, não raro, traz informações relevantes que permitem uma análise linguística e de perfilamento dos atores maliciosos. Com efeito, a construção de perfis linguísticos é realizada com o emprego de métodos da Linguística Aplicada, por meio dos quais conjuntos de marcadores individuais e únicos de uma pessoa podem ser detectados, seja para extrair informações sobre a idade, a origem, a escolaridade, a classe social, o gênero, etc., do atacante, seja para comparação de evidências para esclarecimento de autorias contestadas. No entanto, quando faltam as evidências linguísticas diretas presentes em ataques de extorsão criptoviral, em se tratando especificamente de amostras como pedidos de resgates, manifestos e outros textos, é possível, ainda, proceder com outro tipo de análise linguística: a da estruturação lógica utilizada no código-fonte. Cada programador possui uma espécie de impressão digital ou idiosincrasia, definida pela forma como o agente organiza o próprio algoritmo e, por isso, os códigos-fontes são também importantes evidências que permitem levantar a idade, a origem e outras informações dos indivíduos que se ocultam por trás dos códigos maliciosos. Nesse compasso, é indubitável que a Linguística Forense poderá ser aprimorada como relevante instrumento de inteligência cibernética e de investigação no Direito Processual Penal.

4. Considerações finais

Abstrai-se que o fenômeno *ransomware* deixou de ser apenas um incômodo isolado, inofensivo ou representativo das literaturas de ficção científica ou de fantasia distópica. Trata-se de ameaça global em ascensão, com reflexos diretos no Brasil, onde grupos de criminosos cibernéticos estão adquirindo conhecimentos e intercambiando experiências para incrementar a eficiência de ataques direcionados e destrutivos, caracterizados, cada vez mais, pelo uso de etapas de inteligência e persistência. A pandemia de *ransomware* também revelou a fragilidade das infraestruturas críticas à ação de códigos maliciosos, com efeitos devastadores para os setores públicos e privados. Com a pandemia de Covid-19, os ataques com emprego de *ransomware* se tornaram frequentes e mais agressivos, com especial destaque para os órgãos que integram o sistema judiciário brasileiro. De averbar que ataques avançados dessa natureza trarão consequências trágicas, como, por exemplo, a paralisação de serviços públicos ou privados essenciais, como a rede de saúde, em um país combalido pelos efeitos nefastos da pandemia.

O perigo real e imediato do *ransomware* em território nacional exige, com urgência, o aprimoramento tecnológico das ferramentas de investigação digital forense e a capacitação dos membros do Ministério Público Nacional, das forças policiais e do Poder Judiciário, no âmbito de uma estratégia coordenada de enfrentamento e resposta aos crimes cibernéticos. É inegável que o combate aos crimes cibernéticos não poderá ser realizado sem a parceria com as inovações do setor privado, na esfera de segurança da informação e defesa de infraestruturas críticas. A eficiência e a celeridade na construção conjunta de um novo modelo de investigação de cunho repressivo, aliado ao desenvolvimento e à divulgação de medidas preventivas e de inteligência, provavelmente fomentará que as vítimas não cedam às chantagens do sequestro criptográfico de dados e, assim, desestimula-se o uso de *ransomware* como meio para execução de crimes graves.

Há um quarto de século, o atual cenário cibernético catastrófico havia sido previsto pelos pesquisadores da Universidade de Columbia, os quais foram desprezados ou ridicularizados como teóricos da conspiração. É inadmissível que os operadores do sistema jurídico-penal brasileiro permaneçam em *berço esplêndido*, assistindo, impávidos, à explosão da criminalidade cibernética em território pátrio, que cresce, exponencialmente, graças à globalização dos meios de comunicação e à expansão de grupos ocultos no que convencionou denominar de *darkweb*. A somar-se a esse quadro, há necessidade de reorganização legislativa dos tipos penais de crimes cibernéticos e dos meios de coleta e produção de provas digitais, adequando-os à realidade nacional. Igualmente,

urge reorganizar os órgãos integrantes do sistema jurídico-penal para que as atividades funcionais sejam o reflexo de modelos orientados em inteligência de ameaças cibernéticas. Por derradeiro, os órgãos públicos, sobretudo o Ministério Público Nacional, espelhando-se no que está a ocorrer no setor privado, nesse exato momento, devem rever as arquiteturas de redes, as organizações de serviços e os meios de prevenção, detecção, análise e resposta aos incidentes cibernéticos, haja vista a migração não planejada para novos meios de conexão e operação de atividades em *home office*, que ampliaram, nos últimos meses, as superfícies de ataques e os pontos de vulnerabilidades.

7. Referências

AMORIM, Felipe. Ataque hacker ao TSE também acessou dados de 2020 do tribunal. *UOL*, 2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/eleicoes/2020/11/19/ataque-hacker-ao-tse-tambem-acessou-dados-de-2020-do-tribunal.htm>>. Acesso em: 6 mar. 2021.

BERR, Jonathan. “WannaCry” ransomware attack losses could reach \$4 billion. *CBS NEWS*, 16 maio 2017. Disponível em: <<https://www.cbsnews.com/news/wannacry-ransomware-attacks-wannacry-virus-losses/>>. Acesso em: 28 fev. 2021.

BERTOLLI, Emilia. O criptowall em 2018. *Varonis*, 5 jul. 2018. Disponível em: <<https://blog.varonis.com.br/o-criptowall-em-2018/>>. Acesso em: 28 fev. 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BULLETIN board system. In: *WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre*. Wikimedia, 2021. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Bulletin_board_system>. Acesso em: 3 mar. 2021.

CISA. *Cybersecurity & Infrastructure Security Agency*. Disponível em: <<https://www.cisa.gov/about-cisa>>. Acesso em: 28 fev. 2021.

DUCKLIN, Paul. “Locky” ransomware: O que você precisa saber. *Naked Security*, 17 fev. 2016. Disponível em: <<https://nakedsecurity.sophos.com/pt/2016/02/17/locky-ransomware-what-you-need-to-know/>>. Acesso em: 28 fev. 2021.

ESCOSTEGUY, Diego. Hacker criptografou todos os processos e emails do STJ. *O Bastidor*, 5 nov. 2020c. Disponível em: <<https://obastidor.com.br/justica/hacker-criptografou-todos-os-processos-e-emails-do-stj-19>>. Acesso em: 2 mar. 2021.

ESCOSTEGUY, Diego. CNJ, Governo de Brasília e SUS sofrem ataque semelhante ao do STJ. *O Bastidor*, 5 nov. 2020a. Disponível em: <<https://obastidor.com.br/investigacao/cnj-governo-de-brasilia-e-sus-sofrem-ataque-semelhante-ao-do-stj-25>>. Acesso em: 2 mar. 2021.

ESCOSTEGUY, Diego. Hacker cobra resgate de dados sequestrados do STJ. *O Bastidor*, 5 nov. 2020b. Disponível em: <<https://obastidor.com.br/justica/hacker-cobra-resgate-de-dados-sequestrados-do-stj-26>>. Acesso em: 2 mar. 2021.

ESCOSTEGUY, Diego. Técnico responsável pelo firewall do STJ trabalhava de casa. *O Bastidor*, 5 nov. 2020d. Disponível em: <<https://obastidor.com.br/justica/tecnico-responsavel-pelo-firewall-do-stj-trabalhava-de-casa-23>>. Acesso em: 2 mar. 2021.

SMYTH, Chris. EVERY hospital tested for cybersecurity has failed. *The Times*, 2018. Disponível em: <<https://www.thetimes.co.uk/article/every-hospital-tested-for-cybersecurity-has-failed-97vc6rqkq>>. Acesso em: 28 fev. 2021.

FISCUTEAN, Andrada. *A history of ransomware*: The motives and methods behind these evolving attacks. *CSO Online*, 27 jul. 2020. Disponível em: <<https://www.csoonline.com/article/3566886/a-history-of-ransomware-the-motives-and-methods-behind-these-evolving-attacks.html?page=2>>. Acesso em: 3 mar. 2021.

Global cyberattack strikes dozens of countries, cripples U.K. hospitals. *CBS News*, 12 maio 2017. Disponível em: <<https://www.cbsnews.com/news/hospitals-across-britain-hit-by-ransomware-cyberattack/>>. Acesso em: 28 fev. 2021.

GREENBERG, Andy. *Sandworm: A New Era of Cyberwar and the Hunt for the Kremlin's Most Dangerous Hackers*. New York: Doubleday, 2019.

GREENBERG, Andy. The Untold Story of NotPetya, the Most Devastating Cyberattack in History. *Wired*, 22 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.wired.com/story/notpetya-cyberattack-ukraine-russia-code-crashed-the-world/>>. Acesso em: 3 mar. 2021.

GROOT, Juliana. A History of Ransomware Attacks: The Biggest and Worst Ransomware Attacks of All Time. *Digital Guardian*, 2020.

HOSPELHORN, Sarah. What is The Cyber Kill Chain and How to Use it Effectively. *Varonis*, 29 mar. 2020. Disponível em: <<https://www.varonis.com/blog/cyber-kill-chain/>>. Acesso em: 2 mar. 2021.

JOYCE, Sandra. Ransomware: The Threat We Can No Longer Afford to Ignore. *FireEye*, 29 out. 2020. Disponível em: <<https://www.fireeye.com/blog/executive-perspective/2020/10/ransomware-the-threat-we-can-no-longer-afford-to-ignore.html>>. Acesso em: 28 fev. 2021.

KELION, Leo. Cryptolocker ransomware has 'infected about 250,000 Pcs'. *BBC*, 24 dez. 2013. Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/technology-25506020?tblang=english>>. Acesso em: 28 fev. 2021.

LARSON, Selena. Massive cyberattack targeting 99 countries causes sweeping havoc. *CNN Business*, 13 maio 2017. Disponível em: <<https://money.cnn.com/2017/05/12/technology/ransomware-attack-nsa-microsoft/>>. Acesso em: 28 fev. 2021.

LUCHETE, Felipe; GALLI, Marcelo. Dez tribunais tiram site do ar após ataque cibernético mundial. *Consultor Jurídico*, 12 maio 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-12/dez-tribunais-tiram-site-ar-ataque-cibernetico-mundial>>. Acesso em: 2 mar. 2021.

MCKENZIE, Lindsay. Cyberextortion Threat Evolves. *Inside Higher Ed*, 11 jun. 2020. Disponível em: <<https://www.insidehighered.com/news/2020/06/11/colleges-face-evolving-cyber-extortion-threat>>. Acesso em: 2 mar. 2021.

MOIR, Robert. Defining Malware: FAQ. *Microsoft*, 2009. Disponível em: <[https://docs.microsoft.com/en-us/previous-versions/tn-archive/dd632948\(v=technet.10\)?redirectedfrom=MSDN](https://docs.microsoft.com/en-us/previous-versions/tn-archive/dd632948(v=technet.10)?redirectedfrom=MSDN)>. Acesso em 28 fev. 2021.

O'NEILL, Patrick Howell. A patient has died after ransomware hackers hit a German hospital. *Technology Review*, 18 set. 2020. Disponível em: <<https://www.technologyreview.com/2020/09/18/1008582/a-patient-has-died-after-ransomware-hackers-hit-a-german-hospital/>>. Acesso em: 28 fev. 2021.

RADIN, Andrew. *Hybrid Warfare in the Baltics: Threats and Potential Responses*. California: Rand Corporation, 2017.

RANSOMWARE - definition, prevention and removal. *Kaspersky*. Disponível em: <<https://www.kaspersky.com/resource-center/threats/ransomware>>. Acesso em: 28 fev. 2021.

ROOTKIT: What is a Rootkit?. *Veracode*. Disponível em: <veracode.com/security/rootkit>. Acesso em: 28 fev. 2021.

ROSENCRANCE, Linda. Advanced Persistent Threat (APT). *Tech Target*, 2020. Disponível em: <<https://searchsecurity.techtarget.com/definition/advanced-persistent-threat-APT>>. Acesso em: 2 mar. 2021.

SAISSE, Renal Cabral. Ransomware: “sequestro” de dados e extorsão digital. *Direito & TI*, 2016. Disponível em: <<http://direitoeti.com.br/artigos/ransomware-sequestro-dados-e-extorsao-digital/>>. Acesso em: 2 mar. 2021.

SHARMAN, Jon. Cyber-attack that crippled NHS systems hits Nissan car factory in Sunderland and Renault in France. *Independent*, 13 maio 2017. Disponível em: <<https://www.independent.co.uk/news/uk/home-news/nissan-sunderland-cyber-attack-ransomware-nhs-malware-wannacry-car-factory-a7733936.html>>. Acesso em: 28 fev. 2021.

SINGLETON, Camille; KIEFER, Christopher. VILLADSEN, Ole. Ransomware 2020: Attack Trends Affecting Organizations Worldwide. *Security Intelligence*, 28 set. 2020. Disponível em: <<https://securityintelligence.com/posts/ransomware-2020-attack-trends-new-techniques-affecting-organizations-worldwide/>>. Acesso em: 2 mar. 2021.

Spear Phishers: Angling To Steal Your Financial Info. *The FBI – Federal Bureau of Investigation*, 2009. Disponível em: <https://archives.fbi.gov/archives/news/stories/2009/april/spearphishing_040109>. Acesso em: 3 mar. 2021.

STAFF, Dice. Cybersecurity in 2021: 5 Trends Security Pros Need to Know. *Dice*, 14 dez. 2020. Disponível em: <<https://insights.dice.com/2020/12/14/cybersecurity-in-2021-5-trends-security-pros-need-to-know/>>. Acesso em: 2 mar. 2021.

The State of Ransomware 2020: Results of an independent study of 5,000 IT managers across 26 countries. *Sophos*, 2020. Disponível em: <<https://www.sophos.com/en-us/medialibrary/Gated-Assets/white-papers/sophos-the-state-of-ransomware-2020-wp.pdf>>. Acesso em: 2 mar. 2021.

TROJAN.TeslaCrypt. *F-Secure*. Disponível em: <https://www.f-secure.com/v-descs/trojan_teslacrypt.shtml>. Acesso em: 28 fev. 2021.

VICHI, Leonardo Perin. *Inteligência Cibernética e a Linguística Forense como Ferramenta: o uso da análise linguística para atribuição de autoria em ciberataques. Núcleo de Estudos Estratégicos em Defesa e Segurança da UFSCAR*, 2021. Disponível em: <http://needs.df.ufscar.br/artigos_de_opiniao/3/127/leonardo_perin_vichi_inteligencia_cibernetica_e_a_linguistica_forense_como_ferramenta_-_o_uso_da_analise_linguistica_para_atribuicao_de_autoria_em_ciberataques>. Acesso em: 21 jul. 2021.

VIJAVAN, Jai. Ransomware Attacks Show Little Sign of Slowing in 2021. *DARK Reading*, 20 out. 2020. Disponível em: <<https://www.darkreading.com/attacks-breaches/ransomware-attacks-show-little-sign-of-slowing-in-2021/d/d-id/1339231>>. Acesso em: 2 mar. 2021.

VILLADIEGO, Ricardo. Attacker Dwell Time: Ransomware’s Most Important Metric. *DARK Reading*, 2020. Disponível em: <<https://www.darkreading.com/risk/attacker-dwell-time-ransoms-ware-s-most-important-metric/a/d-id/1338978>>. Acesso em: 2 mar. 2021.

WOOD, Collin. University of Utah pays ransomware attackers \$457K. *ED Scoop*, 21 ago. 2020. Disponível em: <<https://edscoop.com/university-utah-pays-ransomware-attackers-457k/>>. Acesso em: 2 mar. 2021.

YOUNG, Adam; YUNG, Moti. *Cryptovirology: Extortion-Based Security Threats and Countermeasures*. Article published in the Proceedings of 1996 IEEE Symposium on Security and Privacy. May 6-8. Copyright 1996 IEEE. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/2301959_Cryptovirology_Extortion-Based_Security_Threats_and_Countermeasures>. Acesso em: 2 mar. 2021.

YOUNG, Adam; YUNG, Moti. *Cryptovirology: The Birth, Neglect, and Explosion of Ransomware*. *Communications of the ACM*, 2017. Disponível em: <<https://cacm.acm.org/magazines/2017/7/218875-cryptovirology/fulltext>>. Acesso em: 3 mar. 2021.

YOUNG, Adam; YUNG, Moti. *Malicious Cryptography Exposing Cryptovirology*. Indiana: Wiley Publishing Inc., 2004.

2020 Cyber Threats Report. Netwrix, 2020. Disponível em: <https://www.netwrix.com/2020_cyber_threats_report.html>. Acesso em: 28 fev. 2021.

RENATO TEIXEIRA REZENDE

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.



DISTRIBUTED LEDGER TECHNOLOGIES (DLT) E O COMPARTILHAMENTO DINÂMICO DE DADOS DE ANTECEDENTES CRIMINAIS

DISTRIBUTED LEDGER TECHNOLOGIES (DLT) AND DYNAMIC SHARING OF CRIMINAL ANTECEDENTS DATA

RENATO TEIXEIRA REZENDE

Promotor de Justiça

Resumo: O presente artigo tem por escopo expor e analisar a possibilidade de implantação de inovadora ferramenta de tecnologia cibernética na construção de rede nacional descentralizada e distribuída de compartilhamento simultâneo e em tempo real dos registros de antecedentes criminais pelos órgãos públicos operadores do sistema jurídico-penal brasileiro, atuantes no âmbito judicial e extrajudicial. As pesquisas foram desenvolvidas com bases em livros, artigos científicos e materiais audiovisuais disponíveis on-line a respeito das potencialidades das aplicações das *Distributed Ledger Technologies* (DLT) na construção de inovadora base de dados, pautada pela segurança, integridade, eficiência e confiança dos registros de informações sobre os antecedentes criminais. A utilização da nova arquitetura de compartilhamento simultâneo e descentralizado de registros de antecedentes criminais resultará em maior eficiência e precisão na aplicação dos institutos penais e processuais penais.

Palavras-chave: redes descentralizadas; tecnologia; informação; antecedentes criminais; direito penal.

Abstract: The purpose of this article is to expose and analyze the possibility of implementing an innovative cyber technology tool in the construction of a national decentralized and distributed network for sharing, simultaneously and in real time, criminal records, by public institutes and agencies operating on Brazilian criminal legal system, be it judicial or extrajudicial scope. The researches were developed based on books, scientific articles and audiovisual materials available online, regarding the potential of *Distributed Ledger Technologies* (DLT) applications in the construction of an innovative database, guided by the safety, integrity, efficiency and reliability of criminal record information. The use of the new architecture of simultaneous and decentralized sharing of criminal records will result in greater efficiency and accuracy in the application of criminal institutes and criminal proceedings.

Key words: decentralized networks; technology; information; criminal records; criminal law.

Sumário: 1. Introdução. 2. Das potencialidades de aplicação das *Distributed Ledger Technologies*. 3. O sistema atual de registros e pesquisas de antecedentes criminais. 4. Da evolução da centralização de dados para plataformas descentralizadas. 5. Da aplicação da nova arquitetura de rede aos antecedentes criminais. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. Introdução

Os dados constituem parte crítica de qualquer aplicação que possamos imaginar e criar, gerando impactos profundos nas relações sociais e intersubjetivas. Na atualidade, os dados são produzidos e trafegam em velocidades inimagináveis e constituem, sem exagero, novas *commodities*¹ ou ativos negociáveis. Ao mirar o futuro, vislumbra-se o enorme potencial de tecnologias como *machine learning* e inteligência artificial na multiplicação dos fluxos e volumes de dados. O compartilhamento de dados acarreta ampla gama de desafios categorizados como: formato de dados e significado; obrigações legais; privacidade; segurança cibernética e preocupações sobre as consequências indesejadas do compartilhamento ilícito ou antiético. Não são problemas triviais e de singela resolução.

Trata-se de desafios técnicos que também se projetam para áreas sociais, éticas, financeiras e regulamentares. Essas variáveis exigem o desenvolvimento de novos ecossistemas e arquiteturas computacionais de compartilhamento capazes de fazer frente às questões técnicas atuais e futuras, incorporando novas estruturas regulatórias, além de antecipar e abordar preocupações quanto à justiça, à equidade e à eficiência dos resultados das novas redes de trabalho, tendo por escopo garantir a confiança dos usuários e cidadãos². Além da computação em nuvem e a virtualização de máquinas e sistemas, estão em evidência soluções cada vez mais descentralizadas e distribuídas.

Com efeito, as tecnologias de registro distribuído³ (*Distributed Ledger Technologies*) fornecem formas e modos de registro, compartilhamento e transferência de dados mais transparentes, seguros, auditáveis e resistentes às interrupções e aos ataques cibernéticos, quando comparados às soluções que se popularizaram nas últimas décadas. Essas tecnologias, como, por exemplo, *Blockchain*, *Etherium*, *IOTA*, *Hedera Hashgraph*, *Hyperledger Fabric*, *Nano*, entre outros projetos, públicos ou privados, que despontaram nos últimos 10 (dez) anos, desde o surgimento do *Bitcoin*, a primeira *criptomoeda* a utilizar sistemas descentralizados,

1 PALANCA, T. Dados, um Valioso Commodity. Disponível em: <https://medium.com/bionexo/dados-um-valioso-commodity-29ed81bdbb15>. Acesso em 12 fev. 2021.

2 NITESH, S.; BOTHRA, J.; KOTHALE, S. Blockchain Based Data Sharing Framework. International Research Journal of Engineering and Technology (IRJET), 2018. Vol. 05. Issue: 12. Disponível em: <https://www.irjet.net/archives/V5/I12/IRJET-V5I12268.pdf>. Acesso em 12 fev. 2021.

3 A palavra de origem inglesa – *ledger* – pode ser traduzida, para a língua portuguesa, como *livro-razão*, *livro-registro*, *razão* ou *registro*. No Brasil, em virtude da recente disseminação dessa nova tecnologia de comunicação em rede, com a popularização do *Bitcoin* e de outras criptomoedas, é comum que em artigos, livros, palestras e vídeos publicados na *World Wide Web* e em outras plataformas de língua portuguesa o termo *Blockchain* seja utilizado indiscriminadamente como sinônimo de *Distributed Ledger Technology*. Todavia, neste artigo, distinguem-se *Distributed Ledger Technology* e *Blockchain*, na relação de gênero para espécie. No que se refere ao termo *ledger*, este será traduzido, para a língua portuguesa, de forma livre, como *registro*, sem desconsiderar outras expressões, como “livro-razão” ou “razão”.

distribuídos e baseados em criptografia e algoritmos de consenso, têm a capacidade de tornar as organizações e as instituições que as utilizam transparentes, democráticas, descentralizadas, eficientes e seguras. O progresso da humanidade é marcado pelo surgimento de novas tecnologias derivadas de periódicas erupções da engenhosidade humana⁴.

Na tecnologia de registro distribuído, testemunha-se uma dessas explosões de potencial criativo que catalisam níveis excepcionais de inovação. Essa inovação digital comprovou ter a capacidade de consolidar um novo tipo de confiança para uma ampla gama de serviços. Inarredável é que a *era dos dados abertos* revolucionou as relações entre os cidadãos e entre estes e as empresas, as corporações e os Estados-Nação. Essas inovações estão reformulando mercados financeiros, cadeias de abastecimento e produção industrial, serviços ao consumidor, negócios jurídicos, registros públicos, armazenamento de dados, etc. Nesse compasso, o crescimento exponencial e a velocidade de criação e aprimoramento dessas tecnologias afetarão, de forma drástica, um número inimaginável de setores econômicos, financeiros, industriais, políticos, sociais e culturais na próxima década⁵. Experimenta-se um novo *boom* disruptivo de tecnologia da informação que contribuirá com um novo patamar de transformação digital planetária e modificará, drástica e irreversivelmente, as relações interpessoais e intergovernamentais, como ocorreu no final do século XX com a disseminação e a popularização da *World Wide Web*.

2. Das potencialidades de aplicação das *Distributed Ledger Technologies*

Não apenas as áreas integrantes do setor privado ou das instituições financeiras e securitárias serão atingidas por esse *tsunami* tecnológico e revolucionário, como tem ocorrido com a implantação e o aprimoramento dos *smart contracts*⁶. Como cedo, no Brasil, os sistemas governamen-

4 VAIZEY, E.; HANCOCK, M. Distributed Ledger Technology: Beyond Blockchain. A report by the UK Government Chief Scientific Adviser. Government Office for Science. Relatório disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/492972/gs-16-1-distributed-ledger-technology.pdf. Acesso em 12 fev. 2021.

5 Sobre as previsões da disrupção tecnológica inaugurada pelo conceito de *Distributed Ledger Technology*, recomendamos o artigo *19 Industries The Blockchain Will Disrupt*. Disponível em: <https://futurethinkers.org/industries-blockchain-disrupt/>. Acesso em 12 fev. 2021.

6 Um contrato inteligente é um contrato autoexecutável, com os termos do acordo entre o comprador e o vendedor escritos diretamente em linhas de código. O código e os acordos nele contidos existem em uma rede de *Blockchain* distribuída e descentralizada. O código controla a execução e as transações são rastreáveis e irreversíveis. Os contratos inteligentes permitem que transações e acordos confiáveis sejam realizados entre partes anônimas e dispareas, sem a necessidade de uma autoridade central, sistema legal ou mecanismo de aplicação externo. Disponível em: <https://www.investopedia.com/terms/s/smart-contracts.asp>. Acesso em 12 fev. 2021.

tais, encontrados nas esferas municipais, estaduais, distritais e federais, são frequentemente lentos, opacos e sujeitos às consequências nefastas e devastadoras da corrupção, da incompetência dos órgãos integrantes e do constante desperdício de energia e de recursos financeiros, materiais e humanos. A gradativa implantação de sistemas baseados nas novas tecnologias de registros distribuídos pode reduzir significativamente a burocracia e aumentar a segurança, a eficiência e a transparência dos atos administrativos, das atividades e das operações inerentes aos órgãos públicos. Dubai, por exemplo, pretende colocar os documentos e serviços governamentais em redes de registros descentralizados e distribuídos nos próximos anos, tendo como ponto de partida o ano de 2020⁷. Vejamos outros exemplos.

O sistema de benefícios públicos é outro setor que sofre com a morosidade e os entraves burocráticos. A nova tecnologia pode ajudar a avaliar, verificar, monitorar e distribuir benefícios assistenciais, proventos de aposentadoria ou seguro-desemprego de uma forma mais simplificada, eficiente, transparente e segura, tornando os expedientes fraudulentos raros e plenamente detectáveis pelo sistema descentralizado e distribuído, afastando, ainda, a obscuridade dos constantes desperdícios de recursos públicos em ações ilícitas, projetos inúteis ou atividades ineficientes. Alguns relatam que o *Blockchain* é forte candidato à implantação de uma renda básica no Reino Unido. *Circles*⁸ é um projeto que tem por escopo o desenvolvimento de uma tecnologia baseada em *Blockchain* para implantar e gerenciar uma renda básica universal.

Outro setor que depende de muitos sistemas de criação, armazenamento, transferência e intercâmbio de registros governamentais e não governamentais é a saúde (pública e privada). Um dos desafios que os hospitais enfrentam é a falta de uma plataforma segura para armazenar e compartilhar dados, e muitas vezes são vítimas de *hackers* devido à infraestrutura desatualizada⁹. As tecnologias de registros distribuídos

7 “Adotando a tecnologia *Blockchain*, Dubai deve desbloquear 5,5 bilhões de dirham em economia anual apenas no processamento de documentos - igual ao valor do *Burj Khalifa* a cada ano.” A *Dubai Blockchain Strategy* estabelece um roteiro para a introdução da tecnologia *Blockchain* em Dubai e a criação de uma plataforma aberta para compartilhar a tecnologia com cidades em todo o mundo. A estratégia do *Dubai Blockchain* é construída sobre três pilares de eficiência governamental, criação de indústria e liderança internacional. Ver maiores informações do projeto em: https://www.smartdubai.ae/initiatives/blockchain_. Acesso em 12 fev. 2021.

8 Informações do projeto de renda básica universal estão disponíveis em: <https://joincircles.net/>. Acesso em 12 fev. 2021.

9 Em maio de 2017, o *ransomware WannaCry* infectou rapidamente centenas de milhares de computadores em todo o mundo. Ainda, nenhum lugar foi mais atingido pelo ataque cibernético do que o Serviço Nacional de Saúde do Reino Unido. O NHS (National Health Service) foi prejudicado pelo *malware*: médi-

permitirão aos hospitais o armazenamento de dados com segurança, como registros médicos dos usuários e procedimentos hospitalares, e o compartilhamento com profissionais da área de saúde e/ou pacientes autorizados. Isso poderá melhorar a segurança dos dados e até ajudar na precisão e na velocidade dos diagnósticos e na realização de tratamentos. *Gem*¹⁰ e *Tierion*¹¹, por exemplo, são empresas que estão trabalhando na transformação revolucionária do atual espaço cibernético de dados do setor de saúde do Reino Unido.

Idêntica revolução digital ocorrerá nos sistemas eleitorais dos países que adotam regimes democráticos e de eleições periódicas. No Brasil, o Ministro do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal, Luiz Roberto Barroso¹², anunciou que, já nas eleições gerais de 2022, poderão ocorrer alterações no sistema eleitoral nacional, com a adoção de tecnologias digitais que permitam a votação por computadores ou dispositivos móveis (*smartphones, tablets, etc.*), desde que elas sejam auditáveis e seguras, embora não tenha expressamente mencionado a construção, o desenvolvimento e a implantação de plataformas de registro distribuído. Aliás, no Brasil já se iniciou a discussão¹³ sobre o uso de novas tecnologias que possam assegurar eleições baseadas em evidência, tendo como referência os seguintes pontos nevrálgicos: a) garantia do voto secreto; b) independência do *software*; c) possibilidade de verificação do registro do voto pelo eleitor; d) contestabilidade; e) auditoria.

Noutro vértice, as promissoras tecnologias de distribuição de registro revolucionarão, inclusive, o fenômeno da democracia direta e o desenvolvi-

cos e enfermeiras foram obrigados a desligar imediatamente todos os computadores e os pacientes foram instruídos a comparecer apenas em situações de emergências. No total, cerca de 40 (quarenta) credenciados do NHS e seus hospitais foram atingidos por um ataque cibernético não direcionado. Artigo disponível em: <https://www.wired.co.uk/article/nhs-wannacry-response-ransomwar>. Acesso em 12 fev. 2021. Em 28 de setembro de 2020, um ataque de *ransomware* fechou a Universal Health Services, proprietária da Fortune-500, uma rede nacional de hospitais dos Estados Unidos da América. Artigo disponível em: <https://threatpost.com/universal-health-ransomware-hospitals-nationwide/159604/>. Acesso em 12 fev. 2021.

10 Informações disponíveis em: <https://enterprise.gem.co/gemology/>. Acesso em 12 fev. 2021.

11 Informações disponíveis em: <https://tierion.com/>. Acesso em 12 fev. 2021.

12 “A aplicabilidade do novo modelo em 2022 vai depender da segurança que possamos ter com as alternativas oferecidas. Como disse, temos um teste tríplice: segurança, sigilo e eficiência. Se algum dos modelos se mostrar confiável, eu imagino que sim, que já possamos implantar em 2022, mas provavelmente será uma implantação progressiva, não será num estalar de dedos em que mude tudo”, afirmou Barroso, em visita ao projeto Eleições do Futuro, em Valparaíso (GO). A íntegra da reportagem está disponível em: <https://valor.globo.com/politica/noticia/2020/11/15/votacao-pelo-celular-pode-ser-adoptada-em-2022-se-passar-por-testes-de-confiabilidade-diz-barroso.ghtml>. Acesso em 12 fev. 2021.

13 XAVIER, F. C. O Dilema da Votação Eletrônica. Artigo publicado em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/votacao-eletronica-eleicoes-03122020>. Acesso em 12 fev. 2021.

mento da soberania popular. Os projetos de leis de iniciativa popular¹⁴ hoje são de difícil composição, tramitação, votação e aprovação no Congresso Nacional, haja vista a dificuldade de aferição da autenticidade de assinaturas e da identidade dos eleitores no vasto território brasileiro. Esses projetos ascenderão a um novo patamar de instrumento político eficiente a favor da cidadania e da sociedade com a adoção de plataformas *Blockchain* ou de outros sistemas baseados em *Distributed Ledger Technologies*, que propiciarão, de forma rápida, segura e eficaz, a união dos interessados, a coesão de ideias e a coleta de assinaturas autênticas, dispostas em trilhas cronológicas auditáveis, solidificadas em uma cadeia imutável de dados e informações, independentemente da região de domicílio no país.

Eis um exemplo hipotético do uso da tecnologia a serviço da cidadania e do aprimoramento da democracia direta, reduzindo os custos e os obstáculos da coleta de assinaturas legítimas dos cidadãos favoráveis à alteração legislativa em um território de extensões geográficas continentais como o Brasil. A rede descentralizada e distribuída acelerará, sobremaneira, a tramitação dos projetos de iniciativa popular ao retirar de campo os entraves do longo e moroso percurso da coleta e da aferição das identidades dos assinantes.

3. O sistema atual de registros e pesquisas de antecedentes criminais

Advoga-se, neste artigo, que as tecnologias de registro distribuído poderão ser utilizadas em um ponto crucial da atividade investigativa e de instrução de termos circunstanciados de ocorrência, inquéritos policiais e processos penais, seja na fase extrajudicial, com atores como as Polícias Civis dos Estados e do Distrito Federal, das Polícias Militares Estaduais, das Polícias Rodoviárias (Federal e Estadual), a Polícia Federal; seja na fase judicial, pelos Ministérios Públicos (Federais e Estaduais) ou pelos órgãos integrantes do Poder Judiciário (Justiças Federais e Estaduais). Trata-se da almejada unificação integral e em tempo real dos registros criminais de autuados, investigados e réus em procedimentos criminais. Cumpre ressaltar que, na atualidade das Delegacias de Polícia e das Promotorias de Justiça, passando pelas respectivas Varas Criminais do interior do Estado de Minas Gerais, as informações sobre os antecedentes criminais de

14 De acordo com o art. 61, § 2º, da Constituição Federal de 1988, a iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

investigados e/ou acusados em procedimentos investigatórios ou penais são fragmentárias, incompletas e, não raro, inconsistentes, não permitindo aos operadores do sistema jurídico-penal analisar o histórico criminal dos indivíduos com segurança, confiabilidade e eficiência.

Entretanto, na atualidade, a integralidade dessas informações não está disponível em tempo real, podendo, inclusive, induzir os operadores jurídicos ao erro quanto à existência ou à inexistência (ou ineficácia) dos antecedentes criminais, quando da análise de flagrantes delitos, decretação de prisões provisórias (temporária ou preventiva), oferecimento de transações penais, suspensão condicional do processo ou acordo de não persecução penal, sem olvidar os reflexos diretos e indiretos na dosimetria das sanções penais (arts. 59 e 61, inciso I, do Código Penal), na hipótese de condenação na fase de sentença de mérito ou na reforma em caso de provimento de recurso de apelação (da acusação ou da defesa) pelo tribunal *ad quem*. Ora, a análise dos antecedentes criminais poderá afetar, inclusive, o cômputo de prazos prescricionais e a respectiva decisão sobre a extinção da punibilidade (art. 110, *caput*, parte final, do Código Penal)¹⁵.

Vejamos o seguinte exemplo hipotético. Indivíduo A é preso em flagrante delito pela prática de crime de furto qualificado por arrombamento ou destruição de obstáculo (art. 155, § 4º, inciso I, do Código Penal) na Comarca de Uberaba-MG. A Autoridade de Polícia Civil distribuiu o auto de prisão em flagrante delito, com folha negativa de inquéritos e procedimentos investigatórios, sendo certo que as pesquisas são restritas ao Estado de Minas Gerais. Na sequência, o Gerente da Secretaria Criminal, por ordem do Juiz Titular, instruiu os autos com a certidão negativa de antecedentes criminais do autuado, vinculada à Comarca de Uberaba-MG. Ao verificar as peças informativas, o Promotor de Justiça constatou que o autuado é residente e domiciliado na Comarca de Palmas-TO.

Como não possui acesso aos meios mais aprofundados de pesquisas no Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins e na Justiça Federal da 1ª Região, o Promotor de Justiça detém, nesse momento, informações incompletas, trazendo-lhe a dúvida se o autuado é, de fato, primário ou se é reincidente em crime doloso, tornando difícil a tarefa de requerer a conversão do flagrante em preventiva ou de se manifestar pela concessão da liberdade provisória, mediante fiança ou estabelecimento de outras medidas processuais diversas da segregação cautelar (art. 282, incisos I e II, §§ 1º e 2º, combinado com o art. 319 e seguintes, ambos do Código

15 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.

de Processo Penal). Reforçando a dificuldade do caso hipotético, a prisão em flagrante ocorreu em um final de semana, tornando impossível o estabelecimento de célere comunicação com os órgãos competentes do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins ou da Secretaria de Segurança Pública daquela unidade da federação.

Encerrada a instrução do inquérito policial, os autos relatados retornaram ao Ministério Público, que ainda não dispõe das informações completas sobre o histórico criminal do autuado, prejudicando a análise eficiente dos pressupostos do acordo de não persecução penal (art. 28-A e seguintes do Código de Processo Penal). O Juiz Titular solicita, por ofício, que o Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins faça remessa da certidão atualizada de antecedentes criminais. Por uma falha na instrução do ofício ou na realização de pesquisas pelo setor daquele tribunal estadual, aportou aos autos de origem certidão negativa. Esse intercâmbio de informações ocorreu em 30 (trinta) dias. Na sequência, o Promotor de Justiça ofereceu acordo de não persecução penal ao réu, que se encontrava assistido pela Defensoria Pública. Com a aceitação dos termos do acordo, ocorreu a homologação judicial.

Doravante, o Promotor de Justiça, de modo fortuito, descobriu falhas no levantamento dos antecedentes do investigado, o qual ostentava diversas condenações com trânsito em julgado pela prática de crimes patrimoniais, nos estados de Tocantins, Goiás, Pará e Maranhão, mas se encontrava no estado de Minas Gerais havia 10 (dez) meses, sem comunicar ao Juízo da Execução Penal da Comarca de Palmas-TO a alteração de domicílio, encontrando-se no gozo de livramento condicional. Não bastasse isso, constatou-se, na Justiça Federal da 1ª Região, que o autuado possuía condenação pela prática de crime de falsificação de moeda, em relação à qual ocorreu a extinção da punibilidade pelo cumprimento da pena havia 12 (doze) meses.

No caso hipotético, após a homologação do acordo de não persecução penal, o autuado se mudou para a Comarca de Ribeirão Preto-SP, onde foi preso em flagrante delito pela prática de crime de furto qualificado pelo concurso de agentes (art. 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal). Idênticas falhas no acesso aos registros criminais do autuado redundaram em resultados negativos idênticos aos supracitados (liberdade provisória e posterior aceitação e homologação de acordo de não persecução penal). Independentemente dos questionamentos a respeito da rescisão (ou não rescisão) do acordo de não persecução penal, a fragmentação, a incompletude, a incerteza e a morosidade das pesquisas sobre a existência dos antecedentes criminais prejudicaram as tomadas de decisão a respeito de quais medidas deveriam ser adotadas no exemplo hipotético, resultando na ampliação

da margem de impunidade de um autuado reincidente. Inegável é que a atual configuração analógica e anacrônica de produção, armazenamento e compartilhamento de informações e dados criminais em território nacional mostra-se manifestamente ineficiente e inconsistente. A experiência forense tem revelado, ainda, que esses bancos de dados de antecedentes criminais, quando oferecem algum tipo de unificação, não são alimentados em tempo real, sendo certo que as desatualizações e omissões são contraproducentes e frustrantes nas atividades investigatórias.

Por que esses múltiplos e geograficamente distantes bancos de dados (estaduais, distritais e federais), que operam em plataformas digitais diversas e não oferecem eficiente interoperabilidade, não poderiam ser unificados com o uso de novas tecnologias de registros distribuídos, que assegurassem aos órgãos públicos participantes, em conexões ponto a ponto, inserções, atualizações, armazenamentos, acessos e compartilhamentos em tempo real, em rede descentralizada restrita e *permissionada*, cronologicamente imutável, auditável e caracterizada por camadas de proteção criptográfica e critérios objetivos de segurança da informação? Por que essa rede não poderia integrar, em um ambiente dinâmico, os atores que desempenham funções extrajudiciais (Polícias Civas, Polícias Militares Estaduais, Polícia Federal, etc.) e funções judiciais (Ministério Público e Poder Judiciário), incrementando a eficiência e a escala do sistema, a velocidade de compartilhamento de dados e a diminuição dos espectros estatísticos da impunidade? Esse sistema não poderia oferecer, inclusive, melhor vigilância na execução das sanções penais, no cumprimento de transações penais, suspensões condicionais do processo, acordos de não persecução penal e dos benefícios previstos na Lei n.º 7.210/84, contribuindo, inclusive, para a localização de réus foragidos? Vejamos os conceitos, as definições e o funcionamento dessa nova arquitetura de redes descentralizadas e distribuídas e os benefícios que poderão ser trazidos ao debate sobre o *upgrade* do sistema jurídico-penal.

4. Da evolução da centralização de dados para plataformas descentralizadas

Em primeiro lugar, um banco de dados¹⁶ pode ser definido como uma coleção de informações armazenadas eletronicamente em um sistema de computador. As informações, nesses bancos de dados, são normalmente estruturadas em formato de tabela para permitir a realização de pesquisas e filtragens mais fáceis, para a

16 Informação disponível em: <https://www.investopedia.com/terms/b/blockchain.asp>. Acesso em 12 fev. 2021.

localização de informações específicas. Qual é a diferença entre uma planilha para armazenar informações e um banco de dados? As planilhas são projetadas para que uma pessoa, ou um pequeno grupo de pessoas, armazene e acesse quantidades limitadas de informações. Em contraste, um banco de dados é projetado para armazenar quantidades significativamente maiores de informações, que podem ser acessadas, filtradas e manipuladas de forma rápida e fácil por qualquer número de usuários e ao mesmo tempo. Grandes bancos de dados conseguem isso armazenando dados em servidores de computadores poderosos (*Data Centers*)¹⁷. Esses servidores podem, às vezes, ser construídos usando centenas ou milhares de computadores para ter o poder computacional e a capacidade de armazenamento necessário para que muitos usuários acessem o banco de dados simultaneamente. Embora uma planilha ou um banco de dados possam ser acessados por qualquer número de pessoas, geralmente são propriedade de uma empresa e são gerenciados por um indivíduo designado que tem controle total sobre os dados armazenados, as operações e funções, assim como sobre aqueles que terão privilégios e permissões para acessá-los.

Por outro lado, a plataforma *Blockchain*¹⁸ consiste em um banco de dados codificado, descentralizado e distribuído em rede (ponto a ponto), que serve para o armazenamento criptografado de transações e o compartilhamento de eventos e informações. A tecnologia *Blockchain*¹⁹ é uma espécie de *registro* ou *livro-razaão* colaborativo e resistente à violação, que mantém registros transacionais. Como sintetizado por Adjame Alexandre Gonçalves Oliveira²⁰, *Blockchain* pode ser definida como:

uma estrutura distribuída de dados que mantém uma lista de registros ordenados de transações em uma sequência cronológica.

17 Um centro de processamento de dados (CPD), também conhecido como *data center*, é um local onde estão concentrados os sistemas computacionais de uma empresa ou organização, como um sistema de telecomunicações ou um sistema de armazenamento de dados, além do fornecimento de energia para a instalação. Fonte: https://pt.wikipedia.org/wiki/Centro_de_processamento_de_dados#cite_note-1. Acesso em 12 fev. 2021.

18 NAKAMOTO, S. (2008). Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System. Disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>.

19 Definição estabelecida pela National Institute of Standards and Technology dos Estados Unidos da América. Disponível em: <https://www.nist.gov/blockchain>. Acesso em 12 fev. 2021.

20 OLIVEIRA, A. A. G. Blockchain Anticorrupção. Artigo publicado no jornal eletrônico JOTA. Publicado em: 06 mar. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/>. Acesso em 12 fev. 2021.

Esses registros de transações são agrupados em blocos de dados (*block*) que são ligados entre si por uma corrente (*chain*) estruturada cronologicamente, protegidos por técnicas criptográficas aplicadas concomitantemente por cada um dos computadores e que são validadas automaticamente por um sistema de consenso.

Assim, um bloco é conectado ao antecessor incluindo um identificador único (*hash*) que é baseado nos dados do bloco anterior. Como resultado, se os dados forem alterados em um bloco, o identificador exclusivo se altera. A mudança pode ser vista em cada bloco subsequente (fornecendo evidências de violação).

Esse efeito dominó permite que todos os usuários dentro da rede *Blockchain* saibam se os dados de um bloco anterior foram adulterados. Isso significa que essa rede é difícil de ser alterada ou destruída, tendo-se em conta que ela fornece um método resiliente de manutenção colaborativa de registros. Em outros termos, *Blockchains* são sistemas contábeis digitais imutáveis implantados de forma distribuída (conexões ponto a ponto ou *peer-to-peer*) - *sem um repositório central* – e, em regra, sem uma autoridade centralizadora ou um intermediário para fins de autenticação e gerenciamento.

Em um nível mais básico, essas redes permitem que uma comunidade de usuários registre transações em uma espécie de livro-razão público para essa comunidade, de modo que nenhuma transação possa ser alterada depois de publicada. É oportuno gizar que a chave para a *Blockchain* (a cadeia lógica de blocos e/ou registros) é a imutabilidade da ordem da cadeia de eventos (blocos). Se estiver funcionando corretamente, deve haver apenas uma versão dela. Se, por outro lado, a *Blockchain* se tornar confusa, se o registro onde residem as criptomoedas ou ativos digitais falhar, então essas moedas digitais e as informações transacionais não terão valor no mundo real e no universo cibernético. Em definitivo, a quebra da imutabilidade da cadeia de blocos representaria a extinção da confiança no sistema, resultando no colapso irreversível da rede. O sistema só será valioso enquanto permanecer confiável²¹.

Para tanto, a rede é baseada em algoritmos de confiança (*Proof of Work*, *Proof of Stake*, *Proof of Authority*, etc.) e em *nodes* (ou *full nodes*) de “mineração”, que emprestam poder computacional e energia elétrica, em troca de recompensas em criptomoedas, para a realização de complexos cálculos matemáticos para validação das transações, submetendo os resultados ao consenso da comunidade para fins de publicação e distri-

21 MAGNUSON, W. *Blockchain Democracy: Technology, Law and Rule of the Crowd*. Cambridge, United Kingdom; New York, NY, USA: Cambridge University Press, 2020. p. 41.

buição dos blocos de informação, que são encadeados cronologicamente por *hashs criptográficos* e, em seguida, simultaneamente distribuídos a todos os participantes da *Blockchain* para armazenamento descentralizado. Nesse diapasão, as bifurcações da linha do tempo são solucionadas. Em outras palavras, os nós teriam que provar que realizaram certa quantidade de trabalho computacional (ou, pelo menos, que os computadores deles fizeram) antes de os blocos propostos serem adicionados à linha de montagem cronológica da *Blockchain*. Ao dificultar a criação de novos blocos, essa prova de trabalho torna o sistema resistente à manipulação maliciosa e às técnicas ou táticas de adulteração²². Assim, essa nova tecnologia representou o grande sucesso das moedas digitais em circulação em ambientes virtuais (*cryptocurrency systems*), tais como *Bitcoin*, *Ethereum*, *Zcash*, *Tether*, *Ripple*, *Litecoin*, *Binance Coin*, *EOS*, etc.

Entretanto, *Blockchain* é apenas uma espécie de *Distributed Ledger Technology* (DLT) amplamente utilizada no setor financeiro e em negócios digitais, ao menos desde o ano de 2009. A tecnologia de registro distribuído (DLT) gira em torno de um banco de dados codificado e distribuído que serve como um livro-razão, no qual os registros relativos às transações são armazenados. No núcleo dessa tecnologia distribuída, está uma abordagem inovadora de banco de dados com um modelo de informações em que a criptografia é utilizada em cada atualização de transação e a verificação se torna possível na rede distribuída específica, dependendo dos objetivos e das partes interessadas.

Hodiernamente, algumas *Distributed Ledger Technologies* não utilizam o sistema de armazenamento linear de blocos de informações criptografadas e encadeadas cronologicamente. A *Hedera Hashgraph*²³, por exemplo, é uma rede pública de prova de participação, alimentada por consenso de *hashgraph* (baseada em *Directed Acyclic Graph* ou *DAG*)²⁴, que atinge o mais alto grau de segurança possível (ABFT)²⁵, com velocidades de tran-

22 Ibidem. Op. Cit. p. 55.

23 Informações disponíveis em: <https://hedera.com/>. Acesso em 12 fev. 2021.

24 Em ciência da computação e matemática, um grafo (ou gráfico) acíclico direcionado (DAG) é um grafo (ou gráfico) direcionado e sem ciclos conectando as outras arestas. Isso significa que é impossível percorrer todo o gráfico começando em uma aresta. As arestas do gráfico direcionado têm apenas uma direção. O gráfico é uma classificação topológica, onde cada nó está em uma determinada ordem.

25 Quando uma rede descentralizada é tolerante a falhas bizantinas, isso significa que os membros honestos, ou nós, de uma rede podem concordar sobre o tempo e a ordem (consenso) de um conjunto de transações. Independentemente de saber se existem alguns nós maliciosamente tentando impedir esse consenso - mesmo que até 1/3 dos nós estejam tentando afetar negativamente o consenso atrasando transações ou corrompendo as coisas. Esta é a 'tolerância a falhas' da rede, significando quantos nós a rede pode tolerar agindo de forma maliciosa, mas ainda assim chega a um consenso honesto. A propriedade "assíncrona" da tolerância a falhas bizantina supera o desafio da tolerância a falhas, que é o do tempo.

sação extremamente rápidas e consumo baixo de largura de banda. Portanto, essa tecnologia inovadora transcende a arquitetura do *Blockchain*.

Aliás, as novas tecnologias excluíram a necessidade existencial dos mineradores de blocos, que, na rede *Blockchain* do *Bitcoin*, exigem grande poder computacional e consumo de energia elétrica para a solução de operações matemáticas e criptográficas complexas para a construção e a validação dos blocos de transações a cada 10 (dez) minutos, surgindo o curioso fenômeno das *mining pools*²⁶ ou *mining farms*²⁷. As novas tecnologias permitem, com o emprego de algoritmos de consenso mais avançados, a resolução dos problemas da escalabilidade (tempo de validação das transações, largura de banda de conexão de internet e armazenamento de dados), da sustentabilidade e da interoperabilidade. Em uma rede descentralizada, há um enorme valor em saber que o tempo e a ordem das transações que ocorrem foram alcançados por consenso e que cada transação é registrada, verificada e compartilhada pelos nós participantes - mesmo que alguns desses nós não sejam confiáveis ou possam até estar tentando afetar negativamente o consenso.

Em uma rede descentralizada, todo esse processo tem o benefício adicional de ter uma garantia matemática de consenso, ou que a mesma decisão seja alcançada por nós participantes que atuam honestamente. Essa capacidade dos nós em uma rede descentralizada de chegar a um acordo correto sobre as transações sem a necessidade de confiar uns nos outros - em escala - é o que realmente diferencia a tecnologia de registros distri-

Muitas formas de tolerância a falhas bizantinas presumem que há um limite máximo de latência de mensagem ao chegar a um consenso. Uma rede tolerante a falhas bizantinas assíncronas (ABFT) elimina essa suposição e permite que algumas mensagens sejam perdidas ou atrasadas indefinidamente. Uma rede ABFT permite que as mensagens sejam perdidas ou atrasadas indefinidamente e assume apenas que em algum ponto as mensagens de um nó honesto serão transmitidas. É muito mais desafiador para um nó honesto avaliar se outro nó não está seguindo as regras, se as mensagens desse nó podem ter um atraso indeterminado, mas este cenário reflete muito melhor a confiabilidade da rede no mundo real. Disponível em: <https://hedera.com/learning/what-is-asynchronous-byzantine-fault-tolerance-abft>. Acesso em 12 fev. 2021.

26 Um *pool* de mineração é um grupo de mineradores que compartilham seu poder de computação em uma rede e são recompensados com base na quantidade de energia com que cada um contribui, em vez de encontrar ou não um bloco. Os *pools* de mineração ajudam a tornar a receita dos mineiros mais previsível. Grandes quedas nos números semanais podem destacar que alguns *pools* de mineração estão a ser desativados ou eles decidiram minerar outras moedas. Se um *pool* de mineração controlasse mais da metade do *hashrate* total, isso poderia (embora improvável) levar a um ataque de 51% na rede. <https://www.blockchain.com/pools>. Acesso em 12 fev. 2021.

27 Uma fazenda de mineração é um local, geralmente um grande espaço, que abriga vários computadores dedicados à mineração de uma ou mais criptomoedas. Os computadores consomem muita energia e são necessários condicionadores de ar para evitar o superaquecimento. Mesmo assim, a mineração é considerada uma atividade empresarial cara. Além de usar grandes quantidades de eletricidade, os computadores precisam ser substituídos com frequência. Os promotores de fazendas de mineração precisam, portanto, de capital para iniciar, expandir e manter suas fazendas. Disponível em: <https://lautorite.qc.ca/en/general-public/investments/bitcoin-and-other-virtual-currencies/cryptocurrency-mining-farms>. Acesso em 12 fev. 2021.

buidos²⁸. Pode-se dizer que as *Distributed Ledger Technologies* contêm 5 (cinco) elementos essenciais: distribuição em rede, criptografia, imutabilidade (obtida pelos algoritmos de consenso), tokenização e descentralização²⁹. Imagine que uma empresa possua um servidor composto por dezenas, centenas ou milhares de computadores dispostos como um banco de dados com todas as informações das contas dos clientes, fornecedores, parceiros comerciais, funcionários, ativos financeiros e patrimoniais, linhas de montagem, estoque de produtos, dados de logística, etc. Essa empresa possui uma estrutura com todos esses computadores sob o mesmo teto e tem controle total de cada um deles e de todas as informações neles contidas. A característica distributiva da nova tecnologia significa que cada computador ou grupo de computadores que integra a rede (o nó ou nós), ainda que em localizações geográficas diferentes, armazena os blocos integrais de informações. Se ocorrerem defeitos, suspensões, interrupções ou danos em alguns nós, as informações armazenadas nesse formato de distribuição não serão perdidas; podem ser facilmente recuperadas. Se um nó tiver um erro em seus dados, ele pode usar os milhares de outros nós como pontos de referência para se corrigir. Nesse caso, a distribuição constitui uma camada de proteção da rede frente aos ataques cibernéticos direcionados ou falhas desastrosas.

A descentralização implica dizer que a rede distribuída não é controlada, com exclusividade, por um poder, órgão, entidade, instituição ou administrador central. Se um usuário adulterar o registro de transações e de eventos, todos os outros nós farão referência cruzada entre si e facilmente identificarão o nó com as informações incorretas. Esse sistema ajuda a estabelecer uma ordem exata e transparente dos eventos, tornando-a imutável e indiscutível. Em razão do consenso que deve imperar na rede descentralizada e distribuída, caracterizado pelo uso de algoritmos complexos e criptografia, as adulterações, contrafações e fraudes são afastadas, ampliando e solidificando a confiança que deve imperar no sistema. Em relação ao problema apresentado – unificação de sistemas de dados de antecedentes criminais –, a solução seria a adoção do sistema de *permissioned ledgers* ou *permissioned blockchains*³⁰. Ao contrário dos *Blockchains* públicos, os *ledgers* permitidos fornecem um nível adicional de segurança em relação aos sistemas de *Blockchain* típicos, dos quais

28 Disponível em: <https://hedera.com/learning/what-is-asynchronous-byzantine-fault-tolerance-abft>. Acesso em 12 fev. 2021.

29 RAUS, M. HILEMAN, G. Blockchain technology and distributed ledger technology (DLT) in business. Disponível em: <https://www.i-scoop.eu/blockchain-distributed-ledger-technology/>. Acesso em 12 fev. 2021.

30 FRANKENFIELD, J. Permissioned Blockchains. Disponível em: <https://www.investopedia.com/terms/p/permissioned-blockchains.asp#:~:text=What%20is%20a%20Permissioned%20Blockchain,from%20public%20and%20private%20blockchains>. Acesso em 12 fev. 2021.

qualquer indivíduo pode participar, porquanto exigem uma camada de controle de acesso para garantir a tríade de proteção: confidencialidade, integridade e disponibilidade dos dados.

Um registro ou livro-razão permitido é uma espécie de rede descentralizada em que os participantes já são conhecidos e, ao menos em tese, confiam uns nos outros. Os *permissioned ledgers* não precisam usar, necessariamente, um mecanismo de consenso distribuído. Em vez disso, um protocolo de acordo é usado para manter uma versão compartilhada da verdade (ou realidade) sobre o estado dos registros no *Blockchain*. Nesse caso, para a verificação de transações na cadeia de blocos, todos os verificadores já são pré-selecionados por uma autoridade central e normalmente não há necessidade de um mecanismo de mineração. Portanto, o conceito de *Blockchain* ou de *Distributed Ledger Technology* não se resume às redes descentralizadas públicas e de acesso irrestrito³¹. Alguns projetos de redes de *Distributed Ledger Technology* demandam permissões especiais dos usuários (nós) para ler, acessar e gravar informações nelas. Nesse caso, a configuração intrínseca da *Distributed Ledger* controla as transações dos participantes e define as funções em que cada participante pode acessar e contribuir com a rede descentralizada, assim como exige a identificação e a autenticação dos usuários. Essa configuração “permissionada” da rede descentralizada privada se mostra ideal e adequada à proteção, à segurança, à autenticidade, à integridade e à disponibilidade dos registros, dados e informações relativos aos antecedentes criminais, preservando o sistema contra invasões cibernéticas, acessos indevidos, imprecisão de informações e vazamentos ilegais de dados prejudiciais aos direitos constitucionais à intimidade, à imagem e à vida privada dos cidadãos.

5. Da aplicação da nova arquitetura de rede aos antecedentes criminais

Por óbvio que a arquitetura descentralizada e distribuída, nesse caso, não pode ser classificada como anárquica ou caótica. Nada impede a criação de sistemas democráticos de governança, com a participação de todos os atores, participantes e interessados no sistema. Nesse compasso, sugerem-se, como *nodes* (nós ou participantes permitidos) da rede distribuída e descentralizada, os órgãos das Polícias Cíveis e Militares dos Estados e do Distrito Federal, da Polícia Rodoviária Federal, da Polícia

31 BASHIR, I. *Mastering Blockchain: Distributed Ledger Technology, Decentralization, and Smart Contracts Explained* (English Version). Birmingham, United Kingdom: Packt Publishing Ltd, 2018. p. 33.

Federal, dos Ministérios Públicos dos Estados e da União, das Justiças Estaduais, das Justiças Federais e dos Tribunais Superiores, do Conselho Nacional do Ministério Público e do Conselho Nacional de Justiça. Os acessos, os registros, as operações e as pesquisas unificadas ou específicas somente poderiam ocorrer por usuários cadastrados, plenamente identificados e autenticados por técnicas ou procedimentos multifatoriais (MFA)³². Seria relevante que o Conselho Nacional de Justiça, ouvindo as sugestões e experiências dos participantes, regulamentasse as plataformas, a distribuição de aplicativos e *softwares*, as regras, os critérios e os limites de utilização pelos usuários (nós), as responsabilidades, as auditorias, o monitoramento, a supervisão, o gerenciamento dos dados e os algoritmos para obtenção de consenso dos integrantes. É curial sublinhar que a padronização do conteúdo dos dados digitais é de extrema importância para a estabilização e a eficiência da rede.

Ao final desse planejamento, ter-se-á uma rede escalável e unificada, alimentada e acessível em tempo real, incrementando as ferramentas de pesquisa e de investigação de antecedentes criminais. Outrossim, a rede distribuída permitirá o compartilhamento e o escalonamento do uso do poder computacional e da capacidade operacional dos complexos algoritmos e criptografias utilizados pelos participantes (nós), gerando economia de recursos financeiros e de energia. Enfatiza-se que a totalidade das informações estará presente em cada nó, facilitando o planejamento de *backups* dos dados armazenados e compartilhados. Assim, na hipótese de um nó (participante) ser atingido por um ataque cibernético persistente, os outros nós (participantes) continuarão em operação e poderão auxiliar na recuperação dos danos, sem o comprometimento da integridade dos dados. Como exposto nos meios de comunicação, o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal Superior Eleitoral, assim como outros órgãos públicos, foram alvos de recentes ataques cibernéticos direcionados por agentes maliciosos, resultando em danos materiais, tais como perda de dados, vazamento de informações, comprometimento de sistemas, suspensão de atividades, etc.³³

32 A autenticação multifator (MFA) fornece um elemento construtivo de segurança em camadas, exigindo que os usuários provem suas identidades usando dois ou mais métodos de verificação antes que possam ser autenticados. Dessa forma, se um fator for comprometido ou quebrado, o atacante ainda terá pelo menos mais uma barreira a ser violada antes de invadir o alvo. A maioria das implementações de autenticação multifatorial utiliza pelo menos dois fatores de autenticação. Por isso, às vezes também é referido como autenticação de dois fatores ou 2FA. Disponível em: <https://www.onespan.com/pt-br/topics/autentica%C3%A7%C3%A3omultifatorial>. Acesso em 12 fev. 2021.

33 No dia 20 de novembro de 2020, noticiou-se que um ataque cibernético realizado por “hackers” contra os sistemas informáticos do Superior Tribunal de Justiça (STJ), órgão de terceira instância do Brasil, deixou funcionários sem acesso a processos, correio eletrônico e sistemas internos. Disponível em: <https://observador.pt/2020/11/06/superior-tribunal-de-justica-do-brasil-e-alvo-de-pirataria-cibernetica/>. Acesso em

Essa nova arquitetura de rede, descentralizada e distribuída ponto a ponto, se caracteriza pela resiliência da infraestrutura aos ataques cibernéticos e aos desastres materiais ou digitais, ao contrário do que ocorre com a arquitetura centralizada ou concentrada em um único banco de dados controlado por um agente. Essa velocidade de produção, armazenamento, compartilhamento e acesso às informações unificadas, ainda que em uma rede distribuída, resultaria em economia de tempo, de recursos humanos, financeiros e materiais, tornando as decisões extrajudiciais e judiciais mais precisas e eficientes. Essas informações poderiam incrementar a eficiência das atividades de todos os integrantes do sistema de registros distribuídos. Pode-se pensar que se tornaria, também, um eficiente instrumento para a localização de investigados ou réus reincidentes e foragidos de outras regiões, garantindo a celeridade na revogação de transações penais, suspensões condicionais do processo, acordos de não persecução penal, livramento condicional, etc., favorecendo, inclusive, a citação pessoal e a retomada de inquéritos policiais ou processos que se encontram paralisados. O tratamento dos dados de antecedentes e registros criminais (extrajudiciais e judiciais) é fundamental para que, em um momento crítico de descoberta de processos em outras unidades da federação, todos os integrantes tenham ciência e acesso às pesquisas, e, com a utilização de aplicativos ou recursos de inteligência artificial e/ou *machine learning*, as informações mineradas ou prospectadas sejam compartilhadas e comunicadas aos interessados em tempo real. Assim, se a rede identificar um acesso de pesquisa ou inserção de novos dados, revelando antecedentes criminais em outras unidades da federação, essas unidades (participantes) devem ser científicadas imediatamente, para que essas informações possam ser tratadas de maneira mais eficiente e sejam produtivas para todos. Parte-se do pressuposto de que os dados devem sempre circular em fluxos distribuídos, de modo que um Estado-membro ou a União tenham ciência, e os respectivos órgãos interessados possam usufruir das informações compartilhadas simultaneamente.

Cabe formular outro exemplo hipotético. Indivíduo B é preso em flagrante delito, na Comarca de Uberlândia-MG, pela prática de crime de embriaguez ao volante (art. 306 da Lei n.º 9.503/97). Em uma rede descentralizada de registros distribuídos, o Delegado de Polícia, no plantão, descobre que o indivíduo B possui um processo paralisado pela suspensão

12 fev. 2021. Ainda nos meses de outubro e novembro de 2020, investigações, realizadas pela Polícia Federal com a colaboração do TSE, apontam que a invasão aos sistemas do tribunal provavelmente ocorreu em data anterior a 1º de setembro e teria partido de Portugal. Porém, ainda não há precisão sobre a data. A investigação aponta que o grupo conseguiu acessar dados de 2020 relativos a informações de funcionários do tribunal. Veja mais em: <https://noticias.uol.com.br/eleicoes/2020/11/28/pf-ataque-hacker-sistema-do-tse.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em 12 fev. 2021.

condicional do processo na Comarca de Montes Claros-MG. O Delegado de Polícia insere o flagrante delito no sistema (ou o inquérito policial) e os dados são remetidos, automaticamente, ao Juízo da Vara Criminal da Comarca de Montes Claros-MG e ao Promotor de Justiça oficiante nos autos suspensos, os quais utilizarão essas informações para análise da revogação do benefício de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89, § 4º, da Lei n.º 9.099/95. Inegável é que essa realidade digital aumentaria os mecanismos de controle processual, impedindo a proliferação da impunidade e a demora da resposta da lei penal. Não seria um simples cruzamento ou encontro fortuito de informações. Pela nova tecnologia, é possível a circularidade ativa dos dados criminais, de modo a incrementar a eficiência da atuação de todos os participantes da rede. Aliás, sobre a base das *Distributed Ledgers Technologies*, há projetos de distribuição de aplicativos, não se restringindo os bancos de dados descentralizados à operação ou à pesquisa meramente passiva. A rede mais eficiente é aquela que se mostra dinâmica e ativa no desempenho das tarefas programadas para se atingir, no menor prazo e com economia de recursos, os fins propostos. É inarredável que o planejamento da integração cibernética de banco de dados contribui para a coordenação das atividades de segurança pública.

6. Conclusão

Destarte, o sistema jurídico-penal brasileiro não poderá, em plena revolução digital, se manter no ritmo anacrônico, analógico, moroso e ineficiente, que tanto contribui para a impunidade, o aumento do volume processual nas Varas Criminais e nos Tribunais, o desperdício de recursos públicos ou mesmo para a prática de injustiças. Na realidade do mundo forense nacional, as folhas de registros de inquéritos policiais e procedimentos investigatórios, mormente elaboradas pelas Secretarias de Segurança Pública dos Estados-membros ou por órgãos da União, não são intuitivas e produtivas na circulação e compreensão das informações e, com certa frequência, contrastam com as informações do Poder Judiciário, revelando desnecessária e preocupante assimetria de dados. Em se tratando de transformação digital, não faz sentido que os órgãos e atores que participam do Direito Processual Penal permaneçam como ilhas distantes, desagregadas, contraditórias e ineficientes no compartilhamento de dados de antecedentes criminais. Conquanto se reconheça que as *Distributed Ledger Technologies* se encontram em estágio de maturação tecnológica, os múltiplos projetos em andamento se revelaram

promissores e extremamente confiáveis, motivo justificado para que o Ministério Público Nacional, o Poder Judiciário e os órgãos de segurança pública unam forças para o planejamento e o desenvolvimento de um sistema próprio e eficaz, dando os primeiros passos rumo à transformação digital e ao compartilhamento interinstitucional dinâmico de dados de antecedentes criminais.

7. Referências

ALONSO, M. Blockchain for a Better Government. TEDxUCLA. Youtube. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=4x3Qsc36wQc>. Acesso em 12 fev. 2021.

BASHIR, I. *Mastering Blockchain: Distributed Ledger Technology, Decentralization, and Smart Contracts Explained* (English Version). Birmingham, United Kingdom: Packt Publishing Ltd, 2018.

BOSCH GLOBAL. Chain Reaction: Distributed Ledger Technologies (DLT) Explained. Youtube. Disponível em: https://www.youtube.com/results?search_query=bosch+blockchain. Acesso em 12 fev. 2021.

BUTERIN, V. A Next Generation Smart Contract & Decentralized Application Platform. Disponível em: https://www.the-blockchain.com/docs/Ethereum_white_paper-a_next_generation_smart_contract_and_decentralized_application_platform-vitalik-buterin.pdf. Acesso em 12 fev. 2021.

DECUYPER, X. Simply Explained. *Playlist*. Youtube. Disponível em: <https://www.youtube.com/playlist?list=PLzvRQMj9HDI5bvXWQ7OdgVccdr7Wni5Qw>. Acesso em 12 fev. 2021.

FRANKENFIELD, J. Permissioned Blockchains. Disponível em: <https://www.investopedia.com/terms/p/permissioned-blockchains.asp#:~:text=What%20Is%20a%20Permissioned%20Blockchain,from%20public%20and%20private%20blockchains>. Revisado por Julius Mansa em 30 jun. 2020. Acesso em 12 fev. 2021.

HEDERA HASHGRAPH. Webinar Series DLT and Blockchain in the Real World. Youtube. Disponível em: <https://www.youtube.com/playlist?list=PLcaTa5RR9SuBM7cJswXeNS1Aajs1Qo8Da>. Acesso em 12 fev. 2021.

LILJEQVIST, I. What is Hashgraph and is it Replacing Blockchain? Programmer explains. Video-aula. Youtube. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Sul4DN2dA4E>. Acesso em 12 fev. 2021.

MAGNUSON, W. *Blockchain Democracy: technology, law and rule of the crowd*. Cambridge, United Kingdom; New York, NY, USA: Cambridge University Press, 2020. Acesso em 12 fev. 2021.

NAKAMOTO, S. *Bitcoin: a peer-to-peer electronic cash system*. Disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Acesso em 12 fev. 2021.

NITESH, S.; BOTHRA, J.; KOTHALE, S. Blockchain Based Data Sharing Framework. *International Research Journal of Engineering and Technology* (IRJET), 2018. Vol. 05. Issue: 12. Disponível em <https://www.irjet.net/archives/V5/i12/IRJET-V5I12268.pdf>. Acesso em 12 fev. 2021.

OLIVEIRA, A. A. G. Blockchain Anticorrupção. JOTA. Publicado em 06 mar. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/>. Acesso em 12 fev. 2021.

PALANCA, T. Dados, um valioso commodity. Disponível em: <https://medium.com/bionexo/dados-um-valioso-commodity-29ed81bdbb15>. Acesso em 12 fev. 2021.

RAUS, M. HILEMAN, G. Blockchain technology and distributed ledger technology (DLT) in business. Disponível em: <https://www.i-scoop.eu/blockchain-distributed-ledger-technology/>. Acesso em 12 fev. 2021.

SHRESTHA, A.K.; VASSILEVA, J.; DETERS, R.A. Blockchain Platform for User Data Sharing Ensuring User Control and Incentives. *Front. Blockchain* 3:497985. doi: 10.3389/fbloc.2020.497985. Disponível em: <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fbloc.2020.497985/full>. Acesso em 12 fev. 2021.

TAURION, C. Blockchain: o tsunami que está chegando! TEDxPetrópolis.Youtube. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=AYrIGf9meAE>. Acesso em 12 fev. 2021.

VAIZEY, E. HANCOCK, M. Distributed Ledger Technology: Beyond Blockchain. A report by the UK Government Chief Scientific Adviser. Government Office for Science. Relatório disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/492972/gs-16-1-distributed-ledger-technology.pdf. Acesso em 12 fev. 2021.

XAVIER, F. C. O Dilema da Votação Eletrônica. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/votacao-eletronica-eleicoes-03122020>. Acesso em 12 fev. 2021.

RENATO TEIXEIRA REZENDE

Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado de Minas Gerais.



**RESPONSABILIDADE 360 GRAUS
DANOS MORAIS COLETIVOS EM SENTENÇAS PENAIS
CONDENATÓRIAS POR CRIMES EM QUE A ÚLTIMA É A SOCIEDADE:
(IM)POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO A TÍTULO DE
REPARAÇÃO MÍNIMA DOS DANOS CAUSADOS PELO DELITO**

**360 DEGREES LIABILITY. COLLECTIVE MORAL DAMAGES
IN CRIMINAL SENTENCES WHICH THE VICTIM IS THE SOCIETY:
(IM)POSSIBILITY OF FIXING AS A
MINIMUM REPARATION OF THE DAMAGES CAUSED BY THE CRIME**

WILLIAM GARCIA PINTO COELHO

Promotor de Justiça

MARCOS PAULO DE SOUZA MIRANDA

Promotor de Justiça

PALOMA COUTINHO CARBALLIDO

Promotora de Justiça

RODRIGO ANTONIO RIBEIRO STORINO

Promotor de Justiça

Resumo: A possibilidade de fixação de danos morais coletivos em sentenças penais condenatórias por crimes de que a sociedade é vítima, a partir da aplicação do artigo 387, IV, do Código de Processo Penal, tem sido a resposta jurídica ao cometimento destes crimes proporcional ao grave resultado social por eles ocasionado. Postas as premissas da necessidade de responsabilidade multifuncional para a promoção do processo penal coletivo pelo critério da equidade em duas fases – geral e individualizada –, utilização analógica à dos parâmetros previstos no artigo 59 do Código Penal, é possível definir-se a real dimensão coletiva do dano causado, a culpabilidade do agente, sua posição socioeconômica e o abalo ao bem jurídico tutelado.

Palavras-chave: Aplicabilidade coletiva do artigo 387, IV, do Código de Processo Penal; Dano moral coletivo; Processo Penal Coletivo; Funções da responsabilidade no processo penal.

Abstract: The possibility of fixing collective pain and suffering in criminal convictions for crimes of which society is a victim, from the application of article 387, IV, of the Code of Criminal Procedure, has been the legal response to the commission of these crimes proportional to the serious social result caused by them. Given the assumptions of the need for multifunctional responsibility for the promotion of collective criminal proceedings by the criterion of equity in two phases – general and individual –, using analogous to the parameters provided for in article 59 of the Penal Code, it is possible to define the real collective dimension the damage caused, the agent's culpability, his socioeconomic position and the damage to the protected legal interest.

Keywords: Collective applicability of article 387, IV of the Code of Criminal Procedure; Collective moral damage; Collective Criminal Procedure; Liability functions in criminal proceedings.

Sumário: 1. Introdução. 2. Responsabilidade 360 graus. 3. Função reparatória na responsabilidade penal. 4. Ensaio para a fixação dos danos morais coletivos em sentenças penais condenatórias de sujeição passiva massificada. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução

O objetivo deste estudo é investigar a possibilidade de fixação de danos morais coletivos, a partir da aplicação do artigo 387, IV do Código de Processo Penal, em sentenças penais condenatórias por crimes de que a sociedade é vítima de maneira difusa ou coletiva em sentido estrito como, por exemplo, tráfico de drogas, lavagem de capitais e organização criminosa.

A relevância científica de espriar de modo técnico o processo penal torna-o um fator de proteção coletiva ao procurar conferir parâmetros de resposta jurídica proporcional ao grave resultado social oriundo desses crimes, em especial sob a óptica econômica, haja vista ser a questão financeira vetor preponderante para a tomada de decisão quanto à prática de ilícitos estruturados.

A premissa de que a condenação a pena privativa de liberdade é esperada ou admitida no cálculo racional de custo-benefício dos autores destas infrações, pelo que sua aplicação isolada representa insuficiência na resposta estatal para alcançar desejado efeito dissuasivo, necessita de reação articulada do Estado para alcançar os ganhos espúrios oriundos dos crimes de sujeição passiva coletiva, revertendo estes ativos em favor da sociedade ofendida.

De forma objetiva, o histórico na seara da responsabilidade, suas espécies e funções reparatória, preventiva e punitiva será contextualizado no artigo 387, IV, do Código de Processo Penal como exemplo da denominada “responsabilidade 360 graus”, ou seja, de resposta jurídica multifuncional e integral, em momento e instrumento único, sobre fato com repercussão coletiva e em ramos diversos do direito.

Neste artigo científico questiona-se conceituação, objetivos e aplicabilidade nas searas coletiva, civil e penal do dano moral em favor da sociedade brasileira, nas sentenças penais condenatórias por crimes de sujeição passiva massificada, a título de reparação mínima dos danos causados pela infração.

O marco teórico da pesquisa é quando os autores abordam a responsabilidade multifuncional na seara coletiva como mecanismo de defesa social a partir de resposta proporcional do direito às condutas de potencial dano em massa.

Pelo método dedutivo, partindo-se de concepções da responsabilidade em sentido genérico, delimita-se a responsabilidade multifuncional no processo penal coletivo.

2. Responsabilidade 360 graus

A canção *Como uma onda*, interpretada por Lulu Santos, representa analogicamente a compreensão do direito como ciência em constante movimento na sua perene relação de interdependência com os fatos sociais.

Conforme a *Teoria da modernidade líquida*, de Zigmunt Bauman, a mudança nos valores, comportamentos e dinâmicas da sociedade contemporânea complexa, globalizada, plural e tecnológica é tão dinâmica que pode ser representada de modo figurado por líquidos que rapidamente conseguem percorrer diversos caminhos num contexto em que o direito, como ciência social fulcral para a organização e pacificação da sociedade, necessita de acompanhar no mesmo ritmo as mudanças sociais. (LEMOS JÚNIOR, Eloy Pereira; SILVA, Fátima Cristina da, 2016, p. 915)

Uma ciência jurídica meramente formal, simbólica, dissociada da realidade, não é capaz de alcançar a sua finalidade central de ordenar a coletividade. Assim, não basta previsão normativa para que o direito cumpra o seu papel. A ciência jurídica deve ir além, para modificar positivamente a realidade social, prevendo proporcionais consequências àqueles que descumpram as normas.

Nessa lógica, diante da prática estruturada e reiterada de crimes com ampla repercussão social negativa, é necessário que o processo penal assuma perfil de proteção coletiva, conferindo resposta que perpassa não só a aplicação da pena criminal restritiva da liberdade, mas também a compensação financeira dos prejuízos coletivos causados pela prática das infrações.

No contexto de uma macrocriminalidade organizada e estruturada que vise à compensação econômica a seus autores, os quais utilizam parcela do proveito ilícito em benefício próprio e outra parcela no reinvestimento para a criminalidade, há ônus sociais diversos. Por isso, é fundamental a compreensão do fenômeno criminológico e a resposta estatal à lógica de reparação à sociedade pelos prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais

sufridos, a fim de que as sanções financeiras tenham o potencial de inibir condutas semelhantes que impactem no cálculo de custo-benefício de agentes criminosos racionais.

É justamente o enfoque financeiro a resposta estatal que conforma a ideia esposada na “Responsabilidade 360 Graus”, cuja proposta representa consequência integral e proporcional à prática delituosa de sujeição passiva coletiva como necessidade.

A responsabilidade é um ramo do direito que tem a missão de acompanhar as modificações e as aspirações da sociedade, de modo a influenciar a convivência entre as pessoas nessa seara em que são delineadas as consequências em caso de violação do ordenamento jurídico. Trata-se de divisão gestora dos comportamentos sociais, pois essa disciplina jurídica tem a missão de balancear a relação direito-sociedade ao prever respostas aos desvios comportamentais.

Sérgio Cavalieri Filho (2010), ao explicar a origem da responsabilidade, aduz que essa disciplina é uma abóbada que concentra e amarra toda a estrutura jurídica. É um ramo autônomo da ciência jurídica advindo da teoria geral do direito com a função precípua de garantir a efetividade das normas.

A responsabilidade nasceu arraigada à ideia de culpa, com a imposição de sanção àquele que cometeu ato ilícito, reparação do dano à vítima e prevenção a condutas semelhantes. Punitiva, reparatória e preventiva, afirma-se multifuncional, pensada prioritariamente pela óptica individual da relação vítima-autor do dano. Ressalte-se que nesse período o ilícito era conglobado, sem a separação formal entre civil e penal, servindo como resposta unísona a condutas contrárias ao direito nas multifunções de reparar o lesado, punir o autor do ilícito e prevenir as práticas semelhantes. (ZOPPINI, 1991, p. 20)

Embora de origem multifuncional, a responsabilidade passou a ter uma dicotomia histórica entre civil e penal. É que a sociedade romana, ainda no período arcaico, reclamava atuação mais rígida do Estado em face dos ilícitos de maior gravidade. O direito, em resposta a esse pleito social, delegou a responsabilidade civil à tutela do dano, sob a função reparatória à vítima que comprovasse ter sofrido prejuízo; e a responsabilidade penal à tutela do crime, sob a função punitiva (e preventiva) materializada na pena aplicada pelos órgãos do Estado, verdadeira sanção pública imposta no interesse da coletividade.

Nessa relação dicotômica, a responsabilidade civil meramente reparatória e individual preocupava-se apenas com a relação jurídica entre a vítima e o autor do dano, enquanto as funções punitiva e preventiva coletivas da responsabilidade eram direcionadas à seara penal.

A função reparatória, que tem como objetivo fulcral proporcionar ao lesado o retorno ao estado anterior ao dano, é o elemento essencial à incidência de responsabilização. Contudo, de modo isolado passa por crise ética diante de sua insuficiência em um mundo de ilícitos com efeitos massificados. Ademais, a lógica constitucional de 1988 inaugurou, na tutela de direitos fundamentais, responsabilidade multifuncional como mecanismo de efetiva proteção coletiva.

A função preventiva consubstancia-se em dissuasão de condutas de risco e/ou perigo. O objetivo é o de evitar ou cessar o dano. Assim, o perfil híbrido – individual e coletivo – tem como elemento central a conduta¹. Essa função tem como fundamento os princípios da prevenção e da precaução oriundos da doutrina de Hans Jonas (2006, p. 77) diante das incertezas que marcam a sociedade contemporânea: “é necessário dar mais ouvidos à profecia da desgraça do que à profecia da salvação”.

Os princípios da prevenção e da precaução aplicam-se ao direito brasileiro por força da combinação entre os artigos 3.º, inciso I, 5.º, inciso XXXV, e 6.º, *caput*, da Constituição da República (BRASIL, 1988) para materializar a construção de uma sociedade solidária que expurgue ameaças a direitos e consagre, de maneira individual e coletiva, a segurança de seus componentes.

Os *restatements* representam característica do direito norte-americano, pois são compilações específicas e sistêmicas elaboradas pela American Law Institute, organização privada formada por professores, advogados e magistrados, entre outros, na qual se criam comissões especializadas com o objetivo de desenvolver temática em uma seara selecionada. Os resultados dos estudos e deliberações se materializam em codificações setoriais que, independentemente de lei em sentido formal e de jurisprudência, influenciam. Na realidade, é uma obra doutrinária atenta aos acontecimentos sociais, e representa denso fator de unificação do direito. Tal iniciativa começou em 1923, e periodicamente novos *restatements* são publicados ou atualizados. (SILVEIRA, Alípio, 1962, p. 8-22)

Essa peculiaridade de fortalecimento da doutrina como fonte do direito também é observada no Brasil, haja vista a reunião periódica de operadores perante o Conselho da Justiça Federal para elaborar enunciados setorializados tendentes a influenciar e a uniformizar as decisões judiciais na temática selecionada.

1 O recall de veículos é exemplo de prática da função preventiva da responsabilidade civil, pois ao detectar-se o defeito em um grupo de veículos, independentemente da ocorrência de dano, o autor é responsável em fazer cessar a situação de perigo/risco por ele causada.

Já a função punitiva, consagrada mundialmente na expressão *punitive damages*, cujo conceito extraído das lições de Paula Meira Lourenço (2002, p. 1.030) se valeu do *Restatement (second) of torts*, § 908, de 1979, do direito norte-americano, define-se como indenização não compensatória ou nominal concedida contra uma pessoa e outras como ela para **puni-las** ou **dissuadi-las** de praticarem condutas ultrajantes no futuro (grifo nosso).

Extrai-se do conceito de *punitive damages* que as condutas geradoras praticadas com dolo ou culpa grave são causadoras de potenciais danos com repercussão em massa. De perfil sancionatório e de precaução especial e geral, a função punitiva evidencia resposta proporcional à tutela de relações jurídicas massificadas, coletivizando e trazendo traço de solidariedade à responsabilidade que se coaduna ao perfil de proteção traçado pelo constituinte e lhe permite o reconhecimento.

Considera-se que aqueles bens a proteger são mínimos, como mínimas também são as formas de proteção ali insculpidas à reparação pelos danos patrimoniais e morais. Lembre-se de que vige, quanto à interpretação dos direitos fundamentais, o princípio da máxima eficácia, justamente a via de acesso às novas funções da responsabilidade civil àqueles direitos que, por seu conteúdo e relevância, se equiparam aos do catálogo para serem efetivamente priorizados e protegidos. (VAZ, 2009, p. 88)

Postas as características básicas de cada uma das funções da responsabilidade e a dicotomia histórica entre responsabilidade civil e penal, compreende-se a motivação do desenvolvimento de teorização jurídica civilista tradicional de caráter individualista e limitada ao valor do dano, ao passo que o direito penal, de origem coletiva e com funções preventiva e punitiva, centra-se de modo profundo e controvertido no elemento conduta, haja vista a importância do dolo e culpa para a caracterização das condutas criminosas.

Ocorre que o risco e as incertezas resultantes da sociedade contemporânea incrementam a crise da responsabilidade a funções estanques. Isso porque essa formatação histórica se tornou insuficiente à dinamicidade por que passa a revolução tecnológica geradora da globalização.

Hoje, os mais variados fatores econômicos, mercadológicos, consumeristas e de criminalidade estão conectados em tempo real e apresentam, de um lado, benefícios como a aproximação e a comunicabilidade entre as pessoas em todo o globo terrestre, de maneira imediata. De outro lado, criam-se riscos na mesma proporção, pois a conexão global é geradora de efeito bumerangue que permite avanço administrativo e financeiro de sofisticados esquemas de ocultação e dissimulação patrimonial das organizações criminosas, desafiando o direito a instituir mecanismos eficientes a seu combate.

Apesar do histórico caráter coletivo da responsabilidade penal, agreguem-se a esta modalidade as funções reparatória, preventiva e punitiva sob o aspecto econômico, pois a resposta estatal tradicional de privação de liberdade de modo isolado se tornou insuficiente. Aliás, a organização delituosa apenas substitui o ator preso, mantendo sua integridade estrutural, financeira e de atuação.

Exemplo alvissareiro de estratégia estatal para o combate à criminalidade organizada em Minas Gerais é o Comitê Interinstitucional para Recuperação de Ativos (CIRA). Trata-se de força-tarefa do Ministério Público, Poder Judiciário e Poder Executivo integrada, entre outros órgãos, pela Secretaria de Estado de Fazenda, Secretaria de Justiça e Segurança Pública, Advocacia Geral do Estado, Polícia Civil. Pioneiro no Brasil e inspirador de modelos semelhantes em mais de uma dezena de estados da Federação, tal comitê recuperou dos ativos desviados dos cofres públicos mineiros, entre 2019 e 2020, direta ou indiretamente, o valor aproximado de 1,8 bilhão de reais.

Essa articulada integração entre os órgãos estatais evidencia resposta organizada à criminalidade no mercado de consumo advinda de ilícitos heterogêneos estruturados notadamente por esquemas sofisticados de sonegação fiscal que permite melhores preços, em detrimento da boa-fé que está sob a égide do direito de seus concorrentes.

A atuação interna do Ministério Público de Minas Gerais no referido comitê se dá pelo Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa da Ordem Econômica e Tributária (Caoet). Seus promotores naturais devolvem aos cofres públicos bilhões de reais a serem investidos nas mais variadas políticas públicas e combatem a lavagem de dinheiro advinda da ocultação, dissimulação e desvio de bens e valores. Para além dos casos de investigação à sonegação fiscal, o fortalecimento e a ampliação do Laboratório de Tecnologia contra Lavagem de Dinheiro (LAB-LD) desestabilizam os fundamentos econômicos relacionados à macrocriminalidade corporativa, política e violenta de organizações criminosas por meio do rastreamento e da recuperação dos valores ilícitos.

Ainda que de modo transversal, a participação do Caopp, Caocrim e Gaeeco, entre outros órgãos, é destaque para o sucesso das investigações financeiras àqueles que se organizam para o cometimento de crimes e, paralelamente, aprofundam estratégias e metodologias para a lavagem de dinheiro.

Em outras palavras, a tradicional privação de liberdade somada às sanções financeiras potencializa a dimensão dissuasiva da prática de crimes que

visam a benefícios eminentemente econômicos, exemplo prático de “Responsabilidade 360 Graus” na esfera criminal implementado graças à função reparatória instituída pelo artigo 387, IV, do Código de Processo Penal.

3. Função reparatória na responsabilidade penal

Na complexa sociedade contemporânea, a crescente velocidade da evolução tecnológica e do fluxo de informação necessita de conglobação de funções à responsabilidade de oferecer resposta jurídica integral para melhor proteção social, em momento e instrumento únicos, sobre fato com repercussão em ramos diversos.

Não há mais que se falar na dicotomia civil-penal, pois a reaproximação para tutela integral do dano e das condutas criminosas configura avanço da ciência jurídica em atenção aos anseios da dinâmica sociedade de hoje.

Essa conglobação de funções refletida nas normas brasileiras, de um lado, cabe ao direito penal, pelas históricas funções punitiva e preventiva à tutela reparatória das vítimas². De outro lado, o direito civil em sentido lato (extrapenal) repara o dano e impõe sanções por comportamentos indesejados pelo direito³.

A imposição de penalidades, função do direito tanto na seara penal quanto na extrapenal, encontra parâmetros normativos para não perdurar a ideia de que o direito sancionador é exclusivo da seara criminal.

Não se nega que o embasamento histórico do direito brasileiro seja romano-germânico, de origem na *civil law*. Contudo, na mesma lógica da conglobação que uniu as funções da responsabilidade na seara civil ou criminal, há possibilidade de adoção de outros mecanismos jurídicos que atendam aos interesses sociais aplicados à realidade brasileira típicos da *commom law*, o que agrega modelos de diferentes origens para melhor

2 Como na composição civil dos danos prevista no artigo 74 da Lei 9.099 (BRASIL, 1995), no arrependimento posterior (artigo 16 do Código Penal), para diminuição da pena (art. 65, III, “b” do Código Penal), no livramento condicional (art. 83, IV, do Código Penal) e na reabilitação (art. 94, III, do Código Penal), nos quais a reparação do dano à vítima representa um dos requisitos para alcance dos citados benefícios, e no *sursis* (artigo 78, § 2.º, do Código Penal) é uma das condições para a suspensão da pena (BRASIL, 1940).

3 Como nos juros de mora (art. 395 do Código Civil; BRASIL, 2002), cláusula penal (art. 408 do Código Civil; BRASIL, 2002), arras (art. 418 do Código Civil; BRASIL, 2002) e penas civis fora do Código Civil, como no pagamento em dobro do valor indevidamente cobrado previsto no artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) e na possibilidade de imposição de multa diária (*astreintes* – art. 537 do Código de Processo Civil; BRASIL, 2015). Ademais, relembrem-se as sanções extrapenais do microsistema de combate à corrupção com previsão no artigo 12 da Lei 8.429 (BRASIL, 1992) e no artigo 19 da Lei 12.846 (BRASIL, 2013).

proteção coletiva. Nos últimos tempos, diversos doutrinadores têm chamado a atenção para um processo de aproximação entre as famílias *civil law* e *common law*. Os países filiados ao Direito da família *common law* legislam cada vez mais. Em contrapartida, os Estados de tradição *civil law* têm introduzido em seu ordenamento jurídico a força vinculante dos precedentes judiciais. Destaque-se que, com o surgimento do Constitucionalismo, os países de *civil law* passaram a atribuir mais importância à jurisprudência como fonte do Direito, ao mesmo tempo que os países de *common law* passaram a dar mais relevo à lei. (LEMOS JÚNIOR, BATISTA, 2018, p. 50-63)

Essa aproximação materializa no direito brasileiro, que adota atualmente institutos jurídicos de origem na *common law*, como as súmulas vinculantes e os incidentes de resolução de demandas repetitivas⁴, a valorização dos precedentes na ordem jurídica brasileira do papel delegado aos órgãos e aos poderes públicos de efetivação de direitos fundamentais.

Nesse cenário de bases distintas e de reunificação das funções da responsabilidade, a Lei 11.719/2008 e o artigo 387, IV, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) dão a possibilidade de o juiz, ao proferir sentença penal condenatória, considerar os prejuízos sofridos pelo ofendido para fixar o valor mínimo para os danos causados pela infração.

Leitura do artigo 387, IV, do Código de Processo Penal, a partir do artigo 5.º, V e X, da Constituição da República de 1988, permite prever que a reparação engloba as espécies dano material e dano moral. No material, não há polêmica quanto à função e à forma de fixação. Busca-se o retorno da vítima ao estado anterior ao dano, com limitação da indenização ao prejuízo efetivamente sofrido nos moldes da regra constante no artigo 944 do Código Civil. (BRASIL, 2002)

O panorama é distinto, porém, no que tange à função e à forma de quantificação do dano moral, para cuja reparação existem duas correntes. A primeira interpreta de modo estrito a expressão indenização do artigo 5.º, X, da Constituição de 1988⁵: deve cingir-se a reparar a lesão causada à vítima - função reparatória -, desconsiderando a motivação e a gravidade do ilícito - função punitiva -, por desnaturar o sistema jurídico pátrio. Para essa corrente de pensamento não subsiste a possibilidade de o dano moral contar com função punitiva, por ausência de normativa expressa para tanto. (ROSENVALD, 2014, p. 209)

4 Artigos 976 a 987 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

5 São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL, 1988, grifo nosso).

A segunda corrente defende que o dano moral tem de compensar a vítima (função reparatória) e punir a conduta ilícita, dissuadindo autor e terceiros ao não cometimento de condutas futuras semelhantes (função punitiva).

Independentemente de qualquer previsão legal, a indenização punitiva do dano moral é aplicável em nosso ordenamento jurídico, porque retira seu fundamento de validade diretamente de princípio constitucional. É no princípio da dignidade da pessoa humana, estabelecido no artigo 1.º, III, da Constituição Federal que ela encontra seu fundamento lógico-jurídico. A aplicação dessa forma especial de sanção é, também, consectário lógico do reconhecimento constitucional dos direitos da personalidade e do direito à indenização do dano moral, encartados no artigo 5.º, V e X, da Constituição brasileira.[...] Dissemina-se a ideia de que o texto constitucional, em seu todo, tem força normativa, que reclama aplicação, independentemente do concurso do legislador infraconstitucional. Dentro dessa concepção, desarrazoada seria a ideia de que para a proteção da dignidade humana e dos direitos da personalidade o operador jurídico estaria limitado ao manejo dos mecanismos postos à disposição pelo legislador, o que excluiria a indenização punitiva, por não estar prevista expressamente em lei. (ANDRADE, André Gustavo Correa de, 2003, p. 192-193)

Nessa vertente subsiste a possibilidade de dano moral punitivo, pois este é autorizado pela combinação dos artigos 1.º, inciso III, e 5.º, incisos V e X, da Constituição de 1988, os quais, por consubstanciarem direitos fundamentais, têm aplicação direta e imediata, sem se condicionarem à atuação do legislador infraconstitucional. Ademais, os defensores do dano moral com função também punitiva sustentam que o artigo 5.º, X, trata de proteção mínima, o que não veda proteções proporcionais que se façam necessárias. Sob esse raciocínio, a jurisprudência brasileira, de forma sedimentada inclusive por Tribunais Superiores⁶, reconhece a inserção da função punitiva no valor do dano moral.

Definidas as atuais funções reparatória, preventiva e punitiva do dano moral, a polêmica continua no que tange aos critérios para a fixação do seu *quantum*, haja vista a falta de regra específica e a dificuldade de instituir parâmetros de mensuração a um dano que decorre da violação de direitos da personalidade.

Paradigmática, pois, a decisão em 2011 do Superior Tribunal de Justiça, responsável pela uniformização da jurisprudência nacional no REsp

6 Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento 455.846-RJ, rel. min. Celso de Mello. Diário de Justiça Eletrônica, Brasília, 11.10.2004: no caso, o Supremo Tribunal Federal se manifestou pela possibilidade de incluir no *quantum* do dano moral as funções reparatória e punitiva, condenando o Estado do Rio de Janeiro a indenizar de modo objetivo o equívoco em procedimento médico realizado em hospital público. Na decisão, a tese do *punitive damages* no dano moral foi acolhida também pelo Superior Tribunal de Justiça.

959.780-ES, relatoria do ministro Paulo de Tarso Sanseverino⁷, na qual o órgão julgador ressaltou a ausência de norma específica para a definição do *quantum* do dano moral. Por analogia, os casos em geral de quantificação de danos extrapatrimoniais seguem o critério da equidade previsto no artigo 953, parágrafo único, do Código Civil (BRASIL, 2002)⁸, relacionado às indenizações advindas de crimes contra a honra.

Na *ratio decidendi* do acórdão, formadora do precedente, os ministros salientaram que a equidade deve ser aferida pelas circunstâncias específicas do fato julgado, o que afasta, por consequência, a tarifação predefinida em abstrato pelo legislador. Contudo, para minorar o subjetivismo e o casuísmo, a mesma decisão estabelece parâmetros a serem percorridos pelos magistrados para a definição do valor do dano moral.

Na decisão, o julgador deve aferir a gravidade do fato em si e as consequências da dimensão do dano à vítima, a intensidade do dolo ou o grau de culpabilidade do agente, a eventual participação culposa do ofendido (culpa concorrente da vítima), a condição econômica do ofensor, a posição política, social e econômica da vítima, e a valorização de bem ou interesse jurídico lesado pelo evento danoso (vida, integridade física, liberdade, honra etc.).

A revisitação da perspectiva da vítima no processo penal ganha ainda mais relevo quando o ilícito penal afeta de forma determinante a coletividade, não sendo legítimo pretender uma tutela sancionatória penal que descumpra, na prática, a sua função. O Estado deve evitar excessos sem a devida justificativa e, ao mesmo tempo, não incorrer em deficiências na proteção de todos os bens jurídicos, princípios, valores e interesses que possuam dignidade constitucional, sempre ocorrendo a proporcionalidade quando necessária a restrição a algum deles. As medidas concretizadoras do dever de proteção implicarão intervenção e restrição aos direitos fundamentais do possível autor da agressão.⁹

Não há que se falar em arbitrariedade na definição do valor dos danos morais. Definiram-se critérios uníssomos em procedimento bifásico, os quais permitem a conciliação entre um norte quantitativo geral amoldado às peculiaridades do caso concreto do *quantum* do dano extrapatrimonial.

7 Superior Tribunal de Justiça, 3.^ª Turma. REsp 959.780-ES, rel. min. Paulo de Tarso Sanseverino. Diário de Justiça Eletrônica, Brasília, 31.8.2011.

8 A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, **equitativamente**, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso (grifo nosso).

9 FISCHER, Douglas. O que é Garantismo (Penal) Integral?; CALABRITICH, Bruno; PELELLA, Eduardo (Org). Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 92.

Retorne-se à previsão normativa do inciso IV do artigo 387 do Código de Processo Penal para ressaltar que a função reparatória penal é mínima, o que não impede que a vítima busque, na seara cível, a reparação de outros danos não discutidos e/ou comprovados no processo penal.

O Ministério Público (MP) é o titular das ações penais públicas no direito brasileiro¹⁰. As vítimas, a depender da espécie de crime, podem ser individuais, coletivas e difusas. Nas condenações por furtos, roubos e homicídios, entre outros delitos de ação penal pública com sujeitos passivos determinados (individualizados), cabe ao MP abreviar o caminho para que se repare à vítima os danos por ela sofridos. Contudo, caso haja interesse de a vítima buscar outros danos não discutidos ou provados no processo penal, esta poderá livremente o fazer na seara extrapenal.

Noutro giro, nas condenações por crimes de ação penal pública com sujeitos passivos coletivos e difusos, como tráfico de drogas, lavagem de capitais e organização criminosa, a atuação do Ministério Público se adensa ante a diminuição da probabilidade de outro legitimado, de maneira isolada, buscar a reparação dos danos coletivos na seara extrapenal, haja vista a dissipação do prejuízo causado.

Além disso, a vitimização massificada e o já ressaltado combate ao aspecto financeiro nessas modalidades criminosas trazem ao Ministério Público a incumbência de realizar já na seara penal eficiente investigação, processamento e arrecadação dos prejuízos à sociedade, como um todo ou em parte, revertendo estes valores arrecadados à coletividade lesada uma destinação a fundos sociais.

Assim, aplica-se o poder-dever do artigo 387, IV, do Código de Processo Penal, de fixação de danos morais coletivos quando da prolação de sentenças penais condenatórias tendo como vítima a sociedade. Este modo de agir é a forma de efetivar o processo penal coletivo e a “Responsabilidade 360 Graus” na seara penal.

4. Ensaio para a fixação dos danos morais coletivos em sentenças penais condenatórias de sujeição passiva massificada

Vive-se a sociedade de risco, pelo que se reflete no direito a sensação geral de insegurança social. Neste paradigma, a Constituição da República de 1988 é a fonte primeva da ciência jurídica no caminho unísono

¹⁰ Artigo 129, I, da Constituição da República - São funções institucionais do Ministério Público: promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei (BRASIL, 1988).

e seguro para a aplicação das normas, trilha em que ganha relevo o direito coletivo, o qual ultrapassa a tradicional relação jurídica individualizada para tutelar as relações sociais.

O direito coletivo, espécie de direito fundamental, é fator preponderante de proteção da sociedade brasileira de aplicabilidade imediata e interpretação concreta. O processo penal coletivo é vertente do direito processual coletivo, enquanto os danos morais coletivos constituem a vertente do direito material coletivo.

A categoria de direito material coletivo tutela a relação de grupos, os quais, se violados, ofendem os direitos fundamentais da referida coletividade como um todo, o que enseja, na estipulação de respostas pelo ordenamento jurídico da Constituição, melhoria de fato na qualidade de vida dos cidadãos (ALMEIDA, 2008, p. 14).

Quanto ao sistema coletivo constitucionalizado, extrai-se que dano moral coletivo decorre de direta lesão a direitos transindividuais titularizados por uma determinada coletividade, desvinculando-se, assim, a sua configuração da obrigatória presença e constatação de qualquer elemento referido a efeitos negativos, próprios da esfera da subjetividade. (MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de, 2014, p. 171)

Os danos morais coletivos incidem de modo objetivo *in re ipsa*, independentemente da comprovação de subjetividades negativas no grupo que teve seus direitos fundamentais violados, o que afasta a crítica doutrinária de que tenha sido em função da raiz individual e subjetiva do dano moral. Como se trata de premissa ultrapassada, o dano moral coletivo é exemplo de responsabilidade consolidada no direito brasileiro.

Refletor da característica constitucional coletiva da ordem jurídica pátria, o Superior Tribunal de Justiça pacificou jurisprudência em teses na edição 125, premissa 2, o dano moral coletivo aferível *in re ipsa*, categoria autônoma de dano relacionada à violação injusta e intolerável de valores fundamentais da coletividade.

Definidos o conceito e a incidência, o dano moral coletivo recebeu a normatização no artigo 5.º, V e X, da Constituição da República de 1988, e o legislador infraconstitucional o previu para a proteção de direitos extrapatrimoniais da sociedade no artigo 6.º, VI, do Código de Defesa do Consumidor¹¹ e no artigo 1.º da Lei 7.347/1985¹².

11 Lei 8.078/1990 - são direitos básicos do consumidor: a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos (BRASIL, 1990).

12 Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados (BRASIL, 1985)

Diante, porém, das inevitáveis discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre se a ação civil pública também alcançaria os danos morais, o legislador resolveu posicionar-se. A Lei 8.078/1990 (CDC) reconheceu, como direito básico do consumidor, a prevenção, a proteção e a reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos. A seguir, a Lei 8.429/1992 (LIA) não sancionou apenas os atos de enriquecimento ilícito dos agentes públicos ou os atos que causem prejuízo ao erário; sancionou também danos morais à coletividade, como aqueles que atentem contra os princípios da Administração Pública, ou seja, qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade ou lealdade às instituições. Por sua vez, o art.1.º da Lei 8.884/1994 conferiu à coletividade a titularidade dos direitos de liberdade de iniciativa, a livre concorrência, a função social da propriedade, a defesa dos consumidores e a repressão ao abuso de poder econômico. De maneira coerente, introduziu-se uma alteração na LACP, segundo a qual a ação civil pública se responsabiliza por danos morais e patrimoniais causados a quaisquer dos valores transindividuais de que cuida essa mesma lei. (MAZZILLI, Hugo Nigro, 2012, p. 150-151)

Por isso, negar a existência do dano moral coletivo é negar proteção a valores que ultrapassem a individualidade ou atinjam a moral de um grupo ou parte dele. Ademais, como o dano moral coletivo é resultado da violação da dignidade da sociedade, os depósitos em fundos sociais são revertidos a ela, por força dos artigos 13 da Lei 7.347/1985 (BRASIL, 1985) e artigo 100, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), o que evidencia a justiça e a coerência do instituto.

A fixação de danos morais coletivos em favor da sociedade brasileira, nas sentenças penais condenatórias por crimes de sujeição passiva massificada, a título de reparação mínima dos danos causados pela infração, por força do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, é uma resposta proporcional às mazelas coletivas advindas dos crimes.

Nestes moldes, a Informação Técnico-Jurídica 02/2021 elaborada pelo Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais, de Execução Penal, do Tribunal do Júri e da Auditoria Militar (Caocrim) orienta os membros ministeriais quanto ao requerimento de indenização de danos morais coletivos em denúncias sobre o tráfico ilícito de drogas:

Considerando que o Ato n.º 2, de 12 de maio de 2020, que aprova a revisão e a atualização dos Atos Orientadores expedidos pela Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, assim dispõe: Art. 43. A denúncia deverá ser formalizada de modo a contemplar, entre seus requerimentos, tópico expresso relativo à reparação dos danos causados pela infração, de modo a propiciar

que a sentença penal condenatória a contemple (art. 387, IV, CPP), sem prejuízo do disposto no artigo 41 do Código de Processo Penal. Considerando que o membro do Ministério Público deve estar preparado para atuar em conformidade com os novos paradigmas informadores do **processo penal coletivo**, devendo utilizar de forma eficiente e “estratégica” os instrumentos e métodos de investigação, bem como os recursos extrajudiciais e judiciais disponíveis, visando à prevenção e à tempestiva correção dos **danos causados pelos delitos que afetam bens jurídicos de titularidade coletiva**. Considerando que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a possibilidade de fixação de valor de indenização por danos morais coletivos em sede de ação penal envolvendo crimes contra a paz pública e lavagem de dinheiro (AP 1030 Rel. Min. Edson Fachin – j. 22.10.2019. [...] ORIENTA, sem caráter vinculativo, os Promotores de Justiça com atuação na área criminal no Estado de Minas Gerais que adotem as seguintes providências técnico-jurídicas quando da deflagração de ações penais envolvendo o tráfico ilícito de drogas: a) Insiram no corpo da denúncia pedido expresse para que, quando da sentença condenatória, **seja fixado valor mínimo para reparação de danos morais coletivos**, indicando, na peça de ingresso, o valor estimado pelo Ministério Público de acordo com a gravidade dos fatos e as condições econômicas do infrator, quando conhecidas; b) Pleiteiem que os valores correspondentes sejam revertidos em benefício do Fundo Penitenciário do Estado de Minas Gerais, criado pela Lei Estadual 11.402/1994, que tem por objetivo a obtenção e a administração de recursos financeiros destinados ao sistema penitenciário do Estado e à construção, à manutenção, à reforma e à ampliação de unidades destinadas ao cumprimento de reprimendas penais e medida socioeducativa de internação (MINAS GERAIS, 2021, grifo nosso).

Essas premissas objetivam ensaiar critérios previstos pelo Poder Legislativo na sua típica atividade legiferante, em complemento à vontade já externada pelo Constituinte para a quantificação dos danos morais coletivos, e/ou ter parâmetros de aplicação fixados pela jurisprudência do Poder Judiciário em ação concretizadora de direitos fundamentais de acesso à justiça, à efetividade, à proporcionalidade e à dignidade da pessoa humana nas sentenças penais condenatórias de que a sociedade é vítima.

Noutro giro, é importante que o dano moral coletivo seja quantificado diante do caso concreto analisado. Isso porque um tabelamento prévio retira a eficácia do instituto ante a possibilidade de quantificação monetária verificada anteriormente pelo autor do ilícito, o que esvazia as pretenções punitiva e dissuasória, já que o praticante do crime terá tido ciência de que sua conduta lhe trará benefícios econômicos.

Recorde-se que o processo penal coletivo, para ser efetivo, necessita da aplicação da “Responsabilidade 360 Graus”, além das penas privativas

de liberdade e a fixação do dano moral coletivo, como resposta proporcional e estruturada do direito à criminalidade ofensora da sociedade.

Ao se propor como norte para a quantificação do dano moral coletivo no processo penal a aplicação analógica da jurisprudência extrapenal do Superior Tribunal de Justiça, pressupôs-se a ausência de norma específica e a adoção do mesmo critério da equidade estabelecida pelo artigo 153, parágrafo único, do Código Civil. (BRASIL, 2002)

Merece reflexão a equidade ser o vetor axiológico central da quantificação do dano moral coletivo no processo coletivo civil e penal, porque o que se busca é uma resposta efetiva, justa, equilibrada e proporcional do Estado a condutas que violem o direito de um grupo. Sem a arbitrariedade nas decisões, pode-se chegar à ideia de “punições exemplares”.

Ainda na busca – nem a maior nem a menor – de quantificação justa dos danos morais coletivos em resposta proporcional à sociedade lesada, fixem-se duas fases. Na primeira, observam-se os valores em geral estipulados para a modalidade criminosa julgada a partir da análise de outros casos, no intuito de estabelecer isonomia na compensação financeira imposta. Na segunda, observam-se as peculiaridades do caso concreto, para a individualização da compensação financeira estipulada, robustecendo proporcionalidade à efetiva conduta analisada.

Nessa segunda fase, propõe-se a utilização analógica dos parâmetros previstos no artigo 59 do Código Penal¹³, para, em face dos fatos constantes do processo penal julgado, se defina o alcance da real dimensão coletiva do dano causado, a culpabilidade do agente, sua posição socioeconômica, e o abalo ao bem jurídico tutelado. A partir da soma desses fatores é que ocorrerá a quantificação do dano moral coletivo.

Coloquem-se duas situações hipotéticas. No primeiro caso, Tício, conhecido traficante do bairro Ribeirinho em um pequeno município do interior mineiro, reincidente no cometimento de crimes, sofre nova condenação por comprovada ocultação de 10kg de maconha em sua residência (imóvel próprio), droga que era fracionada e vendida por diversos adolescentes em uma praça próxima à única escola municipal daquela localidade. No caso, para a quantificação do dano moral coletivo, considere-se o valor médio desse dano em casos semelhantes. Depois, deve-se exasperar o valor considerando: a) os antecedentes de Tício, reincidente específico em crime equiparado a hediondo; b) sua culpabilidade, conduta social e personalidade

13 Art. 59 do Código Penal - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e às consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (BRASIL, 1941).

de utilizar adolescentes da localidade para a traficância reiterada; c) sua posição econômica, externada no imóvel de propriedade dele; d) as circunstâncias e as consequências dos crimes, cometidos próximo à única escola do município, o que indicia maior abalo ao bem jurídico tutelado.

No segundo caso, o empresário Mévio, amplamente conhecido nos meios sociais como gerador de diversos empregos e pessoa de influência positiva, sem qualquer antecedente criminal, é condenado por crime contra a ordem tributária pela prática de fraude heterodoxa estruturada no valor de R\$ 100 milhões, seguida da lavagem dos capitais provenientes do ilícito. Como ponto de partida, tome-se como referência o valor do tributo sonegado como critério objetivo a se considerar. Depois, para individualização da compensação financeira, enfatizem-se os motivos e as graves consequências dos crimes, os quais retiraram valores milionários dos cofres públicos que poderiam ser utilizados em variadas políticas públicas, para o efetivo enriquecimento ilícito do autor, evidenciada a abrangente dimensão coletiva do dano causado. Leve-se ainda em consideração potencial distorção de mercado, dada a compreensão de que a estratégia maliciosa de sonegação fiscal pode representar vantagem estratégica a afetar determinado setor produtivo, desequilibrando a livre concorrência.

Os exemplos apresentados evidenciam a importância da “Responsabilidade 360 Graus”. A mera condenação a pena privativa de liberdade do traficante lhe permitiria a continuação de seu escuso negócio de dentro da unidade prisional, retornando ao final da pena a seu imóvel próprio, com a manutenção do *status quo* de viciar toda uma geração estudantil, sem que o Estado conseguisse conferir resposta proporcional e efetiva a esse ciclo pernicioso. No outro caso, sem uma resposta integral, ter-se-ia um empresário sonegador sendo premiado no longo prazo pela prática estruturada do ilícito, o que pode representar estímulo àqueles que concorrem no mesmo setor produtivo a agirem da mesma forma em busca do “sucesso financeiro” pessoal e empresarial de quem optou pela prática de ilícitos que aprofundam distorções de mercado e causam prejuízos à sociedade.

5. Conclusão

Pelo exposto é possível, com base no artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, a fixação de danos morais coletivos em favor da sociedade brasileira nas sentenças penais condenatórias por crimes de sujeição passiva massificada, a título de reparação mínima dos danos causados pela infração.

Tal compensação financeira no processo penal coletivo reflete responsabilidade multifuncional, aqui denominada “Responsabilidade 360 graus”, a qual representa a lógica constitucional de proteção suficiente dos direitos fundamentais coletivos ao oferecer resposta proporcional a condutas violadoras de direitos sociais ou de grupos.

A “Responsabilidade 360 graus” visa a potencializar o efeito dissuasivo da resposta estatal, (re)equilibrando o cálculo do custo-benefício de agentes racionais responsáveis pela macrocriminalidade corporativa, política e violenta.

Reflexões sobre os critérios para a quantificação dos danos morais coletivos na sentença penal condenatória indicam a equidade como vetor axiológico central. Para isso, sugere-se a aplicação analógica da jurisprudência extrapenal do Superior Tribunal de Justiça mediante valoração da culpabilidade do agente, sua posição socioeconômica e grau de abalo do bem jurídico tutelado, em duas fases: comparação com casos semelhantes e refinamento das peculiaridades do caso em análise, sendo parâmetro as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal.

6. Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Material Coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado para a nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 14 e 434.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa. *Dano moral e indenização punitiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 192-193.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 21 mar. 2021.

BRASIL. *Código Civil (2002)*. Diário Oficial da União, Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 21 mar. 2021.

BRASIL. *Código Penal (1940)*. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 7 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 21 de mar. 2021.

BRASIL. *Código de Processo Civil (2015)*. Diário Oficial da União, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 21 mar. 2021.

BRASIL. *Código de Processo Penal (1941)*. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 21 de mar. 2021.

BRASIL. *Lei 7.347/1985*. Disciplina a ação civil pública. Diário Oficial da União, Brasília, 25 jul. 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm. Acesso em: 21 mar. 2021.

BRASIL. *Lei 8.078/1990*. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor. Diário Oficial da União, Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 21 mar. 2021.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Jurisprudência em Teses. Edição 125, Premissa 2. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=ED1%C7%C3O%20N.%20125:%20RESPONSABILIDADE%20CIVIL%20-%20DANO%20MORAL>. Acesso em: 21 mar. 2021.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. 3.^a Turma. REsp 959.780-ES, rel. min. Paulo de Tarso Sanseverino. Diário de Justiça Eletrônica, Brasília, 31/08/2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19099275/recurso-especial-resp-959780-es-2007-0055491-9/inteiro-teor-19099276?ref=juris-tabs>. Acesso em: 21 mar. 2021.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Agravo de Instrumento 455.846, Rel. Min. Celso de Mello. Diário de Justiça Eletrônica, Brasília, 11/10/2004. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14795332/agravo-de-instrumento-ai-455846-rj-stf>. Acesso em: 21 mar. 2021.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9 ed. rev., São Paulo: Atlas, 2010, p. xxii.

FISHER, Douglas. *O que é Garantismo (Penal) Integral?* In: FISHER, Douglas; CALABRITCH, Bruno; PELELLA, Eduardo (Org). *Garantismo Penal Integral: Questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

JONAS, Hans. *O princípio da responsabilidade*. Tradução de Marijane Lisboa e Luiz Barros Nuntez. Rio de Janeiro: Contraponto PUC, 2006, p. 77.

LEMOS JÚNIOR, Eloy Pereira; BATISTA, Cristiano. Precedentes judiciais e o sistema jurídico brasileiro de tradição *civil law*. *Revista Direito em Debate*. v.27, n.50, p. 50-63, 6 fev. 2019.

LEMOS JÚNIOR, Eloy Pereira; SILVA, Fátima Cristina da. Teoria da modernidade líquida: fluidez social e os novos desafios na interpretação das leis para solução dos vários novos conflitos no direito de família. *Revista Quaestio Iuris*. v.9, n.2, p. 911-941, 2016.

LOURENÇO, Paula Meira. Os danos punitivos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. v. 43, n. 2, p. 1019-1111, 2002.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 150/151.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 4. ed. ampl. atual. e rev. São Paulo: LTr, 2014, p. 171.

MINAS GERAIS. *Procon-MG - Ministério Público de Minas Gerais*. Informação Técnico-Jurídica 02/2021 Caocrim Disponível em: <https://intranet.mpmg.mp.br/intranetmpmg/atividadeim/criminal/criminal/apresentacao>. Acesso em: 21 mar. 2021.

ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.209.

SANTOS, Lulu; MOTTA, Nelson. Intérprete: SANTOS, Lulu. Como uma onda: zen-surfismo. In: O ritmo do momento. WEA Records, 1983, disco sonoro.

SILVEIRA, Alípio. *Introdução ao direito e à justiça norte-americanos*. São Paulo: Imprensa oficial do Estado, 1962, p. 8-22.

VAZ, Caroline. *Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 88.

ZOPPINI, Andrea. *La pena contrattuale*. Milano: Giuffrè, 1991, p. 20.

WILLIAM GARCIA PINTO COELHO

Promotor de Justiça em Minas Gerais; mestre em Estudos Anticorrupção pela Academia Internacional Anticorrupção na Áustria; especialista em Inteligência de Estado pela Fundação Escola do Ministério Público de Minas Gerais; coordenador do Caonet.

MARCOS PAULO DE SOUZA MIRANDA

Promotor de Justiça em Minas Gerais; coordenador do Caocrim.

PALOMA COUTINHO CARBALLIDO

Promotora de Justiça em Minas Gerais; coord.do Núcleo de Execução Penal do Caocrim.

RODRIGO ANTONIO RIBEIRO STORINO

Promotor de Justiça em Minas Gerais; mestre em Direito Processual Coletivo pela Universidade de Itaúna/MG; prof.de Direito Civil da Faculdade do Alto do São Francisco (Fasf) de Luz/MG; prof. de Direito do Consumidor da Fundação Escola do MPMG; promotor cooperador do Caonet.



A SAÍDA TEMPORÁRIA SOB A ÓPTICA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES - DO RIGOR NORMATIVO À MITIGAÇÃO JURISPRUDENCIAL

THE TEMPORARY RELEASE FROM THE PERSPECTIVE OF THE BRAZILIAN HIGHER
COURTS - FORM THE STRICT REGULATION TO THE JURISPRUDENTIAL MITIGATION

GUILHERME DE CASTRO GERMANO

Promotor de Justiça

Resumo: Na jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros se buscou o cabimento do benefício de saída temporária e o procedimento para o apreciar, a compatibilidade desses posicionamentos com as disposições expressas da Lei de Execução Penal, inclusive as restrições introduzidas pela Lei 13.964/2019, os ditames normativos aplicáveis e os entendimentos teóricos de forma geral. Assim, os julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça abordaram a exigência do requisito objetivo para a concessão do direito ante a possibilidade de distribuição cronológica do benefício de forma diversa do que determina a lei e houve a viabilidade legal do que veio a ser conhecido como “saída temporária automatizada”. Os fundamentos comuns sistematizados pelas cortes cotejam, pois, as conclusões das decisões exaradas com a legislação aplicável.

Palavras-chave: Lei de Execução Penal. Saída temporária. Jurisprudência. Saída temporária automatizada.

Abstract: The jurisprudence of the Brazilian Higher Courts sought the appropriateness of the temporary exit benefit and the procedure to assess it, the compatibility of these positions with the express provisions of the Criminal Execution Law, including the restrictions introduced by Law 13.964/2019, the applicable normative dictates and theoretical understandings in general. Thus, the judgments of the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice addressed the requirement of the objective requirement for the granting of the right in view of the possibility of chronological distribution of the benefit in a different way from what is determined by law and there was the legal feasibility of what came to be known as “automated temporary exit”. The common foundations systematized by the courts collate, therefore, the conclusions of the decisions drawn up with the applicable legislation.

Keywords: Penal Execution Law. Temporary Release. Jurisprudence. Automated Temporary Release.

Sumário: 1. Introdução. 2. A saída temporária na Lei de Execução Penal e seus aspectos teóricos, o modelo idealizado e sua redação legal. 2.1. O caráter jurisdicional da concessão do benefício. 2.2. Os objetivos e os fundamentos do instituto. 3. A abordagem jurisprudencial da saída temporária e o progressivo abrandamento do instituto pelas cortes superiores. 3.1. A mitigação do requisito objetivo cronológico. 3.2. A releitura da distribuição cronológica. 3.3. A flexibilização procedimental. 4. A saída temporária automatizada e a hesitação jurisprudencial. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução

A saída temporária, sem dúvida um dos institutos mais polêmicos da vigente legislação pátria sobre execução penal, figura frequentemente nos questionamentos sobretudo dos operadores do direito.

As *saidinhas*, face mais conhecida do benefício concedido de forma massiva em determinadas datas festivas, inspiram acesos debates também na comunidade como um todo.

Muitos as retratam de forma negativa, como nos momentos de elevação na criminalidade e de exposição da sociedade a riscos decorrentes da soltura desviada de condenados penalmente, e outros as encaram como uma eficaz oportunidade de ressocialização de apenados.

Sob esse aspecto, a Lei 13.964/2019, a do “pacote anticrime”, aparentemente recrudescer as exigências para a obtenção do benefício e, conseqüentemente, inviabilizou-o àquela parcela da população carcerária que cumpre pena por crimes cuja gravidade se reputa incompatível com bem-estar de tamanha amplitude.

Todavia, a jurisprudência pátria se vem orientando há anos pela flexibilização do benefício, pouco se debruçando sobre as conseqüências da inobservância dos rigores legais do instituto.

Diante de um cenário disfuncional de notória superlotação tanto nos estabelecimentos prisionais quanto nas varas de execução penal país afora, e de morosidade na apreciação dos pleitos formulados em cada processo executivo, ganhou força o uso de mecanismos para a aceleração da análise e maior concessão dos pedidos de saída temporária, com conseqüentes alívios temporários sobre o abarrotado sistema carcerário.

Nos poderes judiciários afetos a diversas unidades da federação surgiram, por conseqüente, inovações para além do texto legal, o que suscitou discussões que foram progressivamente alçadas aos tribunais superiores.

É certo que parte do plexo principiológico subjacente ao modelo de cumprimento de pena no Brasil se trata de ensejo adequado, quando teoricamente se busca disseminar o instituto entre aqueles que supostamente teriam direito a fruí-lo.

Todavia, sem olvidar o esforço em tornar mais eficiente a gestão do bem-estar, deferi-la a indivíduos que não estariam aptos a dela fazer uso constitui claro risco ao cumprimento da pena e à própria sociedade.

Sobretudo na última década, uma progressiva complacência dos tribunais superiores ampliou o alcance do benefício, ainda que em detrimento dos ditames normativos sobre a matéria.

Entretanto, a continuidade de tal dinâmica resta incerta diante do claro sinal legislativo em sentido contrário insculpido pelo “pacote anticrime”, sendo possível aguardar a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça quanto ao cabimento da saída temporária.

2. A saída temporária na Lei de Execução Penal (LEP) e seus aspectos teóricos, o modelo idealizado e sua redação legal

A saída temporária está positivada no ordenamento jurídico pátrio nos artigos 122 a 125 da Lei de Execução Penal 7.210/1984, que trata o benefício juntamente com as permissões de saída e as espécies do gênero autorizações de saída.

Voltadas para a ressocialização do sentenciado, conforme alude a própria exposição de motivos da LEP, as autorizações de saída (permissão de saída e saída temporária) constituem notáveis fatores para atenuar o rigor da execução contínua da pena de prisão. Não se confundem tais autorizações com os chamados favores gradativos tratados no Cap. IV do Título II (especialmente dos diretores e da disciplina).

As autorizações de saída estão acima da categoria normal dos direitos (artigo 40). Ora a assistência é em favor de todos os presidiários, ora na etapa da progressão em favor dos condenados que satisfaçam determinados requisitos e condições. No primeiro caso, estão as permissões de saída (artigo 119 e incisos) que se fundam em razões humanitárias.

As saídas temporárias, restritas aos condenados que cumprem pena em regime semiaberto (colônia), consistem na autorização para sair do estabelecimento para, sem vigilância direta, visitar a família, frequentar cursos na Comarca da execução e participar de atividades que concorram para o retorno ao convívio social (artigo 21 e incisos).

Para Elias Neuman, as autorizações de saída representam avanço penalógico, cujos resultados são sempre proveitosos quando outorgados mediante bom senso e adequada fiscalização (*Prisión abierta*, Buenos Aires, 1962, p. 136-137).¹

Tanto saídas temporárias quanto permissões de saída configuram oportunidades de o indivíduo deixar temporariamente o estabelecimento prisional

1BRASIL. Exposição de motivos 213, de 9 de maio de 1983, referente à Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicao-demotivos-149285-pl.html>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2021.

no qual se encontre recluso. A saída temporária é concedida por decisão judicial inserida na órbita da progressiva ressocialização do sentenciado à pena privativa de liberdade que já tenha alcançado o regime prisional semiaberto, ao passo que a permissão de saída pode ser deferida pelo diretor do estabelecimento carcerário a qualquer detento, inclusive o preso provisório ou em regime fechado, diante de eventos específicos e de caráter emergencial que não necessariamente se relacionam à execução da pena em si, mas sim à intercorrência que demande a temporária ausência do cárcere por questões humanitárias, como a necessidade de tratamento médico ou o comparecimento ao velório de parente.

As autorizações de saída encontram-se na categoria normal dos direitos dos presos, mas constituem ora aspectos de assistência em favor de todos os presidiários, ora etapa na progressão em favor dos condenados que satisfaçam determinados requisitos e condições. Na primeira hipótese estão as permissões de saída, que se fundam em razões humanitárias (artigos 120 e 121). Na segunda (artigos 122 a 125), as saídas temporárias referentes à progressividade na concessão de maiores favores para incentivar melhor relacionamento do preso com o exterior. (MIRABETE, Julio Fabbrini.2004, p. 504)

Feita a distinção, o direito à saída temporária foi introduzido no país porque inexistia previsão análoga na primeira Lei 3.274/1957, que dispunha sobre as normas gerais de regime penitenciário. Reservado aos que cumprem pena no regime semiaberto, consistia no direito de se ausentarem do estabelecimento, sem vigilância direta, para visitar suas famílias, frequentar o curso supletivo profissionalizante ou o de instrução de 2.º grau ou superior, na comarca do juízo da execução, ou participar de atividades que concorram para o retorno ao convívio social.

Destaque-se que a aludida ausência de vigilância direta, consoante alteração legislativa introduzida pela Lei 12.258/2010, não obsta que o juiz da execução ordene o emprego de equipamento de monitoração (tornozeleira eletrônica) nos beneficiários.

Saliente-se a exclusão do benefício introduzida pelo parágrafo segundo do art. 122 da Lei de Execução Penal 13.964/2019, que passou a vedar a concessão de saída temporária ao condenado que cumpre pena por praticar crime hediondo com resultado morte. Trata-se de clara inovação sistêmica, uma vez que, apesar de requisito cronológico próprio, inexistia limitação à fruição do instituto alicerçada no tipo de delito cometido.

A autorização, de caráter jurisdicional, trata-se de decisão a ser concedida por ato motivado do competente juiz da execução, sendo imprescindível

dável a prévia oitiva do membro do Ministério Público e de autoridade da administração penitenciária. O deferimento da medida está condicionado à satisfação de alguns requisitos de incisos do artigo 123: comportamento adequado; cumprimento mínimo de um sexto da pena, se o condenado for primário, e um quarto se reincidente; compatibilidade do benefício com os objetivos da pena.

Embora topograficamente apartado do art. 123, reconhece-se que o aludido parágrafo segundo do art. 122, inovação do “pacote anticrime”, configura um quarto requisito, ainda que de caráter negativo, o não cumprimento de pena por condenação pela prática de crime hediondo com resultado morte.

No tocante à extensão e à distribuição cronológica conforme os ditames legais, o benefício tem um prazo não superior a sete dias cada ciclo, com distância mínima de 45 dias de intervalo entre estes. Tais etapas podem ser deferidas em cinco oportunidades, o que totaliza a monta de 35 dias anuais. Entretanto, caso a saída seja para frequência a curso profissionalizante, ensino médio ou superior, o tempo de permanência será o necessário para o cumprimento das atividades discentes, o que não se aplica às restrições cabíveis às demais hipóteses.

O regime disciplinar, sensivelmente alterado pela Lei 12.258/2010, determina um rol mínimo de condições impostas pelo juiz e observadas pelo sentenciado: fornecer o endereço onde reside a família a ser visitada ou onde poderá ser encontrado durante o gozo do benefício; recolher-se à residência visitada durante o período noturno e não frequentar bares, casas noturnas e estabelecimentos congêneres. Além dessas imposições que formam o núcleo mínimo de deveres do condenado quando no gozo da medida, o juiz pode estabelecer outras que entender compatíveis às circunstâncias e à situação pessoal do reeducando.

Como reprimenda a eventual desajuste, saliente-se que o benefício será revogado de forma automática quando seu beneficiário praticar fato definido como crime doloso, for punido por falta grave, desatender as condições impostas na autorização ou revelar baixo grau de aproveitamento do curso.

A lei aponta a imediata perda do direito os eventos relacionados ao gozo do instituto em si, como o remove caso o sentenciado não o aproveite adequadamente, descumpra condições ou pratique novo delito, haja intercorrências relacionadas a seu comportamento carcerário em geral. Para que recupere o direito, será necessária a absolvição no processo penal, o cancelamento da punição disciplinar ou nova demonstração de merecimento pelo condenado.

2.1. O caráter jurisdicional da concessão do benefício

Destaque-se que o caráter jurisdicional da concessão de saída temporária é corolário tanto de previsão específica do *caput* do artigo 123 quanto da natureza jurídica do processo de execução penal como um todo do artigo 2.º da LEP. A jurisdição penal dos juizes ou dos Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade dessa lei e do Código de Processo Penal. Igualmente, a jurisdicalização dos institutos do processo executivo criminal em geral é norte à própria exposição de motivos da Lei 7.210/1984.

Demarcar as áreas de competência dos órgãos da execução consagra os antigos esforços de jurisdicalizar, no que for possível, o Direito de Execução Penal. Em 1893, no Congresso promovido pela União Internacional de Direito Penal, concluiu-se que como os tribunais e a administração penitenciária concorriam para um fim comum de a condenação valer, principalmente, pelo seu modo de execução, o divisionismo consumado pelo Direito do final do século, entre as funções repressiva e penitenciária, deveria ser relegado como “irracional e danoso”. O texto da conclusão votada naquele conclave já deixava antever a figura do juiz de execução, surgido na Itália em 1930 e na França depois de 1945.

Sob o ponto de vista doutrinário, sustenta-se caráter predominantemente jurisdicional em detrimento da visão administrativa. Quando da transição para a vigente lei de execuções, asseverou-se a inafastabilidade da apreciação judicial, mesmo fazendo concessões ao modelo misto. A execução penal é atividade complexa nos planos jurisdicional e administrativo do Judiciário e do Executivo por intermédio, respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e dos estabelecimentos penais. A aplicação da pena é objeto do direito penitenciário, ligado ontologicamente ao direito administrativo, muito embora suas regras possam encontrar-se nos códigos penal e processual penal. Mas a tutela tendente à efetivação da sanção penal é o objeto do “processo” de execução, o qual guarda natureza indiscutivelmente jurisdicional e faz parte do direito processual. (GRINOVER, Ada Pellegrini. 1987, p. 7)

Em reforço a esse entendimento, reconhece-se a existência de funções administrativas a cargo dos gestores carcerários, porém assegurando o caráter jurisdicional do processo. (NUCCI, Guilherme de Souza GEN, 2014, p. 145)

Nota-se, portanto, uma convergência doutrinária em reconhecer a inafastabilidade da apreciação judicial de matérias atinentes ao rito executivo penal, não obstante diversas dessas medidas sejam concretizadas pelo poder executivo, responsável pela manutenção dos estabelecimentos pe-

nitenciários. Ainda que a função administrativa desempenhe importante papel no cumprimento das sanções, as decisões de maior repercussão devem ser tomadas em sede jurisdicional, sob o crivo do contraditório.

Trata-se de modelo inserido em perspectiva de maximização das garantias individuais na execução penal, pois certamente dota o sujeito executado no processo administrativo de maiores prerrogativas frente ao poder punitivo estatal. Ademais, invariavelmente robustece o controle do cumprimento de pena na medida em que sujeita as condutas dos administradores públicos à detida fiscalização dos órgãos da execução.

A tensão inerente à divisão entre competências judiciais e atribuições administrativas inevitavelmente se suscita quando se estabelece uma linha divisória entre competências do juiz de execução das penas e da administração penitenciária. “Se cabe a esta a organização a inspecção das instituições penitenciárias, o objectivo de assegurar a defesa dos direitos dos reclusos cometido ao juiz poderá, em muitos casos, contender com aquelas tarefas”. (RODRIGUES, Anabela Miranda. 2001, p. 37)

A jurisdicionalização não é fenômeno justificável exclusivamente em favor do reeducando ou desconsiderada quando aparentemente não o favoreça. Pelo contrário, é também interesse da sociedade a garantia do adequado e integral cumprimento da pena imposta.

Reitere-se que, em cotejo com os demais institutos da execução penal, é ainda mais evidente o carácter jurisdicional dos pedidos de saída temporária, uma vez que o instituto também é dotado de previsão normativa específica no artigo 123.

2.2. Os objetivos e fundamentos do instituto

O benefício, coadunado às finalidades gerais da execução penal, assume dupla feição de estímulo à ressocialização do sentenciado, sem descuidar da necessidade de assegurar a disciplina e o integral cumprimento da pena imposta. O intuito é que nas oportunidades em que o reeducando deixar o cárcere, por períodos determinados, ele possa permanecer no meio social sem vigilância direta das autoridades.

Note-se, portanto, que a saída temporária se alicerça na noção de gradativa e cautelosa reinserção na comunidade do detento que demonstrou boa conduta dentro do estabelecimento prisional e se encontra em estágio intermediário de cumprimento de sua sanção em contatos periódicos com a realidade extramuros. Pode ser descrita, destarte, como um en-

saio ou teste para as etapas subseqüentes menos rigorosas de resgate da reprimenda: o livramento condicional e o regime aberto.

Com a fruição do benefício, espera-se que o sentenciado demonstre o êxito do suposto processo de reeducação almejado com a pena, abstenendo-se de cometer novos delitos, submetendo-se à disciplina própria do instituto – recolhendo-se em residência durante o período noturno e não frequentando determinados lugares, bem como retornando ao cárcere voluntariamente, findo o prazo previsto.

Em que pese a conquista de direito, acarreta também uma série de deveres, os quais funcionam como parâmetro para que as autoridades possam aferir o quão arraigados estão os sentidos de responsabilidade e disciplina no comportamento do beneficiário.

Além de apurar o comprometimento do sentenciado com sua ressocialização, a saída temporária é um reforço positivo durante o resgate da reprimenda. Isso porque permite a ele retomar o contato com a família e com os amigos do seu meio social, afastando-se por alguns dias da realidade prisional para poder experienciar novamente uma vida em liberdade numa perspectiva pós-cárcere.

Sob o ponto de vista teórico de consagrados autores, a saída temporária do encarcerado busca simultaneamente testar o comportamento, a disciplina e a aptidão para as próximas etapas da pena, bem como estimular a própria dinâmica de reintegração do beneficiário aos seus laços com a comunidade.

Ensina Julio Fabbrini (MIRABETE, p. 507) que as saídas temporárias servem para estimular o preso a observar boa conduta e, sobretudo, fazer-lhe adquirir um sentido psicológico mais profundo de sua própria responsabilidade, cuja maior justificação dogmática, segundo René Ariel Dotti, está em preparar adequadamente o retorno à liberdade e reduzir o caráter de confinamento absoluto da pena privativa de liberdade, caracterizando uma etapa da forma progressiva de execução considerada como a sala de espera do livramento condicional. Constitui prova de que o condenado teria alcançado um grau de resistência que lhe permite vencer as tentações da vida livre e um sentido de responsabilidade suficiente para não faltar à confiança que lhe foi depositada ao se lhe deferir o benefício.

Saliente-se o atributo ressocializador do regime semiaberto como forma de devolver cada vez mais o senso de responsabilidade para futuro ingresso no regime aberto. Não há, por decorrência lógica dos objetivos que pretende alcançar, vigilância direta de agentes policiais ou penitenciários. São metas da saída temporária: proporcionar ao preso de bom comportamento convívio social e uma maior proximidade com a família,

além de lhe garantir a possibilidade de estudar, uma vez que na colônia penal onde se encontra, ainda que exista atividade laborativa, dificilmente oferecerá formação profissionalizante de segundo grau e tampouco de um curso superior. (NUCCI, Guilherme de Souza, p. 273)

A “preparação” do condenado do regime semiaberto à liberdade, muito mais do que um benefício, cumpre importante papel no âmbito do sistema progressivo. A saída temporária possibilita ao condenado, com mérito e certo tempo de pena, breves incursões no mundo livre, preparando-se, assim, para daí a pouco obter progressão ao regime aberto. (BOSCHI, José Antonio Paganella, 1990)

Ainda quanto aos impactos subjetivos da medida, visa-se com tal benefício o fortalecimento de valores ético-sociais, de sentimentos nobres, o estreitamento dos laços afetivos e de convívio social harmônico pautado por responsabilidade, imprescindíveis para a (res)socialização do sentenciado, bem como contraestímulos ao crime. (MARCÃO, Renato Flávio, 2011, p. 210)

As saídas temporárias são importantes “pré-testes” à expectativa de adequação do apenado a critérios de responsabilidade que lhe permitam um retorno ao convívio social em condições de “presumida” harmonia, visto que este direito-benefício tem por principal objetivo a gradativa reinserção do apenado ao meio social mediante estímulo ao senso de responsabilidade e disciplina. É, pois, um instituto que se compatibiliza com a lógica do sistema progressivo de execução das penas privativas da liberdade.²

Destaque-se que a saída temporária não é instituto exclusivo do direito brasileiro, mas sim figura análoga às existentes em diversos ordenamentos, tanto que a própria exposição de motivos da LEP alude expressamente à doutrina estrangeira em análise de direito comparado, como exemplifica Mirabete a respeito da duração das saídas temporárias. Na Itália, pode chegar a até 30 dias ou, na *licenzadisperimento*, a até seis meses; na Inglaterra, apenas nos fins de semana; no Chile, limita-se aos domingos; na Suécia, até três dias; e na Rússia estende-se a até três meses, no verão, para se proceder à colheita.³

Exposto o alcance internacional da medida, cujos traços podem ser reconhecidos em legislações dos mais diferentes matizes, assumindo as

2 CHIES, Luiz Antônio Bogo; RODRIGUES, Flávia Lucimeri. Saídas temporárias automatizadas e programadas: análise de legalidade. Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias, Pelotas, v. 2, n. 1, p. 243-256., jan./dez. 2003.

3 MIRABETE, Julio Fabbrini. Ob. cit., p. 513.

mais distintas regras e durações, chama particular atenção o caso do direito espanhol e sua similaridade com a redação legislativa do benefício no Brasil porque, para além das proximidades que já se poderiam esperar por se tratar de países juridicamente afetos à tradição do direito positivado da Europa continental, nota-se que *la leyorganica general penitenciaria de 26 de septiembre de 1979* e *el reglamento penitenciario de 8 de mayo de 1981*, anteriores à Lei de Execução Penal pátria, previam a figura dos *permisos de salida* em moldes muito similares aos que viriam a ser adotados no Brasil.

Naquele país, a existência de *permisos de salida extraordinarios* similares ao que viria a ser a permissão de saída, bem como de *permisos de salida especiales*, análogos às saídas temporárias, consistiam em uma quantidade máxima de dias no ano a ser usufruída em períodos distintos de até sete dias.⁴

A fixação de período máximo a ser distribuído em intervalos ao longo do ano e de ciclos de aproveitamento com lapso de tempo idêntico na duração máxima semanal posteriormente seria adotada pela legislação brasileira. A visão do doutrinador espanhol sobre o benefício também se aproxima daquela expressa pela doutrina nacional, que reputa o instituto fundamental à preparação do sentenciado para a vida em liberdade.

Sob a óptica legal e doutrinária, a saída temporária não se diferencia proceduralmente dos demais institutos da LEP, em que pese sua particular importância para a ressocialização, que se sujeita a todos os ditames aplicáveis ao processo de execução penal e à própria teoria da pena, demandando atenção à individualização da reprimenda, ao preenchimento de requisitos específicos, ao caráter jurisdicional da ação executiva, ao princípio do juiz natural, à manutenção da disciplina, entre outros.

Direitos aplicáveis no transcurso da pena de concessões massivas e simultâneas nas *saidinhas* de Natal, ano-novo, Dia dos Pais e afins carecem de previsão na legislação correlata. Conforme o *caput* do artigo 123 da Lei 7.210/1984, o juiz da execução é reserva jurisdicional para conhecer dos pedidos, recaindo a competência ao magistrado responsável pelo processo executivo dos potenciais beneficiários. Tal premissa colide com a viabilidade de concentração de pedidos em expedientes únicos ou de saídas temporárias *automatizadas*.

Entretanto, em que pese ausência de tais figuras nas disposições legais

4 MIR PUIG, Carlos. La prisión abierta. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Madrid, v. 38, n. 3, p. 767-806., set./dez. 1985.)

sobre o instituto, é fato inequívoco que a jurisprudência não só reconhece sua existência como também acaba por efetivamente regulamentá-las. Logo, para se entender de forma abrangente a aplicação da saída temporária no Brasil, é fundamental que se estudem os precedentes das cortes superiores que abordem aspectos e inovações jurisprudenciais que vão muito além dos previstos na Lei de Execução Penal.

3. A abordagem jurisprudencial da saída temporária e o progressivo abrandamento do instituto pelas cortes superiores

A saída temporária no transcurso do cumprimento de pena, a exemplo da progressão de regime e do livramento condicional, é tratada de forma individualizada nos autos do processo executivo instaurado em face do apenado. Com efeito, o artigo 4.º da Resolução 113/2010 do CNJ estabelece a faculdade de que os pedidos de progressão de regime, livramento condicional, remição e quaisquer outros sejam autuados separadamente e apenas aos autos do processo de execução. Logo, o tratamento da saída temporária em apenso à guia de recolhimento, embora realidade forense em diversos estados da federação, não é obrigatório, sobretudo com o advento do processo eletrônico.

Todavia, ainda que não se opte pela autuação paralela, a alternativa seria apreciar tais autorizações nos autos do Processo de Execução Penal individual e indivisível formado para cada réu, e reunir todas as condenações que lhe forem impostas, inclusive aquelas que vierem a ocorrer no curso da execução, nos termos do artigo 3.º do referido ato normativo, e não em expediente desacompanhado dos autos que encerram o processo executivo em si.

Progressivamente flexibilizada, não obstante as disposições normativas tenham permanecido ou até sido recrudescidas em seu rigor, dinâmica similar tende a ampliar o alcance da benesse na jurisprudência das cortes superiores, muitas vezes em detrimento dos ditames legais, ressalvada a exceção quanto à exigência do requisito objetivo cronológico.

Nessa análise de alguns precedentes das cortes superiores, constata-se o questionamento a requisitos para a obtenção e mitigação na forma como é cronologicamente aproveitado o benefício e, mais recentemente, no rito procedimental para o apreciar, atenuando-se o caráter jurisdicional em favor da *automatização*.

3.1. A mitigação do requisito objetivo cronológico

No tocante à mitigação das exigências para obter o direito, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula do Enunciado 40/1992 para obtenção dos benefícios de saída temporária e trabalho externo, considerado o tempo de cumprimento da pena no regime fechado. Nesse ponto, o tribunal apenas interpretou lacuna da LEP em seu art. 123, inc. II, que beneficiaria o condenado. Como o dispositivo se limitou a prever o lapso de pena para o apenado fazer jus ao instituto, sem especificar se tal fração de pena poderia ser contabilizada durante o regime fechado anteriormente cumprido, ou se sua contagem deveria ser iniciada só depois da progressão ao regime semiaberto, é certo que a interpretação mais favorável ao sentenciado deveria prevalecer, diante do silêncio do legislador.

Como aduziu o ministro Jesus Costa Lima, quando do julgamento do Recurso em Habeas Corpus 1617/RJ pelo Superior Tribunal de Justiça, nos idos de 1992, o legislador não restringiu a quantidade do cumprimento da pena a cada um dos regimes. É evidente que, se o recorrente veio a progredir do regime fechado depois de satisfazer o requisito objetivo do quantum da pena, ele não fica sujeito ao cumprimento de mais um sexto da mesma pena no regime semiaberto. Entenderia de outro modo se a norma retrocitada fosse pelo cumprimento mínimo de um sexto da pena no regime atual, por exemplo.⁵

Pacificado esse entendimento, contudo, surgiram correntes doutrinárias defendendo que os sentenciados que iniciassem o cumprimento de suas penas em regime semiaberto deveriam ser dispensados de aguardar o transcurso de um sexto ou um quarto da reprimenda para pleitearem o benefício, podendo fruí-lo desde o início da execução. Isso porque, caso fosse exigido o decurso do prazo, atingiriam simultaneamente o direito à progressão ao regime aberto, o que inviabilizaria o aproveitamento das saídas temporárias durante a prisão.

Os presos que obtiveram progressão do regime fechado para o semiaberto não necessitam cumprir novamente as frações exigidas para a obtenção da saída temporária, uma vez que é considerado o tempo de cumprimento de pena no regime fechado (Enunciado n.º 40 da Súmula do STJ). Certa esta solução, embora a execução seja composta por regimes distintos e sucessivos, a pena é de fato uma só, incindível. Por razões de isonomia frente àqueles que vêm

5 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Recurso em Habeas Corpus 1617/RJ. Relator Ministro Costa Lima. Julgado em 2/12/1991. Publicado no DJ de 3.2.1992. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199100212865&dt_publicacao=3/2/1992>. Acesso em: 15/2/2021.

do regime fechado, os presos primários condenados diretamente no regime semiaberto podem fruir imediatamente da saída temporária, não sendo necessário o cumprimento de 1/6 da pena no regime semiaberto. (ROIG, Rodrigo Duque Estrada, 2014, p. 357).

Com a devida vênia, o posicionamento mencionado extrapola os limites e torna letra morta o requisito legal explicitamente previsto ao art. 123, inc. II da LEP. Ademais, a suposta isonomia dentro da etapa intermediária acaba por desigualar injustamente os sentenciados diante da execução como um todo. Isso porque exige que alguns aguardem o decurso de lapso temporal, ainda que contabilizando o período em regime mais gravoso, e dispensa outros de tal exigência tão somente por terem iniciado a pena no regime semiaberto. Buscar diferenciar presos em etapas distintas conflita com os próprios alicerces do precedente de 1992, pois apenas é viável reconhecer o cumprimento do lapso em regime fechado e seu usufruto no semiaberto se se considerar a execução de forma global.

Tal corrente, *contra legem*, não encontra guarida na jurisprudência dos tribunais superiores, que, nesse ponto, mantém a exigência do requisito legal explícito. Como exemplo, colaciona-se trecho de acórdão proferido nos autos de Recurso Ordinário em Habeas Corpus 102761/SC, de relatoria da ministra Laurita Vaz, que exprime o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Como se percebe, a negativa de concessão da saída temporária não se mostra desarrazoada ou ilegal, tendo sido amparada na constatação de que o Recorrente não cumpriu o prazo mínimo de 1/6 (um sexto) da pena, requisito objetivo obrigatório para o gozo de tal benefício. Com efeito, o entendimento desta Corte Superior é de que, à luz do disposto no art. 123, inciso II, da Lei de Execução Penal, o condenado deve atender ao requisito do prazo mínimo de cumprimento da pena, mesmo nos casos de condenados em regime inicial semiaberto, o que não se verificou na hipótese dos autos. Nesse sentido, cito a seguinte jurisprudência: [...] (RHC 69.545/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 10/06/2016.) [...] (RHC 35.940/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 7/5/2013, DJe 16/5/2013.) [...] (HC 357.081/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2016, DJe 26/8/2016; sem grifos no original.) [...] “ (HC 335.334/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/4/2016, DJe 11/5/2016; [...].⁶

6 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Recurso em Habeas Corpus 102761/SC. Relatora Ministra Laurita Vaz. Julgado em 4/10/2018. Publicado no DJ de 23/10/2018. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802322244&dt_publicacao=23/10/2018>. Acesso em: 26/3/2021.

Todavia, não obstante minoritária, a corrente em questão já foi acolhida em julgados de cortes estaduais, dispensando-se o requisito objetivo cronológico para a obtenção de saída temporária. No Tribunal de Justiça de Minas Gerais, alude-se ao julgamento do Agravo em Execução Penal 1.0035.09.161278-4/004⁷, em 2018, no qual foi unanimemente reputado desnecessário o cumprimento da condição temporal de um quarto da reprimenda para condenados reincidentes que cumprem pena em regime semiaberto, bem como ao do Agravo em Execução Penal 1.0000.18.140345-2/000⁸, em 2019, no qual, ainda que tenha prevalecido a tese de inafastabilidade do requisito temporal, a corrente ora questionada integrou o acórdão como *obiter dictum*, fundamentando o voto vencido. No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede liminar, cita-se julgado da lavra do desembargador Willian Campos proferido nos autos do Habeas Corpus 2251090-73.2016.8.26.0000⁹, dispensando o cumprimento de um sexto de pena como condição para a saída.

Ainda quanto à inviabilidade dessa corrente minoritária que nega vigência aos requisitos temporais do art. 123 da LEP, não se pode olvidar que a adoção de lapsos idênticos para a progressão de regime, à época, e para o deferimento da saída temporária foi opção do legislador constitucionalmente imbuído da função de estabelecer tais condições. Logo, desconsiderar o necessário preenchimento do requisito legal corresponde a afastar em absoluto previsão normativa vigente, ilegalidade que não se desnatura em razão de o ditame inutilizado reputar-se ilógico para alguns, sobretudo considerada a inexistência de decisão em sede de controle de constitucionalidade que tenha retirado a validade do dispositivo.

7 BRASIL. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 3.^a Câmara de Direito Criminal. Agravo em Execução Penal 1.0035.09.161278-4/004. Relator Desembargador Antônio Carlos Cruvinel. Julgado em 14/8/2018. Publicado em 24/8/2018. Disponível em <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=1&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=AGRAVO%20EXECUC%27%C3O%20PENAL%20-SA%CDDAS%20TEMPOR%C1RIAS%20%20REGIME%20INICIAL%20SEMIABERTO%20-%20DESNECESSIDADE%20REQUISITO%20OBJETIVO%20-%20ALTERA%C7%C3O%20DATA-BASE%20%20INAPLICABILIDADE&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referencialLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em 20/3/2021.

8 BRASIL. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 2.^a Câmara de Direito Criminal. Agravo em Execução Penal 1.0000.18.140345-2/000. Relator desembargador Matheus Chaves Jardim. Julgado em 28/2/2019. Publicado em 12/3/2019. Disponível em <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.18.140345-2%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em 20/3/2021.

9 BRASIL. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 15.^a Câmara de Direito Criminal. Habeas Corpus 2251090-73.2016.8.26.0000. Relator desembargador Willian Campos. Julgado em 2/2/2017. Publicado no DJ de 12/5/2017. Disponível em:<https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJSP_HC_22510907320168260000_67e92.pdf?Signature=gJHMR%2FCYz8K7wZvs3bo9fep1GH8%-3D&Expires=1518716440&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=9e91e68d346215ffa8b14a5f643f7192>. Acesso em: 15/2/2021.

Outrossim, é oportuno destacar que a mera similaridade entre os marcos temporais para a obtenção da saída e da progressão não equivale a dizer que este benefício torne aquele inócuo. Para além do requisito objetivo cronológico, existem outras exigências legais a serem cumpridas para a incidência de ambos os institutos. É possível que determinado reeducando, após o cumprimento de um sexto da reprimenda, seja agraciado com o benefício em estudo, porém, diante das particularidades do caso concreto, e consoante a súmula vinculante n.º 26 e súmula n.º 439 do Superior Tribunal de Justiça, tenha que aguardar a realização de exame criminológico para satisfazer o requisito subjetivo necessário à sua progressão ao regime aberto.

Ainda se constata que tal teoria veio a sofrer novo golpe com as alterações que a Lei 13.964/2019 promoveu também no art. 112 da Lei de Execução Penal. A identidade entre os lapsos para a progressão ao regime semiaberto e a concessão de saídas temporárias foi em grande medida encerrada pelos novos e variados marcos previstos entre os incisos II e VIII, percentuais diversos que buscam melhor concretizar a individualização da pena. Nessa senda, mesmo ostentando primariedade, indivíduo que vier a ser apenado pela prática de crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, por exemplo, precisará resgatar monta significativamente superior a um sexto antes de pleitear promoção ao regime menos gravoso, tornando estéril a proposta.

Demonstrado que a dispensa do requisito objetivo cronológico para a saída temporária é expressamente minoritária na doutrina e jurisprudência pátrias, argumentos análogos não impediram os tribunais superiores de entender, debruçando-se sobre questão similar, por ignorarem requisito temporal necessário à obtenção de outro benefício, de modo a privilegiar reeducando que inicia o resgate de sua reprimenda no regime intermediário.

O voto do ministro Roberto Barroso proferido em 2014, em execução penal processada em sede do STF, sintetiza o panorama jurisprudencial na esteira das condenações oriundas da Ação Penal 470, o conhecido “mensalão”:

Por todas essas razões, concluo que a exigência objetiva de prévio cumprimento do mínimo de um sexto da pena não se aplica aos presos que se encontrem em regime inicial semiaberto. Considero que impor tal exigência aos condenados no presente processo implicaria em alterar a jurisprudência vigente, estabelecendo um regime diferenciado e excepcional. Isso porque, como se procurou demonstrar até aqui: a) há mais de 15 anos, o Superior Tribunal de Justiça, órgão encarregado de uniformizar a interpretação do direito federal, já sedimentou o entendimento de que o prévio cumprimento de um sexto da pena, para fins de trabalho externo, não se aplica aos que se encontrem

em regime semiaberto; b) seguindo essa orientação, os Tribunais de Justiça do Distrito Federal e do Estado de Minas Gerais, responsáveis pela execução direta das penas aplicadas aos agravantes, tampouco impõem essa exigência; c) Boa parte da doutrina especializada defende o ponto de vista contrário ao da decisão aqui recorrida, sustentando a possibilidade de trabalho externo independentemente do cumprimento de um sexto da pena; d) tanto do ponto de vista da lógica jurídica quanto da interpretação pragmática, essa solução é a que atende, de maneira mais adequada, às circunstâncias do sistema prisional brasileiro.¹⁰

A corte guardiã da Constituição optou por ignorar requisito expresso no artigo 37 da LEP ao permitir a imediata realização de trabalho externo por sentenciado que iniciou o cumprimento de pena em etapa intermediária, independentemente do resgate prévio de um sexto da reprimenda. E, ainda que se trate de instituto diverso, o raciocínio exposto facilmente poderia ter sido vertido aos pedidos de saída temporária, tornando inócuo mais um dispositivo da legislação.

Cumprir ressaltar que, diante das já mencionadas alterações que a Lei 13.964/2019 promoveu no art. 112 da Lei de Execução Penal, e reconhecendo a similaridade entre as matérias, o entendimento que tende a prevalecer é o esposado pelo Superior Tribunal de Justiça, em detrimento da maior flexibilização acolhida pelo Supremo Tribunal Federal. Ora, considerando que os lapsos para progressão de regime não mais se resumem a um sexto para crimes não hediondos, afastando a identidade com os requisitos cronológicos para a obtenção de saída temporária e trabalho externo, resta vulnerado o fundamento de suposta impossibilidade de fruição destes benefícios por apenados em regime inicial semiaberto. Consequentemente, a dinâmica esperada é a reversão do precedente que afasta a aplicação do art. 37 da LEP, mantendo-se a jurisprudência que mantém íntegro o art. 123, inc. II, do mesmo diploma, e não o contrário.

Ante o exposto, constatam-se sucessivas tentativas doutrinárias e jurisprudenciais de afastar o requisito temporal para a obtenção de saídas temporárias, não obstante repelidas pelo entendimento prevalente no Superior Tribunal de Justiça quanto à manutenção do inciso II do artigo 123 da LEP. Nota-se, igualmente, o acerto da corte guardiã da legislação infraconstitucional sob a perspectiva da integridade do ordenamento jurídico, respeito à determinação do legislador eleito e, consequentemente, garantia da separação dos poderes. Evidencia-se, ainda, a tendência de

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Agravo Regimental no Trabalho Externo na Execução Penal 02/DF. Relator Ministro Roberto Barroso. Julgado em 25/6/2014. Publicado no DJ de 5/8/2014. Disponível em: <<http://stf.jus.br/porta1/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4499722>>. Acesso em: 15/2/2021.

fortalecimento dessa interpretação vigente com a alteração dos lapsos para a progressão de regime prisional introduzidas pela Lei 13.964/2019 no art. 112 da Lei de Execução Penal.

3.2. A releitura da distribuição cronológica

Observadas as tentativas de mitigação dos requisitos legais para a obtenção da benesse, constata-se que dinâmica similar obteve maior acolhida jurisprudencial em relação às disposições que norteiam o gozo do instituto em si, notadamente quanto à distribuição cronológica dos dias nos quais o sentenciado permanecerá fora do estabelecimento ao longo do ano.

Como a LEP regula de forma minudente a duração, periodicidade e distanciamento entre os períodos nos quais o reeducando poderá valer-se das autorizações de saída, nos termos do art. 124 *caput* e parágrafo 3.º, caso não se trate de benefício voltado para atividades de formação educacional, prevê a legislação que o sentenciado deixe o estabelecimento em no máximo cinco ocasiões por ano, cada qual limitada a sete dias de permanência, sendo cada período somente concedido depois do decurso de 45 dias, intervalo obrigatório entre eles.

Ao detalhar tão pormenorizadamente o aspecto temporal da fruição do instituto, o legislador compatibilizou o intuito ressocializador com a natureza progressiva e disciplinar da execução penal, concretizando a dupla feição do instituto. Limitar a quantidade de períodos sequenciais, a fim de viabilizar ao sentenciado deixar o estabelecimento prisional, impõe razoável distanciamento entre estes, o que acaba por simultaneamente criar estímulo para que o reeducando retome contato com a comunidade que o cerca, porém sem remover os rigores da pena em regime intermediário.

Logo, se o legislador houvesse previsto quantidade pequena de dias, e ainda concentrasse a fruição destes a uma única oportunidade ao longo do ano, certamente o caráter ressocializador restaria debilitado. Afinal, inevitavelmente reduziria a noção de gradativo retorno ao convívio social em favor de uma abrupta e descontextualizada inserção do apenado à coletividade, porquanto a efetividade do instituto está intimamente ligada à sua habitualidade e repetição em meio a intervalos regulares, como se preparasse o sentenciado para o cumprimento das condições dos desviados livramento condicional e regime aberto.

Em contrapartida, se o legislador houvesse previsto uma quantidade excessiva de dias, ou não impusesse qualquer intervalo entre os ciclos

do instituto, certamente o caráter progressivo da execução restaria prejudicado, uma vez que o regime semiaberto acabaria despido de seus rigores próprios, tornando-se idêntico ao aberto ou ao livramento condicional durante extensos períodos. Consequentemente, remanesceria desnaturada a própria essência de uma etapa intermediária na qual boa parte seria cumprida extramuros de forma contínua.

Ademais, não se pode olvidar que a distribuição cronológica delineada pela lei acaba por servir também a razões de política criminal e penitenciária que leva em conta o potencial coletivo do instituto. O modelo gradativo e intervalado idealizado pela legislação deveria tornar mais racional e efetiva a gestão do benefício pelas autoridades judiciais e administrativas se comparado a sistema no qual fosse possível que todos os sentenciados saíssem das penitenciárias ao mesmo tempo e permanecessem nas ruas por todo o período previsto para o ano de uma única vez. A existência de intervalos mínimos entre os períodos de fruição dos benefícios acaba por estabelecer uma rotatividade entre a população carcerária, teoricamente fazendo com que sempre existam apenados valendo-se do instituto, porém não todos simultaneamente.

Sobre esse ponto, aliás, ressalte-se a perspectiva eminentemente teórica da prática em diversas unidades da federação da concessão massiva de saídas temporárias em datas comemorativas do Natal e do Dia das Mães, e não em eventos específicos do interesse de cada apenado, a exemplo do aniversário de um filho ou de um genitor. De todo modo, ainda que entendam alguns que a escolha legislativa de distribuição cronológica não atinja o equilíbrio ideal, seja por distância ou proximidade supostamente exageradas entre os períodos, seja por excessiva ou insuficiente quantidade de dias previstos para cada um destes, é inequívoco que a redação do art. 124 *caput* e parágrafo 3.º é taxativa, sem restar lacunas a serem colmatadas.

Em igual orientação, reconhecendo a inafastabilidade da distribuição temporal estipulada pela lei e a conseqüente inviabilidade de eventual compensação de dias entre os períodos de fruição do direito, não há compensação de dias. Não se trata de direito adquirido a estar fora do ambiente carcerário por 35 dias a cada ano. Se uma saída for autorizada por prazo inferior a sete dias, não haverá como computar a diferença até este total para crédito em outra saída. (MARCÃO, Renato Flávio. 2011, p. 214)

Todavia, a exemplo da apreciação do requisito objetivo, a distribuição cronológica do benefício também passou a ser mitigada pela jurisprudência.

Destaque-se que o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de recursos repetitivos, fixou entendimento de que seria possível a concessão de

saídas temporárias em mais de cinco ocasiões ao longo do ano, desde que de menor duração e observado o limite de 35 dias anuais. E para consolidar a orientação da corte guardiã da legislação federal, alude-se ao julgado proferido em 2012 no Recurso Especial 1.166.251/RJ, admitido como representativo da controvérsia e, mais precisamente, ao voto da ministra relatora Laurita Vaz.¹¹

Ainda sobre a distribuição cronológica do benefício, como corolário do descumprimento do *caput* do artigo 124 da LEP, nota-se tendência jurisprudencial em ignorar também o seu parágrafo terceiro de restringir o número máximo de cinco saídas temporárias por ano. Entendem alguns por consequentemente afastar conjuntamente o comando legal explícito de que o benefício só poderia ser usufruído novamente depois de um intervalo mínimo de 45 dias, dado que a distância mínima seria desnecessária entre ciclos de menor duração.

O Superior Tribunal de Justiça, ao se debruçar em 2016 sobre o Recurso Especial 1.544.036/RJ, assentou tese jurídica de modificação do tema 445. Tal julgado também impactou sensivelmente a discussão quanto à automação das saídas temporárias, embora se tenha limitado à distribuição cronológica do benefício no voto do ministro relator Rogério Schietti Cruz.

O intervalo não pode, entretanto, ser estendido, de maneira literal, aos casos de benefícios de curta duração. Semelhante interpretação impediria a renovação das autorizações por mais de cinco períodos – providência já admitida por esta Corte Superior – e criaria verdadeira dificuldade à fruição dos 35 dias de saídas temporárias anuais, razão pela qual a interpretação do § 3.º deve ser compatibilizada com a cabeça do art. 124 e com o art. 1.º, ambos da LEP. Portanto, nas hipóteses de visita à família ou de participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social, fracionadas em até cinco vezes de até sete dias, deve-se aplicar o prazo mínimo de 45 dias de intervalo entre um benefício e outro. O longo período extramuros, o maior contato com a sociedade sem fiscalização e a necessidade de estímulos ressocializadores ao longo do ano, de forma intervalada e proporcional ao número de meses, justificam o intervalo exigido pela norma legal. No que tange às saídas temporárias de curta duração, fracionadas em mais de cinco vezes durante o ano e muitas vezes sem pernoite (datas natalícias, Dia das Mães etc.), seria um contrassenso exigir-se idêntico tratamento, porquanto a interpretação, ademais de estar em conflito com o dispositivo do artigo, criaria verdadeiro óbice à fruição dos 35 dias anuais de saídas temporárias, além de ir de

11 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção. Recurso Especial 1.166.251/RJ. Relatora ministra Laurita Vaz. Julgado em 14/3/2012. Publicado no DJ de 4/9/2012. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1130089&num_registro=200902165121&data=20120904&formato=PDF>. Acesso em: 15/2/2021.

encontro ao objetivo de solidificação dos laços familiares, essencial para a recuperação do reeducando.¹²

Novamente, nota-se a mitigação do rigor legal em favor de uma interpretação que, embora alegadamente busque atentar-se à ressocialização, extrapola os limites normativos do benefício, em esforço hermenêutico que desconsidera o fato de que a matéria já estava suficientemente exaurida pelas disposições da LEP, não havendo lacuna a ser preenchida.

3.3. A flexibilização procedimental

Descrito o abandono dos ditames legais quanto à distribuição cronológica do benefício, volte-se ao estudo da crescente flexibilização procedimental da saída temporária que culminou na discussão, que já se arrasta há alguns anos, sobre a viabilidade do que comumente se denominou *automatização* do benefício.

Como a Lei de Execução Penal não permite entrever qualquer diferença entre o rito cabível para a análise de pedidos de saída temporária e aquele adequado à análise dos demais benefícios, a exemplo dos pleitos de progressão de regime, livramento condicional e remição, entre outros, o correto seria a instauração de incidente específico, nos autos da execução penal de cada sentenciado, para que se analisasse o preenchimento individual dos requisitos para a obtenção do direito.

Com o passar dos anos, o acúmulo de serviço e a falta de estrutura material e de recursos humanos nas varas de execução penal país afora recrudesceram progressivo fortalecimento de correntes que defendiam maior agilidade na concessão do direito, ainda que isso significasse o abrandamento do paradigma assecuratório da jurisdicionalização, ou seja, a apreciação da matéria diante do caso concreto, em sede do processo executivo instaurado em face do requerente da benesse.

Nessa senda, benefício que deveria exprimir o ápice do esforço de individualização da pena, concebido para estimular o contato do sentenciado com sua família, observando-se as particularidades de cada contexto fático, bem como para aferir pormenorizadamente o êxito ou o fracasso do reeducando na internalização da disciplina e responsabilidade, tornou-se

12 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção. Recurso Especial 1.544.036/RJ. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz. Julgado em 14/9/2016. Publicado no DJ de 19/9/2016. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1537683&num_registro=201501732478&data=20160919&formato=PDF>. Acesso em: 15/2/2021.

instituto homogêneo e massivo, concedido ou denegado de forma indiscriminada e pouca atenção ao caso concreto.

Tal fenômeno pode ser observado em diversos estados da federação. Com a instituição de *saidinhas*, as já mencionadas concessões coletivas do benefício em datas festivas colocaram simultaneamente em liberdade, desviada, e no meio social, considerável parcela da população prisional.

O enfraquecimento da individualização do instituto torna-se ainda mais intensa no caso do estado de São Paulo, no qual a coletivização do benefício é feita com a instauração de expedientes únicos, com trâmite perante as corregedorias judiciais dos presídios, visando ao deferimento para diversos apenados sincronicamente e fora dos autos das respectivas execuções¹³, apesar da Resolução 113/2010 do Conselho Nacional de Justiça.

Saliente-se que essas ocorrências foram pouco abordadas na jurisprudência das cortes superiores, mas acabaram por servir de base para que alguns juízos inovassem ainda mais diante da redação legal e instituísem figura que posteriormente viria a ser conhecida como saída temporária *automatizada*, esta sim alvo de acirradas discussões no STJ e STF.

4. A saída temporária automatizada e a hesitação jurisprudencial

Considerando-se a recalcitrância das cortes e a ausência de outras fontes do direito sobre como se daria a automatização, resta aos poucos autores que enfrentam a discussão relatar as orientações fixadas nos julgados, bem como delimitar algumas poucas noções comuns. A propósito, em notável esforço, Luiz Antonio Bogo Chies e Flávia Lucimeri Rodrigues (p. 245), além de descrever a proeminência das definições jurisprudenciais, comentam a caracterização do instituto em si.

A saída temporária automatizada ou programada tem sido um tema olvidado pela doutrina pátria e, nesse caso, resta ser enfrentado, quase que com exclusividade, pela jurisprudência do que se tem indefinição ou carência de delimitações na sua caracterização. Os próprios termos “automatizadas” e “programadas” já indicam, em si, o que caracteriza essa modalidade, ou especificação, das chamadas saídas temporárias.

13 No estado de São Paulo, a adoção de expedientes únicos e a atribuição de competência para deferir autorizações de saída a juízes que não necessariamente os responsáveis pelas execuções penais dos beneficiários foram determinadas pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça daquele ente, por meio da Resolução 616/2013, que disciplinou os Departamentos Estaduais de Execução Criminal (DEECRIM) criados pela Lei Complementar Estadual 1.208/2013.

Da ideia de automatização (tornar automático, automatizar) vem-nos o sentido da repetição do direito/benefício (situação de saída temporária), que se opera com regularidade sem que exista a necessidade de novas intervenções e manifestações de vontade no pedido ou na concessão. Da ideia de programação nos vem o sentido de um planejamento, com a estipulação de dados certos para realizar algo (datas e/ou períodos, no caso de saídas temporárias).

Ambos os termos se complementam, no que tange às saídas temporárias, já que, ao caracterizá-las como uma série de datas e/ou períodos certos e determinados, o apenado poderá gozar do direito-benefício sem que para isso necessite pleiteá-lo a cada oportunidade, porquanto o deferimento já se deu graças a uma anterior, e única, decisão judicial.

Baseado no que se definiu, é possível conceituar a saída temporária automatizada como uma flexibilização procedimental na análise do instituto, caracterizada pela estipulação prévia das datas nas quais será autorizado e repetido o benefício sem intervenção judicial específica para cada fruição. Logo, trata-se da concessão do direito e autorização para seu aproveitamento em diversas ocasiões subseqüentes, tudo em uma única oportunidade, observando-se o rito legalmente previsto apenas para a primeira decisão, dispensando-se a manifestação do juízo para as saídas posteriores.

Como corolário dessa automatização, o juízo das execuções e os sujeitos processuais, a exemplo do Ministério Público, invariavelmente acabam por ter seu papel reduzido na dinâmica da saída temporária em igual passo, dilatando-se a importância das autoridades administrativas ligadas à gestão carcerária. Isso porque o acompanhamento do benefício passaria a ser exercido primordialmente pela direção do estabelecimento prisional, que somente viria a acionar os órgãos de cunho jurisdicional caso entendessem que algo teria extrapolado sua própria atribuição na reiteração delitiva ou no cometimento de falta grave.

Apontadas tais linhas gerais para a conceituação da saída temporária automatizada, remanescem dois questionamentos aos tribunais, caso se entenda viável a adoção da medida: os limites do que se pode delegar à autoridade administrativa, e se a fixação das datas para fruição do direito é de competência jurisdicional ou de atribuição do diretor da penitenciária. Sucintamente descritos os elementos que compõem a automatização, volta-se ao estudo dos julgados das cortes superiores sobre a matéria.

À primeira vista, a possibilidade jurídica de adoção da saída temporária automatizada no direito pátrio parece matéria superada, tanto que o

Superior Tribunal de Justiça editou, em 2015, o Enunciado 520 de sua súmula, vedando o benefício no âmbito da execução penal. “É ato jurisdicional insuscetível de delegação à autoridade administrativa do estabelecimento prisional”.

Entretanto, uma análise mais detida da discussão revela que o assunto está longe de um entendimento pacificado, conforme expressa a própria assertiva, porque a redação superficial do dispositivo não permite entrever desde logo os limites do que exatamente está sendo proibido pela corte cidadã. Como se demonstrará, o questionamento foi fundamental, pois ao menos desde 2010 é possível constatar que o entendimento dos tribunais superiores tem oscilado quanto ao conteúdo da proibição, ou até mesmo se a prática deve ser efetivamente proibida.

Cinco anos antes da edição daquela súmula, o Supremo Tribunal Federal, ao se debruçar sobre o Habeas Corpus 98.067/RS do relator ministro Marco Aurélio Mello, reputou válida a automação do benefício, como se depreende de seu voto em 2010:

O tribunal assentou que não conflita com a ordem jurídica ter-se, após o exame do perfil do reeducando, a automaticidade nas saídas, sem a necessidade de a cada qual acionar-se o Ministério Público e movimentar-se a máquina judiciária. [...] O que ocorre é a avaliação satisfatória ao benefício e a tomada de empréstimo desta para as saídas subsequentes. Fico a imaginar o que se terá em termos de colapso, uma vez que se venha a exigir, para cada saída do custodiado, um processo a percorrer o rito próprio, multiplicando-se o número pelas três saídas mensais. Concedo a ordem para tornar subsistente o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.¹⁴

Destaque-se que não se discutiu explicitamente a possibilidade de que se delegasse à autoridade administrativa a fixação das datas de saída, cingindose a contenda à viabilidade de se conceder mais de uma autorização em uma única decisão. Destarte, é possível inferir que, à época, prevalecia o entendimento de que era possível a adoção da saída temporária automatizada no Brasil, medida que consistia em deferir, em ato singular, mais de uma autorização para que o sentenciado se ausentasse do estabelecimento prisional.

Depois, em 2012, o Superior Tribunal de Justiça, em análise de matéria repetitiva no julgamento dos Recursos Especiais 1.166.251/RJ e

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira turma. Habeas Corpus 98.067/RS. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 6/4/2010. Publicado no DJ de 21/5/2010. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2665481>>. Acesso em: 15/2/2021.

1.176.264/RJ, firmou entendimento repudiando as saídas temporárias automatizadas. Restou assentado o posicionamento de que cada uma dessas autorizações deveria ser precedida de decisão motivada do juízo das execuções, com a imprescindível intervenção do Ministério Público, afastando-se a possibilidade de delegação ao administrador do presídio da escolha da data em que o reeducando usufruiria do direito.

Os aludidos precedentes da corte cidadã ensejaram não somente a posterior edição da já transcrita Súmula 520, mas também a tese firmada no Tema 445: “A autorização das saídas temporárias é ato jurisdicional da competência do Juízo das Execuções Penais. Não é possível delegar ao administrador do presídio a fiscalização sobre diversas saídas temporárias, por se tratar de atribuição exclusiva do magistrado das execuções penais, sujeita à ação fiscalizadora do Ministério Público”.

Por oportuno, destaque-se o trecho do voto da ministra relatora Laurita Vaz, lançado no acórdão do Recurso Especial 1.176.264/RJ:

Nesse contexto, a toda evidência, percebe-se que a autorização das saídas temporárias é ato jurisdicional da competência do Juízo das Execuções Penais, que deve ser motivado com a demonstração da conveniência da medida. É o que preceitua o art. 124 da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984), que expressa a necessidade de autorização do Magistrado, após Manifestação do Ministério Público e da Autoridade Penitenciária.

Desse modo, é indevida a delegação do exame do pleito à Autoridade Penitenciária, impedindo o Parquet de se manifestar na concessão do benefício e, ainda, de exercer a sua função fiscalizadora no tocante à ocorrência de excesso, abuso ou mesmo de irregularidade na execução da medida. A renovação automática das saídas temporárias, deixando a sua fiscalização a cargo do administrador do presídio, contraria, de forma flagrante, a vontade da lei, não bastando o argumento de desburocratização e racionalização do Juízo da Vara de Execuções Criminais justificativa plausível para a não observação a Lei de Execução Penal. No caso dos autos, vê-se que a decisão do Juízo das Execuções contrariou a legislação ordinária de regência, na medida em que dispensou o exame do preenchimento dos requisitos necessários para as saídas temporárias subsequentes à primeira. Em idêntico sentido, é a jurisprudência predominante deste Superior Tribunal de Justiça.¹⁵

Portanto, em nítida contraposição ao precedente isolado do Supremo Tribunal Federal de 2010, o Superior Tribunal de Justiça firmou clara posi-

15 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção. Recurso Especial 1.176.264/RJ. Relatora ministra Laurita Vaz. Julgado em 14/3/2012. Publicado no DJ de 3/9/2012. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000088564&dt_publicacao=03/09/2012>. Acesso em: 15.2.2021.

ção pela ilegalidade da automatização, o que afastou a possibilidade de fixação de calendário para o gozo das saídas temporárias em ato único. Ademais, aprofundou os limites da discussão ao asseverar explicitamente que a medida atacada acarretaria indevida delegação de competência jurisdicional à autoridade administrativa, limitando-se a denominar essa carga de responsabilidade, cuja transferência seria indevida como *fiscalização*, sem delimitar seus contornos.

Outrossim, nota-se que o papel constitucional do Superior Tribunal de Justiça de guardião da legislação federal e uniformizador da jurisprudência foi o de demonstrar preocupação em estabilizar o tratamento da matéria no ordenamento pátrio. Para tal, dotou seus precedentes de maior cogência, valendo-se de mecanismos como o recurso repetitivo e a edição de súmula e tese.

Não obstante o tema parecesse superado, em 2015, pouco tempo depois da edição da Súmula 520, surgiu no Supremo Tribunal Federal corrente que entendeu válida a automação. Para essa corte, a fixação de calendário de saídas em ato judicial único reconhecia possível flexibilização procedimental. Destaque-se o voto do ministro Gilmar Mendes nos autos do Habeas Corpus 128.763/RJ.

Um único ato judicial que analisa o histórico do sentenciado e estabelece um calendário de saídas temporárias, com a expressa ressalva de que as autorizações poderão ser revistas em caso de cometimento de falta pelo sentenciado, é suficiente para fundamentar a saída mais próxima e as futuras. Por um lado, a decisão avalia a situação contemporânea, deixando claro que a saída mais próxima é recomendável. Por outro, projeta que, se não houver alteração fática, as saídas subsequentes também serão recomendáveis. A expressa menção às hipóteses de revisão deixa claro às partes que, caso surja incidente, ele será apreciado, podendo levar à revogação da autorização. Ressalto que, em situações ordinárias, os requisitos das saídas são os mesmos, independentemente da estação do ano em que elas ocorrem. A saída do Natal não tem requisitos mais brandos do que a saída da Páscoa, por exemplo. Não há razão funcional para afirmar que, uma única decisão que a ambas contemple, é deficiente de motivação. A decisão única também permite a participação suficiente do Ministério Público, que poderá falar sobre seu cabimento e, caso alterada a situação fática, pugnar por sua revisão. Pode-se argumentar que a decisão do Superior Tribunal de Justiça não afeta diretamente direito do sentenciado. De fato, se o Juízo das execuções penais determinar saídas temporárias em várias decisões sucessivas, ao invés de em única decisão, a situação do preso será a mesma. No entanto, a realidade da execução penal demonstra que esse tipo de decisão coloca em risco o direito do sentenciado ao benefício. [...] De tudo concluo que o Juiz de execuções penais pode deferir a saída

temporária em uma única decisão, válida para diversas saídas, sem violar o dever de fundamentação ou prerrogativa do Ministério Público. Pelo contrário, a análise individual de cada saída pode colocar em risco o direito do sentenciado ao benefício.¹⁶

Logo, o STF, sem delegar a matéria à autoridade administrativa, limitou-se a reconhecer a validade do deferimento de diversas autorizações em apenas uma decisão, que se fundamentou no risco concreto de que os sentenciados tivessem seu acesso ao direito obstado pelo cenário caótico das varas de execução penal no país.

Depois, o Superior Tribunal de Justiça, em reposicionamento sobre a matéria, reafirmou orientação contrária à automatização, porém tão somente sob o ponto de vista formal, materialmente mitigando o conteúdo da vedação. Isso porque incorporou diversos dos argumentos empregados pelo Supremo Tribunal Federal, o que alterou o próprio conceito de saída temporária automatizada, e assim não mais incluiria a concessão de múltiplas autorizações em um único ato.

A preocupação da corte guardiã da legislação federal, nota-se, é a de manter íntegro o Enunciado 520 de sua súmula, independentemente da contrariedade demonstrada pelo tribunal constitucional, ainda que, para atingir esse fim, o tenha reinterpretado e alterado significativamente o seu alcance. A mudança de posicionamento se depreende claramente do recurso especial 1.544.036/RJ, em cujo acórdão é inequívoca a superação do entendimento anterior, uma vez que se tornou viável a fixação de diversas saídas em apenas uma decisão.

A meta continua a ser a análise individual e célere de cada saída temporária, de modo a proporcionar aos reeducandos a almejada jurisdição e a gradativa reinserção no meio familiar e social. Entretanto, se a tramitação individual de cada pedido estiver, por questões locais – e isso é notório no caso reproduzido nos autos, referente ao Estado do Rio de Janeiro –, a interferir no direito subjetivo do apenado e a ocasionar demora excessiva do Judiciário para proferir decisões sobre o benefício, por carência exclusiva do aparato estatal, deve ser reconhecida, excepcionalmente, a possibilidade de o Juiz estabelecer calendário prévio de saídas temporárias anuais em ato judicial único, respeitadas as hipóteses de revogação automática do benefício. (SCHIETTI CRUZ, Rogerio, 2016)

Constata-se que o próprio Schietti Cruz acaba por admitir que o ideal seria a observância ao procedimento legal, tratando o estabelecimento

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda turma. Habeas Corpus 128.763/RJ. Relator ministro Gilmar Mendes. Julgado em 4/8/2015. Publicado no DJ de 1.º/2/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162675>>. Acesso em: 15/2/2021.

de calendário de autorizações como medida excepcional. Entretanto, ao considerar o risco de demora na apreciação do benefício como fundamento para a adoção da flexibilização procedimental, contexto que é a regra na realidade forense brasileira, sinaliza o tribunal que a figura subsidiária poderá se tornar mais frequente que a norma geral. Outrossim, no voto proferido pelo relator, o conceito de saída temporária automatizada passa a ser encarado sob o prisma da delegação indevida de responsabilidades à autoridade administrativa.

Nota-se, portanto, o esforço em manter vigente a súmula, ainda que com significado diverso. Substituído o conteúdo da proibição, resta viável a fixação de diversas saídas em uma única manifestação judicial, porém exigindo-se que data específica seja previamente determinada pelo juízo, e não pela autoridade administrativa. A delegação da competência torna-se o foco, e não a repetição do benefício em si, como se o tribunal indicasse que a saída temporária automatizada passa a ser admissível no ordenamento, desde que os dias de fruição sejam antecipadamente fixados na sentença, e não escolhidos pela diretoria do estabelecimento prisional.

Impossível não vislumbrar que a vedação à outorga de atribuições assume feições quase simbólicas. Ainda que não recaia sobre os gestores carcerários o dever de escolher os dias nos quais os reeducandos poderão ausentar do presídio, é inequívoco que a automação do benefício eleva sobremaneira o papel fiscalizatório dos administradores, uma vez que somente eles acompanharão a fruição do direito ao longo do ano, bem como o cumprimento das condições pelos beneficiários durante cada autorização. Mesmo que se alegue inexistir delegação formal, é inevitável constatar que, com a adoção de calendários únicos, a administração pública acaba por concentrar diversas das funções que a LEP reserva aos órgãos jurisdicionais.

Saliente-se que a tese subjacente à súmula, bastante alterada, passou a ostentar a seguinte redação no Tema 445:

Primeira tese: É recomendável que cada autorização de saída temporária do preso seja precedida de decisão judicial motivada. Entretanto, se a apreciação individual do pedido estiver, por deficiência exclusiva do aparato estatal, a interferir no direito subjetivo do apenado e no escopo ressocializador da pena, deve ser reconhecida, excepcionalmente, a possibilidade de fixação de calendário anual de saídas temporárias por ato judicial único, observadas as hipóteses de revogação automática do art. 125 da LEP.

Segunda tese: O calendário prévio das saídas temporárias deverá ser fixado, obrigatoriamente, pelo Juízo das Execuções, não se

Ihe permitindo delegar à autoridade prisional a escolha das datas específicas nas quais o apenado irá usufruir os benefícios. Inteligência da Súmula 520 do STJ.

Terceira tese: Respeitado o limite anual de 35 dias, estabelecido pelo art. 124 da LEP, é cabível a concessão de maior número de autorizações de curta duração.

Quarta tese: As autorizações de saída temporária para visita à família e para participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social, se limitadas a cinco vezes durante o ano, deverão observar o prazo mínimo de 45 dias de intervalo entre uma e outra. Na hipótese de maior número de saídas temporárias de curta duração, já intercaladas durante os doze meses do ano e muitas vezes sem pernoite, não se exige o intervalo previsto no art. 124, § 3.º, da LEP.

Em suma, ao final de tantas mudanças de posicionamento, a flexibilização procedimental da concessão de saídas temporárias acabou por prevalecer, não obstante a Súmula 520 do STJ continue formalmente em vigor. A aparente salvaguarda da reserva jurisdicional legalmente prevista para o benefício foi mitigada de tal forma que atualmente se resume a proibir a atribuição aos agentes administrativos do poder de fixar as datas de fruição pelos sentenciados. Contudo, resta plenamente possível que a apreciação do direito pelo juízo seja feita em uma única oportunidade para todo o ano, repetindo-se o seu gozo sem qualquer análise posterior do poder judiciário sob o crivo do contraditório.

Efetivamente, restou autorizada a saída temporária automatizada, não obstante os tribunais evitem empregar tal terminologia, uma vez que o benefício se tornou passível de sucessivas repetições, independentemente de nova apreciação do órgão constitucional legalmente incumbido de fazê-la. Conseqüentemente, essas renovações ulteriores restaram despidas da imprescindível carga jurisdicional, o que não se corrige pela mera possibilidade de os agentes administrativos – alçados a verdadeiros controladores da fruição do direito – circunstancialmente informem ao juízo da execução alguma intercorrência que fuja ao comum. Isso porque a simples viabilidade de eventual fiscalização judicial sobre a condução administrativa do benefício não preenche adequadamente os requisitos jurisdicionais inerentes à execução penal.

José Antônio Paganella Boschi (1989, p. 18), ao descrever o que seria uma superada concepção administrativa do processo executivo criminal, ensinou que a execução seria atividade administrativa dotada de jurisdição episódica, constituindo simplesmente fiscalizatória a atuação do juiz, a não ser frente à instauração dos chamados incidentes de execução.

Note-se que limitar a apreciação do instituto a uma única oportunidade anual, deixando os demais esforços de acompanhamento do benefício primordialmente a cargo do poder executivo, aproxima-se criticamente da noção de jurisdição episódica de cunho meramente fiscalizatório, incompatível com o ordenamento jurídico pátrio.

Com o enfraquecimento do controle jurisdicional, a atuação do Ministério Público se encontra em posição privilegiada para contornar a redução das oportunidades ordinárias, por meio de intimação pessoal no bojo dos autos do processo executivo, de fiscalização do benefício. Isso não apenas por figurar como órgão da execução penal, nos termos do art. 61, III, da LEP, mas também pela possibilidade de se valer dos amplos instrumentos assegurados pela Constituição Federal, por aquele diploma legal e por diversas outras leis e regulamentos mormente voltados para mecanismos extrajudiciais, tudo com o fito de velar pela regularidade na concessão e fruição do benefício.

A atribuição de natureza jurídica de polícia a considerável parte dos órgãos responsáveis pela segurança penitenciária, nos termos do inciso VI do art. 144 da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional 104/2019, vislumbra que a supervisão, pelas polícias penais, das saídas temporárias concedidas de forma automatizada também se sujeita ao controle externo da atividade policial a cargo do Ministério Público, consoante art. 129, inciso VII.

Diante desse cenário, a maleabilidade do rito por iniciativa das cortes superiores, longe de ser fenômeno isolado, compatibiliza-se com os demais movimentos de reinterpretação jurisprudencial da saída temporária ora expostos, sempre orientados pelo progressivo abandono dos requisitos legais em favor da agilidade na apreciação do benefício.

Questiona-se o requisito temporal previsto no art. 123, inciso II; a mitigação da distribuição cronológica prevista no artigo 124 *caput* e parágrafo 3.º e, mais recentemente, o abrandamento do caráter jurisdicional determinado pelo artigo 123 *caput* com a automatização do instituto.

Sem almejar discutir se tais medidas, sob uma perspectiva de equidade, são justas ou efetivamente contribuem para aliviar a pressão sobre o sistema carcerário, cabe analisar se possuem compatibilidade com o ordenamento jurídico vigente. Pelo teor da fundamentação lançada nos acórdãos parcialmente transcritos, salta aos olhos uma grande preocupação com a garantia de fruição pelo apenado, porém não tão evidente com o apontamento das razões que autorizariam o julgador a afastar a disposição normativa expressa.

Tal postura, alicerçada primordialmente na busca da disseminação alargada não necessariamente criteriosa do benefício e da atenuação episódica dos problemas do abarrotado sistema prisional, acaba por propiciar efetiva inovação judicial sobre os critérios legislativos, mormente os já mencionados artigos 123, *caput* e inciso II, e 124, *caput* e parágrafo 3.º da LEP, os quais encerram regras que disciplinam integralmente a matéria, sem lacunas que demandam preenchimento para viabilizar o instituto. Consequentemente, os julgadores que se imiscuírem no papel do legislativo não apenas tensionam as raias da separação entre os poderes, mas também deixam de enfrentar questões que foram levadas em conta pelo Congresso Nacional ao elaborar os minuciosos parâmetros da norma, como preocupações com a segurança pública, disciplina penitenciária, manutenção das características de cada regime no sistema progressivo de pena e a própria inderrogabilidade da sanção penal.

Ainda quando abordados os princípios constitucionais aludidos aos julgados, nota-se a prevalência da duração razoável do processo, porém curiosamente em nenhum dos acórdãos pesquisados foi possível notar a preocupação em efetivamente adentrar-se à seara do controle de constitucionalidade.

5. Conclusão

Sobre o cabimento e o processamento da saída temporária, foi possível concluir que a apreciação dos pedidos de saída temporária possui nítido e inafastável caráter jurisdicional tanto nos termos da lei quanto na doutrina majoritária. Sob a óptica legal e doutrinária, a saída temporária não se diferencia procedimentalmente dos demais institutos do diploma legal, que se sujeitam a ditames aplicáveis ao processo executivo criminal quando da apreciação de benefícios, a exemplo da progressão de regime e livramento condicional.

Na teoria, a saída temporária estimula a ressocialização do sentenciado pela reconstrução ou reforço de seus laços com a comunidade, bem como revela o estágio de internalização disciplinar de seu comportamento quando reinserido em sociedade, sem vigilância direta, por determinado período. Consequentemente, assume dupla feição, voltando-se à ressocialização do apenado e à garantia do integral cumprimento de pena.

A existência de diversos julgados concedendo o direito à saída temporária em hipóteses diversas das legalmente estabelecidas, ou o emprego de figuras sem previsão normativa, revela ser o estudo da jurisprudência

essencial para a adequada compreensão da realidade da aplicação do benefício no cotidiano forense brasileiro muito além do previsto na Lei de Execução Penal.

Aliás, o estudo de alguns entendimentos adotados pelas cortes superiores demonstra linha jurisprudencial comum pela mitigação dos rigores legais e em favor da ampliação do alcance do benefício, sendo possível constatar tal relativização no preenchimento dos requisitos para a obtenção na forma como o benefício é cronologicamente aproveitado pelos sentenciados e no rito procedimental para sua apreciação, atenuando-se o caráter jurisdicional em favor da *automatização*.

Quanto à mitigação dos requisitos, percebem-se questionamentos sobre a necessidade de cumprimento de lapso temporal da pena antes da obtenção das saídas temporárias, não obstante o inciso II do artigo 123 da LEP permaneça inalterado. Embora tenha sido defendida por setores doutrinários e atingido algum respaldo na jurisprudência de cortes estaduais, a teoria foi repudiada pelo Superior Tribunal de Justiça e se manteve minoritária. Ademais, a premissa dessa corrente, a identidade entre os lapsos temporais para o benefício em estudo e para a progressão de regime, foi duramente atingida pelas alterações que a Lei 13.964/2019 promoveu no art. 112 da Lei de Execução Penal.

No tocante à distribuição cronológica do benefício, a LEP regula de forma minudente a duração, a periodicidade e o distanciamento dos quais o reeducando poderá valer-se nas autorizações de saída, nos termos do art. 124 *caput* e parágrafo 3.º. Logo, caso não tenha por escopo atividades de formação educacional, a legislação prevê que o sentenciado deixe o estabelecimento em no máximo cinco ocasiões por ano, cada qual limitada a sete dias de permanência. Cada um desses períodos só pode ser concedido depois de um intervalo obrigatório de 45 dias. Todavia, não obstante a clara e exauriente redação legal, a jurisprudência dos tribunais superiores passou a admitir a concessão de mais de cinco saídas temporárias por ano, desde que com menor duração, e afastou também o comando legal explícito do intervalo mínimo de 45 dias.

Quanto à análise do cabimento da saída temporária automatizada pelos tribunais superiores, nota-se divergência acirrada, com sucessivas mudanças no entendimento dominante e no próprio conteúdo da expressão. Embora o Superior Tribunal de Justiça resista em adotar a terminologia *saída temporária automatizada*, provavelmente por ter no passado ensaiado uma posição contrária, acabou por admiti-la, uma vez que o instituto, em sua acepção original descrita no entendimento originário do STF

em 2010, foi plenamente autorizado, reconhecendo a possibilidade de fixação de diversas saídas em ato judicial único, a serem acompanhadas tão somente pelos gestores do sistema carcerário.

Tal medida reduz o caráter jurisdicional do processamento, limitando o benefício a uma única ocasião no ano, mas o controle subsequente passa a ser feito em sede administrativa com fiscalização apenas subsidiária do judiciário, mediante provocação do poder executivo. Nesse cenário, tornase ainda mais imprescindível a atuação do Ministério Público por meio de mecanismos extrajudiciais de fiscalização, inclusive no âmbito do controle externo da atividade policial diante do novo inciso VI do art. 144 da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional 104/2019.

Ante o exposto, constata-se que os rigores legais previstos para a obtenção da saída temporária vêm sendo sistematicamente abrandados pelas cortes superiores abertamente em contrariedade com o texto normativo, sendo impossível sustentar que se trate de esforço interpretativo para preencher lacunas, notadamente porque a matéria já se encontrava exaurida pela Lei 7.210/1984.

Na busca da disseminação alargada e não necessariamente criteriosa do benefício, bem como da atenuação episódica dos problemas do abarrotado sistema prisional, tensionam-se as raias da separação entre os poderes até mesmo em questões que devem ser levadas em conta pelo legislador ao elaborar os parâmetros da norma nas preocupações com a segurança pública, disciplina penitenciária, manutenção das características de cada regime no sistema progressivo de pena e a própria inderrogabilidade da sanção penal.

O impacto dessas preocupações no benefício foi veiculado via Lei 13.964/2019 do Legislativo por meio da vedação de concessão a “condenado que cumpre pena por praticar crime hediondo com resultado morte”. Logo, nota-se uma tendência contraposta ao abrandamento contínuo capitaneado pelos tribunais superiores.

Identifica-se consistente tendência em os julgadores afastarem os ditames da LEP aplicáveis. Nos poucos julgados em que essa possibilidade de superação da norma positivada foi enfrentada, notou-se a prevalência do princípio da razoável duração do processo, todavia sem adentrar o órgão jurisdicional ao controle de constitucionalidade propriamente dito que autorizaria tal juízo de ponderação.

6. Referências

- ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Execução penal*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- AUGUSTIN, Sérgio. *Execução criminal: função jurisdicional ou administrativa*. Caxias do Sul: Plenum, 2007.
- BARROS, Ana Luísa Xavier et al. As saídas temporárias na execução penal: ambiguidades e possibilidades. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, n. 19, p. 133-149., jul./dez. 2006.
- BOSCHI, José Antonio Paganella. *Execução Penal: questões controvertidas*. Porto Alegre: AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1989.
- _____. Saídas temporárias: aspectos legais e jurisprudenciais. Fascículos de Ciências Penais, Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 44-47., jul./set. 1990.
- CHIES, Luiz Antônio Bogo; RODRIGUES, Flávia Lucimeri. Saídas temporárias automatizadas e programadas: análise de legalidade. *Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias*, Pelotas, v. 2, n. 1, p. 243-256., jan./dez. 2003.
- CORRÊA, Alexandre Melo. Saídas temporárias: ambiguidades presentes na lei de execução penal. *Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias*, Pelotas, v. 2, n. 1, p. 231-242., jan./dez. 2003.
- COSTA, Valesca Brasil; GÓES, Rosângela Garcia de. Saídas temporárias: relação com o trabalho externo. *Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias*, Pelotas, v. 2, n. 1, p. 257-267., jan./dez. 2003.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Natureza Jurídica da Execução Penal* (coord). *Execução Penal: mesas de processo penal, doutrina, jurisprudência e súmulas*. São Paulo: Max Limonad, 1987, p. 7. 507.
- KUEHNE, Maurício. *Lei de execução penal & legislação complementar: com as normas do Sistema Penitenciário Federal*. 14. ed. Curitiba: Juruá, 2015.
- _____. *Lei de execução penal anotada*. 7. ed. Curitiba: Juruá, 2009.
- MARCÃO, Renato Flávio. *Curso de execução penal*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. *Lei de execução penal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- MIR PUIG, Carlos. *La prisiónabierta. Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 38, n. 3, p. 767-806., set./dez. 1985.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal: comentários à Lei 7.210, de 11-7-1984*. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas: v. 2. 8. ed. v.1*. Rio de Janeiro: GEN, 2014.
- _____. *Manual de processo penal e execução penal*. 10. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2013.
- PAZ, Sabrina Rosa. Saídas temporárias: como instituto de controle individual e coletivo. *Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias*, Pelotas, v. 2, n. 1, p. 269-275., jan./dez. 2003.
- PRADO, Daniel Nicory do. Evasões durante as saídas temporárias: estudo empírico do desempenho do instituto e o perfil do evadido. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 21, n. 104, p. 307-343., set./out. 2013.

_____. Sobre a natureza jurídica da execução penal. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1468,9 jul. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10124>>. Acesso em: 6 fev. 2021.

PRADO, Luiz Regis et al. Direito de execução penal. 3. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2013.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão*. “Fac-símile da edição portuguesa, de Coimbra Editora, de junho de 2000”. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2001, p. 137

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica*. São Paulo: Saraiva, 2014.

GUILHERME DE CASTRO GERMANDO

Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais; bacharel em Direito pela FDUSP (2014); especialista em Direito Penal e Processual Penal pela ESMP/SP (2018).



ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL AOS CRIMES TRIBUTÁRIOS, POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO EM AMBAS AS FASES DA PERSECUÇÃO PENAL, RETROATIVIDADE DA NORMA, POSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO OU REDUÇÃO DE MULTAS PUNITIVAS COMO OBRIGAÇÃO DE REPARAÇÃO DO DANO E PECULIARIDADES

AGREEMENT OF NON-CRIMINAL PUNISHMENT TO TAX CRIMES,
POSSIBILITY OF APPLICATION IN BOTH PHASES OF CRIMINAL PROSECUTION,
RETROACTIVITY OF THE NORM, POSSIBILITY OF EXCLUSION OR REDUCTION OF
PUNITIVE FINES AS OBLIGATION TO REPAIR THE DAMAGE AND PECULIARITIES

VINICIUS DE SOUZA CHAVES

Promotor de Justiça

Resumo: O acordo de não persecução penal, importante instituto na negociação da repressão penal e mitigação ao princípio da obrigatoriedade penal, veio finalmente positivado pela Lei 13.964/2019. Não se pode descurar, no entanto, que antes de sua previsão em texto de lei, os Ministérios Públicos, em seus diversos ramos, já estavam autorizados a aplicá-lo, haja vista a sua previsibilidade em ato administrativo normativo, mais especificamente no comando do art. 18 da Resolução 181 de 7 de agosto de 2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

Palavras-chave: Acordo de não persecução penal. Crimes tributários. Aplicação nas fases da persecução penal. Multas punitivas e exclusão ou de redução de multas punitivas.

Abstract: The non-criminal prosecution agreement, an important institute in the negotiation of criminal repression and mitigation of the principle of mandatory criminality, was finally confirmed by Law 13.964/2019. It cannot be overlooked, however, that prior to its provision in a text of law, the Public Prosecutors, in their various branches, were already authorized to apply it, given its predictability in a normative administrative act, more specifically in charge of the art. 18 of Resolution 181 of August 7, 2017, of the National Council of the Public Ministry.

Keywords: Criminal persecution. Tributary tax. Penalty decrease possibility.

Sumário: 1. Resolução 181/2017. 2. Da possibilidade de aplicação do Acordo de não persecução penal aos crimes tributários e afins. 3. Do óbice legal secundário – “transponibilidade” e aplicação permitida do instituto. 4. Da aplicabilidade do acordo de não persecução penal também em juízo e a possibilidade da analogia *in bonam partem* a favor do réu. 5. Da retroatividade da norma. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. Resolução 181/2017

Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado

formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente: (Redação dada pela Resolução 183, de 24 de janeiro de 2018)

I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo; (Redação dada pela Resolução 183, de 24 de janeiro de 2018) II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; (Redação dada pela Resolução 183, de 24 de janeiro de 2018) III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público; (Redação dada pela Resolução 183, de 24 de janeiro de 2018) IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; (Redação dada pela Resolução 183, de 24 de janeiro de 2018) V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada. (Redação dada pela Resolução 183, de 24 de janeiro de 2018)

§ 1.º Não se admitirá a proposta nos casos em que: (Redação dada pela Resolução n. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO RESOLUÇÃO 181, DE 7 DE AGOSTO DE 2017. 18/22 183, de 24 de janeiro de 2018) I – for cabível a transação penal, nos termos da lei; (Redação dada pela Resolução 183, de 24 de janeiro de 2018) II – o dano causado for superior a vinte salários mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local; (Redação dada pela Resolução 183, de 24 de janeiro de 2018) III – o investigado incorra em alguma das hipóteses previstas no art. 76, § 2.º, da Lei 9.099/1995; (Redação dada pela Resolução 183, de 24 de janeiro de 2018) IV – o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal; (Redação dada pela Resolução 183, de 24 de janeiro de 2018) V – o delito for hediondo ou equiparado e nos casos de incidência da Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006; (Redação dada pela Resolução 183, de 24 de janeiro de 2018) VI – a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. (Redação dada pela Resolução 183, de 24 de janeiro de 2018). § 2.º A confissão detalhada dos fatos e as tratativas do acordo serão registrados pelos meios ou

recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, e o investigado deve estar sempre acompanhado de seu defensor. (Redação dada pela Resolução 183, de 24 de janeiro de 2018) § 3.º O acordo será formalizado nos autos, com a qualificação completa do investigado e estipulará de modo claro as suas condições, eventuais valores a serem restituídos e as datas para cumprimento, e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor. (Redação dada pela Resolução 183, de 24 de janeiro de 2018) § 4.º Realizado o acordo, a vítima será comunicada por qualquer meio idôneo, e os autos serão submetidos à apreciação judicial. (Redação dada pela Resolução 183, de 24 de janeiro de 2018) § 5.º Se o juiz considerar o acordo cabível e as condições adequadas e suficientes, devolverá os autos ao Ministério Público para sua implementação. (Redação dada pela Resolução 183, de 24 de janeiro de 2018) § 6.º Se o juiz considerar incabível o acordo, bem como inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, fará remessa dos autos ao procurador-geral ou órgão superior interno CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO RESOLUÇÃO 181, DE 7 DE AGOSTO DE 2017. 19/22 responsável por sua apreciação, nos termos da legislação vigente, que poderá adotar as seguintes providências: (Redação dada pela Resolução 183, de 24 de janeiro de 2018) I – oferecer denúncia ou designar outro membro para oferecê-la; (Redação dada pela Resolução 183, de 24 de janeiro de 2018) II – complementar as investigações ou designar outro membro para complementá-la; (Redação dada pela Resolução 183, de 24 de janeiro de 2018) III – reformular a proposta de acordo de não persecução, para apreciação do investigado; (Redação dada pela Resolução 183, de 24 de janeiro de 2018) IV – manter o acordo de não persecução, que vinculará toda a Instituição. (Redação dada pela Resolução 183, de 24 de janeiro de 2018) § 7.º O acordo de não persecução poderá ser celebrado na mesma oportunidade da audiência de custódia. (Redação dada pela Resolução 183, de 24 de janeiro de 2018) § 8.º É dever do investigado comunicar ao Ministério Público eventual mudança de endereço, número de telefone ou e-mail, e comprovar mensalmente o cumprimento das condições, independentemente de notificação ou aviso prévio, devendo ele, quando for o caso, por iniciativa própria, apresentar imediatamente e de forma documentada eventual justificativa para o não cumprimento do acordo. (Redação dada pela Resolução 183, de 24 de janeiro de 2018) § 9.º Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo ou não observados os deveres do parágrafo anterior, no prazo e nas condições estabelecidas, o membro do Ministério Público deverá, se for o caso, imediatamente oferecer denúncia. (Incluído pela Resolução 183,

de 24 de janeiro de 2018) § 10 O descumprimento do acordo de não persecução pelo investigado também poderá ser utilizado pelo membro do Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo. (Incluído pela Resolução 183, de 24 de janeiro de 2018) § 11 Cumprido integralmente o acordo, o Ministério Público promoverá o arquivamento da investigação, nos termos desta Resolução. (Incluído pela Resolução 183, de 24 de janeiro de 2018) § 12 As disposições deste Capítulo não se aplicam aos delitos cometidos por militares que afetem a hierarquia e a disciplina. (Incluído pela Resolução 183, de 24 de janeiro de 2018.

Já na Lei 13.964/2019, o acordo de não persecução penal vem estabelecido pelo que disciplina o art. 28-A, que alterou a redação do já conhecido art. 28 do Código de Processo Penal. *Ita lex decit*:

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: I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. § 1.º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. § 2.º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; III - ter sido o

agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor. § 3.º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor. § 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade. § 5.º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor. § 6.º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal. § 7.º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5.º deste artigo. § 8.º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia. § 9.º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento. § 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia. § 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo. § 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2.º deste artigo. § 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade. § 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.”

Então, tão logo sedimentado o instituto na ordem jurídica penal e tendo passado ao largo das ações diretas de inconstitucionalidade movidas, ou seja, sem qualquer confirmação de inconstitucionalidade quanto a sua validade, veio a seguinte indagação: é possível a sua aplicabilidade aos crimes cometidos contra a ordem tributária e econômica?

2. Da possibilidade de aplicação do Acordo de não persecução penal aos crimes tributários e afins

Logo de início, o que se observa, pela simples comparação do instituto na Resolução 181 do CNMP e na Lei 13.964/2019, é que o art. 18, §1.º, II, da Resolução 181 não veio positivado no texto da lei federal. A redação trazia importante normatização que, se aplicada às curadorias da ordem econômica e tributária, inviabilizaria a aplicabilidade do instituto. Assim era estabelecido:

II – o dano causado for superior a vinte salários mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local; (Redação dada pela Resolução 183, de 24 de janeiro de 2018)

Ora, se a Medida Provisória 919, de 30 de janeiro de 2020, estabeleceu que, a partir de fevereiro de 2020, o valor do salário mínimo passou a ser de R\$1.039 (mil e trinta e nove reais) e que a limitação de aplicabilidade de até vinte salários mínimos alcança a cifra de R\$ 20.780 (vinte mil setecentos e oitenta reais), já se poderia notar que qualquer supressão ou redução tributária de tributo ou contribuição que atingisse patamar acima desse valor inviabilizaria completamente a aplicação do acordo de não persecução penal.

No entanto, o fato é que o art. 28-A, introduzido no Digesto Processual Penal Brasileiro pela Lei 13.964/2019 não repetiu o estabelecido pelo art. 18, §1.º, II, da Resolução 181 do CNMP, de sorte que, no texto positivado, não se expressa tal vedação.

A mudança veio em boa hora, haja vista que no dia a dia prático das Promotorias de Justiça com tal atribuição, dificilmente seria possível a aplicabilidade do instituto ante um valor limitativo tão baixo, caso fosse mantido.

Por sua vez, a Resolução 181 perdeu sua aplicabilidade¹, haja vista que se tratava, e ainda se trata, de ato administrativo normativo, com características de generalidade, abstração e impessoalidade, enquanto a Lei 13.964 é norma penal e processual penal de aplicabilidade imediata, inclusive com retroatividade, por se tratar de norma penal mais benigna,

¹ Refere-se à perda da aplicabilidade. A lei posterior somente revoga a lei anterior quando com ela incompatível ou quando a regulamente por inteiro pressupõe mesma classe de hierarquia normativa. Quando há normas de hierarquia diversa, o caso não se resolve pelo critério temporal ou especial, mas pelo **princípio do congelamento das normas**. Confira-se o ensinamento de J.J. Canotilho: Os princípios da **tipicidade** e da preeminência da lei justificam logicamente o princípio do congelamento do grau hierárquico: uma norma legislativa nova, substitutiva, modificativa ou revogatória de outra deve ter uma hierarquia normativa pelo menos igual à da norma que se pretende alterar, revogar, modificar ou substituir.

de sorte que o ato normativo cede espaço para aplicabilidade da legislação federal. Além disso, trata-se de norma com hierarquia superior se aplicado o conceito piramidal de Hans Kelsen, razão pela qual o ato do CNMP nos é interpretado como hierarquicamente inferior.

Noutro norte, partindo-se da premissa de que os crimes da Lei 8.137 possuem penas de reclusão de dois a cinco anos, no caso da norma penal incriminadora trazida no art. 1.º e incisos, e seis a dois anos de reclusão, no caso do art. 2.º, em tese é viável a aplicabilidade do instituto no campo de repressão aos crimes de sonegação tributária, admitindo-se a aplicabilidade do instituto inclusive quando o crime envolve concussão ou corrupção passiva de funcionário público, haja vista que a norma penal do art. 3.º, II, da Lei 8.137/1990 tem como cominação de pena de três a oito anos de reclusão e multa.

O mesmo raciocínio aplicar-se-á, também, aos crimes do art. 4.º e 7.º da Lei 8.137/1990 e artigos 1.º e 2º da Lei 8.176/1991.

Se não houver óbice legal primário², entende-se a aplicabilidade do acordo de não persecução penal aos crimes tributários.

3. Do óbice legal secundário - “transponibilidade” e aplicação permitida do instituto

O óbice legal secundário a que se refere o presente tópico foi o estabelecido inovadoramente por este seguinte preceito do CPP:

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 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:

§ 2.º O disposto no *caput* deste artigo não se aplica se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas. (grifo nosso)

Com efeito, diferente da Resolução 181 do CNMP, o legislador processual estabeleceu a impossibilidade expressa de propositura do acordo

2. Óbice legal primário é a limitação essencial e viga-mestra do instituto de que a pena mínima cominada ao delito deve ser inferior a quatro anos.

de não persecução penal pelo Ministério Público quando os elementos probatórios indiquem conduta habitual, reiterada ou profissional.

Nota-se, pois, que o legislador não equiparou tais expressões à reincidência, haja vista que, em momento anterior, também a ela fez alusão. A reincidência está prevista no art. 63 do Código Penal, de modo que se o agente for primário ou tecnicamente primário revela-se possível a aplicação do acordo.

A conduta reiterada, por sua vez, é a que se perfaz pela repetição constante ou contumaz dos núcleos do tipo penal estabelecidos pela Lei 8.137/1990. Trazendo-se a norma proibitiva para a esfera do direito penal tributário, visou o legislador proibir que o empresário reticente no cumprimento de suas obrigações tributárias se veja impossibilitado de acordar com o Ministério Público, diferentemente, por exemplo, do empresário individual ou sociedade empresarial na qual seus sócios passem por um período determinado de crise financeira que venha levá-los a omitir do Fisco, apenas temporariamente, informações relevantes sobre seu faturamento ou fazê-lo fraudulentamente para recolhimento a menor.

Especificamente quanto à conduta reiterada, o foco de repressão dos Ministérios Públicos estaduais é a sonegação ou a redução do recolhimento dos tributos estaduais e, no caso dos municipais, do ISSQN. Não se pode olvidar, pois, que a premissa básica é que haja a reparação do dano, nele incluído a obrigação principal, juros de mora e uma parte da multa. Sim, apenas uma parte ou um percentual, visto que, se necessário o pagamento integral do montante devido, não se vislumbra como o acordo de não persecução penal poderá ser interessante aos olhos do investigado ou acusado.

Muitas vezes, as multas aplicadas pela Fazenda são exorbitantes ou excessivas, o que eleva o valor da obrigação principal a patamares quase sempre impossíveis de adimplemento pelo contribuinte. Por isso é que se defende que, com o recolhimento da obrigação principal, dos juros de mora e de uma multa em patamar mínimo, mesmo que diferente e inferior ao que o Fisco entende como correto, segundo prudente arbítrio do órgão de execução, ter-se-á como preenchido o dever de reparação de dano para fins de propositura do acordo de não persecução penal.

Haverá, por certo, aqueles que dirão que o Ministério Público não poderá abdicar de percentuais de aplicação da multa punitiva, mas o fato é que nada há de errado em se assumir tal posicionamento, porquanto a Fazenda Pública, nos termos do processo de execução fiscal regido pela Lei 6.830/1981, poderá cobrar no patamar que entender cabível.

Sem embargo, fato é que o STJ já se pronunciou, ao menos duas vezes, que a cobrança de multas em patamar superior a cem por cento configura tributação com efeito de confisco e, neste raciocínio, pode e deve o membro do Ministério Público recusar-se à aplicabilidade de norma flagrantemente inconstitucional.

Convém trazer à colação a conceituação e diferenciação feita pelo ministro Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, em julgamento do Agravo Regimental de Instrumento 727.872/RS, acerca das espécies de multas tributárias existentes no direito pátrio:

[...] No direito tributário, existem basicamente três tipos de multas: as moratórias, as punitivas isoladas e as punitivas acompanhadas do lançamento de ofício. As multas moratórias são devidas em decorrência da impontualidade injustificada no adimplemento da obrigação tributária. As multas punitivas visam coibir o descumprimento às previsões da legislação tributária. Se o ilícito é relativo a um dever instrumental, sem que ocorra repercussão no montante do tributo devido, diz-se isolada a multa. No caso dos tributos sujeitos a homologação, a constatação de uma violação geralmente vem acompanhada da supressão de pelo menos uma parcela do tributo devido. Nesse caso, aplica-se a multa e promove-se o lançamento do valor devido de ofício. Esta é a multa mais comum, aplicada nos casos de sonegação. [...]

Desse ensinamento se constata que existem no direito tributário a multa moratória, para o caso de algum atraso no pagamento de um tributo por algum contribuinte, e a multa punitiva, que, como o nome diz, visa a punir o contribuinte que venha a desrespeitar alguma norma tributária, caso no qual, em razão da maior gravidade da conduta, há a aplicação de sanções bem mais gravosas. Nestas, especificamente, é possível que o contribuinte seja penalizado com multas aplicadas no equivalente ao dobro ou até ao triplo do valor do tributo devido.

Ora, a referida exação tributária, apesar de prevista em lei federal, estadual ou municipal, comumente é realizada pelo Fisco, em razão de os valores, em determinadas ocasiões, poderem ocasionar o surgimento de dívida inexecutável ou impossível de quitação com o poder público.

Não tarda, assim, que surja o embate judicial entre as empresas e o Fisco acerca da legalidade da aplicação de multa punitiva que alcance montantes superiores ao valor do débito principal do real valor devido pelo contribuinte, ocasionando o confisco vedado na Constituição Federal do Brasil nos seguintes termos: “Art. 150.

Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: IV – utilizar tributo com efeito de confisco;”

Entre os precedentes, talvez o mais importante acerca da legalidade ou ofensa à Constituição Federal pela aplicação pelo Fisco de multas em percentuais superiores ao valor original do débito tributário, ocorreu por intermédio do Recurso Extraordinário 833.106, oriundo do Estado de Goiás.

Neste *leading case*, estava em apreço a legalidade da aplicação de multa tributária punitiva no percentual de 120% sobre o valor do tributo principal, prevista por lei estadual em pleno vigor em Goiás. A discussão, sem precisar ir longe, seria saber se tal multa possuía caráter confiscatório.

O Tribunal de Justiça de Goiás entendeu ser legal a aplicação de multa tributária, estando ausente qualquer violação à Constituição Federal pela prática do Fisco estadual, já que tal sanção não possuiria caráter de confisco, como teria alegado o contribuinte. O contribuinte prejudicado, entretanto, interpôs recurso extraordinário para o reconhecimento da inconstitucionalidade de tal sanção tributária prevista na legislação goiana. O Supremo Tribunal Federal, em julgamento do referido caso, reafirmando decisão que já havia tomado, entendeu que é inconstitucional a aplicação de qualquer sanção administrativa tributária punitiva, de caráter federal, estadual e municipal, em percentual superior ao real valor do tributo devido pelo contribuinte.

[...] A decisão impugnada está em desarmonia com a jurisprudência do Supremo. O entendimento do Tribunal é no sentido da invalidade da imposição de multa que ultrapasse o valor do próprio tributo – Ação Direta de Inconstitucionalidade 551/RJ, relator ministro Ilmar Galvão, Diário de Justiça de 14 de fevereiro de 2003, e Recurso Extraordinário 582.461/SP, relator ministro Gilmar Mendes, julgado sob o ângulo da repercussão geral em 18 de maio de 2011, Diário de Justiça de 18 de agosto de 2011. Ante o exposto, dou provimento ao recurso para, reformando o acórdão recorrido, assentar a inconstitucionalidade da cobrança de multa tributária em percentual superior a 100%, devendo ser refeitos os cálculos, com a exclusão da penalidade excedente, a fim de dar seqüência às execuções fiscais[...]

Extrai-se, pois, do referido julgamento extraordinário, em razão de o Fisco do Estado de Goiás ter realizado a fixação da multa em 120% sobre o valor do débito tributário, prática que viola os preceitos constitucionais,

que a Corte Superior reduziu o valor da sanção para o percentual de 100%, limite máximo autorizado, sob pena de a sanção passar a ter caráter confiscatório.

O entendimento da Corte, apesar de acanhado ainda, foi pioneiro para abrir as portas ao Poder Judiciário como um todo e ao Ministério Público, legitimado exclusivo a mover ações penais tributárias, a que pudesse recusar multas astronômicas nos valores finais de imputação penal.

Tal qual as multas punitivas, o Supremo Tribunal Federal também já se manifestou e delimitou o limite das multas moratórias a serem aplicadas ao contribuinte que vier a realizar o pagamento de algum tributo de forma intempestiva.

Mesmo que em Agravo de Instrumento 727.872/RS o Fisco tenha aplicado multa moratória a um contribuinte no percentual de 30% sobre o valor do tributo devido, em julgamento do pleito recursal pelo Supremo, sob a relatoria do ministro Roberto Barroso, houve a reafirmação de entendimento oportunamente já estabelecido de que a multa moratória tributária não poderá ultrapassar o percentual de 20% sobre o valor do tributo, sob pena de caracterização do ímpeto confiscatório da sanção vedado pela Constituição Federal, como segue trecho do acórdão prolatado:

[...] A tese de que o acessório não pode se sobrepor ao principal parece ser mais adequada enquanto parâmetro para fixar as balizas de uma multa punitiva, sobretudo se considerado que o montante equivale a própria incidência. Após empreender estudo sobre precedentes mais recentes, observei que a duas Turmas e o Plenário já reconheceram que o patamar de 20% para a multa moratória não seria confiscatório. Este parece-me ser, portanto, o índice ideal. O montante coaduna-se com a ideia de que a impontualidade é uma falta menos grave, aproximando-se, inclusive, do montante que um dia já foi positivado na Constituição. [...]

[...] Considerando as peculiaridades do sistema constitucional brasileiro e o delicado embate que se processa entre o poder de tributar e as garantias constitucionais, entendo que o caráter pedagógico da multa é fundamental para incutir no contribuinte o sentimento de que não vale a pena articular uma burla contra a Administração fazendária. E nesse particular, parece-me adequado que um bom parâmetro seja o valor devido a título de obrigação principal. Com base em tais razões, entendo pertinente adotar como limites os montantes de 20% para multa moratória e 100% para multas punitivas. [...]

Portanto, diante de ambos os precedentes, não é demais defender que o membro do Ministério Público, quando do acordo de não persecução penal, discorde das legislações tributárias quanto aos percentuais de

aplicação de multa³, para tergiversar sobre um percentual justo a propor ao contribuinte investigado. Do contrário, o agente delituoso preferirá o processo judicial propriamente dito, e se terá o esvaziamento do instituto.

Na aferição das condutas comissivas ou omissivas estabelecidas na Lei 8.137/1990 não se pode descurar, por ocasião do juízo de tipicidade penal, da comparação entre a conduta do agente delituoso e o fato gerador tributário específico de cada tributo.

No caso do imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISSQN), por exemplo, estabelecido em linhas gerais pela Lei Complementar 116/2003, o contribuinte é o prestador do serviço (art. 5.º) com alíquota mínima de 2% (art.8-A). O fato gerador é periódico ou complexo, renovado mês a mês, conforme previsão específica de cada ente federativo municipal. Aliás, em conformidade com o art. 1.º, o tributo é de competência dos municípios e do Distrito Federal, e tem como fato gerador a prestação de serviços constantes de lista anexa, “ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador”.

O ISS, por mais que o fato gerador seja periódico, não se confunde com habitual, donde se extrai que não haverá habitualidade para impedir o acordo de não persecução penal. Aqui, vale a lição do professor Kyoshi Harada:

A habitualidade não é essencial para a tributação pelo ISS, mas apenas para a caracterização de profissional autônomo, que exerce determinada profissão com certa continuidade. O requisito da habitualidade não tem fundamento na Constituição Federal, que em matéria de ISS só estabeleceu três restrições: a) exclusão dos serviços abrangidos na competência dos Estados; b) definição de serviços tributáveis por lei complementar; c) fixação de alíquotas máximas do imposto por lei complementar (fixação de alíquotas mínimas também, a partir da EC 37/2002).

Outrossim, nem o art. 71 do CTN e nem o art. 8.º do Decreto-lei 406/1968 faziam referência à habitualidade como condição para tributar o serviço prestado. Diferente será se o próprio município tributante inserir, em sua lei tributária, o requisito da habitualidade do serviço prestado, hipótese em que caracterizada estaria a autolimitação de competência impositiva, legítima e constitucional.⁴

Em suma, o contribuinte tem obrigação, via de regra, de informar ao Fisco o quanto de tributo é devido, visto que se trata de tributo sujeito a lan-

3 Confira-se, quanto aos percentuais, o disposto nos artigos 53 a 57 da Lei 6.763/1975, Consolidação da legislação tributária de Minas Gerais.

4 *Doutrina e prática do imposto sobre serviços*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 81.

çamento por homologação, e a periodicidade do fato gerador pode levar o intérprete à falsa premissa absoluta de que será sempre impossível a aplicabilidade do acordo de não persecução penal, notadamente quando o próprio STJ considera passível de aplicação, aos crimes tributários, a teoria do crime continuado.⁵

No entanto, a periodicidade do fato gerador não pode ser interpretada como sinônimo de reiteração criminosa, tampouco de conduta habitual. Somente as circunstâncias de caso a caso poderão dar ao operador do direito elementos a respeito da reiteração ou não da conduta para fins de objeção do instituto.

Partindo-se do conceito tributário de que cada firma comercial é uma unidade tributária autônoma, um determinando estabelecimento de ensino possui uma matriz e uma filial. Na matriz, as obrigações tributárias principais e acessórias são cumpridas. Há livros escriturados, emite-se nota fiscal, o Fisco é informado acerca de quantos alunos há matriculados e o faturamento da empresa sendo recolhido, mensalmente, no valor devido. Na filial, ocorre o oposto. Não existe a escrituração. O valor de alunos é informado, fraudulentamente, a menor, com o propósito de iludir o Fisco e recolher-se tributo a menor o que efetivamente se faz.

Poder-se-ia dizer aqui, por si só, que é vedado o acordo de não persecução penal, pois as condutas seriam reiteradas? Ainda que possível, para fins tributários, a continuidade delitiva nem sempre implicará reconhecimento da reiteração delitiva, de modo que se entende possível à aplicação do acordo de não persecução penal para os crimes cometidos pelos sóciosadministradores na empresa filial. Não se pode descurar ainda,

5 AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MAJORANTE PREVISTA. NO ART. 12, I, DA LEI 8.137/90. GRAVE DANO À COLETIVIDADE. PREJUÍZO ELEVADO. POSSIBILIDADE. RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO. INADMISSIBILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO DE AUMENTO. PRÁTICA DE MAIS DE 7 CRIMES. PATAMAR MÁXIMO. POSSIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ. SUSPENSÃO DO PROCESSO. PARCELAMENTO APÓS O RECEBIMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que o não recolhimento de expressiva quantia de tributo atrai a incidência da causa de aumento prevista no art. 12, inc. I, da Lei 8.137/1990, pois configura grave dano à coletividade (AgRg nos EDcl no AREsp 465.222/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 29/8/2016). 2. Na hipótese, a questão, tal como posta pelas instâncias de origem, atrai a incidência da Súmula 7/STJ. 3. A pluralidade de condutas, decorrentes da sonegação tributária, pode caracterizar a hipótese de continuidade delitiva, consoante art. 71 do CP, mas não crime único. 4. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a fração referente à continuidade delitiva deve ser firmada de acordo com o número de delitos cometidos, aplicando-se o aumento de 1/6 pela prática de duas infrações; 1/5 para 3 infrações; 1/4 para 4 infrações; 1/3 para 5 infrações; 1/2 para 6 infrações e 2/3 para 7 ou mais infrações. Evidenciado pelo Tribunal de origem a existência de mais de 7 crimes, admite-se o estabelecimento da fração máxima de 2/3. 6. Constatado que a inscrição do débito em dívida ativa se deu em data posterior à alteração legislativa, do mesmo modo que o parcelamento do débito ocorreu depois do recebimento da denúncia, não há como evitar a aplicação da novel regra do art. 83, § 2.º, da Lei 9.430/1996, trazida pela Lei 12.382/11. 7. Agravo regimental improvido.

dentro do juízo de discricionariedade regrada que deverá fazer o membro do Ministério Público quando da aferição ou não quanto à propositura do acordo de não persecução penal, da terceira jurisprudência em tese do Superior Tribunal de Justiça, a qual disciplina que nos crimes tributários, o montante do tributo sonegado, quando expressivo, é motivo idôneo para o aumento da pena-base, tendo em vista a valoração negativa das consequências do crime.

Nessa óptica, não resta a menor dúvida de que o montante do tributo sonegado deve ser avaliado tanto pelo óbice primário como pela especialidade do art. 28-A, §1.º, do CPP, visto que as causas de aumento ou de diminuição de pena, assim como já fora estabelecido pela súmula 243 do STJ, interferirão na concessão ou não do benefício.

4. Da aplicabilidade do acordo de não persecução penal também em juízo e a possibilidade da analogia in bonam partem a favor do réu

O acordo de não persecução penal foi elaborado para vigorar na primeira fase da persecução penal visando a evitar que haja o oferecimento e o recebimento da denúncia quando definitivamente se tem o pontapé inicial do processo penal.

Ora, por se tratar de um verdadeiro negócio jurídico penal ou barganha punitiva entre o órgão acusador titular do poder punitivo estatal e o investigado, o que se visa obter por meio de uma confissão voluntária e necessária, inclusive na presença perfeita de um advogado para tanto constituído, é que o autor da infração possa receber uma sanção penal de menor gravidade, haja vista que, diferente do direito norte-americano, o sistema acusatório brasileiro sequer permite a negociação quanto à aplicabilidade de pena privativa de liberdade.

Todavia, tanto na Lei 13.964/2019 como na Resolução 181/2017 do CNMP não há qualquer alusão a sua aplicabilidade na fase processual penal, depois de recebida a denúncia e citado o acusado. Em face do objetivo ou gênese do instituto ter-se-ia, se permitida sua aplicabilidade em juízo, uma retroatividade procedimental.

Como ambos os diplomas normativos não trouxeram proibição normativa expressa, fica a indagação: é permitida a sua aplicabilidade também na segunda fase da persecução penal, no bojo de um processo criminal judicial já instaurado? A resposta só pode ser afirmativa. Segundo o art. 3.º do CPP, “lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”.

Admitindo-se que a lei adjetiva o substantivo analogia, não se pode negar que, na esfera civil, é possível a realização de termo de ajustamento de conduta na fase do inquérito civil, assim como no bojo da ação civil pública já instalada com a citação dos requeridos, quando já há processo judicial. Não resta, pois, na ordem jurídica um mínimo de celeuma quanto à sua aplicabilidade.

O compromisso de ajustamento de conduta será tomado em qualquer fase da investigação, nos autos de inquérito civil ou procedimento correlato, ou no curso da ação judicial, devendo conter obrigações certas, líquidas e exigíveis, salvo peculiaridades do caso concreto, e ser assinado pelo órgão do Ministério Público e pelo compromissário. (Resolução 179 do CNMP)

Se é possível aplicá-la no processo civil, inclusive em grau de processo judicial de improbidade administrativa, não se vê o porquê da sua impossibilidade também em juízo apenas com a crítica da retroatividade procedimental supramencionada, já que é permitida a analogia.

Aliás, na esfera da improbidade administrativa, a Lei 8.429/1992 inspirou a Lei 13.964/2019 a deixar clara a possibilidade de se aplicar a não persecução penal (art. 17, §1.º, e §10-A),⁶ ao admitir o acordo de não persecução cível “nas ações” de que trata esse artigo, bem como “a interrupção do prazo para contestação”. A contestação, que é a defesa principal do réu, por regra, só inicia o seu prazo a partir da audiência de conciliação, *ex vi legis autoritate*. Quando já há tecnicamente processo, pois citado o requerido, o entendimento é de que deve ser aplicado, por analogia, o CPC.

O réu poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de 15 (quinze) dias, cujo termo inicial será a data:

I - da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição (art. 335 do CPC)

Não menos importante, ainda, é que o pagamento integral do tributo devido extingue a punibilidade penal, particularidade típica dos crimes contra a ordem econômica e tributária.

Desde o aparecimento da Lei 10.684/2003 (Lei do PAES), o STF (HC 85.452, rel. min. Eros Grau, DJU 03.06.2005) passou a decidir

6 “Art. 17.

§ 1º As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei.

§ 10-A. Havendo a possibilidade de solução consensual, poderão as partes requerer ao juiz a Interrupção do prazo para a contestação, por prazo não superior a 90 (noventa) dias.

que o pagamento de tributo – *inclusive contribuições previdenciárias* – realizado a qualquer tempo gera a extinção da punibilidade, nos termos do art. 9.º, § 2º. O entendimento consolidado nos tribunais superiores, portanto, foi de que é possível a extinção da punibilidade mediante o pagamento integral do tributo, inclusive depois de exarada a sentença ou o acórdão condenatório recorrível⁷, o que demonstra que o direito penal tributário busca, como fim principal, o pagamento, ainda que por via indireta, do tributo devido e não da aplicação da reprimenda penal.

Ora, se é possível a aplicação de uma causa de extinção da punibilidade (pagamento)⁸, mesmo quando em grau de recurso, por qual razão não poderia ser aplicada uma causa impeditiva ou suspensiva da prescrição, consoante art. 116, IV, do CP⁹, quando o acordo de não persecução penal é mais benéfico ao acusado?

Críticas à parte, o entendimento é de que se pode plenamente aplicar o acordo de não persecução penal, ainda que procedimentalmente inconveniente na esfera judicial, tese que apenas se reforça quando, havendo negativa judicial pela não homologação, cabível se torna, inclusive, a utilização de recurso em sentido estrito, nos termos do art. 581, XXV, do CPP.¹⁰

5. Da retroatividade da norma

A Lei 13.964/2019 trouxe norma mista de direito penal e processual penal. Como tal, qualquer prazo da norma mista contar-se-á como penal. A colocação do acordo de não persecução penal como situação impeditiva da prescrição demonstra que se trata de conteúdo de norma penal benéfica, ainda que topograficamente incluída no Código de Processo Penal.

Assim, deverá retroagir para beneficiar os réus nas persecuções e processos penais em curso, ainda que o delito tenha sido cometido anteriormente ao surgimento da norma, tudo por força do disciplinado no art. 2.º, parágrafo único, do Código Penal, desde que, é claro, não se tenha coisa definitivamente julgada.

7 12ª tese do STJ: O parcelamento integral dos débitos tributários decorrentes dos crimes previstos na Lei n. 8.137/90, em data posterior à sentença condenatória, mas antes do seu trânsito em julgado suspende a pretensão punitiva estatal até o integral pagamento da dívida (art. 9.º da Lei 10.684/2003 e art. 68 da Lei 11.941/2009).

8 Art. 83, §4.º, da Lei 9.430/1996 com a redação da Lei 12.382.

9 Art. 116 - Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre: IV - enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo de não persecução penal. (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.7.1984)

10 XXV - que recusar homologação à proposta de acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A desta Lei. (Incluído pela Lei 13.964, de 2019)

6. Conclusão

O acordo de não persecução penal em matéria tributária e econômica, notadamente quando não haja conexão, pode ser implementado também na esfera judicial, por interpretação analógica ou por que o legislador estabeleceu recurso, caso não homologado pelo juiz.

O conceito de crime habitual não se aplica ao direito tributário, haja vista que o conceito do tributo, como regra, não traz a habitualidade no fato gerador.

A continuidade delitiva é reconhecida aos crimes tributários, mas não significa que o agente tenha conduta criminosa reiterada para negar-lhe o acordo de não persecução civil, visto que a continuidade é aplicada devido à periodicidade ou ao fenômeno do fato gerador periódico ou complexo.

A reparação do dano não deve descurar que o agente deve o valor principal, os juros de mora e a multa tributária, conforme artigo 56 e seguintes da Lei Estadual 6.763/1975 que trata da Legislação Tributária do Estado de Minas Gerais e dá outras providências.

No entanto, se o órgão de execução do Ministério Público considerar que a multa tributária é exacerbada ou excessiva, deve reduzi-la segundo sua prudente avaliação, sob pena de fulminar a aplicabilidade do instituto aos crimes tributários, não havendo, pois, prejuízo ao Fisco, o qual, na vertente da execução fiscal, ainda poderá buscar o pagamento do montante dentro do patamar da multa que entender cabível. Os precedentes representativos da controvérsia no STF autorizam tal maneira de proceder pelo membro do Ministério Público.

O instituto tem aplicação retroativa, enquanto não houver definitividade ou coisa julgada.

7. Referências

Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 4 ed, editora Coimbra, Almedina, 2000, p. 837. Canotilho, JJ. GOMES.

Doutrina e prática do imposto sobre serviços, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975, p. 81, Harada, Kyoshi.

Resolução 179/2017 e 181/2017 disponível em: <www.cnmp.mp.br>.

VINICIUS DE SOUZA CHAVES

Promotor de Justiça. Graduado pela Universidade Estácio de Sá. Pós-Graduado em direito civil e processo civil pela UNIFRAN. Ex-Delegado de Polícia Civil do Rio Grande do Sul. Formado pela Academia Plínio Brasil Milano (2004).



SOBERANIA DOS VEREDICTOS, PLENITUDE DE DEFESA E PROTEÇÃO À VIDA: DA NECESSÁRIA HARMONIZAÇÃO CONSTITUCIONAL

SOVEREIGNTY OF VERDICTES, PLENTIFUL ASSISTANCE OF COUNSEL
AND LIFE PROTECTION: THE NECESSARY CONSTITUTIONAL HARMONIZATION

WAGNER AUGUSTO MOURA E SILVA

Promotor de Justiça

Resumo: Ao se analisar o posicionamento dos Tribunais Superiores sobre a possibilidade de interpor recurso de apelação em face das decisões do Tribunal do Júri manifestamente contrárias às provas dos autos, os fundamentos normativos de ordem constitucional e infraconstitucional buscados na bibliografia do Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Constitucional e na revisão jurisprudencial do estudo inferem que inexistente norma constitucional que impeça o manejo de recurso de apelação pelo órgão acusatório contra a decisão do Tribunal do Júri que se mostre manifestamente contrária à comprovação dos autos.

Palavras-chave: Processo Penal. Tribunal do Júri. Recurso de apelação. Lei 11.698/2008. Ponderação principiológica.

Abstract: When analyzing the position of the Superior Courts on the possibility of filing an appeal in the face of the decisions of the Jury Court manifestly contrary to the evidence of the case, the normative grounds of constitutional and legal normative foundations on the subject order sought in the bibliography of Criminal Law, Criminal Procedural Law and Constitutional Law and in the jurisprudential review of the study infer that there is no constitutional rule that prevents the management of appeal the accusatory body against the decision of the Jury Court which is manifestly contrary to the proof of the case-records.

Keywords: Criminal proceedings. Jury. Appeal. Law 11.698/2008. Principle balancing.

Sumário: 1. Introdução. 2. Da viabilidade recursal de sentença absolutória do Tribunal do Júri. 2.1 O posicionamento dos Tribunais Superiores. 2.2. A Lei 11.689/2008 como mudança de paradigma e a análise constitucional da decisão colegiada do Tribunal do Júri. 3. Conclusão 4. Referências

1. Introdução

Desde sua primitiva organização por meio de decreto em 18 de junho de 1822, o procedimento do Tribunal do Júri sempre foi objeto de grandes debates acadêmicos, evolução do seu formato e modificação substancial até a edição do Código de Processo Penal (CPP) de 1941, alvo de am-

pla atualização pela Lei 11.689, de 9 de junho de 2008, responsável por disciplinar o art. 5.º, inciso XXXVIII, dos direitos e garantias fundamentais da Constituição da República de 1988 tal qual hoje se conhece.

Sem o intuito de abordar os aspectos controversos da relação dinâmica e simbiótica entre a soberania dos veredictos, a plenitude de defesa e a própria efetividade da justiça criminal, de acordo com a doutrina de Alexandre Câmara (2016, p. 541), a repercussão geral é mero requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, não se confundindo com a técnica do julgamento repetitivo dos recursos, a qual confere eficácia vinculante às decisões.

No Supremo Tribunal Federal (STF), o Recurso Extraordinário com Agravo 1225185/MG, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, objeto do tema 1087 de repercussão geral interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, e com pedido de destaque do ministro Alexandre de Moraes para julgamento presencial da Corte Suprema, vai deliberar se é possível aos Tribunais de 2.º grau, frente à soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, cassar a decisão plenária absolutória fundada em quesito genérico e impor a realização de novo júri frente à demonstrada contrariedade à prova dos autos.

Caberá ao Supremo Tribunal Federal decidir se o art. 593, inciso III, alínea *d*, do CPP, especialmente depois da previsão normativa que instituiu a obrigatoriedade do quesito absolutório genérico, foi ou não recepcionado pela Constituição da República de 1988; se, frente à soberania dos veredictos e à plenitude de defesa na condição de direitos fundamentais positivados no art. 5.º, inciso XXXVIII, alíneas *a* e *c*, do texto constitucional, não mais se mostra possível a submissão do acusado a novo julgamento plenário, mesmo quando a decisão colegiada for absoluta e completamente divorciada de todo e qualquer contexto probatório produzido mediante contraditório judicial.

Desse cenário aí podem advir perguntas como: (i) o art. 5.º, inciso XXXVIII, alíneas *a* e *c*, da Constituição da República de 1988, conferiu ao conselho de sentença um poder decisório irrestrito, imotivado e não sujeito a nenhum tipo de controle? (ii) O órgão de acusação pode ou não recorrer da decisão absolutória manifestamente contrária à prova dos autos?

Para sanar as celeumas metodologicamente, partiu-se da análise do tema no âmbito dos Tribunais Superiores para, em seguida, enfrentar os controversos fundamentos constitucionais e legais quanto à existência de norma constitucional que impeça a irrisignação do órgão de acusação em face da decisão plenária absolutamente dissociada da prova dos autos. Para tanto, realizou-se uma revisão bibliográfica de doutrinas do Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Constitucional.

2. Da viabilidade recursal de sentença absolutória do Tribunal do Júri

2.1 O posicionamento dos tribunais superiores

O debate acerca da viabilidade da cassação da decisão plenária absolutória que se mostre distanciada dos elementos de prova produzidos nos autos reavivou-se. A edição da Lei 11.689/2008, que reformulou o sistema processual do Tribunal do Júri e impôs significativas transformações ao modelo de quesitos, estabeleceu no art. 483, § 2º, do CPP, a obrigatoriedade da presença de quesito absolutório genérico, ainda que as teses decorrentes da defesa técnica ou da autodefesa já tenham sido apreciadas em quesitos anteriores.

Desde então se avolumaram vozes doutrinárias a defender que a apelação interposta pelo órgão de acusação – e apenas por ele – com fundamento no art. 593, inciso III, alínea *d*, do CPP, não mais seria admissível ou cognoscível, já que com a instituição do quesito absolutório genérico os jurados, cuja decisão é soberana, sigilosa e fruto de íntima convicção, não estão adstritos às provas produzidas ao longo do processo. Para Aury Lopes Junior (2017):

Com a nova sistemática do tribunal do júri — inserida na reforma de 2008 e ainda sendo assimilada —, foi inserido o famoso quesito genérico da absolvição (obrigatório), estabelecendo-se um novo problema: será que ainda tem cabimento a apelação por ser a decisão manifestamente contrária à prova dos autos (artigo 593,III, “d”) quando o réu é absolvido ou condenado com base na votação do quesito “o jurado absolve o acusado?”

Já que está autorizado que o jurado absolva por qualquer motivo, por suas próprias razões, mesmo que elas não encontrem amparo na prova objetivamente produzida nos autos, será que ainda cabe esse recurso? A resposta sempre nos pareceu negativa, não cabendo mais esse recurso por parte do Ministério Público quando a absolvição for com base no quesito genérico, até porque a resposta não precisa refletir e encontrar respaldo na prova, ao contrário dos dois primeiros (materialidade e autoria), que seguem exigindo ancoragem probatória pela própria determinação com que são formulados. O réu pode ser legitimamente absolvido por qualquer motivo, inclusive metajurídico, como é a “clemência” e aqueles de caráter humanitário.

Obviamente, o recurso com base na letra “d” segue sendo admitido contra a decisão condenatória, pois não existe um quesito genérico para condenação. Para condenar, estão os jurados adstritos e vinculados à prova dos autos, de modo que a condenação “manifestamente contrária à prova dos autos” pode e deve ser impugnada com base no artigo 593,

III, “d”. É regra elementar do devido processo penal. Sublinhe-se: o que a reforma de 2008 inseriu foi um quesito genérico para absolver por qualquer motivo, não para condenar. Portanto, a sentença condenatória somente pode ser admitida quando amparada pela prova.

O Supremo Tribunal Federal, em enfrentamento ao tema, ainda que de forma monocrática, em 1.º de agosto de 2019, na decisão do RHC 117.076/PR, o ministro Celso de Mello, com base no art. 483, inciso III e respectivo § 2.º do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei 11.689/2008, estabeleceu que não seria viável o manejo pelo órgão de acusação do recurso de apelação (CPP, art. 593, III, ‘d’) como meio de impugnação às decisões absolutórias proferidas pelo Tribunal do Júri com apoio na resposta dada pelo conselho de sentença ao quesito genérico de absolvição penal.

Segundo o ministro Celso de Mello, com a introdução do quesito absolutório genérico pela Lei 11.689/2008 os jurados passaram a gozar de ampla e irrestrita autonomia na formulação de juízos absolutórios, podendo absolver o réu por motivos jurídicos ou não de íntima convicção (princípio do livre convencimento). Isso porque, por não estarem adstritos às provas dos autos ou mesmo às teses defendidas pela defesa, gozariam os jurados de absoluta soberania quanto ao juízo absolutório decorrente de sua íntima convicção, podendo fazê-lo com base em juízo de clemência ou equidade, sem qualquer vinculação à legalidade estrita, de modo que eventual controle jurisdicional em sede recursal afrontaria os princípios constitucionais da soberania dos veredictos do conselho de sentença, da plenitude de defesa do acusado e do modelo de íntima convicção dos jurados, que estão desobrigados, diversamente dos integrantes do Poder Judiciário (art. 93, inciso IX, da Constituição de 1988), a decidir de forma necessariamente motivada, mesmo porque lhes é assegurado, como expressiva garantia de ordem constitucional, ‘o sigilo das votações’ (CF, art. 5.º, XXXVIII, ‘b’).

A fundamentação, com modificações não substanciais, foi a mesma adotada nas decisões monocráticas proferidas no bojo do HC 143.595-MC/SP, do RHC 168.796-MC/SP e do RE 982.162/SP, de relatoria dos ministros Marco Aurélio, Edson Fachin e Gilmar Mendes, respectivamente. Esse foi, ainda, o substrato adotado pela 2.ª Turma do Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento em 23 de fevereiro de 2021 dos agravos nos recursos ordinários em Habeas Corpus 192431/SP e 192432/SP, por maioria (vencidos os ministros Edson Fachin e Cármen Lúcia).

A decisão colegiada da 2.ª Turma do STF inaugura capítulo na discussão. Até então, nas vezes em que provocadas, tanto a 1.ª turma quanto a 2.ª turma do STF admitiram a irresignação ministerial, com fundamento

no art. 593, inciso III, alínea *d*, do CPP (HC 142.621/PR, ARE 786.854 AgR/ES, ARE 947.288 AgR/ES e RHC 132.632 AgR/PR). A questão já havia sido pacificada pela 3.^a Seção do STJ por ocasião do julgamento do HC 313.251/RJ, que igualmente admitiu o recurso ministerial contra as decisões plenárias absolutamente contrárias às provas dos autos.

Em que pese a conclusão majoritária do órgão fracionário do Supremo Tribunal Federal, e enquanto não sobrevém manifestação do plenário do Tribunal, parece não haver qualquer incompatibilidade entre o art. 593, inciso III, alínea *d*, do CPP e o texto constitucional que permita inferir a vulneração aos princípios da soberania dos veredictos, da plenitude de defesa e do sistema de íntima convicção dos jurados, sendo crucial a interpretação da Lei 11.689/2008 à luz da concordância prática ou da harmonização da Constituição.

2.2. A Lei 11.689/2008 como mudança de paradigma e a análise constitucional da decisão colegiada do Tribunal do Júri

Sem se questionar a necessidade de preservação, respeito e acatamento das decisões colegiadas do Tribunal do Júri, tanto quanto possível incólumes às interferências estranhas ao seu natural processo decisório, mostra-se indispensável analisar se a autoridade das decisões deve prevalecer quando em flagrante colisão com um dos elementos nucleares do sistema de justiça criminal: as próprias provas que conferem substrato às decisões de mérito.

A soberania dos veredictos e a plenitude de defesa não são intangíveis. Em um primeiro olhar convivem, de forma harmônica, no âmbito da Constituição da República e do sistema normativo infraconstitucional, com a garantia do contraditório e, em certa medida, com o princípio da proporcionalidade em sua óptica da proibição da proteção insuficiente, sendo inafastável que se assegure ao Ministério Público, na condição de titular privativo da ação penal pública e responsável pela defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais indisponíveis, a efetiva possibilidade de perseguir uma justa condenação.

Sobre o tema discorrem Ingo Sarlet, Marinoni e Daniel Miridiero (2012, p. 214):

Paralelamente à difundida função social da proporcionalidade como proibição de excesso e como decorrência da noção de deveres de proteção do Estado, desenvolveu-se a ideia de que o Estado também

está vinculado por um dever de proteção suficiente (no sentido dotado de alguma eficácia). Deveres de proteção podem ser e são violados quando o titular do dever nada faz para proteger determinado direito fundamental ou, ao fazer algo, falha por atuar de modo insuficiente. Daí se falar, tal como já se fez também no Brasil, de uma *dupla face* do princípio da proporcionalidade, que passa a atuar como critério de controle da legitimidade constitucional de medidas restritivas de direitos (do âmbito de proteção dos direitos fundamentais), bem como para o controle da omissão ou atuação insuficiente do Estado no cumprimento de seus deveres de proteção. O sentido mais comum da proibição de excesso é o de evitar cargas excessivas ou atos de ingerência desmedidos na esfera jurídica dos particulares. Contudo, o defeito de proteção (uma força de “excesso inverso”) ocorrerá quando as entidades sobre as quais recai um *dever de proteção* não adotarem medidas suficientes para garantir uma proteção efetiva e adequada dos direitos fundamentais. Assim, esse controle da insuficiência de proteção pressupõe a verificação a respeito do grau mínimo necessário para satisfazer determinado direito isoladamente considerado e se a proteção de determinado direito não afeta em demasia outros direitos contrapostos.

Se o foco é a proibição constitucional de proteção deficiente, a pretendida supervalorização da plenitude de defesa e da soberania dos veredictos acaba por enfraquecer diretamente a proteção do direito à incolumidade e à vida, direito humano fundamental nuclear do qual se derivam os demais. Mais que isso: do último decorre verdadeiro dever estatal de proteção à vida não apenas em sua dimensão subjetiva, mas também – e fundamentalmente – em sua óptica objetiva de valor juridicamente protegido, impondo-lhe um *dever-poder* de atuar para coibir condutas (e interpretações) que fragilizem sensivelmente a proteção individual e coletiva da pessoa humana, inclusive no âmbito institucional, organizacional e processual.

Com efeito, os deveres de proteção do Estado em relação à vida projetam-se muito além da simples proibição direta de violação. Impõem-se diversas obrigações de agir positivo que, especialmente no caso da ordem constitucional brasileira, correspondem a direitos subjetivos de prestações.

As obrigações estatais derivadas do dever de proteção abrangem:

[...]

c) *Estabelecimento de normas de direito organizacional e processual.* Tal obrigação implica que o Estado ofereça uma adequada proteção da vida dos indivíduos ao estabelecer normas processuais. [...]. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 361)

Referidos princípios, convém repetir, não são absolutos e nem poderiam ser. Em razão da indissociável necessidade de interpretação constitucional

e ponderação normativo-principlológica, é pacífica a compreensão de que a plenitude de defesa no Tribunal do Júri (art. 5.º, XXXVIII, c, da CR/1988) encontra legítimas e justificadas limitações em normas infraconstitucionais cuja inconstitucionalidade – ou não recepção – nunca se cogitou.

Nesse contexto, não se admite que a defesa técnica ou o acusado no exercício de sua autodefesa lancem mão de todos os expedientes imagináveis com o intuito de obterem um pronunciamento absolutório do conselho de sentença. O contraditório – como expressão da paridade de armas –, o devido processo legal e a própria lealdade processual, princípios constitucionais também positivados ou decorrentes, no último caso, do art. 5.º da CR/1988, estabelecem inúmeras restrições à atuação da defesa, que nem por isso se cogita ter sido tolhida ou exercida de forma diversa de sua máxima plenitude.

O art. 478, inciso I, do CPP, consigna que *as partes* (e não apenas a acusação), durante os debates, não podem fazer referências à decisão de pronúncia às decisões posteriores que julgarem admissível a acusação ou a determinação do uso de algemas como argumento de autoridade, ainda quando assim for benéfico ao acusado, sob pena de nulidade. O art. 479 do CPP, por sua vez, veda categoricamente a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de três dias úteis, dando-se ciência à outra parte.

As normas citadas estabelecem clara e frontal limitação à atuação das partes em plenário, o que restringe categoricamente argumentos e artifícios que possam ser utilizados para o convencimento do corpo de jurados. Ainda que no caso concreto o emprego efetivo de ditos instrumentos pudesse auferir vantagens palpáveis ao acusado, em nenhum dos casos se cogita violação à garantia constitucional da plenitude de defesa, que claramente cede espaço ao contraditório e à lealdade processual.

O próprio Supremo Tribunal Federal, em julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 779, decidiu, por unanimidade, que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional por violar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proteção à vida e da igualdade de gênero. Trata-se de exemplo nítido de como é possível – e necessária – a ponderação principlológica no âmbito do Tribunal do Júri. Ainda que ausente norma específica em benefício do réu, a plenitude de defesa não pode ser confundida com abuso ou arbítrio da defesa.

O mesmo se diga em relação à soberania dos veredictos (art. 5.º, XXXVIII, c, da CR/1988). Inexiste incompatibilidade intrínseca entre a soberania da decisão dos jurados e um sistema recursal que, ao contrário de impor um

pronunciamento jurisdicional técnico em substituição à decisão do conselho de sentença, apenas possibilita, uma única vez e tão somente quando a decisão for *manifestamente* contrária à prova dos autos, a anulação do veredicto popular colegiado, assim determinando a realização de novo julgamento pelo conselho de sentença, agora de forma imutável e intangível.

Como se nota, a ponderação entre os direitos e garantias constitucionais no âmbito do Tribunal do Júri é feita há tempos e nos mais variados aspectos do procedimento. Decorre, fundamentalmente, do princípio de interpretação constitucional da *concordância prática* (ou harmonização), o qual exige a ponderação proporcional de bens constitucionalmente relevantes colidentes (ou em rota de colisão) a fim de que um não se realize à custa do outro, “seja pela ponderação apressada de bens, seja pela ponderação de valores em abstrato” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 209).

Não há, pois, relativização da competência constitucional do Tribunal do Júri. Inexiste vulneração à soberania dos seus pronunciamentos decisórios, os quais sempre prevalecerão, ainda que eventualmente e em situações *excepcionalíssimas*, depois de nova análise dos fatos. Mesmo porque fosse a soberania dos veredictos um princípio constitucional absoluto, o art. 593, inciso III, *d*, do CPP seria integralmente incompatível com o texto constitucional, não se podendo admitir que a decisão do Conselho de Sentença fosse atacada por irresignação ministerial ou mesmo por recurso defensivo. Por coerência, ou a decisão é soberana para todas as partes ou não a é para nenhuma delas. Não há no texto constitucional menção – ou interpretação séria dele decorrente – à soberania exclusiva dos veredictos absolutórios. Lenio Streck (2001, p. 164) ensina:

Porém, em uma perspectiva garantista do processo penal, não há como evitar que as decisões, nas hipóteses de serem manifestamente contrárias às provas do autos (*sic*), venham a ser revistas na instância superior. É um direito que assiste às partes envolvidas, mormente ao réu. Se existe uma garantia constitucional de acesso à justiça e duplo grau de jurisdição, sob qual fundamento poder-se-ia negá-lo no âmbito dos julgamentos do Júri? [...]

E não convence o argumento de que a íntima convicção dos jurados obsta a análise da decisão absolutória proferida, já que permite ao Tribunal *ad quem* se imiscuir em terreno que sequer se sabe se fora considerado pelos juízes leigos. Pela mesma óptica da coerência, nada impede que o conselho de sentença profira uma decisão condenatória que, reconhecidamente afastada da prova dos autos, tenha por móvel um sentimento de compaixão ou de simpatia com a vítima ou com os familiares dela, circunstância que, por esse entendimento, tornaria a decisão imune a eventual reconsideração.

Ampliar a abrangência normativa do princípio da soberania dos veredictos e torná-lo absoluto seria conferir ao conselho de sentença, órgão colegiado leigo, poderes extraordinários e intangíveis de condenar ou absolver um indivíduo ainda que em franco e claro descompasso com todas as provas dos autos. Equivaleria a instituir um grupo de juízes – como o é o corpo de jurados – com superpoderes, não submetido a nenhuma norma, limitação ou regra jurídica, circunstância absolutamente anômala e inédita no âmbito do exercício do poder jurisdicional.

Mais que isso: a se entender que a reforma do CPP promovida em 2008 moldou o conceito constitucional da soberania dos veredictos a ponto de sepultar a possibilidade de recurso do órgão acusatório faz-se tábula rasa do texto constitucional e se permite inaceitável inversão hierárquica normativa, admitindo-se que uma nova alteração legislativa infraconstitucional, à guisa de sistematizar o procedimento de formulação de quesitos, poderá novamente alterar referido conceito e, a reboque, restaurar a possibilidade de recurso ministerial, ou até mesmo impossibilitar o manejo do recurso defensivo. Fragiliza-se, assim, a força normativa da Constituição da República, a qual deve nortear a interpretação da legislação infraconstitucional, e não o contrário.

A modificação normativa promovida pela Lei 11.698/2008 teve por nítido propósito simplificar o procedimento decisório do conselho de sentença. O sistema anterior, intrinsecamente complexo e formalista, era desenhado a confundir os jurados, sendo terreno fértil a gama infindável de nulidades. O surgimento da lei supracitada desembaraçou o procedimento e o próprio processo de tomada de decisões pelo órgão colegiado leigo. A novel legislação reuniu em quesito único a quase integralidade das teses defensivas absolutórias, realçou a relevância constitucional do instituto e conferiu aos jurados a prerrogativa de avaliar, inclusive por fundamentos metajurídicos, a pertinência dos argumentos expostos e a conveniência de um juízo absolutório no caso concreto, sempre de forma sigilosa e por meio de convicção íntima.

É inegável que a adoção do quesito absolutório genérico veio prestigiar o princípio da plenitude de defesa no Tribunal do Júri. Além de descomplicar a decisão dos jurados, permitiu a maximização de um juízo absolutório por motivos outros que não os decorrentes da manifestação jurídica – e probatória – das partes. O questionamento a ser feito, contudo, é o seguinte: teria essa modificação normativa instituído um poder absolutório irrestrito e peremptório aos jurados? Mais que isso: já não teria o conselho de sentença, no sistema anterior e com fundamento no próprio texto constitucional, íntima convicção para decidir, em qualquer sentido, com base em um juízo de equidade ou humanidade?

Não foi esse, por óbvio, o propósito ou mesmo o alcance da reforma processual promovida pela Lei 11.698/2008, a qual buscou tão somente simplificar o procedimento e o quesito no âmbito do Tribunal do Júri. A tentativa de alargar o âmbito de aplicação normativo a fim de fazer nascer um recurso exclusivo da defesa encontra resistência no princípio da separação dos poderes (art. 1.º da CR/1988) e no próprio silêncio eloquente do legislador, o qual, caso pretendesse, assim o teria feito no bojo das modificações legislativas propostas. Pelo contrário, alterou substancialmente o procedimento do Júri em duas oportunidades e, ao poder fazê-lo novamente, haja vista as recentes e substanciais modificações da Lei 13.964/2019, manteve incólume a possibilidade de interposição de recurso contra as decisões manifestamente contrárias às provas dos autos por ambas as partes.

Quanto à temática, explica Gustavo Badaró (2018, p. 256):

A soberania dos veredictos significa que cabe aos jurados dar a última palavra sobre a existência do crime, em todos os seus elementos, e sobre a autoria delitiva. Consequentemente, se o Tribunal divergir dos jurados, não poderá alterar a decisão soberana do conselho de sentença, limitando-se a cassar o julgamento do júri (CPP, art. 593, § 3.º). Se o tribunal pudesse reformar o julgamento do conselho de sentença, o júri deixaria de ser soberano, mas o 'juízo de cassação, a soberania continua a existir, mas desaparece a onipotência arbitrária'. Seria tal situação incompatível com a garantia da presunção de inocência em seu corolário do *in dubio pro reo*? A resposta é negativa.

[...]

O recurso com fundamento na decisão manifestamente contrária à prova dos autos somente pode ser interposto uma única vez (CPP, art. 593, § 3.º, parte final). Se no segundo julgamento os jurados novamente insistirem na decisão anterior, deverá prevalecer a segunda decisão, que não poderá ser cassada, pela segunda vez. Seria inviável admitir a cassação de forma ilimitada, até que o julgamento se conformasse à decisão do Tribunal de Justiça.

A possibilidade restrita e pontual de revisar a decisão popular colegiada por órgão jurisdicional distinto também encontra fundamento na própria garantia do duplo grau de jurisdição, implicitamente prevista na Constituição Federal como decorrência do devido processo legal e da inafastabilidade da jurisdição explicitamente consagrada pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8.º, § 2.º, alínea *h*, do Decreto 678/1992).

Da garantia do duplo grau de jurisdição não se pode extrair que o recurso de apelação manejado pela parte acusatória contra a decisão arbitrária frente à prova dos autos subtraia do conselho de sentença sua competência constitucionalmente assegurada, ou mesmo que promova a

relativização da soberania das decisões do órgão colegiado. Como pontua Renato Brasileiro de Lima (2021, p. 1827), a soberania da decisão proferida no segundo julgamento será absoluta no caso de absolvição, operando-se o pleno trânsito em julgado, ressalvados eventuais vícios e nulidades. A revisão da decisão plenária somente será possível em benefício do réu (art. 621 do CPP), aliás como se admite em relação a qualquer outra decisão jurisdicional, o que também contribui para afastar a alegação de que a apelação ministerial ora em análise fragiliza a plenitude de defesa e o *in dubio pro reo*.

O doutrinador, apoiado em decisão do Supremo Tribunal Federal, conclui (2021, p. 1445):

Não há qualquer incompatibilidade vertical entre o art. 593, III, 'd', do CPP e o art. 5.º, XXXVIII, 'c', da Constituição Federal. A soberania dos veredictos, não obstante sua extração constitucional, ostenta valor meramente relativo, pois as decisões emanadas do Conselho de Sentença não se revestem de intangibilidade. Assim, embora a competência do Júri esteja definida na Carta Magna, isso não significa dizer que esse órgão especial da Justiça Comum seja dotado de um poder incontestável e ilimitado. As decisões que dele emanam expõem-se, em consequência, ao controle recursal do próprio Poder Judiciário, a cujos Tribunais compete pronunciar-se sobre a regularidade dos veredictos. É que, em tal hipótese, o provimento da apelação, pelo Tribunal de Justiça, não importará em resolução do litígio penal, cuja apreciação remanescerá na esfera do Júri.

Em arremate, o próprio ministro Celso de Mello, no julgamento do RHC 132.632 AgR/PR, de sua relatoria, assentou:

O princípio da soberania dos veredictos do Júri, portanto, impede o Tribunal *ad quem*, ao reformar decisão emanada do Conselho de Sentença (que seja manifestamente contrária à prova dos autos), de substituí-la, em sede recursal, por um pronunciamento do próprio órgão colegiado de segunda instância. A mera possibilidade jurídico-processual de o Tribunal de Justiça invalidar a manifestação decisória do Conselho de Sentença, quando esta se puser em situação de evidente antagonismo com a prova existente nos autos, não ofende a cláusula constitucional que assegura a soberania do veredicto do Júri, eis que, em tal hipótese, a cassação do ato decisório, determinada pelo órgão judiciário “ad quem”, não importará em resolução do litígio penal, cuja apreciação remanescerá na esfera do próprio Tribunal do Júri.

[...]

Como se sabe, a Constituição do Brasil, promulgada em 1988, ao reconhecer a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, vinculou o Congresso Nacional à observância de determinados postulados, entre os quais, por sua insuprimível essencialidade, o

da soberania dos veredictos (art. 5.º, XXXVIII, “c”). A soberania dos veredictos do Júri – acentua HERMÍNIO ALBERTO MARQUES PORTO (“Júri”, p. 34, item 27, 5.ª ed., 2.ª tir., 1988, RT), com fundamento no magistério de JOSÉ FREDERICO MARQUES (*Elementos de Direito Processual Penal*, vol. III/62, Forense) – “deve ser entendida como a ‘impossibilidade de os juízes togados se substituírem aos jurados na decisão da causa’, e, por isso, o Código de Processo Penal, regulando a apelação formulada em oposição à decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos (letra ‘d’ do inciso III do art. 593), estabelece que o Tribunal *ad quem*, dando provimento, sujeitará o réu a novo julgamento (§ 3.º do art. 593) perante o Tribunal de Júri” (grifei). O princípio da soberania dos veredictos do Júri, portanto, impede o Tribunal *ad quem*, ao reformar decisão emanada do Conselho de Sentença (que seja manifestamente contrária à prova dos autos), de substituí-la, em sede recursal, por um pronunciamento do próprio órgão colegiado de segunda instância”.

Para além da mera acepção gramatical do termo, ser soberano, em um sistema constitucional analítico, democrático e plural que agasalha múltiplos e, por vezes, conflitantes interesses juridicamente relevantes, não significa ser absoluto e refratário a qualquer ponderação, harmonização ou sujeição a mecanismos de controle.

3. Conclusão

A sistemática do Tribunal do Júri que se introduziu em 2008 reacendeu a discussão acerca da possibilidade ou não de recurso da decisão plenária. Além das decisões monocráticas pontuais sobre a matéria, a 2.ª Turma do STF entende ser vedado ao órgão acusatório a interposição de apelação com fundamento na contrariedade da decisão com a prova dos autos. Todavia, a questão ainda vai ser enfrentada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo 1225185/MG, interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

O aparato ideológico do conselho de sentença, consagrado como direito fundamental pela Constituição da República de 1988, não é absoluto ou imune a qualquer tipo de controle objeto de relativização quando em colisão com outros valores tão ou mais fundamentais, a exemplo do contraditório, do devido processo legal, do duplo grau de jurisdição e da proibição de proteção deficiente.

Assim, entender que o art. 593, inciso III, alínea *d*, do CPP não foi recepcionado pela Constituição Federal apenas em relação ao órgão de acusação é desconsiderar a harmonia normativa do complexo e multifacetário sistema constitucional pátrio em prejuízo à proteção da vida e da dignidade humana.

4. Referências

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. 55 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. *Decreto de 18 de junho de 1822*. Crêa Juizes de Facto para julgamento dos crimes de abusos de liberdade de imprensa. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim-18-6-1822-2.htm. Acesso em: 12 de mar. 2021.

BRASIL. Decreto 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal. Vade Mecum*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RHC 132.632 AgR/PR*. Relator min. Celso de Melo, 21 de junho de 2016. DJ: 21/06/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11451014>. Acesso em: 12 de mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RHC 117.076/PR*. Relator min. Celso de Melo, 1.º de agosto de 2019. DJ: 21/06/2016. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RHC117076decisao.pdf>. Acesso em: 12 de mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE 1225185/MG*. Relator min. Gilmar Mendes, 7 de maio de 2020. DJ: 22/06/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral11142/false>. Acesso em: 12 de mar. 2021.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Malheiros, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

JUNIOR, Aury Lopes. Tribunal do júri: a problemática apelação do artigo 593, III, 'd' do CPP. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 18 ago. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-18/limite-penal-tribunal-juri-problematica-apelacao-artigo593-iii-cpp>. Acesso em: 13 de mar de 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 8 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do júri: símbolos e rituais*. 4 ed. rev. e mod. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

WAGNER AUGUSTO MOURA E SILVA

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

